



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
„Право између заштите и злоупотребе“
Том I

COLLECTION OF PAPERS
“Law Between Protection and Abuse”
Vol. I

XIII Научни скуп поводом Дана Правног факултета,
Међународни научни скуп
одржан 26. октобра 2024. год. на Палама

УДК 34(082)

ISBN 978-99938-57-91-4

Источно Сарајево, 2025. 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
“Law Between Protection and Abuse”
Vol. I

ЗБОРНИК РАДОВА
„Право између заштите и злоупотребе“
Том I

The XIII Scientific conference on
The occasion of the Day of the Faculty of Law,
International scientific conference,
held in Pale, 26 October 2024

UDC 34(082)

ISBN 978-99938-57-91-4

East Sarajevo, 2025

ЗБОРНИК РАДОВА

XIII 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 26. октобра 2024. год. на Палама, на тему:
„ПРАВО ИЗМЕЂУ ЗАШТИТЕ И ЗЛОУПОТРЕБЕ“

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 Ђеранић
Проф. др Свјетлана Ивановић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Проф. др Радислав Лале
Проф. др Самир Аличић

Лектор и коректор за српски језик

Проф. др Нина Ђеклић

Лектор и коректор за енглески језик

Мр Нинослава Радић, наставник страног језика

Техничка припрема

Проф. др Димитрије Ђеранић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Доц. др Брано Хаџи Стевић / Доц. др Мирјана Пупић
Виши асс. мр Тијана Баћовић / Виши асс. Ђорђе Перишић, мр
Виши асс. Ивана Лазаревић, ма / Виши асс. Љубана Сладић, ма

Штампа

Графомарк, Лакташи

Тираж

65 примјерака

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

COLLECTION OF PAPERS

The XIII Scientific conference on The occasion of The Day of The Faculty of Law, on general topic „Law Between Protection and Abuse“, 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 Čeranić
Associate Professor Svjetlana Ivanović
Assistant Professor Đorđe Marilović
Associate Professor Radislav Lale
Full Professor Samir Aličić

Proofreading for the Serbian language

Associate Professor Nina Čeklić

Proofreading for the English language

Ninoslava Radić, MA (Linguistics), English language teacher

Technical preparation

Associate Professor Dimitrije Čeranić
Assistant Professor Đorđe Marilović
Assistant Professor Brano Hadži Stević / Assistant Professor Mirjana Pupić
Senior Teaching Ass. Tijana Baćović / Senior Teaching Ass. Đorđe Perišić
Senior Teaching Ass. Ivana Lazarević / Senior Teaching Ass. Ljubana Sladić

Printing

Grafomark, Laktaši

Circulation

65 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, председник 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 Председништва Међународног савеза правника, Москва, председник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, председник 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, професор Департамента правовог регулирања економическој деятельности Финансовог универзитета при Правительстве Российской Федерации, 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 Јуриј Топлак, Универзитет у Марибору, Словенија

Проф. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, БиХ, Република Српска

Проф. др Драган Гоцевски, Правни факултет „Јустинијан 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

Проф. др Иван Милотић, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Хрватска

Prof. dr Velimir Živković, Associate Professor and Director of LLM ICL, IEL and ICGFR programs at University of Warwick School of Law, United Kingdom;

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, председник; Академик проф. др Станко Бејатовић;

Проф. др Владимир Чоловић; Проф. др Јелена Ћеранић Перишић; Др Ивана Стевановић; 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; Доц. др Брано Хаџи Стевић; Мр Нинослава Радић; Виши асистент Ђорђе Перишић, мр; Виши асистент Ивана Лазаревић, ма; Виши асистент Љубана Сладић, ма.

Коуредници

Проф. др Димитрије Ћеранић; Проф. др Свјетлана Ивановић; Доц. др Ђорђе Мариловић;

Проф. др Радислав Лале; 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 Permanent 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, North 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. Dragan Gocevski, Full Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, North 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 (dosenti), University of Turku (Finland), Lecturer in Law, University of Toledo College of Law (USA), Visiting Professor, Université Jean Moulin Lyon III (France), Hungary;

Prof. Ivan Milotić, Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia;

Prof. dr Velimir Živković, Associate Professor and Director of LLM ICL, IEL and ICGFR programs at University of Warwick School of Law, United Kingdom;

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; Full Professor Jelena Čeranić Perišić; Ivana Stevanović, PhD;

Associate Professor Dimitrije Čeranić; Assistant Professor Sanja Golijanin; Full Professor Samir Aličić; Associate Professor Svjetlana Ivanović; Assistant Professor Đorđe Marilović; Assistant Professor Dragana Damjanović; Assistant Professor Brano Hadži Stević; 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.

Co-editors

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

Финансијску подршку у организацији XIII Научног скупа поводом Дана Правног факултета на општу тему „Право између заштите и злоупотребе“, који је одржан 26. октобар 2024. год. на Палама, пружило нам је неколико истакнутих институција и појединаца на чему им искрено захваљујемо.

Посебну захвалност исказујемо:

**Предсједнику Републике Српске,
г. Милораду Додику,**

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

Српском члану Предсједништва БиХ, гђи Жељки Цвијановић,

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

**Адвокатској комори Републике Српске,
предсједнику г. Далибору Мрши**

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

Градоначелнику Источног Сарајева, г. Љубиши Ћосићу

Начелнику Општине Источна Илица, г. Маринку Божовићу

Начелнику Општине Источно Ново Сарајево, г. Јовану Катићу

Начелнику Општине Трново, г. Драгомиру Гаговићу

**Нотарској комори Републике Српске,
предсједнику др Бориславу Радићу**

Адвокату из Бијељине, г. Горану Василићу

Нотару из Бијељине, г. Игору Остојићу

Адвокату из Вишеграда, г. Николи Андрићу



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 појединцима који су нам помогли у припреми и одржавању XIII Научног скупа поводом Дана Правног факултета, који је по броју референата, држава из којих долазе и броју саопштених реферата, у 2024. години био највећи научни скуп у области права 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 XIII Scientific Conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law on the general topic “LAW BETWEEN PROTECTION AND ABUSE“, which was held in Pale on 26 October 2024. We are sincerely grateful to them.

We particularly thank to:

**President of the Republic of Srpska,
Mr. Milorad Dodik,**

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

Serbian member of the BiH Presidency, Ms. Željka Cvijanović,

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

**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.**

Mayor of the City of Istočno Sarajevo, Mr. Ljubiša Ćosić

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

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

Mayor of the Municipality of Trnovo, Mr. Dragomir Gagović

**Notary Chamber of the Republic of Srpska,
President dr. Borislav Radić**

Attorney from Bijeljina, Mr. Goran Vasilic

Notary from Bijeljina, Mr. Igor Ostojić

Attorney from Višegrad, Mr. Nikola Andrić



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 XIII Scientific Conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law, which in 2024 was the largest scientific conference in the field of the legal sciences 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

САДРЖАЈ

ПРЕДГОВОР	XV

ПЛЕНАРНА ИЗЛАГАЊА

<i>Проф. др Миленко Крећа</i> ОДЛУКЕ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ У СЛУЧАЈЕВИМА ГАМБИЈА ПРОТИВ МИЈАНМАРА И ЈУЖНА АФРИКА ПРОТИВ ИЗРАЕЛА КАО НОВА ПЕРСПЕКТИВА СУЂЕЊА	1
<i>Проф. др Уша Тандон</i> РОДНО ОСЈЕТЉИВИ ЗАКОНИ У ИНДИЈИ: СЛОЖЕНОСТ ЗАШТИТЕ И НАВОДИ О ЗЛОСТАВЉАЊУ У КОНТЕКСТУ СЕКСУАЛНОГ УЗНЕМИРАВАЊА НА РАДНОМ МЈЕСТУ	21
<i>Проф. др Јоанис Каркалис</i> ГРАЂАНСКА ТУЖБА ПРОТИВ... БОГА? ШУМОВИ С ГАЛЕРИЈЕ	39

УСТАВНО ПРАВО

<i>Проф. др Зехра Одјакмаз</i> ПРИМЈЕР ЗАШТИТЕ И ЗЛОУПОТРЕБЕ: ИСПИТИВАЊЕ РЕЛИГИЈСКОГ ОБРАЗОВАЊА У СВЈЕТЛУ ПРИНЦИПА ЛАИЦИЗМА У УСТАВУ РЕПУБЛИКЕ ТУРСКЕ И ЊЕГОВА РЕФЛЕКСИЈА У ПРАКСИ	57
<i>Академик проф. др Алексиос Панагополус</i> ЉУДСКА ПРАВА И ВЈЕРСКА НЕУТРАЛНОСТ У ГРЧКОМ УСТАВУ.	113
<i>Академик проф. др Драган Батавељић</i> <i>Академик проф. др Митар Лутовац</i> САВРЕМЕНИ ВИДОВИ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ	135

<i>Проф. др Горан Марковић</i> УСТАВ СФРЈ ОД 1974. ГОДИНЕ – (КОН)ФЕДЕРАЛИЗАЦИЈА САВЕЗНИХ ИНСТИТУЦИЈА?.....	152
<i>Проф. др Оксана Владиславовна Черкасова</i> ЕВАЛУАТИВНЕ КАТЕГОРИЈЕ У ПРАВУ КАО СРЕДСТВО ЗА ЗЛОУПОТРЕБУ ЗАКОНА	220
<i>Проф. др Марко Станковић</i> УЛОГА И ОВЛАШЋЕЊА ПРИВРЕМЕНОГ ОРГАНА У ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ГРАД БЕОГРАД.....	234
<i>Проф. др Цвија Јурковић</i> <i>Доц. др Иван Томић</i> ПРАВО НА СЛОБОДНЕ ИЗБОРЕ С ОСВРТОМ НА ПРАКСУ УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ.....	248
<i>Доц. др Драгана Ђорић</i> <i>Јован Кнежевић, ма</i> ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА – ПРАВНИ ОКВИРИ И ИЗАЗОВИ У ПРАКСИ.....	266
<i>Светислав Вукмирица, ма</i> ПРАВО, МЕДИЈИ И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ У ДИГИТАЛНОЈ ЕРИ	278

МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО

<i>Академик проф. др Борис Кривокapiћ</i> ЗА ПОВРАТАК УСКОМ СХВАТАЊУ ЗЛОЧИНА ГЕНОЦИДА	303
<i>Проф. др Алан Ф. Татам</i> ЗАШТИТА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА У ПРИМЈЕНИ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ	332
<i>Проф. др Матеј З. Савић</i> <i>Асистент Синиша Симикић, ма</i> ПОЛОЖАЈ, УЛОГА И ПЕРСПЕКТИВА БРИКС-а У АКТУЕЛНИМ ОКОЛНОСТИМА МЕЂУНАРОДНОПРАВНОГ ПОРЕТКА.....	350

Проф. др Борис Тучић

Докторанд мр Радмила Драгишић

EULEX И ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА: ОБЈЕДИЊЕНИ
ПРЕДМЕТИ С-29/22 П И С-44/22 П ПРЕД СУДОМ ПРАВДЕ
ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ.....372

Проф. др Јелена С. Миленковић

ВЕШТАЧКА ИНТЕЛИГЕНЦИЈА И ПРАВО НА ПРАВИЧНО
СУЂЕЊЕ – ЧЛАН 6. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ
ПРАВИМА – ГРАЂАНСКОПРАВНИ АСПЕКТ 395

Научни сарадник др Драгана Дабић

ИНСТИТУЦИЈЕ И УПРАВЉАЊЕ ВЕШТАЧКОМ
ИНТЕЛИГЕНЦИЈОМ НА НИВОУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ 416

Доц. др Хаиме Ваје

ЈАЧАЊЕ ПРАВА НА КОНЗУЛАРНУ ЗАШТИТУ ПУТЕМ
ЕВРОПСКОГ ДРЖАВЉАНСТВА.....438

Виши асистент др Дамир Муминовић

ЗНАЧАЈ КЛАСИФИКАЦИЈЕ ОРУЖАНИХ СУКОБА У
МЕЂУНАРОДНОМ ХУМАНИТАРНОМ ПРАВУ 450

Асистент Стефан Радојчић, ма

ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У
„ОНЛАЈН“ ФОРМАТУ.....465

ЛИСТА РЕЦЕНЗЕНАТА..... 491

CONTENTS

FOREWORD	XVI

KEYNOTE OPENINGS

<i>Full Professor Milenko Kreća, LL.D.</i> DECISIONS OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN <i>GAMBIA V. MYANMAR</i> AND <i>SOUTH AFRICA V. ISRAEL</i> CASES AS A NEW PERSPECTIVE OF ADJUDICATION.....	1
<i>Full Professor Usha Tandon, LL.D.</i> GENDER-SENSITIVE LAWS IN INDIA: THE COMPLEXITIES OF PROTECTION AND ALLEGATIONS OF ABUSE IN THE CONTEXT OF WORK-PLACE SEXUAL HARASSMENT.....	21
<i>Professor Ioannis Karkalis, LL.D.</i> CIVIL ACTION AGAINST... GOD? MURMURS FROM THE GALLERY	39

CONSTITUTIONAL LAW

<i>Full Professor Zehra Odyakmaz, LL.D.</i> AN EXAMPLE OF PROTECTION AND ABUSE: AN EXAMINATION OF RELIGIOUS EDUCATION IN TERMS OF THE PRINCIPLE OF LAICISM IN THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF TÜRKİYE AND ITS REFLECTION IN PRACTICE.....	57
<i>Academician Professor Alexios Panagopoulos, LL.D.</i> HUMAN RIGHTS AND RELIGIOUS NEUTRALITY IN THE GREEK CONSTITUTION	113
<i>Academician Full Professor Dragan Bataveljić, LL.D.</i> <i>Academician Full Professor Mitar Lutovac, LL.D.</i> MODERN TYPES OF VIOLATION OF THE RIGHT TO PRIVACY	135

Full Professor Goran Marković, LL.D.

THE 1974 CONSTITUTION OF THE SFRY –
(CON)FEDERALIZATION OF FEDERAL INSTITUTIONS? 186

Professor Oksana Vladislavovna Cherkasova, LL.D.

EVALUATIVE CATEGORIES IN LAW AS A MEANS OF ABUSE
OF LAW 220

Associate Professor Marko Stanković, LL.D.

THE ROLE AND POWERS OF THE PROVISIONAL AUTHORITY
IN LOCAL SELF-GOVERNMENT IN SERBIA WITH SPECIAL
REFERENCE TO THE CITY OF BELGRADE 234

Associate Professor Cvija Jurković, LL.D.

Assistant Professor Ivan Tomić, LL.D.

THE RIGHT TO FREE ELECTIONS WITH REFERENCE TO THE
CASE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA
AND HERZEGOVINA 248

Assistant Professor Dragana Ćorić, LL.D.

Jovan Knežević, LL.M.

PROTECTION OF HUMAN RIGHTS – LEGAL FRAMEWORKS
AND CHALLENGES IN PRACTICE 266

Svetislav Vukmirica, LL.M.

LAW, MEDIA, AND THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE
DIGITAL ERA 278

PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Academician Full Professor Boris Krivokapić, LL.D.

FOR A RETURN TO THE NARROW UNDERSTANDING
OF THE CRIME OF GENOCIDE 303

Full Professor Alan F. Tatam, LL.D.

PROTECTION OF RIGHTS IN EU COMPETITION ENFORCEMENT
PROCEEDINGS 332

Associate Professor Matej Z. Savić, LL.D.

Teaching Assistant Siniša Simikić, LL.M.

POSITION, ROLE AND PERSPECTIVE OF „BRICS“ IN THE CURRENT INTERNATIONAL LEGAL ORDER CIRCUMSTANCES.....	350

Associate Professor Boris Tučić, LL.D.

PhD Student Radmila Dragišić, LL.M.

EULEX AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: JOINED CASES C- 29/22 P AND C-44/22 P BEFORE THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION.....	372

Associate Professor Jelena S. Milenković, LL.D.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL – ARTICLE 6 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS – CIVIL LAW ASPECT	395

Research Fellow Dragana Dabić, LL.D.

EUROPEAN UNION ARTIFICIAL INTELLIGENCE GOVERNANCE SYSTEM AND INSTITUTIONS	416

Assistant Professor Jaime Valle, LL.D.

STRENGTHENING THE RIGHT TO CONSULAR PROTECTION THROUGH EUROPEAN CITIZENSHIP	438

Senior Teaching Assistant Damir Muminović, LL.D.

SIGNIFICANCE OF CLASSIFICATION OF ARMED CONFLICTS IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW	450

Teaching Assistant Stefan Radojčić, LL.M.

REALIZATION OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN ONLINE FORM	465

LIST OF REVIEWERS	499

ПРЕДГОВОР

Суду научне јавности предајемо Зборник радова „Право између заштите и злоупотребе“, који је резултат научног скупа који је по тринаести пут одржан поводом Дана Правног факултета. На скупу који је одржан октобра 2024. године, **240 аутора и коаутора из 26 држава са пет континената** (Грчка, Русија, Индија, Кина, Италија, Мађарска, Мексико, Пољска, Португал, Шпанија, Перу, Нигерија, Бугарска, Румунија, Кипар, Грузија, Шведска, Малта, Словачка, Вијетнам, Албанија, Србија, Хрватска, Северна Македонија, Црна Гора, Босна и Херцеговина – Република Српска и Федерација Босне и Херцеговине), саопштили су **192 реферата** на српском, руском, енглеском, италијанском, шпанском односно матерњим језицима учесника.

Према броју аутора, држава и континената из којих долазе, броју реферата, као и броју и значају суорганизатора, овај скуп био је **највећи одржани научни скуп у области права на простору цијеле Европе у 2024. години**.

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 **2500 страница у пет томова објављено 115 радова од 149 аутора и коаутора из 19 држава** (Русија, Грчка, Индија, Италија, Мађарска, Мексико, Пољска, Португал, Шпанија, Румунија, Кипар, Словачка, Турска, Вијетнам, Србија, Хрватска, Северна Македонија, Црна Гора, Босна и Херцеговина – Република Српска и Федерација Босне и Херцеговине). **Скоро половина 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 наунотехнолошки 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 2025. год.

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

FOREWORD

We present to the scientific public the Proceedings “Law Between Protection and Abuse”, which is the result of the scientific conference held for the thirteenth time on the occasion of the Day of the Faculty of Law. At the conference held in October 2024, **240 authors and co-authors, from five continents and 26 countries** (Greece, Russia, India, China, Italy, Hungary, Mexico, Poland, Portugal, Spain, Peru, Nigeria, Bulgaria, Romania, Cyprus, Georgia, Sweden, Malta, Slovakia, Vietnam, Albania, Serbia, Croatia, North Macedonia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina – Republic of Srpska and Federation of Bosnia and Herzegovina), presented **192 reports** in Serbian, Russian, English, Italian, Spanish that is, in their native languages.

In terms of the number of authors, countries they come from, number of papers and number and reputation of the co-organizers, the XIII Scientific Conference on the Occasion of the Day of the Faculty of Law is the **largest legal conference held in 2024 in the Europe**.

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 **2,500 pages in five volumes with 115 works by 149 authors and co-authors from 19 countries** (Russia, Greece, India, Italy, Hungary, Mexico, Poland, Portugal, Spain, Romania, Cyprus, Slovakia, Turkey, Vietnam, Serbia, Croatia, North Macedonia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina – Republic of Srpska and Federation of Bosnia and Herzegovina). Almost half 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 Republic of 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 multi-methodological 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 2025

Editors-in-Chief

Associate Professor Dimitrije Čeranić

Associate Professor Svjetlana Ivanović

Assistant Professor Đorđe Marilović

Associate Professor Radislav Lale

Full Professor Samir Aličić

**ПЛЕНАРНА ИЗЛАГАЊА /
KEYNOTE OPENINGS**

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,
Member of the Executive Council World Association for International
Law (ILA),
President of National Branch of ILA,
President of Association for International Criminal Law,
Member of All Slavs Academy for Science and Arts (Moscow)

DECISIONS OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN GAMBIA v. MYANMAR AND SOUTH AFRICA v. ISRAEL CASES AS A NEW PERSPECTIVE OF ADJUDICATION

The author analyses the effects of decisions of the International Court of Justice in two recent genocide cases – Gambia v. Myanmar and South Africa v. Israel – as an element of progressive development of the Law of the Court in adjudicating of the crime of genocide. The Court in its decisions, both in the Judgment on Preliminary objections in Gambia v. Myanmar case as well as the orders on provisional measures in both cases, introduced the concept of obligations erga omnes partes in terms of obligations owed to a group of states, so breach of those obligations enables all States members of a group to invoke the responsibility for breach.

*The essential meaning of the obligations erga omnes partes, understood as secondary rules of international law, lies in the horizontal expansion of the jurisdiction of the Court *ratione personae* based on the subject matter of the dispute without deviating from the principle of consent as a fundamental principle of which ICJ rests. These obligations deviate from the strict paradigm of bilateralism in the jurisdiction of the Court *ratione personae*, developed by analogy with the solutions from domestic law, expressing the individualistic structure of the international community.*

The paradigm has become too narrow with the growing interdependence of States, which is expressed, inter alia, in the emergence of group or collective values and interests shared by a member of States or all States in the international community. He finds out that, in addition obligations erga omnes partes eliminate the difference between two forms of intervention – intervention of a third State on the basis of Article 62 of the Statute of the Court, upon the permission of the Court – so called discretionary intervention – and intervention on the basis of Article 63 – intervention as of right. Those obligations also need the extension of validity of the rule res iudicata in terms of res iudicata erga omnes partes. He concludes that, despite the fact that they are not free of legal difficulties, obligations erga omnes partes are valuable step in promotion of the rule of law in international community.

Key words: Genocide cases before ICJ; Jurisdiction *ratione personae*; Obligations *erga omnes partes*; Elements of progressive development of international law in adjudication of genocide cases.

1. INTRODUCTION

On November 11, 2019 The Republic of The Gambia instituted proceedings against the Republic of the Union of Myanmar before the International Court of Justice, alleging violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide through “acts adopted, taken and condoned by the Government of Myanmar against members of the Rohingya group”.

Specifically, The Gambia argued that “from around October 2016 the Myanmar military (the ‘Tatmadaw’) and other Myanmar security forces began widespread and systematic ‘clearance operations’ – the term that Myanmar itself uses – against the Rohingya group. The genocidal acts committed during these operations were intended to destroy the Rohingya as a group, in whole or in part, by the use of mass murder, rape and other forms of sexual violence, as well as the systematic destruction by fire of their villages, often with inhabitants locked inside burning houses. From August 2017 onwards, such genocidal acts continued with Myanmar’s resumption of ‘clearance operations’ on a more massive and wider geographical scale”.

The Gambia contended that these acts constitute violations of the Genocide Convention. Along with the Application the Gambia submitted also request for indication provisional measures of protection.¹ On January 20, 2021 Myanmar submitted preliminary objections to the jurisdiction

¹ Cour internationale de Justice, case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Gambia v. Myanmar*), Application Instituting Proceedings, paras. 2, 48–68.

of the Court and the admissibility of the claim.² On December 29, 2023, South Africa filed an application instituting proceedings against Israel before the International Court of Justice concerning alleged violations by Israel of its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in relation to Palestinians in Gaza Strip.

According to the Application, "acts and omissions by Israel... are genocidal in character, as they are committed with the requisite specific intent... to destroy Palestinians in Gaza as a part of the broader Palestinian national, racial and ethnical group" and that "the conduct of Israel – through its State organs, State agents, and other persons and entities acting on its instructions or under its direction, control or influence – in relation to Palestinians in Gaza, is in violation of its obligations under the Genocide Convention".

The Applicant further states that "Israel, since 7 October 2023 in particular, has failed to prevent genocide and has failed to prosecute the direct and public incitement to genocide" and that "Israel has engaged in, in engaging in and risk further engaging in genocidal acts against the Palestinian people in Gaza". On the same day South Africa submitted request for indication of provisional measures of protection.³ The Court adopted provisional measures of protection in both cases. Basically, the measures adopted are similar to a large extent expressing the letter and spirit of the Convention with some differences that derive from specific circumstances surrounding the cases.

We will not deal specifically with these measures, but pay attention to the issue of Gambia's standing before the Court, as the crucial issue which will have a substantial impact on the future, jurisprudence of the Court. Of the four preliminary objections to the jurisdiction of the Court and admissibility of claim,⁴ two are relevant in this specific context – the First preliminary objection and the Second preliminary objection of the Myanmar.

In the First preliminary objection Myanmar claimed that "The Court lacks jurisdiction, or alternatively the application is inadmissible, as the real applicant in these proceedings is the Organisation of Islamic Cooperation", as an International organization.

The Myanmar referred to the fact that the Organisation consisted of 57 members "decided in March 1999 to bring these proceedings and the Gambia agreed to act in its capacity as chair of an OIC *Ad hoc* Committee to

² *Ibid.*

³ Cour internationale de Justice, Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*South Africa v. Israel*), Application Instituting Proceedings, paras. 1, 18–21.

⁴ Until this moment, Israel has not filed any preliminary objection in that regard.

give effect to that OIC initiative...”⁵ As only States can be parties to the Genocide Convention, the OIC as an international organization is not a party to that Convention, and therefore cannot invoke the compromisory clause in its Article IX.

The Bangladesh, as an affected State, was not in position to submit application, due to the fact that it put a reservation on Article IX of the Convention. The Myanmar contended that its interpretation is consistent with the approach taken by the International Law Commission (“ILC”) in Article 7 of its 2011 Draft Articles on the Responsibility of International Organisations (the “2011 ILC Draft Articles”),⁶ which deals with situation where “an organ of a State [...] is placed at the disposal of another international organisation”.

According to the Second Preliminary Objection of Myanmar, the Gambia, as a non-injured Contracting Party to the Genocide Convention, lacks standing to bring the case against Myanmar under Article IX thereof, because the Convention does not provide for the concept of an *actio popularis*. Furthermore, The Gambia is also barred from bringing the case because Bangladesh, as the Contracting Party specially affected by the alleged violations of the Genocide Convention purportedly committed by Myanmar, has entered a reservation to Article IX and has thereby waived its right to settle disputes relating to the interpretation, application or fulfilment of the Convention by bringing a case before the Court under that provision.⁷

Second Preliminary Objection of the Myanmar is a combination of following elements: – principle *parens patriae* according to which in order to appear before the Court as an Applicant has to be “injured State”, i. e. “adversely affected by an internationally wrongful act”. As in this particular case the victims of alleged genocidal acts are not citizens of Gambia, it has no legal interest to appear before the Court on the basis of Article IX of the Genocide Convention; – if Contracting parties that are not specially affected by an alleged violation of the Convention are assumed to have standing to submit a dispute under Article IX, this standing is a specific one being subsidiary to and dependent upon the standing of States that are “specially affected”.

Further, “that in bringing its claims before the Court, The Gambia has in fact acted as an “organ, agent or proxy” of the OIC, which is the “true

⁵ *Gambia v. Myanmar*, First Preliminary Objections of the Republic of Union of Myanmar, paras. 25, 34–162.

⁶ Draft articles on Responsibility of International Organizations, YILC 2011, II, Part Two.

⁷ *Gambia v. Myanmar*, Second Preliminary Objections of the Republic of Union of Myanmar, paras. 210–217, 222–260.

applicant" in these proceedings. The Myanmar's main contention was that a third party, namely the OIC, which is not a State and cannot therefore have a reciprocal acceptance of jurisdiction with the respondent State, had used The Gambia as a "proxy" in order to circumvent the limits of the Court's jurisdiction *ratione personae* and invoke the compromissory clause of the Genocide Convention on its behalf".⁸ The Court rejected both preliminary objections. The rejection is based on community or common interest whose normative expression are obligations *erga omnes*.

The Court stated *inter alia* that "In such a 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 (ICJ Reports 1951, para. 23)". It continued that "The common interest in compliance with the relevant obligations under the Genocide Convention entails that any State party, without distinction, is entitled to invoke the responsibility of another State party for an alleged breach of its obligations *erga omnes partes*. Responsibility for an alleged breach of obligations *erga omnes partes* under the Genocide Convention may be invoked through the institution of proceedings before the Court, regardless of whether a special interest can be demonstrated. If a special interest were required for that purpose, in many situations no State would be in a position to make a claim".⁹

In its Order in the Case the Court also invoked obligations *erga omnes partes* in order to establish its *prima facie* jurisdiction necessary for indication provisional measured. The same ground the Court invoked to establish its *prima facie* jurisdiction in the provisional measured phase in *South Africa v. Israel case*.

2. THE BASIC ELEMENTS OF APPROACH OF THE COURT

In its previous decisions on provisional measures phase in both cases the Court replaced the obligations *erga omnes* as elaborated in the famous *obiter dictum* in Barcelona case with its reduced, transacted form as the obligations *erga omnes partes*.

⁸ *Ibid.*, para. 43.

⁹ *Ibid.*, para. 108.

In Barcelona case the Court stated *inter alia*: "...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 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;¹⁰ others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character".¹¹

It is reasonable to assume that this change in the approach of the Court is dictated by some ambiguities and controversies that accompany the concept of the obligations *erga omnes*. The objective meaning of the Court's *dictum* in the Barcelona case is the promotion of *actio popularis* as a secondary rule of general international law. It was revolutionary, laudable idea, which, however, was divorced from legal reality, especially in 1970 when the judgment in Barcelona case was passed.

Did the Court really intend to promote the construction of obligations *erga omnes* as a part of positive international law? It should be emphasized that the Court included the *dictum* in the judgment after it had already resolved the issue of the *ius standi* of Belgium, so from the point of judicial logic there was no need to deal with the obligations *erga omnes* at all.

The possible explanation of such decision of the Court is given by its principal legal advisor professor Thirlway, its "finest unseen actor". Based on discussion in the deliberation stage in the work of the court forever closed to the public according to the law of Court, he states that: "... it is more or less an open secret that the passage in the Barcelona Traction judgment – with its specific reference to 'protection... from racial discrimination' was intended to a public disavowal by the Court in its 1970 composition, of at least one element in the controversial decision given by the (barest) majority of the judges sitting in 1966" (in South West Africa case – M. K.).¹²

¹⁰ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion. ICJ Reports, 23.

¹¹ ICJ Reports, 1970, para. 33.

¹² H. Thirlway, "The Law and Procedure of ICJ 1960–1989", *British Yearbook of International Law* 1/1989, 94.

By its nature the Barcelona *dictum*, as it is commonly called, is in fact an *obiter dictum* meaning incidental statement said in passing and as such not essential to the decision and therefore not binding.¹³

Article 48 (Invocation of responsibility by a State other than an injured State) of ILC Articles on State Responsibility¹⁴ was formulated with intention "to give effect to the International Court's statement in the Barcelona case". But, it is highly doubtful as to whether the Article *per se* is capable of giving effect to the ICJ dictum in the Barcelona case.¹⁵ The same consideration applies to the Resolution on obligations *erga omnes* in International Law adopted by Institut de droit international on its Krakow Session 2005.

There are two characteristics of judgments and advisory opinions following Barcelona Traction judgment in which the Court refers to the obligations *erga omnes*. *Primo*, consistent reference, either directly or indirectly to rules of *ius cogens*;¹⁶ and *secundo*, tying *erga omnes* effects both to obligations and to rights, thus raising the issue as to whether the Court understands obligations *erga omnes* as secondary rule independent of primary rules of general international law or not?

¹³ Such position of the *obiter dictum* is indicated in the structure of the Barcelona judgment by the fact that in unusually extensive opinions of 12 judges appended to the judgment, obligations *erga omnes* are not mentioned at all.

¹⁴ The Article avoids to use the term "obligations *erga omnes*", giving explanation that the term "*erga omnes*" "conveys less information than the Court's reference to the international community as a whole and has something been confused with obligations owed to all parties of a treaty", see, page 9 *supra*.

¹⁵ The Articles on State Responsibility are not a codification in terms of Article 15 of the Statute of the International Law Commission. They are examples of new practice in the work of ILC based on Article 23(b) in terms of to "take note of or adopt the report". In this specific case the ILC recommended to the General Assembly simply to "take note" of the Articles, with the caveat that at a later stage the General Assembly should consider the adoption of a Convention.¹⁶ The General Assembly followed this recommendation "without prejudice to the question of their future adoption or other appropriate action". It took this decision without a vote in the Sixth Committee as well as in the Plenary meeting.

Consequently, the Articles on the Responsibility of States are, by their nature, closest to the semi-official codification and progressive development by the prestigious body of international lawyer such as International Law Commission. They have no binding force by themselves, but can possess it indirectly via customary law to the extent to which they express it.

¹⁶ East Timor case, Judgment, ICJ Reports 1995, para. 29; Also in armed Activities on the territory of Congo (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, New Application 2002), Judgment, ICJ Reports 2006, para. 125; Case concerning the Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objection, ICJ Reports 1966, para. 31; Construction of the Wall in the Occupied Palestine Territories, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, paras. 155, 159; Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, ICJ Reports 2019, para. 180.

It is also of relevance that since Barcelona case, the Court in all cases referring to obligations *erga omnes* did not deal with the relationship between such obligations and the issue of standing before the Court in a positive way. Moreover, the Court clearly stated in the East Timor case "The Court considers that the *erga omnes* character of a norm and the role of consent to jurisdiction are two different things. Whether the nature of the obligations involved the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of another State which is not a party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right *erga omnes*". It seems that obligations *erga omnes* advocated by the Court in its *obiter dictum* in Barcelona case lead to *actio popularis* which in today's International Law is rather a theoretical construction.¹⁷

The formulation in Barcelona *dictum* that "breach of obligations *erga omnes* enables all States to take action" implies that the obligations are rather moral or political than legal one. Namely, the obligation in legal terms means duty to action, leaving no choice to take action or not. The term "enable" place the "action of all states" on the level of political expediency as a matter of discretion.¹⁸

The rigidity of understanding of obligations *erga omnes* as a legal obligations is softened in the Article 48 (1, a) of Articles on State Responsibility by introducing the *erga omnes partes* concept which has certain ground in the positive international law.

These obligations in the light of Judge Higgins observations are, in fact, provisions in an almost universally recognized multilateral conven-

¹⁷ Hugh Thirlway, Principal Legal Advisor of the ICJ after extensive analysis of the jurisprudence of Court found that "The conclusion which has to be accepted is that obligations *erga omnes* to which "compulsory rights of protection have entered into the body of general international law still be – with possible exception of the obligation not to commit genocide – a purely theoretical category" – H. Thirlway, 102. In South West Africa case the Court clearly stated that the *actio popularis* was "not known to international law at present..." ICJ Reports 1966, 45. States are aware of it, so that, "Notwithstanding of apparel, acceptance of the *erga omnes* concept, no state has invoked it in judicial proceedings since its emancipation in the Barcelona case" – L. Henkin, R. Pugh, O. Schahter, H. Smit, *International Law: Cases and Materials*, Saint Paul 1993, 556. Such a conclusion necessarily follows from the consensual nature of the jurisdiction of international courts.

¹⁸ Hence it is of fundamental importance that these actions are undertaken *lege artis*. In that regard article 5 of the Institut de droit international is relevant. It reads as follows:

"Should a widely acknowledged grave breach of an *erga omnes* obligation occur, all the States to which the obligations is owed:

(a) shall endeavor to bring the breach to an end through lawful means in accordance with the Charter of the United Nations;

(b) shall not recognize as lawful a situation created by the breach;

(c) are entitled to take non-forcible counter-measures under conditions analogous to those applying to a State specially affected by the breach".

tions¹⁹ and as such might be understood basically as an expression of the rule *pacta sunt servanda* in the frame of Article 60 of the Convention on the Law of Treaties (Termination or suspension of a treaty as a consequence of its breach). It appears that the jurisprudence of the Court, from the Barcelona *obiter dictum* and onwards, does not recognize the obligations *erga omnes* as a separate and independent obligations in the structure of the international law.

In two pending cases – Gambia v. Myanmar and South Africa v. Israel involving issue which according to Barcelona *dictum*, indisputably by “their very nature... the concern of *All States* (emphasis added) genocide and torture – the Court’s reasoning shifted to obligations *inter partes*.²⁰ Obligations *erga omnes partes* applied by the Court, are defined by Article 48 (Invocation of responsibility by a State other than injured State) of International Law Commission’s Articles on State Responsibility whose relevant provision reads as follows:

“1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if:

a) the obligations breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of collection interest of the group”

As stated in the commentary to Article 48 (1, a) it deals with “the invocation of the responsibility by States other than the injured State acting in the collective interest”. A State entitled under Article 48 “is acting not in its individual capacity by reason of having suffered injury but in its capacity as a member of a group of States to which the obligation is

¹⁹ See, p. 10 *supra*.

²⁰ It is striking that the Court known for meticulous editing of its decisions, incorrectly cited the relevant part of the Barcelona judgment with the effect of identifying obligations *erga omnes* with obligations *inter partes*. Namely, in *Belgium v. Senegal* case the Court stated:

“All the States parties ‘have a legal interest’ in the protection of the rights involved (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, 32, para 33). These obligations may be defined as ‘obligations *erga omnes partes*’ in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case against torture” (para. 68. of the Judgment *Belgium v. Senegal* case, ICJ Reports 2012).

The same reasoning the Court applied in *Gambia v. Myanmar* case, para. 108 of the Judgment. In fact, according to Barcelona *dictum* “All States...” not “All the States parties...” can be held to have a legal interest as regards obligation *erga omnes* (para. 33 of the judgment in *Barcelona* case).

owed..."²¹ Institut de droit international designed obligations *erga omnes partes* in the following terms:

"Article 1.

....

(b) an obligation under a multilateral treaty that a State party to the treaty owes in any given case to all the other States parties to the same treaty, in view of their common values and concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all these States to take action".²²

So the constitutive elements of obligations *erga omnes partes* are:

- they are established for the protection of collective interest of the group;
- they are obligations owed to a group of States;
- they enables any member of a group to initiate appropriate judicial proceedings for protection of collective interest. A sort of reduced, transacted form of *actio popularis* advocated by Barcelona *dictum*.

There exist a slight difference between these two definitions that is not without a relevance. The definition given by the Institut de Droit International cites multilateral treaty as a source of obligations *erga omnes partes*, while, according to the Commentary to Article 48 "obligations protecting a collective interest... may derive from multilateral treaties or customary international law"²³ Having that in mind the question might be posed as to whether obligations *erga omnes partes* are original concept or not?

In her separate opinion in the Construction of Wall case, Judge Higgins noted that "invocation (para. 157) of "the *erga omnes*" nature of violations of humanitarian law seems equally irrelevant. These intransgressible principles are generally binding because they are customary international law, no more and no less. And the first Article to the Fourth Geneva Convention, under which "The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances" while apparently viewed by the Court as something to do with "the *erga omnes* principle", is simply a provision in an almost universally ratified multilateral Convention. The Final Record of the diplomatic conference of Geneva of 1949 offers no useful explanation of that provision; the commentary

²¹ *ILC Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries, Introduction* (ed. J. Crawford), Cambridge 2002, 276, para. 1.

²² Resolution on obligations *erga omnes* in International Law, https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_en.pdf, last visited: 10 February 2025.

²³ *ILC Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries, Introduction*, 277, para. 6. Since the obligations *erga omnes partes* are owed to a group of States, it is reasonably to assume that AOR has in mind particular or regional customary law.

thereto interprets the phrase "ensure respect" as going beyond legislative and other action within a State's own territory. It observes that "in the event of a Power failing to fulfil its obligations, the other Contracting Parties (neutral, allied or enemy) may, and should, endeavor to bring it back to an attitude of respect for the Convention. The proper working of the system of protection provided by the Convention demands in fact that the Contracting Parties should not be content merely to apply its provisions themselves, but should do everything in their power to ensure that the humanitarian principles underlying the Conventions are applied universally". (*The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war*, Pictet, ed., p. 16.)".²⁴

The opinion is supported by the fact that the obligations *erga omnes partes* as such does not necessarily imply the jurisdictional link among States that make up a group. As correctly stated in the Resolution of the Institut du droit International: "Article 3: *In the event of there being a jurisdictional link between a State alleged to have committed a breach of an obligation erga omnes and a State to which the obligations is owed, the latter State has standing to bring a claim to the International Court of Justice or other international judicial institution in relation to a dispute concerning compliance with that obligation*".²⁵ The actions of the States to which the obligations is owed are not limited to judicial one.²⁶

In contrast to obligations *erga omnes*, as designed in the *dictum* in Barcelona case, "the *erga omnes partes* applied in Gambia-Myanmar case and South Africa Israel case is a treaty based concept. In the frame of Genocide Convention such concept is not free of difficulties due to same features of the Convention. Substantive provisions of the Convention are rules of *ius cogens* having absolute, *erga omnes* effects. As opposed to substantive ones

²⁴ Legal consequences of a construction of a wall in occupied Palestinian territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, para. 39. Also, Judge Xue in her dissenting opinion in *Gambia v. Myanmar* case, Judgment on Preliminary objections, para. 39

²⁵ Resolution on obligations *erga omnes* in International Law (emphasis added).

²⁶ Those States also:

"(a) shall endeavor to bring the breach to an end through lawful means in accordance with the Charter of the United Nations;

(b) shall not recognize as lawful a situation created by the breach;

(c) are entitled to take non-forcible counter-measures under conditions analogous to those applying to a State specially affected by the breach". *Ibid.*, Article 5.

Any of the listed actions is related to the claim to responsible State to:

"a) Cessation of internationally wrongful act, and assurances and guaranties of non-repetition... b) performance of the obligation of reparation... in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached". *ILC Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries, Introduction*, Article 48, para. 2.

the procedural provisions of it are of contractual nature and as such are subject to the will of the parties as demonstrated by the possibility of putting reservations on Article IX of the Convention.

So, the substantive provisions of the Convention bind all States regardless of whether they are parties to the Convention. In that sense, the ICJ in its Advisory Opinion concerning reservations to the Genocide Convention stated that: "the principles underlying the Convention... are recognised by civilized nations as binding on States, *even without any conventional obligations*".²⁷ However, due to the possibility of putting a reservation on Article IX, the effects of *erga omnes partes* are in fact limited to the parties that did not use this possibility. This is the basis of the possible processual inequality between the parties to the Convention.

Judge Xue highlights a specific element of the Court in dispute with more than one as Applicant or Respondent. She says: "When the applicant is in fact acting on behalf of an international organization, albeit in its own name, the respondent may be placed in a disadvantageous position before the Court. This is particularly true if several judges on the bench are nationals of member States of the international organization concerned. With the organization in the shadow, inequality of the Parties may be hidden in the composition of the Court, thereby undermining the principle of equality of the parties, one of the fundamental principles of the Court for dispute settlement".²⁸

The observations is not without merit as illustrated in the Legality of Use of Force States.²⁹ Judge Xue also expressed concern that the Gambia's

²⁷ ICJ Reports 1951, 23-24, emphasis added.

²⁸ The case concerning the Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Gambia v. Myanmar*), Judgment on Preliminary Objection of 22 July 2022, Dissenting opinion of Judge Xue.

²⁹ In legality of Use of Force cases Respondent States, although parties in the same interest, had 5 judges of their nationality in the Bench in the phase of indication of provisional measures (4 in the phase of preliminary objections), while the Respondent States having no judge of their nationality have chosen, in usual procedure, their judges ad hoc (Belgium, Canada, Italy and Spain). Only Portugal had not designated its judge ad hoc. More details, Legality of Use of Force (*FR Yugoslavia v. Belgium*), Provisional Measures, Dissenting Opinion of Judge Kreća, para. 1-4. According to the settled jurisprudence of the Court if among the Members of the Court there is a judge having the nationality of even one of those parties, then no judge ad hoc will be appointed (Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, 1929. P.C.I.J., Series C, No. 17-11, 8; Customs Regime between Germany and Austria. 1931, P.C.I.J., Series A/B. No. 41, 88).

In the South West Africa case (1961) it was established that, if neither of the parties in the same interest has a judge of its nationality among the Members of the Court, those parties, acting in concert, will be entitled to appoint a single judge ad hoc (South West Africa. I.C.J. Reports 1961, 3).

For the basic function of the institution of judge *ad hoc* are:

legal action "may challenge the principle of finality in the adjudication of the dispute".³⁰ The possible challenge may be neutralized by creative interpretation of Article 59 and 60 of the Statute of the Court.³¹ In this particular issue raised by Judge Xue, creative interpretation is required in relation to the expression "between two parties" in Article 59 of the Statute of the Court. Although, "the general principle announced in numerous cases... that a right, question or fact, distinctly put in issue and directly determined by a court of competent jurisdiction... cannot be disputed"³² should be sufficient to ensure finality of judgment, perhaps in conditions of non-existence of a judicial system in international community, as well as pro-

"(a) to equalize the situation when the Bench already includes a Member of the Court having the nationality of one of the parties; and (b) to create a nominal equality between two litigating States when there is no Member of the Court having the nationality of either party" (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1920-1996, Vol. III, Dordrech 1985, 1124-1125). This formal inequality may have substantive effect in the light of practise of so-called block-voting in the ICJ. See, E. Posner, H. de Figueredo, "Is the ICJ politically based?" <https://escholarship.org/uc/item/35j504g>, last visited: 20 February 2025. It should be noted that the analysis was performed on a statistical basis.

³⁰ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Gambia v. Myanmar*, Preliminary Objections, Judgment, Dissenting Opinion of Judge Xue, para 11). He was of the opinion that "Articles 59 and 60 of the Statute provide that the decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case and that the decision of the Court shall be final and without appeal. In the present case, if any State party has standing to take legal action in the Court for the protection of the common interest of the States parties in compliance with the obligations *erga omnes partes* of the Genocide Convention, one may wonder whether the Court's decision has binding force on all other States parties as well. According to Article 59, the effect of *res iudicata* of the judgment should be limited solely to the parties. It follows that, at least in theory, those States parties will not be prevented from exercising their right to institute separate proceedings for the same cause against the same State before the Court".

³¹ In principle two components may be discerned in the substance of *res iudicata* as provided in the Statute of the Court:

(i) Procedural, which implies that: "The judgment is final and without appeal. In the event of dispute as to the meaning or scope of the judgment, the Court shall construe it upon the request of any party" (Art. 60); and

(ii) Substantive, according to which: "The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case". (Art. 59).

The primary effect of *res iudicata* in the procedural sense is claim preclusion – meaning that a future lawsuit on the same cause of action is precluded (*non bis in idem*), whereas the effect of *res iudicata* in the substantive sense is mainly related to the legal validity of the Court's decision as an individualization of objective law in the concrete matter – *pro veritate accipitur* – M. Reisman, *Nullity and revision*, New Haven - London 1974, 341.

It seems clear that revision in accordance with the conditions specified in Article 61 of the Statute "constitutes direct exception to the principle *res iudicata*, affecting the validity of a final judgment". B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge 1953, 372.

³² *Ibid.*, 337.

lification of international court and tribunals, some additional safeguards might be needed.

Exempli causa, to treat States to which the obligation is owed as a collective Applicant on behalf of whom a member State of a group acts as the real applicant, acting in the collective interest “not in its individual capacity by reason of having suffered injury”³³ or, to treat other members of a group as silent intervenor States that do not take an active part in the proceedings but to which provision of Article 63, paragraph 2, of the Statute applies.

In fact, a simple and most effective way to secure the finality of the judgment would be the participation of all States sharing collective interest as Applicants, but such solution would cause practical problems in the functioning of the Court, due to number of members of a group in addition to possible legal ones (for instance, if some member of a group do not accept the jurisdiction of the Court in a concrete matter). Regardless of the interpretation, it is essential to ensure *res iudicata erga omnes partes* effect of judgment on *erga omnes partes* obligations. It is much more difficult, if at all possible, to resolve the issue of inequality in the proceedings in terms of legal impossibility of the Respondent to file a counter claim in the dispute with Applicant which is not injured State.

3. EVALUATION

It should be kept in mind that the Court’s decisions, both the Judgment on Preliminary objections in *Gambia v. Myanmar* case as well as the orders on provisional measures in both cases, were made in the incidental proceedings, and that as such they do not bind the Court in the merits.³⁴

It is to be expected, however, that the Court will maintain the position taken as regards obligations *erga omnes partes*. The basis for this expectation is the large majority with which the decisions were made,³⁵ so that even the changes in the composition of the Court (one third of the Court is elected ever three years) that will happen before passing judgments on the merits in both cases will hardly lead to a change in the position of the Court. The Court’s understanding of obligations *erga omnes partes* is an undeniably important step in the judicial protection of fundamental human

³³ *ILC Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries, Introduction*, 275, para. 1.

³⁴ See M. Kreća, “The *res iudicata* rule in jurisdictional decisions of the ICJ”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2014.

³⁵ Order on provisional measures of 23 January 2024 in *Gambia v. Myanmar* case was adopted unanimously; Order on provisional measures of 26 January 2024 in *South Africa v. Israel* case were adopted by votes of 15/16 judges and two/one against.

rights, both individual and collective rights, as well as rights of States pursuant to the principle of rule of law in the international community.

The essential meaning of the obligations *erga omnes partes*, understood as secondary rules of international law, lies in the horizontal expansion of the jurisdiction of the Court *ratione personae* based on the subject matter of the dispute without deviating from the principle of consent as a fundamental principle on which the ICJ rests. These obligations deviate from the strict paradigm of bilateralism in the jurisdiction of the International Court of Justice, developed by analogy with the solutions from domestic law, expressing the individualistic structure of the international community. The paradigm has become too narrow with the growing interdependence of States, which is expressed, *inter alia*, in the emergence of group and collective values and interests shared by number or all States in the International Community.

Certain ambiguities and, even, controversies in the application of *erga omnes partes* obligations do not arise from the nature of these obligations, they are not inherent to themselves, but resulted from a traditional concept of a dispute in the Law of the Court between injured State and a State that violates its right or interest embodied. According to that concept a dispute is basically understood as a conflict of legal views on individual rights or interests between two or more parties in contrast to collective rights and interests underlying obligations *erga omnes partes*. The Court approached the issue with a reasonable measure of caution so not to come into conflict in the exercise of its judicial task according to which it "cannot make a judgment *sub specie ferende* (under the pretext of law) or anticipate the law before the legislator adopts it."³⁶

Novum in the decision of the Court essentially refers to the interpretation of its jurisdiction *ratione personae*, as a primary form of its jurisdiction, in terms that the common interest is superior to a special interest for "if a special interest is required... in many situations no State would be in position to make a claim".³⁷ Thus the Court distanced itself from the traditional principle *parens patriae* in the case of genocide as a crime under international law in contrast to cases related, *exempli causa*, to diplomatic protection by a State of nationality of injured person.

The Court's distancing from the *parens patriae* principle is not completely unknown in its jurisprudence. It is discretely announced in the Judgment of the Court in so-called Bosnia case, although in cautious and

³⁶ Fisheries Jurisdiction (*United Kingdom v. Ireland*, Merits, ICJ Reports 1974, para. 53; Fisheries Jurisdiction (*FR of Germany vs. Ireland*, Merits, ICJ Reports 1974, para. 45).

³⁷ *Gambia v. Myanmar*, Second Preliminary Objections of the Republic of Union of Myanmar, para. 108.

reserved way. In its Judgment in the case concerning Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. FR of Yugoslavia) of 2007, the Court under the heading "The Applicant's Claims in Respect of Alleged Committed Outside Its Territory against Non-Nationals" stated *inter alia*, "In its final submissions the Applicant requests the Court to make rulings about acts of genocide and other unlawful acts allegedly committed against "non-Serbs" outside its own territory (as well as within it) by the Respondent. Insofar as that request might relate to non-Bosnian victims, it could raise questions about the legal interest or standing of the Applicant in respect of such matters and the significance of the *ius cogens* character of the relevant norms, and the *erga omnes* character of the relevant obligations".³⁸

In this context it should be noted that the Court did not consider the Applicant's claims to be inadmissible, but found that "the Applicant has not established to the satisfaction of the Court any facts in support of this allegation".³⁹ As other cases in this sense are cited counter claims submitted by FR of Yugoslavia against Bosnia and Herzegovina (withdrawn in 1999) and counter claim against Croatia.⁴⁰

³⁸ ICJ Reports 2007, Judgment, Merits, para 185.

³⁹ *Ibid.*, para. 368.

⁴⁰ A. Gattini, "Actio popularis", 16, 19, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1167.013.1167/law-mpeipro-e1167?prd=OPIL>, last visited: 4 March 2025.

It appears that these two cases could hardly be considered as a deviation from the *parens patriae* principle, since until FR of Yugoslavia applied for membership in the UN in 2000, as a successor state of SFRY, it was in a position of legal continuity with SFRY. As a consequence, the rules of the citizenship of the SFRY were in force especially for parts of Serbian people in the secessionist republics that in addition expressed their will to remain in the common state. Also, the members of those parts of the Serbian people did not even accept the citizenship of the breakaway republics Bosnia and Herzegovina and Croatia in the relevant period.

The legal continuity of the FR of Yugoslavia with SFRY was assumed by the International Court of Justice; for otherwise FR of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) could not possess *locus standi in indicio* before the Court neither as an Applicant nor as a respondent. As the Court stated in the Legality of Use of Force cases: "The Court can exercise its judicial function only in respect of those States which have access to it under Article 35 of the Statute. And only those States which have access to the Court can confer jurisdiction upon it".

Only States parties to the Statute of the Court possess the right referred to, being as Members of the United Nations *ipso facto* parties to the Statute of the Court or by accepting conditions pursuant to Article 35, paragraph 2, of the Statute. States non-parties to the Statute can acquire this right on condition that they accept the general jurisdiction of the Court in conformity, with Security Council resolution 9 (1946).

FR of Yugoslavia never accepted conditions pursuant to Article 35, para. 2. of the Statute nor the general jurisdiction of the Court in conformity with Security Council resolution 9 (1954). More detail: *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Kreća; M. Kreća, "A Few Remarks about the Membership of FR Yugoslavia in the United Nations", *Annals of the Faculty of*

Elements of the conception of obligation *erga omnes partes* in terms of horizontal extension of the jurisdiction of the Court *ratione personae* are also incorporated in Articles 62 and 63 of the Statute of the Court, enabling third States to participate in the proceedings. As such intervention is an exception to the Court's bilateralism.⁴¹ Moreover, both articles confer the right "to intervene using the term 'any state' meaning it is not necessary that the State seeking to intervene under either of these provisions should be party to the Statute"⁴² – if fulfilled conditions provided in Article 35, par. 2 of the Statute. Obligations *erga omnes partes* eliminate the difference between two forms of intervention – intervention of a third State on the basis of Article 62 of the Statute of the Court,⁴³ upon the permission of the Court – so called discretionary intervention⁴⁴ – and intervention on the basis of Article 63⁴⁵ – intervention as of right.⁴⁶

The parties to the Convention like Genocide Convention, have a common interest to ensure its application and on that basis possess the presumed right to intervene pursuant to Article 62 of the Statute. As the Court stated, "The common interest in compliance with the relevant obligations under the Genocide Convention entails that any State party, without distinction, is entitled to invoke the responsibility of another State party for an alleged breach of its obligations *erga omnes partes*."⁴⁷

One of the effects of obligations *erga omnes partes* is that the multilateral convention such as the Genocide Convention are understood as inte-

law in Belgrade 6/1994, 594–605. Y. Z. Blum, "Was Yugoslavia a Member of UN in the Years 1992-2000", *American Journal of International Law* 4/2007, 800-818.

⁴¹ S. Rosenne, *The Law and Practice of the ICJ 1920-2005*, Vol. IV, Leiden 2006, 1439.

⁴² *Ibid.*, 1472-1473.

⁴³ Article 62 reads as follows:

"1. Should a state consider that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case, it may submit a request to the Court to be permitted to intervene.

2. It shall be for the Court to decide upon this request".

⁴⁴ S. Rosenne, (2006), 1472–1473.

⁴⁵ Article 64:

"1. Whenever the construction of a convention to which states other than those concerned in the case are parties is in question, the Registrar shall notify all such states forthwith.

2. Every state so notified has the right to intervene in the proceedings; but if it uses this right, the construction given by the judgment will be equally binding upon it".

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Case concerning Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Gambia v. Myanmar*), Judgment Preliminary Objections, ICJ Reports 2022, para. 108.

gral one "where the force of the obligation is self-existent absolute and inherent for each party",⁴⁸ both in substantive and procedural terms.

Such an understanding significantly extends the circle of potential applicants as well as interventions as of right in the proceedings before the Court affecting in addition the scope of validity of the rule *res iudicata* in terms of *res iudicata erga omnes partes*. The concept of obligations *erga omnes partes* is not free from certain risks. They concerned the attitude of States to the obligatory jurisdiction of the International Court of Justice in terms of Article 36, paragraph 2 of the Statute of the Court and more specifically the compromisory clauses in treaties of universal or quasi-universal character in the view of extension of jurisdiction of the Court *ratione personae*.

In that matter the time, will be the we would say relatively short time, probably following the judgments *in meritum* in these two cases, will be the ultimate judge. The ambiguities and controversies are the consequence of current state in international law. The idea promoted by the *dictum* of the Court in Barcelona case is, however, a kind of beacon to which to international law should strive in order to establish the rule of law in international community. The obligations *erga omnes partes* is a modest⁴⁹ and valuable step in that direction.

In that frame the obligations *erga omnes* and even *erga omnes partes* could have the proper effect as a processual element of *ius cogens* in *statu nascendi*. As such, they would contribute to the full effects of use of *ius cogens*, as basis and criteria of substantive legality in the international community. Of highest relevance is the fact that in all judgment and advisory opinions in which it deals with obligations *erga omnes*, the Court referred either directly or indirectly to rules of *ius cogens*, tying its effects both to obligations and rights.⁵¹ By acting in such a way the Court demon-

⁴⁸ Third Report on the Law of Treaties by General Fitzmaurice, UN doc. A/CN.4/115, YILC, Vol. II, 20, Art. 17, 27.

⁴⁹ As regards the *ratione personae* effects, the concept of so-called objective regimes were more strict. The concept was for the first time elaborated in the decision of the International Committee of Jurists related to the status of Alland Islands 1920 – Alland Islands question, League of Nations Official Journal, Special supplements 3/1920. As regards the validity of the 1856. treaties concerning the demilitarization of Islands, the Committee stated: "The provisions were led down in *European Interest*. They constituted a *special international status* relating to military considerations for the Alland Islands. It follows that *until* these provisions are *dully replaces* by others, *every State interested* has the right to insist upon compliance with them. It also follows that any State in possession of Islands must conform to the obligations, binding upon it, arising out of the system of demilitarisation established by these provisions – *Ibid.* Consequently, the Sweden, as a non-signatory of the treaty, by reason of objective nature of the settlement of the Alland Islands question by treaty of 1956... may, as a power directly interested, insist upon compliance with the provisions of these treaty in so far as the contracting parties have cancelled it. *Ibid.*, 17.

strated its belief in the unity of primary and secondary rules of international law against its fragmentation.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Blum, Yehuda Z., “Was Yugoslavia a Member of UN in the Years 1992–2000”, *American Journal of International Law* 4/2007;
2. Gattini, Andrea, “Actio popularis”, 16, 19, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1167.013.1167/law-mpeipro-e1167?prd=OPIL>, last visited: 4 March 2025;
3. Henkin, Louis, Pugh, Richard, Schahter, Oscar, Smit, Hans, *International Law: Cases and Materials*, Saint Paul 1993;
4. Kreća, Milenko, “A Few Remarks about the Membership of FR Yugoslavia in the United Nations”, *Annals of the Faculty of law in Belgrade* 6/1994;
5. Kreća, Milenko, “The *res iudicata* rule in jurisdictional decisions of the ICJ”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2014;
6. Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the ICJ 1920–2005*, Vol. IV, Leiden 2006;
7. Thirlway, Hugh, “The Law and Procedure of ICJ 1960–1989”, *British Yearbook of International Law* 1/1989.

Other sources

1. Armed Activities case on the territory of Congo (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, New Application 2002), Judgment, ICJ Reports 2006;
2. *Belgium v. Senegal*, ICJ Reports 2012;
3. Case concerning Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Gambia v. Myanmar*), Judgment Preliminary Objections, 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. Cour internationale de Justice, case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Gambia v. Myanmar*), Application Instituting Proceedings;
7. Cour internationale de Justice, Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*South Africa v. Israel*), Application Instituting Proceedings;
8. Draft articles on Responsibility of International Organizations, YILC 2011, II;
9. East Timor case, Judgment, ICJ Reports 1995;
10. *FR of Germany vs. Ireland*, Merits, ICJ Reports 1974;

11. *Gambia v. Myanmar*, First Preliminary Objections of the Republic of Union of Myanmar;
12. *Gambia v. Myanmar*, Second Preliminary Objections of the Republic of Union of Myanmar;
13. Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, ICJ Reports 2019;
14. Order on provisional measures of 23 January 2024 in *Gambia v. Myanmar* case;
15. Order on provisional measures of 26 January 2024 in *South Africa v. Israel* case;
16. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951;
17. Statute of the International Law Commission;
18. Third Report on the Law of Treaties by General Fitzmaurice, UN doc. A/CN.4/115, YILC, Vol. II;
19. *United Kingdom v. Ireland*, Merits, ICJ Reports 1974.

Проф. др Миленко Крећа

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

Бивши члан Венецијанске комисије и Сталног арбитражног суда,

Члан Извршног савета Светског удружења за међународно право (ILA),

Председник Међународног огранка ILA,

Председник Удружења за међународно кривично право,

Члан Свесловенске академије наука и уметности (Москва)

ОДЛУКЕ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ У СЛУЧАЈЕВИМА ГАМБИЈА ПРОТИВ МЈАНМАРА И ЈУЖНА АФРИКА ПРОТИВ ИЗРАЕЛА КАО НОВА ПЕРСПЕКТИВА СУЂЕЊА

Сажетак

Аутор анализира ефекте одлука Међународног суда правде у два недавна случаја геноцида – *Гамбија против Мјанмара* и *Јужна Африка против Израела* – као елемент прогресивног развоја права Суда у пресуђивању о злочину геноцида. Суд је у својим одлукама, како у Пресуди о претходним приговорима у случају *Гамбија против Мјанмара*, тако и у наредбама о привременим мерама у оба случаја, увео концепт обавеза *erga omnes partes* у смислу обавеза према групи држава, тако да кршење тих обавеза омогућава свим државама чланицама групе да се позову на одговорност за кршење.

Суштинско значење обавеза *erga omnes partes*, које се поимају као секундарна правила међународног права, огледа се у хоризонталном проширењу надлежности Суда *ratione personae* на основу предмета спора, без одступања од принципа сагласности као основног принципа на коме почива МСП. Ове обавезе одступају од строге парадигме билатерализма у надлежности Суда *ratione personae*, развијене по аналогiji с решењима из домаћег права, изражавајући индивидуалистичку структуру међународне заједнице.

Парадигма је постала преуска с растућом међузависношћу држава, што се изражава, између осталог, у појави групних или колективних вредности и интереса које деле државе чланице или све државе у међународној заједници. Суд открива да, поред тога, обавезе *erga omnes partes* елиминишу разлику између два облика интервенције – интервенције треће државе на основу члана 62 Статута Суда, по дозволи Суда – такозвана дискрециона интервенција – и интервенције на основу члана 63 – интервенције по праву. Те обавезе такође захтевају проширење важења правила *res iudicata* у смислу *res iudicata erga omnes partes*. Суд закључује да, упркос чињеници да нису лишене правних тешкоћа, обавезе *erga omnes partes* представљају вредан корак у промоцији владавине права у међународној заједници.

Кључне речи: *Случајеви геноцида пред МСП; Надлежност ratione personae; Обавезе erga omnes partes; Елементи прогресивног развоја међународног права у пресуђивању у случајевима геноцида.*

Senior Professor Usha Tandon, LL.D.

Vice-Chancellor, RP National Law University, Prayagraj, India

GENDER-SENSITIVE LAWS IN INDIA: THE COMPLEXITIES OF PROTECTION AND ALLEGATIONS OF ABUSE IN THE CONTEXT OF WORK-PLACE SEXUAL HARASSMENT

The imperative for gender equality has spurred the development and implementation of gender-sensitive laws globally, aiming to address historical and systemic imbalances that disproportionately affect marginalized groups, particularly women. Within the realm of labour and employment, the recognition of a safe and conducive work environment as a fundamental right has been a crucial step towards ensuring women's full and equitable participation in the workforce. This article offers a focused examination of the legal framework addressing sexual harassment in India, specifically the ‘Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition, and Redressal) Act, 2013’ (POSH Act), and the intricate discourse surrounding its implementation, focusing on its potential misuse. The methods used in writing this article are legalistic, analytical and qualitative methods of research. The article argues that the opposition to women-centric legislation on the grounds of potential misuse reflects underlying societal biases and resistance to the empowerment of women. It concludes that the POSH Act was created to address the historical and structural discrimination faced by women in the workplace, and its effectiveness should not be weakened by overstated fears about false complaints.

Key words: Sexual Harassment; Right to Work; Workplace; Feminist Issues; Abuse of Law; CEDAW; POSH Act 2013; Indian Judiciary; Implementation of law.

1. INTRODUCTION

Sexual harassment of women at workplace is all pervasive.¹ Sexual harassment constitutes a gross violation of women's right to equality and dignity. Having its roots in patriarchy, it had been perceived that some forms of violence against women were acceptable. Various forms of such harassment, had been viewed as harmless and trivial. Often, it had been excused as ‘natural’ male behaviour or ‘harmless flirtation’ which women enjoy. With growing awareness and empowerment, women started raising voice against these perceptions². Women groups asserted that contrary to these perceptions, it causes serious harm and leaves a negative impact on their lives and livelihoods. It is also a strong manifestation of sex discrimination at the workplace.³

Millions of the Indian women are entering the workforce today with improved access to education and increased economic growth of the country⁴. The official data for women’s work participation may be low, as it is argued that much of the work that women do is not included in official data accounts. If it is included, women’s overall work participation would be 86.2 per cent⁵. Many working women in India, as elsewhere, face sexual harassment at the workplace⁶.

¹ See: Sexual Harassment: A Severe and Pervasive Problem, <https://www.newamerica.org/better-life-lab/reports/sexual-harassment-severe-and-pervasive-problem/summary-of-findings/>, last visited 10 March 2025; Every Woman Has a Story: Sexual Harassment is still a Pervasive Problem in many Workplaces, <https://www.hallansley.com/blog/2022/06/does-sexual-harassment-have-to-be-physical-in-nature/>, last visited 10 March 2025.

² Government of India, Ministry of Women and Child Development, *Handbook on Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal) Act 2013*, New Delhi 2015, 1.

³ See: I. Jaising, *Sexual Harassment at Workplace*, Universal Law Publishers, New Delhi 2015.

⁴ The female labour force participation rate (FLFPR) in India has shown a significant increase over the past few years, driven largely by a rise in women entering the workforce in rural areas. The Economic Survey 2024-2025 reported that the FLFPR rose to 41.7% in 2023-24, from 37% in 2022-2023, and from 23.3% in 2017-2018. See Government of India, Ministry of Finance, *Economic Survey 2024-2025*, <https://www.indiabudget.gov.in/economicsurvey/doc/echapter.pdf>, last visited 12 March 2025.

⁵ J. Ghosh, “What Exactly is Work?”, http://www.macrosan.org/cur/oct14/pdf/Exactly_Work.pdf, last visited 12 March 2025.

⁶ See: Sexual harassment in the workplace: prevalence, etiologies, prevention and management strategies, <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC10698737/>, last visited 12 May 2025. As far as reporting of sexual harassment among the working women is concerned, it remains predominantly nonreporting or under-reporting. These are measured as the “Dark figures of crime” and “Noiseless crime” (M. Sheethal, “Protection of Women from Sexual Harassment at Workplace in India”, <http://www.legalserviceindia.com>, last visited 11 January 2025. Long back, the women police workers of Bangalore Central Jail reported sexual harassment by some of the higher officials (D. Rufus, S. Beulah, “Sexual

At the international level, to eradicate discrimination and promote women's empowerment and equality the 'UN General Assembly' adopted in 1979, the 'Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women'⁷ (CEDAW) emphasizes the necessity of enacting gender-sensitive legislation to eradicate discrimination and promote women's empowerment and equality⁸. Central to this is the recognition of the right of women to work in environments free from sexual harassment, which is enshrined in CEDAW as a fundamental human right⁹. In response to this international mandate, India enacted the 'Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition, and Redressal) Act,' 2013¹⁰ (hereafter referred to as the POSH Act), to institutionalize mechanisms for safeguarding women in professional spaces.

The POSH Act provides a comprehensive definition of "sexual harassment," encompassing unwelcome advances, solicitations for sexual favours, physical interactions, and verbal or non-verbal conduct of a sexual nature¹¹. It places stringent obligations on employers to ensure a safe and conducive work environment, including the mandatory constitution of Internal Complaints Committees (ICC) to handle grievances.¹² The procedure for addressing the complaints, including inquiry and action against the perpetrator has also been dealt with in the legislation.¹³ There is one provision in the Act that provides for penal consequences, if the woman files a false or malicious complaint.¹⁴ It has generated lots of controversy, especially in the women groups.

Now, it has been more than a decade that this Act has been implemented. Various cases have come before the Indian judiciary, wherein issues have been flagged by the Courts like inadequate enforcement of the Act¹⁵

Harassment of Women at Workplace", *Indian Police Journal* 4/2010, 21-23). Moreover, women announcers of the airport also reported sexual harassment by their managers at the workplace, (Pragatibadi – Oriya daily, 1995).

⁷ United Nations Convention on Elimination of All Forms of Discrimination against Women, <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>, last visited 10 April 2025.

⁸ *Ibid.*, Articles 3, 6, 15 and 16.

⁹ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 19 (11th session", 1992), Article 11, para. 17, <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>, last visited 10 April 2025.

¹⁰ Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition, and Redressal) Act, 2013, Act No. 14 of 2013.

¹¹ *Ibid.*, section 2 (n).

¹² *Ibid.*, section 4.

¹³ *Ibid.*, sections 12–18.

¹⁴ *Ibid.*, sections 14.

¹⁵ Poor Implementation of Sexual Harassment Act, 2013, irks Women Employees, <https://www.thehindu.com/news/national/andhra-pradesh/poor-implementation-of-sexual->

and the potential misuse of it. The High Court of Delhi in September 2024 highlighted the misuse of this law by filing malicious complaints and emphasised the role of lawyers in the prevention of this misuse.¹⁶ The Court called for strict actions against individuals misusing the legal process, signalling a growing judicial concern over the balance between safeguarding genuine victims and preventing the exploitation of protective laws.¹⁷

Against this background, this article, aims to illustrate the intricate issues of protection and the concerns for potential misuse by critically analysing, in detail, one of the significant Judgments of High Court of Delhi¹⁸ on sexual harassment at work-place. Further, recognising that sexual harassment undermines the dignity of a woman and impedes her professional advancements, this article affirms the necessity of gender-protective anti-harassment law. It argues that whenever a gender protective law is enacted, a voice is echoed for the fear of its misuse by the women, which is much overstated. This argument is based on the premise that even the gender-neutral laws are prone to misuse, so the fear of misuse is not unique to women laws. Thus the apprehensions for the misuse of pro-women legislations is fallacious and as a matter of fact is a reflection of deep-seated social biases against women. It calls for strengthening these laws, rather than unjustifiably crying for its abuse.

2. SEXUAL HARASSMENT AS ‘HUMAN RIGHTS VIOLATION’

‘The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)’, adopted by the ‘United Nations General Assembly’ in 1979, serves as a comprehensive exclusive instrument protecting rights of women. It defines discrimination against women and establishes an agenda for national actions to end such discrimination. CEDAW’s primary objective is to eradicate discrimination against women in all forms.

While the original text of CEDAW does not explicitly mention sexual harassment, the ‘Committee on the Elimination of Discrimination Against Women’, which monitors the implementation of CEDAW, has addressed this issue through its ‘General Recommendations.’ In 1992, the CEDAW

harassment-act-2013-irks-women-employees/article69303716.ece, last visited 22 May 2025.

¹⁶ Lawyers Must Be Sensitized To Not File Frivolous Cases Alleging Sexual Harassment, Outraging Modesty Of Women: Delhi High Court, <https://www.livelaw.in/high-court/delhi-high-court/delhi-high-court-sexual-harassment-false-case-sensitize-lawyers-270476>, last visited 20 May 2025.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Anita Suresh v. Union of India & Ors*, D/on Dec. 17, 2020 Del. HC <https://indiankanoon.org/doc/193960298/>, last visited 20 May 2025.

Committee adopted 'General Recommendation No. 19'¹⁹, which explicitly recognizes 'gender-based violence' as a form of discrimination that inhibits women's ability to enjoy rights and freedoms on an equal footing with men. This Recommendation was pivotal in interpreting the Convention's provisions to include violence against women as a violation of their human rights. Paragraph 17 of 'General Recommendation No. 19' states: "Equality in employment can be seriously impaired when women are subjected to gender-specific violence, such as sexual harassment in the workplace." This acknowledgment underscores the detrimental impact of sexual harassment on women's employment opportunities and their broader economic and social rights. It provides a clear definition of sexual harassment, describing it as: "such unwelcome sexually determined behaviour as physical contact and advances, sexually coloured remarks, showing pornography and sexual demands, whether by words or actions."²⁰

This comprehensive definition highlights various forms of sexual harassment, emphasizing that such conduct can be humiliating and may constitute a health and safety problem. CEDAW places sexual harassment of women under the category of gender-based violence and termed it as human rights violations. Placing an obligation on the State, the 'Recommendation 19' requires the State to ensure that "women are not subjected to discrimination in employment, which includes protection from sexual harassment." State obligations include taking preventive and legal measures to provide remedies to the victims. This approach brings a paradigm shift to the issues of sexual harassment that hitherto have been treated as merely workplace issues. It acknowledges the fact that sexual harassment not only affects woman's employment but her dignity as well.

3. HOW INDIAN JUDICIARY RESPONDED IN THE ABSENCE OF LEGISLATION

In 1997, the 'Supreme Court of India', in the absence of dedicated law²¹ on sexual harassment delivered a path breaking judgment in '*Visha-*

¹⁹ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, "General Recommendation No. 19.

²⁰ Convention on Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Article 1.

²¹ At that time there was no exclusive law in India to deal with the sexual harassment of women at work. Women who have been sexually harassed at work can file a criminal complaint under Section 354 of the Indian Penal Code (now section 354 of *Bhartiya Nyaya Sanhita*) which deals with 'assault or criminal force to woman with intent to outrage her modesty'; Section 509 of the Indian Penal Code (now section 79 of *Bhartiya Nyaya Sanhita*), which punishes 'anyone who uses a word, gesture, or act intended to insult a woman's modesty' and Section 354 A of the Indian Penal Code (new Section 75 of *Bhartiya Nyaya Sanhita*) which defines and penalizes various forms of sexual harassment. See also *Rupan Deol Bajaj & Anr v. Kanwar Pal Singh Gill & Anr* 1995 SCC (6) 194. Moreover these

*kha v. State of Rajasthan*²². The case arose in response to the gang rape of a social worker, who was targeted for implementing the State policy to prevent child marriages in Rajasthan. The Court observed that such act constitutes a violation of fundamental rights guaranteed under the ‘Constitution of India’, including the ‘right to equality’ (Article 14), the ‘right to freedom’ (Article 19), and the ‘right to life’ and dignity (Article 21).²³

The Indian Supreme Court, recognizing the pervasive nature of gender imbalance and structural violence against women, took the unprecedented step of establishing legal guidelines to fill the legislative vacuum regarding workplace sexual harassment. These Guidelines mandated, *inter alia*, that employers create a safe working environment, establish complaints committees, and implement mechanisms for timely resolution of grievances.²⁴ The *Vishakha Guidelines* were intended as an interim measure until comprehensive legislation was enacted.²⁵ The *Vishakha Guidelines* issued by the ‘Supreme Court of India’ in 1997 were directly inspired by CEDAW’s principles²⁶. In laying down these Guidelines, the Court referred to the ‘Constitution of India’ that foster ‘respect for international law and treaty obligations.’²⁷ In 1999, in ‘*Apparel Export Promotion Council v. A.K Chopra*,’²⁸ the Supreme Court of India, by holding that physical contact is not essential to constitute sexual harassment, has broadened the ambit of sexual harassment,

4. INDIA’S LEGISLATIVE RESPONSE

Despite the Court’s clear mandate to enact law against sexual harassment of women at workplace, it took sixteen years for the Indian government to translate these Guidelines into a statutory framework. In 2013, India enacted a comprehensive legislation dealing with sexual harassment occurring at workplace known as “Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition, and Redressal) Act”- commonly known as POSH Act²⁹. The law seeks to provide ‘safe, secure and enabling environ-

provisions are penal in nature. The need of the hour was to have a civil legislation addressing and redressing the humiliating experience of women in case of sexual harassment at work.

²² *Vishaka & Ors v. State of Rajasthan & Ors*, 1997 (6) SCC 241.

²³ *Ibid.*, 247, para. 3.

²⁴ *Ibid.*, para. 252-254.

²⁵ *Ibid.*, 251, para. 16.

²⁶ *Ibid.*, 248, para. 6.

²⁷ *Ibid.*, 248-249, para. 7.

²⁸ 1999 (1) SCC 759.

²⁹ Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition, and Redressal) Act, 2013, Act No. 14 of 2013.

ment³⁰ to every working woman free from all forms of sexual harassment. The Act recognises that sexual harassment at workplace is the violation of women’s right to life, liberty, dignity and equality³¹. It reiterates ‘Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women’ (CEDAW), to which India is a party, by a special mention of ‘Recommendation No 19’.³²

This Act incorporates most of the Guidelines prescribed in *Vishaka* case like employer’s duty to establish Internal Complaints Committees (ICCs), spreading regular awareness through workshops etc and ensuring a safe working environment. It aims to formalize mechanism for preventing, prohibiting, and redressing sexual harassment while ensuring accountability of the employer.

Some of the major provisions of the POSH Act are critically analysed in the following pages:

4.1. Definition of Sexual Harassment

The POSH Act provides a comprehensive definition³³ of sexual harassment listing, but not limiting, various ‘unwelcome acts or behaviour’. Such acts may be direct or implied as well. Unwelcome ‘physical contact and advances, ‘a demand or request for sexual favours,’ making sexually coloured remarks’, or ‘showing pornography’ will trigger the provisions of the Act against the perpetrator. It also includes ‘any other unwelcome physical, verbal, or non-verbal conduct of sexual nature.’ As a matter of fact, the nature of sexual harassment is multifaceted which can manifest in various forms, including inappropriate comments, suggestive gestures, physical contact, or even non-verbal conduct of implicit and suggestive behaviour. Responding to women’s experiences, this definition recognises that sexual harassment is not limited to direct physical acts but extends to verbal and psychological forms of harassment, as well. This aims to dismantle entrenched patriarchal norms that have historically legitimized or overlooked such misconduct. Thus, this inclusive definition enables victims to seek redress for a wide range of misconduct that may not have been previously recognized as harassment under traditional legal framework.

³⁰ *Ibid.*, Statement of Objects and Reasons, para. 6.

³¹ *Ibid.*, Statement of Objects and Reasons, para. 1 and 2.

³² *Ibid.*, Statement of Objects and Reasons, para. 3.

³³ *Ibid.*, Section 2(n).

4.2. Obligations Imposed on Employers

It is the statutory duty of an employer with ten or more employees to constitute ‘Internal Complaints Committees’ (ICC)³⁴ to which any aggrieved woman may make a complaint of sexual harassment.³⁵ The Act requires that the ICC should be presided over by a woman³⁶ and should include majority of women members, including an external expert.³⁷ with experience in dealing with cases of sexual harassment or gender issues. The purpose of the external member is to ensure that an independent person is available to assist, advice and aide the ICC.³⁸ The ICC is the first point of contact for the aggrieved woman that conducts inquiries and recommends appropriate action. The employer is duty bound to provide necessary facilities to the ICC,³⁹ assist in securing the attendance of respondent and witnesses⁴⁰ and monitor the timely submission of reports by the ICC.⁴¹

The POSH Act further imposes stringent obligations on employers⁴² to create and maintain a safe working environment for women.⁴³ Employers are required to organize regular awareness programs and workshops⁴⁴ at workplace to sensitize employees about the provisions of the Act, the complaint mechanism, and the consequences of engaging in sexual harassment.⁴⁵ Failure of the employer to comply with these obligations can result in penalties, including fines,⁴⁶ and in the case of repeat offence, his business licenses may also be cancelled.⁴⁷ By fixing the employers responsibility to create an environment that is free from sexual harassment, the POSH Act seeks to address the institutional barriers that have prevented women from reporting sexual harassment.

Though the POSH Act is a classic piece of victim-centric legislation, the implementation of it is big challenge. A 2018 report by the ‘Ministry of

³⁴ *Ibid.*, Section 4 (1).

³⁵ *Ibid.*, Section 9 (1).

³⁶ *Ibid.*, Section 4 (2).

³⁷ *Ibid.*, Section 4 (2) (c).

³⁸ See *Punjab and Sind Bank and Ors. v. Durgesh Kuwar*, AIR 2020 SC 3040.

³⁹ Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition, and Redressal) Act, 2013, Section 19 (d).

⁴⁰ *Ibid.*, Section 19 (e).

⁴¹ *Ibid.*, Section 19 (j).

⁴² *Ibid.*, Section 4 and section 19.

⁴³ *Ibid.*, Section 9 (a).

⁴⁴ *Ibid.*, Section 19 (c).

⁴⁵ *Ibid.*, Section 19 (b).

⁴⁶ *Ibid.*, Section 26 (1).

⁴⁷ *Ibid.*, Section 26 (2).

Women and Child Development’ revealed that a significant number of organizations had not constituted ICCs, and awareness about the Act remained low among employees.⁴⁸ In 2023, the ‘Supreme Court of India’ lamented that there were “serious lapses in the enforcement of the Act” even after a decade of the law being implemented. The Court observed further that ‘no matter how valuable the enactment of the law might be, it would only succeed in providing the dignity and respect that women deserve at the workplace if all State and non-State actors were to enforce it proactively.’⁴⁹

The lack of training and sensitization has led to reluctance among victims to come forward. Moreover, societal stigma often prevent women from filing complaints or seeking redressal. Fear of professional retaliation, and loss of reputation too remain significant deterrents. High-profile cases of workplace harassment, such as those exposed during the #MeToo movement⁵⁰, have highlighted the above barriers that prevent women from accessing justice despite the existence of legal safeguards. Thus it is absolutely necessary that the employers adhere to the constitution of ICC.

4.3. Procedural Framework for Complaints

The POSH Act establishes an institutional mechanism and provides procedural framework for dealing with complaints of sexual harassment.⁵¹ As stated above an aggrieved woman can file a complaint with the ICC constituted by the employer. This complaint should be filed within three months of the last incident.⁵² For the purpose of making an inquiry, the ICC is empowered to summon and enforce the attendance of any person and examine him on oath. It can also require ‘the discovery and production of documents’.⁵³ The inquiry by ICC must be completed within 90 days of

⁴⁸ S. Meenakshi, “Who’s Guarding Guards? ICC compliance low among firms”, http://timesofindia.indiatimes.com/articleshow/103743391.cms?utm_source=contentofinterest&utm_medium=text&utm_campaign=cppst, last visited 20 May 2025.

⁴⁹ See *Aureliano Fernandes v. State of Goa and Others*, (2024) 1 SCC, 632.

⁵⁰ The term “Me Too” has been used by activist and founder of the movement Tarana Burke using it as early as 2006. It gained widespread attention in 2017, spurred by allegations against Harvey Weinstein and encouraged by a tweet from Alyssa Milano. The movement has brought attention to the prevalence of sexual harassment and assault, giving a voice to survivors and challenging the culture of silence. The movement has spread globally, with similar initiatives emerging in various countries, including India, Egypt, and others. Available at <https://www.britannica.com/topic/Me-Too-movement>, last visited 12 March 2025.

⁵¹ Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition, and Redressal) Act, 2013, sections 9-18.

⁵² *Ibid.*, Section 9 (1).

⁵³ *Ibid.*, Section 11 (3).

the complaint being filed.⁵⁴ During the inquiry, if the victim makes a request, the ICC may recommend the transfer of the victim or respondent to any other workplace.⁵⁵ On completion of inquiry, if the ICC decides that the allegations against the respondent have been proved, it can recommend to the employer to take action against the respondent treating it as misconduct under the service rules⁵⁶ that generally include a wide range of actions like written apologies, salary deductions, suspension, and termination etc.. On receiving the recommendations from ICC, the employer is required to act on them within 60 days.⁵⁷ The Act also makes provision for appeal.⁵⁸ The institutional framework of the complaint process ensures that allegations of sexual harassment are treated with seriousness and consistency.

4.4. Penalization of False or Malicious Complaints

Section 14, which deals with the penalization of women who file false or malicious complaints, is one of the most controversial provisions of the POSH Act. If the allegations against the respondent are found malicious or false by the ICC, it may recommend action against the complainant.⁵⁹ This provision, unfortunately, incorporates the patriarchal perception that women may not be trusted as they may weaponize such complaints for personal or professional gains. However, a proviso to Section 14 clarifies that a ‘mere inability to substantiate a complaint or provide adequate proof need not attract action against the complainant’.⁶⁰ It further requires that before recommending an action against the complainant, ‘the malicious intent on part of the complainant shall be established after an inquiry according to prescribed procedure.’⁶¹

Though the POSH Act under section 14 includes critical safeguards to protect genuine complainants, the reality is otherwise as critically explained below.

5. THE POSH ACT: BETWEEN PROTECTION AND ABUSE

The POSH Act was introduced to create a safe working environment for women, recognizing that sexual harassment disproportionately affects them. However, Section 14 of the Act contains skepticism surrounding the

⁵⁴ *Ibid.*, Section 11 (4).

⁵⁵ *Ibid.*, Section 12 (1).

⁵⁶ *Ibid.*, Section 13 (3).

⁵⁷ *Ibid.*, *Ibid.*, Section 13 (4).

⁵⁸ *Ibid.*, See Section 18.

⁵⁹ *Ibid.*, Section 14 (1).

⁶⁰ *Ibid.*, Section 14 (1), Proviso (1).

⁶¹ *Ibid.*, section 14 (1), proviso (2).

Act, with some believing that women might misuse it for personal gain or revenge. Critics argue that it might discourage genuine complaints due to fear of being accused of a liar or facing career repercussions, potentially leading to questions about women's credibility in leveling allegations of sexual misconduct. This tendency to view women's complaints as deceitful or driven by ulterior motives reflects deep-rooted gender biases and raises questions about how society perceives and responds to gender-based violence and discrimination. The core purpose of the POSH Act is to empower women to report harassment without fear. However, apprehended misuse of the Act has led to adopt overly cautious or punitive approaches, including victim-blaming or discouraging women from speaking up, which creates a hostile work environment where sexual harassment is normalized and accountability is undermined.

The concerns about misuse should not overshadow the need to address genuine cases of harassment. The misuse of the law, if it occurs, should be addressed through appropriate legal measures without undermining the protective intent of the POSH Act. The unequal power structures and social norms that perpetuate harassment should also be addressed. Addressing these root causes is crucial for creating a truly safe and equitable workplace.

The Indian judiciary has played an important role while interpreting the provisions of POSH Act. While some judgments have strengthened the protective intent of the Act, others, unfortunately, have taken a regressive view questioning the women's motives and have also imposed penalties for alleged false complaints. The case of *Anita Suresh v. Union of India & Ors*⁶² illustrates as to how the judiciary grapples with the issue of alleged false complaints under the POSH Act. The case highlights the complex legal and social dynamics involved in addressing sexual harassment complaints, especially when questions arise regarding the veracity of such complaints. The case also demonstrates the challenges faced by Courts of law in balancing the protection of complainants' rights with the need to safeguard individuals from false or malicious accusations.

This case gained attention due to the conflicting findings of the Single Bench and the Division Bench of the High Court of Delhi, reflecting the difficulty in adjudicating cases where evidence is ambiguous or difficult to substantiate. It underscores the broader societal and legal challenges in addressing workplace sexual harassment, including the stigma attached to complaints and the fear of retaliation. The ultimate ruling by the Division Bench in favour of the complainant reaffirms the judiciary's commitment

⁶² *Anita Suresh v. Union of India & Ors*.

to protecting women's dignity setting important precedents for handling similar cases under the POSH Act.

In this case, a woman was working as an Assistant Director in the Finance Department of an Hospital. His senior who was working as a Deputy Director in the same hospital was harassing her by using ‘inappropriate language with sexual overtones’⁶³ on multiple occasions. Being humiliated and frightened, she narrated the instances to her colleagues and broke down before her.⁶⁴ On the encouragement of her colleague, she filed a complaint of sexual harassment to the ICC⁶⁵ against that Deputy Director. According to the complainant, the conduct of the respondent created a hostile and intimidating work environment, affecting her professional performance and mental well-being. After examining the matter, the ICC concluded that for some incidents, the complainant was not able to provide the exact language used by the respondent. It further concluded that ‘the other incidents could not be established in the absence of substantive evidence as there were no direct witnesses’.⁶⁶ The ICC, in the absence of sufficient evidence, extended the benefit of the doubt to the respondent and, in the interest of maintaining healthy working environment recommended that both the complainant and the respondent be transferred to different departments.

Not being satisfied by the ICC report, she filed a writ petition before the High Court of Delhi challenging the ICC’s findings. The case was heard by the ‘Single Judge of the High Court’ who decided against the petitioner. The Single Judge, agreeing with ICC, observed that the petitioner failed to provide, with specifications, the language and the conduct of the respondent that constituted sexual harassment and the witnesses interviewed by ICC did not corroborate the charges of sexual harassment. Strangely, the ‘Single Judge’ took cognisance of the victim’s past service record on work-related issues⁶⁷ to hold that the ‘petitioner did not have a clean service record’. Based on these factors, the ‘Single Judge’ decided that the complaint was false and filed with ‘some ulterior motive.’⁶⁸ The Court imposed a fine of Rs. 50,000 on the complainant for filing a false

⁶³ *Ibid.*, para. 5.

⁶⁴ *Ibid.*, para. 6.

⁶⁵ The inquiry by ICC was conducted before the enactment of POSH Act, 2013, under the “Vishaka Guidelines” issued by the Supreme Court of India in *Vishaka and Ors. v. State of Rajasthan and Ors.* 1997 (6) SCC 241.

⁶⁶ *Ibid.* para. 6.

⁶⁷ *Anita Suresh vs Union Of India & Ors* on 9 July, 2019, para. 18, <https://indiankanoon.org/doc/98792027/>, last visited 10 May 2025.

⁶⁸ *Ibid.*, para. 17.

complaint⁶⁹ and granted the employer the liberty to take appropriate disciplinary action against her.⁷⁰

This judgment was heavily criticised,⁷¹ as instead of focusing exclusively on the merit of the case, it went on to scrutinize the behaviour and past service record of the complainant to disbelieve her testimony. It proved to be a backlash discouraging genuine complaints that cannot be fully substantiated due to lack of evidence or corroboration.

Anita Suresh then appealed before the ‘Division Bench’ of the ‘High Court of Delhi’. Overruling the decision of the ‘Single Judge’, the ‘Division Bench’ held that statements made before the ICC clearly establish that the respondent ‘had been misbehaving with the appellant by making statements with sexual overtones.’⁷² The Court highlighted that the respondent has ‘himself admitted to the occurrence of the incident’,⁷³ but claimed that his words were misunderstood.⁷⁴ It rightly observed that ‘it must always be borne in mind, that a woman who is perturbed by an action of a male colleague, either through words, gestures or action, cannot be expected to have such clarity of thought, to know who all were present at the time of the incident, and who all may have witnessed the incident and remember their names and faces. The mere inability of a woman to name such witnesses cannot suffice to falsify her complaint.’⁷⁵ On the point of collaboration, the Court explained that ‘as the protection of the Act is available to women who may have come to avail of services provided by an institution or organization such as the Banks, Government Offices, Hospitals, etc. she may not know anyone by name or face to vouch for her. Therefore, there can be no insistence on production of witnesses by the complainant to corroborate her statement.’⁷⁶ The Court clarified that the standard of proof in an inquiry by the ICC is as for a domestic inquiry. The ‘high standard of proof’ required in criminal trials is not called for during an inquiry by the ICC under the Act.⁷⁷ Further, the Division Bench expressed disapproval of the Single Bench’s reliance on the complainant’s past disciplinary record to judge the authenticity of her complaint. It ruled that ‘when a woman

⁶⁹ *Ibid.*, para. 19.

⁷⁰ *Ibid.*, para. 20.

⁷¹ See M. Jessamine, “Do Courts Rely on Stereotypes Instead of Legal Frameworks in Cases of Sexual Harassment?”, <https://www.epw.in/engage/article/sexual-harassment-workplace-false-complaints-stereotypes-posh-act>, last visited 12 May 2025.

⁷² *Anita Suresh v. Union of India & Ors.*

⁷³ *Ibid.*, para. 9.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, para. 21.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

complains against her male colleague for sexual harassment, her own efficiency or inefficiency or temperament or the fact that disciplinary proceedings were initiated or are pending against her, are completely irrelevant and extraneous to the inquiry’.⁷⁸ Thus the ‘Division Bench’ set aside both orders of the ‘Single Bench’ that imposed the fine on the complainant and directed inquiry against her.⁷⁹

This ruling iterates that unreasonably high standards of evidence are uncalled for in the sexual harassment inquiry. It reiterates belief in the victim’s testimony and ensures that the statutory safeguards against sexual harassment are not weakened in the name of false complaints.⁸⁰

6. CONCLUSION

As explained above, the law on the prevention of sexual harassment of women at work (POSH Act) was enacted, in India, in 2013 in response to the landmark judgment of *‘Vishaka v. State of Rajasthan’* (1997), wherein the ‘Supreme Court of India’ laid down Guidelines for the prevention and redressal of women’s sexual harassment at the workplace. The Act seeks to provide respect and dignity to women at workplace in the broad sweep of Article 21 of ‘the Constitution of India’ guaranteeing fundamental ‘right to life and personal liberty’ and Article 14 providing ‘right to equality’. It empowers women suffering from sexual harassment to come up and report the misdeed in the organisation without any fear or social stigma. However, its protective and empowering provisions have attracted criticism, especially relating to its potential misuse. There is a prevalent narrative that women misuse the Act to settle personal scores, seek revenge, or gain professional advantages. The case of *Anita Suresh v. Union of India & Ors* illustrates in detail the complexities involved in adjudicating sexual harassment cases. Setting aside the ‘Single Judge’ verdict that imposed fine on the victim terming the complaint as false complaint, the ‘Division

⁷⁸ *Ibid.*, para. 12.

⁷⁹ *Ibid.*, para. 13.

The appellant had also sought the departmental inquiry against the respondent and directions for criminal prosecution against him, both before the Single Judge and the Division Bench of the High Court. On this aspect the Division Bench of the High Court observed that “in the light of the fact that the respondent... has since retired almost five years back, we do not consider it expedient to grant such relief to the appellant of directing an independent departmental inquiry against him. With regard to the criminal prosecution, nothing prevented the appellant from initiating any such action against the respondent ... We also do not find the facts of this case to ...direct criminal prosecution of the respondent and therefore, decline this prayer made by her.” See *Ibid.*, para. 13-14.

⁸⁰ The Special Leave Petition to the Supreme Court of India against the denial of departmental inquiry and criminal prosecution of the respondent by the Division Bench of High Court was dismissed. See *Anita Suresh v. UoI & Ors*, (2024) SCC OnLine SC 4430.

Bench’ in *Anita Suresh* observed that the ‘mere inability of a woman to name witnesses cannot suffice to falsify her complaint.’⁸¹

The apprehension, that due to the POSH Act, the women are prone to file false complaints against men, reflects a patriarchal attitude to distrust women’s testimony, especially, in sexual matters. Though false complaints of sexual harassment by women cannot be completely ruled out, it must not become a barrier to addressing credible and deserving cases. The real cause for dismissal of such cases is the lack of evidence rather than any malicious intent. Just because the case of sexual harassment filed by the woman is dismissed, no inference can be drawn that the complaint was false. This is exactly what had happened in *Anita Suresh* explained above.

Moreover, the fear for the abuse of law is a general phenomenon and it is not unique to women- protective laws. Gender-neutral laws, such as those related to contracts, insurance, criminal offenses etc., are equally susceptible to abuse. In the context of women- centric laws, this fear is illogically spread, reinforcing the perception that women are more likely to act dishonestly or maliciously. It is high time that this hangover from the patriarchal mind-set that still influences the societal attitudes and legal interpretations should no longer exist. This article concludes by arguing that the need of the hour is to dispel prevailing misconceptions surrounding the purported misuse of gender protective laws like POSH Act, so that the women- specific laws may be strengthened in its letter and spirit.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Ghosh, Jayati, “What Exactly is Work?”, http://www.macrosan.org/-cur/oct14/pdf/Exactly_Work.pdf;
2. Jaising, Indira, *Sexual Harassment at Workplace*, Universal Law Publishers, New Delhi 2015;
3. Jessamine, Mathew, “Do Courts Rely on Stereotypes Instead of Legal Frameworks in Cases of Sexual Harassment?”, <https://www.epw.in/eng-age/article/sexual-harassment-workplace-false-complaints-stereotypes-posh-act>;
4. Meenakshi, Sinha, “Who’s Guarding Guards? ICC compliance low among firms”, http://timesofindia.indiatimes.com/articleshow/103743391.cms?utm_source=contentofinterest&utm_medium=text&utm_campaign=cppst, last visited 20 May 2025;
5. Rufus, Deva, Beulah, Shekhar, “Sexual Harassment of Women at Workplace”, *Indian Police Journal* 4/2010;

⁸¹ *Ibid.*, para. 21.

6. Sheethal, Menon, “Protection of Women from Sexual Harassment at Workplace in India”, <http://www.legalserviceindia.com>, last visited 11 January 2025.

Case law and other sources

1. *Anita Suresh v. Union of India & Ors*, D/on Dec. 17, 2020 Del. HC <https://indiankanoon.org/doc/193960298/>, last visited 20 May 2025;
2. *Anita Suresh v. UoI & Ors*, (2024) SCC OnLine SC 4430;
3. *Aureliano Fernandes v. State of Goa and Others*, (2024) 1 SCC, 632;
4. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 19;
5. Every Woman Has a Story: Sexual Harassment is still a Pervasive Problem in many Workplaces, <https://www.hallansley.com/blog/2022/-06/does-sexual-harassment-have-to-be-physical-in-nature/>, last visited 10 March 2025
6. Government of India, Ministry of Finance, *Economic Survey 2024-2025*, <https://www.indiabudget.gov.in/economicsurvey/doc/echapter.pdf>, last visited 12 March 2025;
7. Government of India, Ministry of Women and Child Development, *Handbook on Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition and Redressal) Act 2013*, New Delhi 2015;
8. Lawyers Must Be Sensitized To Not File Frivolous Cases Alleging Sexual Harassment, Outraging Modesty Of Women: Delhi High Court, <https://www.livelaw.in/high-court/delhi-high-court/delhi-high-court-sexual-harassment-false-case-sensitize-lawyers-270476>, last visited 20 May 2025;
9. Poor Implementation of Sexual Harassment Act, 2013, irks Women Employees, <https://www.thehindu.com/news/national/andhra-pradesh/poor-implementation-of-sexual-harassment-act-2013-irks-women-employees/article69303716.ece>, last visited 22 May 2025;
10. *Punjab and Sind Bank and Ors. v. Durgesh Kuwar*, AIR 2020 SC 3040;
11. *Rupan Deol Bajaj & Anr v. Kanwar Pal Singh Gill & Anr* 1995 SCC (6) 194;
12. Sexual harassment in the workplace: prevalence, etiologies, prevention and management strategies, <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC10698737/>, last visited 12 May 2025;
13. Sexual Harassment of Women at Workplace (Prevention, Prohibition, and Redressal) Act, 2013, Act No. 14 of 2013;
14. Sexual Harassment: A Severe and Pervasive Problem, <https://www.new-america.org/better-life-lab/reports/sexual-harassment-severe-and-pervasive-problem/summary-of-findings/>, last visited 10 March 2025;
15. United Nations Convention on Elimination of All Forms of Discrimination against Women;
16. *Vishaka and Ors. v. State of Rajasthan and Ors.* 1997 (6) SCC 241;
17. *Vishaka & Ors v. State of Rajasthan & Ors*, 1997 (6) SCC 241.

Проф. др Уша Тандон

Проректор на Националном правном универзитету РП,
Прајаграц, Индија

РОДНО ОСЈЕТЉИВИ ЗАКОНИ У ИНДИЈИ: СЛОЖЕНОСТ ЗАШТИТЕ И НАВОДИ О ЗЛОСТАВЉАЊУ У КОНТЕКСТУ СЕКСУАЛНОГ УЗНЕМИРАЊА НА РАДНОМ МЈЕСТУ

Сажетак

Важност родне равноправности подстакао је развој и примјену родно осјетљивих закона на глобалном нивоу, с циљем да се ријеше историјске и системске неравнотеже које несразмјерно погађају маргинализоване групе, нарочито жене. У области рада и запошљавања, признавање безбједног и погодног радног окружења као основног права био је кључни корак ка обезбјеђивању пуног и равноправног учешћа жена у радној снази. Овај чланак нуди фокусирано испитивање правног оквира који се бави сексуалним узнемиравањем у Индији, посебно Закона о сексуалном узнемиравању жена на радном мјесту (превенција, забрана и надокнада) из 2013. године (*POSH Act*), и сложеног дискурса који се тиче његове примјене, фокусирајући се на његову потенцијалну злоупотребу. Методе коришћене у писању овог чланка су правничке, аналитичке и квалитативне методе истраживања. У чланку се тврди да противљење законодавству усмјереном на жене, због потенцијалне злоупотребе, одражава основне друштвене предрасуде и отпор оснаживању жена. Закључује се да је Закон о сексуалном узнемиравању и социјалном раду (*POSH Act*) створен да би се ријешили проблем историјске и структурне дискриминације с којом се жене суочавају на радном мјесту и да његова ефикасност не би требало да буде ослабљена преувеличаним страховима од лажних жалби.

Кључне ријечи: *Сексуално узнемиравање; Право на рад; Радно мјесто; Феминистичка питања; Злоупотреба права; CEDAW; POSH Act из 2013. године; Индијско правосуђе; Примјена права.*

Professor Ioannis Karkalis, LL.D.

Supreme Court Judge, Hellenic Republic

CIVIL ACTION AGAINST... GOD? MURMURS FROM THE GALLERY

The term “act of God” refers to natural phenomena such as hurricanes, tornados, tsunamis, floods, erosion of volcanoes, etc. which by definition lie beyond the reach of human control and produce unpreventable effects that have legally measurable impact in human existence. Interestingly, lawsuits against God have been filed in numerous occasions regarding acts of God. This paper detects and highlights the underlying oxymoronic paradox that occurs when legal provisions are abused before a court of law on the pretext of seeking effective judicial protection by exploring the arguments of the plaintiffs and the justification of the relevant judicial decisions.

Key words: Civil Action against God, Act of God.

1. WHAT IS AN “ACT OF GOD”?

1.1. Origin and development

The term “act of God” has a purely theological origin referring to God’s activity in the world.¹ The legal concept of “act of God”, although it has another dimension regarding its application and impact, it is closely connected in definitional terms to its theological origin; it is based on the acceptance that there are phenomena that lie beyond the reach of human control that cannot be avoided or contained no matter what the human factor would do, phenomena that lie in the sphere of supernatural, a sphere which from a theological point of view is the reign of the almighty God.²

Ioannis Karkalis, ikarkalis@eplo.int.

¹ G. D. Kaufman, “On the meaning of ‘Act of God’”, *Harvard Theological Review* 2/1968, 175-201.

² For a comprehensive analysis of “what is known to lawyers as an act of God”: C. G. Hall, “An unsearchable providence: the lawyer’s concept of act of God”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2/1993, 227.

Legally, the term “act of God” was used for the first time in 1581 by Sir Edward Coke who was the judge of the famous Shelley’s *Case*. The “act of God” in that case was a sudden tempest which resulted to the death of a man after having broken down sea-walls that extended from shore into the water and prevented till then the sea from reaching inland and causing flooding. Coke used the term “act of God” in the sense of accidental circumstances and events that are outside human control, cannot be accurately foreseen and, in any case, cannot be effectively prevented and contained. According to Coke, an act of God was something “which no industry could avoid or policy prevent”.³

In the years to come, the term “act of God” would be used by other judges as well.⁴ In 1785 a basic parameter was included in the definition of the term “act of God”; “that it is such an act that could not happen by the intervention of man, as storms, lightning and tempest”.⁵ In such a context, natural phenomena, like tsunamis, earthquakes, conflagrations, volcanic eruptions, etc. could be considered acts of God. Although there were scholars that did not agree to such a use arguing that “it would be more proper as well as more decent to substitute in its place inevitable accident”,⁶ such voices never prevailed and the term gradually was imported from English to American law.

In 1803, Lord Ellenborough used the term arguing that “[b]y common law, Carriers are insurers against every loss of property entrusted to their care, except losses arising from the Act of God, or the King’s enemies”.⁷ It must be noted that in the abovementioned phrase a paradox exists; the act of God, in principle referring to a non-human intervention expressed as natural phenomenon is argued to be producing equal legal results with voluntary human activity.

However, in general an analysis of definitions in numerous decided cases supports that the abovementioned parameter of the exclusion of human agency from the cause of the injury or loss is a *condition sine qua non* of the definition of the “act of God” concept. Thus, if there is any admixture of human intervention the damage caused cannot be considered an act of God.⁸

³ B. B. Bozeman, “Act of God”, *South Carolina Law Review* 3/1952, 421.

⁴ *Ibid.* See: *Coggs v. Bernard*, 2 Ld. Raym. 909, 92 Reprint 107, 5 E. R. C. 247 (1704).

⁵ *Forward v. Pittard*, 1 T. R. 27, 99 ENG. REPORTS 953 (1785). B. B. Bozeman, 1951, 421.

⁶ W. L. Murfree Sr, “The Act of God”, *Central Law Journal* 16/1883, 182.

⁷ A. Pandey, “Understanding the Differences between Acts of God and Force Majeure”, <https://www.lawctopus.com/academike/understanding-differences-act-god-force-majeure/>, last visited 11 March 2025.

⁸ B. B. Bozeman, 421.

In addition to the non-interference of human agency in causing the damage, a second parameter is present in the definition of an act of God; the non-foreseeability of the damaging event. If the latter was foreseeable, then it should have been uncontrollable and unavoidable no matter what the human reaction could have been in order to qualify as an act of God.⁹

In a nutshell, an act of God historically finally prevailed to be considered “[a]n act, event, happening or occurrence, so accidental, extraordinary, inevitable, irresistible, providential, unavoidable, unprecedented or unpreventable, that human foresight could not foresee or guard against it, and the effect of which could not be prevented or avoided by the exercise of reasonable prudence, diligence, and care, or by the use of those means which the situation renders it reasonable to employ”.¹⁰

1.2. Act of God and force majeure

Force majeure¹¹ historically embodies the notion that parties could be relieved of performing their contractual duties when performance was prevented by forces beyond their control, such as an act of God.¹² Although the two legal notions are more often than not used interchangeably, force majeure is not always an act of God; it is a “much wider term which not only includes the natural forces, but also (...) other causes which may not be related to nature and can be connected to human agency directly or indirectly, but on whom the humans involved (...) don’t have any control” of, “or the incident (...) was inevitable and which can’t be controlled”.¹³ Consequently, the opposite does apply; an act of God always constitutes force majeure even if it is not expressed as such.

Force majeure may include the intervention of the human factor. For example, in the case of a contract, an event that was not foreseen and couldn’t be controlled constitutes force majeure in cases where this event is linked to a situation caused by a third to the agreement human factor that does not allow for the result of the said agreement to occur; for example, a war that interrupts the transportation of goods.¹⁴ In such a sense, an act of God is always included in the generic term “force majeure” as it always contains the concept of an unexpected situation that interrupts the

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.* See also: 1 C. J. S. 1425.

¹¹ L. Thibierge, “Force Majeure and Its Effects” *International Business Law Journal* 6/2017, 603.

¹² L. Fasoyiro, “Invoking the act of God defense”, *Environmental & Energy Law & Policy Journal* 4/2009, 1.

¹³ A. Pandey.

¹⁴ F. Leone, M. A. Miller, “Acts of God, War, and Third Parties: The Previously Overlooked CERCLA Defenses”, *Environmental Law Reporter: News & Analysis* 2/2015, 10129.

usual course of events as having been agreed by the parties or as expected in principle to happen according to common experience. It could be argued that the occurrence of an act of God constitutes force majeure which legally allows room for barring liability in cases where initially such a liability can be argued that it exists.

2. “ACT OF GOD” AS A BAR OF LIABILITY

2.1. In environmental law

In environmental law, the “act of God” term as a defense to avoid liability is also often used in environmental statutes. Nevertheless, regarding environmental statutes there is a tension to narrowly define the term “act of God” as a liability defense only in reference to the most extreme cases.

The U.S. Congress has voted for environmental provisions that include the act of God defense. For example, in the Clean Water Act of 1972,¹⁵ which culminated more than 100 years of State and Federal regulations in the U.S.¹⁶ it is provided that the “owner or operator of any vessel from which oil or a hazardous substance is discharged” may escape liability if they “they can prove that a discharge was caused solely by (...) an act of God”.¹⁷ Interestingly, the definition of the act of God in the Clean Water Act is “an act occasioned by an unanticipated grave natural disaster”.¹⁸ In this definition, there is no reference to the condition of uncontrollability of the grave natural disaster, probably because the latter by being grave it is by definition uncontrollable.¹⁹

In 1980, the Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act²⁰ provided a more detailed and extended definition for

¹⁵ Section 311.

¹⁶ C. A. Foster, M. D. Matlock, “History of the clean water act”, *Water Resources IMPACT* 5/2001, 26-30.

¹⁷ Clean Water Act, Pub. L. No. 92-500, sec. 2, para. 311 (f) (1), 86 Stat.816, 866 (1972) (codified as amended at 33 U.S.C. para. 1321 (f) (1) (2012). C. J. Villa, “Is the ‘Act of God’ Dead?”, *Washington Journal of Environmental Law & Policy* 7/2017, 320. C. Copeland, *Clean water act*, Nova Science Press, New York 2001. C. A. Foster, M. D. Matlock, 26-30.

¹⁸ Clean Water Act, sec. 2, para. 311 (a) 12. C. J. Villa, 320. C. Copeland, 2001.

¹⁹ D. Teh, T. Khan, “Types, definition and classification of natural disasters and threat level”, *Handbook of disaster risk reduction for resilience: new frameworks for building resilience to disasters* (ed. S. Eslamian, F. Eslamian), Springer International Publishing, Cham 2021, 27-56.

²⁰ Known as “CERCLA” or “Superfund”. D. Fullerton, S.S. Tsang, *Environmental Costs paid by the polluter or the beneficiary? The case of CERCLA and SUPERFUND*, Cambridge 1993; M. L. Judy, K. N. Probst, “Superfund at 30”, *Vermont Journal of Environmental Law* 11/2009, 191. S. Ferrey, “Allocation and Uncertainty in the Age of Superfund: A

the act of God term reading that it “means an unanticipated grave natural disaster or other natural phenomenon of an exceptional, inevitable, and irresistible character, the effects of which could not have been prevented or avoided by the exercise of due care or foresight”.²¹ Later, in 1990, in the Oil Pollution Act,²² appeared an important innovative change; the act of God need not be any more a natural disaster, could simply be a natural phenomenon with no human casualties as long as property damages had occurred.

More often than not, the abstinence from reaction to a phenomenon that occurs and provokes damage masquerades as a due to an “act of God” unavoidable disaster. For example, as stated in the “Skandia v. Star Shipping” case that was tried before the U.S. District Court for the Southern District of Alabama,²³ “[i]n response to the plaintiffs allegations of negligence, both (...) [the defendants] raise the shield of the “Act of God” defense to support their assertion that liability does not fall upon their shoulders”; however, the plaintiffs “contend that the response of (...) [the defendants] to the flooding predictions for coastal Alabama and the State Docks was to do nothing” and “the defendants’ position in this case can be summarized as a request for complete exoneration from liability (...) on the basis of their own “Do Nothing Defense”. In the abovementioned case, the “act of God” was a hurricane.

2.2. In contract and tort law

Before its ultimate dissolution into tort law, the contract doctrine²⁴ was perceived and developed in religion. The first contractual relationships and consequent bindings were agreed upon a purely theological basis.²⁵ Ironi-

Critique of the Redistribution of CERCLA Liability”, *New York University Environmental Law Journal* 3/1994, 36.

²¹ CERCLA, para. (1), 42 U.S.C. para. 9601 (1) (2012).

²² Known as OPA. A. J. Rodriguez, P. A. Jaffe, “The Oil Pollution Act of 1990”, *Tulane Maritime Law Journal* 15/1990, 1. T. J. Wagner, “The Oil Pollution Act of 1990: An Analysis”, *Journal of Maritime Law and Commerce* 21/1990, 569. I. Kim, “Ten years after the enactment of the Oil Pollution Act of 1990: a success or a failure”, *Marine Policy* 3/2002, 197-207.

²³ United States District Court for the Southern District of Alabama, *Scandia Ins. Co., Ltd. v. Star Shipping As*, 173 F. Supp. 2d 1228 (S. D. Ala. 2001), April 5, 2001, 1238 II. Conclusions of Law: “Act of God” Negligence, B. “Act of God Negligence”.

²⁴ S. C. Pryor, “The Law of Contracts: A Place to Start”, *Journal of Christian Legal Thought* 1/2011, 7.

²⁵ H. J. Berman, “The religious sources of general contract law: An historical perspective”, *Journal of Law and Religion* 1/1986, 103-124. V. D. Ricks, “Contract Law and Christian Conscience”, *BYU Law Review* 3/2003, 993. C. S. Pryor, “Consideration in the Common Law of Contracts: A Biblical-Theological Critique”, *Regent University Law Review* 18/2005, 1.

cally, barring liability in contract and tort law brings into play the theologically uttered legal term “act of God”.

In contract as well as in tort law, there is no liability whatsoever where the act or omission that constitutes the basis of the claim is the result of an unforeseeable and uncontrollable event that could not have been avoided no matter how diligent the legally responsible party may have been. Thus, the inclusion of an act of God clause in a contract allows the party, in favor of which the clause was provided for, to avoid legal liability in contract and tort for breach or any other duty at common law including any liability for direct, indirect or consequential loss of profit or damage of any kind howsoever caused or arising.

Regarding the act of God doctrine in contract and tort law, there is a twofold difficulty which lies, on the one hand, in the causation between the force majeure that the act of God constitutes and the exemption from liability because of it, on the other hand, in the verification that the specific type of force majeure can be truly categorized as an act of God. For example, in the case of the so called “covid-19 pandemic”, which led countless people not to fulfill obligations stemming from their contracts, could it be argued that such a breach was excused due to an act of God? And, in case the answer is positive, was the breach due to the disease itself or due to the ways it was handled by the authorities? And, if the latter is the case, which authorities, the national ones or the World Health Organization?²⁶

3. SUING... GOD

In theology, an act against God is called blasphemy;²⁷ in legal science, it is called... remedy.²⁸ In tort law, where the “But for” test is applied,²⁹ proving causation constitutes the corner stone of the plaintiff’s catalogue of legal arguments. The existence of a visible, solid relation between an act or omission and its damaging result when suing for compensatory damages

²⁶ A. A. Schwartz, “Contracts and COVID-19”, *Stanford Law Review* 73/2020, 48. S. Hansen, “Does the COVID-19 outbreak constitute a force majeure event? A pandemic impact on construction contracts”, *Journal of the Civil Engineering Forum* 1/2020, 201-214.

²⁷ D. Nash, *Acts against God: A short history of blasphemy*, Reaktion Books, London 2020.

²⁸ W. Van Gerven, “Of rights, remedies and procedures”, *Common Market Law Review* 3/2000; D. Schuman, “The Right to a Remedy”, *Temple Law Review* 65/1992, 1197; D. Laycock, “How remedies became a field: a history”, *Review of Litigation* 27/2008, 161; P. Gewirtz, “Remedies and resistance”, *The Yale Law Journal* 92/1982, 585.

²⁹ The “But for” test calls for an answer to the question if the plaintiff would or wouldn’t have suffered the damage if it wasn’t for the action of the defendant. B. P. Karnaukh, “Causation in Tort Law: Review of the but for Test”, *Problems of Legality* 147/2019, 75.

before a court of law is a *conditio sine qua non* that cannot be bypassed. The whole procedure is based on the acceptance that the act or omission has to be proved as a substantial factor in causing the harm or the injury claimed by the plaintiff; if not the legal remedy is dismissed. Thus, in tort law, the tortfeasor is only then liable to compensate the plaintiff for compensatory damages when the latter, upon whom lies the burden of proof, does not fail to provide the court with sufficient evidence that the above-mentioned causation exists. This being the case, compensatory damages against a defendant who by definition is not a human being is a difficult mission, if not an impossible one; and the latter is not the only difficulty.

Against all odds, in 1969, Betty Penrose, a woman living in Phoenix of Arizona, whose house was destroyed by a lightning bolt made a bizarre decision; she would blame God for it. An Arizonan lawyer named Russel T. Tansie filed on her behalf a suit for \$100,000 damages against God.

The facts of the case were as follows: The summer of 1969 was a difficult summer in terms of weather conditions in the State of Arizona. On August 17th, during one of the worst summer storms, a lightning struck the roof of her house, “igniting the structure, which continued to burn long after the initial strike”. Betty Penrose, being a secretary in a law firm and thus having a degree of familiarity with the compensatory damages’ procedure, discussed the issue with her boss, the abovementioned lawyer Russel T. Tansie. At the same time, Lou Gottlieb, a known to the public folk singer and bassist of a band called “The Limelinters” had donated an enormous piece of land in California to God, starting a commune under the name “Morning Star Ranch” which served as a shelter for the needy and poor. The story behind the story is that the Morning Star Ranch “had violated several local health and safety codes” and, as Lou Gottlieb “was taken to court by the county [D]istrict [A]ttorney, who demanded the commune to be disbanded and cleaned up”, he decided to donate it to... God in order to avoid any further legal consequences. He thought that [i]f God owned the ranch, the [District] [A]ttorney would have to go after the [D]eity for the fines and violated codes”. This having been taken into consideration, Betty Penrose and her attorney Russel T. Tansie decided nine years after the destruction of her house to sue God for compensatory damages aiming at forcing the execution of the court’s decision with the confiscation of the specific asset which belonged to... God.³⁰

³⁰ See: historicflix.com/betty-penrose-the-woman-who-tried-to-sue-god/, last visited 22 March 2025.

4. THE CLAIM

According to the suit: “Plaintiff is informed and believes that defendant (God) at all times mentioned herein is responsible for the maintenance and operation of the Universe including the weather in and upon the State of Arizona, and that on or about August 17, 1960, defendant so maintained and controlled the weather, in, around and upon Phoenix, in such careless and negligent manner as to cause lightning to strike the plaintiff’s house, setting it on fire and startling, frightening and shocking the plaintiff”.³¹

There are three legally important understatements that lie between the lines of the abovementioned extract: a) Legally, God exists, b) God is legally responsible of the weather, and c) God controlled legally in a negligent way the weather on August 17, 1960 in the State of Arizona. If all three of them are true, then causation is established and the defendant (God) has to pay the plaintiff’s (Betty Penrose’s) compensatory damages. None of these understatements are legally true.

First things first, the assumption that God exists is not a legal issue. The existence of God is not in the realm of the senses and it cannot be established by legal provision that creates rights and obligations. Protection of religious liberty is limited to the right to believe in God or not and to warship God freely.³² It is a fundamental right of democratic societies all over the world, but by definition it cannot be used to prove the existence of God as within the core of this very right coexist the obligation to respect equally those who believe that God does not exist, and this is a limit that cannot be transcended. Thus, there cannot be a coercing legal obligation deriving from it to make others accept that God exists (and, moreover, to oblige a court to start from this assumption as a given) as such a legal obligation would violate religious freedom in its core, a fundamental right which is protected in the United States of America,³³ in

³¹ God Sued for 89,000, Sydney Morning Herald (15 May 1969).

³² R. Trigg, *Equality, freedom, and religion*, Oxford University Press, Oxford 2012. A. Dorfman, “Freedom of Religion”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 2/2008, 279-319. M. Kadivar, “Freedom of Religion and Belief in Islam”, *Islam and Religious Diversity. Critical Concepts in Islamic Studies* (ed. L. Ridgeon), Routledge, London 2011, 198-220. R. Trigg; A. Guiora, *Freedom from religion: Rights and national security*, Oxford University Press, Oxford 2013.

³³ J. T. Madeley, “Constitutional models and the protection of religious freedom”, *Routledge Handbook of Law and Religion* (ed. S. Ferrari), Routledge, New York 2015, 209-226. T. J. Gunn, “Religious freedom and Laïcité: A comparison of the United States and France”, *The Brigham Young University Law Review* 2/2004, 419. M. J. Perry, “USA: Religion as a basis of lawmaking? On the non-establishment of Religion”, *Archives de sciences sociales des religions* 1-2/2004, 119-136.

Canada,³⁴ in Europe,³⁵ and in many other legal orders as well.³⁶ In summary, the basic assumption stated above (God legally exists) is not a given and it cannot be used in a court of law for any reason whatsoever.

Second, even if the Court could be legally obliged to accept the existence of God, it wouldn't be possible to define what should have been the expected under the circumstance's duty of care regarding a non-negligent God regarding the weather. As God is by definition not human, any human capacities do not apply to him.³⁷ Defining a standard of capacities for God (that would consequently allow the evaluation if duty of care was breached) is a legal impossibility as it would have to previously accept which theological approach (out of many) the decision would consider as valid in order to define God's capacities.³⁸ The concept of God varies in different religions and even in different dogmas within the same religion,³⁹ and thus, his capacities are different. What God can and can't do, as well as what God should and shouldn't do, are not the same for a Christian, a Muslim and a Buddhist, nor among three Christians of which the first is an Orthodox, the second a Catholic, and the third a Protestant. Thus, if the maintenance and the control of the weather is within the duties of care of God and to what degree differs from the one religious' affiliation to the other, and consequently it cannot be accepted as a legal given by a court of law which has to be institutionally secular and theologically neutral. Hence, the second understatement of the plaintiff (God is legally responsible of the weather) is not true.

Third, even under the hypothesis that the capacities of God were the same for the adherents of all the existing religious affiliations, negligence

³⁴ P. Côté, T. J. Gunn, “The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in Canada”, *Emory International Law Review* 19/2005, 685.

³⁵ L. L. Garlicki, “Perspectives on Freedom of Conscience and Religion in the Jurisprudence of Constitutional Courts”, *The Brigham Young University Law Review* 2/2001, 467. M. Troper, “Republicanism and freedom of religion in France”, *Religion, secularism, and constitutional democracy* (eds. J. L. Cohen, C. Laborde), Columbia University Press, New York 2015, 316-338. T. J. Gunn, (2004), 419.

³⁶ N. Sultany, “Religion and Constitutionalism: Lessons from American and Islamic Constitutionalism”, *Emory International Law Review* 28/2004, 345.

³⁷ K. Ward, “The concept of God”, *Companion Encyclopedia of Theology* (eds. P. Byrne, L. Houlden), Routledge, London - New York 1995, 342.

³⁸ N. K. Barsukova, “Some aspects of the idea of God in the world religions: an attempt to make a comparative analysis”, *Журнал Сибирского федерального университета. Серия: Гуманитарные науки* 3/2013, 399-405. M. A. Nyhof, C. N. Johnson, “Is God just a big person? Children's conceptions of God across cultures and religious traditions”, *British Journal of Developmental Psychology* 1/2017, 60-75.

³⁹ R. S. Gall, “Different religions, diverse gods”, *International Journal for Philosophy of Religion* 1/2001, 33-47; E. O. James, “The idea of God in early religions“, *Anthropos* 5-6/1927, 793-802.

still wouldn't be possible to be established. If for no any other reason, simply because there would no legal methodology via which a court would be able to evaluate the necessity and the impact of one of God's acts in relevance to the control of the weather locally and globally and the consequences of the interaction thereof, so as for the legally necessary God's negligence to be proved. Hence, the third understatement of the suit (God controlled in a legally negligent way the weather on August 17, 1960 in the State of Arizona) cannot be established and consequently it is not true.

The Court did not go through this legal evaluation. The only issue that was considered by it was God's lack of known residence which posed a problem regarding God's notification of the suit. Ironically, Robert T. Tansie's legal strategy was based exactly on the same procedural defect. He knew he would win the case despite the ridicule exactly because of the impossibility to serve God the trial's documents. He tried to take advantage of a procedural provision that if a defendant doesn't show up in court for trial, the plaintiff wins by default. In addition to the plaintiff's defeat for the abovementioned ironic reason, the deed of Lou Gottlieb was ruled invalid by another court due to God not being able to take possession of the property. Thus, even if the suit of Betty Penrose against God had been entered in her favor, she would not have been able to execute the judgement confiscating Lou Gottlieb's donated-to-God property as the latter was not its legal owner.

5. CONCLUDING REMARKS

Undoubtedly, Betty Penrose's case against God was indeed the most bizarre case ever. Action against the Deity is neither legally self-evident, nor practically smooth and effortless. It includes as a *conditio sine qua non* the acceptance of the existence of God which is a theological belief, not a legal assumption. Such a case would have zero possibilities to appear in genuinely secular states as well in austere theocratic states where such a suit would be considered, if ever filed, rather a blasphemous criminal offence, than an unsubstantiated civil action. From a sociological point of view, suing God is an impossibility in any other context apart from the one that occurred.

However, there is a noticeable ambiguous element in this case: its legal basis for dismissal. The plaintiff's lawsuit was dismissed because of the defendant's lack of known residence. Within this context and from a legal point of view, the judgement incorrectly assumes that God is an entity in the eyes of the law having rights and obligations. This theoretically incorrect and practically inadequate position establishes though a common law

precedent. What if there was a representing God attorney-in-fact to whom all legal documents could be served through a power of attorney?

The abovementioned precedent legal admission is of great interest in reference to Artificial Intelligence where an interdisciplinary conceptual taxonomy has already started to develop.⁴⁰ If it is accepted that a simple belief of a group of people to the existence of a metaphysical entity can establish in a court of law an analogy to a human being having legal rights and obligations, then it is indeed high time that legal scholars and practitioners revisited numerous basic doctrines of the legal science governing the world as we know it in an era when driverless vehicles already have started to operate in several metropolitan cities,⁴¹ drones instead of soldiers fight their wars blurring the internationally accepted rules of engagement,⁴² and law enforcement is gradually granted to autonomous robots to serve and protect.⁴³

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Barsukova, Nadezhda K., “Some aspects of the idea of God in the world religions: an attempt to make a comparative analysis”, *Журнал Сибирского федерального университета. Серия: Гуманитарные науки* 3/2013;
2. Berman, Harold J., “The religious sources of general contract law: An historical perspective”, *Journal of Law and Religion* 1/1986;

⁴⁰ H. Surden, “Artificial intelligence and law: An overview”, *Georgia State University Law Review* 35/2018, 1305. A. Bertolini, F. Episcopo, “Robots and AI as legal subjects? Disentangling the ontological and functional perspective”, *Frontiers in Robotics and AI* 9/2022.

⁴¹ M. Uzair, “Who is liable when a driverless car crashes?”, *World Electric Vehicle Journal* 2/2021, 62. R. Sparrow, M. Howard, “When human beings are like drunk robots: Driverless vehicles, ethics, and the future of transport”, *Transportation Research Part C: Emerging Technologies* 80/2017, 206-215. J. Zhang, “Legal responsibility of driverless vehicle in China: in the oncoming era of artificial intelligence”, *International Journal of Technology Policy and Law* 3/2024, 189-205. D. J. Glancy, R. W. Peterson, K. F. Graham, *A look at the legal environment for driverless vehicles*, Transportation Research Board, Washington 2016.

⁴² F. S. de Sio, E. Di Nucci, “Drones and responsibility: mapping the field”, *Drones and responsibility* (eds. E. Di Nucci, F. Santoni de Sio), London - New York 2016, 1-13. F. Rosén, “Extremely stealthy and incredibly close: Drones, control and legal responsibility”, *Journal of Conflict and Security Law* 1/2014, 113-131.

⁴³ N. K. Carr, “Programmed to protect and serve: The dawn of drones and robots in law enforcement”, *Journal of Air Law and Commerce* 2/2021, 183.

3. Bertolini, Andrea, Episcopo, Francesca, “Robots and AI as legal subjects? Disentangling the ontological and functional perspective”, *Frontiers in Robotics and AI* 9/2022;
4. Bozeman, Bill B., “The Act of God”, *SCLQ* 4/1951;
5. Copeland, Claudia, *Clean water act*, Nova Science Press, New York 2001;
6. Côté, Pauline, Gunn, T. Jeremy, “The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in Canada”, *Emory International Law Review* 19/2005;
7. David, Nash, *Acts against God: A short history of blasphemy*, Reaktion Books, London 2020;
8. De Sio, Filippo S., Di Nucci, Ezio, “Drones and responsibility: mapping the field”, *Drones and responsibility* (eds. E. Di Nucci, F. Santoni de Sio), London - New York 2016;
9. Dorfman, Avihay, “Freedom of Religion”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 2/2008;
10. Fasoyiro, Laurencia, “Invoking the act of God defense”, *Environmental & Energy Law & Policy Journal* 4/2009;
11. Ferrey, Steven, “Allocation and Uncertainty in the Age of Superfund: A Critique of the Redistribution of CERCLA Liability”, *New York University Environmental Law Journal* 3/1994;
12. Foster, Charles A., Matlock, Marty D., “History of the clean water act”, *Water Resources IMPACT* 5/2001;
13. Fullerton, Don, Tsang, Seng-Su, *Environmental Costs paid by the polluter or the beneficiary? The case of CERCLA and SUPERFUND*, Cambridge 1993;
14. Gall, Robert S., “Different religions, diverse gods”, *International Journal for Philosophy of Religion* 1/2001;
15. Garlicki, Leszek L., “Perspectives on Freedom of Conscience and Religion in the Jurisprudence of Constitutional Courts”, *The Brigham Young University Law Review* 2/2001;
16. Gewirtz, Paul, “Remedies and resistance”, *The Yale Law Journal* 92/1982;
17. Glancy, Dorothy J., Peterson, Robert W., Graham, Kyle F., *A look at the legal environment for driverless vehicles*, Transportation Research Board, Washington 2016;
18. Guiora, Amos, *Freedom from religion: Rights and national security*, Oxford University Press, Oxford 2013;
19. Gunn, T. Jeremy, “Religious freedom and Laïcité: A comparison of the United States and France”, *The Brigham Young University Law Review* 2/2004;
20. Hall, Craig G., “An unsearchable providence: the lawyer's concept of act of God”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2/1993;

21. Hansen, Seng, “Does the COVID-19 outbreak constitute a force majeure event? A pandemic impact on construction contracts”, *Journal of the Civil Engineering Forum* 1/2020;
22. James, E. O., “The idea of God in early religions“, *Anthropos* 5-6/1927;
23. Judy, Martha L., Probst, Katherine N., “Superfund at 30”, *Vermont Journal of Environmental Law* 11/2009;
24. K. Carr, Nanci, “Programmed to protect and serve: The dawn of drones and robots in law enforcement”, *Journal of Air Law and Commerce* 2/2021;
25. Kadivar, Mohsen, “Freedom of Religion and Belief in Islam”, *Islam and Religious Diversity. Critical Concepts in Islamic Studies* (ed. L. Ridgeon), Routledge, London 2011;
26. Karnaukh, Bohdan P., “Causation in Tort Law: Review of the but for Test”, *Problems of Legality* 147/2019;
27. Kaufman, Gordon D., “On the meaning of ‘Act of God’”, *Harvard Theological Review* 2/1968;
28. Kim, Ihno, “Ten years after the enactment of the Oil Pollution Act of 1990: a success or a failure”, *Marine Policy* 3/2002;
29. Laycock, Douglas, “How remedies became a field: a history”, *Review of Litigation* 27/2008;
30. Leone, Frank, Miller, Mark A., “Acts of God, War, and Third Parties: The Previously Overlooked CERCLA Defenses”, *Environmental Law Reporter: News & Analysis* 2/2015;
31. Madeley, John T., “Constitutional models and the protection of religious freedom”, *Routledge Handbook of Law and Religion* (ed. S. Ferrari), Routledge, New York 2015;
32. Murfree Sr, William L., “The Act of God”, *Central Law Journal* 16/1883;
33. Nyhof, Melanie A., Johnson, Carl N., “Is God just a big person? Children's conceptions of God across cultures and religious traditions”, *British Journal of Developmental Psychology* 1/2017;
34. Pandey, Anurag, “Understanding the Differences between Acts of God and Force Majeure”, <https://www.lawctopus.com/academike/understanding-differences-act-god-force-majeure/>, last visited 11 March 2025;
35. Perry, Michael J., “USA: Religion as a basis of lawmaking? On the non-establishment of Religion”, *Archives de sciences sociales des religions* 1-2/2004;
36. Pryor, Scott, C., “Consideration in the Common Law of Contracts: A Biblical-Theological Critique”, *Regent University Law Review* 18/2005;
37. Pryor, Scott, C., “The Law of Contracts: A Place to Start”, *Journal of Christian Legal Thought* 1/2011;
38. Ricks, Val D., “Contract Law and Christian Conscience”, *BYU Law Review* 3/2003;

39. Rodriguez, Antonio J., Jaffe, Paul A., “The Oil Pollution Act of 1990”, *Tulane Maritime Law Journal* 15/1990;
40. Rosén, Frederik, “Extremely stealthy and incredibly close: Drones, control and legal responsibility”, *Journal of Conflict and Security Law* 1/2014;
41. Schuman, David, “The Right to a Remedy”, *Temple Law Review* 65/1992;
42. Schwartz, Andrew A., “Contracts and COVID-19”, *Stanford Law Review* 73/2020;
43. Sparrow, Robert, Howard, Mark, “When human beings are like drunk robots: Driverless vehicles, ethics, and the future of transport”, *Transportation Research Part C: Emerging Technologies* 80/2017;
44. Sultany, Nimer, “Religion and Constitutionalism: Lessons from American and Islamic Constitutionalism”, *Emory International Law Review* 28/2004;
45. Surden, Harry, “Artificial intelligence and law: An overview”, *Georgia State University Law Review* 35/2018;
46. Teh, David, Khan, Tehmina, “Types, definition and classification of natural disasters and threat level”, *Handbook of disaster risk reduction for resilience: new frameworks for building resilience to disasters* (ed. S. Eslamian, F. Eslamian), Springer International Publishing, Cham 2021;
47. Thibierge, Louis, “Force Majeure and Its Effects” *International Business Law Journal* 6/2017;
48. Trigg, Roger, *Equality, freedom, and religion*, Oxford University Press, Oxford 2012;
49. Troper, Michel, “Republicanism and freedom of religion in France”, *Religion, secularism, and constitutional democracy* (eds. J. L. Cohen, C. Laborde), Columbia University Press, New York 2015;
50. Uzair, Muhammad, “Who is liable when a driverless car crashes?”, *World Electric Vehicle Journal* 2/2021;
51. Van Gerven, Walter, “Of rights, remedies and procedures”, *Common Market Law Review* 3/2000;
52. Villa, Clifford J., “Is the ‘Act of God’ Dead?”, *Washington Journal of Environmental Law & Policy* 7/2017;
53. Wagner, Thomas J., “The Oil Pollution Act of 1990: An Analysis”, *Journal of Maritime Law and Commerce* 21/1990;
54. Ward, Keith, “The concept of God”, *Companion Encyclopedia of Theology* (eds. P. Byrne, L. Houlden), Routledge, London - New York 1995;
55. Zhang, Juanjuan, “Legal responsibility of driverless vehicle in China: in the oncoming era of artificial intelligence”, *International Journal of Technology Policy and Law* 3/2024.

Legal sources

1. Betty Penrose, The Woman who Tried to Sue God, *historicflix.com/betty-penrose-the-woman-who-tried-to-sue-god/*, last visited 22 March 2025;
2. CERCLA, 42 U.S.C.;
3. Clean Water Act, Pub. L. No. 92-500;
4. *Coggs v. Bernard*, 2 Ld. Raym. 909, 92 Reprint 107, 5 E. R. C. 247 (1704);
5. *Forward v. Pittard*, 1 T. R. 27, 99 ENG. REPORTS 953 (1785);
6. *United States District Court for the Southern District of Alabama, Scandia Ins. Co., Ltd. v. Star Shipping As*, 173 F. Supp. 2d 1228 (S. D. Ala. 2001), April 5, 2001, 1238 II.

Др Јоанис Каркалис, професор емеритус
Судија Врховног суда Републике Грчке

ГРАЂАНСКА ТУЖБА ПРОТИВ... БОГА? ШУМОВИ С ГАЛЕРИЈЕ

Сажетак

Термин „виша сила“ односи се на природне појаве као што су урагани, торнада, цунамији, поплаве, ерупција вулкана итд., које су, по дефиницији, ван домашаја људске контроле и изазивају непредвидиве ефекте који имају правно мјерљив утицај на људско постојање. Занимљиво је да су тужбе против Бога поднијете у бројним случајевима у вези с вишом силом. Овај рад открива и истиче основни оксиморонски парадокс који се јавља када се законске одредбе злоупотребавају пред судом под изговором тражења ефикасне судске заштите, истражујући аргументе тужилаца и образложење релевантних судских одлука.

Кључне ријечи: *Грађанска тужба против Бога; Виша сила.*

**УСТАВНО ПРАВО /
CONSTITUTIONAL LAW**

Professor Zehra Odyakmaz, LL.D.

Faculty of Law, Ankara Ufuk University, Turkey

AN EXAMPLE OF PROTECTION AND ABUSE: AN EXAMINATION OF RELIGIOUS EDUCATION IN TERMS OF THE PRINCIPLE OF LAICISM IN THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF TÜRKİYE AND ITS REFLECTION IN PRACTICE

According to the 1982 Constitution of the Republic of Türkiye, which is still in force, Türkiye is a laic state of law. After the definition, history, qualifications and elements of the principle of laicism; Mustafa Kemal ATATÜRK's laicization of the state, law, education and society between 1923 and 1938 since the proclamation of the republic is explained, and then freedom of religion, separation of religion and state affairs as the elements of the laic state principle is emphasised. It is explained that the state does not have an official religion, that the state treats all members of religion equally and impartially, that religious institutions and state institutions are separated from each other, the Presidency of Religious Affairs, that the rules of law do not have to comply with the rules of religion, and that the state should be impartial towards all religions. Article 24 of the Constitution titled "Freedom of religion and conscience" is discussed and the difference between compulsory "religious culture and ethics" and optional "religious education" is analysed in detail. The main idea of this study is to show through court decisions that it is wrong to teach only a certain religion and sect and even the forms of worship in a compulsory course, which should teach general knowledge about all religions and sects and universal ethical rules, and furthermore, that the principle of laic education, which is intended to be protected by law, may be abused. The judgments of the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights are cited as examples. Then, the areas regulated by the Constitution in Türkiye in order to protect the principle of laicism are briefly mentioned.

Key words: Laicism; Freedom of religion and conscience; Religious education; Freedom of worship; Principle of equality.

1. INTRODUCTION

The **subject** of this study is to examine the “compulsory” and “optional” religion courses in primary and secondary education in Türkiye in the context of the principle of laicism.

For this reason, firstly, the principle of laicism and its reflections on society will be analysed, then the regulations on laicism in the current Turkish Constitution of 1982 and the provisions on religious education in Article 24 titled “Freedom of religion and conscience” will be explained.

Decisions of national and international courts will be included in the lawsuits filed because of disputes arising from the misapplication of the **compulsory religious culture and ethics education course**.

The **aim** of this study is to draw attention to the wrongness of the discrimination of religion, which has recently become more and more prominent in the activities and discourses of some Western states and international organisations, and to draw attention to the pointlessness of the underdeveloped societies, which are influenced by this, fighting wars by discriminating between religions and even sects even in their own countries.

The point we want to **emphasise** in this study is that “social peace”, which is the most important element for the success of relations both in the national and international arena, can only be achieved through the principle of laicism, which rejects religious and sectarian discrimination.

Atatürk has always defended this idea by saying “**Peace at home, peace in the world**”.

2. PRINCIPLE OF LAICISM IN GENERAL

2.1. Definition of Laicism

The word “laic” comes from the French word laïc, “laïque”. The Latin original of the word is “laicus”, which literally means a non-spiritual person, non-religious thing, idea, institution.

According to some sources, the word “laic” comes from the Greek word “laos” meaning “people”.

Laicism is a multifaceted social concept with religious, sociological, political and legal dimensions.

“**Laicism**” means that in a state without an official religion, everyone has freedom of belief, religion, conscience and thought; that the state treats citizens equally regardless of belief, religion and sect; that state administration is carried out according to the requirements of science, the needs of the country and society, not according to the rules of religion; that reli-

gion and state affairs are separate, not to be mixed together; and that education is national, not religious.

The issue of “conducting state administration not according to the rules of religion but according to the requirements of science and the needs of the country and society” is of great importance in terms of Laicism. Because this principle is related to the laicization of the **state**.

The fact that the source of sovereignty in a state is the people is another element of a laic state. In other words, the fact that sovereignty belongs to the people and originates from the people laicizes the system. In fact, we can consider this element as a fundamental element in a laic state. In addition to this element, other elements are important in terms of explaining and concretising laicism and making its place in the political system clearer.

We have tried to define laicism with our explanations so far. In fact, all definitions of laicism reveal one aspect of laicism, and although they are correct, they are incomplete and open to criticism. In this context, instead of trying to define laicism, it would be more appropriate to deal with laicism as a concept and to raise awareness of laicism in society. Because the basis of laicism is “respect” for each other's rights and freedom of belief, conscience, thought and religion, or rather “**tolerance**” and “**love**” in the broadest sense. However, it is a fact that neither respect, tolerance nor love is laicism on its own.¹

¹ For detailed information, see. H. Eroğlu, *Türk İnkılâp Tarihi (Turkish Revolution History)*, Ankara 1990, 423-424; Z. Odyakmaz, “Cumhuriyetimizin 74. Yılında Hukuk İnkılâbımızın Temelini Oluşturan Lâiklik (Laicism as the Foundation of our Legal Revolution in the 74th Anniversary of our Republic)”, *Journal of the Union of Turkish Bar Associations* 3/1996, 382-385; B. Tanör, Y. Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (According to 1982 Constitution Turkish Constitutional Law)*, İstanbul 2023, 100-103; R. C. Derdiman, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni (General Principles of Constitutional Law and Turkish Constitutional Order)*, İstanbul 2006, 344.

For detailed information on the concept of laicism and its difference from laicism, see. D. Altınbaş, *Fransa Örneğinde Avrupa'daki İslam Etkisi: Müslümanların Avrupa Devletlerini ve Toplumlarını Dönüştürmesi (The Impact of Islam in Europe in the Example of France: Muslims Transforming European States and Societies)*, İstanbul 2011, 148-151, 171 et seq., 195 et seq.; K. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri (Turkish Constitutional Law Lectures)*, Bursa 2024, 64; V. Ertit, “Birbirinin Yerine Kullanılan İki Farklı Kavram: Sekülerleşme ve Lâiklik (Two Different Concepts Used Interchangeably: Secularization and Laicism)”, *Akademik İncelemeler Dergisi (Journal of Academic Inquiries)* 2/2014, 103-124.

For the “Bibliography” on the Concept of Laicism, see. Z. Odyakmaz, *Millî Birlik, Lâiklik ve Evrenselleşen Atatürkçülük (National Unity, Laicism and Universalising Kemalism)*, Ankara 2003, 77-78, fn. 29.

2.2. History of Laicism

The relations between the state and the institution of religion appear in three forms: State system dependent on religion, religious system dependent on the state and laic system.

In the religious state system, the religious head is also the head of the state.

In the state-dependent religious system, the religious institution is subordinate to the state. Religion is under the pressure of state authority.

In the laic system, religious and laic authorities are separated. A laic state is a state that deals with the worldly and human needs of its citizens and tries to meet them. In a laic state, religious affairs are considered private affairs. In the laic state system, there is freedom of religion and conscience, and it is applied in the widest way.

Until recent times, religion was influential in the life of society, had an official character and was involved in daily life. In such societies, offence and sin are synonymous.

It is not possible for individuals to accept any religion other than the one recognised by the state and to perform the rituals of this religion. In a system where religion and the state are intertwined and tangled, it is not possible to talk about freedom of religion for individuals. This period is called the period of theocratic oppression, in other words, the period when religion dominated and oppressed the society.

In time, this harsh and strict practice was replaced by tolerance.

Some historians have sought the reason why the Ottoman Empire established and maintained a strong state in the tolerance they showed towards non-Muslim Ottoman citizens. However, leniency, in other words tolerance, does not mean freedom of religion as we understand it today. In the tolerant period, there was no equality between religions. The state recognised life space for those who did not follow their own religion as a blessing. The era of tolerance was followed by the laic era.

In the West, church and state were separated, and the social order was based on different foundations apart from religious foundations. One of the results of this separation was that the state left individuals free in their religious beliefs and ensured freedom of religion.

Laicism is a concept related to the Christian religion and was used in the early days of Christianity to refer to those who were not members of the clergy.

Laicism later became a slogan of the struggles against the Church. When Christianity first emerged, it did not claim to establish a sovereignty on earth. It was intended to prepare and ensure the salvation of people in

the next world. In other words, Christianity essentially distinguished between earthly and heavenly power and was not concerned with earthly power. In time, however, the church gradually began to make its authority felt in society. At first, the church began to approach the earthly power, but in time it came under its complete influence and became a great power. This supremacy of the church lasted throughout the Middle Ages. In the West, laicism became a slogan in the struggle against this superior position of the Church. In short, laicism in the West was the slogan of the struggles for the return of the Christian religion to its original state.

In the West, laicism has acquired its present meaning through three stages. Firstly, those who held state power gave up favouring a particular religion or sect, remained neutral towards all religions and sects, and treated all religious beliefs equally. Later on, state and religious organisations were completely separated, and the state did not have an official religion. In the third stage, the legal order was purified from religious rules.²

2.3. Qualifications of Laicism

Laicism means the separation of religion and state affairs and ensuring freedom of conscience for every citizen. Laicism is the domination of reason instead of religious belief in the political, legal and social organisation of the state. The laic state does not interfere in the religious belief and worship of individuals, nor can it organise religious ceremonies on its behalf. In a laic state, there is freedom of religion and conscience. In a non-laic state, there is no freedom of religion and conscience. A laic state is not a state dependent on religion, but it is not a state hostile to religion either. In an illegitimate state, religion becomes a tool for politics. The rulers in power want to use the state authority at the command of their religion. In a laic state, law and education are also laic. In a laic state, the state cannot have a religion. The existence of a state religion is contrary to the principle of equality before the law for citizens of different religions and those who do not believe in any religion. The idea of the **rule of law** is incompatible with the idea of favouring one of the existing religions. The laicisation of the state necessitates the equality of the members of different religions before the law. It also ensures the equality of believers of different sects among those of the same religion. In a laic state, as a result of freedom of religion, all religions are recognised - unless they are contrary to public order. A modern state is a laic state. Laicism is a condition of civilised life. Laicism is also the fundamental basis of public law.³

² H. Eroğlu, *Türk İnkılâp Tarihi (History of Turkish Revolution)*, Ankara 1990, 427-428; M. Günday, *İdare Hukuku (Administrative Law)*, Ankara 2017, 53-54.

³ H. Eroğlu, 424-425.

2.4. Elements of Principle of Laicism

According to the laicism understanding of the Republic of Türkiye; the elements of the principle of laicism are as follows:

- The source of sovereignty is not divine but human.

For laicism, firstly the source of sovereignty must be in the "nation". The original source of sovereignty and the rights arising from it is the nation.

- The essence of laicism is that there should be no official state religion, i.e. the state should be neutral in the face of religions.

- Law will be laicized.

State administration will not be based on the rules of religion, but on the rules of laic law. That is to say, in the making of legal regulations, it will not be investigated whether these regulations are in conformity with religious rules.

- The principle of equality shall apply. It is more appropriate to divide this principle into two sub-elements:

- The State shall treat all persons equally, regardless of their religious beliefs.

- The State shall not discriminate between religions.

In a laic state, there can be no official religion, and the state cannot protect any religion.

- Freedom of religion and conscience is fundamental.

Freedom of religion and conscience means the freedom to believe or not to believe in a religion of one's choice, not to be forced to declare this belief, not to be forced to participate or not to participate in religious ceremonies and worship, not to be condemned or blamed for this belief, and the freedom to choose a religion of one's choice at any time.

- Education will be laicized.⁴

In other words, national and scientific education will be provided in schools.

"Laic education" means that teaching staff and curricula shall be laic and that there shall be no financial support for religious education.

"Laicisation of teaching staff" means that clergymen cannot teach religion in public schools.

⁴ H. Eroğlu, 424 et. seq.

"Curricula being laic" means that the curricula are not prepared according to religious principles and that there are no religious lessons in the curricula.

The differences between religious education and training and national and scientific education and training can be listed as follows:

- Religious education serves the relationship between God and the individual. National and scientific education provides scientific education for the relations between the individual and the society to which he/she belongs.
- National education is citizen education, and one's relations with God are left to one's own conscience and discretion.

3. LAICISM IN TURKISH SOCIETY DURING THE PERIOD OF MUSTAFA KEMAL ATATÜRK (REPUBLIC PERIOD) (1923–1938)

It was Atatürk who introduced laicism to Turkish society, and in its true sense entered Turkish state life with the republic and its development continued within this regime, and its development in terms of law ended in 1937 when it was included in the Constitution.⁵

3.1. Atatürk's Views on Religion and the Principle of Laicism

Atatürk took the "principle of laicism" as the fundamental principle of his thoughts, actions and activities and finally of his revolution. Atatürk first and foremost saved religion from being involved in the daily affairs of the world. Because laicism makes the scientific and rational view dominant.

Atatürk, a great statesman and reformer, places great value on human beings and human's social relations. According to Atatürk, respect for religion is a result of respect for the rights of the believer. Atatürk was against obscurantism, the mixing of religion and state affairs.

Atatürk considered it necessary to openly fight against those who used religion as a tool for politics.

Atatürk saw the result of the reflection of rationalism on religion in laicism. The principle of rationality, which lies at the basis of the revolution, has found an application area with laicism.

Atatürk was a religious person and has never rejected religion. According to Atatürk, *"Religion exists and is a necessary institution"*. On the con-

⁵ For detailed information on the Republican period, see. A. Mumcu, "Cumhuriyetin İlk Dönemlerinde Lâiklik (Laicism in the Early Periods of the Republic)", *Journal of Atatürk Research Centre* 2/1985, 513-526.

trary, he said "*We insist on the principle of laicism. Because the freedom of religion, which is perhaps the most sacred of the national will and the values of humanity, can only be protected by sticking to the principle of laicism*". Again, according to Atatürk, laicism does not only mean the separation of the affairs of religion and the world, but also the guarantee (undertaking, surety) of the freedom of conscience, worship and religion of all citizens. It also means thinking with free thought. In this respect, it means the state's control of religious circles. Freedom of religion and conscience is also a fundamental principle of Islam. According to the Qur'an, there is no compulsion in religion.

Atatürk considered laicism and laic republic as the basis of political life.

As stated above, Atatürk differed from the opponents of laicism in his belief that religion was a matter of conscience and that everyone was free to follow the dictates of his conscience.⁶

3.2. Atatürk's Laicisation of the State

In the first Islamic states, the foundation of society was based entirely on religion.

The principle of separation of religion and state, in other words, the principle of laicism, has emerged in our country as an artifact of the Republican revolution.

The Ottoman Empire lived as a theocratic state for five centuries.

It was not possible for laicism to be accepted immediately in Türkiye.

The 1924 Constitution, in its first form, included the rule "The Religion of the State of Türkiye is Religion-Islam" in its Article 2.

As Atatürk explained in the "Great Speech", this rule was allowed to be included in the Constitution for that day in order to prevent those who were inclined to infer irreligion from the term "laic state".

In fact, Atatürk did not consider the inclusion of such a rule in the Constitution to be compatible with the fundamental character of the Turkish state and the Republic.

In accordance with this idea, in 1928, the sentence "The religion of the Turkish State is Islam" was removed from Article 2 of the Constitution.

⁶ H. Eroğlu, 433-435; Z. Gören, *Anayasa Hukuku (Constitutional Law)*, Ankara 2020, 141-142; Z. Odyakmaz, 1996, 393-395; Z. Odyakmaz, 2003, 83-84; H. S. Türk, *Temel Yasa Anayasa (Basic Law Constitution)*, Ankara 2019, 64-65.

Also, see. A. Mumcu, *Atatürkçülükte Temel İlkeler (Fundamental Principles in Kemalism)*, İstanbul 2000.

In 1937, with the constitutional amendment the word "laic" was added to the same article.

The 1961 and 1982 Constitutions not only laid the foundation that the state is laic in their second articles, but the 1961 Constitution and the fifth paragraph of Article 24 of the current 1982 Constitution have introduced rules against the misuse of religion.

For the existence of laicism;

- Religious beliefs should not prevent people from being treated equally,
- There should not be an official state religion,
- The legal system should not be based on religious rules.

The policy of laicism, which Atatürk was trying to realise, de-socialised and personalised religion. Therefore, according to Atatürk's understanding, a laic state is only a state which;

- Does not discriminate between religions, religious beliefs and members of religions,
 - Has no official religion,
 - Separates the institutions of religion and state,
 - Is not based on religious rules, not affected by these rules, not functioning according to these rules,
- Was not only a state that ensured and guaranteed freedom of religion and conscience, but also a state that could take the necessary measures to push religion into the conscience.

In its various judgments, our Constitutional Court has clarified the relationship between laicism and freedom of religion and conscience.

A laic state is a state that does not include and sanction any rule in its legal order solely on the grounds of religion. Legal orders may include provisions that are common to religions. However, if these rules are included in the legal order not only as religious orders, but also as social necessities, abstracted from religious orders and requirements, then the state is a laic state, and the system of law is also laic.⁷

3.3. Atatürk's Laicisation of Law

Laicism in the field of law began in 1924 with the abolition of the Sharia courts, which ruled according to religious rules, and was followed by the laicisation of the legal system and laws.

⁷ Z. Odyakmaz, 1996, 395-397; Z. Odyakmaz, 2003, 84.

Law being laic means that the state is not obliged to comply with religious principles when making laws.

The 1926 Civil Code is the biggest stage of laicisation. When the religious civil law was abolished, a brand-new system based on freedom and equality was introduced in place of the personal, family, inheritance, property and all kinds of debt relations, which had been regulated entirely according to Sharia rules.

Article 266 of the Civil Code on religious upbringing, i.e. the freedom of a person of legal age to choose his religion, is the most solid foundation of the principle of laicism. This provision has been incorporated into the new Turkish Civil Code dated 22 November 2001 (Article 341 of the New Civil Code)⁸. The Civil Code was followed by other laic laws.⁹

In parallel with the legal reforms in the field of general jurisdiction, radical reforms were also made in the field of military jurisdiction.¹⁰

3.4. Atatürk's Laicisation of Education

Atatürk did not discriminate between boys and girls in the field of education. From 1922 onwards, in his speeches, he stated that both women and men should be educated in the same way.

On 3 March 1924, in addition to the Law on the Abolition of the Caliphate and the Ministry of Sharia and Awqaf, the Law on the Unification of Education was adopted on the same day, putting an end to religious education and ushering in the era of national education. As a natural consequence of this law, madrasas were closed.

⁸ Article 341 of the Turkish Civil Code No. 4721 of 22 November 2001: "*III. Religious Education: The right to determine the religious education of the child belongs to the parents. Any contract that would limit the rights of the parents in this matter is invalid. The adult is free to choose his/her religion.*"

⁹ Z. Odyakmaz, 1996, 397-403; Z. Odyakmaz, 2003, 84.; H. Eroğlu, 254-260; Z. Odyakmaz, "Atatürk'ün Hukuk İnkılabının 21. Yüzyılda Türkiye'de Yönetim ve Toplum Yaşamındaki Etkileri (The Effects of Atatürk's Legal Reform on the Administration and Social Life in Türkiye in the 21st Century)", *Journal of Atatürk Research Centre* 56/2003, 610-612.

¹⁰ On the military judiciary, see. C. Odyakmaz, *Askerî Ceza Hukuku Hususî Kısım (Askerî Suçlar) ve Askerî Muhakeme Usulü Hukuku (Special Part of Military Criminal Law (Military Offences) and Military Procedural Law)*, Ankara 1959, 8-96; M.H. Özarpat, *Askerî Ceza Yargılama Usulü Hukuku (Military Criminal Procedure Law)*, Ankara 1950, 30 et seq.; N. Saçlıoğlu, "Askerî Yargının 1924, 1961, 1982 Anayasaları Dönemlerindeki Durumu (Status of the Military Judiciary under the Constitutions of 1924, 1961 and 1982)", Ankara 1988, 406-432; R. Taşkin, *Askerî Ceza Kanunu, Şerh (Military Penal Code, Commentary)*, Ankara 1946, 13-16.; R. Taşkin, *Askerî Muhakeme Usulü, Mukayeseli Şerh (Military Procedure, Comparative Commentary)*, Ankara 1943, 1-4.

The Law on the Unity of Education connected all schools in Türkiye to the Ministry of National Education and established the basis of a laic education and training system.¹¹

3.5. Atatürk's Laicisation of Society

Very important arrangements have also been made for the laicisation of society.

The closure of sufi lodges, dervish lodges and tombs, the acceptance of the wearing of the hat, the adoption of the Hijrî and Rumî calendar and the alphabetical clock, the introduction of international numerals and new Turkish letters, international measurements, the Surname Law, the prohibition of clergymen to wear religious clothes outside the temples, the change of the week holiday from Friday to Sunday are all regulations related to laicism.

At this stage, it would be appropriate to shortly mention Atatürk's efforts for women's rights.

Turkish women were granted civil rights with the entry into force of the new Turkish Civil Code in 1926, the right to elect and be elected to local administrations in 1930, and the right to elect and be elected to parliament in 1934.¹²

¹¹ H. Eroğlu, 426-427; R. C. Derdman, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni (General Principles of Constitutional Law and Turkish Constitutional Order)*, İstanbul 2006, 347; Z. Odyakmaz, 1996, 404-405; Z. Odyakmaz, 2003, 85-86.

¹² On Atatürk and women's rights and women's rights in Turkish law, see. Z. Odyakmaz, "Anayasalarımızda Kadın Hakları (Women's Rights in Our Constitutions)", *Journal of Atatürk Research Centre* 14/1989, 455-466; Z. Odyakmaz, "Women's Rights in Our Constitutions (Anayasalarımızda Kadın Hakları)", *I. International Atatürk Symposium (Opening Speeches - Proceedings)*, 21-23 September 1987, Ankara 1994, 465-476; Z. Odyakmaz, "Geçmişten Bugüne Türk Kadınının Hakları (Rights of Turkish Women from Past to Present)", *Gazi University Journal of Faculty of Economics and Administrative Sciences* 1/1990, 503-550; Z. Odyakmaz, "Kamu Hizmetinde Türk Kadını (Turkish Women in Public Service)", *Symposium on Equality of Different Sexes*, 17-18 May 1998, Eylül University İzmir, İzmir 1998, 140-153; Z. Odyakmaz, "The Turkish Woman In The Civil Service (*Die Türkische Frau im Öffentlichen Dienst*)" (Trans: Hakan Hakeri)", *Symposium Gleichberechtigung 17-18 Mai 1998* (ed. Z. Gören), Juristische Fakultät der Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir 1998; Z. Odyakmaz, "Türk Kadınının Geçmişten Günümüze Kadar Yasama, Yürütme ve Kamu Hizmetindeki Etkinlikleri ve Atatürk'ün Kadın Haklarına Verdiği Önem (Turkish Women's Activities in Legislative, Executive and Public Service from Past to Present and the Importance Atatürk Attaches to Women's Rights)", *Monthly Publication of the Turkish Law Institute* 52/2000, 3-14; Z. Odyakmaz, "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu (The Status of Turkish Women in terms of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW))", *İşveren* 7-8/2005, 34-37.

4. THE PROVISIONS OF THE 1982 CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF TÜRKİYE IN FORCE ON THE PRINCIPLE OF LAICISM AND THE ELEMENTS OF THE PRINCIPLE OF A LAIC STATE

The principle of laicism, as accepted in our country, is specifically included in the Constitution as an expression and is reflected in many articles. However, if we look briefly at the regulations on laicism in the constitutions of other states, different systems will be seen.^{13 14}

In the 1982 Constitution, the main articles on "laicism" are as follows:

1. In the fifth paragraph of the "Preamble" section; *".... that sacred religious feelings shall absolutely not be involved in state affairs and politics as required by the principle of secularism,...."*

2. According to Article 2 titled "Qualities of the Republic" in Part I titled "General Principles"; *"The Republic of Türkiye is a democratic, secular and social state governed by rule law....."*

3. According to Article 4 of the Constitution, which regulates the irrevocable provisions, the principle of a laic state set out in Article 2 shall not be amended nor their amendment be proposed. Article 2, which specifies the characteristics of the Republic, clearly states that laicism has an eternal character as one of the qualities of the Republic and in relation to the Republic.

4. According to Article 10 entitled "Equality before the Law"; *"Everyone is equal before the law without distinction as to..... philosophical belief, religion, sect or any such grounds....."*

5. According to Article 13 entitled "Limitation of Fundamental Rights and Freedoms" in Part II entitled "Fundamental Rights and Duties", *"Fundamental rights and freedoms may be restricted only by law....."*

¹³ In the world, out of 173 state constitutions, only 21 states have included the principle of laicism in their constitutions. Former communist countries, France, former French colonies, Türkiye and India can be given as examples.

In states where non-interference between religion and state is traditionally practised, the principle of laicism is not included in the constitutions. Even in such states, churches are recognised as having a separate law and autonomy, and a mutual agreement between the state and the church is accepted. In such countries, where the church can collect taxes, freedom of religion and conscience is also protected.

There are still states that are not secular because they have an official religion. In most of these countries, the requirements of laicism are fulfilled, but at least having an official state religion is contrary to laicism from the outset.

Bkz. H. S. Türk, *Temel Yasa Anayasa (Basic Law Constitution)*, Ankara 2019, 97-156; K. Gözler, 2024, 67-68.

¹⁴ R. C. Derdiman, 2024, 346; K. Gözler, 2024, 71.

These restrictions shall not be contrary to the letter and spirit of the The secular Republic and the principle of proportionality."

6. According to Article 15 titled "Suspension of the Protection of Fundamental Rights and Freedoms", *"....No one shall be compelled to reveal his/her religion, conscience, thought or opinion, or be accused on account of them....."*.

7. According to Article 24 entitled "Freedom of Religion and Conscience"; *"Everyone has the freedom of conscience, religious belief and conviction. Acts of worship, religious rites and ceremonies shall be conducted freely, as long as they do not violate the provisions of Article 14.*

No one shall be compelled to worship, or to participate in religious rites and ceremonies, or to reveal religious beliefs and convictions, or be blamed or accused because of his religious beliefs and convictions.

Religious and moral education and instruction shall be conducted under state supervision and control. Instruction in religious culture and morals shall be one of the compulsory lessons in the curricula of primary and secondary schools. Other religious education and instruction shall be subject to the individual's own desire, and in the case of minors, to the request of their legal representatives.

No one shall be allowed to exploit or abuse religion or religious feelings, or things held sacred by religion, in any manner whatsoever, for the purpose of personal or political interest or influence, or for even partially basing the fundamental, social, economic, political, and legal order of the State on religious tenets."

There is an indirect definition of secularism as seen in the fifth paragraph of this article, which states the freedom of conscience, religious beliefs and convictions, expresses the freedom of worship, religious rites and ceremonies by indicating their limits, protects the person because of his/her religious beliefs and convictions, and shows the conditions of religious education and training.¹⁵

8. According to Article 136 entitled "Presidency of Religious Affairs"; *"The Presidency of Religious Affairs, which is within the general administration, shall exercise its duties prescribed in its particular law, in accordance with the principles of secularism, removed from all political views and ideas, and aiming at national solidarity and integrity."*

Laicism, which is listed among the characteristics of the Republic in Article 2 of our Constitution, is twofold. More precisely, the elements of the principle of a laic state can be categorised in two groups: Freedom of religion and separation of religion and state affairs:

¹⁵ H. S. Türk, 95.

4.1. Freedom of religion

Freedom of religion includes freedom of conscience, belief and worship.¹⁶

4.1.1. Freedom of Conscience, Belief

Conscience is a spiritual capacity that is believed to be present in human beings, through which it is accepted that human beings can distinguish good from evil and reach judgments that will form the basis of their moral choices.

*"Every human being has the right and freedom to think and believe as he wishes, to have a political opinion of his own, to practise or not to practise the religion of his choice. No one's thought and conscience shall be sovereign. Freedom of conscience is absolute and inviolable. It must be recognised as one of the most important of man's natural rights."*¹⁷

Belief is "to accept any proposition as true".

The freedom of belief is expressed in the first paragraph of Article 24 of the Constitution, entitled "Freedom of religion and conscience", as *"Everyone has the freedom of conscience, religious belief and conviction"*. This freedom includes the freedom to hold any religious belief and conviction as well as the freedom not to hold any religious belief at all.

The third paragraph of Article 24 is a natural extension of freedom of belief. According to this *"No one shall be compelled to worship, or to participate in religious rites and ceremonies, or to reveal religious beliefs and convictions, or be blamed or accused because of his religious beliefs and convictions."*

Therefore, the Constitution of the Republic of Türkiye recognises the freedom of belief with the first paragraph of Article 24, provides additional guarantees for the freedom of belief with the third paragraph, and protects the freedom of belief even in states of emergency with the second paragraph of Article 15 entitled "Suspension of the exercise of fundamental rights and freedoms". The second paragraph of Article 15 uses the phrase *"also in the circumstances specified in the first paragraph"*. These situations are "war, mobilisation, martial law or states of emergency". The second paragraph of Article 15 reads as follows: *"no one shall be compelled to reveal his/her religion, conscience, thought or opinion, nor be accused on account of them..."*.

¹⁶ For detailed information see. *Ibid.*, 84-88.

¹⁷ *Ibid.*, 65-66.

In the 1982 Constitution, freedoms of belief and thought are regulated in different articles but with parallel provisions. Article 24/1 of the Constitution regulates the freedom of conscience, religious belief and conviction under the title "Freedom of religion and conscience", and Article 24/2 recognises the freedom of worship, religious rites and ceremonies.

Article 25/1 of the Constitution entitled "Freedom of thought and opinion" states that "*Everyone has the right to freedom of thought and opinion*" and Article 25/2 protects the core of the guarantee by stating that "*...no one shall be compelled to express his/her thoughts and opinions...*".

Accordingly, for example, a rule stipulating that the conversion of individuals is subject to the authorisation of the state would be contrary to the freedom of religion and belief.

While defining freedom of belief, the Constitutional Court also emphasised the freedom for not to believe.¹⁸

Again, the Court of Cassation, in one of its judgments, stated that "*There is no obligation to think and have faith in accordance with the laic system*".¹⁹

¹⁸ See. Constitutional Court decision, 4 November 1986, No. E. 1986/11, K. 1986/26; Constitutional Court decision, 7 March 1989, No. E. 1989/1, K. 1989/2.

¹⁹ E. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku (Turkish Constitutional Law)*, Ankara 2025, 91 et seq.; Z. Odyakmaz, Ü. Kaymak, *Anayasa Hukuku Anayasa Yargısı (Constitutional Law Constitutional Judiciary)*, Ankara 2025, 24-25, 38; K. Gözler, 2024, 65 et seq.

For studies and evaluations on freedom of belief, see. H. S. Vural, *Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence (Constitutional Guarantee on Freedom of Religion in Türkiye)*, Ankara 2013, 61-75.

For an evaluation of the Constitutional Court's decision on celestial religions, see. H. S. *Ibid.*, 124-126.

For an analysis of Article 15 of the Constitution, see. *Ibid.*, 165-168.

Regarding the presence of a religion section on identity cards, see the ECtHR's judgment, 2 February 2010, No. 21924/05, see. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-97087%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-97087%22]}), last visited 28 August 2025.

Regarding the questioning of individuals by civil registry offices about their religion, for the Constitutional Court's decision, 27 November 1979, No. E.1979/9, K.1979/44 and the Constitutional Court's decision, 21 June 1995, No. E.1995/17, K.1995/16 and its criticisms, see. K. Gözler, 66.

About asking for the religion of the witness, see. H. S. Vural, 58; K. Gözler, 66-67; Constitutional Court's decision, 2 February 1996, No. E.1995/25, K.1996/5.

For various analyses of freedom of belief in the examination of freedom of religion, see. H. S. Vural, 61-80, 205-216. For the fundamental rights of foreigners, see. H. S. Vural, 168-173. For the decision of the Court of Cassation, see. 5.2.1.

4.1.2. Freedom of worship

Freedom of worship is the freedom to perform the worships, rites and ceremonies required by one's religion, that is, to fulfil the requirements of a religion. According to Article 24/2 of the Constitution, "*Worship, religious rites and ceremonies are free, provided that they are not contrary to the provisions of Article 14.*" It can be seen that the freedom of worship is not recognised in our Constitution as absolutely as the freedom of conscience. In other words, the abuse of the freedom of worship for the purposes listed in Article 14 of the Constitution is prohibited.

Article 14 states that "*None of the rights and freedoms embodied in the Constitution shall be exercised in the form of activities aiming... to endanger the existence of the democratic and secular order of the Republic*".

Freedom of worship includes the freedom for not to worship. In a laic state, people cannot be forced to worship.

The Constitution guarantees the freedom not to worship by stating that "*No one shall be compelled to worship or to participate in religious rites and ceremonies....*" (Art. 24/3).

Therefore, freedom of religious belief is unlimited, freedom of worship is limited.

The most commonly referenced limitation criterion for freedom of religion and worship is expressed by the concept of "**public order**". The Constitutional Court states that the state has the authority to impose certain limitations and controls when religion transcends the spiritual life of the individual and affects social life.²⁰

4.2. Separation of Religion and State Affairs

The second aspect of laicism is the separation of religion and state affairs. To be able to say that religion and state affairs are separated in a state, the following conditions²¹ must exist:

4.2.1. The State should not have an official religion

The addressees of religious rules are real persons. The righteousness and sin can only be committed by real persons. Therefore, it is inconceiva-

²⁰ E. Özbudun, 91 et seq.; Z. Odyakmaz, Ü. Kaymak, 38; K. Gözler, 66. For an analysis of Article 14 of the Constitution, see. H. S. Vural, 156-165. For an analysis of Article 24/2 of the Constitution, see. *Ibid.*, 316-320.

²¹ For detailed information, see. H. S. Türk, 77 et seq.

ble that the state, which is a legal person, has a religion in this sense. Nevertheless, historically, many constitutions have made provisions on state-religion relations.

The absence of an official religion in the Republic of Türkiye means that the state does not recognise the superiority of a particular religion and does not impose the rules of a particular religion or sect on citizens through public procedures. The Constitution has made various provisions to ensure this. After stating in the first paragraph of Article 10 of the Constitution that everyone is equal before the law without distinction as to language, race, colour, sex, political opinion, philosophical belief, religion, sect and similar grounds, the first paragraph of Article 24 entitled "Freedom of Religion and Conscience" guarantees that everyone has the freedom of conscience, religious belief and conviction.

The state, which does not have an official religion, cannot impose coercive religious rules. In this context, the state cannot make the education and training of a particular religion compulsory. Article 24/4 of the 1982 Constitution recognises the following provision in this regard: "*Religious and moral education and instruction shall be conducted under state supervision and control. Instruction in religious culture and morals shall be one of the compulsory lessons in the curricula of primary and secondary schools. Other religious education and instruction shall be subject to the individual's own desire, and in the case of minors, to the request of their legal representatives.*" As will be analysed in the following, there are debates on the contradiction of compulsory religious education to the principle of a laic state.²²

The point to be noted here is the statement that, not the "religion" course but "religious culture" course is among the compulsory courses in primary and secondary education institutions.²³

4.2.2. Religious institutions and state institutions should be separate from each other: Presidency of Religious Affairs

In a laic state, religious institutions and state institutions should be separate from each other and should not be influenced by each other.

In general, a laic state is a state which is neutral towards the religious beliefs and preferences of its citizens, and which is not committed to a particular pro-religious or anti-religious policy. The state does not interfere

²² See. 5.2.1.

²³ R. C. Derdiman, 2024, 346-347; H. S. Vural, 324 et seq.; Z. Odyakmaz, Ü. Kaymak, 37-38; M. Günday, 58-59; E. Özbudun, 92-93; B. Tanör, Y. Necmi, 103-105; K. Gözler, 67-68.

in religious affairs; and religious institutions cannot interfere with the state, nor can they engage in influential behaviour.²⁴

In a laic state, religious institutions cannot perform state functions, and state institutions cannot perform religious functions.

According to Article 136 of the Constitution, "*The Presidency of Religious Affairs, which is within the general administration, shall exercise its duties prescribed in its particular law, in accordance with the principles of secularism, removed from all political views and ideas, and aiming at national solidarity and integrity*". As can be seen, the Presidency of Religious Affairs was conceived as a guarantee of laicism. Therefore, Article 136 of the Constitution, in our opinion, constitutes a sufficient answer to those who think that the current system is incompatible with laicism.

In order to implement Atatürk's policy of laicism, religious affairs and social order had to be separated from each other; religion had to be isolated from its social duties and left to the conscience. However, in this process, religious services were not completely separated from state services, and an independent community organisation was not established. The Presidency of Religious Affairs was established in 1924 under Atatürk. If the establishment of a community organisation had been preferred, this organisation could have become a power confronting the state in a short time. Therefore, according to Prof. Dr. Gören, the inclusion of the Presidency of Religious Affairs within the general administration in the Constitution "*does not have the effect of weakening laicism, on the contrary, it has the effect of reinforcing an understanding of laicism in line with the characteristics of the Turkish revolution, that is, the removal of religion from state affairs and its relegation to the conscience*".²⁵

However, the principle of mutual autonomy, i.e. the non-interference of the state in religious affairs and organisation or the autonomy of the religious sphere, which is present in western models of laicism, does not exist in Turkish laicism, nor should it. The structure of Turkish society necessitates the continuation of the current order.

The Law on the Establishment and Duties of the Presidency of Religious Affairs²⁶ should be emphasised here.

²⁴ E. Özbudun, 95-96.

²⁵ Z. Gören, 85, 142.

²⁶ The first establishment law of Presidency of Religious Affairs: Law No. 429 of 3 March 1924.

For the law that regulates the re-organization of Presidency of Religious Affairs, see. The Law on the Establishment and Duties of the Presidency of Religious Affairs, 22/6/1965, No. 633 and *Official Gazette*, 2 July 1965, No. 12038, *Düstur Tertip*: 5 V. 4, 2911.

When analysed from beginning to end, it is seen that the Law - neither in letter nor in spirit - does not discriminate against any sect or belief; on the contrary, it treats the Islamic religion as a whole. Article 1 titled "Mission" states that the Presidency of Religious Affairs was established to "*carry out affairs related to the principles of belief, worship and ethics of the Islamic religion, and to enlighten the society on religion...*".

If we make an evaluation of the law, we see that the duties of the Presidency of Religious Affairs are generally related to the "religion of Islam", that is, the development and correct interpretation of the religion of Islam, and the solution of all kinds of religious needs of those who belong to the religion of Islam. There is no discrimination of sect or belief in any of these provisions. Therefore, the Presidency of Religious Affairs must serve everyone who believes in the religion of Islam without making any sectarian discrimination.

Citizens of other religions living in Türkiye fulfil their religious needs on their own.

The minorities living in Türkiye mentioned in the Treaty of Lausanne (Jews, Greek Orthodox Church, Armenian Orthodox, Catholic and Protestant Church, etc.) are free to provide religious education in their own schools.

Non-Muslims living in Türkiye but not mentioned in the Treaty of Lausanne (Assyrians, Chaldeans, etc.) will be exempt from compulsory religion classes if they apply with a petition.²⁷

Consequently, due to the conditions of our country and society, we find it right that an institution regulating religious affairs should be located within the central administration of the state. We do not see it appropriate for our sociological structure to leave the services of religion and worship completely to religious communities.

4.2.3. The rules of law should not have to conform to the rules of religion

In a laic state, the source of legal rules is the human will. In a laic system, the human will that sets the rules of law should not have to obey the rules of religion. If the rules of law in a state must conform to the rules of religion, that state is not a laic state. Therefore, state administration should not be influenced by religious rules.

²⁷ Ö. Demir, *Lâiklik İlkesi Bağlamında Türkiye’de Zorunlu Din Dersi ve Muafiyet Sistemi (Compulsory Religious Education and Exemption System in Türkiye in the Context of the Principle of Laicism)*, İstanbul 2021, 88.

In the 1982 Constitution, there is no provision stipulating that the rules of law must conform to the rules of religion. In this sense, the 1982 Constitution envisages a laic legal system.

In a laic state, state administration is carried out not according to the rules of religion, but according to the rational and scientific evaluation of the needs of society. This principle means that state procedures do not have to conform to the rules of religion. However, in a theocratic state system, the legal validity of state acts depends on their conformity with religious rules.²⁸

4.2.4. The State should treat the followers of all religions equally and impartially

One of the requirements of laicism is that the state must treat all members of religion equally. This principle is also based on Article 10 of the Constitution, which regulates the principle of "equality before the law" mentioned above.²⁹

4.2.5. The state must be neutral towards all religions

In order for a state to be laic, it must be impartial towards all religions and must not favour one of these religions or exert pressure on some of these religions. Undoubtedly, there may be many religions in a society. One of these religions may be more widespread in society than the others. However, the state cannot recognise the widespread religion as superior. Therefore, the state cannot carry out activities for the adoption of a particular religion in society and the learning of the rules of that religion in society. As a natural consequence of this, the state cannot force the education and training of its citizens in a particular religion. Religious education will be analysed under a separate heading.

5. RELIGIOUS EDUCATION

5.1. Concepts

According to the European Court of Human Rights, the "education" of children refers to the whole process in a society, including the efforts of adults to transmit their beliefs, culture and other values to young people.

²⁸ E. Özbudun, 95 et seq.; Z. Odyakmaz, Ü. Kaymak, 38; K. Gözler, 70-71.

²⁹ E. Özbudun, 93-94; K. Gözler, 68-70. For the relevant judgement of the Constitutional Court, see. 5.2.1.

“**Teaching**” refers in particular to the transmission of knowledge and intellectual development.³⁰

We have preferred to use the word “education” in this title. The concept of “education” emphasises the obligation, the state and the educator. We will use the concept of “education” to emphasise that we focus on the learner, the owner of the right to education, the subject of the right, the autonomous person.

“**Belief**”, as mentioned earlier, should be understood not only in the narrow sense of believing, having religious faith, believing in God, accepting the religion of Islam, but also in the broad sense of being attached to an idea, a thought, a conviction, or not believing in any religion, not recognising God.

“**Religion**”, on the other hand, includes monotheistic celestial religions as well as other polytheistic or primitive religions based on the worship of beings or things considered sacred.

The term “**sect**” generally refers to the interpretation of religious issues. Different interpretations have led to the emergence of various sects by determining the paths to be followed separately. Here, the term “sect” refers to sects in all religions.

“**Conscience**”, as written earlier, is a spiritual capacity believed to be present in human beings.

“**Exemption**” means immunity, excluded from liability, in legal literature.³¹

In cases, the European Court of Human Rights decides based on distinction between full exemption³² and partial exemption.^{33, 34}

“**Freedom**” (liberty) is a right that can be asserted against others. Freedom is the independence space of the individual in society.³⁵

³⁰ O. Doğru; A. Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (European Convention on Human Rights Explanation and Important Decisions)*, İstanbul 2013, 763, T.C. Yargıtay Başkanlığı; *Campbell vs Casans*, §33.

³¹ E. Yılmaz, *Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü (Law Dictionary for Students)*, İstanbul 2024.

³² ECtHR judgement of 3 December 1986 concerning *Angeleni v. Sweden*, application no. 10491/83.

³³ ECtHR judgement of 29 June 2007 on *Folgero and Others v. Norway*, application no. 15472/02.

³⁴ For detailed information on this topic, see. S. Demirtaş, A. Z. Furat, “Bir Din Eğitimi Hakkı Meselesi Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Muafiyet (Exemption in the European Court of Human Rights as a Question of the Right to Religious Education)”, *Turkish Journal of Religious Education Studies* 16/2023, 13-44.

³⁵ Ş. İba, *Anayasa Dersleri (Lessons on Constitution)*, Ankara 2024, 212.

“Rights” are the means of realisation of freedom. Rights are legitimate authorisations granted to individuals by the legal order as a means of freedom. To have a right is to be able to do, and to decide is to want freedom.³⁶

5.2. Article 24 of the 1982 Constitution as National Legislation on Religious Education

5.2.1. First paragraph of Article 24 of the Constitution

Article 24 of the Constitution entitled “Freedom of religion and conscience” consists of five paragraphs.³⁷

24/1 reads: “*Everyone has the freedom of conscience, religious belief and conviction.*”

According to professors Tanör-Yüzbaşıoğlu, the title of this paragraph should have been “Freedom of conscience and religion”. Because these authors are of the opinion that the conscience (belief) dimension is the primary and core matter, and after expressing this as “the world of beliefs”, they continue as follows: “*The religious sphere is more a phenomenon of expression: such as worship, rituals, religious ceremonies, religious education and training.*” Although the title of the constitution is freedom of religion and conscience, the article includes initially freedom of belief and conviction (f.1) and then freedom of expression (f. 2-5).³⁸

If one basis of religious freedom, i.e. belief and worship, is laicism, another basis is the principle of equality. According to the Constitution, everyone is equal before the law regardless of philosophical belief, religion

³⁶ *Ibid.*, 212.

³⁷ 1982 Constitution Article 24:

“*Everyone has the freedom of conscience, religious belief and conviction.*

Acts of worship, religious rites and ceremonies shall be conducted freely, as long as they do not violate the provisions of Article 14.

No one shall be compelled to worship, or to participate in religious rites and ceremonies, or to reveal religious beliefs and convictions, or be blamed or accused because of his religious beliefs and convictions.

Religious and moral education and instruction shall be conducted under state supervision and control. Instruction in religious culture and morals shall be one of the compulsory lessons in the curricula of primary and secondary schools. Other religious education and instruction shall be subject to the individual’s own desire, and in the case of minors, to the request of their legal representatives.

No one shall be allowed to exploit or abuse religion or religious feelings, or things held sacred by religion, in any manner whatsoever, for the purpose of personal or political interest or influence, or for even partially basing the fundamental, social, economic, political, and legal order of the State on religious tenets.”

³⁸ B. Tanör, Y. Necmi, 182.

and sect³⁹. The Constitutional Court annulled the provisions of the former Turkish Penal Code (Art. 175 and 176) which, contrary to this article, made a distinction between celestial and non-semitic religions, provided legal protection to celestial religions and left unlawful acts against non-semitic religions unpunished⁴⁰. Pursuant to this decision of the Constitutional Court, the relevant articles have been reorganised and put into effect.⁴¹

Thus, not only celestial religions such as Islam, Christianity and Judaism, but also those that are not considered celestial (such as Buddhism, Confucianism, Taoism) were taken under protection.⁴²

In its judgments, the Constitutional Court summarised the principles of the relationship between laicism and freedom of religion and conscience as follows:⁴³

"a) Adopting the principle that religion should not be sovereign and effective in state affairs,

b) Taking religion under constitutional guarantee by recognising unlimited freedom without discrimination in the religious belief section of religion, which is related to the spiritual life of the individual,

c) Establishing limits and prohibiting the misuse and exploitation of religion, in order to protect public order, confidence and interests, in those parts of religion which relate to actions and behaviour that transcend the spiritual life of the individual and affect social life,

d) Granting the State, as the guardian of public order and rights, the power to exercise control over religious rights and freedoms".

³⁹ 1982 Constitution Article 10:

"Everyone is equal before the law without distinction as to language, race, colour, sex, political opinion, philosophical belief, religion and sect, or any such grounds.

Men and women have equal rights. The State has the obligation to ensure that this equality exists in practice. Measures taken for this purpose shall not be interpreted as contrary to the principle of equality.

Measures to be taken for children, the elderly, disabled people, widows and orphans of martyrs as well as for the invalid and veterans shall not be considered as violation of the principle of equality.

No privilege shall be granted to any individual, family, group or class.

State organs and administrative authorities are obliged to act in compliance with the principle of equality before the law in all their proceedings."

⁴⁰ For the decision of the Constitutional Court, 4 November 1986, No. E. 1986/11, K. 1986/26, see. *Journal of Constitutional Court Decisions* 22/1986, 298 et seq.

⁴¹ For the Law No. 3369 on the Amendment of Articles 175 and 176 of the Turkish Penal Code, see. *Official Gazette*, 26 May 1987, No. 19471.

⁴² B. Tanör, Y. Necmi, 183.

⁴³ Constitutional Court decision, 4 November 1986, No. E. 1986/11, K. 1986/26; Constitutional Court decision, 7 March 1989, No. E. 1989/1, K. 1989/12.

It is seen that the Constitutional Court makes a distinction between the freedom of conscience and the freedom of worship; it accepts the unlimited freedom of conscience or religious belief, which is "related to the spiritual life of the individual", and states that actions and behaviours that go beyond the spiritual life of the individual and affect social life, i.e. worship, can be restricted in order to protect public order, public security and public interests.

The Constitutional Court's findings on the freedom of belief and non-belief should also be mentioned here: "*In a laic state, everyone is free to choose his religion and to manifest his belief within the limits of the recognised freedom of religion and conscience. This is also the case for those who have no religious beliefs. In a laic society, everyone should be able to have any religion or belief he or she wishes.*"⁴⁴

However, the authors Tanör-Yüzbaşıoğlu are of the opinion that the phrase "the limits of freedom of conscience" contradicts the absoluteness of this freedom as stated by the Constitutional Court, with which we agree.⁴⁵

The Court of Cassation, after determining that no distinction was made between existing or emerging religions, and that the issue of whether to believe in any religion or not was left to the free will of the human being, ruled as follows: "*A religious view may also include beliefs that are contrary to laic principles and order. Persons cannot be accused of offences because of these beliefs. There is no obligation to think and believe in accordance with the laic system.*"⁴⁶

Therefore, Art. 24/1 regulates the freedom to believe or not to believe in all belief systems.

5.2.2. Second paragraph of Article 24 of the Constitution

According to the second paragraph of Article 24 of the Constitution: "*Acts of worship, religious rites and ceremonies shall be conducted freely, as long as they do not violate the provisions of Article 14.*" Worship in its broadest sense means fulfilling the requirements of a religion.⁴⁷

⁴⁴ For the decision of the Constitutional Court, 4 November 1986, No. E. 1986/11, K. 1986/26, see. *Journal of Constitutional Court Decisions* 22/1986, 183.

⁴⁵ B. Tanör, Y. Necmi, 183.

⁴⁶ For the decision of the 9th Criminal Chamber of the Court of Cassation E. 1985/2623, K. 1985/3431, and the decision of the Criminal Board of the Court of Cassation, 26 May 1986, No. E. 1985/9-596, K. 1986/293, see. *Journal of Court of Cassation Decisions* 4/1985, 597-620 (Jehovah's Witnesses).

⁴⁷ K. Gözler, 67.

The second paragraph regulates freedom of worship, but states that it has "limits". These limits are set by Article 14 of the Constitution entitled "Prohibition of abuse of fundamental rights and freedoms".

According to Article 14, first paragraph: *"None of the rights and freedoms embodied in the Constitution shall be exercised in the form of activities aiming to violate the indivisible integrity of the State with its territory and nation, and to endanger the existence of the democratic and secular order of the Republic based on human rights."*

According to the Constitutional Court, forms of religiosity that extend beyond spiritual life and influence the social sphere are subject to limitation and control.⁴⁸ The criterion for this issue is "public order".⁴⁹

5.2.3. Third paragraph of Article 24 of the Constitution

According to the third paragraph of Article 24 of the Constitution: *"No one shall be compelled to worship, or to participate in religious rites and ceremonies, or to reveal religious beliefs and convictions, or be blamed or accused because of his religious beliefs and convictions."*

The freedom to worship also includes the freedom not to worship. In a laic state, individuals cannot be forced to worship. As can be seen, Article 24/3 of the 1982 Constitution also guarantees the freedom not to worship. Therefore, freedom of religious belief is unlimited, and freedom of worship is limited.⁵⁰

Freedom of conscience always applies to everyone. Even in times of emergency rule, according to Article 15 of the Constitution *"In times of war, mobilization, a state of emergency, the exercise of fundamental rights and freedoms may be partially or entirely suspended, or measures derogating the guarantees embodied in the Constitution may be taken to the extent required by the exigencies of the situation, as long as obligations under international law are not violated."*

The sphere of belief is therefore one of the "core freedoms".⁵¹

5.2.4. Fourth paragraph of Article 24 of the Constitution

The fourth paragraph of Article 24 of the Constitution reads as follows: *"Religious and moral education and instruction shall be conducted under state supervision and control. Instruction in religious culture and*

⁴⁸ For the decision of the Constitutional Court, 21 October 1971, No. E.1971/53, K.1971/76, see *Journal of Constitutional Court Decisions* 10/1971, 66.

⁴⁹ B. Tanör, Y. Necmi, 183.

⁵⁰ K. Gözler, 67.

⁵¹ B. Tanör, Y. Necmi, 182.

morals shall be one of the compulsory lessons in the curricula of primary and secondary schools. Other religious education and instruction shall be subject to the individual's own desire, and in the case of minors, to the request of their legal representatives."

In this paragraph, which is the main subject of our study, there are three issues that should be emphasised:

- Religious education under the supervision of the state.
- Making religious culture and ethics a compulsory subject.
- Religious education being optional.

Before proceeding to explain this paragraph, the matter we would like to point out, or rather the problem, which causes abuse instead of protection, is as follows:

Although "religious education" is voluntary, it is provided to everyone in the compulsory "Religious culture and ethics" course even though not everyone should be taught a specific religion.

5.2.4.1. Religious education under the supervision of the state

It is very important for Türkiye that religious education is carried out under the supervision and control of the state. The Turkish state did not want to leave religious education to congregations and clergy as in other laic states. In Türkiye, religious services have been accepted as a public service and the duty of carrying out this service has been assigned to the Presidency of Religious Affairs within the central administration. Imams and other religious officials are affiliated to the Directorate of Religious Affairs and receive their salaries from the state. They are subject to the hierarchical control of the central administration. However, some authors believe that this system is incompatible with the "principle of a laic state".⁵²

In our opinion, the current practice is the right one for Türkiye.

*5.2.4.2. Compulsory Religious Culture and Moral Knowledge Course (1982 Const. Art. 24/4)*⁵³

In Article 24/4 of the 1982 Constitution which states that "*Instruction in religious culture and morals shall be one of the compulsory lessons in the curricula of primary and secondary schools*", what is made compulso-

⁵² K. Gözler, 70.

⁵³ T. Şirin, E. Duymaz, D. Yıldız, *Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri (Freedom of Religion and Conscience in Türkiye: Problems, Findings and Suggestions for Solutions)*, Ankara 2016.

ry in any case is "Religious culture and ethics classes". In other words, a general religious culture will be taught. However, if education is provided for the adoption of a particular religion or the teaching of the practices of this religion, such a practice would be unconstitutional.

The course mentioned here is not intended to promote or propagandise a particular religion, but to provide impartial and introductory information about all major religions and universal ethics. According to Prof. Dr. Özbudun, the fact that the term "religious culture teaching", not "religious education", is used in the text of the article shows that this was the intention of the Constitution-maker.

However, Özbudun states that it is very difficult to distinguish between these two issues in practice, that there is a strong possibility that religious culture classes may become propaganda for a particular religion, and that current practice shows that this concern is not unjustified. He then states that, the European Court of Human Rights has found the current teaching of compulsory religious culture and ethics classes in Türkiye to be in violation of the European Convention on Human Rights and lists examples from its judgments. Özbudun considers compulsory religious education in any form to be contrary to the principle of a laic state.⁵⁴

If, in practice, these compulsory courses teach students how to pray or make them memorise sūrahs from the Qur'an, such a course would be contrary to both the principle of laicism and the fourth paragraph.⁵⁵

As a matter of fact, the Council of State, in some of its decisions⁵⁶, has determined that the "Religious Culture and Ethics" textbooks taught in Türkiye are based on a certain understanding of religion, and that students are even taught to pray and asked to memorise sūrahs from the Qur'an, and has concluded that although the name of the teaching given in primary and secondary education institutions in this way is "Religious Culture and Ethics", it cannot be considered as teaching religious culture and ethics in terms of content, and that there is a "religious education". Since this education is religious education, such education must be subject to the individual's own will and, in the case of minors, to the request of their legal representative, in accordance with the last sentence of Article 24/4. The Council of State ruled that this practice was unlawful. In our opinion, the decision of the Council of State is correct.

⁵⁴ E. Özbudun, 93.

⁵⁵ K. Gözler, 69.

⁵⁶ The first decision of the Eighth Chamber of the Council of State, 28 December 2007, No. E.2006/4107, K.2007/7481 on compulsory religious education; The second decision of the Eighth Chamber of the Council of State, 29 February 2008, No. E.2007/679, K.2008/1461 on compulsory religious education.

For information on these decisions of the Council of State, see. H. S. Vural, 60-61.

In Hüseyin El and Nazlı Şirin El decision in 2022⁵⁷, the Turkish Constitutional Court ruled that the implementation of “religious culture and ethics” classes violated the right of parents to demand respect for their religious and philosophical beliefs in education and training, which is guaranteed in the fourth paragraph of Article 24 of the Constitution. The Constitutional Court concluded that, as of 2009, the “religious culture and ethics” course in Türkiye had reached a level of religious education and training that exceeded the teaching of religious culture in terms of its nature.

According to the Constitutional Court, the possibility of exemption from the “religious culture and ethics” course or an alternative that would accommodate parents' wishes not to have their children take this course should be found.⁵⁸

In his criticism of this decision, Prof. Dr. Gözler, after quoting the Constitutional Court's statement *“If this course is to continue as it is in terms of content... Alevi students should be given the opportunity to be exempted from this course...”*, rightly asks the following: *“In a laic state, how will school administrations determine the sects of students? Or will school administrations ask the parents of students which sect they belong to? This is not possible in the laic Republic of Türkiye. It is clear that requiring parents to declare that they and their children are Alevi or atheists is incompatible with the principle of laicism. Similarly, forcing a parent to submit a petition stating that ‘my child should not take religion classes’ would also violate the principle of laicism”*.⁵⁹

According to Gözler, the content of the compulsory “religious culture and ethics” course should be cleaned up and the teaching of the principles of belief and worship of Islam, such as prayers and memorisation of sūrahs, should be abandoned. After the content of this course has been cleaned up in this way, according to Gözler, it should be compulsory for students of all religions and sects to take this course.⁶⁰

We agree with this view. More precisely, we are of the opinion that if the compulsory course of “religious culture and ethics” is taught in the direction regulated or intended to be regulated by the Constitution, all students should attend this course without requesting to be “exempted”, just as they attend history, geography, mathematics and literature courses without any problem.

⁵⁷ Constitutional Court's decision, 7 April 2022 and application no. 2014/15345.

⁵⁸ K. Gözler, 69.

⁵⁹ *Ibid.*, 70.

⁶⁰ *Ibid.*, 69.

Just as in literature, we learn about all the world's famous writers and poets without distinction of country or nationality, in geography we learn about the vegetation of all countries and the characteristics of their soils, so in religious culture and ethics all students should take this compulsory course in order to learn about all religions and sects.

According to Prof. Dr. Gören, in the religious culture and ethics course, information about all religions is given, aspects of religion other than worship are explained, and religious beliefs prevalent in society are taught.⁶¹

However, according to Dr. Tolga Şirin⁶², Dr. Kerem Altıparmak⁶³ and Dr. Özge Demir who joined them later in the doctrine, the obligation imposed by Article 24 is the obligation to “include the course in the curriculum”. The requirement in the curriculum does not eliminate the right to exemption. The judgment of the European Court of Human Rights in *Grzelak v. Poland* is noteworthy in this regard. In the case in question, the Court found that the inclusion of a line for religion on the report card of a child whose parents were agnostic and who were exempt from religion classes, and the drawing of a straight line through this section, constituted an unjustified stigmatisation and pointed out that in the case of exemption, the exemption should not be included on the child's report card.

According to Dr. Özge Demir, indeed, the provision in question in our Constitution only includes the compulsory inclusion of religion in the curriculum. This does not necessarily mean that every child must take this course. The exemption system needs to be widened so that not only Christian and Jewish parents, but also parents with other religious, philosophical or non-religious beliefs can exempt their children from compulsory religious education. The coexistence of compulsion and exemption is not contrary to the Constitution.⁶⁴

After asking the question “*Is compulsory religious education really compulsory?*”, Altıparmak states that the term “compulsory” in the Constitution and the Basic Law on National Education means that religious education must be included in the curriculum, and that the purpose of the Constitution is not to impose compulsory religious education on individuals,

⁶¹ Z. Gören, 144.

⁶² T. Şirin, *Zorunlu Din Dersi Tartışmasının Görünmeyenleri (The Invisibles of the Compulsory Religious Education Debate)*, İstanbul 2015, 4; T. Şirin, *Türkiye’de Zorunlu Din Eğitimi Sorunu (The Problem of Compulsory Religious Education in Türkiye)*, İstanbul 2016, 5-42.

⁶³ K. Altıparmak, “Zorunlu Din Dersi Gerçekten Zorunlu mu? (Is Compulsory Religious Education Really Compulsory?)”, <https://blog.insanhaklariokulu.org/zorunlu-din-dersi-gercekten-zorunlu-mu/>, last visited 30 August 2025.

⁶⁴ Ö. Demir, 85.

but on the contrary, to prevent compulsory religious education other than that specified in the Constitution. This is also stated in the reasoning of the article. Therefore, according to Altıparmak, Article 24 as a whole can easily be read as a guarantee provision, not a restriction provision.⁶⁵

The paragraph "*Instruction in religious culture and morals shall be one of the compulsory lessons in the curricula of primary and secondary schools*" in Article 24 of the Constitution is repeated in the Basic Law on National Education (Law No. 1739). However, there is no statement in the Constitution that says: "*Everyone has to attend religion classes, and there can be no exceptions to this...*".

Therefore, according to Altıparmak, the "prescribed obligation" in the Constitution and the Basic Law on National Education is the inclusion of religion in the curriculum.⁶⁶

Authors Tanör and Yüzbaşıoğlu state that "religious culture and ethics education" courses have in practice ceased to provide information and have taken on the character of inculcating a certain religion and sect, and that they contradict many articles of the Constitution. According to the authors, this wrong practice is contrary to the prohibition of religious discrimination (Art. 24 and 14), the principle of protection of the spiritual existence of everyone (Art. 17), equality (Art. 10), the fundamental duty of the state which is to ensure "peace" (Art. 5), the freedom of belief of parents and children, and the understanding of a laic state (Art. 2).

The authors also argue that subjecting children to religious taboos is contrary to "the principles and reforms of Atatürk and the principles of contemporary science and education" (Art. 42).⁶⁷

According to Gözler, if the content of the "religious culture and ethics" course is cleansed of information based solely on the principles of Islam, the need for students to be educated in a particular religion arises. In order to fulfil this need, if there are parents who wish their children to take these classes in schools, their children should also take religion classes that teach a specific religion according to the wishes of those parents. Students can also be taught the details of a specific religion in these optional courses⁶⁸. In the case of younger children, their parents, and in the case of older children, the children themselves, must inform the school administration of their wish to take this "optional lesson" by submitting an application to the school administration.

⁶⁵ K. Altıparmak.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ B. Tanör, Y. Necmi, 184.

⁶⁸ K. Gözler, 69.

Again, since the Constitution does not mention the Islamic religion in Article 24/4, information, or rather "education", about other religions may be provided upon the request of parents or older students. In our opinion, this sentence is very important. The name of the religion will not be specified - provided that it is optional and if there is a need - education about any religion can be provided.

5.2.4.3. Optional Religious Education Course

Thus, our Constitution does not prohibit religious education. Religious education can be provided in public schools, private schools and courses. Students may be taught the principles of belief and worship of a particular religion. However, there are two conditions stipulated in the Constitution for religious education of this nature: Firstly, this education must be conducted under the supervision and control of the State (Art. 24/4, 1st sentence). Secondly, such education must be requested by the individual or by the legal representative of the minor (Art. 24/4, last sentence).

5.2.5. Fifth paragraph of Article 24 of the Constitution

The fifth paragraph of Article 24 of the Constitution reads as follows: *"No one shall be allowed to exploit or abuse religion or religious feelings, or things held sacred by religion, in any manner whatsoever, for the purpose of personal or political interest or influence, or for even partially basing the fundamental, social, economic, political, and legal order of the State on religious tenets."*

In this article, the Constitution prohibits the exploitation of religion, religious feelings and matters held sacred by religion, and sanctions those who act contrary to these by the third paragraph of Article 14 of the Constitution. According to the third paragraph of Article 14 of the Constitution *"The sanctions to be applied against those who perpetrate activities contrary to these provisions shall be determined by law."*

Therefore, Article 24 of the Constitution prohibits the abuse of freedom of religion.

In fact, it is suggested that the guarantee of freedom of religion in the Turkish Constitution can be analysed in the light of the type of laic rule of law respecting human rights.

The fundamental importance of laicism for the Turkish Revolution led to its special protection in the Constitution. This protection is particularly noticeable in the fifth paragraph of Article 24 and the third paragraph of Article 14 of the Constitution:

The last paragraph of Article 24 of the Constitution parallels the more general provision in Article 14 of the Constitution prohibiting the abuse of fundamental rights and freedoms. Thus, all kinds of political activities and propaganda with the aim of basing the social, economic, political or legal fundamental order of the state on the rules of religion, in other words, to abolish the laic character of the state, are prohibited. An extension of this principle is the Constitutional provision stating that the statutes and programmes of political parties must comply with the principle of "Laic Republic"⁶⁹ (Article 68/4 of the Constitution).⁷⁰

⁶⁹ M. Günday, 59; B. Tanör, Y. Necmi, 106-107; K. Gözler, 72; H. S. Vural, 93, 124-126.

⁷⁰ 1982 Constitution, Article 68/4: "*The statutes and programs, as well as the activities of political parties shall not be contrary to the independence of the State, its indivisible integrity with its territory and nation, human rights, the principles of equality and rule of law, sovereignty of the nation, the principles 30 of the democratic and secular republic; they shall not aim to promote or establish class or group dictatorship or dictatorship of any kind, nor shall they incite citizens to crime.*"

5.3. International Legislation on Religious Education and Decisions of the European Court of Human Rights⁷¹

The Universal Declaration of Human Rights (1948, art.26), the United Nations Convention on the Rights of the Child (1989, art. 28 and 29), the European Convention on Human Rights (1953), United Nations International Covenant on Civil and Political Rights (1976), Article 13 of the United Nations International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights can be listed as international legislation on religious education. However, we will only mention the last two here.

⁷¹ For ECtHR attitude on religions, beliefs and education, see. N. Fancourt, *Religions, Beliefs and Education in the European Court of Human Rights, Investigation Judicial Pedagogies*, New York 2024.

For example of ECtHR decision related to our subject, see. *Perovy v. Russia*, Application no. 47429/09, decision date: 19 April 2021.

For detailed information, see. F. Öztürk, "Manifestation of Religion and Religious Education Under the ECHR Jurisdiction", *İÜHF* 1-2/2011, 1105-1124; İ. Turan, "Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Türkiye'de Din Eğitiminin Yasal Dayanakları (Legal Basis for Religious Education in Türkiye in Terms of National and International Law)", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 32/2012, 77-109.

For the ECtHR judgements on compulsory religion course, see Ö. Demir, 133-134.

Buscarini and Others v. San Mariona, Application No: 24645/94, decision date: 18 February 1999, https://ceceurope.org/storage/app/media/uploads/2015_August_CASE_OF_BUSCARINI_AND_OTHERS_v_SAN_MARINO.pdf last visited 23 August 2025.

Campbell v. the United Kingdom, Application No: 13590/88, decision date: 25 March 1992, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57771>, last visited 23 August 2025.

Darby v. Sweden, Application No: 11581/85, decision date: 9 May 1989, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57642>, last visited 23 August 2025.

Folgero and Others v. Norway, Application No: 15472/02, decision date: 29 June 2007, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81356>, last visited 23 August 2025.

Hasan and Eylem Zengin v. Türkiye, Application No: 19312/02, decision date: 10/04/2001, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82580>, last visited 23 August 2025.

Lee v. the United Kingdom, Application No: 25289/94, decision date: 18 January 2001, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59157>, last visited 23 August 2025.

Lena and Anna Nina Angelini v. Sweden, Application No: 10491/83, decision date: 03 December 1986, <https://www.lawpluralism.unimib.it/en/oggetti/388-angelini-v-sweden-dec-no-10491-83-e-comm-hr-plenary-3-december-1986>, last visited 23 August 2025.

Mansur Yalçın and Others v. Türkiye, Application No: 21163/11, decision date: 16 September 2014, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156852>, last visited 23 August 2025.

Saniewski v. Poland, Application No: 40319/98, decision date: 26 March 2001, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5956>, last visited 23 August 2025.

Sinan Işık v. Türkiye, Application No: 21924/05, decision date: 02 February 2010, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119501>, last visited 23 August 2025.

Valsamis v. Greece, Application no: 21787/93, decision date: 18 December 1996, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58011>, last visited 23 August 2025.

5.3.1. Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights

According to Article 2 of Protocol No.1 of The European Convention on Human Rights, “*No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.*”

Article 2 contains two interrelated provisions. The first sentence of the article is a general provision, guaranteeing the right not to be deprived of the right to education. At the same time, it imposes an obligation on the State not to deprive anyone of education.

The second sentence of the Article guarantees the right of parents to request education for their children from the State but obliges the State to respect the religious and philosophical beliefs of parents in the provision of education and training.⁷²

The right to education is a right that requires regulation to be exercised by individuals, but the state may limit the right to education provided that the essence of the right is not harmed.⁷³

5.3.1.1. Language of education case/Belgium

The Court interpreted the “right to education” for the first time in its 1968 judgment in the “Language of education in Belgium” case⁷⁴ and laid down some basic principles.

Since our subject is religious education, we have included some of these principles that are partially relevant to our subject.

According to these principles:

⁷² An example of a Northern Ireland court decision that religious education and collective worship were not included in the curriculum in an objective and pluralistic manner, see. Decision Re Jr(87), 30 April 2024.

For the survey of University of Glasgow on right to withdraw from religious education in England, see. D. Lundie, C. O'Siochru, “The right of withdrawal from religious education in England: school leaders’ beliefs, experiences and understandings of policy and practice”, *British Journal of Religious Education* 2/2021, 161-173.

⁷³ O. Doğru; A. Nalbant, 763.

⁷⁴ ECtHR, Case “Relating to Certain Aspects of The Laws on The Use of Languages in Education in Belgium”, V. Belgium (Merits), (Application no. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), Strasbourg, 23 July 1968.

- Although the expression “No one shall be deprived of the right to education” is a negative sentence, this regulation recognises a right for individuals and imposes a positive obligation on the state.⁷⁵
- The Convention imposes certain obligations on States with regard to the mode and scope of teaching and the organisation or support of teaching.

Under the heading “The right to respect for parental choices”, the authors Doğru and Nalbant state that the first and second sentences of Article 2 of Protocol No. 1 must be interpreted not only in the light of each other, but also and in particular in the light of Articles 8, 9 and 10 of the Convention⁷⁶. In this case, the right of parents to demand respect for their religious and philosophical beliefs is shaped on this fundamental right in the first sentence, and the second sentence does not distinguish between public and private education as in the first sentence. The second sentence of Article 2 aims to guarantee pluralism in education. This possibility is of fundamental importance for the preservation of a “democratic society” as envisaged by the Convention. Indeed, in the Court’s view, in view of the power of the modern State, the necessity of realising this objective through public education is of vital importance^{77 78}.

Article 2 of the First Protocol does not authorise any distinction between religious and other subjects in education. It commands the State to respect the beliefs of parents in the entire educational programme, whether religious or philosophical⁷⁹. This task is far-reaching in that it applies not only to the content of education and the way it is prepared, but also to the fulfilment of all educational “functions” undertaken by the state. The verb “to respect” means more than “to recognise” or “to take into account”. In addition to the substantive obligation of the State, it also sets out certain positive obligations.

Taken alone, the word “beliefs” in this article is not synonymous with the words “thoughts” and “ideas”. It refers to views that have a certain degree of “credibility”, “seriousness”, “consistency” and “importance”.⁸⁰ As for the adjective “philosophical”, it is not possible to give a limiting

⁷⁵ O. Doğru; A. Nalbant, 763.

⁷⁶ O. Doğru; A. Nalbant, 766 et seq. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, Application No: 5095/71; 5920/72, decision date: 7 December 1976, §52, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57509>, last visited 3 September 2025.

⁷⁷ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, §50.

⁷⁸ O. Doğru; A. Nalbant, 764.

⁷⁹ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, §51.

⁸⁰ *Campbell and Cosans*, Application no: 7511/76; 7743/76, decision date: 25 February 1982, §36 and 37, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57455>, last visited 3 September 2025.

definition of this concept. “Philosophical beliefs” include beliefs or convictions which are not incompatible with human dignity, which deserve respect in a democratic society and which do not tend to abrogate the fundamental right of the child to education. In this context, beliefs associated with “one of the recognised religions” clearly benefit from this provision⁸¹.

Since parents, who are primarily responsible for the “education and training” of their children, have a natural duty towards their children, may ask the state to respect their religious and philosophical beliefs. This right of parents thus corresponds to a responsibility closely linked to the enjoyment and exercise of the right to education⁸². However, the formulation and planning of curricula are, in principle, within the competence of the Contracting States. This work essentially involves questions of fitness for purpose, the solution of which is not the task of the Court and which rightly vary according to country and time⁸³.

Furthermore, the second sentence of Article 2 of the First Protocol does not prevent States from disseminating, directly or indirectly, objective information of a religious or philosophical nature through teaching in public schools. This provision also does not allow parents to object to the inclusion of such teaching or training in the school curriculum, as this would jeopardise the functioning of all institutionalised teaching⁸⁴.

According to the second sentence of Article 2, in the exercise of its functions in the field of education and training, the State shall take care to ensure that the information contained in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner in a calm environment free from religious indoctrination⁸⁵ and in such a way as to enable students to develop critical thinking about religion. The State is prohibited from aiming to indoctrinate a certain idea that may be considered as disrespectful to the religious and philosophical beliefs of parents; this is the limit that must not be exceeded⁸⁶.

Although in the past the Convention bodies have not found education providing information about religions to be contrary to the Convention, they have carefully examined whether pupils were in any way forced to participate in religious worship or subjected to any form of religious indoctrination. In this context, the arrangements for exemption from the course

⁸¹ *Valsamis v. Greece*, § 26.

⁸² *Hasan and Eylem Zengin v. Türkiye*, § 50.

⁸³ *Valsamis v. Greece*, § 28.

⁸⁴ *Kjeldsen, Busk Madsen v. Pedersen*, § 53.

⁸⁵ *Şefika Köse and Others v. Türkiye*, [k.k.], Application No: 26625/02, decision date: 24 January 2006, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90405>, last visited 30 August 2025.

⁸⁶ *Hasan and Eylem Zengin v. Türkiye*, § 52.

are also a matter for consideration⁸⁷. There may, of course, be abuses of the provisions in force in a country in relation to education, which are implemented by a particular school or teacher. In such cases, the competent authorities have a duty to take the utmost care to ensure that the religious or philosophical convictions of the parents are not disregarded to this extent through carelessness, indifference or religious indoctrination⁸⁸.

5.3.1.2. *Lautsi and Others v. Italy*

Lautsi and Others v. Italy is a case brought by a group of laicist parents who took issue with the display of a crucifix depicting Christ crucified on the walls in classrooms. In this case, the Second Chamber of the Court concluded that there had been a violation of Article 9 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1. However, the case was reheard by the Grand Chamber of the Court, which, in its judgment of 18 March 2011, concluded that there had been no violation of the right to education, noting that the issue of the presence of this religious symbol in primary school classrooms was within the sphere of discretion of States.⁸⁹

⁸⁷ ECtHR Commission decision of 8/9/1993 concerning *Bernard v. Luxembourg*, application no. 17187/90; ECtHR Commission decision of 16 January 1996 concerning *C.J., J.J. and E.J. v. Poland*, Application no. 23380/94.

⁸⁸ O. Dođru; A. Nalbant, 763-767. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, §54.

⁸⁹ In this judgment, the Court found that being a supporter of laicism was a serious "conviction" within the meaning of Article 9 and Article 2 of Protocol No.1 and examined the matter in terms of the right to respect for the religious and philosophical convictions of parents in education and training, which gives States a wide margin of appreciation. The Court recalled that this right relates primarily to the content of the curriculum and essentially prohibits systematic indoctrination but also envisages the obligation to follow a pluralistic and impartial curriculum, free from one-sided religious indoctrination and including a critical view of religious phenomena. The Court stated that, in principle, the issue of whether or not to have a crucifix in the classrooms is at the discretion of the States and, in assessing the scope of this discretion, the Court relied on the *Folgero* and *Hasan and Eylem Zengin* judgements in which it was held that it was not a problem if the majority religion was given more space in religious culture classes than other religions. According to the court, the crucifix is "essentially a passive symbol" and has no effect on the pupils, such as participation in religious activities or exposure to didactic discourse on the subject. In this context, in *Dahlab v. Switzerland* [n.k.a.], the Court stated that a teacher wearing an Islamic headscarf in a kindergarten classroom and the presence of a crucifix in the classroom are two different situations. In reaching this conclusion, the Court took into account the fact that there was a climate of tolerance towards other religions in Italy, that the Islamic headscarf was not prohibited for students, and that the festivals of other religions were generally celebrated. O. Dođru; A. Nalbant, 769.

5.3.1.3. *Hasan and Eylem Zengin v. Türkiye*

The problem of a parent who wanted his child to be exempted from the compulsory “religious culture and ethics” course went all the way to the European Court of Human Rights.

The case of *Hasan and Eylem Zengin v. Türkiye*⁹⁰ is the conflict between the content of the “religious culture and ethics” course, which the Alevi applicant's daughter had to follow, and the parents' religious convictions, and the lack of an appropriate exemption regime for this course. In this case, the Court examined the content of the course in question and the textbooks used in the course and found that they were not limited to information on religions in general, but also provided instruction in the main tenets of the Muslim faith and that the students had to memorise a number of suras from the Koran, learn to pray with the aid of images and take a written test on them for assessment. However, the Court did not consider this in itself to be contrary to Article 2. The first important issue for the Court was whether the priority given to the teaching of Islam could be regarded as remaining within acceptable limits. According to the Court's assessment, *“In view of the curriculum and textbooks in question, it is reasonable to assume that the minds of children attending these lessons may be affected. It is therefore necessary to examine whether the information contained in the curriculum is presented in an objective, critical and pluralistic manner”*. As a result of this examination, the Court found a violation of Article 2 for two reasons.

Firstly, there is not enough information about the Alevi faith. The Court concluded that the criteria of “objectivity and pluralism” were not fulfilled in the teaching of religious phenomena and, in particular, that the applicant's father's faith was inadequately taught.

Secondly, the Court criticised the exemption regime. According to the Court: *“...Whatever the extent of this exemption, the fact that parents are obliged to inform the school authorities of their religious or philosophical beliefs makes the exemption procedure an unfavourable means of undermining respect for their freedom of belief. Moreover, as in the case of Eylem Zengin, in the absence of a clear text, school authorities always have the possibility to refuse such a request.”*⁹¹

⁹⁰ ECtHR decision of 9 October 2007 concerning *Hasan and Eylem Zengin v. Türkiye*, Application No: 1448/04, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-82580%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-82580%22]}), last visited 20 August 2025.

⁹¹ O. Doğru; A. Nalbant, 768.

According to Tanör and Yüzbaşıoğlu, in practice, this course has shifted from providing information on religion and ethics to the inculcation of a particular religion and sect.⁹²

After the European Court of Human Rights ruled in *Hasan and Eylem Zengin v. Türkiye* that Türkiye had violated the right to education protected by Article 2 of the European Convention on Human Rights, the Ministry of National Education changed the curriculum of this course and made efforts to have textbooks prepared that take into account the religious pluralism in Türkiye⁹³. However, the matter was again brought before the European Court of Human Rights.⁹⁴

We find it useful to reproduce here Prof. Dr. Gözler's criticism of the European Court of Human Rights decision, which we also agree with:

According to Gözler, “*The decision of the European Court of Human Rights in Hasan and Eylem Zengin v. Türkiye is open to debate. Because according to the ECtHR's understanding, if Alevi students were taught not only Islam according to Sunni beliefs but also Alevism in religious culture and ethics classes, the religious culture and ethics classes would be in compliance with the European Convention on Human Rights. In other words, according to the ECtHR, the content of this course should be different according to the sect of the student.*”

In our opinion, when the content of this course is evaluated both in letter and spirit in line with a completely laic constitution, all religions, sects and universal moral rules will be taught equally in this course. No matter which religion, sect or religionless student takes this course, the information should be taught equally. This is what is required in a laic state.

However, the subject of this study is to emphasise the misuse of the general culture religion course, which was introduced into the curriculum as a result of the freedom of conscience and religion to be protected.

5.3.1.4. *Mansur Yalçın and Others v. Türkiye*⁹⁵

As mentioned above, after the ECtHR's (European Court of Human Rights) *Hasan and Eylem Zengin* judgment, the Ministry of National Education changed the content of the “religious culture and ethics” course. In *Mansur Yalçın and others v. Türkiye*, the ECtHR analysed the new course content and concluded that the compulsory religion courses were still far

⁹² B. Tanör, Y. Necmi, 184.

⁹³ *Ibid.*, 184-185.

⁹⁴ See. 5.2.1.

⁹⁵ ECtHR decision no. 2014/80 of 16 September 2017 on *Mansur Yalçın and Others v. Türkiye*, application no. 21163/11.

from reflecting the pluralism and objectivity required in a democratic society. The Court underlined that the problems stated in the Hasan and Eylem Zengin judgment continued in terms of exemption and again ruled that the right to education was violated.⁹⁶

5.3.1.5. *Folgero and Others v. Norway*

In *Folgero and others v. Norway*, the European Court of Human Rights examined the issue of religious education in conflict with the philosophical convictions of parents. The Court concluded that there had been a violation of the second sentence of Article 2 of the First Protocol. The applicant parents are members of the Norwegian Humanist Association, and their children attend public primary schools. During the reform of the curriculum, a Christian religious curriculum was adopted. The children could only be partially exempted from this course by explaining their philosophical beliefs. In this case, the Court did not in itself find it contrary to the Convention to emphasise the teaching of this religion in a predominantly Christian society. However, it stated that this emphasis was excessive and that the exemption system was problematic. The Court concluded that there had been a violation of the Convention in this case, taking into account that there was no complete exemption regime.⁹⁷

⁹⁶ B. Tanör, Y. Necmi, 185.

⁹⁷ O. Doğru; A. Nalbant, 767; S. Demirtaş, Sümeyye, A. Z. Furat: 13-44.

5.3.2. United Nations International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights⁹⁸

The Covenant consists of 22 articles.

To summarise the first paragraph of Article 13 of the Convention, States Parties to the Convention shall recognise the right of everyone to education. They recognise that education shall promote understanding, tolerance and friendship between racial, ethnic and religious groups.

The third paragraph is important for our subject: "*The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to choose for their children schools, other than those established by the public authorities, which conform to such minimum educational standards as may be laid down or approved by*

⁹⁸ "1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to education. They agree that education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity, and shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms. They further agree that education shall enable all persons to participate effectively in a free society, promote understanding, tolerance and friendship among all nations and all racial, ethnic or religious groups, and further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.

2. The States Parties to the present Covenant recognize that, with a view to achieving the full realization of this right:

- (a) Primary education shall be compulsory and available free to all;
- (b) Secondary education in its different forms, including technical and vocational secondary education, shall be made generally available and accessible to all by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;
- (c) Higher education shall be made equally accessible to all, on the basis of capacity, by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;
- (d) Fundamental education shall be encouraged or intensified as far as possible for those persons who have not received or completed the whole period of their primary education;
- (e) The development of a system of schools at all levels shall be actively pursued, an adequate fellowship system shall be established, and the material conditions of teaching staff shall be continuously improved.

3. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to choose for their children schools, other than those established by the public authorities, which conform to such minimum educational standards as may be laid down or approved by the State and to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

4. No part of this article shall be construed so as to interfere with the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions, subject always to the observance of the principles set forth in paragraph 1 of this article and to the requirement that the education given in such institutions shall conform to such minimum standards as may be laid down by the State."

the State and to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.”

We deem it sufficient to mention Article 13 here only as a reminder.

6. PROTECTION OF LAICISM

6.1. Principle of Laicism with Respect to Political Parties

Article 68 of the Constitution of the Republic of Türkiye prohibits political parties' statutes, programmes and actions from being contrary to the principle of “Laic Republic”, and Article 69/5 stipulates that political parties that do not comply with this prohibition shall be dissolved for good.

The Constitutional Court has also made jurisprudence that shows that it is very sensitive to political party activities or programmes that are contrary to laicism. The closure judgments issued against various parties are examples of this.

Accordingly, the provision of the fourth paragraph of Article 68 of the Constitution also aims to realise and ensure this element:⁹⁹ *“The statutes and programs, as well as the activities of political parties shall not be contrary to the independence of the State, its indivisible integrity with its territory and nation, human rights, the principles of equality and rule of law, sovereignty of the nation, the principles of the democratic and secular republic; they shall not aim to promote or establish class or group dictatorship or dictatorship of any kind, nor shall they incite citizens to crime.”*

As a matter of fact, some political parties have been dissolved by the Constitutional Court due to their non-compliance with this principle.¹⁰⁰

6.2. Protection of Revolutionary Laws

According to Article 174 of the Constitution of the Republic of Türkiye, *“No provision of the Constitution shall be construed or interpreted as rendering unconstitutional the Reform Laws indicated below, which aim to*

⁹⁹ M. Günday, 58-59; H. Eroğlu, 426-427; R. C. Derdiman, 346-347; B. Tanör, Y. Necmi, 99 et seq.; E. Özbudun, 92-93; Z. Gören, 141-143; K. Gözler, 68-69.

¹⁰⁰ Z. Odyakmaz, “Siyasi Partilerin Kapatılması ile İlgili Hükümlerde Uyumsuzluklar ve Uygulamadaki Güçlükler (Incompatibilities in the Provisions on the Closure of Political Parties and Difficulties in Implementation)”, *Symposium Organised for the 34th Anniversary of the Constitutional Court, 27-28 May 1996* 13/1996, 231-245. K. Gözler, 72. For various laws protecting the principle of laicism, see. *Ibid.*, 73.

1982 Constitution Article 69/5: *“The permanent dissolution of a political party shall be decided when it is established that the statute and program of the political party violate the provisions of the fourth paragraph of Article 68.”*

raise Turkish society above the level of contemporary civilization and to safeguard the secular character of the Republic...".

According to Article 174 of the Constitution, the revolutionary laws listed in this article have a different status from other laws.¹⁰¹

The meaning of this provision is that the unconstitutionality of these laws cannot be claimed before the judicial organ.¹⁰²

6.3. Judicial Protection of Principle of Laicism

The Turkish dimension of laicism is that it is the essence of the philosophy of the Republic's foundation and existence. This aspect can be expressed most briefly with the concept of modernisation. The absolute command in the fifth paragraph of the Preamble of the Constitution that *"That no protection shall be accorded to an activity contrary to... the nationalism, principles, reforms and civilisation of Atatürk..."* foreshadows this understanding from the very beginning.

The Constitutional Court has also clearly stated that "Türkiye has its own understanding of laicism arising from its specific conditions". Namely, *"The principle of laicism, which accelerates modernisation and is the source of the Turkish Revolution, aims to keep society free from irrational and unscientific thoughts and judgments... It is clear that laicism is the essence of the Turkish Revolution, the Republic and the foundation of national life... The most important of Atatürk's principles is laicism."*¹⁰³

¹⁰¹ 1982 Constitution Article 174: *"No provision of the Constitution shall be construed or interpreted as rendering unconstitutional the Reform Laws indicated below, which aim to raise Turkish society above the level of contemporary civilization and to safeguard the secular character of the Republic, and whose provisions were in force on the date of the adoption of the Constitution by referendum: 1. Act No. 430 of March 3, 1340 (1924) on the Unification of the Educational System, 2. Act No. 671 of November 25, 1341 (1925) on the Wearing of Hats, 3. Act No. 677 of November 30, 1341 (1925) on the Closure of Dervish Monasteries and Tombs, the Abolition of the Office of Keeper of Tombs and the Abolition and Prohibition of Certain Titles, 4. The principle of civil marriage according to which the marriage act shall be concluded in the presence of the competent official, adopted with the Turkish Civil Code No. 743 of February 17, 1926, and Article 110 of the Code, 5. Act No. 1288 of May 20, 1928 on the Adoption of International Numerals, 6. Act No. 1353 of November 1, 1928 on the Adoption and Application of the Turkish Alphabet, 7. Act No. 2590 of November 26, 1934 on the Abolition of Titles and Appellations such as Efendi, Bey or Pasha, 8. Act No. 2596 of December 3, 1934 on the Prohibition of the Wearing of Certain Garments."*

¹⁰² K. Gözler, 72.

¹⁰³ For the Constitutional Court's decision, 7 March 1989, No. E.1989/1, K.1989/12, see. *Official Gazette*, 5 July 1989, No. 20216.

In this quotation, the superior value of the triangle of Revolution - Republic - Laicism is most clearly stated. This is the original and specific meaning that Turkish constitutional law finds in laicism.

The Constitutional Court, the Court of Cassation and the Council of State have made numerous judgments protecting the principle of laicism on the basis of the principles outlined above.

The Constitutional Court has been making important judgments on the protection of the principle of a laic state for many years. The Constitutional Court emphasises that laicism means, first and foremost, "*the principle that religion should not be dominant and influential in state affairs*". One of the reasons for the cancellation of the rule of law that later allowed the headscarf in higher education institutions was the reference to religious belief in this regulation.

Following the opening of the individual application procedure to the Constitutional Court in recent years, it is believed that the Court's future jurisprudence on freedom of religion will greatly enhance the subjective rights dimension of the issue.

The following issue is also important when analysing the legal guarantee on religion: Is the constitutional guarantee for the institution of religion in general a guarantee for a certain type of religiosity? For example, on the question of whether the Baha'i faith should be recognised as a religion and the Jehovah's Witnesses faith, the Turkish Council of State has reached a negative conclusion.¹⁰⁴

The Court of Cassation, on the other hand, addressed the question of whether the belief of Jehovah's Witnesses is a religion within the meaning of Article 24 of the Constitution from a broader perspective.

The Court of Cassation did not require a belief to have the characteristics of an independent religion to be covered by the constitutional guarantee and considered it sufficient to have the characteristics of a social institutionalisation with religious elements.

*"...The Jehovah's Witnesses, to which the defendants adhere by faith, is a system of religious opinion and thought, whether it is considered an independent religion, sect, cult or religious community, and as such, it is under the guarantee of the Constitution..."*¹⁰⁵

¹⁰⁴ Decision of the 10th Chamber of the Council of State, 25 October 1995, No. E.1992 / 3226, K.1995 / 4872; Decision of the General Board of Administrative Chambers of the Council of State, 10 June 1994, No. E.1993/73, K.1994/310.

¹⁰⁵ First Jehovah's Witnesses decision of the 9th Criminal Chamber of the Court of Cassation, 14 June 1985, No. E.1985/2623, K.1985/3431.

However, the Council of State has issued judgments approving the ban on headscarves.¹⁰⁶

The European Court of Human Rights has also ruled in many judgments that non-mainstream religiosities are protected under Article 4 of the European Convention on Human Rights.¹⁰⁷

6.4. Protection of Laic Education

The issue of laic teaching, as mentioned earlier, includes the laicity of teaching staff, the laicity of curricula and the non-financial support of religious teaching.

- The laicity of teaching staff means that they cannot teach religion in public schools.

- The laicity of the curricula means that they should not be prepared according to religious principles.

- In a strict sense, since religion does not constitute a public service in a laic state, no financial aid can be provided for religious education.

In Türkiye, circumstances have made it clear that the State cannot show absolute indifference to religion and that religious education cannot be left unattended.

As in all areas related to its existence, security and public order, the State must be protective and supervisory in the field of religious education and training.

In countries practising classical laicism, religious education and training is left to the communities. In Türkiye, leaving religious education and training to congregations is dangerous for the existence of the state, and there is also the fear that instead of scientific education and training methods, the education and training of certain superstitions will take place.

Thus, this feature introduced by the 1982 Constitution is a sign of laicism in education in Türkiye. Perhaps it is a different practice from other

¹⁰⁶ Decision of the 2nd Chamber of the Council of State, 26 October 2005, No. E.2004/4051, K.2005/3366.

¹⁰⁷ R. C. Derdiman, 345; B. Tanör, Y. Necmi, 110-112.

Second Jehovah's Witnesses decision of the Criminal General Assembly of the Court of Cassation, 26 May 1986, No. E.1985/9-596, K.1986/293.

For information on the decisions of the Court of Cassation, see. H. S. Vural, 59-60, 225-226.

For the ECtHR's judgement and assessment of the right to conscientious objection in the case brought by a Jehovah's Witness who refused to perform military service, see. H. S. Vural, 300-309.

countries. However, laicism in education varies according to the characteristics, historical and social conditions of each country.

In a decision on the equal treatment, equidistance and impartiality of the laic state towards all religions, the Constitutional Court¹⁰⁸ stated that differences in sects should not cause any discrimination, that they should not constitute a difference in state practices, that all religions should be treated equally and impartially, whether they are celestial religions or not, and that there is freedom in the practice of religions other than celestial religions.

In its judgments on compulsory religious culture and ethics education, the Council of State states the following: *"The fact that the laic state does not have an official religion by nature requires that it does not recognise the superiority of a particular religion. In this context, in a laic state, the education and teaching of a particular religion cannot be made compulsory... This course is compulsory in order to provide impartial and introductory information about religions and to instil moral values.... Other religious education is made subject to the individual's own will and to the permission of the legal representative of minors."*¹⁰⁹

7. CONCLUSION

In studies analysing freedom of religion, the question *"Why is freedom of religion important?"* is asked.¹¹⁰

Answers are given such as the necessity of ensuring internal peace in political society, the divine law that we perceive in our souls, which we think and accept with reason, and that religion is the basic source of understanding and making sense of life.

The question is whether the objective result of the fundamental right to freedom of religion is laicism, pluralism or tolerance.

These questions lead to discussions on the relationship between laicism and freedom of religion, religiosity and diversity, diversity giving life to the institution of pluralism, and the important result of pluralism in terms of public authority is neutrality.

According to the view we share, the result of the guarantee of freedom of religion on a more general cultural level is "tolerance".

¹⁰⁸ Constitutional Court's decision, 4 November 1986, No. E.1986/11, K.1986/26.

¹⁰⁹ For detailed information, see. H. S. Vural, 324 et seq.; Decision of the Eighth Chamber of the Council of State, 29 February 2008, No. E. 2007/679, K. 2008/1461.

¹¹⁰ About freedoms on religious sphere, see. B. Tanör, Y. Necmi, 110-112; H. S. Vural, 217-223.

Tolerance refers to a cultural norm in which difference is not attacked. Tolerance is a range of values at different levels, from the level of tolerance to the level of respect.¹¹¹

Under the heading "**Subjects** of the rights to freedom of religion", Prof. Dr. Vural asks the questions "*Freedom of religion is freedom for whom?*", "*Whose freedom of religion is guaranteed by superior legal norms in Türkiye's constitutional order?*"¹¹²

Here he states that groups of people can be categorised individually or collectively in the right to freedom of religion.

Vural, analyses the rights to freedom of religion of legal persons, foreigners and children.¹¹³

The expressions "*everyone*" or "*no one*" in Articles 10, 12 and 24 of the Constitution include children. The limit for children is drawn by the second paragraph of Article 12 of the Constitution.¹¹⁴

¹¹¹ H. S. Vural, 230-237.

¹¹² *Ibid.*, 237-242.

¹¹³ *Ibid.*, 242-263.

¹¹⁴ 1982 Constitution Article 10:

"Everyone is equal before the law without distinction as to language, race, colour, sex, political opinion, philosophical belief, religion and sect, or any such grounds.

Men and women have equal rights. The State has the obligation to ensure that this equality exists in practice. Measures taken for this purpose shall not be interpreted as contrary to the principle of equality.

Measures to be taken for children, the elderly, disabled people, widows and orphans of martyrs as well as for the invalid and veterans shall not be considered as violation of the principle of equality.

No privilege shall be granted to any individual, family, group or class.

State organs and administrative authorities are obliged to act in compliance with the principle of equality before the law in all their proceedings."

1982 Constitution Article 12:

"Everyone possesses inherent fundamental rights and freedoms, which are inviolable and inalienable.

The fundamental rights and freedoms also comprise the duties and responsibilities of the individual to the society, his/her family, and other individuals."

1982 Constitution Article 24:

"Everyone has the freedom of conscience, religious belief and conviction.

Acts of worship, religious rites and ceremonies shall be conducted freely, as long as they do not violate the provisions of Article 14.

No one shall be compelled to worship, or to participate in religious rites and ceremonies, or to reveal religious beliefs and convictions, or be blamed or accused because of his religious beliefs and convictions.

Religious and moral education and instruction shall be conducted under state supervision and control. Instruction in religious culture and morals shall be one of the compulsory lessons in the curricula of primary and secondary schools. Other religious education and

According to Article 12/2 of the Constitution, "*The fundamental rights and freedoms also comprise the duties and responsibilities of the individual to the society, his/her family, and other individuals.*"

Article 24/4 above contains a statement also mentioning children: "... *religious education and instruction shall be subject to in the case of minors, to the request of their legal representatives.*"

Articles 339 and 341 of the Civil Code are related to the education and religious education of the child: "*The adult is free to choose his/her religion*".

Under the heading "**Obligors** of the rights to freedom of religion", Prof. Dr. Vural asks the questions "*What duties will be imposed on whom as a result of the subjects' enjoyment of rights to freedom of religion?*".¹¹⁵

Firstly, everyone has the duty to respect these rights. The duty of the public authority to respect the subjects' right to freedom of religion is to protect them from attacks by third parties.

The first provision on the obligors of constitutional rights is the regulation in Article 11 on the binding force and supremacy of the Constitution: "*The provisions of the Constitution are fundamental legal rules binding upon legislative, executive and judicial organs, and administrative authorities and other institutions and individuals...*"

The State has the responsibility not only not to violate these rights but also not to allow them to be violated.

The constitutional framework for this duty of the State is found in Article 2 of the Republic's characterisation as a laic state of law respecting human rights.

The State is obliged to respect, be impartial and not discriminate.

The protection of fundamental rights to freedom of religion requires third parties to comply with this duty of respect and concerns both private and criminal law.

The scope of subjective rights arising from the principle of freedom of religion should be analysed along two main axes. The first of these is the religious obligations of individuals. These obligations can be divided into two as negative and positive. Negative freedom is expressed as freedom

instruction shall be subject to the individual's own desire, and in the case of minors, to the request of their legal representatives.

No one shall be allowed to exploit or abuse religion or religious feelings, or things held sacred by religion, in any manner whatsoever, for the purpose of personal or political interest or influence, or for even partially basing the fundamental, social, economic, political, and legal order of the State on religious tenets."

¹¹⁵ H. S. Vural, 263-292.

from religion and positive freedom is expressed as freedom to religion¹¹⁶. The second axis is the universe of the realisation of people's religious attributions. This axis can be divided into two as the inner universe and the outer universe.

Real persons have an inner universe that cannot be observed by others. Beliefs and thoughts are considered to exist in this universe. The external universe, on the other hand, can be observed by third parties, and behaviours are considered to be in this universe.

As stated above, Article 1 of the 1982 Constitution stating that the form of the state is a Republic, Article 2 stating the qualities of the Republic and, relevant to our subject, that we are a laic state of law, Article 3 stating the integrity of the state, the Turkish language, the flag, the national anthem and the capital, cannot be changed or proposed to be changed according to the regulation in Article 4.

The principle of laicism and the indivisible integrity of the Turkish state with its country and nation are the most important pillars that sustain our state.¹¹⁷

For a nation to develop, there must first be a strong and vigorous rule of law.

On the main subject of our article, namely "whether religious education should be compulsory or optional" we come to the following conclusion:

- It should be a compulsory course in which all religions, sects and beliefs are taught with equal weight, worship of no specific religion is required, and universal moral rules recognised in all countries are taught, there should be no "exemption" from this course.

Moreover, a request for exemption would mean that someone would have to explain their religious beliefs or non-beliefs.

- In the case of optional religious education, the religion of the parents' or the child's choice irrespective of whether there is a majority of believers in a particular religion in the state - must be taught, as well as the forms of worship.

Therefore, for example, in Türkiye, where the majority of the population is Muslim, if there is a demand for the teaching of a religion other than Islam in an optional religious education course, the necessary information should be provided to the students. This is because the Constitution does not refer to Islam but to religious education.

¹¹⁶ H. S. Vural, 293-297.

¹¹⁷ *Ibid.*, 120-121.

Now let's say our last word: Atatürk made a radical and rapid change, which has no precedent in history, and realised the Turkish legal reform. The foundation of this revolution is laicism. Laicism is the work of Atatürk and the Republic. It is ATATÜRK who brought laicism to Turkish society.

It should not be forgotten that Atatürk entrusted the Republic of Türkiye to the Turkish Youth. There is no doubt that the Turkish Youth will keep this trust alive forever. For this reason, the Turkish Youth must fully understand, adopt, live and cherish the concept of laicism in order to fulfil their duties fully and completely.

Therefore, in our age, a state can only be called a “state of law” if it is a laic state. As far as our subject is concerned, religious education needs to be planned very carefully to include people of all religions and sects.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Altınbaş, Deniz, *Fransa Örneğinde Avrupa'daki İslam Etkisi: Müslümanların Avrupa Devletlerini ve Toplumlarını Dönüştürmesi*, İstanbul 2011;
2. Altıparmak, Kerem, “Zorunlu Din Dersi Gerçekten Zorunlu mu?”, <https://blog.insanhaklariokulu.org/zorunlu-din-dersi-gercekten-zorunlu-mu/>, last visited 30 August 2025;
3. Demir, Özge, *Lâiklik İlkesi Bağlamında Türkiye’de Zorunlu Din Dersi ve Muafiyet Sistemi*, İstanbul 2021;
4. Demirtaş, Sümeyye, Furat, Ayşe Zişan, “Bir Din Eğitimi Hakkı Meselesi Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Muafiyet”, *Turkish Journal of Religious Education Studies* 16/2023;
5. Derdiman, Ramazan Cengiz, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni*, İstanbul 2006;
6. Derdiman, Ramazan Cengiz, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni*, İstanbul 2006;
7. Doğru, Osman, Nalbant, Atillâ, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (European Convention on Human Rights Explanation and Important Decisions)*, İstanbul 2013;
8. Eroğlu, Hamza, *Türk İnkılâp Tarihi*, Ankara 1990;
9. Ertit, Volkan, “Birbirinin Yerine Kullanılan İki Farklı Kavram: Sekülerleşme ve Lâiklik”, *Akademik İncelemeler Dergisi* 2/2014;
10. Fancourt, Nigel, *Religions, Beliefs and Education in the European Court of Human Rights, Investigation Judicial Pedagogies*, New York 2024;
11. Gören, Zafer, *Anayasa Hukuku*, Ankara 2020;
12. Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2024;
13. Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2017;
14. İba, Şeref, *Anayasa Dersleri*, Ankara 2024;

15. Lundie, David, O'Siochru, Cathal, "The right of withdrawal from religious education in England: school leaders' beliefs, experiences and understandings of policy and practice", *British Journal of Religious Education* 2/2021;
16. Mumcu, Ahmet, "Cumhuriyetin İlk Dönemlerinde Lâiklik", *Journal of Atatürk Research Centre* 2/1985;
17. Mumcu, Ahmet, *Atatürkçülükte Temel İlkeler*, İstanbul 2000;
18. Odyakmaz, Cevad, *Askerî Ceza Hukuku Hususî Kısım (Askerî Suçlar) ve Askerî Muhakeme Usulü Hukuku*, Ankara 1959;
19. Odyakmaz, Zehra, "Anayasalarımızda Kadın Hakları", *Journal of Atatürk Research Centre* 14/1989;
20. Odyakmaz, Zehra, "Atatürk'ün Hukuk İnkılâbının 21. Yüzyılda Türkiye'de Yönetim ve Toplum Yaşamındaki Etkileri", *Journal of Atatürk Research Centre* 56/2003;
21. Odyakmaz, Zehra, "Cumhuriyetimizin 74. Yılında Hukuk İnkılâbımızın Temelini Oluşturan Lâiklik", *Journal of the Union of Turkish Bar Associations* 3/1996;
22. Odyakmaz, Zehra, "Geçmişten Bugüne Türk Kadınının Hakları", *Gazi University Journal of Faculty of Economics and Administrative Sciences* 1/1990;
23. Odyakmaz, Zehra, "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmıcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu", *İşveren* 7-8/2005;
24. Odyakmaz, Zehra, "Kamu Hizmetinde Türk Kadını (Turkish Women in Public Service)", *Symposium on Equality of Different Sexes, 17-18 May 1998*, Eylül University İzmir, İzmir 1998;
25. Odyakmaz, Zehra, "Siyasî Partilerin Kapatılması ile İlgili Hükümlerde Uyumsuzluklar ve Uygulamadaki Güçlükler", *Symposium Organised for the 34th Anniversary of the Constitutional Court, 27-28 May 1996* 13/1996;
26. Odyakmaz, Zehra, "*The Turkish Woman In The Civil Service (Die Türkische Frau im Öffentlichen Dienst)* (Trans: Hakan Hakeri)", *Symposium Gleichberechtigung 17-18 Mai 1998* (ed. Z. Gören), Juristische Fakultät der Dokuz Eylül Universität, İzmir 1998;
27. Odyakmaz, Zehra, "Türk Kadınının Geçmişten Günümüze Kadar Yasama, Yürütme ve Kamu Hizmetindeki Etkinlikleri ve Atatürk'ün Kadın Haklarına Verdiği Önem", *Monthly Publication of the Turkish Law Institute* 52/2000;
28. Odyakmaz, Zehra, "Women's Rights in Our Constitutions", *I. International Atatürk Symposium (Opening Speeches - Proceedings), 21-23 September 1987*, Ankara 1994;
29. Odyakmaz, Zehra, *Millî Birlik, Lâiklik ve Evrenselleşen Atatürkçülük*, Ankara 2003;

30. Odyakmaz, Zehra, Ü. Kaymak, *Anayasa Hukuku Anayasa Yargısı*, Ankara 2025;
31. Özarpat, Hilmi M., *Askerî Ceza Yargılama Usulü Hukuku*, Ankara 1950;
32. Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 2025;
33. Öztürk, Fatih, “Manifestation of Religion and Religious Education Under the ECHR Jurisdiction”, *İÜHFM* 1-2/2011;
34. Saçlioğlu, Nahit, “Askerî Yargının 1924, 1961, 1982 Anayasaları Dönemlerindeki Durumu”, Ankara 1988;
35. Şirin, Tolga, Duymaz, Erkan, Yıldız, Deniz, *Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri*, Ankara 2016;
36. Şirin, Tolga, *Zorunlu Din Dersi Tartışmasının Görünmeyenleri*, İstanbul 2015;
37. Şirin, Tolgan, *Türkiye’de Zorunlu Din Eğitimi Sorunu*, İstanbul 2016;
38. Tanör, Bülent, Necmi, Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2023;
39. Taşkın, Rıfat, *Askerî Ceza Kanunu, Şerh*, Ankara 1946;
40. Taşkın, Rıfat, *Askerî Muhakeme Usulü, Mukayeseli Şerh*, Ankara 1943;
41. Turan, İbrahim, “Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Türkiye’de Din Eğitiminin Yasal Dayanakları, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 32/2012;
42. Türk, Hikmet Sami, *Temel Yasa Anayasa*, Ankara 2019;
43. Vural, Hasan S., *Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence*, Ankara 2013;
44. Yılmaz, Ejder, *Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü*, İstanbul 2024.

Legal documents

1. Constitutional Court, 4 November 1986, No. E. 1986/11, K. 1986/26;
2. Constitutional Court, 4 November 1986, No. E. 1986/11, K. 1986/26;
3. Constitutional Court, 7 March 1989, No. E. 1989/1, K. 1989/2;
4. Constitutional Court, 7 March 1989, No. E. 1989/1, K. 1989/12;
5. Constitutional Court's, 2 February 1996, No. E. 1995/25, K. 1996/5;
6. Constitutional Court's, 21 June 1995, No. E. 1995/17, K. 1995/16.
7. Constitutional Court's, 21 October 1971, No. E. 1971/53, K. 1971/76;
8. Constitutional Court's, 27 November 1979, No. E. 1979/9, K. 1979/44;
9. Constitutional Court's, 4 November 1986, No. E. 1986/11, K. 1986/26;
10. Constitutional Court's, 4 November 1986, No. E. 1986/11, K. 1986/26;
11. Constitutional Court's, 4 November 1986, No. E. 1986/11, K. 1986/26;
12. Constitutional Court's, 7 April 2022 and application no. 2014/15345;
13. Constitutional Court's, 7 March 1989, No. E. 1989/1, K. 1989/1;
14. Decision of the 10th Chamber of the Council of State of 25 October 1995, No. E. 1992/3226, K. 1995 / 4872;
15. Decision of the 2nd Chamber of the Council of State of 26 October 2005, No. E. 2004/4051, K. 2005/3366;

16. Decision of the 9th Criminal Chamber of the Court of Cassation E. 1985/2623, K. 1985/3431;
17. Decision of the Criminal Board of the Court of Cassation of 26 May 1986, No. E. 1985/9-596, K. 1986/293;
18. Decision of the Eighth Chamber of the Council of State of 29 February 2008, No. E. 2007/679, K. 2008/1461;
19. Decision of the General Board of Administrative Chambers of the Council of State of 10 June 1994, No. E.1993/73, K.1994/310;
20. Decision Re Jr(87) of 30 April 2024.
21. ECtHR, 9 October 2007 concerning *Hasan and Eylem Zengin v. Türkiye*, Application No: 1448/04, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-82580%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-82580%22]}), last visited 20 August 2025;
22. ECtHR, *Buscarini and Others v. San Mariona*, Application No: 24645/94, decision date: 18 February 1999, [https://ceceurope.org/storage/app/media/uploads/2015 August CASE_OF_BUSCARINI_AND_OTHERS_v._SAN_MARINO.pdf](https://ceceurope.org/storage/app/media/uploads/2015_August_CASE_OF_BUSCARINI_AND_OTHERS_v._SAN_MARINO.pdf), last visited 23 August 2025.
23. ECtHR, *Campbell and Cosans*, Application no: 7511/76; 7743/76, decision date: 25 February 1982, §36 and 37, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57455>, last visited 3 September 2025;
24. ECtHR, *Campbell v. the United Kingdom*, Application No: 13590/88, decision date: 25 March 1992, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57771>, last visited 23 August 2025;
25. ECtHR, Case “Relating to Certain Aspects of The Laws on The Use of Languages in Education in Belgium”, V. Belgium (Merits), (Application no. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), Strasbourg, 23 July 1968;
26. ECtHR, Commission, 16 January 1996 concerning *C.J., J.J. and E.J. v. Poland*, Application no. 23380/94;
27. ECtHR, Commission, 8/9/1993 concerning *Bernard v. Luxembourg*, application no. 17187/90;
28. ECtHR, *Darby v. Sweden*, Application No: 11581/85, decision date: 9 May 1989, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57642>, last visited 23 August 2025;
29. ECtHR, decision no. 2014/80 of 16 September 2017 on *Mansur Yalçın and Others v. Türkiye*, application no. 21163/11;
30. ECtHR, *Folgero and Others v. Norway*, Application No: 15472/02, decision date: 29 June 2007, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81356>, last visited 23 August 2025;
31. ECtHR, *Hasan and Eylem Zengin v. Türkiye*, Application No: 19312/02, decision date: 10/04/2001, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82580>, last visited 23 August 2025;

32. ECtHR, judgment of 29 June 2007 on *Folgero and Others v. Norway*, application no. 15472/02;
33. ECtHR, judgment of 3 December 1986 concerning *Angelini v. Sweden*, application no. 10491/83;
34. ECtHR, judgment of 2 February 2010, No. 21924/05, [- 35. ECtHR, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, Application No: 5095/71; 5920/72, decision date: 7 December 1976, §52, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57509>, last visited 3 September 2025;
- 36. ECtHR, *Lee v. the United Kingdom*, Application No: 25289/94, decision date: 18 January 2001, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59157>, last visited 23 August 2025;
- 37. ECtHR, *Lena and Anna Nina Angelini v. Sweden*, Application No: 10491/83, decision date: 03 December 1986, <https://www.lawpluralism.unimib.it/en/oggetti/388-angelini-v-sweden-dec-no-10491-83-e-comm-hr-plenary-3-december-1986>, last visited 23 August 2025;
- 38. ECtHR, *Mansur Yalçın and Others v. Türkiye*, Application No: 21163/11, decision date: 16 September 2014, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156852>, last visited 23 August 2025;
- 39. ECtHR, *Perovy v. Russia*, Application no. 47429/09, decision date: 19 April 2021;
- 40. ECtHR, *Saniewski v. Poland*, Application No: 40319/98, decision date: 26 March 2001, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5956>, last visited 23 August 2025.
- 41. ECtHR, *Şefika Köse and Others v. Türkiye*, \[k.k.\], Application No: 26625/02, decision date: 24 January 2006, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90405>, last visited 30 August 2025;
- 42. ECtHR, *Sinan Işık v. Türkiye*, Application No: 21924/05, decision date: 02 February 2010, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119501>, last visited 23 August 2025.
- 43. ECtHR, *Valsamis v. Greece*, Application no: 21787/93, decision date: 18 December 1996, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58011>, last visited 23 August 2025.
- 44. First Jehovah's Witnesses, decision of the 9th Criminal Chamber of the Court of Cassation of 14 June 1985, No. E.1985/2623, K.1985/3431;
- 45. Law No. 3369 on the Amendment of Articles 175 and 176 of the Turkish Penal Code, see. *Official Gazette* of 26 May 1987, No. 19471;
- 46. Second Jehovah's Witnesses, decision of Criminal General Assembly of the Court of Cassation of 26 May 1986, No. E.1985/9-596, K.1986/293;
- 47. The first establishment law of Presidency of Religious Affairs: Law No. 429 of 3 March 1924;](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-97087%22%5D%7D)

48. The first, decision of the Eighth Chamber of the Council of State of 28 December 2007, No. E.2006/4107, K.2007/7481 on compulsory religious education;
49. The Law on the Establishment and Duties of the Presidency of Religious Affairs, of 22/6/1965, No. 633 and *Official Gazette* of 2 July 1965, No. 12038;
50. The second, decision of the Eighth Chamber of the Council of State of 29 February 2008, No. E.2007/679, K.2008/1461 on compulsory religious education;
51. Turkish Civil Code No. 4721 of 22 November 2001.

Проф. др Зехра Одјакмаз,

Правни факултет Универзитета Уфук у Анкари, Турска

**ПРИМЕР ЗАШТИТЕ И ЗЛОУПОТРЕБЕ: ИСПИТИВАЊЕ
РЕЛИГИЈСКОГ ОБРАЗОВАЊА У СВЈЕТЛУ ПРИНЦИПА
ЛАИЦИЗМА У УСТАВУ РЕПУБЛИКЕ ТУРСКЕ И ЊЕГОВА
РЕФЛЕКСИЈА У ПРАКСИ**

Сажетак

Према Уставу Републике Турске из 1982. године, који је и даље на снази, Турска је лаичка правна држава. Након дефиниције, историје, квалификација и елемената принципа лаицизма, објашњава се лаицизација државе, права, образовања и друштва од стране Мустафе Кемала Ататурка између 1923. и 1938. године, од проглашења републике, а затим се истичу слобода вјероисповијести и одвајање вјере од државних послова као елементи принципа лаичке државе. Објашњава се да држава нема званичну религију, да третира све припаднике вјере једнако и непристрасно, да су вјерске институције и државне институције одвојене једна од друге, објашњава се положај Предсједништва за вјерска питања, то да правна правила не морају бити у складу с правилима вјере и да држава треба да буде непристрасна према свим религијама. Разматра се члан 24 Устава под називом „Слобода вјероисповијести и савјести“ и детаљно се анализира разлика између обавезне „религијске културе и етике“ и изборног „вјерског образовања“. Главна идеја ове студије је да се кроз судске одлуке покаже да је погрешно изучавати само одређену религију и секту, па чак и облике богослужења у обавезном предмету, који би требало да подучава општа знања о свим религијама и сектама и универзална етичка правила, штавише, да се принцип лаичког образовања, који је заштићен законом, може злоупотребити. Као примјери наводе се пресуде Уставног суда Турске и Европског суда за људска права. Затим се укратко помињу области које Устав регулише у Турској ради заштите принципа лаицизма.

Кључне ријечи: *Лаицизам; Слобода вјероисповијести и савјести; Вјерско образовање; Слобода вјероисповијести; Принцип једнакости.*

*Academician MCA, Prof. DDDr. Pdoc. Dr. Habil.
Alexios Panagopoulos*

European Academy of Sciences and Arts (EASA) Class V,
Political Sciences and Law
Director of EPLO for Bosnia and Herzegovina and Montenegro

HUMAN RIGHTS AND RELIGIOUS NEUTRALITY IN THE GREEK CONSTITUTION

In recent years there have been discussions about the revision of the Greek Constitution and religious neutrality. The preamble of the Hellenic Constitution, or otherwise its Frontispiece, seems to evoke topicality, because in the 21st century the holy invocation „in the name of the Holy and Co-equal and Indivisible Trinity“ is prefaced. For those who do not know or do not accept Church and Canon Law, this Preface lends a supposedly theocratic character to the very foundation of the constitutional order. But they forget the main founders of this Constitution, that they are our heroic ancestors since they themselves believed that they were freed from the Ottoman yoke for the sake of Christ the Holy Faith and then for the Freedom of the Fatherland. Personally, I feel proud to be descended from an ancestor who pioneered the liberation of 1821 from the Holy Monastery of Kalavryta Agia Lavra. This preface, as the preamble of the Greek Constitution, is nothing more than the preamble of the Declaration of Independence, which is also proposed in the Greek Constitution of Epidaurus, as an absolute statutory and heroic birthday act of the new Greek State. The preservation of the Constitutional Frontispiece, ie the preamble, is a supreme legal act of historical memory and respect for the continuity of the new Greek state and is not an act of religious theocracy. It remained formulated in clean language, even after the translation of the Greek Constitution into vernacular script, with the Second Resolution of the Sixth Revisionary Parliament 1975/86. The invocation of the divine as invocatio dei, in the public correspondence of our East and in the Eastern Roman State was always evident. The Trinitarian Dogma commemorated on the Frontispiece is not only Orthodox, but a widely accepted European Christian dogma. Religious symbols in public places do not violate neutrality. The Europe-

an Court of Human Rights on religious symbols in public places has legally clarified this dimension of acceptable cultural symbolism. In the jurisprudence of this Supreme Court, elements of the cultural identity of the society are included and the preservation falls within the permissible margin of appreciation of each State, when it is not combined with the practices of violating the rights guaranteed by the European Convention on Human Rights – ECHR.

Key words: Greek Constitution; Human Rights; Religious Neutrality.

1. INTRODUCTION

In recent years there have been discussions on the revision of the Constitutions of several States. The modern view calls for the revision of the Greek Constitution as well, also for reasons of religious neutrality. The preamble of the Greek Constitution, or otherwise its frontispiece, bothers some people today, because the sacred invocation „in the name of the Holy and Co-Owned and Indivisible Trinity“ is placed before the Constitution. For those who do not know or do not accept ecclesiastical law and canon law, this frontispiece confers for them, some alleged theocratic character and for the very foundation of the constitutional order. Perhaps they are forgetting the main heroes and co-founders of this Constitution, who vividly believed that they were freed from Turkish slavery, firstly in the name of Christ's holy faith and then for their country's freedom. Personally, I feel proud to be descended from an ancestor who took the lead in the revolution and liberation from Turkish slavery in 1821. In the holy monastery of Agia Lavra of Kalavryta in Achaia, whose patron is Saint Alexios, where over his holy relic the chieftains took an oath for freedom from all over Moria. If one does not have glorious ancestors directly, one certainly has indirectly, for in the heroic land of Moria, the heroes far outnumbered the traitors, the traitorous nightmares, and the converted neneks (betrayers).

This preface as a preamble to the Greek constitution of Epidaurus is nothing more than the absolute statutory and heroic birth act of the new Greek state. It is the forerunner of the constitutional act where, after sacrifices and bloody heroic acts, the political existence and independence of the Greek nation was founded, as it was proclaimed by its legal representatives in a national gathering before God and people in Epidaurus. Therefore, the preservation of the constitutional frontispiece is a supreme legal act of historical memory and respect for the socio-political continuity of the new Greek state. It is certainly not an act of religious theocracy or colorism, which allegedly offends the religious opinion and worldviews or philosophical beliefs of non-Christians or non-Orthodox. This preface or preface, while it has no normative content, highlights the general ethos, the constitutional ethics and the consistency in the principles of our ancestors, so it remained until today formulated in a clean language, even after the

translation of the Greek constitution into the vernacular script with the 2nd Resolution of the 6th Revisionary Parliament.

We typically mention that the constitution of Ireland of 1937/1987 invokes the Holy Trinity, the Constitution of Switzerland of 1874 the name of Almighty God, the declaration of independence of the USA of 1776 invokes the testimony of the supreme judge of the universe, trusting in the protection of Divine Providence, without affecting the religious neutrality of the state. In the preamble of the Bonn fundamental law of the year 1949 there is the consciousness of responsibility before God and men. These preambles in the Constitutions, while they do not all indicate Christian or Orthodox faith, are of a religious nature and pay respect to the Creator, as this, every people understands and experiences it. The invocation of the Holy Trinity is not an outdated concept, but it is a legal and historical repetition of the frontispiece of the treaties co-signed by European rulers during the period of absolute monarchy. The letters and public correspondence or correspondence of the Orthodox leaders would always contain the invocation in the name of God, as the national history of Serbia also testifies.

The invocation of the divine as *invocatio dei* in the public correspondence of our East and in the Eastern Roman state was always public and obvious. As well as in the revolutionary correspondence between the Serbian and Greek fighters and chieftains, about the uprising against the Turks. The trinitarian doctrine commemorated on the frontispiece is not only orthodox, but is the most widely accepted European Christian doctrine. The declaration of independence made in Epidaurus in 1821/2, but subsequently the entire "acquis" of Greek constitutional history, summarizes and refers to the forerunner of our self-awareness and for the modern constitution that is aware of its historical origins and the common legislator. That is why it would be good to deal more with our constitutional and historical self-awareness and with highlighting the great personalities of our generation who sealed the future for today and tomorrow with their presence and work. The liberal and democratic character of the Constitution of Epidaurus is the clear proof that the ideals of the revolution were in accordance with the pro-European orientation and neo-Hellenic enlightenment of the new Greek state.

2. PART I.

The distinction between the relations of the state and the Orthodox Church with the possible repeal of the current article 3 and the historical frontispiece of the current Greek constitution, some probably see it as the limitation of religion in the area of privacy. The view of a religious neu-

trality of the state, i.e. to stop the meddling of the state with orthodox Christian etiquette, that is, the cessation of the presence of politicians and public officials in religious ceremonies, in military ceremonies, in litanies, in official doxologies, in swearing-in of the new political leadership each time, possibly ignores the Greek peculiarities and applicable basic constitutional conditions.

Some legal tendencies for religious neutrality equate the relations between the state and the Orthodox Church with the separation of society from the Orthodox Church. But as we said, they ignore ecclesiastical and canon law or do not accept it, since the church is not only the clergy, but the clergy and the people. Incorrectly and possibly due to a misinterpretation, they overlook that the measure of the religiosity of the Greek society, i.e. of the Greek people, it is not a legal issue, nor does it need to be regulated by rules of law and even increased formal force. The morals and customs of the Greek people were not legislated, they were not imposed by law, to be abolished by law, nor is their preservation related to legislation. As it is the birth of the simple and docile soul of the Greek citizen, with the orthodox ecclesiastical attitude and his living witness in the social development of the modern Greek state of Greece. If some consider the presence of politicians and high officials in religious ceremonies disturbing, this is not the subject of legal regulation, but has to do with the living relationship of Greek society, with the Orthodox tradition and religious testimony, and not with the strict constitutional institutional relationship of the state and the Orthodox Church. But let's make it clear legally, the presence of representatives of the state in religious ceremonies is not provided for in a legislative framework, not even by article 3., of the current Greek constitution.

Religious ceremonies are the rendering of honor to heroes, martyrs and saints, citizens and members of the Orthodox Church, through the historical role they played for free Greece as an independent country. Participation in religious events is not mandatory for any politician who has a conscience problem, because every politician or state official, like every citizen, can only participate in the political or formal part of the entire national or ecclesiastical celebration, under the constitutional noble legal conditions of equal constitutional respect for all. Likewise, sacred symbols in public places do not even affect neutrality, since Christian symbols in public places, let us recall, constitute a historical and respected reserve, from the heroic historical memory of our race and state symbolism, which do not constitute no declaration of religious theocracy of the state, nor the infringement of the religious freedom of non-Christian Greek citizens, but they clearly state the cultural, historical and legal consciousness of a certain kind of heroes and martyrs!

Already from the European court of human rights, even for religious symbols in public places, this dimension of the accepted cultural symbolism of the symbols has been clarified legally, even for religious symbols in public places. In the jurisprudence as recorded by this supreme court, elements of the cultural identity of the society are included, and the preservation falls within the permissible margin of appreciation of each state of law, when it is not combined with the practices of violating the rights guaranteed by the European Convention on Human Rights – ECHR.

3. PART II.

Human rights are those moral constitutional principles that set specific standards of human behavior and are usually protected as legal rights under national and international law. They are characterized as commonly understood inalienable fundamental rights that every person is entitled to from the moment of birth, simply because he is a human being. They include civil and political rights, such as the right to life and liberty, freedom of thought and expression, and equality before the law. Human rights have influenced international law as well as the national rights of the individual constitutions of the states, the political and civil policies of the states and the action of non-governmental organizations, while they constitute the cornerstone of public order, for the whole world, as a common moral language. The basic ideas and the human rights movement was formed after the destruction of the world from the Second World War and the various fascist atrocities in the war. Such as the gruesome and torturous deaths and the well-known Holocausts and the gruesome Jasenovac concentration camp in the former Yugoslavia. With the adoption of the universal declaration of human rights, it was established in 1938 in Paris, by the general assembly of the United Nations, so that from 10.12.1950 the celebration of the world day of human rights was finally established.

But let's emphasize that the ancient world did not include much of the concept of international human rights, except that we find encouraging elements of these in the ancient Greek world, where the ancient Greek law had within it the elements of humanitarian law for every downtrodden, in every city state and especially in Magna Graecia. Western intellectuals propagated such ideas alongside the English Bill of Rights. Such ideas and political ideals prevailed, later as in the American and French revolutions. By recognizing human dignity and equal rights as the foundation of freedom, justice and peace in the world. The first sentence of the preamble of the UN Universal Declaration of Human Rights clearly states that all human beings are born free and equal in dignity and rights. That they are endowed with reason and conscience, and must behave with each other in a spirit of brotherhood, as stated in Article 1 of the UN Universal Declara-

tion of Human Rights. A modern conception of human rights is considered to have been born in war-torn Western Europe under the prism of the renaissance and Protestantism's attempt to free Western Christianity from the power of the Vatican and the Inquisition, and unfortunately passed into rationalism and in the deification of science, no longer withstanding the Vatican's political dominance.

We know from the history of law that in ancient Mesopotamia the legal codes appear from 2350 BC, where they included some concepts of rights, as well as a series of laws in the Hammurabi code, with rules, but also related penalties, for violations of rules i.e. of the laws. These rules regulated a number of issues, such as the rights of women, children and slaves. It is important that there is the sacred preface and here or otherwise the prologue, and in these codes, where the sacred invocation to the divine is made, mainly to the Mesopotamian deities, so that the desired outcome according to their religion, which is the purpose of the divine validation, of rules and laws. The preface to the current Greek constitution reminds us of this revered sacred custom of the ancient peoples, that man is by nature a religious being. Human rights in ancient societies often came from the religious and sacred texts of the peoples. For example, the Vedas, the Bible, the Tao Te Ching of Lao Tzu, the Analects of Confucius, the teachings of the Buddha, as well as the Qur'an, are among the ancient or old written sources that refer to matters of duty, to the rights and obligations of each person. The city-state of ancient Athens, with its political regime and its polity, made it known in world political history, as the polity with the basic principle of equality. For the first time in the world history of humanity, concepts such as equality, egalitarianism, equity and freedom of speech, acquire a meaning and a formulation, which are applied in practice among the whole of the ancient Greek free citizens. Probably more than two millennia passed for these forgotten concepts and values to re-emerge, while the ruthless technocratic Roman law, took the democratic principles and human values from the ancient Greek law, and used them in a legal form of its own. Western Europe will again remember the ancient Greek values for the general good of all people, and this time through the American and French revolutions.

4. PART III.

Human rights and freedoms are guaranteed by the Greek constitutions as well as by the current constitution. These rights also include religious freedoms, which constitutionally establish the freedom of the citizen in a state governed by the rule of law. Periods of tension have appeared from time to time, mainly by politicians with major social and ideological contradictions and are currently of political and journalistic relevance. In this

issue of constitutional relations between state and church, several issues of the fundamental rights of self-determination and self-consciousness of the Greek people accumulate. It is very crucial that these issues are not raised independently, but in a dialogical relationship with the European model of development and the European Western institutional model of the constitutional European state, which is based mainly on Roman law from the Western Roman state, which has now led modern Europe to a Frankish-type impasse, probably because it denied the pedagogical and philanthropic element of ancient Greek law.

The new independent Greek state under the regime of the German Bavarian regency, i.e. a manipulative western administration institution, without orthodox beliefs, moved quickly for the alleged independence and autocephaly of the Orthodox church and its harmful severance from the Ecumenical Patriarchate. This choice of the Bavarian monarchy, and as it was organized by the regency of the three German-Bavarians, was done as an accession with Protestant origins. It was presented as acceptable and as an act declaring the supposed independence and free sovereignty of the then newly founded Greek state. At the same time, by state law, they demolished 412 monasteries which failed to have four or more monks. Also related are the London protocols of 1830 for the declaration of the autocephaly of the Church of Greece.

Contemporary questions were raised at an international conference on the image that religious communities have of united Europe in historical, sociological, political relevance and how religious communities display positions for political strategies in the EU European union. For the first years of the operation of the European Union, religion had played a very small role, although declarations on human rights had been announced several years earlier. Then the drafting of a European constitution – Convention, with the presence of religious groups at the center of the European Union in Brussels, influenced some decisions. Since 1992 in the history of the European Union, the dialogue between the European Union and religious communities has become more active, in the official document on the European acquis and the Treaty of Lisbon. With Article 17 of the Treaty of Lisbon, which works for many even today as a *deus ex machina*, some consider that modernism created in the member states the neutral state, with the coexistence of several different moral and bioethical concepts, on bioethic issues such as on marriage, etc. The latest family law reforms in several European countries indicate that churches are losing their capacity for modern public debate to influence political decisions. Based on the above article 17, the churches have the possibility to have a transparent and continuous dialogue, at the national, European and interna-

tional level and are called to place themselves in front of their responsibilities for the future of Europe.

5. PART IV.

The Greek Orthodox Church today contributes to the issues of immigration and asylum, due to the problem that has appeared in recent years, regarding immigrants from various countries and not necessarily from those where war is a legally justified reason for immigration. Instead of heading to the rich Muslim and Islamic countries, they come to the economic crisis of Greece, with the problems they can uncontrollably create in an already bankrupt economy and in a very different society by overturning the structure and continuity of its history.

Throughout history, the Church of Greece has found itself wronged by some political forces that fight nativism, but as Orthodoxy it has managed to be a speaker in forums in Brussels for the formation of European identity and as the Orthodox faith, for a substantial cooperation in the immediate future and the avoidance of Orwellian and Oceanian-type societies. The formation of European culture through the Christian tradition has an impact on time and space throughout Europe, through baptisms, weddings, funerals, which today baptisms and weddings want to extend to abnormal individuals, formalizing private personal sodomy, which some Protestant confessions have embraced. The secularization that is taking place at all levels has created negative consequences. With the arrival of new groups from all over the world in search of better economic mobility in Europe, they are creating dangerous consequences, even with the alteration of religious life on the old continent. The various religious communities in the EU have already altered the social landscape of Europe. Today, Europe is called upon to face serious social changes, such as the new world order and globalization, the reckless opening of borders, unfair competition, the difficulty in the labor market, the demographic problem after the legalization or not of thousands of abortions and the low birth rate, the apocalyptic and cosmogenic changes in its indigenous population, through a banking system of global governance, as well as the systematic invisible or visible war against nativism, i.e. against the local inhabitants.

An interesting legal text for the European legal and institutional culture is the accompanying declaration adopted by the Intergovernmental Conference of the Member States of the European Union and annexed to the Treaty of Amsterdam with reference: „on the status of churches and non-confessional associations“, with the number 11 accompanying declaration to the Treaty of Amsterdam. It notes that: „The European Union respects and does not prejudice the status of churches and religious associ-

ations or communities in the Member States under national law. The European Union respects in the same way the status of philosophical and non-confessional associations". In a continuation of the Treaty of Maastricht, which regulates the issue of relations between the state and churches or the state and religion in a subsidiary manner and is placed outside the scope of Community political action.

Religious freedom and, in general, respect for constitutional fundamental rights, which are also protected by the European Convention on Human Rights, at the same time directly by the primary law of the Union itself, with the multiplicity of relations between states and churches or religious communities. The main responsibility remains with the national State, and it belongs there historically, as the paths followed are also different, with any institutional choices in the historical course. Each European treaty does not impose the model of relations, but leaves the member state free to determine, after taking into account national and internal law with national and historical particularities. The respect for the model that will be formed is accepted by the citizens of the member state. In theory, there is no requirement from the European Union and the Council of Europe, for the way to define the legal framework of church and state relations, in a member state.

The Church of Greece is „subordinated“ to the Constitution and as a basic genetic characteristic of the Greek constitution it is considered that it delimits and subordinates state power, specifically legislative, executive and judicial. Constitutional belonging means belonging to the legal order, therefore to rules of state origin and to protection against state power. Social autonomy is guaranteed by the constitution. Functions such as organizational and guarantee are indivisible. Constitutionally regulated relations are constitutionally organized and guaranteed. Something that limits the discretion of the law, the discretion of the administration and the discretion of the judge. The constitution is also a „law“, but a law of increased formal force, with a basic normative mission, the delimitation, procedural or substantive of the law and of every state act.

The Greek constitution limits the intervention of the state and guarantees the constitutional autonomy of the church, with its subordination to the Greek constitution. It is of particular importance for the regulation of borderline situations, such as conscientious objection, for conscription or the limitation of parental care, as well as the religious conscience of the person exercising parental care, when it affects the health of the child, e.g. the followers of Jehovah's sect as parents refuse their child a blood transfusion or the surgery necessary to save his life. And here the Greek constitution gives an answer, with value reductions that may be incompatible for certain religious doctrines, such as Jehovah's witnesses, as well as with the

obligation for national defense article 4 par. 1, or for the right to the health of the Greek citizen and the protection of life with article 5 par. 1 and 2, where they are constitutionally valuable decrees that may not be accepted by all religious communities, but prevail as elements of constitutional public order.

The Constitution does function as a legal text, because otherwise it could not perform any other function effectively and validly, but it is also a text that condenses and codifies a series of political, economic, ethical, social and cultural choices. The options have been formed gradually through a rather slow evolution of admission to the body of the constitution, different from country to country. The constitutional understanding of private life, marriage, family, abortion are not identical with the Greek and Orthodox Christian understanding. The Greek constitution recognizes as the dominant religion the religion of the Orthodox Church and does not differ from other western constitutions of European countries with the dominant tradition of Roman Catholicism or Protestantism, as a mixed or popular base. In Greece, some people place special emphasis on the constitutional provision of article 3 on the „dominant religion“ and on the normative content of article 16 par. 2, where the purpose of the educational system is stated for education, for the development of religious consciousness. However, the list of constitutional rights and the European Convention on Human Rights, with the universal declaration and the international agreements on the protection of individual and political and social rights, as well as the Greek constitutional order, have almost always been coordinated in a Western constitutional framework.

The modern Greek constitutional order is considered one of the most progressive, since the death penalty in Greece was not carried out long ago and has already been abolished by law, but it is still carried out in large numbers today in American states, where the religious coloring of it is historically and institutionally carried out state. The provision of Article 6 guarantees, with strict procedures and deadlines, the personal safety of every person in case of arrest and pre-trial detention, while similar strict regulations do not exist in many institutionally developed countries.

The legislative texts and constitutions of the struggle for freedom against slavery spoke of secularism and freedoms, at a time when, at that time, in the large European states their clear constitutional position for public expression had not yet been found. In fact, in the legal provision of the eastern part of Greece, as we emphasized above, it is mentioned that the Greek is not blamed for his religious and political opinions, but tolerates all the religious and political opinions of his peers. In the first article of the constitution of Troizina, it is established that everyone in Greece maintains his religion freely and for its worship has equal protection. Only

in France of the Enlightenment were these great constitutional formulations foreseen, as well as the freedom of worship, where for the first time in the year 1831 Belgium introduced it legislatively into its constitution. Therefore, the common Greek legislator was perhaps one step ahead of the European legislators of his time, a sign that despite the years of Turkish slavery, several Greeks had distinguished themselves as scholars and lawyers as few in Europe at the time, an example of this is the contribution of the first Greek governor Io. Kapodistria (with family origin, from Istra) for the state administrative organization of the cantons of Switzerland.

Political culture also includes religious equality and freedom. The people who proposed these values recognized the special role played in social life by the Orthodox church as key factors in the recovery of freedom. He had even included the provisions on religion in his first two articles, based on the revolutionary constitutions and the Greek constitution of the year 1844, before the publication of the Patriarchal Volume. These became the initial nucleus for the formulation of the corresponding provisions of all subsequent Greek constitutions. This is how the religion of the Orthodox Church was established as the prevailing religion, with the prohibition of conversion or other intervention against it, from the other known religions, whose worship would be tolerated, under the protection of the laws.

The Greek Orthodox Church of the prevailing religion was defined constitutionally, that it would be autocephalous, but doctrinally united with all the Orthodox churches, and that it would have the obligation to observe the holy rules and holy traditions and that it would be self-governing by a synod of high priests. The constitutions of the Greek state of 1864 and 1911 repeated the same provisions with additions for the supervision of religious ministers and for the translation of the text of the Holy Bible. The constitutions of 1925 and 1927 brought the explicit guarantee of freedom of religious conscience and the secularism that existed until then was transformed and formulated with the modern term, into religious freedom. This provision was repeated in the revised Constitution of 1952, which basically repeats in Articles 1 and 2 the provisions on religion in the wording of the 1911 constitution. By the term prevailing religion in paragraph 1 of Article 3 of the 1975 Constitution as revised of the years (1986, 2001, 2008), created some legal reflection, since it first appeared, in Greek constitutional text. The theory, as well as the jurisprudence, accepts that this is the religion of the vast majority of the Greek people, as the law professors Ar. Manesis and K. Vavouskos had argued in a joint opinion.

The term dominant religion in the 1975 Constitution no longer means the official religion for the special and privileged treatment, but mainly the numerically dominant religion and the religion of the vast majority of the

Greek people, as prof. Con. Stamatis, comments : the concept of the prevailing religion, in article 3 par. 1 of the Constitution is descriptive. It simply conveys the empirical fact that in Greece the largest portion of the population follows a specific religion. It is not at all a religion that prevails or excels over others. The professor Evangelos Venizelos, considers that the disputed provision of article 3 par. 1., of the Greek Constitution, as normatively complementary to article 13 of the Constitution, surrounds the Orthodox Church with an institutional guarantee, with factual, legally critical content, since it describes it as the most numerous collective subject of the exercise of religious freedom. Institutional guarantees refer to institutions of either public or private law, the above view considers the Orthodox Church as an institution of public law. The professor of law M. Stathopoulos, questions legally, having as a guiding principle of interpretation the principle of popular sovereignty, according to article 1 par. 2 of the Constitution based on the principle of popular sovereignty, doesn't the State also represent those who are outside the prevailing Church? Which, in the end, is a matter of equality. While the professor of law K. Kyriazopoulos argued that the Constitution honorably recognizes the Orthodox Church as the first among equals, with the legal consequences in its relationship with the State.

The recognition of the religion of the Orthodox Church as prevailing does not constitute a reason for restricting the religious freedom of those who do not believe in this religion or those who do not belong to it. „Prevailing religion“ means the official religion of the State, and this term simply gives the historically imposed honor to the religion of the Orthodox Church, due to historical ties with the Greek state, on the one hand, and on the other due to its contribution to the formation of modern Greek culture. Therefore with all versions and always in relation to the whole other list of constitutional rights, which usually flow with the exercise, individual or group, of the right to the protection of religious freedom and of assembly, association, equality, freedom of speech and press, where the special interest of the Constitution for the Orthodox Church is declared.

The harmonized interpretation of articles 3 and 13 of the Constitution protects the Orthodox Church as a plural collective subject of religious freedom for the exercise and enjoyment of this freedom. Socially, it aims to shape the necessary space for the unrestrained exercise of the religious freedom of others. Without the existence of article 3, with only the invocation of religious freedom from article 13, all the functions of civil society could acquire a suffocating character. While those States possess constitutional and legal characteristics of religious discolouration, the separation of State and Church and respect for religious freedom, their societies mostly live under the organized imposition of specific religious concepts, e.g. of

Roman Catholics, as in Spain, Portugal, Italy and of Protestants, as in America, or of both characteristics, as in Germany, Belgium, Switzerland. Typically in the state religion model, the head of State is also the head of the state church, as in the Anglican United Kingdom and Norway.

6. PART V.

The Constitution Revision Process also appeared in July 2016 when the Dialogue Committee for Constitutional Revision was established by decision of the then Prime Minister Alexis Tsipras. Let's remember that the Constitution of Greece of 1975 has undergone until 2016, two revisions of the years 1986 and the year 2001. During that time some individual persons or bodies published their opinions in two phases of the electronic consultation with their Taxis codes. In the above thematic branches there was also the relationship between the State and the Church. But for the revision process of the current 1975 Constitution, we will make a reference to article 110 of the Greek Constitution, which specifies the revision process with the specific process we are referring to. The provisions of the Constitution are subject to revision, except for those that determine the basis and form of the state, as a Presiding Parliamentary Democracy, as well as the provisions of articles: 2 paragraph 1, and 4 paragraphs 1, 4 and 7, and 5 paragraphs 1 and 3, and 13 paragraph 1 and 26. The need to revise the Constitution is established by a decision of the Parliament where is taken, following a proposal of at least fifty deputies, with a majority of three-fifths of the total number of its members in two votes, separated by at least one month. This decision specifically defines the provisions that must be revised.

After the revision is decided by the Parliament, the next Parliament, during its first session, decides with an absolute majority of the entire number of its members, on the related provisions to be revised. If the proposal to revise the Constitution receives a majority of the entire number of deputies, but not a three-fifths majority, in accordance with paragraph 2, the next Parliament during its first session, may decide on the provisions to be revised with the a three-fifths majority of the total number of its members. Each voted revision of provisions of the Constitution is published in the Gazette of the Government of Greece within ten days after it is voted by the Parliament and comes into force by its special resolution. A revision of the Constitution is not allowed before five years have passed since the end of the previous one.

Therefore, the revision process of the Constitution, according to the above article, starts with a proposal of at least 50 deputies, who may also come from the Parliamentary minority. The Government undertakes to set

up a Special Review Committee, in order to establish whether or not there can be the required convergence and the discussion on revised provisions. The pre-revision Parliament establishes the need for revision, and delimits not the essence, but the extent of the revision process. The second Parliament will provide the content for revision provisions. Lately, some political analysts have considered that the conditions are favorable for an agreement of the political forces on the need to revise certain provisions of the current 1975 Constitution, which can be revised with the provision of the Constitution, as provided by the procedural conditions of article 110 par. 2-6, for the rotation of majorities. The special increased majority with 3/5, but also with the absolute majority of 150 deputies, then appeared as achievable for the year 2016. It is informative that for the then consultation, there were other opinions. Then they saw the publication of two texts from the Committees: „Proposal for a progressive revision of the Constitution“ (27.3.2017), as the work of a working group of legal and political scientists formed after the coordination of Professor Georgios Katrougalos and then Deputy Minister of European Affairs, while professors Christoforos Bernardakos, Andreas Dimitropoulos, Kostas Zoras, Ilias Nikolopoulos, Kostas Chrysogonos also contributed. During the course of the work, other constitutional experts were added with suggestions. The plan included bases for the complete re-establishment of the state on a more democratic basis, for a new architecture of the state, for the separation of State and Church, for the establishment of institutions of direct democracy, for the strengthening of the Rule of Law, for the protection of social rights and individual freedoms.

Another important constitutional point was the distinction between State and Church, which included the following: the „Explicit enshrinement of the religious neutrality of the State with recognition of Orthodoxy as the historically dominant religion “(Article 3). The enshrinement of the obligation of the political oath only in the oath-taking of elected officials, judges and other public officials (Article 13). As well as the then-called plan for an „Innovative Constitution“ (5.6.2016), a proposal by professors N. Alivizatos, G. Gerapetritis, G. Ktistakis, S. Manou, F. Spyropoulou, with corresponding positions. And as became known from the then public debate on the revision of the constitutional provisions concerning the relations between Church and State, there was no reference to the separation of State and Church, but to a new legal basis for the rationalization of relations.

Indeed, the difficulty of the matter requires constitutional seriousness, sobriety, trust, sincerity of moral intentions. That is why it should not be discussed casually for petty political, communicative or selfish reasons, so that it complicates rather than facilitates procedures and, most importantly,

divides the people at its base. Some politicians have tried to stir up tension, possibly out of legal ignorance, while the process is complex, arduous and requires constitutional maturity. The review, after all, what does it serve, and what can it actually demarcate, between Church and State? What is meant by distinct roles or a religiously neutral State, or a system of separation of responsibilities, we have already elaborated above.

7. PART VI.

With article 3 of the Constitution – religious neutrality is established in the current Constitution of 1975 which regulates the relations between Church and State, legally and historically. The former president of the Hellenic Republic, professor of the law school of Athens and academician Prokopis Pavlopoulos clarified: „the distinct roles arise from the formation of the contours of the rule of law, i.e. from the constitutional and legal order and are at the limits of the secularization of the relations between the State and the Church, existing of the legendary segregation“. Characteristically, the two previous revisions seem to converge, according to the results of their normative interventions in the Constitution, in something particularly important for the assessment of its path so far: „Not only did they not alter its basic features, but, simply by adapting some part of its parameters to the needs of the time, essentially confirmed the initial choices of the drafting legislator and the timeless value of our current constitutional character“. The 1975 Constitution is the longest and most democratic Basic Law that has ever been in force in Greece, and with the assistance of the last two revisions, it guarantees, with admirable legal strength and reliability, the consolidation of democratic institutions and the quality of the Republic itself. Since it by regulates State relations with religions or dogmas, as well as a religious grouping with the atheist, irreligious or agnostic or the association of persons with perceptions regarding the divine.

In article 16 par. 2, the purpose of Greek Orthodox education is determined for the development of religious consciousness, in conjunction with the provisions on constitutional rights in articles 4–25. With the super-legislative texts, as an EU country, the above is reinforced by the Treaty of Amsterdam, as we mentioned above, which states the relations of the States with the various churches and religions and by the national law of each Member State. Also with articles 9 and 11 of the European Convention on Human Rights – ECHR, and the 1st Additional Protocol ECHR, article 2 and the Covenant of Civil and Civil Rights, article 2, 18, 20 par. 2, 26, 27, with which the religious freedom and the religious autonomy of religious communities and associations are guaranteed, vis-à-vis the Member States of the Convention. The Hellenic Church is Autocephalous and governed by the Holy Synod of the active High Priests and by the Perma-

nent Holy Synod which originates from it and is constituted as defined by the Statutory Charter of the Church, in compliance with the provisions of the Patriarchal Volume dated (29) June 1850 and of the Synodical Act of September 4, 1928.

The special administrative ecclesiastical regime that exists in certain areas of the State does not contradict the provisions of the previous paragraph. Article 3. cannot in any case be interpreted as introducing a restriction of religious freedom for non-Orthodox people. This specific article 3 cannot function as a circumvention of religious freedom. It adequately legislates the institutional guarantee for the Orthodox Church as a subject and bearer of religious freedom, but it does not impose any restrictions on the religious freedom of any other citizen. Article 3 of the Hellenic Constitution defines the relations of the Greek State with the Church of Greece and the Ecumenical Patriarchate, as well as the Church of Greece with the Ecumenical Patriarchate (see articles 3, 18 par. 8, 105). The administrative autonomy with the Autocephaly of the Church of Greece is determined in articles 3 par. 1 subs. c., the jurisdiction of the Greek State is delimited within the framework of autonomy and self-government with the subordination to the Greek Constitution, as well as that of any other unknown religion or community.

The autonomy and self-government of the Church of Greece operate through articles 72 par. 1 and 43 par. 2 of the Greek Constitution. Article 72 par. 1, which stipulates the adoption by the Plenary of the Parliament of the Statute of the Church of Greece, which is also a law of the State and regulates the issues of article 3. In addition, article 43 stipulates the provision of legislative authorizations to the organs of the Church of Greece, for the issuance of Regulatory acts of administration and the regulation of internal issues, with administrative separation, but also the distinct roles of Church and State relations.

In article 1 par. 2–3, the principle of popular sovereignty is enshrined, thus the principle of the Secular State and in article 87 par. 2, mentions the jurisdiction of the judiciary in the Constitution and the laws, as well as in article 13 par. 4, that “no one can, because of his religious beliefs, be freed from the fulfillment of obligations to the State or refuse to comply with the laws”, also with the principle of the law-abiding State, religious neutrality is also declared. The State does not allow the refusal to perform statutory obligations on the grounds of religious beliefs, as well as for the payment of Taxes, if someone e.g. claim not to pay because they are intended for defense, war, armament programs or because allegedly some religion of the taxpayers does not allow them.

The opinions and the above “proposal for an innovative Constitution” also called for the elimination in the revision process of the purely secular

character of paragraph 4 of article 13 of the Greek Constitution. The opinions about the neutral State must be specifically clarified and what their purpose is and refer to the unfavorable neutrality of the religiously indifferent State, such as e.g. of the French model, or in a mild neutrality and non-interventionist State, which strengthens religions, while having to recognize the special status to facilitate their mission. Here, there is also the German model or the American model, where the State does not interfere with religious Communities and religious etiquette is not prohibited, e.g. the religious oath of the President of the United States of America.

The repeal or amendment of article 3 will also cause legal problems in the tripartite relations of the Greek State with the Ecumenical Patriarchate and the Church of Greece. Only in that case, where with the safeguards of the constitutional protection, autonomy, self-government of the Orthodox Church in Greece, as the most numerous subject of religious freedom, it can proceed. The religious diplomacy and policy of the Greek State, for all religions, as well as the full granting of self-government for the Church of Greece, are socio-political issues, which are not related nor dependent on the revision of the Constitution, but on the wisdom of the common legislator as referred to in articles 72 par. 1 and 43.

8. PART VII.

Articles 3 & 13 of the Constitution regulate the relations between the State and the Church in Greece, as we noted, where they are founded on the constitutional basis for religious freedom, as one of the subjects of religious Freedom. Therefore, the argument in favor of restricting the religious freedom of heterodox, other religions, atheists, irreligious people cannot be used, because any amendment will negatively impact Orthodoxy. In a comparison with the previous Greek constitutions, the basic choice of the current Constitution with the full protection of religious freedom is highlighted. Any differences found in the administrative practice and jurisprudence of even the supreme courts, show the different act. Any legal problems can certainly be dealt with by legislative and administrative initiatives, without absolutely requiring the revision of the Constitution each time, while the application of Article 13 and the constitutional provisions is required. Integration in practice and respect for religious freedom is a question of the relationship between the State and the Church, where the constitutional foundation is none other than religious freedom. The Constitution as the supreme state act guarantees and protects religious freedom, while the dialogue on the separation of State and Church, in the sense of the Constitution's indifference, to the regulation of related issues is impossible. We emphasize again that the current Constitution protects

and should protect religious freedom, where every citizen is the bearer of religious freedom.

The existing constitutional provisions of Article 13 of the Greek Constitution on religious freedom do not require revision by the Constitution with regard to the relations between the Orthodox Church and the State, as they include the full protection of religious freedom and the freedom of religious conscience, which is inviolable. The enjoyment of individual and political rights does not depend on the religious beliefs of each person. Every known religion is free and its worship is carried out unhindered under the protection of the laws. The practice of worship is not permitted to offend public order or good morals. Proselytism is prohibited. The ministers of all known religions are subject to the same supervision of the State and to the same obligations towards it, as the ministers of the prevailing religion. No one can, because of their religious beliefs, be exempted from fulfilling obligations to the State or refuse to comply with the laws. No oath is imposed without a law, which also defines its form. It is known that legislative and administrative initiatives cover the legal gap, without the need to revise the Constitution. In fact, the law regulates such issues (Law 4301/2014): "Organization of the legal form of religious communities and their associations in Greece and other provisions, competence of the General Secretariat for Religious Affairs and other provisions". The Legal Personality of a Religious Person is provided to all known Religious Communities in Greece, thus regulating issues of establishing houses of worship and hermitages. Also, issues of the application of religious freedom in common legislation, such as civil funerals, cremation of the dead, naming, could be further regulated by a relevant law. However, it is not possible for this law to oblige the Greek Orthodox Citizen and the Orthodox Church when its doctrines and traditions do not allow it to deviate from the Sacred Canons, which is constitutionally established in Article 3.

Religious freedom as defined by the common legislature is something legally different from the relationship between the State and the Church as a relationship constitutionally guaranteed on the basis of religious freedom, with the Orthodox Church as its subject. Any opinions on the revision of the existing constitutional framework of Church and State relations, and the granting of religious freedom rights of citizens by the common legislature, are opinions that do not belong to the Orthodox Church, nor do they express it, nor do they represent it. The debates on the revision of the Constitution and religious neutrality, although they are current issues, because in the 21st century the sacred invocation "in the name of the Holy and Co-Owned and Indivisible Trinity" is preferred over the Constitution. As it was founded with the bloody heroic sacrifices for the political existence and independence of the Greek nation, which was proclaimed by its legal

representatives in a national assembly before God and people in Epidaurus, as we have already mentioned.

The political demand for constitutional separation and the distinction between State and Orthodox Church relations with the abolition of Article 3 and the historical frontispiece or preamble of the Greek Constitution aim at limiting religion within the realm of privacy. Those who support the view of the religious neutrality of the State, i.e. to stop the interference of the State with Orthodox Christian Etiquette, i.e. the cessation of the presence of politicians in religious ceremonies, military chants in litanies, official eulogies, oaths of political leadership, ignore basic constitutional conditions. The morals and customs of the Greek People were not legislated, they were not imposed by law, to be abolished by law, nor is their preservation related to legislation. It is the birth of the simple and docile soul of the Greek, with the Orthodox ecclesiastical outlook and its witness to the social development of Greece. The religious ceremonies are a tribute to heroes and saints, members of the Orthodox Church of Greece, for the historical role they played for a Free State. Participation is not mandatory for anyone with a conscience problem, each politician or citizen can only participate in the political part of the entire national or church celebration, under the noble normative constitutional principles and legal conditions of equal respect for all.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Amnesty International, *We are all born free: The Universal Declaration of Human Rights*, with illustrations. Reading: Melina Apostolidou. Translation: Lepida Seti, introduction: Trivizas Evgenios, Athens 2008;
2. Aristotle, *Athenian State, introduction, translation, comments*: Papadis I. Dimitris, foreword: Konomis Nikos, Thessaloniki 2009;
3. Atmatzidis, Theodoros, *War crimes and crimes against humanity: theoretical approach and practical application*(PDF) hdl.handle.net/2159/-16162, Doctoral Dissertation, Department of International and European Studies, University of Macedonia, Thessaloniki 2014;
4. Birmingham, England, Pan-European Meeting of Sociologists of Religion on: international relations, which are formed between Churches and religious communities in relation to European institutions and Article 17 of the Treaty of Lisbon 2010;
5. Chrysostomos Metropolitan of Messinia, *HOT DOC* magazine, 15-7-2018;
6. Claude, Moshe, *A short history of the Athenian Republic: and its recruitment through the centuries*, translation: Soti Triantafyllou, Athens 2015;

7. Dervitsiotis, Alkis, *The Concept of Government*, Publications: P.N. Sak-koula, 2019;
8. Dostoevsky, Fyodor, *The Crocodile*, translation: Vasilis Makridis, Athens, Publication: Entypois, 2012;
9. “Entry: Human Rights”, *The American Heritage Dictionary of the English Language*, Fifth Edition, 2014, Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company;
10. Fagan, Andrew (2003–2005), “Human Rights”: 5. Philosophical Criticisms of Human Rights. Internet Encyclopedia of Philosophy;
11. Gazette of the Government of Greece, F.E.K. issue A, no. sheet 223/7.10.2014;
12. Ierotheos Metropolitan of Nafpaktos and Agios Vlasios on the subject: “Separation or relations between Church and State”, newspaper: Ecclesiastical Intervention, Nafpaktos 2024, as well as recently: <https://www.agrinionews.gr/mitropolitis-ierotheos-chorismos-ekklisias-politeias/>;
13. “Innovative Constitution”, Proposal of professors N. Alivizatos, G. Gera-petritis, G. Ktistaki, St. Manou, F. Spyropoulou, with corresponding positions, 5.6.2016;
14. Intergovernmental Conference of the Member States of the European Union annexed to the Treaty of Amsterdam: “on the status of churches and non-confessional associations”, with the number 11 accompanying declaration to the Treaty;
15. “Individual rights”, Entry in the New Encyclopaedic Dictionary “Helios” (volume three: Anslus – Babylon), editorial director: Pasha D. Ioannis 1980;
16. Kastoriadis, Kornilios, *The Greek Particularity: The City and the Laws*, translation: Zoi Kastoriadis, text editing, editing and notes of the French edition: Enrique Escobar, Myrto Gondicas, Pascal Vernay, Athens 2008;
17. United Nations Charter, Article 111;
18. Kyrillou Metropolitan of Kifissia, Amarousiou and Oropou , Legal Presentation to the Holy Synod of the Hierarchy of the Church of Greece, on October 4 2018 on the subject: “Constitutional changes under study and the positions of our Church”, which was also used in the present legal study;
19. Kennedy, David, “The International Human Rights Movement: Part of the Problem?”, *Harvard Human Rights Journal* 15/2002;
20. Mayer, Henry, *All on FireQ William Lloyd Garrison and the Abolition of Slavery*, New York 2000;
21. Manesis, Aristovoulos, *Constitutional Rights: First Individual Freedoms*, (4th edition), Thessaloniki 1982;
22. Panagopoulos P. Alexios, *History of Modern Political & Constitutional Institutions*, Greece-Europe, Achaean Publications, 1996;

23. Panagopoulos P. Alexios, *7500 years from Adam (and the New Order of Things)*, Publications: Stereoma, Thessaloniki 1999;
24. Panagopoulos P. Alexios, *Slavs, Islam and Greeks*, Thessaloniki 2023;
25. Panagopoulos P. Alexios, *Kosmas Flamiatos and Papoulakos*, Athens 2010;
26. Panagopoulos, P. Alexios, *Human Rights, Constitution, Citizen, Globalization and the Rule of Law*, Athens 2023;
27. Panagopoulos, P. Alexios, *European Institutions, Nation States and Globalization*, Athens 2024;
28. Pavlopoulos, Prokopis, *The Revision of the Constitution in the Light of the Parliamentary Experience* (publishers: A.A. Livani, Athens 2010);
29. Pellet, Alain , *Droits-de-l'hommisme et Droit International*. Cf. Alain de Benoist (2004), “Au-dela des droits de l'homme” (PDF), Editions, Krisis 2000;
30. Saripolos, N. Nikos, “System of Greek Constitutional Law and General Public Law”, vol. A', Athens 1903;
31. Seraphim Metropolitan of Piraeus, *Revision of the Constitution in the Church-State relationship*, from 2.7.2018, see related article: <https://www.impantokratoros.gr/peiraios-seraphim-synanatheorish.el.aspx>;
32. Symeonidou-Kastanidou, Elisavet, *Abuse of power and human rights*, Athens 2013;
33. Svolos, Alexandros, *The Greek Constitutions 1822 – 1975/1986*, The constitutional history of Greece, publications: Stochastis, 2nd edition, 1998;
34. Trikoupi, Spiridon, “The History of the Greek Revolution”, Volume Two, publications: Livani, Athens 1993;
35. „UN System Organizational Chart“, United Nations;
36. Vathiotis I. Kon/nos, *From Terrorism to Pandemic (mandatory medical procedures in the war against the invisible enemy)*, Third Edition: Alfeios, Athens 2023;
37. Vidali, Sofia , *Police: Crime Control and Human Rights*, Athens 2012;
38. “Vienna Declaration and Program of Action I.5”. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR).

Академик проф. др Алексиос П. Панагопулос
Европска академија наука и умјетности (EASA) Класа V,
Политичке науке и право,
Директор EPLO за Босну и Херцеговину и Црну Гору

ЉУДСКА ПРАВА И ВЈЕРСКА НЕУТРАЛНОСТ У ГРЧКОМ УСТАВУ

Сажетак

Посљедњих година воде се расправе о ревизији грчког устава и вјерској неутралности. Чини се да преамбула хеленског устава, или иначе његов фронтиспис, изазива актуелност, јер се у 21. вијеку предводи света инвокација „у име Свете и Једнаке и Недељиве Тројице“. За оне који не познају или не прихватају црквено и канонско право, овај предговор даје наводно теократски карактер самом темељу уставног поретка. Али заборављају главне осниваче овог устава, да су они наши јуначки преци јер су и сами вјеровали да су ослобођени од отоманског јарма ради Христа Свете вере, а потом и слободе Отаџбине. Лично, осјећам се поносно што водим порекло од претка који је био пионир ослобађања 1821. године у Светом манастиру Калаврита Агиа Велика Лавра.

Овај предговор, као преамбула грчког устава, није ништа друго до Декларација о независности, која је такође предложена у грчком уставу из Епидавроса, као апсолутни статутарни и херојски рођендански акт нове грчке државе. Очување уставног фронтисписа, односно преамбуле, је врхунски правни акт историјског памћења и поштовања континуитета нове грчке државе и није акт вјерске теократије. Остала је формулисана чистим језиком, чак и након превода грчког устава на народно писмо, Другом резолуцијом Шестог ревизионог парламента 1975/86.

Призивање божанског као *invocatio dei*, у јавној преписци традиције нашег истока и у источноримској држави, увијек је било евидентно. Тројична догма која се обиљежава на фронтиспису није само православна, већ и широко прихваћена европска хришћанска догма. Вјерски симболи на јавним мјестима не крше неутралност. Европски суд за људска права о вјерским симболима на јавним мјестима правно је разјаснио ову димензију прихватљиве културне симболике. У пракси овог Врховног суда, елементи културног идентитета друштва су укључени и очување спада у дозвољено поље процјене сваке државе, када се не комбинује са праксом кршења права загарантованих Европском конвенцијом за људска права – ECHR.

Кључне ријечи: *Грчки устав; Људска права; Вјерска неутралност.*

Академик проф. др Драган Батавeљић

Факултет за европске правно-политичке студије, Београд

Академик проф. др Митар Лутовац

Универзитет Унион „Никола Тесла“,
Факултет за посао и индустријски менаџмент, Београд

САВРЕМЕНИ ВИДОВИ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ

Аутори у раду најпре указују на чињеницу да је право на приватност основно (фундаментално) људско право и на неопходност његове заштите, јер се на тај начин штити људска аутономија и слобода. Нагли развој технологије (посебно у XXI веку) и компјутеризованих информационих система, ствара бројне могућности угрожавања физичког и психичког интегритета човека. Ово право је зајемчено одредбом члана 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, према којој свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. Међутим, овај члан наведене Конвенције има свој основ (идеју) за настанак у члану 12 Универзалне декларације о људским правима, према којој нико не сме бити изложен произвољном мешању у његову приватност, породицу, дом или преписку, нити нападама на част и углед. Уколико до тога дође, свако има право на одговарајућу заштиту. Такође, ово право представља и могућност успостављања, одржавања и развоја односа појединца са другим људима и спољним светом. Отуда су и професионалне активности укључене у област приватног живота, јер се односи са другим људима најчешће и успостављају кроз пословну сферу. То је стога што постоји испреплетаност професионалних и непрофесионалних активности.

Кључне речи: Право на приватност; злоупотреба; Повреда; Европска конвенција; Универзална декларација; Физички и морални интегритет; Европски суд за заштиту људских права.

1. УВОД

Сагласно одредбама важећег Закона о заштити података о личности¹ Републике Србије, у податке о личности спадају, на пример, име и презиме, јединствени матични број грађана (ЈМБГ), порески број, број здравственог осигурања, број телефона, број личне карте и пасоша, фотографија, тонски и видео запис одређене особе, отисци прстију, ДНК, подаци о локацији и кретању итд. Према томе, то су све информације којима се може утврдити идентитет једног лица. За поседовање и употребу ових података о личности, најчешће се користи термин „обрада података о личности“ и она представља, у ствари, сваку радњу која укључује личне податке, као што су, на пример, копирање, уступање, прикупљање, па чак и увид у здравствени картон. За субјекте који обрађују ове податке, најчешће употребљавамо термине руковалац и обрађивач. Руковалац је физичко или правно лице, тј. орган власти, који самостално или заједно са другима одређује сврху и начин обраде, док је обрађивач физичко или правно лице, тј. орган власти који обрађује податке личности у име руковооца.² Наравно, овде треба разликовати две ситуације: када постоји пристанак лица на које се односе подаци о његовој личности и када постоји повреда ових података. У првом случају, постоји добровољно, одређено, информисано и недвосмислено изражавање воље тог лица, а у другом постоји повреда безбедности података о његовој личности³. Свакако је први случај законит и не повређује уставно и законско право грађана на њихову приватност.

2. ОСНОВНА НАЧЕЛА ОБРАДЕ ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ

Свака грана права се заснива на одређеним вредностима и оне представљају, слободно можемо рећи, извор из кога произилазе правила понашања у конкретним случајевима. Ове вредности су, у ствари, принципи у законодавству и они представљају та апстрактна правила понашања (за разлику од конкретних). „Начела представљају најмањи заједнички именитељ смисла свих норми неког закона или гране права, па самим тим могу да се употребе за изналагање смисла било које норме.“⁴ На неопходност поштовања одређених начела приликом обраде података о личности, указују основни принципи ове обраде, који недвосмислено прописују да се наведени подаци морају

¹ Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 87/2018.

² Закон о заштити података о личности, чл. 4, тач. 8–9.

³ Ова повреда доводи до неовлашћеног откривања или приступа подацима о личности, који су на одређени начин обрађивани.

⁴ М. Вуковић, *Интерпретација правних прописа*, Школска књига, Загреб 1953, 128.

обрађивати законито, поштено и транспарентно у односу на лице на који се они односе.⁵ Оваква обрада се врши у складу са одредбама напред наведеног Закона, тј. других закона, којима се она уређује. Начело законитости, поштења и транспарентности се, најчешће, означава као основно у системима заштите података о личности. То је, због тога, што је његова улога од одлучујућег значаја за функционисање целокупног правног система.⁶ Када је реч о поштовању законитости, треба рећи да је његова улога у осигуравању законите примене норми које се тичу заштите података (оваква законита примена треба да спречи самовољу оних који примењују те норме). Наравно, кључни захтев у томе је да сви правни акти и све радње које предузимају, како државни органи, тако и сами грађани, морају да буду у складу са законом, као и да сви правни акти ниже правне снаге, морају да буду у складу са актима више правне снаге.⁷ Што се тиче начела поштења, треба рећи да је неопходно да сви они који примењују правне норме, морају исте да тумаче у складу са околностима сваког конкретног случаја. То значи да обрађивачи података о личности тој, врло осетљивој, радњи морају да приступе крајње поштено, са пуном пажњом и свешћу о значају и тежини руковања туђим подацима. Коначно, као трећи део (али, ни у ком случају, не мање важан) овог начела, представља транспарентност. Ова значајна карика у обради туђих података о личности и целом систему њихове правне заштите, означава могућност да се оствари увид у све радње прикупљања и обраде наведених података. То значи да грађани морају да буду обавештени и упознати са свим радњама које се тичу обраде њихових података. Без поштовања овог услова, нема ни остваривања начела законитости, с обзиром да онај ко законито ради, не треба и нема ништа да крије од јавности.

Такође, веома је битно нагласити да се подаци о личности морају прикупљати у сврхе које су конкретно одређене, изричите и оправдане и да се не могу даље обрађивати на начин који није у складу са тим сврхама.⁸ Притом је веома битно да прикупљање ових података мора да буде примерено и ограничено само на оно што је неопходно у односу на сврху обраде (то се назива минимизацијом података), да буду тачни (тачност) и да се обрађују на начин који обезбеђује њихова

⁵ То су начела законитости, начела и транспарентности.

⁶ Ово начело је саставни део владавине права и правне државе.

⁷ Д. Митровић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 360–361.

⁸ Ово начело се назива „ограничење у односу на сврху обраде“.

одговарајућа заштита.⁹ Наиме, неопходно је да свака обрада наведених података мора да буде заснована на одредбама важећег закона и легитимној сврси због које се они и обрађују. Ово начело ограничења у односу на сврху обраде, представља захтев да се прикупљање података о некој личности може вршити само на основу законом предвиђених разлога и да обрађивач и руковалац, своје радње које предузимају то могу учинити само у односу на оправдане сврхе, које морају бити изричите и унапред јасно одређене.¹⁰ Ова оправданост значи да треба да постоје стварни (објективни) разлози и потребе да обрађивач и руковалац приступе прикупљању и обради података о личности неког појединца, док изричитост подразумева да свако лице чији се подаци обрађују, мора да буде упознат на јасан, недвосмислен и разумљив начин са сврхом такве обраде.

Као што смо у претходном пасусу навели, указаћемо на то да начело минимизације значи да приликом обраде података о личности, треба применити „принцип најмањег могућег обима“. Другим речима, обрађивач података и руковалац морају да постављају само примерене захтеве грађанима, који су адекватни разлозима и сврси због које се они прикупљају и обрађују. Зато се, најчешће, каже да три кључна елемента представљају саставни део овог начела, а то су: 1) примереност; 2) значај и 3) ограниченост обима обраде. Ови елементи се, као саставни делови начела минимизације, морају поштовати, јер у супротном, обрада података о личности не би била у складу са принципом законитости.

Поред тога, неопходно је да у овој обради података буде испоштовано начело тачности, тј. да се она заснива на тачним и потпуним подацима о личности сваког појединца, јер без тога нема коначног успеха.¹¹ Тачност је неопходна у свим областима друштвеног живота, почев од поштовања свог и туђег времена,¹² тако и у случајевима лечења грађана, добијања кредита из одређене банке, кандидовања за одређене послове, професије, изборе и слично. Један погрешан податак може да доведе до неуспеха. Зато, обрађивач и руковалац морају да воде рачуна о тачности података које прикупљају. Поред тога, као врло значајан захтев у овим активностима, јесте поштовање начела

⁹ Ту мислимо, пре свега, на заштиту од неовлашћене и незаконите обраде, као и од случајног губитка, уништења или оштећења (начело поверљивости).

¹⁰ Ако ове сврхе нису одређене, онда је такво прикупљање података о личности противправно.

¹¹ То је као у математици: ако нису тачни сабирци, онда нема ни тачног збира.

¹² На пример, ако се закасни на авион, воз, аутобус само неколико секунди, губи се превоз, ако се закасни на некој аукцији која траје до одређеног времена (такође, само неколико секунди), губи се право учешћа и слично.

интегритета и поверљивости. Наиме, обрада туђих података о личности мора да буде затвореног типа, а сами резултати те обраде морају бити сачувани и обезбеђени посебним мерама, како би се заштитили од неовлашћеног приступа и злоупотребе од других лица. Само тако се могу испоштовати и остварити интегритет и поверљивост,¹³ који су, у највећем броју случајева, од одлучујућег значаја, јер се приликом обраде података о личности неког појединца може доћи до веома значајних и осетљивих информација, па уколико би оне биле изгубљене, уништене или злоупотребљене, онда могу да настану негативне последице, како за лице чији су подаци обрађени, тако и за нека лица која су њему блиска.

Примарну одговорност за поштовање напред наведених начела и законито поступање има руковалац, будући да он одређује сврху обраде и да управља туђим подацима о личности. Он је одговоран за правилност и законитост обраде ових података. Због осетљивости саме активности руковаоца, овај принцип одговорности је препознат пре скоро пола века, тј. 1980. године од стране Организације за економску сарадњу и развој (*Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD*),¹⁴ а наше законодавство га је усвојило сагласно Општој уредби Европске уније. Овде је веома битно нагласити да обрада личних података о грађанима није, сама по себи, незаконита, али је важно да постоји јасно одређена сврха ове обраде, која није противна важећим законима. Притом је улога руковаоца кључна, јер је он дужан да оцени да ли је ова обрада у складу са сврхом за коју су подаци прикупљени. Тако, на пример, послодавци могу да прикупљају личне податке о својим запосленим, као што су: име и презиме, адреса, датум и место рођења, матични број, број личне карте, држављанство, број здравственог осигурања и слично. То све у циљу обрачуна зарада, уплате пореза и осигурања, каснијег остваривања права на пензију и у друге сврхе. Оваква обрада црпи свој основ у разним законима и прописима, као што су: Закон о раду,¹⁵ Закон о пореском поступку и пореској администрацији,¹⁶ Закон о здравственом осигурању¹⁷ и слично.

¹³ С. Андоновић, Д. Прља, *Основи права заштите података о личности*, Институт за упоредно право, Београд 2020, 72.

¹⁴ Тада су донете Смернице за заштиту приватности и прекогранични проток личних података.

¹⁵ Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – одлука УС, 113/17 и 95/18 – аутентично тумачење.

¹⁶ Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/03 – испр., 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 – др. закон, 62/06 – др. закон, 63/06 – испр. др. закона, 61/07, 20/09, 72/09 – др. закон, 53/10, 101/11, 2/12

3. ПРАВА ЛИЦА ЧИЈИ СЕ ЛИЧНИ ПОДАЦИ ОБРАЂУЈУ

Без обзира на то да ли добијена сагласност представља правни основ за обраду података или је то неки правни пропис, лица на која се подаци односе, остварују одређена права у погледу те обраде. Ту мислимо, најпре, на право да буде буду обавештени о обради њихових података и да имају увид у то (добиање копије). Ово право се остварује сагласно начелу транспарентности,¹⁸ које је, у ствари, темељ система заштите података о личности. Наведено право је предвиђено и Законом о заштити података о личности (члан 23), који додуше, не користи сам термин „право на обавештеност“, али одређује које су то информације које морају да буду пружене лицу од кога се прикупљају наведени подаци. Суштина овог права се састоји у томе да се од самог почетка поступка обраде података о некој личности, води рачуна о њеним интересима. Наиме, сви грађани имају право да буду обавештени о томе да ли неки руковалац¹⁹ врши обраду њихових личних података, а уколико он поседује те податке, на захтев конкретног лица, дужан је да их стави на увид, који укључује преглед, читање, слушање података и слично, као и да сачини копију истих и преда је одговарајућем лицу. То је неопходно због чињенице да после извршеног увида или добијене копије личних података то лице може да захтева исправку, допуну, ажурирање, брисање, прекид или привремену обуставу обраде података који се на њега односе.

Овај принцип јавности, на коме се заснива право на слободан приступ информацијама од јавног значаја, супротставља се принципу тајности и затворености.²⁰ Наведеном праву на слободан приступ информацијама од јавног значаја је слично право на приступ подацима о личности, које омогућава грађанима да од руковооца или обрађивача захтевају информације у вези са њиховим подацима. Они су дужни да захтеване информације доставе, сагласно одредбама Закона о заштити података о личности (члан 21 став 1) на „сажет, транспарентан, разумљив и лако доступан начин, коришћењем јасних и једноставних речи...“ Руковалац се може оглушити од овог захтева, само

– испр., 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 91/15 – аутентично тумачење, 112/15, 15/16, 108/16, 30/18, 95/18, 86/19, 144/20, 96/21, 138/22 и 94/24.

¹⁷ Закон о здравственом осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 25/19 и 92/23.

¹⁸ Право на обавештеност лица чији се подаци обрађују представља један од облика начела транспарентности.

¹⁹ То може бити физичко или правно лице или орган власти.

²⁰ В. Водинелић, „Право на слободан приступ информацијама од јавног значаја као уставно право“, у: *Слободан приступ информацијама – уставно јемство и законске гаранције*, Фонд за отворено друштво, Београд 2004, 9.

у случају када треба да заштити податке других лица или када не може да се утврди идентитет лица које захтева информације.

У правном систему Републике Србије постоји једна новина, а то је право на преносивост, које подразумева да лице на које се подаци односе, може да захтева од руковоаца преношење ових личних података другом руковоацу (када је то, наравно, технички изводљиво). Пример за то је случај када банка чије је једно лице клијент, на његов захтев, изврши пренос његових личних података у другу банку. Ово право омогућава остваривање и ширих друштвених интереса, а његов основни циљ је да пружи додатне могућности грађанима у контроли својих података који се налазе код других лица. Ова преносивост података омогућава да их грађани могу несметано селити са једне услуге на другу, јер је то у њиховом интересу (немају обавезу да наставе са коришћењем лошије услуге, само зато што им се тамо налазе њихови подаци). Притом, важну улогу игра брзина преноса ових података, како би се избегли непотребни трошкови њиховог преноса и омогућила заштита личних и државних интереса.

Такође, законски прописи Републике Србије конституишу и право на повлачење сагласности у ситуацијама када је правни основ за обраду нечијих личних података пристанак одређеног лица, тако да оно може, у било ком тренутку, да повуче своју дату сагласност. То се чини обраћањем руковоацу који обрађује личне податке одређеног лица, са захтевом да он прекине њихову обраду. Важећи Закон о заштити података о личности није предвидео у својим одредбама како треба да изгледа захтев којим се тражи увид у личне податке, издавање копије, исправка, допуна, ажурирање, брисање података и слично. Међутим, за такве ситуације постоји решење ради олакшавања грађанима остваривања напред наведених права. Наиме, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, израдио је два формулара: први се односи на ситуације у којима грађанин жели да провери да ли неки руковалац поседује податке о њему (он то чини увидом у њих или тражењем копије), а други се тиче захтева да руковалац изврши исправку, допуну, ажурирање, брисање података и слично. Наравно, овакви захтеви се могу упутити само руковоацу за кога грађанин претпоставља или зна да он располаже његовим личним подацима.

Поред тога, лице на које се односе обрађивани подаци, може да се обрати Поверенику за информације од јавног значаја и заштиту података о личности и да тражи судску заштиту подношењем притужбе, уколико сматра да се обрада података о њему врши супротно одредбама Закона. У таквом случају, то лице се обраћа Поверенику као самосталном државном органу, независном у вршењу своје надлеж-

ност, који врши послове заштите података о личности. Поред тога, наведено лице може поднети тужбу за заштиту својих права против руковооца или обрађивача, за кога сматра да је обрадом његових личних података повредио неко од права прописаних претходно наведеним Законом. Коначно, оно може покренути и поступак пред основним судом, тужбом за накнаду штете због незаконитог руковања подацима о личности (наравно, савет је да се у свим случајевима евентуалне повреде права из ове области, лица на која се подаци односе, прво обраде поверенику).²¹

Као што смо већ навели, овде је неопходна потпуност и тачност података о личности. То се остварује кроз процесно право на исправку и допуну података (нетачне информације), а ово право је формулисано у медијском праву. Тиме се омогућује заштита приватности и личности појединца, која му омогућава само коришћење тачних и потпуних података у правном промету. На тај начин се штите, не само интереси грађана као појединаца, него и читав правни поредак, јер се тако пружа сигурност и поузданост у правном промету. Оба наведена права (на исправку и на допуну), обично „иду заједно“ и служе истоветној сврси, тј. омогућавају коришћење истинитих и потпуних чињеница у правним односима. Примера за то има доста, али се за први случај може навести ситуација када је документацију унет погрешан датум рођења, а у другом случају када је особа женског пола свом презимену додала презиме свог супруга, а у неком документу је то изостављено.

Такође, веома важно право у систему заштите података о личности, јесте тзв. „право на заборав“ и оно, слободно можемо рећи, представља један од стубова овог система. Ово право је познато под називом „право на брисање података о личности“, а свој корен вуче у законодавству Европске уније и њеној судској пракси. У теорији постоје полемике око тога који је од ова два назива адекватнији, али је суштина иста, јер је основна њихова интенција усмерена на заштиту појединца и његову рехабилитацију, којом се штите и шири друштвени интереси. Овом рехабилитацијом се брише осуда и престају све њене правне последице, а осуђени се сматрају неосуђиваним, сагласно одговарајућим законским прописима.²² Међутим, независно од теоријских разматрања и могућих размимоилажења између појединих аутора, неспорно је да је ово право веома значајно, што је утврђено и

²¹ Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности је орган у чијој је директној надлежности област заштите података о личности и који има развијену праксу поступања у овој области.

²² Кривични законик Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16, 35/19 и 94/24, чл 97.

одговарајућим одлукама Суда правде ЕУ. Оно се остварује подношењем захтева руковоацу за брисање одређених података и он је дужан да поступи по том захтеву без непотребног одлагања, тј. одмах након његовог пријема. Наравно, за то је потребно и испуњавање одређених услова: 1) да они више нису неопходни за остваривање сврхе за коју су прикупљени; 2) да је лице на које се подаци односе опозвало пристанак, на основу кога је обрада извршена; 3) да је поднет приговор у вези са обрадом података од стране лица на који се они односе; 4) да је обрада података незаконита, тј. извршена супротно важећим законским прописима; 5) да постоји потреба за извршењем неке од законских обавеза руковоаца; 6) да су подаци о личности прикупљени у вези са услугама информационог друштва, која су понуђена деци.

Следеће, не мање значајно од осталих, јесте право лица на које се односе подаци да захтева од руковоаца ограничење обраде истих, уколико то лице оспорава њихову тачност²³ или уколико је обрада незаконита, али лице на које се подаци односе не тражи брисање података, већ само ограничење њихове употребе. Такође, до овог ограничења може доћи уколико више не постоји сврха ради које су се подаци обрађивали, али их наведено лице захтева ради остваривања неког другог интереса или када то лице уложи приговор на извршену обраду. Отуда, када постоји захтев за остварење права на ограничење обраде података о некој личности, подаци се могу обрађивати (у ограниченом обиму), али само уз услов постојања пристанка лица на које се ови подаци односе, уколико то налаже интерес заштите права других лица и заштите значајних јавних интереса.

С обзиром на то да живимо у ери високе технологије, сведоци смо напретка аутоматизације, која омогућава тзв. „самостални рад рачунара“ на основу претходно постављених правила и одговарајућих параметара. Отуда, све је чешће аутоматско доношење одлука у различитим областима друштвеног живота – медицине, образовању, спорту, туризму, финансијама, а све више се говори о употреби вештачке интелигенције у неким областима, за које је то, до недавно било незамисливо. Тако, на пример, на бројним научним скуповима се, чак, говори и о употреби аутоматске обраде података о личности, тј. самосталног рада рачунара коришћењем вештачке интелигенције и у правосуђу.²⁴ На пример, када треба да се одлучи о висини казне, трајању

²³ У том случају следи ограничење за период који је неопходан да надлежни орган испита тачност навода и тачност података.

²⁴ Постоје предлози неких аутора да се, на тај начин, смањи број носилаца правосудних функција (судија, тужилаца и других), како би се, на тај начин, избегла свака могућност евентуалне пристрасности, недовољног познавања сложених законских

притвора, условном отпусту из затвора и слично. Тада се може, на основу броја учињених преступа, прекршаја или кривичних дела, претходног живота учиниоца тих незаконитих радњи, раније осуђиваности, личних прилика у којима они живе, породичног и брачног стања и многих других фактора, може установити „право стање“ и изрећи права мера. Ови подаци служе као полазна основа на основу којих се врши анализа и аутоматско доношење одлуке, али постоји опасност да се коришћењем наведене високе технологије, може угрозити приватност грађана (на пример, ако се поставе погрешни полазни параметри, онда долази до доношења погрешне одлуке).

Неспорно је да висока технологија и аутоматизација олакшавају рад у многим областима друштвеног живота, али постоји опасност од доношења аутоматских, „самосталних“ одлука од стране рачунара, јер такво одлучивање елиминише дубљи друштвени контекст конкретног случаја, друштвену ситуацију грађана, као и моралну и емотивну компоненту. У таквим случајевима може доћи до нежељених последица аутоматских одлука рачунарских програма, па зато грађанима треба признати посебно право заштите. Такво право грађанима да одлуче да ли ће се на њих примењивати одлука која је донета искључиво на основу такве (аутоматске) обраде података на основу рачунарског програма, гарантовано је у законодавству Републике Србије. Такође, као пример за одлучивање на основу аутоматске обраде података, можемо навести област здравства (један од најважнијих сегмената живота), у коме рачунарски програми могу да сврстају одређено лице у категорију лица која је подложна одређеним болестима. Међутим, то не значи да такво профилисање доводи до тачног резултата, односно да неко лице већ болује или да ће већ боловати од одређене болести. Управо, због тога, грађани имају право да самостално одлуче о томе, да ли ће се поверити рачунарским програмима, јер на тај начин, остварују и основне принципе заштите података.

4. ПОВРЕДЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ У СВЕТУ И КОД НАС

Овде треба нагласити да се обрада података о личности од стране надлежних органа може вршити и у друге сврхе. Наиме, та даља обрада (у друге, а не у посебне сврхе за које су прикупљени) дозвољена је само ако су испуњени законом предвиђени услови, тј. ако је она неопходна и сразмерна тој другој сврси. И у овом случају је улога руковођа најважнија, јер је искључиво он овлашћен да обрађује наведене податке у такве друге сврхе. Наравно, неспорно је да је најбо-

прописа, емотивног приступа решавању одређених тешких ситуација, неискуства и слично.

ље да се обрада података о личности врши на основу пристанка лица на који се они односе и она се односи на ситуације у којима је лице чији се подаци обрађују, неком својом радњом дало пристанак за прикупљање и обраду података о њему. Напред наведени важећи Закон о заштити података о личности, под оваквим пристанком подразумева свако добровољно изражавање одређеног лица изјавом или јасно потврђеном радњом. Пример таквог пристанка би био улазак у тржни центар, на чијим вратима је наглашено да се унутрашњост објекта снима, тако да смо уласком унутра ми обавештени и дали смо свој пристанак да будемо снимани. Постоји читав низ других сличних примера, али можемо као пример дате сагласности навести и већ чувено „чекирање“ *accept* (прихватам), приликом преузимања апликација са *Play Store-a*.²⁵

Када се за обраду података захтева сагласност лица, руковалац је дужан да пружи основне информације о себи и да лицу чији су подаци, саопшти информације везане за обраду података. Ту се мисли, пре свега, на сврху и правни основ обраде, легитимни интерес руковаоца да обрађује туђе податке и рок у којем ће они бити чувани, да ли ће они бити подељени са неким другим субјектом у земљи или иностранству, као и на то да ли такво прикупљање подразумева аутоматизовану или профилисану обраду. Притом је руковалац дужан да све ове информације презентује особи на коју се подаци односе, пре тражења његове сагласности за њихову обраду.

У овом делу рада морамо нешто рећи, укратко, и о обради посебних врста података о личности. Наиме, највишим законским прописима је забрањена обрада којом се открива расно или етничко порекло, политичко мишљење, верско (или филозофско) уверење, обрада генетских и биометријских података, података о здравственом стању или о сексуалном животу (сексуалној оријентацији) одређеног физичког лица. Међутим, Закон о заштити података о личности дозвољава одређене изузетке од ове забране и то у случајевима када је лице на које се односе подаци дало изричит пристанак (за једну или више сврха), када је таква обрада неопходна у циљу заштите животно важних интереса, ако је лице на које се обрађивани подаци односе исте очигледно учинило јавно доступним, када је ова обрада неопходна у циљу остваривања јавног интереса у области здравља и слично. Значи, обрада оваквих посебних врста података о личности коју врше надлежни органи у посебне сврхе је допуштена само ако је то неоп-

²⁵ Нажалост, већина грађана не чита текст који је повезан са квадратићем где обележавамо да се слажемо са условима под којима компанија послује или апликација ради.

ходно, уз примену одговарајућих мера заштите права лица на које се подаци односе.

Различите правне традиције садрже у себи право на приватност, као значајан саставни део и њиме се ограничавају све радње које угрожавају приватност појединаца. Такође, ово једно од основних људских права, помиње се у преко 150 националних устава на свету. Бројне су афере прислушкивања чији смо сведоци били, посебно протеклих деценија, с обзиром на то да је технологија нагло напредовала и да то омогућава честе повреде права на приватност које се, најчешће, оправдавају борбом против тероризма и организованог криминала, потребом за очувањем националне безбедности откривањем учинилаца кривичних дела и слично. Тако је, на пример, позната глобална афера прислушкивања из 2013. године. Њу је покренуо Едвард Сноуден, који био запослен у Националној безбедносној агенцији (енгл. *National Security Agency – NSA*), која је основана 1952. године и која од тада, па све до данас, врши своје прислушкивачке мисије. Ове мисије укључују телефонски саобраћај, интернет, радио, трансмисију разних организацију и појединаца, као и друге видове комуникације, које се пресећу од стране ове агенције (ту спадају дипломатске, војне и све остале, веома осетљиве, поверљиве или тајне владине комуникације).

Право на приватност је неотуђиво људско право и оно је, врло често, предмет међународне дебате, јер су на глобалном нивоу бројне владине организације укључене у масовни надзор. Ту се, често, наводе, поред напред наведене Агенције која је основана као део Министарства одбране и Централна обавештајна агенција (енгл. *Central Intelligence Agency – CIA*), раније Комитет државне безбедности (рус. *Комитет государственной безопасности – КГБ*), Војни обавештајни одељак 6 (*Military Intelligence, Section 6 – MI6*) и друге. Данас се воде бројне расправе о праву на приватност и оне, најчешће, обухватају питања да ли би приватност имала суживот са тренутним могућностима обавештајних служби. Ту се мисли, пре свега, на приступ и анализу многих појединости из живота појединца. Такође, значајно је питање ових расправа на које се тражи одговор, јесте – да ли се ово право губи као део друштвеног уговора, ради јачања одбране од наводних терористичких напада (као што смо напред навели, заштита од тероризма је изговор за шпијунирање опште популације). Неспорно је да држава мора да предузима одговарајуће кораке ради заштите и безбедности, али је питање докле се ту може ићи, а да се не повреде основна људска права, пре свега, право на приватност.

Поред постојања бројних владиних агенција у свету (многе од њих су тајне и мало се зна о њиховом раду), постоје и актери из при-

ватног сектора, који угрожавају, мање или више, право на приватност. Ту се мисли, пре свега, на различите технолошке компаније, као што су *Amazon*, *Facebook*, *Apple*, *Google*, *Yahoo* и друге, које користе и прикупљају личне информације. Наведену забринутост за повреду основних људских права, пре свега права на приватност, појачавају бројни скандали, као што је на пример био случај Фејсбук–Кембриџ аналитике. Наиме, Фејсбук је организовао квиз, који је, у ствари, омогућио прикупљање бројних података, не само корисника који су желели да се тестирају, него и њихових пријатеља. Постоје сумње да је Кембриџ аналитика користила ове податке за прављење психолошких профила, како би утицала на велике групе људи (наравно, ова аналитика је демантовала наводе и сумње да су ови подаци коришћени у услугама пруженим за кампање у председничким изборима у САД).

5. ПРАВНА СРЕДСТВА У ВЕЗИ СА ОБРАДОМ ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ

Право на правни лек, тј. на употребу одређених правних средстава, представља једно од основних права грађана, путем којих се обезбеђује законитост обраде података о личности и одлука у вези њиховог коришћења. Правни лек представља могућност да се једно лице обрати домаћем суду или органу управе и да, на тај начин, тражи заштиту уколико је повређено неко његово право.²⁶ То је, значи, начин да једно лице које је незадовољно, оспори неку одлуку која производи одређена правна дејства и да захтева да та одлука буде испитана од стране надлежног, вишег органа, у односу на првостепени, који је донео спорну одлуку. Наравно, ово право на правно средство је веома значајно и свој извор црпи у међународном законодавству, пре свега, у најважнијим декларацијама и конвенцијама. Тако, и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода²⁷, својим одредбама предвиђа право на делотворни правни лек (члан 13) и то у свим гранама права. Зато се слободно може рећи да се правни систем уопште не може замислити без могућности улагања правног лека, јер се само на тај начин може остварити контрола законитости и правилност рада у свим областима друштвеног живота. Важећи Закон о заштити података о личности у Републици Србији, од кључног је значаја за заштиту наведених података, а законодавац је, приликом његове израде, имао у виду одговарајуће одредбе Опште уредбе ЕУ о

²⁶ О овоме вид. Б. Тубић, „Локални правни лекови у пракси Европског суда за људска права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2006, 414.

²⁷ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 - испр. и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/10 и 10/15.

заштити података,²⁸ чији је основни циљ стварање правила, која омогућавају примену права на заштиту података о личности. Отуда треба нагласити да је територијално важење ове Уредбе, не само у оквиру ЕУ, него се њене одредбе примењују и на лица која обрађују податке о личности изван њене територије, али су на извештан начин, повезане са лицима која живе на простору ЕУ.²⁹ Таква је ситуација и са Републиком Србијом, која се налази на европском путу и, отуда, успоставља чврсту финансијску и пословну сарадњу са бројним субјектима, који живе и послују на територији Европске уније.

Сагласно томе, и правни систем Републике Србије, својим највишим општим правним актом – Уставом из 2006. године, гарантује једнаку заштиту права грађана, одредбом да „свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу“.³⁰ Такође, и Закон о заштити података о личности, зајемчује својим право на приговор одредбом да: „Ако сматра да је то оправдано у односу на посебну ситуацију у којој се налази, лице на које се подаци односе има право да у сваком тренутку поднесе руковоцу приговор на обраду његових података о личности, укључујући и профилисање које се заснива на тим одредбама. Руковалац је дужан да прекине са обрадом података о лицу које је поднело приговор, осим ако је предочио да постоје законски разлози за обраду који претежу над интересима, правима или слободама лица на који се подаци односе или су у вези са подношењем, остваривањем или одбраном правног захтева. Лице на које се подаци односе има право да у сваком тренутку поднесе приговор на обраду својих података о личности који се обрађују за потребе директног оглашавања, укључујући и профилисање, у мери у којој је оно повезано са директним оглашавањем.“³¹

Треба нагласити да је руковалац дужан да у року од 30 дана од пријема захтева обавести лице о његовој основаности, а ако пропусти овај рок, као и продужење до 60 дана, онда је дужан да обавести подносиоца приговора да може уложити притужбу Поверенику за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, али и да има право да поднесе тужбу надлежном суду. То значи да, поред

²⁸ Уредба (ЕУ) 2016/679 Европског парламента и Савета од 27. априла 2016. о заштити физичких лица у односу на обраду података о личности и о слободном кретању таквих података и о стављању Директиве 95/46/ЕЗ ван снаге (Општа уредба о заштити података), доступно на: <https://www.paragraf.rs/propisi/uredba-evropskog-parlamenta-i-saveta-od-27-aprila-2016-o-zastiti-fizickih-lica.html>.

²⁹ Ова повезаност може да буде путем куповине робе, пружања услуга и слично.

³⁰ Устав Републике Србије, чл. 36, ст. 2.

³¹ Закон о заштити података о личности, чл. 37, ст. 1–2.

подношења наведеног приговора руковооцу, лице које сматра да су његови подаци неправилно или незаконито обрађени, може да поднесе притужбу Поверенику или да оствари судску заштиту. Према томе, једно правно средство не искључује друго, тј. хипотетички посматрано, могуће је да незадовољно лице (физичко), може истовремено да поднесе сва три средства – приговор руковооцу, приговор Поверенику и тужбу надлежном суду.

6. ЗАКЉУЧАК

На основу свега наведеног, можемо закључити да је нагли развој технологије у XX, а посебно XXI веку, унео велике промене у нашем свакодневном животу, с обзиром да бројне технолошке иновације све више продиру у најразличитије области друштва. Оне неумољиво утичу на наш посао, наше навике, као и на приватни живот, јер је данас, а посебно у времену које је испред нас, у блиској будућности, развој друштва без тзв. паметних телефона и телевизора, паметних аутомобила и зграда, најсавременијих рачунара и других сличних уређаја, постао практично незамислив. Сви они су замишљени тако да олакшају и унапреде наше пословање, међусобне комуникације, професионалне делатности и, уопште, свакодневни живот, тако да ће и прикупљање података о личности и њихова обрада бити препуштена технолошких иновацијама које су пред нама. Неспорно, све ће то олакшавати рад у различитим областима живота, да ће примена права заштите података о личности бити све већа и ефикаснија, да ће то представљати значајно средство за одбрану од злоупотребе података и слично. Међутим, већ данас постоји оправдана бојазан, која је већ сада присутна код бројних стручњака који се баве овом проблематиком, да се претерана употреба информационе технологије и вештачке интелигенције не претворе у своју супротност. Свакако, у будућности треба континуирано радити на усаглашавању нормативне регулативе и праксе примене заштите података о личности на међународном и националном плану. Република Србија је, до сада, направила велики корак у том правцу ратификујући Опште уредбе Европске уније, с тим што мора даље да настави са хармонизацијом свог законодавства са одредбама које ће бити саставни део европског законодавства. То је посебно значајно због чињенице да се Србија налази на европском путу и да ово усаглашавање представља саставни део и неопходан корак европских интеграција. Важећа Општа уредба Европске уније је имала кључни утицај на настанак новог закона о заштити података о личности у Републици Србији, тако да очекујемо да ће европска пракса и развој правних норми у области заштите података о личности и даље позитивно утицати на овај део домаћег законодавства.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Андоновић, Стефан, Прља, Драган, *Основи права заштите података о личности*, Институт за упоредно право, Београд 2020;
2. Водинелић, Владимир, *Право на слободан приступ информацијама од јавног значаја као уставно право*, у: *Слободан приступ информацијама – уставно јемство и законске гаранције*, Фонд за отворено друштво, Београд 2004;
3. Вуковић, Михајло, *Интерпретација правних прописа*, Школска књига, Загреб 1953;
4. Митровић, Драган, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010;
5. Тубић, Бојан, *Локални правни лекови у пракси Европског суда за људска права*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2006.

Правни извори

1. Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 87/18;
2. Закон о здравственом осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 25/19 и 92/23;
3. Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02 – испр., 23/03 – испр., 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 – др. закон, 62/06 – др. закон, 63/06 – испр. др. закона, 61/07, 20/09, 72/09 – др. закон, 53/10, 101/11, 2/12 – испр., 93/12, 47/2013, 108/13, 68/14, 105/14, 91/15 – аутентично тумачење, 112/15, 15/16, 108/16, 30/18, 95/18, 86/19, 144/20, 96/21, 138/22 и 94/24;
4. Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.
5. Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 – испр. и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/10 и 10/15;
6. Кривични законик Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16, 35/19 и 94/24;
7. Уредба (ЕУ) 2016/679 Европског парламента и Савета од 27. априла 2016. о заштити физичких лица у односу на обраду података о личности и о слободном кретању таквих података и о стављању Директиве 95/46/ЕЗ ван снаге (Општа уредба о заштити података), доступно на: <https://www.paragraf.rs/propisi/uredba-evropskog-parlamenta-i-saveta-od-27-aprila-2016-o-zastiti-fizickih-lica.html>.

Academician prof. Dragan Bataveljić, LL.D.

Faculty of European Legal and Political Studies, Belgrade

Academician prof. Mitar Lutovac, LL.D.

Union University “Nikola Tesla”,

Faculty of Business and Industrial Management, Belgrade

MODERN TYPES OF VIOLATION OF THE RIGHT TO PRIVACY

Summary

In the paper, the authors first point to the fact that the right to privacy is a basic (fundamental) human right and to the necessity of its protection, because in this way human autonomy and freedom are protected. The rapid development of technology (especially in the 21st century) and computerized information systems creates numerous opportunities to threaten the physical and psychological integrity of a person. This right is guaranteed by Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, according to which everyone has the right to respect for their private and family life, home and correspondence. However, this article of the aforementioned Convention has its basis (idea) for its origin in Article 12 of the Universal Declaration of Human Rights, according to which no one may be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks on honor and reputation. If that happens, everyone has the right to appropriate protection. Also, this right represents the possibility of establishing, maintaining and developing an individual's relationship with other people and the outside world. Hence, professional activities are also included in the area of private life, because relationships with other people are most often established through the business sphere. This is because there is an intertwining of professional and non-professional activities.

Key words: *Right to privacy; Abuse; Injury; European Convention; Universal Declaration; Physical and moral integrity; European Court for the Protection of Human Rights.*

Проф. др Горан Марковић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

УСТАВ СФРЈ ОД 1974. ГОДИНЕ – (КОН)ФЕДЕРАЛИЗАЦИЈА САВЕЗНИХ ИНСТИТУЦИЈА?

Устав СФРЈ од 1974. године не престаје да привлачи пажњу ни након педесет година од доношења и близу три и по деценије од престанка важења. Идеолошко-политички мотиви и приступи аутора играју у томе пресудну улогу. Уставноправна и политиколошка анализа налази се у другом плану. Природа савезних политичких институција једно је од кључних питања. Имајући у виду посебности њиховог састава, начина избора и одлучивања, поставља се питање да ли је уставотворац извршио конфедерализацију ових институција и претворио их у конфедералне органе. Заступамо хипотезу да савезне политичке институције нису постале конфедералне, иако је Устав, нормирајући трансформацију федерације, неминовно дјелимично промијенио природу савезних политичких институција. Оне више нису биле „чисто“ федералне институције, него су постале хибридне политичке институције, у којима су конфедерални елементи били присутни. Од политичких процеса је могло да зависи како ће ове институције функционисати. Теоријска разматрања о могућој конфедерализацији савезних политичких институција могла су да наведу ауторе на погрешан закључак (уколико се није радило о свјесном идеолошком искривљавању) зато што су појмови класичне теорије федерализма мијешани са новим концепцима и појмовима делегатског система, усаглашавања ставова и интереса, споразумјевања и договарања. Радило се о нечем другом. Југословенски федерализам промијенио је природу, јер је доминантно почивао на идеји усаглашавања интереса република и покрајина, а политички систем је постао делегатски, што је могло да подсјећа на конфедерализацију процеса одлучивања.

Кључне ријечи: Устав СФРЈ; Савезне политичке институције; Федерализам; Конфедерализација; Самоуправљање; Делегатски систем.

1. УВОД

У теорији и публицистици није ријетко мишљење да је Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије од 1974. године значајно претварање у конфедерацију. Из тога би слиједило да су федералне институције добиле конфедерални карактер. Да би се испитале ове хипотезе, требало би утврдити природу државе у цјелини, тачније степен примјене и садржину федералног начела, а потом организацију и функционисање савезних институција. Такав захват био би могућ у дјелу монографског карактера. У овом раду не можемо се упустити у анализу свих сегмената посматраног проблема. Ограничићемо се на истраживање природе савезних политичких институција и бавити се њиховом структуром и начином одлучивања. Тиме ћемо доћи до запажања која ће помоћи да се приближимо одговору на питање да ли је поменути уставом извршена конфедерализација савезних политичких институција.

Циљ овог рада је да се обрати пажња на први и почетни аспект истраживањег проблема, а то су уставна рјешења, односно уставни концепт савезних политичких институција. То је полазни основ за даља истраживања, која првенствено треба да буду политиколошка јер се односе на функционисање савезних политичких институција, утицај и односе политичких субјеката и утицај разноврсних чинилаца на процесе одлучивања ових институција. Да би се могло разумјети функционисање савезних политичких институција, прво треба разумјети њихов уставни концепт. Другим ријечима, треба анализирати садржину уставних одредаба, како би био добијен одговор на основно питање. Оно гласи: да ли Устав СФРЈ уводи на нормативном нивоу конфедералне институције, односно да ли постоји правни основ за конфедерализацију политичких институција? Тек кад се одговори на то питање, може се приступити свестраној и мултидисциплинарној анализи.

Основна хипотеза у раду је да је еволуција савезних политичких институција пратила еволуцију југословенске федерације, да је водила увођењу појединих конфедералних принципа у раду тих институција, али да, барем нормативно посматрано, те институције нису постале конфедералне, без обзира на то да ли је и у којој мјери политичка пракса ишла у том правцу.

2. ШТА ЈЕ БИЛО СПЕЦИФИЧНО У СТРУКТУРИ СКУПШТИНЕ СФРЈ?

2.1. Састав и начин избора скупштинских вијећа

Назив једне институције по себи не мора да значи много. Важније је каква је њена правна и политичка природа. Ипак, промјена назива институције указује на њену еволуцију и на интенцију уставотворца. Према Уставу СФРЈ од 1974. године, уставотворну и законодавну власт вршила је Скупштина СФРЈ. Исти орган раније је носио назив Народна скупштина ФНРЈ (према Уставу од 1946. године), Савезна народна скупштина (према Уставном закону од 1953. године) и Савезна скупштина (према Уставу од 1963. године).

Као што видимо, Устав од 1974. године више не предвиђа ријеч „савезна“ у називу ове институције. То не мора нужно да води закључку о томе да је уставотворац намјеравао да овај орган добије конфедерални карактер, јер ова ријеч није присутна ни у називу истог органа према првом послужбеном уставу, који је уводио централизовану федерацију него што је то био случај у каснијим уставним актима. Ипак, брисање ријечи „савезна“ након двије деценије вјероватно није случајно и требало је да пошаље поруку да је Скупштина СФРЈ требало да има наглашенији карактер заједничког органа федералних јединица, што не значи да је требало да буде само то, јер је и даље била одређена као највиши орган власти у оквиру надлежности федерације.¹

Далеко важније питање била је структура Скупштине СФРЈ.² Прво велико одступање на први поглед није имало везе са федералном структуром државе. Док је Уставни закон предвиђао постојање Вијећа произвођача, а Устав од 1963. године четири вијећа радних заједница, социјално-економски бикамерализам је „протјеран“ из структуре Скупштине СФРЈ од 1974. године. Док су вијећа удруженог рада постојала у структури општинских и скупштина федералних јединица, није га било у структури Скупштине СФРЈ. То је двоструко необично. Прво, ако је интенција уставотворца била да задржи социјално-економски бикамерализам, што је и учинио на нижим нивоима организовања власти, нема логике да то не уради и у Скупштини СФРЈ. Друго, идеја интегралног самоуправљања захтијевала је да

¹ Устав СФРЈ од 1974. године, чл. 282, ст. 1.

² У теорији је истицано да је промјена структуре Скупштине СФРЈ условљена потребом да улога република и покрајина буде јаче и непосредније изражена. – Д. Кулић, „Изборни систем и изборни поступак у Уставу од 1974. год.“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 16/76, 62.

вијеће удруженог рада постоји и у Скупштини СФРЈ, јер самоуправљање не би могло да буде довршено ако не би било уведено у највиши орган власти, а то је, барем по слову Устава, била Скупштина СФРЈ. У прилог овом ставу иде и одређење титулара суверенитета, а то су, између осталог, радничка класа и радни људи. Они нису могли да буду носиоци суверенитета ако нису били представљени као такви, као друштвене групе, у највишем органу власти. То што је суверена власт истовремено припадала и грађанима, ништа није значило са становишта идеје о радничкој класи и радним људима као носиоцима суверенитета, зато што појединац као припадник радничке класе и као грађанин има различите друштвене улоге и функције, и не може доћи до супституције, јер не може се тврдити да је радник представљен у Скупштини СФРЈ у својству грађанина, пошто су то различита својства. Требало је да буде представљен у њој и као радник и као грађанин.

Може се поставити питање какве везе са предметом нашег истраживања има то што вијеће удруженог рада није било успостављено у структури Скупштине СФРЈ. На први поглед, то нема никакве везе са (кон)федерализацијом органа који је формално био највиши у структури власти. Сматрамо да није тако и да веза постоји. Прво, одсуство вијећа удруженог рада из структуре Скупштине СФРЈ значило је атомизацију радничке класе, која је формално била један од носилаца суверенитета. То значи да на федералном нивоу није постојала институционална могућност да југословенска радничка класа дјелује као јединствен политички субјект, што је парадокс система који је словио као систем интегралног самоуправљања. Друго, поставља се питање да ли је структура Скупштине СФРЈ била таква да су доминирали интереси и представљеност република и покрајина. Штавише, може се поставити питање да ли су републике и покрајине биле два пута представљене у Скупштини, тј. у оба њена вијећа. На ово питање треба одговорити.

У упоредном федерализму је познато и прихваћено да је један од домова федералног парламента тзв. федерални дом, у коме су представљене федералне јединице. Уобичајено је рјешење да су оне представљене у њему једнаким бројем представника. Скупштина СФРЈ имала је два вијећа – Савезно вијеће и Вијеће република и покрајина.³ Ово друго вијеће представљало је федерални дом. У њему су биле представљене републике (са по 12 делегата) и покрајине (са по осам

³ Иако је Скупштина СФРЈ била дводома, неки аутори су истицали да је Устав давао предност начелу једнодомог одлучивања. – Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, Савремена администрација, Београд 1976, 497; А. Фира, *Уставно право*, Институт за политичке студије Факултета политичких наука – Привредни преглед, Београд 1978, 392.

делегата).⁴ Њих су бирале и опозивале скупштине република и аутономних покрајина, а делегати су задржавали мандат у скупштинама које су их бирале.

Ова рјешења нису била конфедерална. Једнака представљеност република уобичајено је рјешење и представља израз равноправности република као федералних јединица. Паритет није био одступање од федерализма и није представљао конфедерални елемент, већ досљедно остваривање федералног начела и израз равноправности федералних јединица. Избор делегата у републичким и покрајинским скупштинама један је од могућих начина избора чланова федералног дома, није непознат ни супротан идеји федералне државе.^{5 6} Њиме се јача положај федералних јединица и омогућава непосреднија заштита њихових интереса у федералном парламенту.⁷

Мандат делегата био је везан и они су могли бити опозвани. У овом рјешењу такође није било ничег конфедералног. Везани мандат (истина, у измијењеном облику) био је обиљежје делегатског система уведеног Уставом од 1974. године и важио је за делегате у скупштинама на свим нивоима власти. Разлог за увођење везаног мандата није имао никакве везе са настојањем да буде извршена конфедерализација Југославије, јер кад би било тако, не би се могло објаснити зашто су везани мандат имали и делегати у осталим скупштинама (општинским, градским, републичким и покрајинским).⁸

⁴ Устав СФРЈ од 1974. године, чл. 292.

⁵ Подсјетимо да је амерички Сенат биран на овај начин до 1913. године, а да чланове Бундесрата, у Њемачкој као снажној федерацији, чак не бирају парламенти федералних јединица, него дјелују као делегати влада федералних јединица.

⁶ У теорији је изношен став да се тешко могу изводити поуздани општи закључци о природи федералног дома ако се узима у обзир само начин избора његових чланова. – Ј. Ђорђевић, *Политички систем*, Савремена администрација, Београд 1980, 624.

⁷ Може се оспоравати то што су аутономне покрајине биле посебно представљене у овом вијећу. То рјешење, међутим, није било израз конфедерализације Скупштине СФРЈ или њеног Вијећа република и покрајина. Оно је било израз схватања да су и аутономне покрајине специфични субјекти федерације (не и федералне јединице!), иако су по изричитим уставним нормама у саставу Социјалистичке Републике Србије, због чега је требало да имају делегате у Вијећу република и покрајина. Осим тога, аутономне покрајине (а Косово и Метохија чак и у вријеме кад је била аутономна област) имале су представнике у Вијећу народа, по уставним актима за које се никад није тврдило да су уводиле конфедерализацију.

⁸ Као што ћемо видјети, мандат у осталим скупштинама није био строго везан, тј. био је флексибилан, али делегати су, барем формално, били везани смјерницама своје делегатске базе.

С друге стране, чланови њемачког Бундесрата имају императивни мандат и гласају на основу упутстава влада својих федералних јединица, па ипак се не сматра да је Њемачка због тога конфедерација.

Чињеница да су делегати задржавали мандат у скупштинама које су их бирале по себи такође није значила конфедерализацију Вијећа република и покрајина. Штавише, ово рјешење је имало смисла, зато што је олакшавало заштиту интереса република и покрајина. Будући да су делегати учествовали у доношењу одлука у републичким и покрајинским скупштинама, могли су да смислено и дјелотворно заступају њихове политике у Вијећу република и покрајина.

Напријед речено не значи да природа Вијећа република и покрајина није одисала елементима конфедерализма, као што ћемо показати. Оно је у литератури било дефинисано као „делегатски орган републичких и покрајинских скупштина“⁹ или као њихов заједнички орган.¹⁰ У основи, то је било тачно. Кад се узму у обзир начин избора делегата у ово вијеће, начин његовог одлучивања о неким важним питањима и постојање императивног мандата, овај закључак намеће се свом тежином.

Треба узети у обзир још једну разлику између Савезног вијећа и Вијећа република и покрајина која је у вези са напријед реченим. Као што смо напоменули, правна природа мандата делегата у вијећима Скупштине СФРЈ донекле је била различита. Делегати Савезног вијећа имали су флексибилни а делегати Вијећа република и покрајина императивни¹¹ мандат. Флексибилни мандат био је врста императивног мандата, али „слободнији“ од императивног, такорећи „полуимперативни“ мандат. Делегати су полазили од смјерница својих делегатских база, али су се договарали са другим делегатима и гласали у складу са током сједнице Савезног вијећа и постигнутим договорима на њој.¹² Стога, могли су да одступе од смјерница у мјери у којој су то могли оправдати потребом одлучивања у Савезном вијећу, иако је делегатска база имала право да их опозове ако је сматрала да је то одступање било супротно садржини и сврси датих смјерница. Чак и ако оставимо по страни стварно понашање ових делегата, чињеница је да је Устав предвиђао да они буду „полуделегати-полупосланици“.

Другачије је било са делегатима у Вијећу република и покрајина, чији мандат је био императивни (везани). Они су били строго везани

⁹ В. Мратовић, Н. Филиповић, С. Сокол, *Уставно право и политичке институције*, Правни факултет, Загреб 1981, 491.

¹⁰ М. Зечевић (гл. редактор и одг. уредник), *Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије. Стручно објашњење*, Институт за политичке студије Факултета политичких наука – Привредни преглед, Београд 1975, 480.

¹¹ G. A. Potts, *The Development of the System of Representation in Yugoslavia with Special Reference to the Period Since 1974*, University Press of America, Lanham – London 1996, 576.

¹² Ј. Срук, *Делегатски скупштински систем*, Информатор, Загреб 1982, 88 и даље.

ставовима скупштина својих република и аутономних покрајина, што је било очекивано, јер су морали да заступају њихове интересе. Ипак, то указује на разлику између два вијећа Скупштине СФРЈ и потврђује тезу о Вијећу република и покрајина као делегатском органу република и покрајина.

Могло би се чак тврдити да је природа Вијећа република и покрајина била хибридна, јер делегати су поступали по два основа: као чланови делегација и као делегати.¹³ У првом случају, Вијеће република и покрајина поступало је када је за доношење одлука била потребна сагласност скупштина република и аутономних покрајина. У другом случају, поступало је када је вршило самосталне надлежности. Те надлежности нису биле бројне, али далеко од тога да су биле безначајне.¹⁴ Ствар, међутим, није само у садржају тих надлежности, већ и у чињеници да ово вијеће није било замишљено искључиво као делегатски орган република и покрајина, већ и као орган у коме делегати одлучују као индивидуални чланови овог вијећа а не само као чланови делегације. Ипак, чињеница је да су делегати у првом реду дјеловали као чланови делегација републичких и покрајинских скупштина.

Саставу Савезног вијећа Скупштине СФРЈ могле су бити изречене озбиљне критике. Прво, Устав је прописивао паритетан састав у том смислу што се исти број делегата бирао из свих република (по тридесет), док су аутономне покрајине слале по двадесет делегата.¹⁵ Ово рјешење није било оправдано,¹⁶ због тога што Савезно вијеће није било представничко тијело република и покрајина, па паритет није био потребан. Штавише, био је погрешан, јер је нарушавао принцип једнакости бирачког права.¹⁷ Пошто је у републикама и покрајинама

¹³ В. Мратовић, Н. Филиповић, С. Сокол, 487.

¹⁴ Међу њима налазиле су се политички и правно значајне надлежности: усвајање закона о привременим мјерама, расправа о извјештајима о раду Савезног извршног вијећа и савезних органа управе, политичка контрола над њиховим радом и давање смјерница за рад, утврђивање политике извршавања савезних закона које доноси, и др. – Устав СФРЈ, чл. 286, ст. 2.

¹⁵ Устав СФРЈ од 1974. године, чл. 291.

¹⁶ У литератури се истичало да је ово рјешење требало да обезбиједи равноправност република. – М. Зечевић (гл. редактор и одг. уредник), 476.

То, међутим, није било потребно, јер њихова равноправност била је довољно заштићена у Вијећу република и покрајина.

¹⁷ Додајмо да паритетна представљеност република у Вијећу република и покрајина није значила нарушавање принципа једнакости бирачког права. На први поглед, ово може да изгледа чудно, с обзиром на то да су се републике значајно разликовале у погледу броја становника и бирача, а да су слале исти број делегата. Међутим, треба узети у обзир природу овог вијећа. Оно је установљено ради заштите права и интереса република и покрајина и обезбјеђивања њихове равноправности. У већини

живио различит број бирача, односно радних људи и грађана који су бирали делегације, као тијела која су представљала основ за избор делегата у Савезно вијеће, није јасно зашто би био биран исти број делегата у републикама и покрајинама. Савезно вијеће је требало да представља радне људе и грађане, без обзира на њихову републичко-покрајинску припадност. Може се рећи да је поменути уставним рјешењем федерално начело снажно, до крајњих консеквенци, продрло у структуру Савезног вијећа, али нема основа за тврдњу да је ово вијеће тиме конфедерализовано. Паритет не значи конфедерализацију по себи.

Друго, у састав Савезног вијећа улазили су делегати самоуправних организација и заједница, под чим се мислило на самоуправне облике организовања у мјестима живљења и у привредним и ванпривредним облицима организовања рада. Према томе, ово вијеће није ни формално ни стварно представљало федералне јединице. Стога, било би претјерано тврдити да су Скупштину СФРЈ чинила два вијећа република и покрајина.¹⁸ Структура Савезног вијећа, а ни начин избора његових делегата, као што ћемо касније видјети, не дају основа за овакву тврдњу.

Савезно вијеће је једним дијелом било општеполитичко представништво. Оно је то било у мјери у којој су делегати били бирани из реда делегација основних самоуправних организација и заједница, које јесу постојале у републикама и покрајинама, али су биле изборна база радних људи и грађана као што су у другим федерацијама изборна база грађана биле изборне јединице образоване унутар федералних јединица. Делегати Савезног вијећа формално нису представљали своје републике и покрајине. Они нису примали инструкције од републичких и покрајинских скупштина, које нису могле да их опозову.

Друго питање је да ли су и у којој мјери ови делегати одлучивали на основу интереса својих република и покрајина. Устав то није захтијевао од њих, мада такво понашање није могло бити искључено у политичкој пракси. Неки аутори су тврдили да су делегати у оба вијећа били одговорни регионалним скупштинама (мислило се на републичке и покрајинске скупштине – прим. Г.М.).¹⁹ Такав закључак

федералних држава, федерални дом почива на једнакобројној представљености федералних јединица, јер сматра се да је то најбољи начин да се симболички и стварно обезбједи њихова равноправност. То је нарочито случај у децентрализованим федерацијама, а посебно у вјероватно највише децентрализованој федерацији, каква је СФРЈ била по Уставу од 1974. године.

¹⁸ О овом схватању, вид. Ј. Мирић, *Систем и криза*, Цекаде, Загреб 1984, 24.

¹⁹ D. Rusinow, *The Yugoslav Experiment 1948–1974*, C. Hurst and Co. – Royal Institute of International Affairs, London 1977, 330.

не би се могао извести из уставних одредаба, будући да су делегати у Савезном вијећу одговарали својој изборној бази, а њу нису чиниле републичке и покрајинске скупштине.

Противрјечност уставног и политичког положаја Савезног вијећа огледала се у још неким чињеницама. Приједлог за промјену Устава, на примјер, могло је да поднесе најмање 30 делегата овог вијећа, при чему није било важно из којих су република и покрајина. Уставотворац је тиме желио да укаже на то да је „нормално“ да промјену Устава могу да предлажу делегати из различитих република и покрајина, што не би био случај да су они представљали своје републике и покрајине. Уставотворац је сматрао да је у реду да, на примјер, 30 делегата из три републике предложе промјену Устава, јер они су били представници својих основних самоуправних заједница и организација.

С друге стране, делегати су приликом заузимања ставова на сједницама Савезног вијећа били дужни да воде рачуна о смјерницама самоуправних организација и заједница, те друштвено-политичких организација и о основним ставовима њихових делегација у републикама односно покрајинама.²⁰ Слиједи да су републичко-покрајински интереси ипак могли да добију на значају у раду Савезног вијећа, па чак и да њихов значај буде одлучујући приликом опредјељивања делегата.

Апстрактно узев, избор делегата Савезног вијећа од стране скупштина општина није нужно захтијевао да то буду општине у саставу исте републике или аутономне покрајине. То, међутим, јесте био случај јер такво је било опредјељење уставотворца, које је било „сумњиво“ критичарима који су тврдили да се тиме врши конфедерализација Скупштине СФРЈ. Ова критика не би могла бити изнесена да је уставотворац водио рачуна о томе да су делегати у Савезном вијећу морали да воде рачуна о интересима федералне државе, тј. да приликом договарања и гласања постижу компромисна рјешења која би била у интересу цјелине а не њених дијелова. Овако, пошто су били бирани унутар република и аутономних покрајина, могли су да дјелују на темељу интереса република и покрајина, онако како су их они схватили.

Ипак, овдје треба ставити важно ограничење. Делегат у Савезном вијећу био је биран од стране скупштина општина које су улазиле у састав једне републике или аутономне покрајине. Према томе, делегат није могао да тврди да представља или износи интересе своје републике или покрајине. Тачније, он је то могао, међутим не би се могло рећи да би такво понашање било легитимно са становишта интереса

²⁰ В. Мратовић, Н. Филиповић, С. Сокол, 487.

република и покрајина који су утврђивани у њиховим надлежним институцијама. Скупштине општина су биле локални органи и ниједна од њих није могла претендовати на то да утврђује и представља републичко-покрајинске интересе. На то нису могле да претендују ни све скупштине општина заједно, јер оне су представљале скуп локалних интереса, а збир локалних интереса и ставова, макар свих општинских скупштина у једној републици, не може се дефинисати као интерес те републике. Интересе република односно покрајина могле су да утврђују и представљају само њихове скупштине.

Чињеница је да је Савезно вијеће заиста могло да дјелује као представништво република и покрајина и да постане друго вијеће република и покрајина. То се догађало у оним случајевима када су закони и други акти усвајани посебном већином јер су били од општег интереса за републике и покрајине. У раду општеполитичког представништва није било мјеста за овакав начин одлучивања, нити би Савезно вијеће требало, макар у изузетним случајевима, да се преображава у друго вијеће република и покрајина.²¹ Структура Савезног вијећа није чинила природним ово рјешење, јер оно је било представништво друштвено-политичких организација и самоуправљача (схваћених као самоуправљачи у удруженом раду и у мјестима живљења) организованих у самоуправне организације и заједнице.

Иако сматрамо да ово рјешење није било оправдано, оно је имало своју логику и сврху. Оне су се огледале у томе што је Савезно вијеће самостално, без учешћа Вијећа република и покрајина, одлучивало о извјесним, важним правним и политичким питањима. Приликом доношења тих одлука, могло је доћи до прегласавања, тј. одлуке су могле бити донесене супротно ставовима и интересима делегата из поједине републике или аутономне покрајине. Такав исход могао би се сматрати оправданим ако се полази од природе Савезног вијећа. Пошто је оно представљало основне самоуправне организације и за-

²¹ Имајући у виду све речено, сматрамо да су претјеране тврдње о томе да су оба дома била устројена као представничка тијела република и покрајина. – Вид. В. Петров, А. Николић, „Уставне основе политичког система социјалистичке Југославије“, Д. Поповић, Б. Беговић, З. С. Мирковић (прир.), *Социјалистичко право у Југославији 1945–1990*, Први том, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2024, 321.

Понављамо, овдје проблем правне природе домова Скупштине СФРЈ посматрамо са нормативног становишта. Не упуштамо се у то како су делегати Савезног вијећа Скупштине СФРЈ заиста одлучивали. Они су могли да стриктно слиједе упутства својих делегација, могли су да се, полазећи од тих упутстава, договарају са осталим делегатима приликом доношења одлука, или да имају првенствено у виду интересе својих република односно аутономних покрајина. Устав их, међутим, није „примораво“ да чине ово посљедње, иако такво њихово понашање није било онемогућено уставним одредбама.

јединице, било је неважно то што су поједине републике или покрајине остајале у мањини. Уставотворац је, међутим, сматрао да је то важан проблем због значаја питања о којима је ово вијеће одлучивало, па је желио да спријечи могуће незадовољство појединих федералних јединица. Аргумент више за овакво опредјељење уставотворца налазио се у чињеници да је Савезно вијеће самостално одлучивало о поменутих питањима, па је могућност прегласавања постојала. То је био ризик једнодомог одлучивања који уставотворац није хтио да прихвати, јер за то није постојао консензус републичко-покрајинских политичких елита.

Напријед анализирано рјешење представљало је дјелимични одраз рјешења које је први пут уведено Уставним законом од 1953. године. Њиме је Вијеће народа укинута као самосталан скупштински дом, али је било „уграђено“ у Савезно вијеће, јер је један дио његових посланика био биран у републичким скупштинама (и скупштинама аутономних јединица) и одлучивао је као посебно вијеће о одређеном броју питања.²² Није било потребе да овај модел буде примијењен у Уставу од 1974. године, али извјесна сличност је постојала. Она се није огледала у томе што би се дио делегата Савезног вијећа конституисао као вијеће народа, већ у томе што би о одређеним питањима Савезно вијеће одлучивало на основу интереса република и покрајина, посебном већином.

У састав Савезног вијећа улазили су и делегати друштвено-политичких организација, којих је било пет. Међу њима се налазила и једина, владајућа, политичка странка, али и масовне организације које су представљале различите друштвене групе. Представљеност ових организација није била спорна по себи. Могло би се тврдити да је Савез комуниста Југославије био привилегован, јер је био једина политичка организација којој је била гарантована представљеност у Савезном вијећу. Друге политичке организације нису ни постојале. Међутим, друштвено-политичке организације биле су политичке организације у ширем смислу, мада свакако не у смислу политичких странака. Да је постојала њихова аутономија, политички плурализам постао би стварност, мада не у смислу партијског политичког плурализма. Чак и да су друштвено-политичке организације наставиле да се крећу у идеолошко-политичким оквирима социјалистичког самоуправљања, што је у то вријеме било очекивано и неизбјежно, њихова мања или већа аутономија могла је значити релативну плурализацију политичког живота и стварање институционалних и организационих

²² Ј. Ђорђевић, (1976), 488.

претпоставки за стварање промјењивих већина и мањина. То би значило да Савезу комуниста не би био гарантован политички монопол.

Посредан избор делегата Савезног вијећа био је критикован, јер се сматрало да то рјешење није демократско, с чим се можемо сложити.²³ Оно није било ни уобичајено, јер се чланови доњег дома парламента увијек бирају непосредно. Сврха овог рјешења била је у томе да се омогући или олакша функционисање делегатског система. Идеја је била у томе да се омогући стварна правна и политичка веза између делегата и његове изборне базе. Како је та база била доста велика, у смислу броја бирача са којима је делегат требало да комуницира, сматрало се да ће то бити реалније уколико буде остварио контакт и сарадњу са делегацијама које су га предлагале и са општинским скупштинама, које су вршиле избор. Да су делегати заиста зависили од изборне базе, која би вршила дјелотворну контролу њиховог рада, посредан избор делегата био би мањи проблем, а можда уопште не би био споран.

Избор делегата Савезног вијећа у републикама и покрајинама такође није доказ конфедерализације Скупштине СФРЈ. Прво, Југославија је по Уставу од 1974. године постала изразито децентрализована федерација. У таквој држави, избор чланова федералног парламента у оквирима федералних јединица сасвим је логичан, јер изражава природу федералне државе и достигнути ниво самосталности федералних јединица. Друго, избор чланова федералног парламента у изборним јединицама које се образују унутар појединих федералних јединица типичан је и за федералне државе које су знатно чвршће и централизоване него што је Југославија била (Швајцарска, Аустралија, Мексико, Аргентина, САД, Бразил и др.).

Ипак, мора се признати да је била оправдана критика која је говорила о томе да начело народног суверенитета није било поштовано²⁴ (или да није било поштовано у пуној мјери), јер Савезно вијеће није било представништво грађана Југославије. Пошто је његова правна

²³ Треба обратити пажњу на чињеницу да су чланови Савезног вијећа, током највећег дијела постојања друге Југославије, по различитим уставним актима, бирали непосредно. Од 1950. године, они су бирали примјеном већинског система (М. Пајванчић, „Развој изборног права у Југославији“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 4–6/1999, 156–157).

Током припрема за доношење Устава и након његовог доношења, истичано је да је посредан избор делегата у складу са природом делегатског система, мада је, у правима о измјенама Устава у другој половини 1980-их година, овај став критикован и поново су изношени приједлози о непосредном избору делегата.

Амандманом XL, усвојеним 1988. године, предвиђено је да делегати Савезног вијећа буду бирали непосредно.

²⁴ Ј. Мирић, 26–27.

природа била хибридна, не би се могло рећи ни да оно то није било. Наиме, идеја народног суверенитета није била у основи Устава од 1974. године. По Уставу, суверенитет је припадао радничкој класи, радним људима и грађанима. У том смислу, грађани су били носилац суверенитета као самоуправљачи а не као апстрактни грађани. Тако треба разумјети уставна рјешења о Савезном вијећу које су чинили делегати бирани из реда делегација самоуправних заједница и организација (и друштвено-политичких организација). По једном мишљењу, које сматрамо основаним, Савезно вијеће је било вијеће делегата самоуправних институција.²⁵ Грађани као такви учествовали су, на посредан начин, у избору делегата Савезног вијећа, али они су чинили само један, и то мањи дио, ових делегата. У суштини, Савезно вијеће није било представничко тијело грађана Југославије, као заједнице уопште или, као федералне заједнице, па је било тешко одржати или развити осјећај заједништва. То, међутим, још увијек не значи да је Савезно вијеће било конфедерални орган.

Истицање републичко-покрајинских интереса у Савезном вијећу појачавао је начин избора делегата. Њега су проводиле кандидационе конференције Социјалистичког савеза радног народа, на нивоу република и покрајина.²⁶ Проблем са оваквим начином избора био је двострук. Први проблем тицао се ограничења демократског легитимитета, будући да је једна политичка организација усмјеравала изборни поступак. Тај проблем, међутим, није имао непосредне везе са темом којом се бавимо. Други проблем јесте имао везе са том темом, а односио се на чињеницу да су делегате претходно бирали органи политичке организације на нивоу република и покрајина, што значи да су републичко-покрајинске елите одлучујући утицај у изборном поступку. Тачно је да оне нису вршиле избор делегата, али скупштине општина, које су избор вршиле, биле су ограничене листама кандидата које су потврђивале кандидационе конференције на нивоу република и покрајина.

Поступак опозива делегата важан је за разумијевање природе скупштинских вијећа. Према члану 81 поменутог закона, поступак опозива делегата Савезног вијећа може да покрене било која делегација основне самоуправне заједнице или организације или друштвено-политичке организације, као и скупштина општине. Након спровођења сложеног поступка, о опозиву су одлучивале скупштине општина (сва њихова вијећа) из одређене републике или аутономне покрајине.

²⁵ Ј. Ђорђевић, (1976), 515.

²⁶ Вид. Закон о избору и опозиву делегата у Савезно вијеће Скупштине Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 10/1974, 5/1978 – пречишћени текст.

јине. Делегат је био опозван ако је тако одлучила већина делегата у скупштинама општина у којима је живјела већина радних људи и грађана републике или аутономне покрајине.

Опозив се спроводио на територији републике или аутономне покрајине. Њега није спроводила републичка или покрајинска скупштина,²⁷ него су одлуку доносиле скупштине општина. Притом, ставови и интереси једног броја скупштина општина нису морали бити сагласни са ставовима и интересима других скупштина општина, нити са ставовима републичке односно покрајинске скупштине, које формално нису учествовале у поступку опозива.

На крају, при оцјени начина рада Скупштине СФРЈ, која је била специфична и неупоредива са рјешењима садржаним у другим федералним уставима, треба узети у обзир још нешто. Идеја уставотворца, не само кад је ријеч о односима република и покрајина него и начелно, била је да се превазилази одлучивање засновано на прегласавању, на већинском принципу. Идеја споразумијевања и договарања требало је да представља срж рада свих органа а не само Скупштине или њеног Вијећа република и покрајина. Идеја договарања снажно је дошла до изражаја у Савезном вијећу, у коме су делегати имали флексибилни а не строго императивни мандат, што је проистицало из тежње уставотворца да омогући њихово договарање иако су добијали смјернице за рад од својих делегатских база.

У том смислу, треба бити опрезан приликом квалификовања специфичности начина рада Скупштине СФРЈ и њених вијећа као елемената конфедерализма. Аутори који полазе од класичне теорије федерализма могу доћи у искушење да виде више елемената конфедерализма у начину рада овог органа него што их је Устав прописивао. Сматрамо да овакви закључци, иако нису неосновани, треба да буду релативизовани, када се разумије природа делегатског система и идеја договарања и споразумијевања као једно од темељних обиљежја политичког и уставног система у цјелини.

Подвлачимо да је посебно питање како су се политички процеси заиста одвијали. Устав је стварао могућност да Скупштина СФРЈ заснује свој рад на принципу консензуса као основном или доминантном и да елементи конфедерализма на тај начин постану много снажнији него што је то проистицало из уставног текста. То је, међу-

²⁷ Поступак се, додуше, није могао спровести без сагласности кандидационе конференције, која је била политичко тијело на нивоу републике односно покрајине, тако да је републички или покрајински политички субјект учествовао у поступку опозива и могао га је окончати прије него што би се дошло до последње фазе – изјашњавања скупштина општина.

тим, била ствар политичке динамике, тј. односа политичких елита у Југославији и није нужно произлазила из уставних норми.²⁸

У литератури је истицано мишљење да су уставна рјешења спречавала Скупштину СФРЈ да доноси одлуке ако су јој се противили делегати из једне федералне јединице.²⁹ Посматрајући уставна рјешења у цјелини, овај закључак је дјелимично тачан. Међутим, он је нетачан кад се формулише на овако изричит начин и кад се узима у обзир само један сегмент рада и одлучивања Скупштине СФРЈ. Политичко и политиколошко питање је да ли би и да ли је Скупштина СФРЈ дјеловала на такав начин, али чињеница је да је Устав није „тјерао“ на то. То је било важно за Савезно вијеће, а у погледу дијела надлежности и за Вијеће република и покрајина.

2.2. Начин одлучивања скупштинских вијећа

Веће недоумице јављају се приликом анализе начина одлучивања скупштинских вијећа. То је мање био случај са Савезним вијећем, које је одлучивало гласовима већине делегата на сједници којој присуствује већина од укупног броја његових чланова.³⁰ Овакав начин одлучивања уобичајен је за „доњи дом“ парламента, чак и у федералним државама, и не садржи било шта конфедерално у себи.

Поставља се питање да ли је проблем представљала друга одредба, садржана у истом члану Устава, којом је предвиђен посебан поступак одлучивања Савезног вијећа у случајевима кад то захтијева већина делегата из једне републике или аутономне покрајине, уколико се ради о питању од општег интереса за републику или покрајину, или за равноправност народа и народности.³¹

²⁸ Г. Марковић, *Седамнаест теза о Уставу СФРЈ од 1974. године*, Интернет магазин *Нови Пламен*, <https://www.noviplamen.net/glavna/17-teza-o-ustavu-sfrj-od-1974-godine/>

²⁹ V. Dimitrijević, *The 1974 Constitution as a Factor in the Collapse of Yugoslavia or as a Sign of Decaying Totalitarianism*, EUI Working Paper RSC No. 94/9, European University Institute, Florence, 1994, 12.

Неки аутори су истицали да је одлучивање на савезном нивоу, у принципу, било засновано на консензусу. – G. A. Potts, 302.

³⁰ Устав СФРЈ, чл. 294.

³¹ Неки аутори су тврдили да су републике и покрајине имале слободу да оцијене да су питања о којима је Савезно вијеће одлучивало таква да је посебна процедура била оправдана. – V. Dimitrijević, 20.

Треба бити опрезан при доношењу оваквог закључка. Делегати у Савезном вијећу нису примали упутства од републичких или покрајинских скупштина, јер оне их нису бирале. Самим тим, републике и покрајине нису могле да формално дају обавезујуће смјернице делегатима у смислу покретања овог посебног поступка одлучивања. Да ли су то могле да ураде фактички, политичким средствима, друго је питање. Та мо-

Уставом није прописан овај посебан поступак, него је препуштено Савезном вијећу да га уреди својим пословником. Пошто је у питању поступак одлучивања скупштинског вијећа, питање је требало да буде уређено Уставом, као што је тај поступак био уређен овим актом у својој основи.

Овај посебан поступак одлучивања није уводио консензуално одлучивање у Савезно вијеће. Оно је доносило одлуку истом већином којом је редовно одлучивало, с тим што је поступак одлучивања имао више фаза, у којима је требало покушати ријешити спорно питање укључивањем већег броја субјеката у расправу о њему.³²

Елементи конфедерализма били су присутни у погледу начина одлучивања Вијећа република и покрајина. Прије свега, да би ово вијеће могло да одлучује, сједници су морале да присуствују делегације свих република и покрајина и већина делегата чланова Вијећа.³³ Оно је доносило неке одлуке већином гласова присутних делегата. То су питања о којима је Вијеће одлучивало равноправно са Савезним вијећем и о другим питањима за која није предвиђен посебан начин одлучивања.³⁴ Радило се о питањима која се нису тичала обликовања политика,³⁵ али нека од њих су била политички важна, као што су избор Савезног извршног вијећа, савезних секретара и других функционера и Уставног суда Југославије, као и савезног друштвеног правобраниоца самоуправљања и савезног јавног тужиоца. Посебно важно питање био је избор Савезног извршног вијећа, за шта није захтијевана сагласност свих република и покрајина. Да је интенција уставотворца била конфедерализација савезних институција, ове одлуке би сигурно биле доношене консензусом, јер радило се о озбиљним политичким питањима.

гућност несумњиво је постојала, имајући у виду чињеницу да су ови делегати, скоро у цијелости, припадали владајућој партији, па су могућности политичког условљавања њиховог дјеловања постојале. То је било негативно обиљежје уставног система по више основа и уставотворац је могао и морао да има на уму да то може довести до конфедералистичких црта у раду Савезног вијећа. Уколико би се то догодило или догађало, значило би да је постојала напетост, чак и супротност, између уставне норме и политичке праксе.

³² Вид. А. Фира, 394.

³³ Ово рјешење није било оправдано јер је могло да доведе до блокаде рада вијећа. Било је довољно да се једна делегација не појави, па да Вијеће република и покрајина не може да одлучује. Није у складу са природом федералне државе да једна федерална јединица може да блокира рад једне федералне институције.

³⁴ Устав СФРЈ, чл. 295.

³⁵ Изузетак је представљала ратификација међународних уговора који захтијевају измјену важећих или доношење нових републичких и покрајинских закона.

С друге стране, Вијеће република и покрајина доносило је одређене одлуке сагласношћу делегација свих република и покрајина. У питању су биле одлуке које су доношене на основу сагласности скупштина република и покрајина. Радило се о широком спектру питања која су се односила на економску политику у ширем смислу (на примјер, друштвени план Југославије, монетарни систем, емисија новца, девизни систем, спољнотрговински промет, кредитни и други економски односи са иностранством, царинска и ванцаринска заштита, кредитирање бржег развој недовољно развијених република и покрајина, и др. питања).³⁶ Радило се, дакле, о питањима од изузетног значаја. Интенција уставотворца била је да спријечи политичке сукобе, који би могли да се јаве уколико би републике (и покрајине) имале различите, па и супротне, економске интересе, који не би могли да се усклађују на темељу компромиса. Уставотворац је сматрао да би компромис био немогућ ако би одлуке о овим питањима биле доношене прегласавањем. Тај став је могао бити погрешан, али тешко да би се могло тврдити да је заузет зато што је постојала намјера да држава буде конфедерализована.

Уставотворац је разумио да овакав поступак одлучивања може да доведе до озбиљних проблема уколико републике и покрајине не буду у стању да постигну консензус. Стога, предвидио је могућност доношења закона о привременим мјерама, али је поступак његовог доношења био сувише сложен. Прво, било је потребно да Савезно извршно вијеће сматра да закон о привременим мјерама треба да буде донесен. Друго, оно је требало да поднесе иницијативу Предсједништву СФРЈ, које је требало да се сагласи са доношењем привремене мјере. Треће, Савезно извршно вијеће би након тога сачинило приједлог закона и поднијело га Скупштини СФРЈ. Четврто, за доношење оваког закона била је потребна двотрећинска већина укупног броја делегата у Вијећу република и покрајина. Пето, уколико закон не би могао бити усвојен двотрећинском већином у Вијећу република и покрајина, Предсједништво СФРЈ могло је прогласити да се закон примјењује на привременој основи ако за њега гласа већина од укупног броја делегата у овом вијећу.

Као што видимо, за доношење закона о привременим мјерама била је потребна сагласност три институције, што је било тешко постићи. Осим тога, тражила се квалификована већина у Вијећу република и покрајина. Уставотворац је желио да на овај начин помири два циља – да заштити (прије свега, економске) интересе република и покрајина, али и да спријечи блокаду процеса одлучивања у Скупштини

³⁶ Вид. Устав СФРЈ, чл. 286, ст. 1.

СФРЈ која би могла да има штетне посљедице. Питање је да ли је обезбиједио равнотежу ових циљева, или је предност дао интересима република и покрајина.

Истакнута улога Предсједништва СФРЈ у поступку доношења овог закона искључивала је конфедерални карактер поступка одлучивања. Конфедерализам значи да чланице конфедерације могу да спријече доношење одлуке с којом нису сагласни. Историја познаје примјере да су конфедералне диете доносиле неке одлуке квалификованом већином. Међутим, овдје случај није био такав. Иако је Вијеће република и покрајина доносило поменуте законе квалификованом већином, Предсједништво је могло да прогласи привремени закон чак и ако квалификована већина није постигнута. Тешко да би се то могло назвати конфедерацијом.

2.3. Еволуција

Очигледна је еволуција Скупштине СФРЈ у поређењу са ранијим уставним рјешењима. Након увођења самоуправљања, оба уставна акта (из 1953. и 1963. године) одражавали су ту чињеницу у структури савезне скупштине. Према Уставном закону од 1953. године, у њеном саставу налазило се Вијеће произвођача, а према Уставу од 1963. године четири вијећа радних заједница. На тај начин, самоуправљање је на непосредан начин нашло своје мјесто у структури савезне скупштине. Осим тога, суштински важно је то што је радничка класа имала своје представничко тијело на федералном нивоу и што је, одлучујући у њему посредством својих представника, могла да штити своје интересе на федералном нивоу, који су били заједнички или јединствени интереси а не скуп републичко-покрајинских интереса.

Према Уставном закону од 1953. године, посланике у Савезно вијеће грађани су бирали непосредно. Они су били посланици а не делегати. Разлика није само терминолошка. Посланици су могли да буду опозвани, али Уставни закон није предвиђао њихов везани мандат, тако да није био развијен механизам по коме би посланици били у сталној или повременој вези са бирачима, од којих би примали обавезујућа упутства за рад. Стога, њихов непосредан избор је, организационо-технички посматрано, могао да буде реализован без икаквих тешкоћа. Устав од 1963. године уводио је комбинован начин избора посланика Савезног вијећа. Они су бирали непосредно од грађана и

посредно од стране општинских скупштина.³⁷ Ово рјешење представљало је прелазну фазу ка посредном избору делегата Савезног вијећа. Међутим, начин избора делегата по себи нема везе са промјеном природе облика државног уређења. Посредан избор био је израз увођења делегатског система а не конфедерализације Скупштине СФРЈ.

Савезно вијеће је до 1974. године било општепредставничко тијело. У њему су били представљени грађани као такви, као апстрактне јединке. У првим уставним актима било је прописано да се један посланик бира на одређен број бирача, што је класично рјешење. Ниједан уставни акт до 1974. године, чак и кад је предвиђао избор посланика у општинским скупштинама, није прецизирао да их бирају општинске скупштине у републичким границама, тако да је постојала могућност да их бирају општинске скупштине из исте републике или из различитих република. Устав од 1974. године је прецизирао да се делегати бирају у републикама и покрајинама, чиме је ојачао федерално начело. Осим тога, промијенио је природу Савезног вијећа, па га је претворио у делегатско тијело у коме су своје делегате имале самоуправне организације и заједнице. Оно, дакле, више није било општепредставничко тијело у том смислу што би га бирали грађани као апстрактне јединке.³⁸ Ипак, грађани су, мада посредно, учествовали у његовом избору као носиоци самоуправних права, између осталог и према мјесту живљења.

Неки аутори су истицали да је Уставом од 1974. године извршена „реструктуализација“ Скупштине СФРЈ, која није одговарала познатом развоју федерализма у свијету, и да је Савезно вијеће промијенило своју природу.³⁹ Оно је постало „делегација радничке класе и радних људи СФРЈ“.⁴⁰

³⁷ Кандидат је прво морао да буде изабран у једној или више скупштина општина, а потом и од стране већине бирача изборне јединице. – Устав СФРЈ од 1963, године, чл. 169, ст. 1.

³⁸ Овакав приступ (не)представљености грађана као апстрактних јединки може се бранити или оспоравати, у зависности од теоријских и идеолошких преференција аутора. Међутим, треба разумјети да је интенција уставотворца и била у томе да грађани не буду представљени као апстрактне јединке, зато што они то и нису у стварном, друштвеном и политичком, животу. Они су припадници различитих друштвених група и као такви имају сасвим конкретне, групне и појединачне, интересе. – Г. Марковић, *Уставно питање у другој Југославији. IV дио. Од Повеље самоуправљања до партијског само-управљања*, Интернет магазин Нови Пламен, <https://www.noviplamen.net/glavna/ustavno-pitanje-u-drugoj-jugoslaviji-iii-dio-od-povelje-samoupravljanja-do-partijskog-samo-upravljanja/>.

³⁹ Ј. Ђорђевић, (1976), 492–493.

⁴⁰ Исто, 492.

Формално, Савезно вијеће заиста је било „делегација радничке класе и радних људи“. Међутим, оно није било само то, јер у њему су своје делегате имали и грађани и друштвено-политичке организације. Савезно вијеће је, дакле, било плурална делегација радничке класе и радних људи, грађана и политичких елита. Ова тврдња је важна за разумијевање начина одлучивања делегата и, с тим у вези, њиховог понашања као делегата самоуправних делегација или делегата република и покрајина. Видјели смо да је Устав начелно остављао могућност за претварање Савезног вијећа у друго вијеће република и покрајина. Међутим, то није могао да постане редован начин понашања и одлучивања овог вијећа, осим ако би уставна одредба била коришћена у том правцу и са тим циљем, а Савезно вијеће претворено у скупштински дом који доминантно одлучује о питањима од посебног интереса за републике и покрајине.

Други проблем потенцијално је могао да буде већи, а није непосредно проистичао из уставне одредбе. Односио се на стварно понашање делегата. То што су они били бирани у републикама и покрајинама није нужно значило да ће приликом одлучивања давати предност интересима својих република и покрајина над интересима федералне државе. Заправо, пошто су они били делегати, теоријски посматрано, требало је да, на основу флексибилног мандата, полазећи од ставова својих делегација, усклађују интересе са другим делегатима, и на тај начин доносе одлуке. Замисао је била у томе да се усклађују парцијални и федерални интереси. Пошто су делегати били чланови Савезног вијећа, од њих се по природи ствари очекивало да воде рачуна о федералним интересима. С друге стране, пошто су били бирани из реда својих делегација, од њих се очекивало, и формално-правно и практично-политички, да воде рачуна о интересима своје базе, а то су увијек парцијални интереси. Делегати су, дакле, морали да раде на усклађивању посебних и заједничких интереса. Притом, посебни интереси нису били одређени као републички или покрајински, већ као интереси њихових делегатских изборних база. Да ли би у томе могли да успију, уставотворац није могао да зна унапријед. Ипак, чињеница је да Устав, осим у посебним случајевима, није захтијевао квалификовано одлучивање Савезног вијећа, него се ограничавао на већинско одлучивање.

Еволуција је била изразита и, по нашем мишљењу, негативна у погледу прописивања поступка уставне ревизије. Елементи конфедерализма овдје су били присутни. Чланом 398 Устава СФРЈ прописано је да о промјени Устава одлучују Савезно вијеће Скупштине СФРЈ и скупштине свих република и аутономних покрајина. На овом мјесту говоримо о „елементима конфедерализма“ из два разлога. Прво, да је

овакав начин промјене Устава био чисто конфедерални, Савезно вијеће не би учествовало у поступку. О промјени Устава одлучивале би само скупштине република и аутономних покрајина. Друго, конфедералистички приступ састојао се у томе што су се о промјени Устава морале сагласити све федералне јединице, па и више од тога, јер је била потребна сагласност и аутономних покрајина.

Разлог за прихватање овог, дјелимично конфедералистичког, поступка промјене Устава треба тражити у политичким приликама у земљи и приоритету интереса република и покрајина, који је тада дошао до изражаја. Устав је представљао израз компромиса република и покрајина, а промјена уставних рјешења подразумијевала је нови компромис. Унапријед се није могло знати да ли би такав компромис био могућ у будућности, а промјена Устава на темељу прегласавања, макар и квалификованом већином, сматрана је потенцијалном политичком опасношћу. Ово рјешење имало је своје наличје и било је препрека за могућу реформу југословенске федерације. Наиме, било је тешко постићи сагласност свих република и покрајина о промјени Устава, барем кад је ријеч о појединим сегментима уставне материје.⁴¹

Осим скупштина република и покрајина, приједлог да се приступи промјени Устава могли су да поднесу и: најмање тридесет делегата (без обзира на то из којих република и покрајина су долазили), Предсједништво СФРЈ и Савезно извршно вијеће. Ова одредба указивала је на то да поступак промјене Устава није био сасвим конфедерализован, будући да је приједлог могао потицати од федералних институција, као и од делегата који нису били из исте федералне јединице.

Претходни уставни акти предвиђали су типично федерално рјешење у погледу своје промјене. Устав СФРЈ од 1963. године мијењан је двотрећинском већином чланова Савезног вијећа и Вијећа народа, док скупштине република и покрајина нису учествовале у овом поступку.^{42 43} Устав је мијењан, дакле, у Савезној скупштини, што је

⁴¹ Овај закључак парадоксалан је само на први поглед, имајући у виду да је на Устав усвојено 48 амандмана. Тако велики број амандмана усвојен је у два наврата, 1981. и 1988. године. Док је прва група амандмана дорађивала економски и политички систем, без битнијих измјена, амандмани из 1988. године већ су наговјештавали озбиљније промјене системе. Ипак, није доведена у питање концепција федерације нити достигнути степен самосталности република и покрајина, а та питања долазила су у ред најважнијих и најспорнијих.

⁴² Устав СФРЈ од 1963. године, чл. 210–214.

⁴³ Недостатак овог рјешења, који није имао везе са федерализмом, био је у томе што вијећа радних заједница нису учествовала у доношењу одлуке о промјени Устава. Она су учествовала у ревизионом поступку на тај начин што су давала мишљење о предложеним промјенама, али одлуку нису доносила.

одговарало федералном начелу. Слично је било са Уставним законом од 1953. године, с том разликом што су устав равноправно мијењали Савезно вијеће и Вијеће произвођача, тропетинском већином чланова сваког вијећа.⁴⁴ Према Уставу ФНРЈ од 1946. године, о промјени Устава одлучивали су Савезно вијеће и Вијеће народа равноправно, апсолутном већином чланова оба вијећа.⁴⁵

3. ПРЕДСЈЕДНИШТВО СФРЈ – КОЛЕКТИВНИ ШЕФ ДРЖАВЕ И ЗАЈЕДНИЧКИ ОРГАН ФЕДЕРАЛНИХ ЈЕДИНИЦА

Предсједништво СФРЈ имало је значајну улогу по Уставу од 1974. године. Временом је мијењало састав, јер је, по амандманима на Устав од 1963. године, било бројније,⁴⁶ а по Уставу од 1974. године имало је девет чланова – по једног из сваке републике и аутономне покрајине и предсједника Савеза комуниста Југославије.⁴⁷ ⁴⁸ Предсједништво није било изричито одређено као шеф државе, мада тако није био одређен ни предсједник Републике по Уставу од 1963. године. Кад се анализирају његове надлежности, нема сумње да је оно било шеф државе, како су га одређивали и аутори у то вријеме.⁴⁹

Ипак, ова вијећа имала су право вета. Чак и ако су амандмани усвојени у Савезном вијећу и Вијећу народа, три (од четири, колико их је било) вијећа радних заједница могла су да уложе вето. У том случају, о амандманима су се изјашњавали грађани на референдуму и они су могли бити усвојени само ако их прихвати већина од укупног броја бирача у Југославији.

⁴⁴ Уставни закон од 1953. године, чл. 23 и 34.

⁴⁵ Устав ФНРЈ од 1946. године, чл. 72.

⁴⁶ Идеја је била у томе да Предсједништво буде ауторитативни орган федерације који ће, како својим надлежностима тако и политичким ауторитетом произашлим из свог састава, моћи да допринесе стабилности федералне државе. Стога, било је предвиђено да Предсједништво има 23 члана, по три из сваке републике и по два из аутономних покрајина, уз предсједника Тита као сталног члана. Кад се погледа персонални састав Предсједништва, види се да су у њега неријетко бирани неки од најутицајнијих припадника савезне политичке елите.

⁴⁷ Девети члан био је, по нашем мишљењу, споран зато што је тиме дат превелик значај владајућој партији, која је, углавном неуспјешно, настојала да се представи као руководећа и усмјеравајућа идејно-политичка снага а не као владајућа партија. Чланство њеног предсједника у Предсједништву имало је практично-политичке разлоге. Оно је требало да олакша или омогући рјешавање спорних ситуација које би се појавиле уколико би интереси република и покрајина били толико супротстављени, да се спорна ситуација не би могла ријешити без посредника.

⁴⁸ За нашу тему није од посебног значаја, али корисно је напоменути да је амандманом IV на Устав прописано да ће девети члан Предсједништва бити предсједник органа СКЈ утврђен Статутом СКЈ.

⁴⁹ За одређење Предсједништва као државног поглавара, вид. В. Мратовић, Н. Филиповић, С. Сокол, 496; А. Фира, 404; М. Пајванчић, „Прилог расправи о колектив-

Одређење Предсједништва као колективног шефа државе искључивало је могућност његовог разумијевања као превасходно или искључиво конфедералног органа. У литератури је истицано да је оно имало политичко-усмјеравајућа и извршна овлашћења.^{50 51}

Његова уставна улога била је, у основи, одређена двојако: да представља СФРЈ у земљи и иностранству и да усклађује заједничке интересе република и покрајина, „у складу са њиховом одговорношћу у остваривању права и дужности федерације“.⁵² Ова друга функција Предсједништва „одисала је конфедерализмом“, мада није нужно била конфедерална. Тврдња је противрјечна, али таква је била и природа Предсједништва. Оно није усклађивало заједничке интересе република и покрајина уопште, већ у мјери у којој су оне учествовале у остваривању права и дужности федерације. Иако треба водити рачуна о интересима федералних јединица при остваривању права и дужности федералне државе, уставотворац је отишао предалеко када је одредио да Предсједништво треба да усклађује заједничке интересе република (поготово покрајина!) у остваривању права и дужности федерације. Иако није спорно да федерација треба да води рачуна о интересима својих саставних дијелова, она може да остварује своја права и дужности чак и тако што се не би обазирала на интересе сваке федералне јединице појединачно. Чак би могла да оствари своја права и дужности и супротно интересима појединих федералних јединица. Утолико је ова уставна дефиниција Предсједништва „одисала конфедерализмом“.

Међутим, „олакшавајућа околност“ за уставотворца налазила се у томе што Уставом није одређено да Предсједништво доноси одлуке искључиво, чак ни првенствено, на основу усаглашених ставова и усклађених интереса република и покрајина. Ако обратимо пажњу на слово Устава, нећемо наћи у његовом тексту одредбу по којој Предсједништво заснива свој рад само или првенствено на консензусу република и покрајина. Начини одлучивања могли су се разликовати и разликовали су се у зависности од типа одлуке, а и мијењали су се током година.

Штавише, у Уставу није писало да су чланови Предсједништва представници својих република и покрајина. Нема сумње у то да су они водили рачуна о ставовима оних који су их бирали, а то су репу-

ном раду и одлучивању Председништва СФРЈ“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 13/1979, 265.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ По једном мишљењу, Предсједништво је било државни поглавар и орган друштвено-политичке координације. – Ј. Срук, 131.

⁵² Устав СФРЈ од 1974. године, чл. 313, ст. 2.

бличке и покрајинске скупштине. Није било изричите норме о томе да су морали да поступају тако. Међутим, републичка односно покрајинска скупштина одлучивала је о разрешењу члана Предсједништва коме је функција престајала прије истека мандата. Ово је значило да је републичка односно покрајинска скупштина разрјешавала члана Предсједништва кад му престане мандат прије истека времена на који је биран, мада у самом Уставу нису наведени случајеви у којима се то дешава, па није изричито наведен ни случај престанка мандата услед опозива члана Предсједништва. Тумачењем ове уставне одредбе долазимо до закључка да су чланови Предсједништва ипак морали да дјелују у складу са ставовима своје изборне базе, јер су у супротном ризиковали да буду опозвани.

Кад је у питању дух Устава, како год га разумјели, тј. како год схватили интенције уставотворца, не можемо наћи поуздане доказе за тврдњу да је уставотворац желио да Предсједништво одлучује консензусом. Та могућност, додуше, није искључена, али уставотворац је, по свему судећи, препустио Предсједништву да својим актом одреди начин одлучивања. Уставом је било изричито прописано да Предсједништво ради на основу усаглашавања ставова својих чланова. Изгледало би да то значи да оно одлучује консензусом. Међутим, ова одредба може да буде схваћена и као тенденција, као намјера да у Предсједништву нема прегласавања. Да је тако, закључујемо на основу следеће одредбе, којом је било прописано да Предсједништво одлучује на начин утврђен својим пословником о раду. Консензус, дакле, није био прописан као основни, поготово не као искључиви, начин одлучивања овог органа, али није била ни искључена могућност његове примјене.

Пословником о раду Предсједништва СФРЈ⁵³ прописано је (чл. 42–46) да оно одлучује већином гласова својих чланова или двотрећинском већином свих чланова. Први начин одлучивања је основни, док је Предсједништво одлучивало двотрећинском већином о неким важним и осјетљивим политичким питањима, као што су, на примјер, давање сагласности да се донесе закон о привременим мјерама, утврђивање приједлога да се приступи промјенама Устава, утврђивање приједлога да се одложи доношење закона или другог прописа у Скупштини СФРЈ, утврђивање приједлога кандидата за предсједника Савезног извршног вијећа.⁵⁴

⁵³ *Службени гласник СФРЈ*, бр. 6/1981.

⁵⁴ Начин одлучивања Предсједништва временом се мијењао. – О томе: М. Пајванчић, (1979), 271.

Овакав начин одлучивања имао је двоструку функцију. Прво, требало је да обезбиди широку сагласност република и покрајина приликом доношења важних и осјетљивих политичких одлука. Жеља да се спријечи прегласавање и да одлуке буду доношене консензусом (мада се он није захтијевао) била је присутна. Друго, постојала је свијест о томе да треба рационализовати поступак одлучивања и омогућити доношење одлука, како би се избјегле ситуације у којима је одлучивање немогуће зато што би консензуално одлучивање водило блокади.

Кад се анализирају надлежности Предсједништва, долази се до закључка да то нису надлежности конфедералног органа. Оно је било највиши орган командовања и руковођења оружаним снагама, о чему није одлучивало консензусом. На страну што би такав начин одлучивања био погубан, јер би се врло лако могло десити да Предсједништво не може да доноси одлуке у случају ратног стања или стања непосредне ратне опасности. Конфедерализација Предсједништва сигурно би морала водити најмање неком облику квалификованог одлучивања о питањима одбране, јер федералне јединице (или државе-чланице?) не би биле спремне да прихватају овакве одлуке Предсједништва доношене већином гласова његових чланова.

Предсједништво је имало право да предлаже Скупштини СФРЈ утврђивање унутрашње и спољне политике и доношење закона и других аката. Те надлежности су типичне за шефа државе коме је намијењена активна а не церемонијална улога. Таква овлашћења не може да има конфедерални орган. Такав орган посебно не би могао да буде овлашћен да доноси уредбе са законском снагом. Истина је да је Предсједништво било овлашћено да их доноси само у случају непосредне ратне опасности или ратног стања. Имајући у виду њихову садржину, оне су чак у одређеним случајевима могле да имају уставну снагу.⁵⁵ Конфедерални орган не би могао да има тако снажна овлашћења.

Овлашћења Предсједништва у његовим односима са Скупштином СФРЈ и Савезним извршним вијећем такође су указивала на то да ово није био конфедерални орган. Оно је могло да утиче на рад скупштинских вијећа и да их ограничава у вршењу законодавне функције. Осим што је то значило нарушавање (или напуштање) принципа скупштинске владавине, значило је значајну позицију Предсједништва у односу са Скупштином, јер оно је могло да утиче на њен рад, док она није могла да утиче на његове чланове (на примјер, да их опозове), док је имала традиционална средства утицаја (доношењем за-

⁵⁵ В. Мратовић, Н. Филиповић, С. Сокол, 497.

кона и буџета). Улога Предсједништва посебно је била значајна онда када се оно не би могло усагласити са надлежним вијећем Скупштинине (а то је могло да буде и Вијеће република и покрајина) о усвајању политике или доношењу закона. Ако сагласност не би могла да буде постигнута ни након спроведеног поступка усаглашавања, надлежно вијеће Скупштине било би распуштено. Истина је да би истовремено престао мандат Предсједништву, али свеједно би оно могло да изврши притисак на вијеће које је типично представништво република и покрајина, чак и да изазове његово распуштање, што не би могло да представља обиљежје конфедерације.

Начин избора Предсједништва указивао је више на то да је у питању заједнички орган република и покрајина него орган федерације (што још увијек не значи да то није био орган федерације!). Наиме, чланове Предсједништва бирале су скупштине република и аутономних покрајина, док је Скупштина СФРЈ проглашавала њихов избор. За свој рад одговарали су скупштинама које су их бирале и које су могле да их опозиву прије истека мандата. На први поглед, ово је био елемент конфедерализма, мада не нужно, нити је само ово његово обиљежје могло да одреди његову природу. Упоредно посматрано, видјели смо да постоје органи федералних држава чији чланови су типични агенти својих федералних јединица и навели смо примјер Бундесрата. Осим тога, понашање чланова Предсједништва одређивало је његово функционисање и значај за федерацију и федералне јединице. Тешко би се могло тврдити да би се и да су се најистакнутији припадници југословенске политичке елите понашали као представници својих република и покрајина. То није важило само за прве сазиве Предсједништва, чији члан је био и Тито, него и за касније, када су чланови Предсједништва били припадници политичке елите који су долазили из република и покрајина, али су имали озбиљне и дуге каријере у савезном државном и/или партијском руководству.

Занимљиво питање је да ли је Скупштина СФРЈ имала правну обавезу да потврди избор чланова Предсједништва. Језичко тумачење ове одредбе указивало је на то да је Скупштина могла да одлучи да не прогласи избор чланова Предсједништва. У Уставу није писало да је она била дужна да прогласи избор. Писало је да она „проглашава“ избор. Одредба је могла бити тумачена и тако да Скупштина није морала да прогласи избор ако није била сагласна с њим.

Питање је да ли би овакво тумачење било у складу са сврхом ове одредбе. Ако су скупштине република и аутономних покрајина бирале чланове Предсједништва, требало је да имају слободу при њиховом избору. Та слобода била би ограничена уколико би Скупштина СФРЈ била овлашћена да одбије проглашење избора једног или више члано-

ва Предсједништва. Не би имало много смисла да Устав да ово право скупштинама република и покрајина, а да им га суштински ограничи допуштајући напријед речено овлашћење Скупштине СФРЈ. То би онда значило да су скупштине република и покрајина биле ограничено самосталне при избору чланова Предсједништва, тачније да суштински нису биле самосталне, јер самосталност која је условљена сагласношћу федералне скупштине и није самосталност.

Овлашћење Скупштине СФРЈ да прогласи избор чланова Предсједништва треба схватити тако да је уставотворац желио да укључи Скупштину у поступак избора Предсједништва, али да није хтио да је овласти да онемогући већ извршени избор у републичким и покрајинским скупштинама.

4. САВЕЗНО ИЗВРШНО ВИЈЕЋЕ КАО ВЛАДА

Савезно извршно вијеће (СИВ) било је типичан извршни орган Скупштине СФРЈ. Она је вршила извршну власт посредством њега. Оно је, између осталог, било одговорно Скупштини за спровођење политике и извршавање савезних закона,⁵⁶ што није обиљежје конфедералног органа. Припадало му је право законодавне иницијативе, које је оно користило отприлике онолико колико владе у парламентарном систему.

У погледу његове извршне функције, постојала су два специфична рјешења, која су указивала на изузетну улогу коју је уставотворац дао републикама и покрајинама у уставном систему. Прво, СИВ је самостално остваривао право законодавне иницијативе. Одлучивао је о томе да ли ће и када предлагати законе и какав ће бити садржај тих приједлога. Републике и покрајине га нису могле ограничавати у том погледу, а његови чланови нису били републичко-покрајински делегати. Ипак, постојала је једна специфична ситуација, која се односила на предлагање закона и других аката које је Вијеће република и покрајина доносило на основу републичко-покрајинске сагласности. Савезно извршно вијеће је приликом подношења ових приједлога сарађивало са извршним вијећима република и покрајина.⁵⁷ Међутим, оно није имало никакву правну обавезу према овим извршним вијећима у смислу садржине поднесеног приједлога. Сарадња није значила да је СИВ морао да усагласи садржај приједлога са републичко-покрајинским извршним вијећима, тако да није био правно везан њиховим ставовима и приједлозима.

⁵⁶ Устав СФРЈ, чл. 346, ст. 2.

⁵⁷ Устав СФРЈ, чл. 354.

Друго, постојала је специфичност и у погледу извршавања савезних закона и других прописа. Оно је било у надлежности СИБ, али уз једну посебну ситуацију кад се радило о законима које је Вијеће република и покрајина доносило, ако је у тим законима и другим прописима било предвиђено усаглашавање ставова. Савезно извршно вијеће доносило је прописе за извршавање таквих закона или других општих аката уз сагласност републичких и покрајинских извршних вијећа. Ово се може сматрати елементом конфедерализма, мада то не значи да је СИБ био конфедерални орган. Напријед наведена врста прописа за извршење закона и других општих аката није била типична, тиме ни најчешћа, врста прописа које је СИБ доносио с циљем извршавања закона. Она је била у вези са природом закона које требало извршити. Чим су закони доношени уз сагласност републичких и покрајинских скупштина, уставотворац је сматрао да је њихова сагласност потребна за извршење таквих закона.

Уставотворац је, међутим, регулисао шта ће се догодити ако ова сагласност не буде могућа. Савезно извршно вијеће могло је да предложи Предсједништву СФРЈ доношење прописа о привременим мјерама. Ако би се Предсједништво сагласило, СИБ би донио тај пропис већином гласова својих чланова, али могао је да важи најдуже годину дана. Током те године дана, СИБ је настојао да постигне сагласност са републичким и покрајинским извршним вијећима о пропису за извршење закона или другог општег акта.

Уставом није било прописано шта би се догодило ако након протека годину дана није могло доћи до сагласности о доношењу прописа за извршење закона или другог општег акта. Дотад важећи пропис престајао би да важи, а Устав није забрањивао доношење новог привременог прописа, па би се могло закључити да је Савезно извршно вијеће, уз сагласност Предсједништва, могло да донесе нови пропис са привременим мјерама.

Тек се не може говорити о конфедерализму у погледу састава и начина избора Савезног извршног вијећа. Принцип паритета био је дјелимично примијењен. Чак да је био примијењен у цијелости, то не би био никакав доказ конфедералног карактера овог органа, био би доказ потпуне примјене федералног начела. Начело паритета по себи није конфедерално, нити је супротно идеји федералне државе. Управо супротно томе, ако из друштвено-политичких и историјских разлога постоји потреба да федералне јединице буду паритетно представљене у федералној влади (и другим федералним органима), да би сматрале да су на тај начин заштићени њихови интереси и равноправност, то значи да је федерално начело остварено у највећој мјери.

Да би се разумјела природа Савезног извршног вијећа, треба знати да су га чинили предсједник, бирани чланови и чланови по положају. Принцип паритета важио је само у погледу бираних чланова. Уставом је било прописано да су републике представљене равноправно, док су аутономне покрајине биле представљене на одговарајући начин („одговарајућа представљеност“). У састав СИВ улазили су савезни секретари и други савезни функционери у складу са законом и у погледу њихове републичко-покрајинске припадности није био потребан паритет.⁵⁸

Без обзира на то што је паритет био дјелимично примијењен у саставу СИВ-а, начин одлучивања је био типичан за било коју владу. Одлуке су доноше већином гласова присутних чланова, само изузетно већином од укупног броја чланова.⁵⁹ Чињеница да је СИВ требало да дјелује као оперативно-политички орган несумњиво је утицала на овакво рјешење, али она је истовремено уклањала сваку помисао на то да у његовом саставу и начину рада има елемената конфедерализма.

Савезно извршно вијеће бирала је Скупштина СФРЈ. Њена вијећа била су равноправна у овом поступку, што је одраз досљедне примјене федералног начела и нема никакве везе са конфедерализмом. Републичке и покрајинске скупштине могле су да утичу на избор путем својих делегација у Вијећу република и покрајина. Тај утицај је, међутим, био посредан и ограничен. Одлука није могла да буде донесена без сагласности Савезног вијећа. Осим тога, Вијеће република и покрајина није учествовало у доношењу одлука на основу сагласности републичких и покрајинских скупштина или на основу сагласности републичких и покрајинских делегација у њему. Одлуку је доносио највиши орган савезне власти, на основу своје унутрашње, властите политичке динамике.

5. ЗАКЉУЧАК

Природа државних органа, у овом случају политичких институција, прати природу облика државног уређења. Тако је у свим државама, па и у СФРЈ, по свим њеним уставима, укључујући Устав од 1974. године. Не може се разумјети уставно обликовање политичких институција ако се не разумију циљеви уставотворца у погледу природе облика државног уређења, али и цјелине политичког система. Грешка коју већина аутора чини огледа се у томе што занемарују ову везу, што значи да не посматрају Устав од 1974. године у друштвено-

⁵⁸ А. Фира, 414.

⁵⁹ Исто, 418.

политичком и историјском контексту, него полазе од ставова класичне теорије федерализма, које увијек зачињавају идеолошко-политичким ставовима. Са таквим приступом, неуспјех разумијевања природе савезних политичких институција гарантован је.

Обично се полази од тога да паритетан састав већине политичких институција, наглашена улога република у покрајина у процесу одлучивања, императивни мандат делегата и процес споразумијевања и договарања, представљају неоториве доказе о конфедерализацији државе и, сходно томе, о конфедералном карактеру политичких институција. Сматрамо да уставотворац није желио да изврши и није ни извршио конфедерализацију политичких институција. Он је добрим дијелом створио хибридне политичке институције. То значи да су оне у основи остале федералне, мада су извјесни елементи конфедерализма постојали. То, међутим, не значи да су те институције постале конфедералне, нити да су биле федерално-конфедералне. Оне су биле федералне, са извјесним конфедералним примјесима. Овај закључак не може се извести у погледу свих политичких институција. Он не важи за Савезно извршно вијеће ни за Савезно вијеће Скупштине СФРЈ. У извјесној мјери тачан је у погледу Вијећа република и покрајина Скупштине СФРЈ, мада ни оно није било конфедерални орган него заједнички орган република и покрајина. То је био орган једне до краја децентрализоване федерације, у којој је федерално начело доведено до крајњих граница, да би те границе у понечему биле и прекорачене. Ни Предсједништво СФРЈ није било конфедерални орган, већ је било федерални шеф државе и заједнички орган република и покрајина, без обзира на начин избора његових чланова.

Уставотворац је био у незавидној позицији. Требало је да повећа самосталност република и покрајина, прошири идеју споразумијевања и преговарања на федералне институције, а да истовремено сачува нужно потребан степен јединства и ефикасности у обликовању и извршавању политика и правног поретка. Отуд привидне недоследности у уставном устројству политичких институција. Није се радило о недоследностима, него о оригиналним уставним рјешењима. Она могу бити оправдавана или оспоравана, али двије ствари треба имати на уму. Прва ставр је да су уставна рјешења била одраз друштвене и политичке стварности. Ма колико да су поједини институти били нови, дотад непознати, у неким случајевима и незграпно називани, они су били израз једне конзистентне концепције уставног и политичког система. Чак и кад се та концепција некоме не допада (скоро увијек из идеолошко-политичких разлога), она не може бити одбацивана а да претходно не буде објашњено како и зашто је усвојена. Иسمијавати уставну концепцију због „основних организација удруже-

ног рада“, „самоуправних интересних заједница“ или „самоуправног споразумијевања и договарања“ неозбиљно је.

Друга ствар је да је уставотворац увео неке институте који су подсјећали на конфедерализам, иако то не мора да значи (а мислимо и да не значи) да је његова намјера била у томе да конфедерализује федерацију. То се види у цјелини уставне концепције политичких институција, јер уставотворац је чинио кораке напријед и назад. С једне стране, он је предвиђао типична федерална рјешења, док је, с друге стране, предвиђао нека рјешења која су асоцирала на конфедерализам, иако се, с политиколошке тачке, може тврдити да је овим рјешењима уводио елементе договарања и споразумијевања федералних јединица као политичког процеса а не као лабављења федерације. У пракси, лабављење федерације могло је, али није морало, да буде посљедица овакве уставне концепције. У првој деценији, па и дуже, након доношења Устава, федерација је функционисала стабилно, да би уставни механизми конфедерализације или споразумијевања и договарања (у зависности од тога како их ко разумије и објашњава) довели до кризе политичких институција тек у посљедњој фази друштвене, економске и политичке кризе.

Да би се могло говорити о конфедерализацији савезних политичких институција, претходно би се морало доћи до закључка да је федерација постала конфедерација. Не мислимо да је то Уставом урађено, мада Југославија више није била класична федерација, док су извјесни конфедерални елементи у њеном државном уређењу постојали.⁶⁰ „Конфедерализација“ савезних политичких институција може бити схваћена као довршен процес, тј. као трансформација федералних у конфедералне органе, а може бити схваћена и као трансформација федералних институција у хибридне институције, такве које су имале обиљежја федералних и конфедералних органа. Мислимо да је ово друго био случај по Уставу, а да су политички процеси утицали на превагу првих или других елемената. Предсједништво СФРЈ било је најбољи примјер. Док су елементи федерализма преовладавали у његовом раду док је предсједник Републике био Јосип Броз Тито, ерозија федералних елемената текла је постепено током 1980-их година, а конфедерална обиљежја преовладала су тек од 1990. године, када су у Предсједништву биле представљене супротстављене националистичке политике.

⁶⁰ Кардељ је тврдио да Југославија више није ни федерација ни конфедерација, желећи да на тај начин укаже на хибридни облик државног уређења, али и на то да се нови устав не може посматрати само са становишта класичних појмова и теорије уставног права. – Г. Марковић, *нав. дјело*.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Dimitrijević, Vojin, *The 1974 Constitution as a Factor in the Colapse of Yugoslavia or as a Sign of Decaying Totalitarianism*, EUI Working Paper RSC No. 94/9, European University Institute, Florence, 1994;
2. Ђорђевић, Јован, *Политички систем*, Савремена администрација, Београд 1980;
3. Ђорђевић, Јован, *Уставно право*, Савремена администрација, Београд 1976;
4. Зечевић, Миодраг (гл. редактор и одг. уредник), *Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије. Стручно објашњење*, Институт за политичке студије Факултета политичких наука – Привредни преглед, Београд 1975;
5. Кулић, Димитрије, „Изборни систем и изборни поступак у Уставу од 1974. год.“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 16/76;
6. Марковић, Горан, *Уставно питање у другој Југославији. IV дио. Од Повеље самоуправљања до партијског само-управљања*, Интернет магазин *Нови Пламен*, <https://www.noviplamen.net/glavna/ustavno-pitanje-u-drugoj-jugoslaviji-iii-dio-od-povelje-samoupravljanja-do-partijskog-samo-upravljanja/>;
7. Марковић, Горан, *Седмнаест теза о Уставу СФРЈ од 1974. године*, Интернет магазин *Нови Пламен*, <https://www.noviplamen.net/glavna/17-teza-o-ustavu-sfrj-od-1974-godine/>;
8. Мирић, Јован, *Систем и криза*, Цекаде, Загреб 1984;
9. Мратовић, Вељко, Филиповић, Никола, Сокол, Смиљко, *Уставно право и политичке институције*, Правни факултет, Загреб 1981;
10. Пајванчић, Маријана, „Прилог расправи о колективном раду и одлучивању Председништва СФРЈ“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 13/1979;
11. Пајванчић, Маријана, „Развој изборног права у Југославији“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 4–6/1999;
12. Петров, Владан, Николић, Алекса, „Уставне основе политичког система социјалистичке Југославије“, Д. Поповић, Б. Беговић, З. С. Мирковић (прир.), *Социјалистичко право у Југославији 1945–1990, Први том*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2024;
13. Potts, George A., *The Development of the System of Representation in Yugoslavia with Special Reference to the Period Since 1974*, University Press of America, Lanham – London 1996;
14. Rusinow, Dennison, *The Yugoslav Experiment 1948–1974*, C. Hurst and Co. – Royal Institute of International Affairs, London 1977;
15. Срук, Јосип, *Дегелатски скупштински систем*, Информатор, Загреб 1982;
16. Фира, Александар, *Уставно право*, Институт за политичке студије Факултета политичких наука – Привредни преглед, Београд 1978.

Правни извори

1. Устав ФНРЈ од 1946. године;
2. Уставни закон о основама друштвеног и политичког уређења ФНРЈ од 1953. године;
3. Устав СФРЈ од 1963. године;
4. Устав СФРЈ од 1974. године;
5. Закон о избору и опозиву делегата у Савезно вијеће Скупштине Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 10/1974, 5/1978 – пречишћени текст;
6. Пословник о раду Предсједништва СФРЈ, *Службени гласник СФРЈ*, бр. 6/1981.

Full Professor Goran Marković, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

YUGOSLAV 1974 CONSTITUTION – (CON)FEDERALIZATION OF THE FEDERAL INSTITUTIONS?

Summary

The 1974 Constitution of the SFRY continues to attract attention even after fifty years since its adoption and nearly three and a half decades since its expiration. The ideological and political motives and approaches of the authors play a decisive role in this. Constitutional and political analysis is of secondary importance. The nature of federal political institutions is one of the key issues. Given the specifics of their composition, methods of election and decision-making, the question arises whether the framers of the constitution carried out the confederalization of these institutions and transformed them into confederal bodies. We advocate the hypothesis that federal political institutions did not become confederal, although the Constitution, by regulating the transformation of the federation, inevitably partially changed the nature of federal political institutions. They were no longer “purely” federal institutions, but became hybrid political institutions, in which elements of confederalism were present. Theoretical considerations about the confederalization of federal political institutions could have led the authors to the wrong conclusion (if it was not a conscious ideological distortion) because the concepts of the classical theory of federalism were mixed with new concepts and terms of the delegate system, harmonization of views and interests, agreement and negotiation. It was about something else. Yugoslav federalism changed its nature, because it was dominantly based on the idea of harmonizing the interests of the republics and provinces, and the political system became delegate, which could be reminiscent of the confederalization of the decision-making process.

Key words: *Constitution of the SFRY; Federal political institutions; Federalism; Confederalization; Self-management.*

Full Professor Goran Marković, LL.D.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

THE 1974 CONSTITUTION OF THE SFRY – (CON)FEDERALIZATION OF FEDERAL INSTITUTIONS?

The 1974 Constitution of the SFRY continues to attract attention even after fifty years since its adoption and nearly three and a half decades since its expiration. The ideological and political motives and approaches of the authors play a decisive role in this. Constitutional and political analysis is secondary.

The nature of federal political institutions is one of the key issues. Given the specifics of their composition, methods of election and decision-making, the question arises whether the framers of the Constitution carried out the confederalization of these institutions and transformed them into confederal bodies.

We advocate the hypothesis that the federal political institutions did not become confederal, although the Constitution, by regulating the transformation of the federation, inevitably partially changed the nature of federal political institutions. They were no longer “purely” federal institutions, but became hybrid political institutions, in which confederal elements were present. The real functioning of these institutions could depend on the political processes.

Theoretical considerations about the possible confederalization of the federal political institutions could have led the authors to the wrong conclusion (if it was not a conscious ideological distortion) because the concepts of the classical theory of federalism were mixed with new concepts and terms of the delegate system, harmonization of views and interests, agreement and negotiation. It was about something else. Yugoslav federalism changed its nature, because it was dominantly based on the idea of harmonizing the interests of the republics and provinces, and the political system became the delegate system, which could be reminiscent of the confederalization of the decision-making process.

Key words: Constitution of the SFRY; Federal political institutions; Federalism; Confederalization; Self-government; Delegate system.

1. INTRODUCTION

In theory and journalism, it is not uncommon to believe that the Constitution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) of 1974 meant its transformation into a confederation. This would imply that the federal institutions acquired a confederal character. In order to examine these hypotheses, the nature of the state as a whole should be determined, more precisely the degree of application and content of the federal principle, and then the organization and functioning of the federal institutions. Such an approach would be possible in a monographic work. In this paper, we cannot engage in the analysis of all segments of the observed problem. We will limit ourselves to investigating the nature of the federal political institutions and dealing with their structure and decision-making methods. In this way, we will arrive at observations that will help us get closer to answering the question of whether the aforementioned constitution has achieved confederalization of the federal political institutions.

The aim of this paper is to draw attention to the first and initial aspect of the problem under investigation, which are constitutional solutions, i.e. the constitutional concept of the federal political institutions. This is the starting point for further research, which should primarily be political science because it relates to the functioning of federal political institutions, the influence and relations of political subjects and the influence of various factors on the decision-making processes of these institutions. In order to understand the functioning of the federal political institutions, one must first understand their constitutional concept. In other words, the content of the constitutional provisions should be analyzed in order to obtain an answer to the basic question. It is: does the Constitution of the SFRY introduce confederal institutions at the normative level, i.e. is there a legal basis for the confederalization of the political institutions? Only when this question is answered can a comprehensive and multidisciplinary analysis be undertaken.

The basic hypothesis in the paper is that the evolution of the federal political institutions followed the evolution of the Yugoslav federation, that it led to the introduction of certain confederal principles in the work of those institutions, but that, at least normatively, those institutions did not become confederal, regardless of whether and to what extent political practice went in that direction.

2. WHAT WAS SPECIFIC IN THE STRUCTURE OF THE ASSEMBLY OF THE SFRY?

2.1. Composition and method of election of the parliamentary councils

The name of an institution in itself does not necessarily mean much. What is more important is its legal and political nature. However, changing the name of an institution indicates its evolution and the intention of the constitution-maker. According to the 1974 Constitution of the SFRY, the constitutional and legislative power was exercised by the Assembly of the SFRY. The same body was previously called the National Assembly of the Federal People's Republic of Yugoslavia (according to the 1946 Constitution), the Federal National Assembly (according to the 1953 Constitutional Law), and the Federal Assembly (according to the 1963 Constitution).

As we can see, the 1974 Constitution no longer provides for the word “federal” in the name of this institution. This does not necessarily lead to the conclusion that the framers of the Constitution intended this body to have a confederal character, since this word is not present in the name of the same body according to the first post-war constitution, which introduced a more centralized federation than was the case in later constitutional acts. However, the deletion of the word “federal” after two decades is probably not accidental and was intended to send a message that the Assembly of the SFRY should have a more pronounced character as a joint body of federal units, which does not mean that it should have been only that, since it was still designated as the highest authority within the jurisdiction of the federation.¹

A far more important issue was the structure of the Assembly of the SFRY.² The first major deviation, at first glance, had nothing to do with the federal structure of the state. While the Constitutional Law provided for the existence of the Council of Producers, and the 1963 Constitution provided for four councils (i.e. chambers or houses) of working communities, social and economic bicameralism was “expelled” from the structure of the Assembly of the SFRY from 1974. While the councils of associated labor existed in the structure of the municipal and federal unit assemblies, they were absent from the structure of the Assembly of the SFRY. This is doubly unusual. First, if the intention of the framers of the Constitution

¹ Constitution of the SFRY of 1974, Art. 282, para. 1.

² The theory emphasizes that the change in the structure of the Assembly of the SFRY was conditioned by the need for the role of the republics and provinces to be more strongly and directly expressed. – Д. Кулић, „Изборни систем и изборни поступак у Уставу од 1974. год.“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 16/76 (D. Kulić, “Electoral system and electoral procedure in the 1974 Constitution”, *Proceedings of the Faculty of Law in Niš* 16/76, 62).

was to retain social and economic bicameralism, which he did at lower levels of organization authorities, there is no logic in not doing so in the Assembly of the SFRY. Secondly, the idea of integral self-management required that the Council of Associated Labor also existed in the Assembly of the SFRY, because self-management could not be completed if it were not introduced in the highest authority, which, at least according to the word of the Constitution, was the Assembly of the SFRY. This position is supported by the determination of the bearers of sovereignty, which were, among others, the working class and working people. They could not be the bearers of sovereignty if they were not represented as such, as social groups, in the highest authority. The fact that sovereign power also belonged to the citizens meant nothing from the point of view of the idea of the working class and working people as the bearers of sovereignty, because an individual as a member of the working class and as a citizen had different social roles and functions, and there could be no substitution, because it could not be claimed that a worker was represented in the Assembly of the SFRY in the capacity of a citizen, since these were different capacities. He should have been represented in it both as a worker and as a citizen.

One may ask what connection the fact that the Council of Associated Labor was not established in the structure of the Assembly of the SFRY had with the topic of our research. At first glance, this has nothing to do with the (con)federalization of the body which was formally the highest in the structure of power. We believe that this is not the case and that there is a connection. First, the absence of the Council of Associated Labor from the structure of the Assembly of the SFRY meant the atomization of the working class, which was formally one of the bearers of sovereignty. This meant that at the federal level there was no institutional possibility for the Yugoslav working class to act as a single political entity, which was a paradox of the system that was celebrated as a system of integral self-management. Second, the question arises whether the structure of the Assembly of the SFRY was such that the interests and representation of the republics and provinces dominated. Moreover, the question may be raised whether the republics and provinces were represented twice in the Assembly, i.e. in both of its councils (chambers). This question needs to be answered.

In comparative federalism, it is known and accepted that one of the chambers of the federal parliament is the so-called federal chamber, in which the federal units are represented. The usual solution is that they are represented in it by an equal number of representatives. The Assembly of the SFRY had two chambers – the Federal Council and the Council of

Republics and Provinces.³ This second council had the nature of the federal house. It represented the republics (with 12 delegates each) and the provinces (with eight delegates each).⁴ They were elected and recalled by the assemblies of the republics and autonomous provinces, and the delegates retained their mandate in the assemblies that elected them.

These solutions were not confederal. Equal representation of the republics is a common solution and is an expression of the equality of the republics as federal units. Parity was not a departure from federalism and did not represent a confederal element, but a consistent implementation of the federal principle and an expression of the equality of the federal units. The election of delegates by republican and provincial assemblies is one of the possible ways of electing members of the federal house, it is neither unknown nor contrary to the idea of a federal state.⁵ ⁶ It strengthens the position of the federal units and allows for more direct protection of their interests in the federal parliament.⁷

The mandate of the delegates was imperative and they could be recalled. There was also nothing confederal in this solution. The imperative mandate (in a modified form, to be sure) was a feature of the delegate system introduced by the Constitution of 1974 and applied to delegates in

³ Although the Assembly of the SFRY was bicameral, some authors emphasized that the Constitution gave priority to the principle of unicameral decision-making. – J. Ђорђевић, *Уставно право*, Савремена администрација, Београд 1976, 497 (J. Đorđević, *Constitutional Law*, Savremena administracija, Belgrade 1976, 497); A. Фира, *Уставно право*, Институт за политичке студије Факултета политичких наука – Привредни преглед, Београд 1978, 392 (A. Fira, *Constitutional Law*, Institute for Political Studies, Faculty of Political Sciences – Economic Review, Belgrade 1978, 392).

⁴ Constitution of the SFRY of 1974, Art. 292.

⁵ Let us recall that the US Senate was elected in this way until 1913, and that members of the Bundesrat, in Germany as a strong federation, are not even elected by the parliaments of the federal units, but act as delegates of the governments of the federal units.

⁶ In theory, the view has been expressed that it is difficult to draw reliable general conclusions about the nature of a federal house if one only takes into account the method of electing its members. – J. Ђорђевић, *Политички систем*, Савремена администрација, Београд 1980, 624 (J. Đorđević, *Political System*, Savremena administracija, Belgrade 1980, 624).

⁷ It can be argued that the autonomous provinces were specifically represented in this council. This solution, however, was not an expression of the confederalization of the Assembly of the SFRY or its Council of Republics and Provinces. It was an expression of the understanding that the autonomous provinces were also specific subjects of the federation (not the federal units at the same time!), although they were according to the explicit constitutional provisions in the framework of the Socialist Republic of Serbia, which is why they should have delegates in the Council of Republics and Provinces. In addition, the autonomous provinces (and Kosovo and Metohija even when it was an autonomous region) had representatives in the Council of Peoples, under constitutional acts that were never claimed to introduce confederalization.

assemblies at all levels of government. The reason for introducing the imperative mandate had nothing to do with the effort to achieve the confederalization of Yugoslavia, because if that were the case, it would be impossible to explain why delegates in other assemblies (municipal, city, republican and provincial) also had an imperative mandate.⁸

The fact that the delegates retained their mandate in the assemblies that elected them also did not in itself mean a confederalization of the Council of Republics and Provinces. Moreover, this solution made sense, because it facilitated the protection of the interests of the republics and provinces. Since the delegates participated in decision-making in the republican and provincial assemblies, they could meaningfully and effectively represent their policies in the Council of Republics and Provinces.

The above does not mean that the nature of the Council of Republics and Provinces did not exude elements of confederalism, as we will show. It was defined in the literature as a “delegate body of the republican and provincial assemblies”⁹ or as their joint body.¹⁰ Basically, this was true. When one considers the method of electing delegates to this council, the way it decided on some important issues, and the existence of an imperative mandate, this conclusion imposes itself with all its weight.

Another difference between the Federal Council and the Council of Republics and Provinces should be taken into account, which is related to the above. As we have noted, the legal nature of the mandate of delegates in the councils of the Assembly of the SFRY was somewhat different. Delegates of the Federal Council had a flexible mandate, while delegates of the Council of Republics and Provinces had an imperative¹¹ mandate. The flexible mandate was a type of imperative mandate, but “freer” than the

⁸ As we will see, the mandate in other assemblies was not strictly bound, i.e. it was flexible, but delegates were, at least formally, bound by the guidelines of their delegate base.

On the other hand, members of the German Bundesrat have a mandatory mandate and vote on the instructions of the governments of their federal units, yet Germany is not considered a confederation for this reason.

⁹ В. Мратовић, Н. Филиповић, С. Сокол, *Уставно право и политичке институције*, Правни факултет, Загреб 1981, 491 (V. Mratović, N. Filipović, S. Sokol, *Constitutional Law and Political Institutions*, Faculty of Law, Zagreb 1981, 491).

¹⁰ М. Зечевић (гл. редактор и одг. уредник), *Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*. Стручно објашњење, Институт за политичке студије Факултета политичких наука – Привредни преглед, Београд 1975, 480 (M. Zečević (editor-in-chief), *Constitution of the Socialist Federal Republics Yugoslavia. Professionally explanation*, Institute for political studies Faculty political Science – Business review, Belgrade 1975, 480).

¹¹ G.A. Potts, *The Development of the System of Representation in Yugoslavia with Special Reference to the Period Since 1974*, University Press of America, Lanham – London 1996, 576.

imperative, a so-called “semi-imperative” mandate. Delegates started from the guidelines of their delegate bases, but they agreed with other delegates and voted in accordance with the course of the Federal Council session and the agreements reached there.¹² Therefore, they could deviate from the guidelines to the extent that they could justify it by the need for decision-making in the Federal Council, although the delegate base had the right to recall them if it considered that such deviation was contrary to the content and purpose of the given guidelines. Even if we leave aside the actual behavior of these delegates, the fact is that the Constitution provided for them to be “semi-delegates-semi-deputies”.

It was different with the delegates to the Council of Republics and Provinces, whose mandate was imperative (bound). They were strictly bound by the positions of the assemblies of their republics and autonomous provinces, which was expected, since they had to represent their interests. Nevertheless, this indicates the difference between the two councils of the Assembly of the SFRY and confirms the thesis of the Council of Republics and Provinces as a delegate body of the republics and provinces.

It could even be argued that the nature of the Council of Republics and Provinces was hybrid, since the delegates acted on two grounds: as members of delegations and as delegates.¹³ In the first case, the Council of Republics and Provinces acted when the consent of the assemblies of the republics and autonomous provinces was required for making decisions. In the second case, it acted when it exercised independent powers. These powers were not numerous, but they were far from insignificant.¹⁴ The point, however, is not only in the content of these powers, but also in the fact that this council was not conceived exclusively as a delegate body of the republics and provinces, but also as a body in which the delegates decided as its individual members and not only as members of their respective delegations. However, the fact was that the delegates primarily acted as members of the delegations of the republican and provincial assemblies.

The composition of the Federal Council of the Assembly of the SFRY could be seriously criticized. First, the Constitution prescribed a parity composition in the sense that the same number of delegates were elected from all republics (thirty each), while the autonomous provinces sent twenty

¹² J. Срук, *Дегелатски скупштински систем*, Информатор, Загреб 1982, 88 и даље (J. Sruk, *Degelatski skupštinski sistem*, Informator, Zagreb 1982, 88 et seq).

¹³ V. Mratović, N. Filipović, S. Sokol, 487.

¹⁴ Among them were politically and legally significant competencies: adoption of laws on temporary measures, discussion of reports on the work of the Federal Executive Council and federal administrative bodies, political control over their work and providing guidelines for their work, determining the policy of implementing the federal laws it passes, etc. – Constitution of the SFRY, Art. 286, para. 2.

ty delegates each.¹⁵ This solution was not justified,¹⁶ because the Federal Council was not a representative body of the republics and provinces, so parity was not necessary. Moreover, it was wrong, because it violated the principle of equal voting rights.¹⁷ Since the republics and provinces had a different number of voters, that is, workers and citizens who elected delegations, as bodies that represented the basis for the election of delegates to the Federal Council, it was not clear why the same number of delegates were elected in the republics and provinces. The Federal Council was supposed to represent workers and citizens, regardless of their republican-provincial affiliation. It can be said that with the aforementioned constitutional solution, the federal principle has strongly, to its ultimate consequences, penetrated the structure of the Federal Council, but there is no basis for claiming that this council has thereby been confederated. Parity does not mean confederalization *per se*.

Secondly, the composition of the Federal Council included delegates from self-managing organizations and communities, which meant self-managing forms of organization in places of residence and in economic and non-economic forms of labor organization. Accordingly, this council neither formally nor actually represented federal units. Therefore, it would be an exaggeration to claim that the Assembly of the SFRY consisted of two councils of republics and provinces.¹⁸ The structure of the Federal Council, nor the method of electing its delegates, as we will see later, provided no basis for such a claim.

The Federal Council was partly a general political representation. It was so to the extent that the delegates were elected from among the delegations of the basic self-managing organizations and communities, which did exist in the republics and provinces, but were the electoral base of

¹⁵ Constitution of the SFRY of 1974, Art. 291.

¹⁶ The literature emphasized that this solution was supposed to ensure the equality of the republics. – M. Zečević (editor-in-chief), 476.

This, however, was not necessary, as their equality was sufficiently protected in the Council of Republics and Provinces.

¹⁷ Let us add that the parity representation of the republics in the Council of Republics and Provinces did not mean a violation of the principle of equal suffrage. At first glance, this may seem strange, given that the republics differed significantly in terms of the number of inhabitants and voters, while sending the same number of delegates. However, the nature of this council should be taken into account. It was established to protect the rights and interests of the republics and provinces and to ensure their equality. In most federal states, the federal house is based on equal representation of the federal units, because it is considered that this is the best way to symbolically and actually ensure their equality. This is especially the case in decentralized federations, and especially in probably the most decentralized federation, which was the SFRY according to the 1974 Constitution.

¹⁸ On this understanding, see J. Милић, *Систем и криза*, Цекаде, Загреб 1984, 24 (J. Mirić, *System and Crisis*, Cekade, Zagreb 1984, 24).

working people and citizens, just as in other federations the electoral base of citizens was the electoral units formed within the federal units. The delegates of the Federal Council did not formally represent their republics and provinces. They did not receive instructions from the republican and provincial assemblies, which could not recall them.

The second question is whether and to what extent these delegates made decisions based on the interests of their republics and provinces. The Constitution did not require them to do so, although such behavior could not be ruled out in political practice. Some authors have argued that the delegates in both chambers were responsible to the regional assemblies (meaning the republican and provincial assemblies – G.M.’s note).¹⁹ Such a conclusion could not be drawn from the constitutional provisions, since the delegates in the Federal Council were responsible to their electoral base, which was not made up of the republican and provincial assemblies.

The contradiction between the constitutional and political position of the Federal Council was reflected in some other facts. A proposal to amend the Constitution, for example, could be submitted by at least 30 delegates of this council, regardless of which republic and province they came from. The framer of the Constitution thereby wanted to point out that it was “normal” that delegates from different republics and provinces could propose amendments to the Constitution, which would not have been the case if they had represented their own republics and provinces. The framer of the Constitution considered it appropriate for, for example, 30 delegates from three republics to propose amendments to the Constitution, because they were representatives of their basic self-managing communities and organizations.

On the other hand, when taking positions at Federal Council sessions, delegates were obliged to take into account the guidelines of self-managing organizations and communities, as well as socio-political organizations, and the basic positions of their delegations in the republics or provinces.²⁰ It follows that republican-provincial interests could nevertheless gain importance in the work of the Federal Council, and even be decisive in the selection of delegates.

In the abstract, the reason for the delegates to the Federal Council from the municipal assemblies did not necessarily require that they be municipalities within the same republic or autonomous province. However, this was the case because such was the decision of the framers of the Constitution, which was “suspicious” to critics who claimed that this was a confed-

¹⁹ D. Rusinow, *The Yugoslav Experiment 1948–1974*, C. Hurst and Co. – Royal Institute of International Affairs, London 1977, 330.

²⁰ V. Mratović, N. Filipović, S. Sokol, 487.

eralization of the Assembly of the SFRY. This criticism could not have been made if the framers of the Constitution had taken into account that the delegates to the Federal Council had to take into account the interests of the federal state, i.e. that when negotiating and voting, they would reach compromise solutions that would be in the interest of the whole and not its parts. Thus, since they were elected within the republics and autonomous provinces, they could act on the basis of the interests of the republics and provinces, as they understood them.

However, an important limitation should be placed here. The delegate to the Federal Council was elected by the assemblies of municipalities that were part of a republic or autonomous province. Accordingly, the delegate could not claim to represent or express the interests of his or her republic or province. More precisely, he/she could do so, but it could not be said that such behavior would be legitimate from the point of view of the interests of the republics and provinces that were determined in their competent institutions. The assemblies of municipalities were local bodies and none of them could claim to determine and represent republican-provincial interests. Not all the assemblies of municipalities together could claim to do so, because they represented a set of local interests, and the sum of local interests and positions, even of all municipal assemblies in a republic, cannot be defined as the interests of that republic. The interests of the republics or provinces could only be determined and represented by their assemblies.

The fact is that the Federal Council could indeed act as a representative body of the republics and provinces and become a second chamber of the republics and provinces. This happened in those cases when laws and other acts were adopted by a special majority because they were of general interest to the republics and provinces. There was no place for this way of decision-making in the work of a general political representation, nor should the Federal Council, even in exceptional cases, be transformed into a second council of the republics and provinces.²¹ The structure of the Fed-

²¹ Taking into account all that has been said, we believe that the claims that both houses were organized as representative bodies of the republics and provinces are exaggerated. – See В. Петров, А. Николић, „Уставне основе политичког система социјалистичке Југославије“, Д. Поповић, Б. Беговић, З. С. Мирковић (прир.), *Социјалистичко право у Југославији 1945–1990*, Први том, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2024, 321 (V. Petrov, A. Nikolić, “Constitutional Foundations of the Political System of Socialist Yugoslavia”, D. Popović, B. Begović, Z. S. Mirković (eds.), *Socialist Law in Yugoslavia 1945–1990*, Volume One, Faculty of Law, University of Belgrade, Belgrade 2024, 321).

We repeat, here we are looking at the problem of the legal nature of the houses of the Assembly of the SFRY from a normative point of view. We are not going into how the delegates of the Federal Council of the Assembly of the SFRY actually made decisions.

eral Council did not make this solution natural, because it was a representative body of socio-political organizations and self-managing bodies (understood as self-managing bodies in joint work and in places of residence) organized into self-managing organizations and communities.

Although we believe that this solution was not justified, it had its own logic and purpose. They were reflected in the fact that the Federal Council independently, without the participation of the Council of Republics and Provinces, decided on certain important legal and political issues. When making these decisions, there could be an outvote, i.e. decisions could be made contrary to the views and interests of delegates from a particular republic or autonomous province. Such an outcome could be considered justified if we start from the nature of the Federal Council. Since it represented the basic self-managing organizations and communities, it was unimportant that individual republics or provinces remained in the minority. However, the framers of the Constitution considered this to be an important problem due to the importance of the issues on which this council decided, and so they wanted to prevent possible dissatisfaction of individual federal units. The argument for this decision of the framers of the Constitution was more in the fact that the Federal Council independently decided on the aforementioned issues, so the possibility of an outvote existed. This was a risk of unicameral decision-making that the framers of the Constitution did not want to accept, because there was no consensus for this among the republican and provincial political elites.

The solution analyzed above was a partial reflection of the solution that was first introduced by the Constitutional Law of 1953. It abolished the Council of Peoples as an independent parliamentary chamber, but it was “embedded” in the Federal Council, because a part of its deputies was elected in the republican assemblies (and assemblies of autonomous units) and decided as a special council on a certain number of issues.²² There was no need for this model to be applied in the 1974 Constitution, but a certain similarity existed. It was not reflected in the fact that a part of the delegates of the Federal Council would be constituted as a council of people, but in the fact that the Federal Council would decide on certain issues based on the interests of the republics and provinces, by a special majority.

The Federal Council also included delegates from socio-political organizations, of which there were five. Among them was the sole, ruling,

They could have strictly followed the instructions of their delegations, they could have, based on those instructions, agreed with the other delegates when making decisions, or they could have primarily taken into account the interests of their republics or autonomous provinces. The Constitution, however, did not “force” them to do the latter, although such behavior was not prevented by constitutional provisions.

²² J. Đorđević, (1976), 488.

political party, but also mass organizations representing various social groups. The representation of these organizations was not in itself controversial. It could be argued that the League of Communists of Yugoslavia was privileged, because it was the only political organization with guaranteed representation in the Federal Council. Other political organizations did not even exist. However, socio-political organizations were political organizations in a broader sense, although certainly not in the sense of political parties. If their autonomy had existed, political pluralism would have become a reality, although not in the sense of party political pluralism. Even if socio-political organizations had continued to operate within the ideological-political framework of socialist self-management, which was expected and inevitable at the time, their greater or lesser autonomy could have meant a relative pluralization of political life and the creation of institutional and organizational prerequisites for the creation of variable majorities and minorities. This would have meant that the League of Communists would not have been guaranteed a political monopoly.

The indirect election of delegates to the Federal Council was criticized because it was considered that this solution was not democratic, which we can agree with.²³ It was not even common, because members of the lower house of parliament are always directly elected. The purpose of this solution was to enable or facilitate the functioning of the delegate system. The idea was to enable a real legal and political connection between the delegate and his electoral base. Since this base was quite large, in terms of the number of voters with whom the delegate had to communicate, it was considered that it would be more realistic if he established contact and cooperation with the delegations that proposed him and with the municipal assemblies that carried out the election. If the delegates were truly dependent on the electoral base, which would exercise effective control over their work, the indirect election of delegates would be less of a problem, and perhaps would not be controversial at all.

²³ It should be noted that for most of the existence of the second Yugoslavia, members of the Federal Council were directly elected, according to various constitutional acts. Since 1950, they have been elected using the majoritarian system. – M. Пајванчић, „Развој изборног права у Југославији“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 4–6/1999, 156–157 (M. Pajvančić, “Development of Electoral Law in Yugoslavia”, *Gazette of the Bar Association of Vojvodina*, 4–6/1999, 156–157).

During the preparations for the adoption of the Constitution and after its adoption, it was emphasized that the indirect election of delegates was in accordance with the nature of the delegate system, although, in the discussions on amendments to the Constitution in the second half of the 1980s, this position was criticized and proposals for the direct election of delegates were again put forward.

Amendment XL, adopted in 1988, provided that delegates to the Federal Council would be directly elected.

The election of delegates to the Federal Council in the republics and provinces is also not evidence of the confederalization of the Assembly of the SFRY. First, Yugoslavia has become a highly decentralized federation under the 1974 Constitution. In such a state, the election of members of the federal parliament within the federal units is quite logical, because it expresses the nature of the federal state and the achieved level of independence of the federal units. Second, the election of members of the federal parliament in electoral units formed within individual federal units is also typical of federal states that are significantly more solid and centralized than Yugoslavia was (Switzerland, Australia, Mexico, Argentina, the USA, Brazil, etc.).

However, it must be admitted that the criticism that the principle of popular sovereignty was not respected²⁴ (or that it was not respected in full) was justified, because the Federal Council was not a representation of the citizens of Yugoslavia. Since its legal nature was hybrid, it could not be said that it was not. Namely, the idea of popular sovereignty was not at the heart of the 1974 Constitution. According to the Constitution, sovereignty belonged to the working class, working people and citizens. In this sense, citizens were the bearers of sovereignty as the self-managers and not as the abstract citizens. This is how the constitutional solutions on the Federal Council, which consisted of delegates elected from among the delegations of self-managing communities and organizations (and socio-political organizations), should be understood. According to one opinion, which we consider to be well-founded, the Federal Council was a council of delegates of self-managing institutions.²⁵ Citizens as such participated, indirectly, in the election of the delegates to the Federal Council, but they constituted only one, and a small part, of these delegates. In essence, the Federal Council was not a representative body of the citizens of Yugoslavia, as a community in general or, as a federal community, and it was difficult to maintain or develop a sense of community. This, however, still did not mean that the Federal Council was a confederal body.

The emphasis on republican-provincial interests in the Federal Council was reinforced by the method of electing delegates. It was carried out by the candidacy conferences of the Socialist Alliance of Working People, at the level of the republics and provinces.²⁶ The problem with this method of election was twofold. The first problem concerned the limitation of democratic legitimacy, since one political organization directed the electoral

²⁴ J. Mirić, 26–27.

²⁵ J. Đorđević, (1976), 515.

²⁶ See: Law on the Election and Recall of Delegates to the Federal Council of the Assembly of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, *Official Gazette of the SFRY*, Nos. 10/1974, 5/1978 – consolidated text.

process. This problem, however, had no direct connection with the topic we are dealing with. The second problem did have a connection with the topic, and it related to the fact that the delegates were previously elected by the bodies of the political organization at the level of the republics and provinces, which meant that the republican-provincial elites had a decisive influence on the electoral process. It is true that they did not elect delegates, but the municipal assemblies, which did elect, were limited to the lists of candidates that were confirmed by the candidacy conferences at the level of the republics and provinces.

The procedure for recalling delegates is important for understanding the nature of the assembly councils. According to Article 81 of the aforementioned law, the procedure for recalling delegates to the Federal Council may be initiated by any delegation of a basic self-managing community or organization or socio-political organization, as well as by the municipal assembly. After conducting a complex procedure, the recall was decided by the municipal assemblies (all their councils) from a certain republic or autonomous province. The delegate was recalled if the majority of delegates in the municipal assemblies in which the majority of working people and citizens of the republic or autonomous province lived so decided.

The recall was carried out on the territory of a republic or an autonomous province. It was not carried out by the republican or provincial assembly,²⁷ but rather by the municipal assemblies. Moreover, the views and interests of a number of municipal assemblies did not have to be in line with the views and interests of other municipal assemblies, nor with the views of the republican or provincial assembly, which did not formally participate in the recall procedure.

Finally, when assessing the working methods of the Assembly of the SFRY, which were specific and incomparable with the solutions contained in other federal constitutions, something else should be taken into account. The idea of the framers of the Constitution, not only when it comes to the relations between the republics and provinces but also in principle, was to overcome decision-making based on outvoting, on the majority principle. The idea of agreement and negotiation was supposed to represent the core of the work of all bodies and not only the Assembly or its Council of Republics and Provinces. The idea of negotiation was strongly expressed in the Federal Council, in which the delegates had a flexible rather than a strictly imperative mandate, which stemmed from the aspiration of the

²⁷ The procedure, however, could not be carried out without the consent of the candidacy conference, which was a political body at the republic or provincial level, so the republic or provincial political entity participated in the recall procedure and could have ended it before reaching the final stage – the declaration of the municipal assemblies.

framers of the Constitution to enable their negotiation even though they received guidelines for their work from their delegate bases.

In this sense, one should be cautious when qualifying the specifics of the way the Assembly of the SFRY and its councils work as the elements of confederalism. The authors who start from the classical theory of federalism may be tempted to see more elements of confederalism in the way this body worked than the Constitution prescribed. We believe that such conclusions, although not unfounded, should be relativized when the nature of the delegate system and the idea of negotiation and agreement as one of the fundamental characteristics of the political and constitutional system as a whole are understood.

We emphasize that it is a special question how the political processes actually took place. The Constitution created the possibility for the Assembly of the SFRY to base its work on the principle of consensus as the basic or dominant one and for the elements of confederalism to become much stronger in this way than it resulted from the constitutional text. However, this was a matter of political dynamics, i.e. the relations between political elites in Yugoslavia, and did not necessarily result from constitutional norms.²⁸

The literature has emphasized the opinion that the constitutional solutions prevented the Assembly of the SFRY from making decisions if delegates from one federal unit opposed it.²⁹ Looking at the constitutional solutions as a whole, this conclusion is partially correct. However, it is incorrect when formulated in such an explicit manner and when only one segment of the work and decision-making of the Assembly of the SFRY is taken into account. The political and political science question is whether the Assembly of the SFRY would and did act in such a way, but the fact is that the Constitution did not “force” it to do so. This was true for the Federal Council, and in terms of part of its competence, for the Council of Republics and Provinces as well.

²⁸ Г. Марковић, *Седamnaест теза о Уставу СФРЈ од 1974. године*, Интернет магазин *Нови Пламен*, <https://www.noviplamen.net/glavna/17-teza-o-ustavu-sfrj-od-1974-godine/> (G. Marković, *Seventeen thesis on the Constitution of the SFRY of 1974*, Internet magazine *Novi Plamen*, <https://www.noviplamen.net/glavna/17-teza-o-ustavu-sfrj-od-1974-godine/>)

²⁹ V. Dimitrijević, *The 1974 Constitution as a Factor in the Collapse of Yugoslavia or as a Sign of Decaying Totalitarianism*, EUI Working Paper RSC No. 94/9, European University Institute, Florence, 1994, 12.

Some authors have emphasized that decision-making at the federal level was, in principle, based on consensus. – G.A. Potts, 302.

2.2. Decision-making process in the parliamentary chambers

Greater doubts arise when analyzing the decision-making methods of the parliamentary chambers. This was less the case with the Federal Council, which decided by the votes of the majority of delegates at a session attended by the majority of its total number of members.³⁰ This method of decision-making is common for the “lower house” of parliament, even in federal states, and does not contain anything confederal in itself.

The question arises as to whether the problem was posed by another provision, contained in the same article of the Constitution, which provides for a special decision-making procedure by the Federal Council in cases where this is requested by a majority of delegates from one republic or autonomous province, if it concerns an issue of general interest for the republic or province, or for the equality of peoples and nationalities.³¹

The Constitution does not prescribe this special procedure, but rather leaves it to the Federal Council to regulate it in its rules of procedure. Since this is a decision-making procedure of the parliamentary chamber, the issue should have been regulated by the Constitution, just as this procedure was regulated by this act in its essence.

This special decision-making procedure did not introduce consensual decision-making in the Federal Council. It made decisions with the same majority with which it regularly decided, but the decision-making process had several stages, in which an attempt was made to resolve the disputed issue by involving a larger number of subjects in the discussion of it.³²

The elements of confederalism were present in the decision-making process of the Council of Republics and Provinces. First of all, in order for this Council to be able to make decisions, the sessions had to be attended

³⁰ Constitution of the SFRY, Art. 294.

³¹ Some authors argued that the republics and provinces were free to assess whether the issues decided by the Federal Council were such that a special procedure was justified. – V. Dimitrijević, 20.

One should be cautious in drawing such a conclusion. The delegates to the Federal Council did not receive instructions from the republican or provincial assemblies, because they were not elected by them. Consequently, the republics and provinces could not formally give binding guidelines to the delegates in terms of initiating this special decision-making procedure. Whether they could do so in fact, by political means, is another question. This possibility undoubtedly existed, bearing in mind the fact that these delegates, almost entirely, belonged to the ruling party, so the possibilities of politically conditioning their actions existed. This was a negative feature of the constitutional system on several grounds, and the framers of the Constitution could and should have kept in mind that this could lead to the confederalist features in the work of the Federal Council. If this were to happen, it would mean that there was tension, even contradiction, between the constitutional norm and political practice.

³² See A. Fira, 394.

by the delegations from all republics and provinces and a majority of the Council’s member delegates.³³ It made some decisions by a majority vote of the delegates present. These were the issues on which the Council decided on an equal footing with the Federal Council and on other issues for which no special decision-making process was provided.³⁴ These were issues that did not concern policy-making,³⁵ but some of them were politically important, such as the election of the Federal Executive Council, the federal secretaries and other officials and the Constitutional Court of Yugoslavia, as well as the federal social ombudsman for self-management and the federal public prosecutor. A particularly important issue was the election of the Federal Executive Council, for which the consent of all republics and provinces was not required. If the intention of the framers of the Constitution had been the confederalization of the federal institutions, these decisions would certainly have been made by consensus, as these were serious political issues.

On the other hand, the Council of Republics and Provinces made certain decisions with the consent of the delegations of all republics and provinces. These were the decisions that were made on the basis of the consent of the assemblies of the republics and provinces. They concerned a wide range of issues related to economic policy in a broader sense (for example, the social plan of Yugoslavia, the monetary system, the issue of money, the foreign exchange system, foreign trade, credit and other economic relations with foreign countries, customs and non-customs protection, crediting for the faster development of underdeveloped republics and provinces, and other issues).³⁶ These were, therefore, issues of exceptional importance. The intention of the framers of the Constitution was to prevent political conflicts that could arise if the republics (and provinces) had different, even opposing, economic interests that could not be harmonized on the basis of compromise. The framers of the Constitution believed that compromise would be impossible if decisions on these issues were made by a vote. This position may have been wrong, but it can hardly be argued that it was taken because the intention was for the state to be confederated.

The framers of the Constitution understood that this decision-making process could lead to serious problems if the republics and provinces were

³³ This solution was not justified because it could have led to a blockage of the work of the council. It was enough for one delegation not to appear, and the Council of Republics and Provinces could not make decisions. It is not in accordance with the nature of a federal state that one federal unit can block the work of a federal institution.

³⁴ Constitution of the SFRY, Art. 295.

³⁵ The exception was the ratification of the international treaties that required the amendment of existing or the adoption of new republican and provincial laws.

³⁶ See: Constitution of the SFRY, Art. 286, Para. 1.

unable to reach a consensus. Therefore, they envisaged the possibility of passing a law on temporary measures, but the procedure for passing it was too complicated. First, it was necessary for the Federal Executive Council to consider that a law on temporary measures should be passed. Second, it was to submit an initiative to the Presidency of the SFRY, which was to agree to the passing of the temporary measure. Third, the Federal Executive Council would then draft a law and submit it to the Assembly of the SFRY. Fourth, the passing of such a law required a two-thirds majority of the total number of delegates in the Council of Republics and Provinces. Fifth, if the law could not be adopted by a two-thirds majority in the Council of Republics and Provinces, the Presidency of the SFRY could declare that the law was applied on a temporary basis if a majority of the total number of delegates in this council voted in favor of it.

As we can see, the adoption of the law on temporary measures required the consent of three institutions, which was difficult to achieve. In addition, a qualified majority was required in the Council of Republics and Provinces. The framers of the Constitution wanted to reconcile two goals in this way – to protect (primarily, economic) interests of the republics and provinces, but also to prevent a blockage of the decision-making process in the Assembly of the SFRY, which could have harmful consequences. The question is whether they ensured a balance between these goals, or gave priority to the interests of the republics and provinces.

The prominent role of the Presidency of the SFRY in the process of adopting this law ruled out the confederal character of the decision-making process. Confederalism means that the members of the confederation can prevent the adoption of a decision with which they do not agree. History knows examples of confederal diets adopting some decisions by a qualified majority. However, this was not the case here. Although the Council of Republics and Provinces adopted the aforementioned laws by a qualified majority, the Presidency could proclaim a temporary law even if a qualified majority was not achieved. It could hardly be called a confederation.

2.3. Evolution

The evolution of the Assembly of the SFRY in comparison with earlier constitutional solutions is obvious. After the introduction of self-management, both constitutional acts (from 1953 and 1963) reflected this fact in the structure of the federal assembly. According to the Constitutional Act of 1953, it included the Council of Producers, and according to the Constitution of 1963, four councils of working communities. In this way, self-management directly found its place in the structure of the federal assembly. In addition, it is of fundamental importance that the working

class had its own representative body at the federal level and that, by making decisions in it through its representatives, it could protect its interests at the federal level, which were common or unified interests and not a set of the republican-provincial interests.

According to the Constitutional Law of 1953, the deputies to the Federal Council were elected directly by the citizens. They were deputies, not delegates. The difference was not only terminological. The deputies could be recalled, but the Constitutional Law did not provide for their fixed mandate, so there was no developed mechanism by which the deputies would be in permanent or occasional contact with voters, from whom they would receive binding instructions for their work. Therefore, their direct election could, from an organizational and technical point of view, be implemented without any difficulties. The Constitution of 1963 introduced a combined method of electing deputies to the Federal Council. They were elected directly by the citizens and indirectly by the municipal assemblies.³⁷ This solution represented a transitional phase towards the indirect election of delegates to the Federal Council. However, the method of electing delegates in itself has nothing to do with changing the nature of the form of state organization. The indirect election was an expression of the introduction of the delegate system, not the confederalization of the Assembly of the SFRY.

Until 1974, the Federal Council was a general representative body. It represented citizens as such, as abstract individuals. The first constitutional acts stipulated that one deputy was elected by a certain number of voters, which was a classic solution. No constitutional act until 1974, even when it provided for the election of the deputies in the municipal assemblies, specified that they were elected by the municipal assemblies within the republic's boundaries, so there was a possibility that they were elected by municipal assemblies from the same republic or from different republics. The 1974 Constitution specified that the delegates were elected in the republics and provinces, thereby strengthening the federal principle. In addition, it changed the nature of the Federal Council, transforming it into a delegate body in which the self-managing organizations and communities had their delegates. It was, therefore, no longer a general representative body in the sense that it would be elected by the citizens as abstract individuals.³⁸ Nev-

³⁷ A candidate had to first be elected in one or more municipal assemblies, and then by a majority of voters in the electoral unit. – Constitution of the SFRY of 1963, Art. 169, para. 1.

³⁸ This approach to the (non)representation of the citizens as abstract individuals can be defended or contested, depending on the theoretical and ideological preferences of an author. However, it should be understood that the intention of the framers of the Constitution was not to represent the citizens as abstract individuals, because they are not in

ertheless, the citizens participated, albeit indirectly, in its election as holders of self-managing rights, including by place of residence.

Some authors have pointed out that the 1974 Constitution carried out a „restructuring“ of the Assembly of the SFRY, which did not correspond to the known development of federalism in the world, and that the Federal Council changed its nature.³⁹ It became a „delegation of the working class and working people of the SFRY“.⁴⁰

Formally, the Federal Council was indeed a “delegation of the working class and working people”. However, it was not only that, because the citizens and the socio-political organizations also had their delegates in it. The Federal Council was, therefore, a plural delegation of the working class and working people, citizens and political elites. This statement is important for understanding the way delegates decided and, in this regard, their behavior as delegates of the self-managing delegations or the delegates of the republics and provinces. We have seen that the Constitution in principle left the possibility of transforming the Federal Council into another council of republics and provinces. However, this could not become the regular way of behaving and deciding on this council, unless the constitutional provision were used in that direction and with that goal, and the Federal Council was transformed into an assembly chamber that predominantly decides on issues of the special interest to the republics and provinces.

The second problem could potentially have been greater, but did not directly arise from the constitutional provision. It related to the actual behavior of the delegates. The fact that they were elected in the republics and provinces did not necessarily mean that they would give priority to the interests of their republics and provinces over the interests of the federal state when making decisions. In fact, since they were the delegates, theoretically, they were supposed to, on the basis of a flexible mandate, starting from the positions of their delegations, harmonize their interests with those of other delegates, and in this way make decisions. The idea was to harmonize the partial and the federal interests. Since the delegates were mem-

real, social and political life. They are members of different social groups and as such have very specific, group and individual, interests. – Г. Марковић, *Уставно питање у другој Југославији. IV дио. Од Повеље самоуправљања до партијског само-управљања*, Интернет магазин *Нови Пламен*, <https://www.noviplamen.net/glavna/ustavno-pitanje-u-drugoj-jugoslaviji-iii-dio-od-povelje-samoupravljanja-do-partijskog-samo-upravljanja/> (G. Marković, *Constitutional Issue in the Second Yugoslavia. Part IV. From the Charter of Self-management to the Party's Self-Government*, Internet Magazine *Novi Plamen*, <https://www.noviplamen.net/glavna/ustavno-pitanje-u-drugoj-jugoslavija-iii-dio-od-povelje-samoupravljanja-do-partijskog-samo-upravljanja/>).

³⁹ J. Đorđević, (1976), 492–493.

⁴⁰ *Ibid.*, 492.

bers of the Federal Council, they were expected to take into consideration the federal interests. On the other hand, since they were elected from among their delegations, they were expected, both formally-legally and practically-politically, to take into account the interests of their base, and these were always the partial interests. The delegates, therefore, had to work on harmonizing particular and common interests. Moreover, the particular interests were not defined as republican or provincial, but as the interests of their delegate electoral bases. Whether they would succeed in this, the framers of the Constitution could not know in advance. However, the fact is that the Constitution, except in special cases, did not require qualified decision-making by the Federal Council, but limited itself to majority decision-making.

The evolution was significant and, in our opinion, negative in terms of prescribing the procedure for the constitutional revision. The elements of confederalism were present here. Article 398 of the Constitution of the SFRY stipulated that the Federal Council of the Assembly of the SFRY and the assemblies of all republics and autonomous provinces decided on the amendments to the Constitution. Here we are talking about “the elements of confederalism” for two reasons. First, if this method of amending the Constitution was purely confederal, the Federal Council would not participate in the procedure. Only the assemblies of the republics and autonomous provinces would decide on amendments to the Constitution. Second, the confederalist approach consisted in the fact that all federal units had to agree on amendments to the Constitution, and even more than that, because the consent of the autonomous provinces was also required.

The reason for accepting this, partly confederalist, procedure for amending the Constitution should be sought in the political circumstances in the country and the priority of the interests of the republics and provinces, which came to light at that time. The Constitution represented an expression of a compromise between the republics and provinces, and the change of constitutional arrangements implied a new compromise. It was not possible to know in advance whether such a compromise would be possible in the future, and amending the Constitution on the basis of the overvoting, even by a qualified majority, was considered a potential political danger. This solution had its downside and was an obstacle to a possible reform of the Yugoslav federation. Namely, it was difficult to achieve the consent of all republics and provinces on amending the Constitution, at least when it came to individual segments of the constitutional matter.⁴¹

⁴¹ This conclusion is paradoxical only at first glance, considering that 48 amendments were adopted to the Constitution. Such a large number of amendments were adopted on two occasions, in 1981 and 1988. While the first group of amendments refined the economic and political system, without any significant changes, the amendments from 1988 already

In addition to the assemblies of the republics and provinces, a proposal to amend the Constitution could also be submitted by: at least thirty delegates (regardless of which republics and provinces they came from), the Presidency of the SFRY, and the Federal Executive Council. This provision indicated that the procedure for amending the Constitution was not entirely confederalized, since the proposal could originate from the federal institutions, as well as from the delegates who were not from the same federal unit.

Previous constitutional acts provided for a typical federal solution regarding their amendment. The 1963 Constitution of the SFRY was amended by a two-thirds majority of the members of the Federal Council and the Council of Peoples, while the assemblies of the republics and provinces did not participate in this procedure.^{42 43} The Constitution was amended, therefore, in the Federal Assembly, which corresponded to the federal principle. It was similar with the Constitutional Law of 1953, with the difference that the Constitution was amended equally by the Federal Council and the Council of Producers, by a three-fifth majority of the members of each council.⁴⁴ According to the 1946 Constitution, the Federal Council and the Council of Peoples decided on amendments to the Constitution equally, by an absolute majority of the members of both councils.⁴⁵

3. PRESIDENCY OF THE SFRY – COLLECTIVE HEAD OF STATE AND JOINT ORGAN OF FEDERAL UNITS

The Presidency of the SFRY had a significant role under the 1974 Constitution. Its composition changed over time, as, according to the amendments to the 1963 Constitution, it was larger,⁴⁶ and according to the

hinted at more serious changes to the system. However, the concept of the federation was not called into question, nor was the achieved degree of independence of the republics and provinces, although these issues were among the most important and controversial.

⁴² Constitution of the SFRY of 1963, Articles 210–214.

⁴³ The shortcoming of this solution, which had nothing to do with federalism, was that the councils of the working communities did not participate in making decisions on amending the Constitution. They participated in the revision process by giving their opinions on the proposed changes, but did not make the decision.

However, these councils had the right of veto. Even if the amendments were adopted by the Federal Council and the Council of Peoples, three (out of four, as there were) councils of working communities could veto them. In that case, the amendments were put to the vote of the citizens in a referendum and could only be adopted if they were accepted by a majority of the total number of voters in Yugoslavia.

⁴⁴ Constitutional Law of 1953, Articles 23 and 34.

⁴⁵ Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia of 1946, Art. 72.

⁴⁶ The idea was that the Presidency would be an authoritative body of the federation that, both through its competences and the political authority derived from its composition,

1974 Constitution, it had nine members – one from each republic and autonomous province and the President of the League of Communists of Yugoslavia.^{47 48} The Presidency was not explicitly defined as the head of state, although the President of the Republic was not defined as such under the 1963 Constitution. When analyzing its powers, there is no doubt that it was the head of state, as the authors defined it at the time.⁴⁹ The designation of the Presidency as the collective head of state excluded the possibility of understanding it as a primarily or exclusively confederal body. The literature has emphasized that it had political-directive and executive powers.^{50 51}

Its constitutional role was, in essence, twofold: to represent the SFRY at home and abroad and to coordinate the common interests of the republics and provinces, “in accordance with their responsibility in exercising the rights and duties of the federation”.⁵² This second function of the Presidency “looked like confederalism”, although it was not necessarily confederal. The claim is contradictory, but such was the nature of the Presidency. It did not coordinate the common interests of the republics and provinces in general, but to the extent that they participated in exercising the rights and duties of the federation. Although the interests of the federal units should be taken into account in exercising the rights and duties of the

would be able to contribute to the stability of the federal state. Therefore, it was envisaged that the Presidency would have 23 members, three from each republic and two from the autonomous provinces, with President Tito as a permanent member. When one looks at the personal composition of the Presidency, it is clear that some of the most influential members of the federal political elite were often elected to it.

⁴⁷ The ninth member of the Presidency was, in our opinion, controversial because it gave too much importance to the ruling party, which, mostly unsuccessfully, tried to present itself as a leading and guiding ideological and political force rather than as a ruling party. The membership of its president in the Presidency of Yugoslavia had practical and political reasons. It was supposed to facilitate or enable the resolution of controversial situations that would arise if the interests of the republics and provinces were so opposed that the controversial situation could not be resolved without a mediator.

⁴⁸ It is not of particular importance for our topic, but it is useful to note that Amendment IV to the Constitution stipulates that the ninth member of the Presidency will be the president of the SKJ body established by the SKJ Statute.

⁴⁹ For the designation of the Presidency as the head of state, see V. Mratović, N. Filipović, S. Sokol, 496; A. Fira, 404; M. Пајванчић, „Прилог расправи о колективном раду и одлучивању Председништва СФРЈ“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 13/1979, 265 (M. Pajvančić, „Contribution to the discussion on collective work and decision-making of the Presidency of the SFRY“, *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad* 13/1979, 265).

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ According to one opinion, the Presidency was the head of state and a body of socio-political coordination. – J. Sruk, 131.

⁵² Constitution of the SFRY of 1974, Art. 313, para. 2.

federal state, the framers of the Constitution went too far when they stipulated that the Presidency should coordinate the common interests of the republics (especially the provinces!) in exercising the rights and duties of the federation. Although it is not disputed that a federation should take into account the interests of its constituent parts, it can exercise its rights and duties even without taking into account the interests of each federal unit individually. It could even exercise its rights and duties contrary to the interests of individual federal units. To this extent, this constitutional definition of the Presidency “looked like confederalism”.

However, the “mitigating circumstance” for the framers of the Constitution was that the Constitution did not stipulate that the Presidency should make decisions exclusively, or even primarily, on the basis of agreed positions and harmonized interests of the republics and provinces. If we pay attention to the wording of the Constitution, we will not find in its text a provision according to which the Presidency based its work only or primarily on the consensus of the republics and provinces. The methods of decision-making could and did differ depending on the type of decision, and they have changed over the years.

Moreover, the Constitution did not state that the members of the Presidency were representatives of their republics and provinces. There is no doubt that they took into account the views of those who elected them, namely the republican and provincial assemblies. There was no explicit provision stating that they had to act in this way. However, the republican or provincial assembly decided on the dismissal of a member of the Presidency whose office had ended before the expiration of his or her term. This meant that the republican or provincial assembly dismissed a member of the Presidency when his or her term of office ended before the expiration of the term for which he or she was elected, although the Constitution itself did not specify the cases in which this would occur, and it did not explicitly state the case of the termination of the term of office due to the recall of a member of the Presidency. By interpreting this constitutional provision, we come to the conclusion that the members of the Presidency still had to act in accordance with the views of their electoral base, otherwise they risked being recalled.

When it comes to the spirit of the Constitution, no matter how we understand it, i.e. no matter how we understand the intentions of the framers of the Constitution, we cannot find reliable evidence to support the claim that the framers of the Constitution wanted the Presidency to decide by consensus. This possibility, admittedly, is not excluded, but the framers of the Constitution, in all likelihood, left it to the Presidency to determine the method of decision-making by its own act. The Constitution explicitly stipulated that the Presidency worked on the basis of the harmonization of

the views of its members. It would seem that this meant that it decided by consensus. However, this provision can also be understood as a tendency, as an intention that there is no outvoting in the Presidency. If this is so, we conclude on the basis of the following provision, which stipulated that the Presidency decided in the manner established by its rules of procedure. Consensus, therefore, was not prescribed as the primary, and especially not as the exclusive, method of decision-making for this body, but the possibility of its application was not ruled out either.

The Rules of Procedure of the Presidency of the SFRY⁵³ stipulated (Art. 42–46) that it decided by a majority of its members or by a two-thirds majority of all members. The first method of decision-making was basic, while the Presidency decided by a two-thirds majority on some important and sensitive political issues, such as, for example, giving consent to the adoption of a law on temporary measures, determining a proposal to proceed with amendments to the Constitution, determining a proposal to postpone the adoption of a law or other regulation in the Assembly of the SFRY, determining a proposal for a candidate for President of the Federal Executive Council.⁵⁴

This method of decision-making had a dual function. First, it was to ensure broad consensus among the republics and provinces when making important and sensitive political decisions. There was a desire to prevent vote-rigging and to have decisions made by consensus (although it was not required). Second, there was an awareness of the need to rationalize the decision-making process and facilitate decision-making, in order to avoid situations in which decision-making was impossible because consensus decision-making would lead to a deadlock.

When analyzing the powers of the Presidency, one comes to the conclusion that these are not the powers of a confederal body. It was the highest authority for command and control of the armed forces, which it did not decide on by consensus. Apart from the fact that such a way of decision-making would be disastrous, because it could very easily happen that the Presidency would be unable to make decisions in the event of a state of war or a state of imminent threat of war. The confederalization of the Presidency would certainly have to lead to at least some form of qualified decision-making on defense issues, because the federal units (or member states?) would not be ready to accept such decisions of the Presidency made by a majority vote of its members.

⁵³ *Official Gazette of the SFRY*, No. 6/1981.

⁵⁴ The way the Presidency made decisions changed over time. – On this: M. Pajvančić, (1979), 271.

The Presidency had the right to propose to the Assembly of the SFRY the determination of internal and foreign policies and the adoption of laws and other acts. These powers are typical of a head of state who is intended to play an active, not ceremonial, role. Such powers cannot be held by a confederal body. Such a body in particular could not be authorized to issue decrees with the force of law. It is true that the Presidency was authorized to issue them only in the event of an imminent threat of war or a state of war. Given their content, they could even have constitutional force in certain cases.⁵⁵ A confederal body could not have such strong powers.

The powers of the Presidency in its relations with the Assembly of the SFRY and the Federal Executive Council also indicated that this was not a confederal body. It could influence the work of the Assembly chambers and limit them in the exercise of their legislative function. In addition to the fact that this meant a violation (or abandonment) of the principle of the assembly system, it meant a significant position of the Presidency in relation to the Assembly, because it could influence its work, while the Assembly could not influence its members (for example, to recall them), having only traditional means of influence (by adopting laws and the budget). The role of the Presidency was especially significant when it could not agree with the competent council of the Assembly (which could also be the Council of Republics and Provinces) on the adoption of policy or the enactment of laws. If agreement could not be reached even after the coordination procedure, the competent council of the Assembly would be dissolved. It is true that the mandate of the Presidency would also end at the same time, but it could still put pressure on the council, which was typically representative of the republics and provinces, and even cause its dissolution, which could not be a feature of a confederation.

The manner in which the Presidency was elected indicated more that it was a joint body of the republics and provinces than a body of the federation (which still did not mean that it was not a body of the federation!). Namely, the members of the Presidency were elected by the assemblies of the republics and autonomous provinces, while the Assembly of the SFRY announced their election. They were accountable for their work to the assemblies that elected them and that could recall them before the end of their term. At first glance, this was an element of confederalism, although not necessarily, nor could this feature alone determine its nature. In a comparative view, we saw that there are bodies of federal states whose members are typical agents of their federal units, and we cited the example of the Bundesrat. In addition, the behavior of the members of the Presidency determined its functioning and importance for the federation and the feder-

⁵⁵ V. Mratović, N. Filipović, S. Sokol, 497.

al units. It would be difficult to argue that the most prominent members of the Yugoslav political elite behaved as representatives of their republics and provinces. This was true not only for the first convocations of the Presidency, of which Tito was a member, but also for later ones, when the members of the Presidency were members of the political elites who came from the republics and provinces, but had serious and long careers in the federal state and/or party leadership.

An interesting question is whether the Assembly of the SFRY had a legal obligation to confirm the election of the members of the Presidency. The linguistic interpretation of this provision indicated that the Assembly could decide not to announce the election of the members of the Presidency. The Constitution did not state that it was obliged to announce the election. It stated that it “proclaimed” the election. The provision could also be interpreted so that the Assembly did not have to announce the election if it did not agree with it.

The question is whether such an interpretation would be in accordance with the purpose of this provision. If the assemblies of the republics and autonomous provinces elected the members of the Presidency, they should have had freedom in their election. That freedom would be limited if the Assembly of the SFRY were authorized to refuse to declare the election of one or more members of the Presidency. It would not make much sense for the Constitution to grant this right to the assemblies of the republics and provinces, but to essentially limit it by allowing the aforementioned authority of the Assembly of the SFRY. This would then mean that the assemblies of the republics and provinces were limitedly independent in the election of the members of the Presidency, or rather that they were not essentially independent, because independence that is conditioned by the consent of the federal assembly is not independence.

The authority of the Assembly of the SFRY to declare the election of members of the Presidency should be understood as meaning that the framers of the Constitution wanted to include the Assembly in the process of electing the Presidency, but did not want to authorize it to prevent the election already held in the republican and provincial assemblies.

4. THE FEDERAL EXECUTIVE COUNCIL AS A GOVERNMENT

The Federal Executive Council (FEC) was a typical executive body of the Assembly of the SFRY. The latter exercised the executive power through the former. Among other things, it was responsible to the Assembly for implementing policy and enforcing federal laws,⁵⁶ which is not a

⁵⁶ Constitution of the SFRY, Art. 346, para. 2.

characteristic of a confederal body. It had the right of legislative initiative, which it used approximately as much as a government in a parliamentary system.

In terms of its executive function, there were two specific solutions, which indicated the exceptional role that the framers of the Constitution gave to the republics and provinces in the constitutional system. First, the FEC independently exercised the right of legislative initiative. It decided whether and when to propose laws and what the content of those proposals would be. The republics and provinces could not limit it in this regard, and its members were not republican-provincial delegates. However, there was one specific situation, which related to the proposal of laws and other acts that the Council of Republics and Provinces adopted on the basis of republican-provincial consent. The Federal Executive Council cooperated with the executive councils of the republics and provinces when submitting these proposals.⁵⁷ However, it had no legal obligation towards these executive councils in terms of the content of the submitted proposal. Cooperation did not mean that the FEC had to coordinate the content of the proposal with the republican and provincial executive councils, so it was not legally bound by their positions and proposals.

Secondly, there was a specificity in terms of the execution of federal laws and other regulations. It was within the competence of the FEC, but with a special situation when it came to laws passed by the Council of Republics and Provinces, if those laws and other regulations provided for the harmonization of attitudes. The Federal Executive Council passed regulations for the execution of such laws or other general acts with the consent of the republican and provincial executive councils. This could be considered an element of confederalism, although it did not mean that the FEC was a confederal body. The above-mentioned type of regulations for the execution of laws and other general acts was not a typical, and therefore not the most common, type of regulations that the FEC passed with the aim of executing laws. It was related to the nature of the laws that were to be executed. As soon as laws were passed with the consent of the republican and provincial assemblies, the framers of the Constitution considered that their consent was necessary for the execution of such laws.

The Constitution, however, regulated what would happen if this agreement was not possible. The Federal Executive Council could propose to the Presidency of the SFRY the adoption of a regulation on temporary measures. If the Presidency agreed, the FEC would adopt this regulation by a majority vote of its members, but it could be valid for a maximum of one year. During that year, the FEC attempted to reach agreement with the

⁵⁷ Constitution of the SFRY, Art. 354.

republican and provincial executive councils on a regulation for the implementation of a law or other general act.

The Constitution did not stipulate what would happen if, after one year, no agreement could be reached on the adoption of a regulation for the implementation of a law or other general act. The regulation in force until then would cease to be valid, and the Constitution did not prohibit the adoption of a new temporary regulation, so it could be concluded that the Federal Executive Council, with the consent of the Presidency, could adopt a new regulation with temporary measures.

One cannot yet speak of confederalism in terms of the composition and method of election of the Federal Executive Council. The principle of parity was partially applied. Even if it had been applied in full, this would not be any proof of the confederal character of this body, it would be proof of the complete application of the federal principle. The principle of parity is not confederal in itself, nor is it contrary to the idea of a federal state. On the contrary, if for socio-political and historical reasons there is a need for federal units to be represented on a par in the federal government (and other federal bodies), in order for them to consider that their interests and equality are protected in this way, this means that the federal principle has been achieved to the greatest extent.

To understand the nature of the Federal Executive Council, it should be known that it consisted of a president, elected members and *ex-officio* members. The principle of parity applied only to elected members. The Constitution stipulated that the republics were represented equally, while the autonomous provinces were represented in an appropriate manner („appropriate representation“). The composition of the Federal Executive Council included federal secretaries and other federal officials in accordance with the law, and parity was not required in terms of their republican-provincial affiliation.⁵⁸

Regardless of the fact that parity was partially applied in the composition of the FEC, the method of decision-making was typical for any government. Decisions were made by a majority vote of the members present, only by an exceptional majority of the total number of members.⁵⁹ The fact that the FEC was supposed to act as an operational-political body undoubtedly influenced this solution, but at the same time it removed any thought that there were elements of confederalism in its composition and method of work.

The Federal Executive Council was elected by the Assembly of the SFRY. Its councils were equal in this procedure, which reflected the con-

⁵⁸ A. Fira, 414.

⁵⁹ *Ibid.*, 418.

sistent application of the federal principle and had nothing to do with confederalism. The republican and provincial assemblies could influence the election through their delegations to the Council of Republics and Provinces. This influence, however, was indirect and limited. A decision could not be made without the consent of the Federal Council. In addition, the Council of Republics and Provinces did not participate in making decisions based on the consent of the republican and provincial assemblies or on the basis of the consent of the republican and provincial delegations in it. The decision was made by the highest body of federal power, based on its own internal political dynamics.

5. CONCLUSION

The nature of the state bodies, in this case of the political institutions, follows the nature of the form of state organization. This is the case in all states, including the SFRY, according to all its constitutions, including the 1974 Constitution. The constitutional formation of political institutions cannot be understood if the goals of the framers of the Constitution are not understood in terms of the nature of the form of state organization, but also of the entire political system. The mistake that most authors make is reflected in the fact that they ignore this connection, which means that they do not observe the 1974 Constitution in a socio-political and historical context, but rather start from the positions of the classical theory of federalism, which are always spiced up with ideological-political positions. With such an approach, the failure to understand the nature of federal political institutions is guaranteed.

It is usually assumed that the parity composition of most political institutions, the emphasized role of the republics and provinces in the decision-making process, the imperative mandate of delegates and the process of agreement and negotiation represent irrefutable evidence of the confederalization of the state and, consequently, of the confederal character of political institutions. We believe that the framers of the Constitution did not want to and did not carry out the confederalization of political institutions. They largely created hybrid political institutions. This means that they remained essentially federal, although certain elements of confederalism existed. However, this does not mean that these institutions became confederal, nor that they were federal-confederal. They were federal, with certain confederal admixtures. This conclusion cannot be drawn with regard to all political institutions. It does not apply to the Federal Executive Council or to the Federal Council of the Assembly of the SFRY. To a certain extent, it is correct regarding the Council of Republics and Provinces of the Assembly of the SFRY, although it was not a confederal body, but a joint body of the republics and provinces. It was a body of a completely

decentralized federation, in which the federal principle was pushed to its limits, and in some cases even exceeded those limits. The Presidency of the SFRY was not a confederal body either, but was the federal head of state and a joint body of the republics and provinces, regardless of the method of election of its members.

The framers of the Constitution were in an unenviable position. They had to increase the independence of the republics and provinces, to extend the idea of agreement and negotiation to the federal institutions, and at the same time to preserve the necessary degree of unity and efficiency in the formation and implementation of policies and the legal order. Hence the apparent inconsistencies in the constitutional structure of political institutions. However, these were not inconsistencies, but original constitutional solutions. They can be justified or contested, but two things should be kept in mind. The first thing is that the constitutional solutions were a reflection of social and political reality. No matter how new, previously unknown, and in some cases awkwardly named, some of the institutions were the expression of a consistent conception of the constitutional and political system. Even when someone does not like this concept (almost always for ideological-political reasons), it cannot be rejected without first explaining how and why it was adopted. Ridiculing the constitutional concept because of “basic organizations of associated labor”, “self-managing interest communities” or “self-managing agreements and negotiations” is frivolous.

Another thing is that the framers of the Constitution introduced some institutions that were reminiscent of confederalism, although this did not necessarily mean (and we think it does not mean) that his intention was to confederate the federation. This can be seen in the entire constitutional conception of the political institutions, because the framers of the Constitution took steps forward and backward. On the one hand, they envisaged typical federal solutions, while, on the other hand, they envisaged some solutions that were associated with confederalism, although, from a political science point of view, it can be argued that they introduced the elements of negotiation and agreement between the federal units as a political process and not as a loosening of the federation. In practice, the loosening of the federation could, but did not have to, be a consequence of this constitutional conception. In the first decade, and even longer, after the adoption of the Constitution, the federation functioned stably, until the constitutional mechanisms of confederalization or agreement and negotiation (depending on how one understands and explains them) led to a crisis of political institutions only in the final phase of the social, economic and political crisis.

In order to speak of the confederalization of the federal political institutions, one would first have to conclude that the federation had become a

confederation. We do not think that this was done by the Constitution, although Yugoslavia was no longer a classical federation, while certain confederal elements existed in its state structure.⁶⁰ The “confederalization” of federal political institutions can be understood as a completed process, i.e. as the transformation of federal into confederal bodies, and it can also be understood as the transformation of federal institutions into hybrid institutions, such as those that had the characteristics of both federal and confederal bodies. We think that the latter was the case under the Constitution, and that political processes influenced the predominance of the first or other elements. The Presidency of the SFRY was the best example. While the elements of federalism prevailed in its work when Josip Broz Tito was the President of the Republic, the erosion of federal elements took place gradually during the 1980s, and confederal features only became prevalent from 1990, when opposing nationalist policies were represented in the Presidency.

LIST OF REFERENCES

Bibliographic references

1. Dimitrijević, Vojin, *The 1974 Constitution as a Factor in the Collapse of Yugoslavia or as a Sign of Decaying Totalitarianism*, EUI Working Paper RSC No. 94/9, European University Institute, Florence, 1994;
2. Ђорђевић, Јован, *Политички систем*, Савремена администрација, Београд 1980 (Ђорђевић, Jovan, *Political System*, Savremena administracija, Belgrade 1980);
3. Ђорђевић, Јован, *Уставно право*, Савремена администрација, Београд 1976 (Ђорђевић, Jovan, *Constitutional Law*, Savremena administracija, Belgrade 1976);
4. Зечевић, Миодраг (гл. редактор и одг. уредник), *Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије. Стручно објашњење*, Институт за политичке студије Факултета политичких наука – Привредни преглед, Београд 1975 (Zečević, Miodrag (editor-in-chief), *Constitution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia. Expert Explanation*, Institute for Political Studies, Faculty of Political Sciences – Economic Review, Belgrade 1975);
5. Кулић, Димитрије, „Изборни систем и изборни поступак у Уставу од 1974. год.“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 16/76 (Kulić, Dimitrije, „Electoral System and Electoral Procedure in the 1974 Constitution“, *Proceedings of the Faculty of Law in Niš* 16/76);

⁶⁰ Kardelj argued that Yugoslavia was no longer a federation or a confederation, wishing to point out the hybrid form of state organization, but also to the fact that the new constitution cannot be viewed only from the standpoint of classical concepts and the theory of constitutional law. – G. Marković, *cited work*.

6. Марковић, Горан, *Уставно питање у другој Југославији. IV дио. Од Повеље самоуправљања до партијског само-управљања*, Интернет магазин *Нови Пламен*, <https://www.noviplamen.net/glavna/ustavno-pitanje-u-drugoj-jugoslaviji-iii-dio-od-povelje-samoupravljanja-do-partijskog-samo-upravljanja/> (Marković, Goran, *Constitutional issue in the second Yugoslavia. Part IV. From the Charter of Self-management to the Party's Self-Government*, *Novi Plamen Internet magazine*, <https://www.noviplamen.net/glavna/ustavno-pitanje-u-drugoj-jugoslaviji-iii-dio-od-povelje-samoupravljanja-do-partijskog-samo-upravljanja/>);
7. Марковић, Горан, *Седмнаест теза о Уставу СФРЈ од 1974. године*, Интернет магазин *Нови Пламен*, <https://www.noviplamen.net/glavna/17-teza-o-ustavu-sfrj-od-1974-godine/> (Marković, Goran, *Seventeen Theses on the Constitution of the SFRY of 1974*, *Internet magazine Novi Plamen*, <https://www.noviplamen.net/glavna/17-teza-o-ustavu-sfrj-od-1974-godine/>);
8. Мирић, Јован, *Систем и криза*, Цекаде, Загреб 1984 (Mirić, Jovan, *System and Crisis*, *Cekade*, Zagreb 1984);
9. Мратовић, Вељко, Филиповић, Никола, Сокол, Смиљко, *Уставно право и политичке институције*, Правни факултет, Загреб 1981 (Mratović, Veljko, Filipović, Nikola, Sokol, Smiljko, *Constitutional Law and Political Institutions*, Faculty of Law, Zagreb 1981);
10. Пајванчић, Маријана, „Прилог расправи о колективном раду и одлучивању Председништва СФРЈ“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 13/1979 (Pajvančić, Marijana, „Contribution to the discussion on collective work and decision-making of the Presidency of the SFRY“, *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad* 13/1979);
11. Пајванчић, Маријана, „Развој изборног права у Југославији“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 4–6/1999 (Pajvančić, Marijana, “Development of electoral law in Yugoslavia”, *Bulletin of the Bar Association of Vojvodina*, 4–6/1999);
12. Петров, Владан, Николић, Алекса, „Уставне основе политичког система социјалистичке Југославије“, Д. Поповић, Б. Беговић, З. С. Мирковић (прир.), *Социјалистичко право у Југославији 1945–1990, Први том*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2024 (Petrov, Vladan, Nikolić, Aleksa, „Constitutional Foundations of the Political System of Socialist Yugoslavia“, D. Popović, B. Begović, Z. S. Mirković (eds.), *Socialist Law in Yugoslavia 1945–1990, Volume One*, Faculty of Law, University of Belgrade, Belgrade 2024);
13. Potts, George A., *The Development of the System of Representation in Yugoslavia with Special Reference to the Period Since 1974*, University Press of America, Lanham – London 1996;
14. Rusinow, Dennison, *The Yugoslav Experiment 1948–1974*, C. Hurst and Co. – Royal Institute of International Affairs, London 1977;

15. Срук, Јосип, *Дегелатски скупштински систем*, Информатор, Загреб 1982 (Sruk, Josip, *Degelatski skupštinski sistem*, Informator, Zagreb 1982);
16. Фира, Александар, *Уставно право*, Институт за политичке студије Факултета политичких наука – Привредни преглед, Београд 1978 (Fira, Aleksandar, *Constitutional Law*, Institute for Political Studies, Faculty of Political Sciences – Economic Review, Belgrade 1978).

Legal acts

1. Constitution of the Federal People's Republic of Yugoslavia of 1946;
2. Constitutional Law on the Foundations of the Social and Political System of the Federal People's Republic of Yugoslavia of 1953;
3. Constitution of the SFRY of 1963;
4. Constitution of the SFRY of 1974;
5. Law on the Election and Recall of Delegates to the Federal Council of the Assembly of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, *Official Gazette of the SFRY*, Nos. 10/1974, 5/1978 – consolidated text;
6. Rules of Procedure of the Presidency of the SFRY, *Official Gazette of the SFRY*, No. 6/1981.

Черкасова Оксана, *PhD*.

Доцент кафедры теории и методологии и правового обеспечения
ГМУ, Уральского Федерального университета г. Екатеринбург,
Российская Федерация

ОЦЕНОЧНЫЕ КАТЕГОРИИ В ПРАВЕ КАК СРЕДСТВО ДЛЯ ЗЛУОПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ

Использование в законодательстве оценочных категорий является одним из приемов юридической техники. Использование оценочных категорий в праве, неоднозначно воспринимаемое как учеными, так и практиками. С одной стороны, наличие оценочных категорий позволяет судам или иным правоприменителям принимать более обоснованные решения, максимально учитывать все обстоятельства дела. С другой стороны, большое количество оценочных категорий создает почву для коррупции и злоупотребления правом. Большую роль в толковании оценочных категорий играют руководящие разъяснения высших судебных инстанций. Однако нередко случаи, когда высшие судебные инстанции дают толкование одних оценочных категорий посредством использования других. В связи с чем, роль и значение оценочных категорий в праве – тема актуальная, требующая глубокого осмысления как с позиции доктрины, так и с позиции правоприменительной практики. В данном исследовании, используя аксиологический и сравнительно-правовой методы, предлагается научный и практический взгляд на ряд проблем, с которыми сталкиваются субъекты различных правоотношений, применяя и толкуя оценочные категории. В результате чего автор приходит к выводу о том, что правильность использования оценочных категорий, гарантированность от злоупотреблений правом во многом определяются уровнем правосознания правоприменителя, основанном на дифференцированном подходе. Что в свою очередь позволит охватить нормативной регламентацией круг разнообразных проявлений действительности, придаст гибкость и стабильность правовому регулированию, и станет способом защиты от злоупотреблений, а не наоборот.

Ключевые слова: Оценочные категории; Злоупотребление правом; Критерии правоприменения; Судебная практика; Правоотношения.

* * *

Оценочные категории в праве, как прием юридической техники, неоднозначно воспринимаются как учеными, так и практиками. С одной стороны, наличие оценочных категорий позволяет судам или иным правоприменителям принимать более обоснованные решения, максимально учитывать все обстоятельства дела. Ведь сделать систему права казуистичной, способной отразить все многообразие жизненных ситуаций, объективно невозможно.

Отрицательный подход к оценочным категориям укоренился в юридической науке исторически. В дореволюционной литературе не упоминался термин „оценочные понятия“, зато авторы связывали включение „обобщенных юридических понятий“ в текст закона с угрозой неограниченного усмотрения и судебного произвола.

Однако по мере развития правовой доктрины ученые стали приводить аргументы в пользу реабилитации оценочных понятий. Оценочные категории не только порождают неопределенность, но и служат средством ее преодоления; позволяют охватить нормативной регламентацией круг разнообразных проявлений действительности; придают гибкость и стабильность правовому регулированию; создают возможность индивидуального поднормативного регулирования.

Вопрос о границах (а точнее, о границах интерпретации) оценочных понятий является очень важным. Есть ли пределы при правоприменении законоположений, содержащих оценочные понятия? Чем руководствоваться правоприменителю, сталкивающемуся с таковыми, и где тот ориентир, который позволит принять верное решение? Существует ли различие в ориентирах и границах применения соответствующих законоположений частного и публичного права? Это лишь условный перечень вопросов, которые будут рассмотрены в настоящей статье.

1. ЛИТЕРАТУРНЫЙ ОБЗОР

Веками законодатели разных стран мира, формулируя нормы законов, в той или иной мере использовали оценочные понятия.

В российском законодательстве имеется значительное количество оценочных категорий. Последние не раз становились предметом научных изысканий, что во многом обусловлено повышенным вниманием к юридической технике правовых актов и необходимостью качественно иного законодательства. Изучению оценочно-понятийной проблематики уделялось особое внимание в дореволюционной, в советской и современной юридической литературе.

И.А. Покровский, как известно, был непримиримым противником судейского правотворчества¹, положения об оценочных категориях называл каучуковыми параграфами“.

Сходный термин „каучуковые постановления“ использовал в своих трудах по уголовному праву П.И. Люблинский.² Н.С. Таганцев в научных публикациях оперировал термином „обобщенные юридические понятия“. Представитель науки трудового права И.С. Войтинский называл изучаемый феномен „эластичными понятиями“, в отношении которых не установлены общие правила применения.³ М.А. Унковский отмечал опасность неопределенных норм закона, поскольку они таят в себе угрозу произвола при их толковании.⁴

В целом, в дореволюционный период можно отметить сложившееся в научных трудах того периода времени негативное отношение к данному правовому явлению.

В советский период в научных изысканиях была обоснована неизбежность использования оценочных понятий, поскольку они дают возможность для свободной оценки фактов и позволяют учитывать конкретные обстоятельства жизненной ситуации. М.И. Бару отмечал, что бытие в праве данного феномена вполне оправданно и создает условия для сближения правоприменительной и правосозидательной практик.⁵

Впервые в науке уголовного права начала обсуждаться правовая проблема законодательного употребления оценочных понятий. Представителями уголовно-правовой науки было сформулировано определение и выделены существенные признаки оценочных понятий: оценочные понятия не конкретизируются законодателем; государственный орган уточняет их содержание при применении закона; их содержание определяется правосознанием правоприменителя, обстоятельствами конкретного дела и позицией интерпретатора, включает в себя объективную и субъективную стороны.⁶

¹ И. А. Покровский, *Основные проблемы гражданского права*. 8-е изд. М.: Статут, 2020. С. 91.

² П. И. Люблинский, *Техника, толкование и казуистика Уголовного кодекса* // Записки юрид. фак-та Петроград. ун-та. 1917. Вып. 5. С. 15.

³ И. С. Войтинский, *Стачка и рабочий договор по русскому праву*. СПб.: Тип. В. Безобразова и К°, 1911. С. 20.

⁴ М. А. Унковский, *О неясности законодательства как общественном бедствии и о ближайших путях к его устранению*. СПб., 1913. С. 5–6.

⁵ М. И. Бару, *Оценочные понятия в трудовом законодательстве* // Советское государство и право. 1970. N 7. С. 105.

⁶ В. Н. Кудрявцев, *Теоретические основы квалификации преступлений*. М.: Госюриздат, 1963. С. 124.

В научной литературе того периода не существовало единого мнения, о субъекте конкретизации норм, содержащих оценочные категории. Я.М. Брайнин к таковым относил государственные органы.⁷

Целостное научное осмысление оценочных категорий в советский период представлено в научных трудах Т.В. Кашаниной. Впервые в теоретической науке были исследованы их логико-гносеологические особенности. Оценочное понятие понимается как нормативное предписание, которое детально не разъяснено законодателем, а включает в себя лишь общие качества и свойства разнообразных явлений действительности и тем самым создает возможность для индивидуального поднормативного регулирования.⁸

В настоящее время в правовой науке возрос интерес к оценочным категориям. В юридической литературе не только продолжается, но и набирает обороты развернутая дискуссия об их правовой сущности.

Оценочные категории выступают предметом исследования как общетеоретических, так и отраслевых наук. Большинство авторов обосновывают целесообразность и неизбежность их применения. Так, Р.М. Нигматдинов в рамках гражданского процесса обосновывает необходимость использования оценочных категорий в правовом регулировании гражданских процессуальных отношений: они обеспечивают стабильность и регулятивную прочность. Постановления Пленума Верховного Суда РФ, посвященные их толкованию, способствуют единообразию в правоприменительной практике.⁹

Авторы научных изысканий в данной сфере отмечают, что данная тема тесно сопряжена с проблемой усмотрения правоприменяющего субъекта. К примеру, обосновывается двойственная правовая природа оценочных понятий, именуя их источником позитивного и отрицательного (неограниченного) усмотрения.

Как уже было отмечено ранее, отрицательный подход к оценочным категориям укоренился в юридической науке исторически. Однако по мере развития правовой доктрины ученые стали приводить аргументы в пользу реабилитации оценочных понятий, представляемое как многогранное явление, к определению сущности которого

⁷ Я. М. Брайнин, *Уголовный закон и его применение*. М.: Юридическая литература, 1967. С. 63.

⁸ Т. В. Кашанина, *Юридическая техника*: учебник. 2-е изд., пересм. М., 2011. С. 344.

⁹ Р. М. Нигматдинов, *Проблема правовых понятий и оценочных категорий в гражданском процессуальном праве*: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 7.

нельзя подходить односторонне. Оценочно-понятийная проблематика предполагает использование всего многообразия доктринальных подходов к ее осмыслению.

2. ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ, ВОЗНИКАЮЩИЕ ПРИ РЕАЛИЗАЦИИ НОРМ, СОДЕРЖАЩИХ ОЦЕНОЧНЫЕ КАТЕГОРИИ

Проблема оценочных категорий объективно важна для всех отраслей законодательства. Вместе с тем острота данного вопроса наиболее очевидна в отраслях права, которые находятся на стыке публичного и частного интереса. Самой очевидной, на сегодняшний день проблемой практики правоприменения является отсутствие в правовом регулировании прозрачных критериев выбора. Далее, обозначенная проблема будет рассмотрена в отраслевом аспекте.

2.1. Оценочные категории в земельном праве

Типичным упоминанием оценочных категорий на уровне принципов является предусмотренное ст. 1 Земельного Кодекса РФ право граждан и их объединений „принимать участие в подготовке решений, реализация которых *может оказать воздействие* на состояние земель при их использовании и охране“. Оценочный характер данному принципу придает отсутствие упоминаний о всяких критериях оценки и характера таких воздействий, требующих привлечение общественности. Поэтому данный принцип на практике слабо реализован.

Оценочный характер носит *принцип дифференцированного подхода к установлению правового режима земель* (ст. 1 Земельного Кодекса РФ), поскольку его четкие критерии не указаны.

Среди регулятивных норм земельного права оценочные категории могут быть посвящены вопросам как использования, так и охраны земель. Примером последних является упоминание в ст. 8 Федерального закона от 16 июля 1998 г. N 101-ФЗ (Федеральный закон от 16.07.1998 N 101-ФЗ (ред. от 26.12.2024) „О государственном регулировании обеспечения плодородия земель сельскохозяйственного назначения“¹⁰ в числе обязанностей правообладателей земельных участков сельскохозяйственного назначения „*осуществлять производство сельскохозяйственной продукции способами, обеспечивающими*

¹⁰ „Собрание законодательства РФ“, 20.07.1998, N 29, ст. 3399. URL <http://pravo.gov.ru>.

воспроизводство плодородия земель сельскохозяйственного назначения“, причем сами способы не детализированы.

Так, проведение аукциона, а также образование земельного участка для его продажи или предоставления в аренду путем проведения аукциона может осуществляться по инициативе *заинтересованных* в предоставлении земельного участка гражданина или юридического лица (ст. 39.11 Земельного Кодекса РФ).

Обладатель публичного сервитута вправе осуществлять доступ на земельный участок по графику, установленному соглашением об осуществлении публичного сервитута, и при условии *заблаговременного* уведомления об этом правообладателя земельного участка (п. 3 ст. 39.50 Земельного Кодекса РФ).

Большую роль в толковании оценочных категорий играют руководящие разъяснения высших судебных инстанций. Однако нередки случаи, когда высшие судебные инстанции дают толкование одних оценочных категорий посредством использования других. Так, п. 5 ст. 22 Земельного Кодекса РФ предусматривает право арендатора земельного участка передать свои права и обязанности по договору аренды земельного участка третьему лицу без согласия собственника земельного участка, но *при условии его уведомления*. Форма, сроки уведомления и иные принципиально важные вопросы были оставлены на усмотрение правоприменителя. По итогам сложившейся судебной практики в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 марта 2005 г. N 11 „О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства“ (п. 16)¹¹ было разъяснено, что уведомление о передаче арендатором земельного участка своих прав и обязанностей по договору третьему лицу должно быть направлено собственнику земельного участка *в разумный срок* после совершения соответствующей сделки с третьим лицом в письменной или иной форме, позволяющей арендатору располагать сведениями о получении уведомления адресатом. Таким образом, уточнив одну оценочную категорию (письменная форма), суд по-прежнему оставил на усмотрение правоприменителя не менее важный вопрос о длительности *разумного срока* уведомления.

Стоит отметить, что что наибольшая часть оценочных категорий в земельном праве используется для определения содержания прав и

¹¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 24.03.2005 N 11.

„О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства“// „Вестник ВАС РФ“, N 5, 2005.

обязанностей граждан, юридических лиц, органов государственной власти и местного самоуправления.

Правильность использования оценочных категорий, гарантированность от злоупотреблений правом во многом определяются уровнем правосознания правоприменителя и качеством контрольно-надзорной деятельности со стороны уполномоченных органов.

Специфика использования оценочных понятий в земельном праве состоит в том, что они могут располагаться не только в текстах нормативных актов, но и в договорах, например, аренды или купли-продажи земельных участков. В последнем случае толкование оценочных понятий могут осуществлять как стороны договора, так и суд.

2.2. Оценочные категории в процессуальном праве

Обращаясь к проблемам правоприменения оценочных категорий при судебной защите, особо остро стоит вопрос о пределах „судебного усмотрения“. Понятия „пределы судебного усмотрения“ действующим законодательством не раскрывается, является оценочной категорией, что в практической деятельности может служить источником появления ошибок, как неумышленных, так и совершенных с умыслом, проявления злоупотреблений, „судейского произвола“. Судебное усмотрение – одно из основополагающих полномочий судей, необходимых для создания стабильной и гибкой национальной правовой системы, которое зависит от уровня правосознания судей. Именно оно позволяет развиваться законодательству и оперативно реагировать на изменения, возникающие в общественной жизни, но еще не урегулированные правом. При этом судебное усмотрение должно применяться только в строго ограниченных случаях, разумно и справедливо, соблюдая все конституционные гарантии и не допускать злоупотреблений.

Стоит отметить, что необходимо учитывать и моральные пределы судебного усмотрения, которые сложнее конкретизировать и сформировать из них систему, однако без них невозможно осуществлять функцию отправления правосудия без возможного злоупотребления. Моральные нормы практически не регламентированы и у них отсутствует формально отражение, тем не менее они определяются общей атмосферой в каждом обществе, как справедливо замечает М.И. Клеандров.¹²

¹² М. И. Клеандров, *О судебском усмотрении* // Российское правосудие. 2007. N 6. С. 15.

В.С. Манохин связывает судебское усмотрение с толкованием нормы и определением верного решения из нескольких представленных вариантов.¹³ В результате вполне очевидно, что судья ограничен представленными нормами закона. Однако для преодоления дефектов или сложных ситуаций он может воспользоваться внутренними установками и убеждениями, которые в совокупности с верным толкованием норм права и создают необходимый фундамент для устойчивости правовой системы.

Необходимость судебного усмотрения продиктована следующими обстоятельствами. *Во-первых*, динамично развивающиеся социальные сферы в настоящее время очень сложно урегулировать лишь в рамках норм закона, так как они быстро устаревают и теряют актуальность. Смена векторов развития и переориентация на цифровое общество привели к возникновению неопределенности развития права и необходимости выработки новых способов правового регулирования. Судебное усмотрение позволяет применять уже устоявшиеся нормы к новому отношению, с учетом необходимости их адаптации под новые аспекты общественной жизни, не ограничивая право граждан на доступ к правосудию. *Во-вторых*, невозможно детально урегулировать каждую жизненную ситуацию по причине их бесконечного множества. В реальных условиях норма закона действует как идеальная конструкция, применение которой зависит от обстоятельств дела и восприятия самого судьи. Полная формализация права приведет лишь к ограничению прав и свобод, утрате гибкости правовой системы. *В-третьих*, невозможно исключить правовые дефекты полностью, так как законодатель состоит из таких же людей, на которых могут воздействовать совершенно разные неправовые явления. Порой возникает объективная невозможность создать правильный закон, из-за непонимания того, как работает эта часть общественной жизни (яркий пример - криптовалюта и ее законодательное закрепление).

Из чего можно заключить, что судебное усмотрение устраняет дефекты, так как в отличие от законодательной техники правоприменительная реагирует быстрее и способна закрыть образовавшийся пробел.

2.3. Оценочные категории в городском праве

Новая история нашей страны в последние годы определяется ре-
нессансом городского права, который связан с целым рядом причин

¹³ В. С. Манохин, *Пределы судебного усмотрения в РФ: теория и практика* // Мировой судья. 2022. N 5. С. 8–12.

развития современной городской цивилизации: это значительный глобальный процесс урбанизации – как предполагается, в середине XXI в. в городах уже будет жить три четверти населения Земли; концентрация населения в больших городах и агломерациях, с одной стороны, создает ряд сложностей в обеспечении потребности населения в ресурсах и услугах, а с другой стороны, позволяет более эффективно решать политико-правовые и административно-управленческие вопросы, и, это упрощает использование современных информационных технологий практически во всех процессах функционирования города и обеспечивает более оперативное правовое регулирование жизнедеятельности горожан, поскольку качество практических результатов деятельности органов городской власти и управления становится все более востребованным у населения в наше время.¹⁴

Главным фактором развития городов должны являться *выгодность и полезность* для жителей всех федеральных, региональных и муниципальных программ на основе не только экономически обоснованных, но и социально просчитанных и юридически определенных прогнозов практических результатов их реализации. Как известно, в структуре правоотношения присутствует такой элемент, как объекты: материальные и нематериальные *блага*, т.е. в самой сути правового акта заложена *благая* цель – полезность результатов его действия для людей. Можно сказать, что это очевидно и давно известно, но анализ целого ряда городских правовых актов различных городов далеко не всегда показывает их антропоцентричность.¹⁵

Однако выгодность и полезность – не что иное как оценочные категории, и также не редко являются способом злоупотреблений и недобросовестного поведения субъектов правоотношений.

На сегодняшний день, можно выделить следующие регуляторы приделов применения данных оценочных категорий:

1. Категории *субъективной оценки* жителями городов *значимости материальных и нематериальных благ*, удовлетворяющих их потребности в результате социально-экономической, правотворческой, правоприменительной и правоохранительной деятельности городских органов власти и управления.

¹⁴ В. В. Таболин, А. В. Таболин, *Категория полезности в городском праве: к вопросу о практической значимости результатов деятельности городской власти* // Конституционное и муниципальное право. 2021. № 10. С. 67–71.

¹⁵ *Юридическая урбаноология. Урбанологическая теория*: Монография: В 2 т. / Кол. авторов; Под общ. ред. В. В. Таболина. М.: Юстицинформ, 2021.

2. Муниципальные правовые акты должны в той или иной степени содержать эту полезность, которая прямо или косвенно обеспечивает легитимность власти, через *удовлетворенность населения* результатами ее работы. Это также формирует устойчивый психологически комфортный микроклимат в городе и доверие к власти.

3. ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

Исходя из проведенного краткого анализа и выявления ряда проблем правоприменения оценочных категорий в российских отраслях публичного и частного права предлагаются подходы и ориентиры для их разрешения, которые, безусловно, носят рекомендательный характер.

Во-первых, к правовому регулированию, закрепляющим общие универсальные пределы применения оценочных категорий, можно отнести отраженные в законодательстве основные начала (принципы) той или иной отрасли права.¹⁶ Кроме того, сталкиваясь на практике с нормами, содержащими оценочные понятия, правоприменителю следует руководствоваться постановлениями высших судов (постановления Конституционного Суда РФ, пленумы Верховного Суда РФ). Именно эти акты могут определять, хоть и ситуативно, направления в разрешении рассматриваемых споров. Несомненная польза постановлений высших судов заключается в приведении ими примеров, способствующих уяснению сути оценочных понятий.

Во-вторых, в случае отсутствия судебной практики по вопросу о применении нормы с оценочными понятиями, что также не редкое явление, например, в ситуации принятия законодательных новелл. Отсюда возникает вопрос об ориентирах, руководством которыми могло бы правоприменительным актам соответствовать букве и духу закона. Думается, что в сфере частного (прежде всего наследственного и семейного) права такими ориентирами могут служить (и служат) обычаи, традиции, религиозные устои и нормы морали.¹⁷ Некоторые из них могут применяться и в сфере публичного права. Другое дело, что удельный вес и широта распространения данных ориентиров будут принципиально иными, нежели в праве частном. Во многом это обусловлено особенностями публично-правового регулирования.

¹⁶ И. В. Шульга, *Правосудие: суть государственно-правового явления*. Справедливость // Мировой судья. 2017. N 8. С. 21.

¹⁷ А. В. Фюшин, *К вопросу о системе оценочных понятий наследственного и семейного права* // Нотариус. 2018. N 1. С. 32–36.

В-третьих, представляется, что в качестве ориентира при рассматриваемом правоприменении могут выступать и соответствующие положения правовой доктрины.

Как справедливо было отмечено П.П. Серковым, „правовая доктрина является ключевым элементом познания динамики правовой действительности...“.¹⁸ Положительно оценивая синергию теоретической и практической юриспруденции в зарубежных правовых порядках,¹⁹ Г.Ф. Шершеневич писал: „Судьи, прокуроры, адвокаты всюду на Западе вступают на свое поприще не иначе как в полном научном вооружении и в последующей своей деятельности не прерывают сношений с наукой, но поддерживают постоянным чтением, что лучше всего доказывается массой расходящихся книг юридического содержания. На суде не стесняются приводить цитаты из наиболее известных сочинений, ссылаются на наиболее уважаемые авторитеты.“²⁰ Решения французских или германских судов представляют собой образцы умелого применения теории к практике“.²¹ Любопытно, что и в современных отечественных судебных актах иногда встречаются ссылки на доктринальные источники.

В-четвертых, в целом обозначенные ориентиры и границы применения законоположений, содержащих оценочные понятия, для частного и публичного права совпадают, но есть определенные нюансы. Как показывает проведенный анализ, обуславливаются они прежде всего отраслевой спецификой. Так, если для публичного права характерны отношения императивности, власти и подчинения, то и соответствующие нормы, включающие в себя оценочные понятия, адресуются почти всегда субъектам, наделенным определенными властными полномочиями. В свою очередь, для частного права (базирующегося на диспозитивности и равноправии) обычна ситуация, при которой соответствующие нормы имеют отношение к хозяйствующим субъектам или гражданам. Отсюда следует, что линейка ориентиров в частном праве является более широкой, нежели в праве публичном. Так, если применение частноправовых норм с оценочными понятиями достаточно часто основывается на обычаях, традициях и религиозных устоях (наследование предметов обычной до-

¹⁸ П. П. Серков, *Предисловие // Судебные доктрины в российском праве: теория и практика*: Монография / Отв. ред. В.В. Лазарев, Х.И. Гаджиев. М.: ИЗиСП; НОРМА; ИНФРА-М, 2020. С. 12.

¹⁹ Там же.

²⁰ Г. Ф. Шершеневич, *Избранное* / Вступ. сл., сост.: П.В. Крашенинников. М.: Статут, 2016. С. 222.

²¹ Решение МКАС при ТПП РФ от 26.07.2004 по делу N 139/2003.

машней обстановки и обихода, достойные похороны и т.д.), то при применении соответствующих публично-правовых норм такие ориентиры, как правило, не используются.

4. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Оценочные понятия в любом случае необходимы законодательству, и их ограничение не приводит к ущемлению прав и свобод граждан. Просто для их применения необходимо анализировать все приведенные обстоятельства дел.

Оценочные понятия неизбежны в законодательстве, тем не менее их применение должно иметь аргументированную основу. Практика показывает, что, основываясь только на них, вышестоящие инстанции регулярно отменяют решения, считая оценочные понятия прикрытием для слабой правовой позиции стороны. Поэтому судья должен обязательно сначала сформулировать критерии применимого понятия, в дальнейшем мотивировать причины обращения к нему и причину применения в конкретном деле. Судья при применении оценочного понятия должен использовать сходные дефиниции и обязательно обращать внимание на существующие правовые позиции по данному вопросу в теории, доктрине и практике.

Кроме того, автор приходит к выводу о том, что правильность использования оценочных категорий, гарантированность от злоупотреблений правом во многом определяются уровнем правосознания правоприменителя, основанном на дифференцированном подходе. Что в свою очередь позволит охватить нормативной регламентацией круг разнообразных проявлений действительности, придаст гибкость и стабильность правовому регулированию, и станет способом защиты от злоупотреблений, а не наоборот.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Бару, Мирон, Иосифович, *Оценочные понятия в трудовом законодательстве* // Советское государство и право. 1970. N 7. С. 105;
2. Брайнин, Яков, Маркович, *Уголовный закон и его применение*. М.: Юридическая литература, 1967. С. 63;
3. Войтинский, Иван, Сергеевич, *Стачка и рабочий договор по русскому праву*. СПб.: Тип. В. Безобразова и К°, 1911. С. 20;
4. Клеандров, Мирон, Иосифович, *О судебском усмотрении* // Российское правосудие. 2007. N 6. С. 15;
5. Кудрявцев, Виктор, Николаевич, *Теоретические основы квалификации преступлений*. М.: Госюриздат, 1963. С. 124;

6. Люблинский, Петр, Иванович, *Техника, толкование и казуистика Уголовного кодекса* // Записки юрид. фак-та Петроград. ун-та. 1917. Вып. 5. С. 15;
7. Манохин, Виктор, Сергеевич, *Пределы судебного усмотрения в РФ: теория и практика* // Мировой судья. 2022. N 5. С. 8 – 12;
8. Покровский, Игорь, Алексеевич, *Основные проблемы гражданского права*. 8-е изд. М.: Статут, 2020. С. 91;
9. Рясина, Анастасия, Сергеевна, *Развитие научных представлений об оценочных категориях в российском праве* // Российская юстиция. 2020. N 6. С. 4 – 7;
10. Серков, Пётр, Павлович, *Предисловие* // *Судебные доктрины в российском праве: теория и практика*: Монография / Отв. ред. В.В. Лазарев, Х.И. Гаджиев. М.: ИЗиСП; НОРМА; ИНФРА-М, 2020. С. 12;
11. Таболин, Владимир, Викторович, Таболин, А.В. *Категория полезности в городском праве: к вопросу о практической значимости результатов деятельности городской власти* // Конституционное и муниципальное право. 2021. N 10. С. 67 – 71;
12. Унковский, Михайлович, Александр, *О неясности законодательства как общественном бедствии и о ближайших путях к его устранению*. СПб., 1913. С. 5 – 6;
13. Фиошин, Александар, Владимирович, *К вопросу о системе оценочных понятий наследственного и семейного права* // Нотариус. 2018. N 1. С. 32 – 36;
14. Черкасова, Оксана, Викторовна, *Нравственно-этические категории в российском гражданском праве* // Юрист. 2021. N 10. С. 2 – 8;
15. Шершеневич, Габриэль, Феликсович, *Избранное* / Вступ. сл., сост.: П.В. Крашенинников. М.: Статут, 2016. С. 222;
16. Шульга, Игорь, Викторович, *Правосудие: суть государственно-правового явления. Справедливость* // Мировой судья. 2017. N 8. С. 21.

Professor Cherkasova O. V., Phd (Candidate) in Juridical Sciences,
Ural Federal University, Yekaterinburg, Russia

EVALUATIVE CATEGORIES IN LAW SERVE AS A MEANS TO ABUSE THE LAW

Summary

The utilization of evaluative categories within the context of legislation represents a fundamental aspect of legal technique. The use of evaluative categories in law is a topic that is perceived ambiguously by both scientists and practitioners. On the one hand, the presence of evaluative categories allows courts or other law enforcers to make more reasonable decisions and to take into account all the circumstances of the case to the maximum extent possible. On the other hand, a large number of evaluative categories creates a ground for corruption and abuse of law. The interpretation of evaluative categories is significantly influenced by guidance from higher courts. However, it is not uncommon for higher courts to utilize other evaluative categories to inform their interpretation. In this regard, the role and significance of evaluative categories in law is a topic that requires further investigation and analysis from both doctrinal and practical perspectives. This study employs axiological and comparative-legal methods to present a scientific and practical perspective on the challenges encountered by individuals engaged in diverse legal relationships, with a particular focus on the application and interpretation of evaluative categories. The author's findings suggest that the efficacy and fairness of the use of evaluative categories, as well as the protection against the misuse of legal rights, are largely contingent upon the level of legal consciousness and a differentiated approach on the part of the executor of law. This, in turn, will facilitate the coverage of a range of diverse manifestations of reality through normative regulation, provide flexibility and stability to legal regulation, and serve as a means of protection against abuse rather than being a conduit for such abuse.

Key words: *Evaluative categories; Abuse of rights; Criteria of law enforcement; Judicial practice and legal relations.*

Associate Professor Marko Stanković, LL.D.

Faculty of Law, University of Belgrade

THE ROLE AND POWERS OF THE PROVISIONAL AUTHORITY IN LOCAL SELF-GOVERNMENT IN SERBIA WITH SPECIAL REFERENCE TO THE CITY OF BELGRADE

This paper analyses the status and powers of the provisional authority in local self-government in the Republic of Serbia. The introductory presentation presents the trends in the development of constitutionality in the last hundred years, which have led to the strengthening of the executive and the shortening of procedures for the adoption of legal acts. After that, the legal position of the provisional authority in local self-government in the Republic of Serbia is presented and the weaknesses of the valid normative solutions are pointed out. A special part of the paper refers to the position of the provisional authority in the city of Belgrade and its functioning in practice. The concluding part of the paper summarizes the results of the research and proposes possibilities for improving the norms on the provisional authority of local self-government in the Republic of Serbia.

Key words: Local self-government; Provisional authority; Republic of Serbia; City of Belgrade.

1. THE "RATIONALIZATION" OF PARLIAMENTARISM IN EUROPE AND ITS IMPACT ON LOCAL SELF-GOVERNMENT

The parliamentary system of government, which is characteristic of the European continent, is characterized by the choice of government in parliament and the balance and cooperation between the legislative and executive powers. The biggest weakness of classical parliamentarism in countries with a multi-party system is the instability of the government, which easily "falls" after losing the support of the majority in parliament. After that, the state can be without an operational executive for a long period of

time. In these periods of "vacuum" of executive power, it is not possible to make important political decisions and perform certain functions of government that are important for the everyday life of citizens. In the 18th and 19th centuries, such situations were very common in political systems throughout Europe.

The "long 19th century" ended with the end of World War I, when the world experienced tectonic changes. These changes were most pronounced on the European continent, where the social and political environment was completely changed. The wave of political transformations brought with it a large number of new constitutional norms, designed to rationalize political life and reduce it to a reasonable constitutional framework.¹ This period was marked by the aspiration of the constitutionalists to stabilize the political system by strengthening the position of the executive. The stabilization of the executive in the parliamentary system had two aspects. The first was to strengthen the role of the head of state, who was directly elected, so that, thanks to the legitimacy of the popular election, he had increased powers. Such a system of government, based on parliamentarism, was named a semi-presidential system a few decades later. The second form of stabilization of the parliamentary system is the strengthening of the position of the government, as a collegial executive body elected in parliament. Constitutional norms prescribe mechanisms that prevent a vote of no confidence of the government easily. One of the mechanisms of the rationalization of parliamentarism is the entrusting of power to narrow bodies in times of crisis, because they can act faster and decide more efficiently than the parliament. According to Ratko Marković, "in special cases (when the houses of parliament are not in session), it is even envisaged to replace the parliament with a special smaller body that arises from it (...) with the power to legislate instead of parliament and exercise political control over the government".²

After the Second World War, there was a trend of growth and function at the local level, because the technology of modern industrialism produced many desires and needs that are important for local self-government.³ And in this century, it has been noted that the push for a higher level of efficiency in local self-government has become a global

¹ S. Orlović, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2018, 21.

² R. Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 70.

³ K. Fridrih, *Konstitucionalna demokratija*, CID, Podgorica 2005, 203; W. Anderson, *The Units of Government in United States*, Public Administration Service, Chicago 1945, 10; R. Marinković, *Lokalna samouprava – stare i nove nedoumice*, Institut za političke studije, Beograd 1998, 77.

trend, in line with the strengthening of the case for efficiency and democratic accountability.⁴ That is why it is important that it works even in times when there are no legitimately elected organs.

Rationalization of the exercise of powers, whether at the state or local level, implies, among other things, predicting who will perform the functions of government in the case when the assembly has been dissolved. In this situation, there are generally two possible models. According to the first, the existing executive (government, ministerial council, executive council, etc.) continues to carry out "current tasks". The limited scope is due to the lack of legitimacy, since the assembly that elected the executive body has previously lost its legitimacy and has been dissolved. According to the second solution, a special narrower body is appointed, which is entrusted with normative and executive powers. And as a rule, this body has limited powers, because it also lacks legitimacy.

Serbian legislator opted for the first model in terms of the Government of Serbia, and in terms of local self-government, for the second. The Government whose mandate has expired (due to the dissolution of the Parliament or for other reasons) performs "current tasks" until the election of a new Government. In local self-government, a provisional authority is appointed to perform "current and urgent tasks" within the competence of the assembly and the executive of the local self-government until the election of a new local assembly and executive. This paper will consider the strengths and weaknesses of such a model at the level of local self-government and analyse the experiences that have been manifested in practice so far.

2. LEGAL FRAMEWORK FOR THE OPERATION OF THE PROVISIONAL AUTHORITY OF LOCAL SELF-GOVERNMENT IN SERBIA

The provisional authority of the local self-government in the Republic of Serbia "performs current and urgent tasks within the competence of the assembly and executive bodies of the unit of local self-government" (Art. 86 of the Law on Local Self-Government – ZLS and Art. 31 of the Law on the Capital City – ZGG). This body is appointed by the Government of the Republic of Serbia in the following cases: 1) if it has previously dissolved the local self-government assembly, 2) if no elections for councillors have been held in the local self-government unit, 3) if after the elections for councillors have been conducted, the assembly has not been constituted in accordance with the law within two months of the announcement of the

⁴ J. Morphet, *Modern Local Government*, SAGE Publications, London 2008, 37-38.

election results (Art. 86 -87 ZLS, art. 31 ZGG). The provisional authority performs these tasks until the constitution of the newly elected assembly and the election of the executive bodies of the local self-government.⁵

The key question regarding the operation of the provisional authority is what are the tasks for which it is competent, i.e. *what are the "current and urgent tasks"*? The law does not even hint at the answer to that question. In fact, it even provides opportunities for different linguistic interpretations of that legal standard. It is not clear whether the tasks performed by the provisional authority must be both "current" and "urgent" at the same time, which would somewhat narrow their scope. Or it is sufficient for these tasks to satisfy only one of these two conditions – to be either "current" or "urgent", which would imply a broader scope, because it would include all "current" tasks (including those that are not at the same time "urgent") and all "urgent" tasks (including those that are not "current" at the same time). Valid arguments can be made for both the first and the second possible interpretation. Therefore, it would be necessary for the legislator to clarify this linguistic dilemma as soon as possible.

Despite the fact that the provisional authority is conceived as a transitional solution, which has the task of "bridging" the period between the dissolution of the assembly of the local self-government and the constitution of a new organs of the local self-government after the local elections, it appears in practice often, so there is a great interest in its functioning to be more precisely regulated by regulations.

As it is already said, the most important issue that the legislator should regulate is the competences of the provisional authority, i.e. the tasks it performs. The current wording "current and urgent tasks" is too imprecise and can be interpreted differently by each provisional authority. It is conceivable that the provisional authority would consider all competencies of the assembly and executive bodies of local self-government as "current and urgent tasks", i.e. find justifications why certain tasks must be performed at times when there are no legitimate authorities in the local self-government. Such actions should be prevented for at least two reasons. First, by exercising certain competencies, the provisional authority can produce far-reaching consequences for local self-government, and even cause irreparable damage (e.g. by deciding to allow the demolition of a building that has cultural value, where it is not possible to return to the previous state). Secondly, local self-government is essentially the exercise of local competences directly by citizens or through their legitimately elected representatives. When a body without any democratic legitimacy

⁵ P. Dimitrijević, Z. Lončar, D. Vučetić, *Pravo lokalne samouprave*, Službeni glasnik, Beograd 2020, 195.

performs tasks of strategic importance for local self-government, its essence is meaningless in every respect. The lack of legitimacy of the provisional authority is evident and that is why it is very important that in the periods when such a body exercises power in local self-government, radical moves for the local community are prevented. Members of the provisional authority are "agents" of the Government, which appointed them, and not representatives of the citizens, regardless of the fact that the Government appoints the president and members of the provisional body "taking into account the political and national composition of the dissolved assembly of the local self-government unit" (Art. 86, para. 6 ZLS). This legal "instruction" is not nearly as precise and rigid to such an extent that it could be an obstacle for the Government to determine the composition of the provisional authority in accordance with its own political preferences, which in practice has usually happened.

On the other hand, it is not advisable to determine the competencies of the provisional authority by an exhaustive list of tasks that it can perform, because there is a real danger that there is a need to perform a task that is not on that list, and it turned out that it is a task which performance is "urgent" in specific circumstances, which is also the possibility of irreparable damage.

Therefore, it seems that the most suitable model for regulating the competences of the provisional authority is *the model of a general clause with a negative enumeration*. This model implies that the competence of the provisional authority is regulated by a general provision, which is broad enough to include all the competencies that this authority could perform (this is exactly the current formulation of "current" and/or "urgent" tasks), but with an explicit enumeration of tasks that the provisional authority may not perform. That list of "forbidden" competencies should include tasks that require democratic legitimacy and whose performance leads to permanent consequences for the local community. Such are, for example, the competencies of the adoption of the statute of the unit of local self-government, the adoption of the program of development of the unit of local self-government, the adoption of the spatial and urban plan of the unit of local self-government, the program of development of construction land, the election and dismissal of the local ombudsman, the establishment of services, public companies, institutions and organizations, the adoption of the act on public borrowing of the unit of local self-government, etc. (Art. 32 ZLS).

In Serbian legal system, a good model of regulating jurisdictions by the method of a general clause with a negative enumeration is provided by the current Law on the Government of the Republic of Serbia. In the part that regulates the work of the so-called technical government, i.e. the Gov-

ernment whose mandate has expired (in the case of a vote of no confidence, resignation, etc.), the Law on the Government of the Republic of Serbia explicitly states that the Government whose mandate has expired may "only perform current tasks", whereby it may not: 1) propose laws and other normative acts to the National Assembly or enact regulations, unless their adoption is related to the legal deadline or the needs of the state, defense interests or natural, economic or technical disasters, 2) appoint civil servants to positions in state administration bodies, and in the exercise of the founding rights of the Republic of Serbia it may only appoint or give consent to the appointment of the acting director and members of the management and supervisory boards, 3) propose to the President of the Republic the dissolution of the National Assembly (Art. 17 of the Law on the Government of the Republic of Serbia).

The limitation of the scope of the provisional authority in local self-government should be directed in a similar way – by limiting the normative competencies and excluding the possibility of making strategic decisions for the unit of local self-government. In this way, the provisional authority would be able to perform its primary function of a transitional authority in local self-government without the possibility of making decisions that would have far-reaching consequences for the unit of local self-government.

3. PROVISIONAL AUTHORITY IN THE CITY OF BELGRADE – NORMATIVE FRAMEWORK AND EXPERIENCES IN PRACTICE

The City of Belgrade is a unit of local self-government that has a slightly different status and nature from the other 173 units of local self-government in the Republic of Serbia.⁶ There are several reasons for this. Firstly, it is the capital of the Republic of Serbia, whose position is specifically regulated by the Constitution and the Law on the Capital City. Secondly, the city of Belgrade is by far the most populous unit of local self-government in the Republic of Serbia and covers almost a quarter of its population. And thirdly, the City of Belgrade has a complex and consistent internal division into city municipalities, which have their own competencies and authorities.⁷ These reasons are an aggravating circumstance in periods when the functions of the City Assembly and the City Council in Belgrade should be taken over by a five-member Provisional Authority.

⁶ B. Bojanić, *Regionalizacija i regionalna država – ustavnopravni aspekti*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica 2013, 86.

⁷ More about that: M. Vlatković, *Pravo lokalne samouprave*, Besjeda, Banja Luka 2008, 259-267; M. Stanković, *Pravo lokalne samouprave*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 161–162.

This body undoubtedly has a much more complex task than in the other units of local self-government in the Republic of Serbia.

In the practice so far, the Provisional Authority in the City of Belgrade has exercised local authority on two occasions – from November, 18, 2013 to April, 23, 2014 (157 days, i.e. slightly longer than five months) and from October 30, 2023 to June, 21, 2024 (235 days, i.e. slightly less than eight months).

The first Provisional Authority in the city of Belgrade was appointed after mayor Dragan Djilas from the Democratic Party (DS) lost the support of the majority in the Belgrade City Assembly, after the coalition of the Socialist Party of Serbia (SPS), the Party of United Pensioners of Serbia (PUPS) and United Serbia (JS) cancelled its support to the executive authorities in the city of Belgrade. In appointing the Provisional Authority, the Government of the Republic of Serbia did not follow the legal instruction according to which its appointment is guided "taking into account the political and national composition of the dissolved assembly of the unit of local self-government" (Art. 86, para. 6 ZLS). The Democratic Party, which had 50 seats in the dissolved City Assembly (over 45 percent of the total), had only one representative in the Provisional Authority (Tatjana Pašić), same as the Socialist Party of Serbia with 13 seats (Nikola Nikodijević) and the Democratic Party of Serbia (DSS) with 10 seats (Andreja Mladenovic), while the Serbian Progressive Party (SNS), which had 37 seats in the dissolved City Assembly (slightly more than 33 percent of the total), had two representatives (Nebojsa Covic and Sinisa Mali, who was also the president of the provisional authority). Thus, the political party that had a third of the mandates in the dissolved City Assembly had two representatives in the Provisional Authority, one of whom was its president, while the political party that had almost half of the mandates in the dissolved City Assembly had only one representative. The Serbian Progressive Party claimed that the members were appointed at its proposal by non-partisan figures⁸, but in this case it is both legally and politically irrelevant.

It is clear that the Government of the Republic of Serbia, when appointing the members of the Provisional Authority, took into account primarily its own composition (and the leading parties were the Serbian Progressive Party and the Socialist Party of Serbia), and not the composition of the dissolved Belgrade City Assembly. The Provisional Authority had such a political composition in which the Serbian Progressive Party and

⁸ More on that: Izabrano privremeno veće Beograda, <https://www.rts.rs/lat/vesti/Politika/1447488/no+privremeno+ve%C4%87e+Beograda+.html>, last visited 24 March 2024.

the Socialist Party of Serbia had an absolute majority (three out of five members) and the President of the Provisional Body, which enabled them to make decisions independently in the City of Belgrade, although in the dissolved convocation of the City Assembly together they had as many mandates as the Democratic Party had independently – 50. With a total of 50 mandates, the SNS and SPS got three members in the Provisional Body, and the DS got one member with the same number of mandates. In this way, it has been unequivocally shown in practice that the legal instruction on the composition of the provisional authority of local self-government is not effective and that it should be changed. Therefore, the non-binding legal formulation that the provisional authority is appointed "taking into account" the political and national composition of the dissolved assembly of the local self-government unit, could be replaced by a binding formulation, according to which the composition of the provisional authority would be determined in proportion to the composition of the dissolved assembly of the unit of local self-government.

In 2013, the Assembly of the City of Belgrade adopted the Rules of Procedure of the Provisional Authority of the City of Belgrade. It regulates the composition of the Provisional Authority, the working bodies that it may form, a number of issues related to the sessions and decision-making of the Provisional Authority (preparation of sessions, convening and course of sessions, decision-making at sessions, order of speeches, compliance with the agenda and maintaining order at the session), acts of the Provisional Authority (types of acts, as well as regular, urgent and shortened procedure for their adoption), rights, duties and responsibilities of members of the Provisional Authority and performance of professional and other tasks for the needs of the Provisional Authority.

For a little more than five months, the Provisional Authority of the City of Belgrade has been performing "current and urgent tasks" within the competence of the Assembly of the City of Belgrade, the Mayor of the City of Belgrade and the City Council of the City of Belgrade. For some of the decisions that were made during that period, it was disputable in political life whether they could be considered "current and urgent" tasks. On several occasions, the Provisional Authority was criticized for exceeding its legally determined competencies. First of all, an amendment to the Decision on the City Administration must be considered as an overstepping of competence, because a body without political legitimacy should not perform this type of normative activity. In addition, the objection was related to the dismissal of city secretaries and their deputies, directors of public utility companies, directors of city services, agencies and other managers, which the Provisional Authority actively did during the first 40 days of its mandate. At the same time, the Provisional Authority abolished some pub-

lic utility companies and changed the competencies of other public utility companies. Furthermore, the Provisional Authority has formed a number of working groups in charge of strategic infrastructure projects, which cannot be considered as "current and urgent tasks", such as "Belgrade Waterfront" or the metro. On the other hand, the Provisional Authority terminated the contract with the company that was engaged in the project of charging for urban transport ("Bus Plus").⁹ The decision on the alienation of the city's construction land was also controversial.¹⁰ All the listed cases represented an obvious overstepping of the boundaries of "current and urgent tasks", indicating that it is necessary to further specify this general clause by law. Unfortunately, this has not happened to date.

Generally speaking, the first Provisional Authority of the City of Belgrade, both in terms of composition and decisions, represented a major political shift in relation to the local self-government bodies it replaced, despite the fact that both the letter and the spirit of the Law on Local Self-Government do not provide for it. The Law stipulates that the composition of the provisional authority reflects the composition of the dissolved assembly of the local self-government unit and performs tasks that are "current and urgent". Neither was the case with the first Provisional Authority of the City of Belgrade.

Ten years after the first one, on October 30, 2023, the *second Provisional Authority of the City of Belgrade* was appointed. In terms of composition, the second Provisional Body, unlike the first one, was appointed in accordance with the legal instructions, so its composition was a reflection of the dissolved Belgrade City Assembly. The Serbian Progressive Party, which had 48 mandates in the previous convocation, got two representatives in the Provisional Authority (Aleksandar Šapić, who was also the president of the Provisional Authority, and Aleksandar Mirkovic), while three other electoral lists, which had the largest number of mandates after the Serbian Progressive Party, received one representative each. These are the coalition "United for the Victory of Belgrade" (26 mandates, representative Vladimir Obradovic), the coalition "We Must" (13 mandates, representative Dobrica Veselinović) and the coalition gathered around the Socialist Party of Serbia (eight mandates, representative Nikola Nikodijević, who was the only one of them all to be a member of the first Provi-

⁹ More: "Neodložne" odluke Privremenog organa, <https://www.istinomer.rs/analize/neodlozne-odluke-privremenog-organa/>, last visited 25 March 2024.

¹⁰ "Tekući i neodložni poslovi" Privremenog organa, <https://www.transparentnost.org.rs/index.php/sr/aktivnosti-2/pod-lupom/568-qtekui-i-neodloni-posloviq-privremenog-organa>, last visited 28 March 2024.

sional Authority of the City of Belgrade).¹¹ To sum up, the political parties that exercised local self-government in the City of Belgrade as part of the Provisional Authority before the dissolution of the Assembly of the City of Belgrade received a majority of three to two compared to the opposition lists.

The new Rules of Procedure of the Provisional Authority of the City of Belgrade regulate the same issues as ten years earlier. A significant novelty is the provision on the publicity of the work of the Provisional Authority. While the previous Rules of Procedure stipulated that the work of the Provisional Authority is "available to the public", now this provision is specified and it is envisaged that the work of the Provisional Authority "is available to the public through announcements on adopted acts that will be available at the official website of the City of Belgrade". Compared to the previous one, the new Rules of Procedure have one less article (39, as opposed to the previous 40), because the former Article 37 has been omitted, according to which "a member of the Provisional Authority shall have the right to be regularly, timely and accurately informed about the issues discussed and decided on at the session of the Provisional Authority, as well as on other issues whose knowledge he/she needs for the performance of his/her duties".

When it comes to the tasks performed by the other Provisional Authority, there were no radical cuts in relation to the political direction in which the dissolved city authorities were moving, which is understandable considering that the majority within the Provisional Authority is the same majority that formed the previous city executive. However, it is completely obvious that a broad interpretation of "current and urgent tasks" was applied in the work of the Provisional Authority, because it was making decisions about the various competencies. According to the information available in the media, there were over three hundred items on the agenda of the Provisional Authority at just one session, and some of them obviously went beyond the scope of "current and urgent" tasks, such as the "Proposal of the Plan for the General Regulation of Rail Systems in Belgrade with Elements of Detailed Development of the Railway Line from Zemun Polje to the Sava River".¹² In that case, it was a strategic decision that should be made by a local self-government body that has legitimacy. In addition,

¹¹ The three electoral lists that won councillors' mandates in the previous convocation do not have representatives in the Provisional Body: the NADA coalition, which had seven mandates in the dissolved Assembly, as well as the Zavetnici party and the Dveri-POKS coalition, which had four councillor mandates each.

¹² Sednica Privremenog organa zakazana danas za sutra, na dnevnom redu 336 tačaka, <https://n1info.rs/vesti/sednica-privremenog-organa-zakazana-danas-za-sutra-na-dnevnom-redu-336-tacaka/>, last visited 1 April 2024.

according to the member of the Provisional Authority, Vladimir Obradović, the so-called telephone sessions of the Provisional Authority were held when there were over a hundred proposals on the agenda. It also happened that several proposals were combined into one decision and members of the Provisional Authority were forced to vote for all of them in the same way.¹³

To sum up, the second Provisional Authority in the city of Belgrade had a composition that corresponded to the representation of political parties and coalitions in the dissolved local assembly. In this regard, it can be concluded that the Government of the Republic of Serbia has taken into account the legal instruction regarding the composition of the provisional authority. However, it can be stated that the Government probably did so because the majority in the Provisional Authority came from the parties that formed the Government (the SNS-SPS coalition). On the other hand, the tasks performed by the second Provisional Authority of the City of Belgrade were diverse and, to a certain extent, as a decade earlier, exceeded the boundary of "current and urgent", and the manner in which decisions were made (unified voting on several proposals) is unacceptable from the point of view of the principles of a democratic political system.

The elections for the Belgrade City Assembly were held on June 2, 2024, and the absolute majority was won by the coalition "Belgrade Tomorrow", led by the Serbian Progressive Party and the Socialist Party of Serbia. The Assembly of the City of Belgrade was constituted on June 21, 2024, and Nikola Nikodijević of the Socialist Party of Serbia, a member of both provisional bodies that governed Belgrade, was re-elected as the President of the Assembly for the fourth time in a row. At the next session, held on June 24, Aleksandar Šapić from the Serbian Progressive Party, who was the mayor in the previous mandate and the president of the Provisional Authority of the City of Belgrade after the Belgrade City Assembly was dissolved, was re-elected mayor. The composition of the coalition that won the majority in the Assembly of the City of Belgrade clearly indicates continuity in local politics. This also means that all decisions and actions of the other Provisional Authority will probably remain in force, despite the fact that some of them clearly overstepped the competences of that body.

¹³ Vladimir Obradović: Šapić se na sednicama Privremenog organa svađa sa ekranom, <http://www.nspm.rs/hronika/vladimir-obradovic-sapic-se-na-sednicama-privremenog-organa-svadja-sa-ekranom.html>, last visited 1 April 2024.

4. CONCLUDING REMARKS

After analysing the legal norms on the operation of the provisional authority of the local self-government in the Republic of Serbia and considering the practice of such a body in the City of Belgrade on two occasions (2013-14 and 2023-24), it is clear that the existing legal framework for the operation of the provisional authority is insufficiently precise and that it needs to be improved.

First of all, it is necessary to clarify what "current and urgent" tasks are. The existing wording is obviously not precise enough and provides opportunities for different interpretations, from the interpretation that this is a very limited range of tasks, to the interpretation according to which the provisional authority has all the competencies of the assembly, the council and the president of the local self-government unit (i.e. the mayor in the city). Experience in the City of Belgrade has shown that the second interpretation is more often applied in practice, which is contrary to the spirit and letter of the relevant legal provisions. It seems that the best model would be the method of a general clause with a negative enumeration, which would determine the competencies of local self-government that the provisional authority may not perform (part of normative competencies, decision-making of strategic importance, etc.).

On the other hand, the legal norms on the composition of the provisional authority should be improved to a certain extent, because the current legal instruction according to which the Government only "takes into account" the composition of the dissolved local assembly when appointing its members has proven to be insufficient in practice, because it does not bind the Government in any way. In practice, the Government is more concerned with its own composition, i.e. it tends that the majority of the members of the provisional authority belong to the same political group that formed the Government. Legal amendments should ensure that the composition of the provisional authority is an emanation of the composition of the dissolved local assembly.

Finally, for a specific unit local of self-government like Belgrade, it is not optimal for a five-member provisional authority to make such a large scope of decisions. In practice, decisions are made by three members of the provisional authority, while the two representatives of the opposition do not essentially participate in planning and decision-making, but their role is reduced to simply attending the sessions of the provisional authority and voting against any proposal that comes from the majority. It seems that the number of members of the provisional authority should be linked to the size of the unit of local self-government (as, for example, was done in the case of the number of members of the municipal and city councils – Art.

45, para. 6 of the ZLS), because it is not logical or expedient for this body to have five members both in the city of Belgrade, which has two million inhabitants, and in small municipalities with only ten thousand inhabitants.

All in all, the model of the provisional authority as a solution for the exercise of power in the transitional period in local self-government is a solid model, because it allows to “bridge” the period between the dissolution of the municipal (city) assembly and the election of a new assembly and executive bodies. However, the legal norms on its composition and competencies should be amended in such a way as to prevent abuses, both in terms of the composition of the provisional authority and in terms of its competences.

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Anderson, William, *The Units of Government in United States*, Public Administration Service, Chicago 1945;
2. Bojanić, Bojan, *Regionalizacija i regionalna država – ustavnopravni aspekti*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica 2013;
3. Dimitrijević, Predrag, Lončar, Zoran, Vučetić, Dejan, *Pravo lokalne samouprave*, Službeni glasnik, Beograd 2020;
4. Fridrih, Karl, *Konstitucionalna demokratija*, CID, Podgorica 2005;
5. Izabrano privremeno veće Beograda, <https://www.rts.rs/lat/vesti/-Politika/1447488/Izabrano+privremeno+ve%C4%87e+Beograda+.html>, last visited 24 March 2024;
6. Marinković, Radivoje, *Lokalna samouprava – stare i nove nedoumice*, Institut za političke studije, Beograd 1998;
7. Marković, Ratko, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014;
8. Morphet, Janice, *Modern Local Government*, SAGE Publications, London 2008;
9. “Neodložne” odluke Privremenog organa, <https://www.istinomer.rs/-analize/neodlozne-odluke-privremenog-organa/>, last visited 25 March 2024;
10. Orlović, Slobodan, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2018;
11. Sednica Privremenog organa zakazana danas za sutra, na dnevnom redu 336 tačka, <https://n1info.rs/vesti/sednica-privremenog-organa-zakazana-danas-za-sutra-na-dnevnom-redu-336-tacka/>, last visited 1 April 2024;
12. Stanković, Marko, *Pravo lokalne samouprave*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018;

13. Vladimir Obradović: Šapić se na sednicama Privremenog organa svađa sa ekranom, <http://www.nspm.rs/hronika/vladimir-obradovic-sapic-se-na-sednicama-privremenog-organa-svadja-sa-ekranom.html>, last visited 1 April 2024;
14. Vlatković, Milan, *Pravo lokalne samouprave*, Besjeda, Banja Luka 2008.

Проф. др Марко Станковић

Правни факултет Универзитета у Београду

УЛОГА И ОВЛАШЋЕЊА ПРИВРЕМЕНОГ ОРГАНА У ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ГРАД БЕОГРАД

Сажетак

У раду се анализирају статус и овлашћења привременог органа у локалној самоуправи у Републици Србији. У уводном излагању се излажу трендови у развоју уставности у последњих стотинак година, који су довели до снажења егzekутиве и скраћивања поступака за доношење прописа. Након тога, излаже се законски положај привременог органа у локалној самоуправи у Републици Србији и указује се на слабости важећих нормативних решења. Посебан део излагања односи се на положај привременог органа у граду Београду и његово функционисање у пракси. У закључном делу рада сумирају се резултати истраживања и предлажу могућности за унапређење норми о привременом органу локалне самоуправе у Републици Србији.

Кључне речи: *Локална самоуправа; Привремени орган; Република Србија; Град Београд.*

УДК/UDC 342.8(497.6)

342.565.2(497.6)

PREGLEDNI NAUČNI RAD / REVIEW SCIENTIFIC ARTICLE

Prof. dr. sc. Cvija Jurković

Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet

Doc. dr. sc. Ivan Tomić

Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet

PRAVO NA SLOBODNE IZBORE S OSVRTOM NA PRAKSU USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

Važnost prava na slobodne izbore za države članice Vijeća Europe ogleda se u činjenici da ono sadrži karakteristično načelo demokracije. Iako je u Konvenciji formulirano na specifičan način, pravo na slobodne izbore obuhvaća subjektivna prava, aktivno i pasivno biračko pravo. Države imaju široku slobodu procjene pri nametanju ograničenja, ali svojim postupcima ne smiju narušiti samu bit prava na slobodne izbore. Ustav Bosne i Hercegovine ne navodi ovo pravo eksplicitno, ali je ono višestruko zajamčeno u Bosni i Hercegovini te je bilo predmetom razmatranja pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine. Autori u radu istražuju praksu Ustavnog suda u vezi s pravom na slobodne izbore te usklađenost ustavnosudske prakse s pravnim stajalištima Europskog suda za ljudska prava. Rezultati istraživanja ukazuju da Ustavni sud konzistentno slijedi praksu Europskog suda u pogledu opsega ovog prava i prihvatljivih ograničenja, a novija praksa pokazuje odlučnost Ustavnog suda Bosne i Hercegovine da osigura poštivanje ovog prava kako ono ne bi bilo samo teorijsko i iluzorno, nego praktično i djelotvorno..

Ključne riječi: Pravo na slobodne izbore; Ustav Bosne i Hercegovine; Ustavni sud Bosne i Hercegovine; Europski sud za ljudska prava; Ograničenja prava na slobodne izbore.

1. UVOD

Pravo na slobodne izbore predstavlja temeljno političko ljudsko pravo te je kao takvo preduvjet efikasne zaštite i ostvarenja drugih ljudskih prava. Ovo stoga što se ljudska prava i temeljne slobode prema praksi Europskog suda za ljudska prava najbolje održavaju učinkovitom političkom demokracijom, a prava koja proizlaze iz prava na slobodne izbore su *conditio sine quo non* takvog političkog sustava.

Usprkos izuzetnom značaju ovog ljudskog prava, njegova kodifikacija u okviru Vijeća Europe ostavljena je za prvi protokol uz Europsku konvenciju o ljudskim pravima (u daljnjem tekstu: Konvencija) uslijed neslaganja država ugovornica oko formulacije članka, odnosno širine obuhvata i dometa koje bi ovo pravo trebalo imati. Rezultat toga ogleda se i u posve specifičnoj strukturi prava na slobodne izbore koje, za razliku od drugih članaka Konvencije, nije formulirano kao subjektivno pravo ili sloboda građanina niti kao negativna obveza država ugovornica da se ne miješa u ostvarivanje ovog prava nego kao pozitivna obveza na održavanje izbora za zakonodavna tijela. Iz formulacije ovog članka nisu eksplicitno proizlazila niti subjektivna prava, ali su razvijena u praksi Europskog suda za ljudska prava.

Pravo na slobodne izbore zajamčeno je i u Bosni i Hercegovini posredstvom dva međunarodna ugovora – Konvencije i Međunarodnog ugovora o građanskim i političkim pravima. Zaštita prava koja proizlaze iz prava na slobodne izbora zadatak je Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u dosadašnjoj praksi odlučivao je o postojanju povrede prava na slobodne izbore u svega 30-ak slučajeva. Unatoč nevelikom broju predmeta u vezi s pravom na slobodne izbore, autori će primjenom kazuističke metode analizirati u kojoj mjeri Ustavni sud Bosne i Hercegovine slijedi praksu Europskog suda za ljudska prava.

2. PRAVO NA SLOBODNE IZBORE – POJAM, OPSEG PRIMJENE I MOGUĆNOST OGRNIČENJA

Usprkos ubrzanoj internacionalizaciji ljudskih prava nakon tragičnih iskustava Drugog svjetskog rata, države članice Vijeća Europe početno nisu bile spremne ograničiti slobodu djelovanja u domeni političkih prava. Štoviše, intencija država da zadrže široku slobodu procjene u području političkih prava kakvo je pravo na slobodne izbore najjasnije proizlazi iz pripremih radova na formuliranju ovoga članka iz kojih je vidljivo da je njegovo uključivanje u konvencijski sustav bilo popraćeno širokim raspravama i brojnim radnim verzijama članka. Neslaganja su se prije svega

očitovala u raznolikosti reguliranja ovog prava i mogućnosti njegovog ograničenja u državama ugovornicama.¹ Uslijed neslaganja, uključivanje ovog članka ostavljeno je za prvi protokol uz Konvenciju. Međutim, još je duže trebalo Europskom sudu da se u praksi „suoči“ s ovim pravom. Prvi predmet datira tek iz 1987. godine. Iako je praksa Suda od tada značajno razvijena, česte su i brojne kritike djelovanja Suda u ovom području. Harris i drugi navode da „svaka ocjena prakse Suda u području prava na slobodne izbore treba uzeti u obzir specifičnu strukturu članka 3 Protokola 1, ali i ravnotežu koju Sud mora uspostaviti između posvećenosti promicanju prakse individualnih prava u ovoj vitalnoj sferi s jedne strane te tradicionalne nevoljkosti međunarodnog suda da se uključi u političke stvari kao što je delikatni izborni sustav država stranaka Konvencije“.²

Sud je u praksi jasno istaknuo značaj ovog prava za cjelokupni konvencijski sustav ističući da se „prema Preambuli Konvencije, temeljna ljudska prava i slobode najbolje održavaju učinkovitom političkom demokracijom. Budući da sadrži karakteristično načelo demokracije, članak 3. Protokola br. 1 stoga je od primarne važnosti u sustavu Konvencije“.³

Pravo na slobodne izbore uključeno je u konvencijski sustav prvim protokolom uz Konvenciju. Iako su postojale intencije da se uključi u izvorni tekst Konvencije, zbog različitih stavova normiranje ovog prava ostavljeno je za kasnije. Prema Greeru oko nekoliko prava, među kojima je pravo na slobodne izbore, postojala su oštra suprotstavljanja o potrebi njihova uključivanja u tekst Konvencije, kao i glede pitanja koliko detaljno trebaju biti regulirana kao i trebaju li takva prava biti utuživa pred posebnim sudom.⁴ Nakon dugih rasprava i različitih verzija, usvojena je sljedeća formulacija prava na slobodne izbore: „Visoke ugovorne stranke obvezuju se da će u razumnim razdobljima provoditi slobodne izbore tajnim glasovanjem, u uvjetima koji osiguravaju slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnih tijela“.⁵

Pravo na slobodne izbore ima specifičnu strukturu u usporedbi s drugim člancima Konvencije. Riječ je o „netipičnom članku za Konvenciju, jer i sam njegov izričaj upućuje na svojevrsnu opću obvezu osiguranja slobodnih izbora, za razliku od svih ostalih članaka koji afirmiraju prava

¹ A. Ruiz Robledo, “The construction of the right to free elections by the European Court of Human Rights”, *Cambridge International Law Journal* 7/2018, 226.

² D. Harris *et. al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York 2009, 711.

³ Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije, ap.br. 9267/81, presuda od 2.3.1987, par. 47.

⁴ S. Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, New York 2006, 18.

⁵ Europska konvencija o ljudskim pravima, 1950, čl. 3 Protokola 1.

pojedinaca“.⁶ Pravo na slobodne izbore nije formulirano niti kao pravo niti kao sloboda. Također, ovo pravo nije formulirano niti kao negativna obveza države da se suzdrži od neosnovanog miješanja u ovo pravo. Naprotiv, pravo na slobodne izbore formulirano je kao pozitivna obveza ugovornih stranaka. Države imaju nekoliko obveza prema tekstu ovog članka: provedbu izbora u razumnim razdobljima, provedbu slobodnih izbora tajnim glasovanjem te obvezu osigurati da se mišljenje naroda pri izboru zakonodavnih tijela može slobodno izraziti.

Iz teksta ovog članka proizlazi da se pravo na slobodne izbore odnosi samo na izbor zakonodavnih tijela s tim da pojam legislature ima autonomno značenje. Prema praksi Suda termin zakonodavno tijelo u kontekstu članka 3 Protokola 1 ne znači nužno nacionalni parlament nego se ovaj termin mora tumačiti u kontekstu ustavnog uređenja dotične države.^{7 8} Prema sudskoj praksi tijelo mora imati mogućnost autonomnog odlučivanja – tijelo koje može samo podnijeti prijedlog, ali ne donosi zakon, ne može se smatrati zakonodavnim tijelom u kontekstu članka 3 Protokola 1.⁹

U pogledu opsega primjene u odnosu na subjekte, nadzorni organi početno nisu bili spremni prihvatiti postojanje subjektivnih prava.¹⁰ Međutim, kako navodi Schabas, stajalište Europske komisije evoluiralo je od institucionalnog pristupa slobodnim izborima do očitog priznavanja općeg prava glasa, a potom i na prihvaćanje subjektivnih prava - prava glasa i prava biti biran. U svojoj prvoj presudi koja se bavi člankom 3 Protokola br. 1, Europski sud je podržao stajalište Komisije.¹¹ Danas je nesporno da su subjektivna prava uključena u ovaj članak.¹² Iako se Konvencijom štite

⁶ V. Batistić Kos, *Pozitivne obveze prema Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine, Zagreb 2012, 298.

⁷ Matthews protiv Ujedinjenog Kraljevstva, ap. br. 24833/94, presuda od 18.2.1999, par. 40.

⁸ Ovaj članak primjenjiv je na parlamente federalnih jedinica dok njegova primjenjivost na regionalne parlamente u unitarnim državama ovisi od stupnja autonomije regija, odnosno širine ovlasti regionalnih tijela. V. F. Van Dijk et al. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen Oxford 2006, 931.

⁹ W, X, Y i Z protiv Belgije, ap. br. 6745 i 6746/74, odluka o dopustivosti od 30.5.1975.

¹⁰ N. Muzur Kumrić, V. Mijić, *Some aspects of the right to free elections in the case-law of the European Court of Human Rights*, poglavlje u knjizi I. Barković Bojanić, M. Lulić (eds.), *Contemporary Legal and Economic Issues*, Faculty of Law Osijek, Osijek 2013, 153.

¹¹ W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2015, 1019.

¹² E. Bodnar, *The level of protection of the right to free elections in the practice of the European Court of Human Rights*, poglavlje u knjizi H. Hardman, B. Dickson (eds.), *Electoral Rights in Europe: Advances and Challenges*, Routledge, London 2017, 49.

individualna prava, specifičnost pasivnog aspekta ovog prava ogleda se u činjenici da se kao žrtva povrede može pojaviti i politička stranka.^{13 14}

Prava koja proizlaze iz članka 3 Protokola 1 nisu apsolutna. Međutim, za razliku od drugih članaka Konvencije, ovaj članak ne sadrži popis legitimnih ciljeva na koje se države mogu pozvati pri ograničenju nego se primjenjuje načelo impliciranih ograničenja koje podrazumijeva da se konvencijska prava mogu ograničiti „na način koji nije izrijekom naveden u tekstu Konvencije i pripadajućih joj protokola, ali ta ograničenja moraju izvirati iz samog konvencijskog teksta, moraju biti postavljena vrlo usko, ne smiju narušavati samu bit konvencijskog prava i ne smiju biti u sukobu s drugim pravima propisanim Konvencijom“.¹⁵ Ovaj članak ne propisuje niti da ograničenje prava mora biti zakonito i nužno u demokratskom društvu kao što je to slučaj s člancima 8 do 11 Konvencije.

Iz prakse proizlazi da je Europski sud ustanovio subjektivna prava, ali je i priznao da ta prava nisu apsolutna. Zbog toga je, nakon što je utvrdio da pravo na slobodne izbore uključuje aktivno i pasivno biračko pravo, primijenio načelo impliciranih ograničenja ovih prava. Načelno, države stranke Konvencije uživaju široku slobodu procjene, ali takvo ograničenje ne smije lišiti samu bit priznatih prava, mora biti razmjerno cilju koji se nastoji ostvariti, te nikako ne smije biti arbitrarno. Sud u krajnjem slučaju uvijek ispituje suštinu svakog predmeta ocjenjujući je li osigurano slobodno izražavanje mišljenja naroda.

3. PRAVO NA SLOBODNE IZBORE U PRAKSI USTAVNOG SUDA BiH

Iako se ne navodi u popisu ljudskih prava u članku II. 3 Ustava Bosne i Hercegovine,¹⁶ pravo na slobodne izbore višestruko je zaštićeno u Bosni i Hercegovini. Prema Ustavu prava i slobode zajamčene Konvencijom i protokolima uz nju izravno se primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovo pravo zaštićeno je i kroz Međunarodni ugovor o građanskim i političkim

¹³ Guide on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_Protocol_1_ENG.pdf, posljednji pristup 4.4.2025.

¹⁴ Prihvatanje političke stranke kao žrtve pripada novijoj praksi Suda. Naime, Sud je utvrdio da, kada izborno zakonodavstvo ili mjere koje poduzimaju nacionalna tijela ograničavaju pravo pojedinačnih kandidata da se kandidiraju na izborima putem stranačke liste, relevantna stranka, kao pravni subjekt, može tvrditi da je žrtva prema članku 3. Protokola br. 1 neovisno o svojim kandidatima. *V. Georgian Labour Party v. Georgia*, Ap.br. 9103/04, presuda od 8.7.2008, par. 72.

¹⁵ J. Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava – Strasbourški acquis*, Novi informator, Zagreb 2014, 1034.

¹⁶ Ustav Bosne i Hercegovine, čl. II. 3.

pravima kao jedan od akata u okviru Dodatnog sporazuma o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u Bosni i Hercegovini. Za razliku od Konvencije, u članku 25 Međunarodnog ugovora o građanskim i političkim pravima eksplicitno se navodi pravo svakog građanina da bira i bude biran na izborima.¹⁷

U Bosni i Hercegovini pravna zaštita prava na slobodne izbore nadležnost je Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Ustavni sud Bosne i Hercegovine odlučivao je u svega 30-tak slučajeva u vezi s ovim pravom. U svrhu sistematizacije ovi su predmeti podijeljeni u nekoliko skupina razvrstanih na osnovu sadržaja apelacija.

3.1. Ustavnosudska praksa u vezi zahtjeva za ponovno brojanje glasova

U praksi Ustavnog suda BiH postoje tri predmeta u vezi sa zahtjevima za ponovno brojanje glasačkih listića u kojima su se apelanti pozivali na povredu prava na slobodne izbore.

U predmetu AP-3089/06 apelant je tvrdio da je povrijeđeno pravo na slobodne izbore te pravo na pravično suđenje uslijed činjenice da su Središnje izborno povjerenstvo BiH i Sud BiH odbili njegov zahtjev za ponovno brojanje glasova pogrešno primjenjujući odredbe materijalnog prava uslijed čega je apelant izgubio jedan zastupnički mandat. U vezi s navodima o povredi prava na pravično suđenje, Ustavni sud je podsjetio da članak 6. stav 1. Konvencije govori o utvrđivanju građanskih prava i obveza dok pravo na slobodne izbore sadrži koncept subjektivnih političkih prava. Dakle, jedan od osnovnih uvjeta za primjenu članka 6. stav 1. Konvencije jeste da je u pitanju utvrđivanje građanskih prava i obveza. Pravo na slobodne izbore nije građansko pravo već ono spada u subjektivno političko pravo.¹⁸ U vezi s navodima apelanta o povredi prava na slobodne izbore, Ustavni sud je utvrdio da su nadležna tijela navela jasne i nedvojbene razloge u obrazloženju predmetnih odluka zbog čega navodi apelanta nisu mogli dovesti do drugačijeg rješenja konkretne pravne stvari. Stoga je Ustavni sud zaključio da su apelantovi navodi *prima facie* neosnovani.¹⁹

Do istog zaključka Ustavni sud je došao i u predmetu AP-2656/07 koji se također odnosio na ponovno brojanje glasova. Ustavni sud se pozvao i na praksu Europskog suda za ljudska prava i na vlastitu praksu prema kojoj mora postojati opravdan zahtjev te da apelant mora navesti dokaze koji

¹⁷ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, usvojen na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, 16. prosinca 1966. godine (rezolucija br. 2200 A /XXI/), čl. 25.

¹⁸ Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3089/06, 18.12.2008, par. 8.

¹⁹ *Ibid.*, par. 14.

jasno ukazuju na moguće kršenje ljudskih prava. Štoviše, Ustavni sud je naglasio da apelantovo nezadovoljstvo osporenim odlukama i ishodom ovog postupka ne pokreće, samo po sebi, pitanja u vezi sa zaštićenim ustavnim pravima te zaključio da su navodi o povredi prava na slobodne izbore očigledno neosnovani.²⁰

Iz stajališta Ustavnog suda BiH u prethodno analizirana dva predmeta jasno je da Sud ima posebnu ulogu koja se ogleda u zaštiti ljudskih prava i temeljenih sloboda te da se postupak pred Ustavnim sudom ne može koristiti kao sredstvo revizije ili čak supstitucije redovnog sudstva. Ovaj zaključak izrijeком je potvrdio i sam Ustavni sud u predmetu AP-56/13 ukazujući na praksu Europskog suda prema kojoj nije zadatak ovih sudova preispitivanje zaključaka redovnih sudova u pogledu činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava niti supstituiranje redovnih sudova u procjeni činjenica i dokaza. Zadatak Ustavnog suda je ispitati je li eventualno došlo do povrede ustavnih prava.²¹

3.2. Ustavnosudska praksa u vezi nepodudarnosti uslijed sukoba interesa

U praksi Ustavnog suda BiH u vezi s pravom na slobodne izbore značajan broj predmeta odnosi se na apelacije kojima se osporava nepodudarnost kandidata uslijed postojanja sukoba interesa.

Jedan od najznačajnijih predmeta iz ove skupine odnosio se na postojanje sukoba interesa uslijed istovremenog obnašanja javne dužnosti i dužnosti direktora poduzeća. Suština predmeta odnosi se na činjenicu da se poduzeće, zbog prirode posla kojim se bavi, prioritarno oslanjalo na poslovanje s državnim tijelima. Apelant je tvrdio da bi restriktivno tumačenje pozitivnog zakonodavstva kojim se regulira sukob interesa praktično dovelo do onemogućavanja ostvarivanja subjektivnih prava koja proizlaze iz članka 3 Protokola 1 uz Konvenciju. Ustavni sud se pozvao na praksu Europskog suda prema kojoj države uživaju široku slobodu procjene u ovom području te da je zadatak suda da se uvjeri da propisani uvjeti ne ograničavaju ova prava do te mjere da ugrožavaju njihovu suštinu i lišavaju ih njihove efektivnosti; da su uvjeti uvedeni kako bi zadovoljili legitiman cilj kojem se teži te da primijenjena sredstva nisu neproporcionalna. Dakle, iako članak 3 Protokola 1 uz Konvenciju ne navodi mogućnost ograničenja niti propisuje uvjete za njih, pri ispitivanju je li u konkretnom slučaju došlo do povrede prava mora se utvrditi je li nametnuto ograničenje imalo legi-

²⁰ Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP-2656/07, 11.11.2009, par. 8–10.

²¹ Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP-56/13, 17.9.2014, par. 5.

timan cilj te je li bilo proporcionalno. U konkretnom predmetu Ustavni sud je utvrdio da navedeno ograničenje predstavlja legitiman cilj od općeg interesa „budući da se njime želi postići da izabrani dužnosnici svoju funkciju obavljaju objektivno i nepristrano, a što je moguće postići jedino ukoliko se njihovi privatni interesi u cijelosti odvoje od njihovog javnog angažmana“.²² Štoviše, u jednom kasnijem predmetu Ustavni sud je naglasio da „u svim političkim demokracijama koje pravilno funkcioniraju mora postojati efikasna zaštita kako bi se uklonio rizik da će izabrani dužnosnici zloupotrijebiti javna ovlaštenja radi ostvarivanja privatne ili komercijalne koristi za sebe“²³ te da „u svakoj zdravoj demokraciji osobama koja vode značajan posao s nekom izabranom vlasti ne bi trebalo biti dopušteno da budu i izabrani članovi te vlasti“.²⁴ Najdalje je Ustavni sud otišao pri obrazlaganju legitimnosti ovog cilja sa stavom da se „potrebna nepristranost može promatrati na isti način na koji mora biti zadovoljena nepristranost sudaca u sudskim postupcima, to jeste njen objektivni i subjektivni aspekt, kao uvjet iz članka 6 Europske konvencije“.²⁵

U odnosu na test proporcionalnosti Ustavni sud je zaključio da predmetna ograničenja zadovoljavaju i kriterij proporcionalnosti „budući da opći interes u smislu objektivnosti, neovisnosti, nepristranosti te apsolutne posvećenosti izabranog dužnosnika javnoj funkciji na koju je izabran, s ciljem dobrobiti društva kao cjeline, preteže nad interesom pojedinca da bez ograničenja bude biran u zakonodavna tijela i istovremeno obavlja značajne funkcije u javnim i privatnim poduzećima“.²⁶

U odnosu na procedure koje dovode do ograničavanja prava na slobodne izbore, Ustavni sud je slijedio praksu Europskog suda prema kojoj se nadležnost suda ograničava na ispitivanje postojanja arbitrarnosti u domaćim postupcima.²⁷ Ustavni sud dosljedno je ponavljao stav da nije njegov zadatak ulaziti u procjenu pravilnosti činjeničnog stanja i materijalnog prava, nego samo preispitati je li postupak bio arbitraran.²⁸ Ustavni sud

²² Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3453/09, 28.4.2010, par. 37.

²³ Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 2090/11, 18.1.2012, par. 36.

²⁴ Ibid, par. 37.

²⁵ Loc. cit.

²⁶ Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3453/09, 28.4.2010, par. 39.

²⁷ Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 289/08, 15.6.2010, par. 15.

²⁸ Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 4091/10, 20.12.2012, par. 14. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 2243/11, 10.12.2013, par. 5–6; Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 799/13, 10.2.2015, par. 5–6.

nije utvrdio postojanje arbitarnosti ukoliko su odluke domaćih tijela bile obrazložene s jasnim navodima zbog čega je došlo do ograničenja prava na slobodne izbore.²⁹

3.3. Ustavnosudska praksa u predmetima dodjele mandata

Iduća skupina predmeta koji se odnose na pravo na slobodne izbore obuhvaća skupinu predmeta kojima je zajedničko da se odnose na raspodjelu mandata.

U predmetu AP 35/03 Ustavni sud je analizirao sukladnost odstupanja između mandata dobivenih na neposrednim izborima za kantonalnu skupštinu i mandata u Domu naroda PFBiH koji se popunjava iz ovih skupština. Ustavni je sud primjenom jezičnog tumačenja utvrdio da se članak 3 Protokola broj 1 uz Konvenciju primjenjuje i na neizravne izbore za zakonodavno tijelo. U ocjeni predmeta u meritumu Ustavni sud je utvrdio da Ustav FBiH i Izborni zakon BiH dozvoljavaju mogućnost da mjesto u Domu naroda Parlamenta FBiH ne dobije politička stranka koja je u određenom kantonu dobila najviše glasova na izborima za kantonalno zakonodavno tijelo. Međutim, takvo odstupanje ne predstavlja povredu prava na slobodne izbore budući da su u pitanju dvije različite vrste izbora koje nisu nužno uvjetovane. Ustavni sud se pozvao na praksu Europskog suda prema kojoj članak 3 Protokola broj 1 uz Konvenciju ne stvara obvezu uvođenja nekog specifičnog izbornog sustava.³⁰

Kao i u prethodnoj skupini predmeta, i u ovoj vrsti predmeta Ustavni sud se ograničavao na ispitivanje postojanje arbitarnosti ukoliko su se navodi apelanta odnosili na pogrešno utvrđeno činjenično stanje ili pogrešnu primjenu materijalnog prava pri čemu je za utvrđenje nepostojanja arbitarnosti bilo odlučujuće da su nadležna tijela u odlukama navela jasne i precizne razloge.³¹

Posljednji u nizu predmeta iz ove skupine, a koji je ujedno i najznačajniji s obzirom na stavove koje je zauzeo Ustavni sud, odnosio se na spor oko utvrđivanja valjanosti jednog glasačkog listića u Narodnoj skupštini Republike Srpske od kojeg je ovisilo kojem političkom subjektu će pripasti mandat u Domu naroda Parlamentarne skupštine BiH. Nadležna skupštinska komisija sporni je listić proglasila nevažećim. U postupcima koju su slijedili nakon toga Središnje izborni povjerenstvo BiH dva puta je utvrdi-

²⁹ Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3641/10, 9.2.2011, par. 9.

³⁰ Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 35/03, 28.1.2005.

³¹ Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3330/06, 12.2.2009; Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3261/07, 25.2.2010.

lo da je listić važeći dok je Sud BiH obje odluke poništio. S obzirom da su odluke izbornog povjerenstva išle u korist apelanta, Sud BiH odbio je apelantov zahtjev za sudjelovanje u postupku na temelju činjenice da je postupak po izbornim žalbama specifičan upravni spor u kojem nije propisano sudjelovanje zainteresiranih osoba u postupku. Po uputama Suda BiH u trećoj odluci Središnje izborno povjerenstvo BiH utvrdilo je rezultate izbora sukladno izvještaju skupštinske komisije. Apelantova žalba odbijena je rješenjem Suda BiH s obrazloženjem da je Središnje izborno povjerenstvo BiH dalo potpuno i jasno obrazloženje koje u cijelosti prihvaća jer se temelji na pravilnoj primjeni materijalnog i procesnog prava.

Suština spora koju je trebao razriješiti Ustavni sud odnosila se na način primjene prava. S formalnog stanovišta, apelant nije imao pravo sudjelovati kao stranka u postupku budući da je u pitanju specifična vrsta upravnog spora. S materijalnog stanovišta, teško bi bilo održivo restriktivno tumačenje zakonske norme kojim se apelant na temelju formalističke primjene prava, a sve u svrhu efikasnosti postupka, isključuje iz mogućnosti zaštite svog prava. Ustavni sud pošao je potonjim putem te se izravno pozvao na doktrinu o učinkovitosti konvencijskih prava³² prema kojoj „cilj i svrha Europske konvencije kao alata za zaštitu ljudskih prava zahtijevaju da se njezine odredbe tumače i primjenjuju na takav način da propisana prava ne budu teorijska ili iluzorna, već praktična i djelotvorna. Pravo osoba na kandidiranje na izborima, koje je zagantirano člankom 3 Protokola broj 1 i inherentno konceptu istinski demokratskog društva, bilo bi samo iluzorno ako bi osoba mogla biti proizvoljno lišena tog prava.“³³ Također, Ustavni sud citirao je stav Europskog suda prema kojemu „razlozi svrsishodnosti i potreba za strogim vremenskim rokovima koji su osmišljeni kako bi se izbjeglo odugovlačenje izbornog procesa, iako su često opravdani, ipak ne mogu poslužiti kao izgovor za potkopavanje djelotvornosti izbornih procedura“.³⁴

Iako je naglasio da nije njegov zadatak tumačiti predmetne zakonske odredbe, Ustavni sud ispitao je jesu li zbog takve primjene apelantova prava bila samo teorijska ili iluzorna, a ne praktična i djelotvorna. Ustavni sud je smatrao „da sama činjenica da apelant nije mogao sudjelovati u

³² Neki autori ovo doktrinu promatraju i kao načelo pozitivnih obveza država ugovornica budući da je radi zaštite prava pojedinca potrebno da država ugovornica poduzme kakve pozitivne radnje, a ne samo da suzdrže od miješanja u određeno pravo; G. Mihelčić, M. Marochini Zrinski, „Utjecaj konvencijskih načela tumačenja na pojedine građanskopravne institute (odabrana pitanja)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 1/2018, 137; M. Marochini, „The Interpretation of the European Convention on Human Rights“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 1/2014, 80.

³³ Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 81/23, 21.3.2024, par. 36.

³⁴ Loc. cit.

postupku u kojem se pobijala odluka kojom je odlučeno (i) o njegovim izbornim pravima ukazuje da on nije uživao čak ni teorijsku, a kamo li praktičnu zaštitu svog prava na slobodne izbore.³⁵ Ustavni sud je na svojevrsan način proširio opseg primjene načela procesne ravnopravnosti iz članka 6 Konvencije iako je članak 6 neprimjenjiv na izborne sporove. Takav zaključak najjasnije proizlazi iz navoda Ustavnog suda prema kojemu se pravična ravnoteža između različitih političkih subjekata koji se nalaze na dvije suprotne strane jedino može osigurati tako da se i apelantu omogući da iznese svoje argumente i pokuša obraniti odluku koja mu ide u korist ukoliko je takvo pravo omogućeno političkom subjektu kojemu odluka nadležnog tijela ne ide u korist.³⁶ Štoviše, Ustavni sud uključio je u proceduralni dio članka 3 Protokola 1 uz Konvenciju i pravo na djelotvoran pravni lijek i pravo na obrazloženu odluku. Naime, Ustavni sud je naveo da zbog uskraćivanja prava apelanta da sudjeluje u postupcima koji su prethodili konačnoj odluci nadležnog tijela dovedena u pitanje djelotvornost apelantove žalbe protiv te konačne odluke budući da u toj odluci nedostaje obrazloženje o bitnim aspektima ovog slučaja.^{37 38}

3.4. Ustavnosudska praksa u vezi sa zloupotrebom o izjašnjenju pripadnosti konstitutivnom narodu/Ostalima

Iduća skupina predmeta iz prakse Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u vezi s pravom na slobodne izbore odnosi se na dva predmeta u kojima se kao meritorno pitanje pojavilo pitanje mogućnosti promjene izjašnjenja o pripadnosti konstitutivnom narodu/Ostalima u istom izbornom ciklusu.

U predmetu AP 66/15 kandidacijske liste apelanata za izbor izaslanika u Dom naroda PFBiH iz reda srpskog naroda odbijene su uslijed činjenice da je u postupku provjere utvrđeno da su apelanti više puta mijenjali svoje

³⁵ *Ibid.*, par. 39.

³⁶ *Ibid.*, par. 41.

³⁷ *Ibid.*, par. 46.

³⁸ Nakon donošenja ove odluke Ustavnog suda u ponovnom postupku koje je provelo Središnje izborno povjerenstvo BiH mandat je dodijeljen apelantu. U postupku koji je uslijedio nakon toga, Ustavni sud nije smatrao da je apelantu, u ovom predmetu političkoj stranci SNSD, povrijeđeno pravo na slobodne izbore iako mu nije dostavljeno rješenje Suda BiH kojim je poništena ranija odluka Središnjeg izbornog povjerenstva BiH, a na osnovu koje bi mandat pripao političkoj stranci SNSD, zbog toga što je takvim rješenjem Suda BiH predmet vraćen na ponovno odlučivanje Središnjem izbornom povjerenstvu. Ustavni sud se usmjerio na ispitivanje je li Središnje izborno povjerenstvo, nakon što mu je predmet vraćen na ponovni postupak, dovoljno jasno i argumentirano obrazložilo svoju odluku tako da je apelantu moglo biti jasno na osnovu kojih argumenata je donio svoje zaključke kako bi na osnovu toga mogao podnijeti efikasnu žalbu Sudu BiH radi zaštite svojih izbornih prava; Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine AP 3179/24, 23.1.2025, par. 48.

nacionalno izjašnjenje unutar istog izbornog ciklusa zbog čega je Središnje izborno povjerenstvo BiH utvrdilo da su apelanti zloupotrijebili pravo izjašnjenja pripadnosti konstitutivnom narodu te uzurpirali pravo relevantnog naroda na izbor kandidata u Dom naroda. U apelaciji apelanti su posebno istaknuli da ne postoji zakonska osnova prema kojoj se može utvrditi da apelanti nisu pripadnici relevantnog naroda te da nitko nema pravo ispitivati razloge ili motive zašto i kako se netko nacionalno izjašnjava.

Pri ocjeni osnovanosti navoda Ustavni sud je utvrdio da se u osporenim odlukama nije raspravljalo o motivima i razlozima apelanata da se izjasne kao Srbi, niti se ulazilo u pravo apelanata da se izjasne kako žele i kako se osjećaju, niti je to pravo apellantima osporenim odlukama uskraćeno. Posebno je značajan stav Ustavnog suda u kojem se precizira da se „pitanje pripadnosti nekom narodu ubraja u kategoriju subjektivnog prava svakog pojedinca, te da se svatko ima pravo izjasniti onako kako se osjeća, u smislu tradicijskih, kulturoloških, jezičnih, obiteljskih i drugih vrijednosti, ali i moralnih, posebno u situaciji kada se izjašnjenje o pripadnosti nekom narodu povremeno mijenja“.³⁹ Iz ovog stava proizlazi svojevrsan aktivistički pristup Ustavnog suda. Naime, Ustavni se sud pozvao na moralne vrijednosti kao izvanpravnu kategoriju kako bi zaštitio složeni izborni proces od različitih oblika zloupotrebe što nesumnjivo predstavlja otklon od restriktivnog, strogo formalističkog tumačenja pozitivnog prava.

Do istog zaključka o nepostojanju povrede prava na slobodne izbore uslijed promjene nacionalnog izjašnjenja unutar istog izbornog ciklusa Ustavni sud je došao i u predmetu AP 369/15. Pri ocjeni osnovanosti apelacije, Ustavni sud se u potpunosti pozvao na argumente iz odluke AP 66/15. Budući da se apelant u argumentaciji svojih tvrdnji pozvao na praksu Europskog suda u predmetima Sejdić i Finci te Zorić protiv Bosne i Hercegovine, Ustavni sud je napravio jasnu distinkciju između tih predmeta i konkretnog predmeta. Naime, Ustavni sud je precizno istaknuo da su aplikanti u citiranim predmetima Europskog suda bili dosljedni svom etničkom, odnosno građanskom opredjeljenju uslijed čega je došlo do ograničenja njihovog pasivnog biračkog prava dok se u konkretnom predmetu „nije dovodilo u pitanje pravo apelanata na izjašnjenje o pripadnosti konstitutivnom narodu, odnosno redu Ostalih, jer apelanti nemaju problem u vezi s tim, već s vlastitim izborom kojem od konstitutivnih naroda u BiH ili redu Ostalih da se priklone, što je dovelo do toga da su apelanti izjašnjenje o pripadnosti konstitutivnom narodu ili redu Ostalih mijenjali u aktualnom izbornom ciklusu“.⁴⁰

³⁹ Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 66/15, 10.2.2015, par. 51.

⁴⁰ Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 369/15, 24.4.2015, par. 30.

3.5. Ustavnosudska praksa u vezi s izbornim nepravilnostima

U posljednju skupinu svrstani su preostali predmeti koji nisu obuhvaćeni u prve četiri skupine, a kojima je zajedničko da se odnose na neki oblik izborne nepravilnosti.

Najveći dio apelacija u ovoj skupini predmeta isticao je pogreške u činjeničnom stanju ili primjeni materijalnog prava. Ustavni sud konzistentno je isticao da nije njegov zadatak preispitivati zaključke redovnih sudova u pogledu činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava. Zadatak Ustavnog suda je ispitati je li eventualno došlo do povrede ustavnih prava.⁴¹ U takvim predmetima Ustavni sud je primjenjivao samo test arbitrarnosti.⁴²

Ustavni sud je proglasio *ratione materie* inkompatibilnim apelaciju u predmetu AP 4726/22 u kojoj se tvrdilo da je došlo do povrede prava na slobodne izbore uslijed činjenice da je politički subjekt novčano kažnjen jer je zloupotrijebio zakonsko pravo na sudjelovanje u radu biračkog odbora. S obzirom na formulaciju članka 3 Protokola 1 Ustavni sud je zaključio da se konkretni postupak ne može dovesti u vezu s izborom zakonodavnih tijela zbog čega apelantovi navodi ne ulaze u opseg prava iz članka 3 Protokola broj 1 uz Konvenciju.⁴³ Ovaj pristup se djelomično razlikuje od pristupa koji je Ustavni sud zauzeo u jednom ranijem predmetu koji se također odnosio na izricanje novčane kazne apelantu, a u kojemu je Ustavni sud razmatrao predmet u meritumu i zaključio da kažnjavanje apelanta za povredu pravila u izbornom procesu nije dovelo do povrede prava na slobodne izbore.⁴⁴

4. ZAKLJUČAK

Pravo na slobodne izbore ne navodi se u popisu ljudskih prava u Ustavu BiH. Međutim, ovo je pravo u BiH zajamčeno posredstvom Konvencije o ljudskim pravima i Međunarodnog ugovora o građanskim i političkim pravima. Zaštita ovog prava u nadležnosti je Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

⁴¹ Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 5005/16, 1.2.2017, par. 9; Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 4382/16, 11.1.2017, par. 8.

⁴² Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 1625/09, 25.2.2010, par.10; Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3483/12, 14.2.2013, par. 9; Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3377/12, 27.9.2012, par. 14; Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3542/12, 13.11.2012, par. 15.

⁴³ Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 4726/22, 23.3.2023, par. 13.

⁴⁴ Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 952/05, 8.7.2006, par. 30.

Iz analize ustavnosudske prakse mogu se izvući određeni zaključci u pogledu trenutnog stanja zaštite i budućih pravaca razvoja prava na slobodne izbore. Ponajprije, istraživanje prakse Ustavnog suda ukazuje da je velik broj apelacija isticao greške u primjeni materijalnog prava ili greške u utvrđivanju činjenica. Ustavni sud dosljedno je ovakve apelacije proglašavao kao neosnovane te se pozivao na stav Europskog suda prema kojem nije zadatak ovih sudova preispitivanje zaključaka redovnih sudova u pogledu činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava niti supstituiranje redovnih sudova u procjeni činjenica i dokaza. Zadatak Ustavnog suda je ispitati li je eventualno došlo do povrede ustavnih prava. U takvim predmetima Ustavni se sud ograničavao na primjenu testa arbitrarnosti čije postojanje nije utvrđeno ukoliko su odluke domaćih tijela bile obrazložene s jasnim navodima zbog čega je došlo do ograničenja prava na slobodne izbore.

U onim predmetima u kojima je odlučivao u meritumu Ustavni sud je slijedio praksu Europskog suda u pogledu ograničenja ovih prava. Naime, iako članak 3 Protokola 1 uz Konvenciju ne navodi mogućnost ograničenja niti propisuje uvjete za njih, pri ispitivanju je li u konkretnom slučaju došlo do povrede prava mora se utvrditi je li nametnuto ograničenje imalo legitiman cilj te je li bilo proporcionalno cilju. Glede legitimnosti cilja Ustavni sud je zauzeo aktivistički pristup što je najvidljivije iz njegovog stava o legitimnosti nametanja ograničenja u vidu nepodudarnosti uslijed obavljanja neke javne dužnosti. Naime, u jednom predmetu Ustavni sud je zaključio da se predmetna nepristranost može promatrati na isti način na koji mora biti zadovoljena nepristranost sudaca u kontekstu članka 6 Konvencije.

Aktivistički pristup Ustavnog suda proizlazi i iz predmeta u vezi sa zloupotrebom o nacionalnom izjašnjenju u kojemu se Ustavni sud pozvao i na moralne vrijednosti s ciljem zaštite složenog izbornog sustava. Ovakav pristup najjasnije pak proizlazi iz predmeta AP 81/23 u kojem se Ustavni sud izravno pozvao na doktrinu Europskog suda o učinkovitosti ljudskih prava prema kojoj cilj i svrha Konvencije zahtijevaju da se njezine odredbe tumače i primjenjuju na takav način da propisana prava ne budu teorijska ili iluzorna, već praktična i djelotvorna. Štoviše, u istom predmetu Ustavni sud je na svojevrsan način proširio opseg primjene načela procesne ravnopravnosti iz članka 6 Konvencije na pravo na slobodne izbore iako je članak 6 neprimjenjiv u takvim predmetima te u proceduralni aspekt prava na slobodne izbore uključio i pravo na djelotvoran pravni lijek te pravo na obrazloženu odluku.

Zaključno, iako se ne radi o bogatoj ustavnosudskoj praksi, iz analize proizlazi da je Ustavni sud Bosne i Hercegovine slijedio praksu Europskog suda za ljudska prava. Novija ustavnosudska praksa upućuje na zaključak

da nije riječ samo o formalnom pozivanju na praksu Europskog suda nego i usvajanju aktivističkog pristupa Europskog suda kroz primjenu različitih doktrina i metoda tumačenja, kao što je doktrina o učinkovitosti ljudskih prava.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Ruiz Robledo, A., “The construction of the right to free elections by the European Court of Human Rights“, *Cambridge International Law Journal* 7/2018;
2. Harris D., et. al., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York 2009;
3. Bodnar E., “The level of protection of the right to free elections in the practice of the European Court of Human Rights“, poglavlje u knjizi H. Hardman, B. Dickson (eds.), *Electoral Rights in Europe: Advances and Challenges*, Routledge, London 2017;
4. Van Dijk, F. et al. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen Oxford 2006;
5. Mihelčić, Gabrijela, Marochini Zrinski, M., „Utjecaj konvencijskih načela tumačenja na pojedine građanskopravne institute (odabrana pitanja)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 1/2018;
6. Omejec, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava - Strasbourgški acquis*, Novi informator, Zagreb 2014;
7. Marochini, M., “The Interpretation of the European Convention on Human Rights“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 1/2014;
8. Muzur Kumrić, Nives, Mijić, V., *Some aspects of the right to free elections in the case-law of the European Court of Human Rights*, poglavlje u knjizi I. Barković Bojanić, M. Lulić (eds.), *Contemporary Legal and Economic Issues*, Faculty of Law Osijek, Osijek 2013;
9. Greer S., *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, New York 2006;
10. Batistić Kos, Vesna, *Pozitivne obveze prema Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, *Narodne novine*, Zagreb 2012;
11. Schabas W. A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2015.

Pravni izvori

1. Ustav Bosne i Hercegovine;
2. Europska konvencija o ljudskim pravima, 1950;
3. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, usvojen na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, 16. prosinca 1966. godine (rezolucija br. 2200 A /XXI/);

4. Guide on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/-Guide_Art_3_Protocol_1_ENG.pdf, posljednji pristup 4.4.2025;
5. Georgian Labour Party v. Georgia, Ap.br. 9103/04, presuda od 8.7.2008;
6. Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije, ap.br. 9267/81, presuda od 2.3.1987;
7. Matthews protiv Ujedinjenog Kraljevstva, ap.br. 24833/94, presuda od 18.2.1999,
8. Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3453/09, 28.4.2010;
9. Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3453/09, 28.4.2010;
10. Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 35/03, 28.1.2005;
11. Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 81/23, 21.3.2024;
12. Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine AP 3179/24, 23.1.2025;
13. Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 66/15, 10.2.2015;
14. Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 369/15, 24.4.2015;
15. Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 952/05, 8.7.2006;
16. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3089/06, 18.12.2008;
17. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP-2656/07, 11.11.2009;
18. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP-56/13, 17.9.2014;
19. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 2090/11, 18.1.2012;
20. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 289/08, 15.6.2010;
21. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 4091/10, 20.12.2012;
22. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 2243/11, 10.12.2013;
23. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 799/13, 10.2.2015;
24. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3641/10, 9.2.2011;

25. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3330/06, 12.2.2009;
26. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3261/07, 25.2.2010;
27. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 5005/16, 1.2.2017;
28. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 4382/16, 11.1.2017;
29. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 1625/09, 25.2.2010;
30. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3483/12, 14.2.2013;
31. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3377/12, 27.9.2012;
32. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 3542/12, 13.11.2012;
33. Odluka o dopustivosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP 4726/22, 23.3.2023;
34. Polacco i Garofalo protiv Italije, ap.br. 23450/94, odluka o dopustivosti od 15.9.1997;
35. W, X, Y i Z protiv Belgije, ap. br. 6745 i 6746/74, odluka o dopustivosti od 30.5.1975.

Associate Professor Cvija Jurković, LL.D.

University of Mostar, Faculty of Law

Assistant Professor Ivan Tomić, LL.D.

University of Mostar, Faculty of Law

THE RIGHT TO FREE ELECTIONS WITH REFERENCE TO THE CASE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The right to free elections is of primary importance for the member states of the Council of Europe considering that it contains a characteristic principle of democracy. Although it is formulated in a specific way in the Convention, the right to free elections includes subjective rights, right to vote and right to stand for elections. States have wide margin of appreciation in imposing limitations, but their actions must not undermine the very essence of the right to free elections. The Constitution of Bosnia and Herzegovina does not regulate this right explicitly, but it is guaranteed on multiple ways and was examined before the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina. In the paper, the authors analyse the Constitutional Court case law regarding to the right to free elections and the compatibility of Constitutional court case law with the legal reasoning of the European Court of Human Rights. The research results indicate that the Constitutional Court consistently follows the case law of the European Court of Human Rights regarding the scope of this right and acceptable limitations. Also, recent case law shows the determination of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina to render this right practical and effective, not theoretical and illusory

Key words: *Right to free elections; Constitution of Bosnia and Herzegovina; Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina; European Court of Human Rights; Limitations of the right to free elections.*

Доц. др Драгана Ђорић

Правни факултет Универзитета у Новом Саду
Покрајинска заштитница грађана – омбудсманка

Јован Кнежевић, мастер правник

в. д. помоћника министра,
Министарство државне управе и локалне самоуправе
Републике Србије

ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА – ПРАВНИ ОКВИРИ И ИЗАЗОВИ У ПРАКСИ

Чини се да људска права никада раније нису била овако заштићена нити промовисана као што се то чини у 21. веку. Међународни и национални правни оквири стално се шире, препознајући нова људска права, као права која су одувек постојала и припадала људима, чак и пре њиховог рођења, али их посебна практична храброст извлачи на површину свакодневног живота, чинећи их видљивијима и самим тим њихове титуларе-рањивијима. Без адекватне заштите људских права нема ни правне сигурности, а самим тим, концепт правне државе као основе демократског друштва постаје непостојан и значајно угрожен.

Након кратког теоријског представљања потребе и начина заштите људских права, аутори, представљају примере из праксе где су правничко знање, континуирана сарадња са другим државним органима као и непоколебљива воља да се људска права као концепт адекватно промовишу и заштите, представљени као подршка концепту људских права и њиховог пуног остварења и истовремено и мера побољшања рада органа управе.

Кључне речи: Људска права; Заштита; Изазови.

1. УВОД

Стално креирање нових људских права, односно извођење нових права из других већ постојећих, као и дефинисање тзв. генерација права¹ ствара утисак модерном човеку да људска права, као концепт и као принципи понашања нису раније постојали. Барем не пре завршетка Другог светског рата, када су доношењем бројних међународних докумената као што су Универзална (Општа) декларација о људским правима из 1948. године,² Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1951. године,³ Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године,⁴ Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима исто из 1966. године,⁵ Конвенција о правима детета⁶ и многи други.

Међутим људска права су, чини се, одувек постојала. Почев од тзв. Кировог цилиндра, који се у дискусијама често спомиње као најстарији документ о људским правима из 539. године пре нове ере,⁷ преко религијских текстова као што су Библија, Веде, Куран, све до Велике повеље о слободама, коју је донео британски краљ Џон без земље 1215. године,⁸ владари су налазили начине да се „додворе“ својим поданицима, остварујући им повремене, извесне захтеве, да би њима лакше у будућности управљали. Остваривање тих захтева је заправо темељ установљавања одређених права будућих грађана у

¹ „Генерација“ као термин асоцира на одвајање и рашчлањивање одређених права. Међутим она су међусобно чврсто повезана, бројна права проистичу једна из других а њихова универзалност и свеобухватност превазилази било какву поделу и сврставање у „генерације“. Ипак, у питању је широко прихваћен појам, те га у том смислу и ми спомињемо у раду.

² Текст доступан на: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, 01.06.2025.

³ Оригинални текст доступан на: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.I_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf, 01.06.2025.

⁴ Оригинални текст доступан на: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, 01.06.2025.

⁵ Оригинални текст доступан на: <https://www.refworld.org/legal/agreements-unga/1966/en/33423>, 01.06.2025.

⁶ Оригинални текст доступан на: <https://www.unicef.org/serbia/media/3186/file/Konvencija%20o%20pravima%20deteta.pdf>, 01.06.2025.

⁷ У последњих деценију и по све чешће наилазимо на опозитно мишљење – да је Киров цилиндар заправо прича о владавини и делима Кира Великог, те да преводи у којима се указује да је овај владар укинуо ропство су контрадикторни са свим другим историјским подацима из овог периода: Antoine Simonin, *The Cyrus Cylinder*, <https://www.worldhistory.org/article/166/the-cyrus-cylinder/>, 01.06.2025.

⁸ Превод Велике повеље слобода доступан на: <https://www.archives.gov/files/press/press-kits/magna-carta/magna-carta-translation.pdf>, 01.06.2025.

савременим друштвима, док су обавезе које су се нераскидиво повезивале са остваривањем права представљале кочиони механизам за исте те будуће грађане – да не би узели себи превише слобода а без имало или са мало одговорности према другима и држави. „Људска права ограничавају државну моћ и у исто време захтевају од државе да предузме позитивне мере за обезбеђење окружења која свим људима омогућава да уживају своја људска права“, сматрају аутори приручника за људска права за посланике Манфред Новак, Јероен Клок и Ингеборг Шварц.⁹ Држава правним регулисањем права грађана ставља лимите себи али и самим грађанима, сматрајући да нико, не треба да има више права од других и да буде „једнакији“ са које год стране односа ауторитета се налазио.

Садашње либерално друштво можда ће са подсмехом посматрати латинску изреку *“Отпе nīmiūm poset”* – све што је превише, шкоди; јер како је могуће да превише људских права може неке да наштети? Учени да се права „освајају“ а не препознају, односно да се прихвата њихово постојање, људи се постављају у стање борбе, док људска права по свом концепту јесу баланс, мир и коегзистенција. Треба имати у виду да право једне особе и њено остваривање је ограничено истим правом које има друга особа – дакле, права нису границе само држави него и целокупном друштву, и сваком појединцу понаособ. Због тога свако дефинисано и објашњено људско право треба посматрати истовремено као простор слободе и неометаног уживања истог, и као ограничење самом уживаоцу истог права да не прекорачи границе тог права и угрози и себе или другу особу са истим правом. У том смислу, држава ће се са својим правним нормама јавити као неко ко поново успоставља баланс, следећи, опет, максимум римског правника Улпијана да *sunt quique tribuere* – свакоме његово дати – ономе ко поштује право награду а прекршиоцу казну.

Кључно је истаћи да:

„Сва људска права су универзална, недељива и међусобно зависна и повезана. Међународна заједница мора третирати људска права глобално на правичан и једнак начин, на равноправној основи и са истим степеном важности. Иако се значај националних и регионалних специфичности и различитих историјских, културних и верских полазишта мора имати у виду, дужност је држава да, без обзира на

⁹ Људска права, приручник за посланике, Мисија ОЕБС у Србији, доступно на: <http://www.parlament.rs/upload/documents/Ljudska%20prava.pdf>, 01.06.2025.

њихове политичке, економске и културне системе, унапређују и штите сва људска права и основне слободе“.¹⁰

Једна од гаранција наведеног равноправног третирања свих људи и свих права јесте управо установљавање различитих материјалних и процедуралних контролних механизма спровођења и заштите људских права као што су контрола уставности и законитости правних аката, вишестепеност судовања тј. вођења судских и управних поступака, као и установљавање различитих независних институција у циљу остваривања надзора над радом посебно извршних органа када помажу грађанима у реализацији њихових права.

У том смислу, у складу са искуствима аутора, у раду се посебно пажња обраћа поступању и надлежностима једне од споменутих независних институција – заштитницима грађана – омбудсменима, и изазовима са којима се исти сусрећу у свом раду. Заштита људских права и њиховог спровођења је постављена као главна улога заштитника грађана у Републици Србији. Међутим један од циљева који својим радом заштитници грађана остварују, а није тако директно видљив је остваривање принципа добре управе, који се „огледа у повећању поверења грађана у државни систем што води ка већем легитимитету“.¹¹ Заштитници грађана инсистирањем и опомињањем извршних органа власти да се само на законит и правилан начин спроводе поступци важни грађанима за остваривање њихових права, и да се тако остварује важан европски квалитет рада органа јавне власти – „добра управа“¹² су заправо највећи гаранти остваривања људских права.

У наставку рада ће бити изложени неки од примера из праксе заштитника грађана на локалном¹³ и покрајинском нивоу,¹⁴ као и изазови са којима су се сусретали током тог рада. Важно је напоменути

¹⁰ Светска конференција о људским правима, Беч 1993, Бечка декларација и акциони програм, тачка 5. Навод према: *Људска права*, приручник за посланике, 5.

¹¹ Ј. Јеринић, Д. Вучетић, М. Станковић, *Приручник за спровођење принципа доброг управљања на локалном нивоу*, II допуњено и изменјено издање, Београд 2022, 15.

¹² Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији, *Сл. гласник Републике Србије* 9/2014-4, 42/2014-11 (исправка), 54/2018-4 и Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији за период од 2021. до 2030. године, *Сл. гласник Републике Србије* 42/2021-1, 9/2022-54.

¹³ Један од аутора је до септембра 2024. године био на позицији Локалног омбудсмана градске општине Стари Град, подаци о надлежностима и раду ове институције доступни на: <https://www.starigrad.org.rs/skupstina-gradske-opstine-stari-grad/zastitnica-gradjana-go-stari-grad/>, 01.06.2025.

¹⁴ Начин избора, надлежности и овлашћења покрајинског омбудсмана регулисани су следећим актом: Покрајинска скупштинска одлука о покрајинском заштитнику грађана – омбудсману, *Сл. лист АП Војводине* 37/2014.

да је Република Србија једна од ретких држава на свету¹⁵ која има заштитнике грађана на сва три нивоа власти – републичком¹⁶, покрајинском и локалном, при чему не постоји и не би требала никада ни да постоји хијерархијска повезаност и условљеност рада ових институција. Утврђивањем неправилности у раду извршних органа власти и указивањем на начине исправљања ових неправилности се заправо врши побољшање њиховог рада и истовремено повећава поверење грађана у институције система и задовољство органима јавне власти који представљају државу.

2. АНАЛИЗА ПОЈЕДИНИХ СЛУЧАЈЕВА ИЗ ПРАКСЕ ЗАШТИТНИКА ГРАЂАНА И ИЗАЗОВИ У РАДУ

Заштитници грађана су од времена свог конституисања до данас значајно променили „страну“ на којој се налазе као и обим послова које обављају. У Шведској, постојбини заштитника грађана – омбудсмана, ова лица су се налазила на страни владара- као његови изасланици док је исти онемогућен да буде лично присутан у земљи,¹⁷ да у његово име и за његов рачун врше надзор над органима власти у матичној држави, у складу са вољом владара. Данас су заштитници грађана посредници између грађана и органа извршне власти, у ситуацијама када грађани сматрају да су им нека права угрожена, њихово остварење онемогућено или су на други начин депривирани.

Недовољно познавање процедура за остваривање права, слаба информисаност о постојању права, али и обавеза, као и о правним импликацијама (не)остваривања права и обавеза јесу отежавајуће околности за поступање како самих органа извршне власти у наведеним ситуацијама, тако и у поступцима контроле законитости рада

¹⁵ Поред Републике Србије, сличну организацију и доступност помоћи грађанима у овом смислу има још само Народна Република Кина: Национална канцеларија за притужбе и предлоге грађана обавља функцију заштитника грађана, и има своје канцеларије на националном, кантоналном и нивоу општина, официјелни сајт : <https://www.gjxfj.gov.cn/gjxfj/index.htm>, 01.06.2025.

¹⁶ Закон о заштитнику грађана, *Службени гласник РС*, број 105 од 8. новембра 2021.

¹⁷ Иако се 1809. година узима као година оснивања прве омбудсманске институције у Шведској, заправо је иста конституисана већ 1713. године, за време изгнанства шведског краља Карла XII у Турској. Омбудсман у том смислу је надзирао рад судова и свих других јавних службеника, и имао је право спровођења поступка према њима у случају немара у раду. Већ 1719. године ово лице је добило назив Министра правде, а дефинитивно одвајање од надзора над судским органима је наступило 1809, кад је национални парламент установио Омбудсмана као контролора рада органа извршне власти. Подаци преузети из текста са странице: https://web.archive.org/web/2007-1009075227/http://www.jo.se/Page.aspx?MenuId=20&MainmenuId=12&ObjectClass=DynamX_Documents&Language=sv, 01.06.2025.

истих тих органа. Томе се могу додати и произвољна, неадекватна тумачења прописа која се морају примењивати у одређеним поступцима, и често нас воде у ситуације потпуних правних и логичких, тешко размрсивих галиматијаса. Брзо, лако и чврсто стицање поверења у информације прослеђене посебно путем друштвених мрежа и апликација за комуникацију, са неретко тоном изазивања панике и подстицања још већег неповерења у законит и целисходан рад институција система су посебна врста отежавајућих околности јер институција којој се грађанин обрати са захтевом за помоћ прво треба да отклони „вео“ свих тих предрасуда и лажних информација, да би уопште приступила свом стварном послу. Такође, изузетно је важно „успостављање контаката и сарадње са свим другим институцијама, посебно са онима чији рад омбудсман непосредно контролише“¹⁸ јер се тако спречава да „грађани не залутају у лавиринту поделе надлежности државних органа и институција“.¹⁹

Тако је у случају угрожавања најбољег интереса детета, за који су и надлежни органи као и шира јавност сазнали прво виралним путем,²⁰ објавама на друштвеним мрежама, а чије је решавање трајало неколико месеци, од краја 2023. године до половине 2024. године, било укључено више различитих институција на различитим територијалним нивоима: суд, тужилаштво, центар за социјални рад, дечија сигурна кућа, основна школа, болница, два заштитника грађана, медији, црква и шира јавност.²¹

Медијски написи с почетка 2024. године су извештавали о томе да је Центар за социјални рад Града Новог Сада (у даљем текст: ЦСР НС) неосновано одузео мајци троје деце и сместио их у „Сигурној дечијој кући“. Већина написа је проистекла из некритички постављених објава са разних друштвених мрежа где је навођена само једна страна ове изузетно комплексне породичне приче. ЦСР НС је оба заштитника грађана (републичког и покрајинског) након покретања поступка према Центру, обавестио о историји рада са наведеном породицом, која датира још 2015. године и свим мерама и активностима

¹⁸ Годишњи извештај локалног омбудсмана градске општине Стари Град за 2023. годину, 17.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Наведено је једна од последица неповерења у рад институција државе, које проистиче из генерализујућег утиска створеног након једног лошег искуства у тој институцији, које чак не мора бити ни лично искуство, веч из „друге или треће руке“. Због тога су грађани у информатичком добу пре склони да свој проблем изложе негде на интернету, него да се обрате надлежној институцији која би им брже, лакше и са високим степеном поуздања решила одређени проблем.

²¹ Случај је обрађен у Годишњем извештају покрајинског заштитника грађана – омбудсмана за 2024. годину, 67–72.

које су у складу са својим законским и другим овлашћењима могли предузимати.

Организоване су две **конференције случаја** (на иницијативу покрајинског омбудсмана) – скупови представника надлежних институција у циљу брже и ефикасније размене свих информација и проналажења адекватног решења за наведену ситуацију и првенствено хитну заштиту права детета, односно деце – једна у ЦСР НС, друга у тужилаштву. Обе конференције случаја су **помогле у тријажној информацији** које су истините, потпуне и објективно утврђене и самим тим кључне за решавање наведеног случаја, у односу на сензационалистички призив и извртање истих чињеница које су замућивале слику целог случаја и отежавале поступање и одлучивање.

Покрајински секретаријат за социјалну политику, демографију и равноправност полова је након ванредног надзора утврдио да је ЦСР поступао у потпуности у складу са законом. Међутим узнемирење јавности и поларизација, која је достигла врхунац организовањем протестних скупова испред зграде ЦСР НС и чак физичким упадом у просторије Сигурне дечије куће је довела до **потребе да се јавно морају саопштити сазнања органа о целом случају**, што се иначе не ради управо због осетљивости ситуације и заштите деце у питању.

Иако су надлежни државни органи тежили да не откривају идентитет деце, он је био откривен од стране саме мајке, бројни људи за које није утврђено да су заиста и лично познавали ту породицу су износили осетљиве податке из живота деце и њихове породице и на тај начин грубо се нарушавало право деце на приватност прописано Конвенцијом о правима детета. **Злоупотреба бројних права** је довела до стварног онемогућавања надлежних институција да поступа адекватно и правилно у ситуацији енормног медијског и личног притиска, чак и **прогона *ad hominem* упућеног према поступајућим лицима** у оквиру надлежних органа, а то је, опет, стварало атмосферу несигурности и повећаног неповерења у рад ЦСР НС и других институција окупљених око заједничког циља- налажење адекватног и правилног решења за заштиту деце и њиховог раста, развоја, здравља и образовања.

И поред бројних материјалних доказа о угрожености деце у матичној породици, **притисак јавности и претње насиљем су довеле до доношења одлуке, да се деца ипак врате мајци**, која је након више покушаја предочавања свих последица њене несарадње ипак прихватила да сарађује са ЦСР НС. е свега, обезбеђивања адекватних и безбедних животних услова за децу, те је закључено да није сврсисходно даље вођење поступка лишења родитељског права. У накнадном праћењу реализације наведене одлуке утврђено је да су се роди-

тељске компетенције мајке као и њена сарадња са ЦСР НС и другим институцијама побољшале али је и даље настављен активни надзор.

Анализирани пример показује сву *снагу синергијског рада* институција које се баве заштитом деце, која је, нажалост, на свом крају морала одступити од првобитног строжег решења и приклонити се компромисном, дуготрајнијем решењу – надзора над родитељским компетенцијама, за који од почетка није било сигурно да ће бити у потпуности испоштован.

У другом случају, грађанка се жалила на немогућност обављања гинеколошког прегледа, који јој је ускраћен јер нема пребивалиште на територији локалне самоуправе на којој је тражени преглед захтевала. Дом здравља је одбио да јој пружи ову врсту здравствене услуге, јер један специјалиста гинекологије и акушерства који ради у том дому здравља има превелики број пацијената са територије те локалне самоуправе те не може примити особу из друге локалне самоуправе, те да се овде може пријавити тек када добије пребивалиште. Дому здравља је предочено да:

„Начело поштовања људских права и вредности у здравственој заштити подразумева обезбеђивање највишег могућег стандарда људских права и вредности у пружању здравствене заштите. Трудница, породиља, дете до навршених 18 година живота, самохрани родитељ са децом до седме године живота и стари имају право на највиши могући стандард здравља и здравствене заштите.²² У поступку остваривања здравствене заштите, пацијент има право на једнак приступ здравственој служби, без дискриминације у односу на финансијске могућности, место становања, врсту обољења, време приступа здравственој служби или у односу на неку другу различитост која може да буде узрок дискриминације. Пацијент има право на слободан избор доктора медицине, односно доктора стоматологије, здравствене установе.²³ Осигураном лицу обезбеђује се здравствена заштита у здравственој установи, односно код другог даваоца здравствених услуга, који има седиште на подручју филијале у којој се том осигураном лицу обезбеђују права из обавезног здравственог осигурања, у складу са овим законом. Изабрани лекар је, између осталог, и доктор медицине специјалиста гинекологије.“^{24 25}

²² Закон о здравственој заштити, *Службени гласник РС*, бр. 25/2019 и 92/2023 - аутентично тумачење), чл. 20.

²³ Закон о правима пацијената, *Службени гласник РС*, бр. 45/2013 и 25/2019 - др. закон), чл. 6 и 12.

²⁴ Закон о здравственом осигурању *Службени гласник РС*, бр. 25/2019 и 92/2023), чл. 124 и 139.

Дому здравља је затим упућено мишљење да у складу са наведеним прописима, а имајући у виду посебно осетљиву ситуацију труднице, ***не може и не сме да услови пружање адекватне тражене медицинске услуге пребивалиштем на територији те локалне самоуправе већ да је дужан да без одлагања истој пружи управо наведену услугу.***

Дакле, у овом случају смо имали ***неадекватно тумачење и разматрање релевантних норми*** које се тичу пружања посебне врсте медицинске услуге, коју је обавезно пружити трудници – чак и без оверене здравствене књижице – у циљу посебних мера подршке наталитету и пружања пренаталне помоћи и неге мајци и детету.

На крају, у једном случају странка се притужила на поступање Одељења за грађевинске послове због упутства за подношење редовног правног лека за првостепено решење донето од овог Одељења. Наиме у упутству је наведено да се жалба може поднети и електронским путем, док је лице које је телефонским путем давало обавештења о томе негирало ту могућност и тражило жалбу послату односно предату у писаном физичком облику. Утврђено је, наравно да је странка била у праву те јој је жалба морала бити уважена како је послата у електронском облику,²⁵ без даљих трошкова. ***Недовољно добро познавање процедура унутар сопствене институције*** могло је странци начинити ненадокнадиву штету, неприхватањем жалбе странка би морала посегнути за судског заштитом свог права, која је далеко скупља у наведеном случају (такса, трошкови заступања путем адвоката и сл.). Међутим, локални омбудсман је правилно уочио грешку и на адекватан начин предочио органу како да озбиљну грешку у настајању може да поништи.

4. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Претходни примери из праксе, укратко анализирани су донекле могли пружити увид у изазове са којима се сусрећу и надлежни државни органи и институције у свом раду, као и посебно заштитници грађана, када контролишу њихов рад. Предрасуде и стереотипи о квалитету и значају рада уопште појединих институција, као и уверења која су изграђена на основу својих и туђих непотпуно саопштених и генерализованих искустава, умногоме креирају атмосферу неповерења према раду државних органа и институција. С тим у вези, важно

²⁵ Извод из годишњег извештаја покрајинског заштитника грађана – омбудсмана за 2024. годину, 54.

²⁶ Годишњи извештај локалног омбудсмана градске општине Стари Град за 2023. годину, 11.

је организовати бројне активности на свим нивоима власти, уз посебно истакнуто учешће различитих државних органа и институција са циљем континуираног обавештавања грађана о њиховим правима и обавезама и начинима њиховог остваривања.

Активности као што су „Дан отворених врата“, који се све чешће одржава и ван формалних седишта одређених институција, чинећи приступ тој институцији више доступним и комуникацију са грађанима ефикаснијом, су добри начини за повећање поверења у рад државних органа и институција. Такође, поштовање рокова за давање одговора, чак и када су они инструкционог карактера су изузетно важна ставка.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Antoine, Simonin, *The Cyrus Cylinder*, <https://www.worldhistory.org/article/166/the-cyrus-cylinder/>, 01.06.2025;
2. Jerinić, Jelena, Vučetić, Dejan, Stanković, Mirjana, *Priručnik za sprovođenje principa dobrog upravljanja na lokalnom nivou*, Beograd 2022;
3. Годишњи извештај локалног омбудсмана градске општине Стари Град за 2023. годину;
4. Годишњи извештај покрајинског заштитника грађана – омбудсмана за 2024. годину;
5. *Људска права*, приручник за посланике, Мисија ОЕБС у Србији, доступно на: <http://www.parlament.rs/upload/documents/Ljudska%20prava.pdf>, 01.06.2025.

Правни извори

1. Закон о заштитнику грађана, *Службени гласник РС*, број 105 од 8. новембра 2021;
2. Закон о здравственој заштити, *Службени гласник РС*, бр. 25/2019 и 92/2023 – аутентично тумачење;
3. Закон о правима пацијената, *Службени гласник РС*, бр. 45/2013 и 25/2019 – др. закон;
4. Закон о здравственом осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 25/2019 и 92/2023;
5. Покрајинска скупштинска одлука о Покрајинском заштитнику грађана – омбудсману, *Сл. лист АП Војводине*, бр. 37/2014;
6. Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији, *Сл. гласник Републике Србије* 9/2014-4, 42/2014-11 (исправка), 54/2018-4;

7. Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији за период од 2021. до 2030. године, *Сл. гласник Републике Србије* 42/2021-1, 9/2022-54;
8. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, 01.06.2025.
9. https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocitycrimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf, 01.06.2025;
10. <https://www.archives.gov/files/press/press-kits/magna-carta/magna-carta-translation.pdf>, 01.06.2025;
11. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, 01.06.2025;
12. <https://www.refworld.org/legal/agreements/unga/1966/en/33423>, 01.06.2025;
13. www.unicef.org/serbia/media/3186/file/Konvencija%20o%20pravima%20deteta.pdf, 01.06.2025.
14. <https://www.starigrad.org.rs/skupstina-gradske-opstine-stari-grad/zastitnica-gradjana-go-stari-grad/>, 01.06.2025;
15. <https://www.gjxfj.gov.cn/gjxfj/index.htm>, 01.06.2025;
16. https://web.archive.org/web/20071009075227/http://www.jo.se/Page.aspx?MenuId=20&MainmenuId=12&ObjectClass=DynamX_Documents&Language=sv, 01.06.2025.

Assistant Professor Dragana Ćorić, LL.D.

Faculty of Law, University of Novi Sad
Provincial protector of citizens-ombudswoman

Jovan Knežević, LL.M.

Acting Assistant Minister, Ministry of State Administration and Local
Self-Government of the Republic of Serbia

PROTECTION OF HUMAN RIGHTS–LEGAL FRAMEWORK AND CHALLENGES IN PRACTICE

Summary

It seems that human rights have never before been so protected or promoted as they are in the 21st century. International and national legal frameworks are constantly expanding, acknowledging new human rights as rights that have always existed and belonged to people, even before their birth. However, it takes special practical courage to bring these rights to the forefront of everyday life, increasing their visibility and, consequently, making their holders more vulnerable. Without adequate protection of human rights, there is no legal security, leading to instability and significant threats to the concept of the rule of law as the foundation of a democratic society.

Following a brief theoretical overview of the need for and methods of protecting human rights, the authors, each within their own territorial jurisdiction, present examples from practice that demonstrate legal knowledge, other skills, ongoing cooperation with other state bodies, and an unwavering commitment to adequately promote and protect human rights as a concept. These examples serve as support for the concept of human rights and their full realization.

Key words: *Human rights; Protection; Challenges.*

Светислав Б. Вукмирица, ма

Помоћник градоначелника за развој града Кикинда

ПРАВО, МЕДИЈИ И ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ У ДИГИТАЛНОЈ ЕРИ

Претпоставка невиности један је од битних института савременог демократског друштва и садржана је у свим најважнијим националним и међународним документима. Као таква представља једну од значајних уставних и међународно правних гаранција окривљеног било да су у питању обични грађани или јавне личности. Представља процесни механизам којим се окривљени ослобађа терета доказивања сопствене кривице. Терет доказивања кривице окривљеног пребацује се на страну тужиоца, односно, свако се сматра невиним док се пред судом не докаже супротно. Институт претпоставке невиности први пут је регулисан „Декларацијом о правима човека и грађанина“ из 1789. године, а убрзо након тога постао је правни стандард у свим касније донетим међународним и националним документима. С друге стране, Слобода штампе и Право грађана на информисаност прокламовани су како Уставом Републике Србије, тако и многобројним међународним документима. Потреба за новим информацијама временом је Право на јавно информисање дефинисала као основно људско право. Област јавног информисања добија све више на значају, те се исто класификује као посебно право у оквиру права везаних за слободу личности. Иако су прокламована Уставом и међународним конвенцијама, институт Претпоставке невиности и Право на информисање често су у колизији. У добу опште глобализације, где се проток информација путем дигиталних медија одвија невиђеном брзином и где је гледаност и читаност превасходни и опредељујући фактор, а самим тим и циљ сваког медија, долази до разних злоупотреба права. Новинари, пласирајући сензационалне вести, напросто креирају јавно мњење, стварајући притисак и на судске и на друге државне органе, а „медијски окривљеним“ грађанима и њиховим сродницима наносе неимовинску штету која је често предмет судских поступака. Такође, и државни органи често у току самог поступка, намерно или својим несмотреним радњама, угрожавају претпоставку невиности самих окривљених. Самим тим долази до разних злоупотреба

и кршења загарантованих људских права, те јавним личностима једино преостаје судска заштита као вид помоћи, како пред домаћим судовима, тако и пред Европским судом за људска права. У наставку овог рада видећете како се институти Претпоставка невиности и Право на информисање примењују у пракси.

Кључне речи: Претпоставка; Невиност; Информисање.

1. УВОД

Претпоставка невиности као један од института савременог демократског друштва садржана је у свим најважнијим домаћим и међународним документима. Као таква је једна од најважнијих уставних и међународноправних гаранција окривљеног.

Наиме, реч је о процесном механизму којим се окривљени ослобађа терета да доказује своју кривицу. Аналогно томе се терет доказивања кривице окривљеног пребацује на супротну страну односно на тужиоца. У овом раду ће бити речи о појму и садржини претпоставке невиности, којом приликом ће се на детаљнији начин образложити који све елементи чине претпоставку невиности, те ће се указати на чињеницу да иако је регулисана различитим актима, оно што је заједничко свим дефиницијама јесте управо максима да ће се свако сматрати невиним, док се пред судом не докаже његова кривица.

Такође, једно од специфичнијих питања јесте правна природа претпоставке невиности, из разлога што различити теоретичари на другачији начин посматрају њену правну природу. Осим регулисања на националном нивоу, претпоставка невиности је регулисана бројним међународним документима. Наиме, она је први пут регулисана управо Декларацијом о правима човека и грађанина из 1789. године, а убрзо након тога постала је неизоставна у касније донетим међународним и националним документима.

У овом раду ће такође бити речи о пракси Европског суда за људска права. Европски суд не само да је утврдио одређене критеријуме претпоставке невиности, већ је у знатној мери допринео да се иста мора поштовати у свакој фази кривичног поступка, те да се мора водити рачуна о формулацији која се користи како приликом слободног изражавања, при чему је то право предвиђено чланом 10. Европске конвенције, тако и приликом доношења судских одлука. Свако одступање од понашања које је прописано како националним, тако и бројним међународним документима, доводи до грубе повреде претпоставке невиности, што се мора санкционисати.

Једно од најинтересантнијих питања везаних за ову тему јесте однос између поштовања претпоставке невиности са једне стране и сло-

боде штампе са друге стране, односно медија да обавештавају јавност о кривичним поступцима који су у току. Наиме, намеће се питање да ли се у случају оглашавања медија и преношења актуелних информација вређа право окривљеног да се сматра невиним до правноснажног окончања поступка, те да ли такво поступање утиче на непристрасност судства.

На крају самог рада, бавићу се и домаћом регулативом и упоредно-правним приказом, као и медијским истрагама и примерима из праксе реалног живота.

2. ПОЈАМ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ

Претпоставка невиности је фундаментални принцип кривичног права који подразумева да се свака особа сматра невином све док се њена кривица не докаже у законском поступку и на основу правноснажне судске одлуке. Овај принцип је основа правне сигурности и заштите људских права, и има за циљ да осигура правичан поступак за све грађане. Такође, ово правило је утемељено у кривичном законодавству и пребацује терет доказивања на страну тужиоца, односно на оног лица који оптужује другу особу за одређено кривично дело.¹

Некада, у време инквизиторског кривичног поступка важила је претпоставка кривице окривљеног, где је окривљени био дужан да докаже своју невиност. Преласком на мешовити кривични поступак, где претпоставка невиности представља један озбиљан правни институт, терет доказивања прелази на тужиоца, односно државу. Такође, претпоставка невиности штити индивидуална права грађана, спречава злоупотребу моћи од стране државе и обезбеђује да се правда спроводи на правичан начин. Због тога је њено поштовање кључно за очување владавине права и поверења у правосудни систем. Из тог разлога је пре свега на тужиоцу обавеза да докаже кривицу окривљеног, те окривљени није у обавези да доказује своју невиност. Затим ако постоје сумње које се не могу уклонити, оне се тумаче у корист окривљеног, а суд мора приступати случају непристрасно, без претходних предрасуда или претпоставке кривице.

Јавност и медији се не смеју понашати тако да би се створило уверење да је особа кривично одговорна пре правоснажне пресуде. Ово укључује начин на који се о окривљеном извештава у медијима, као и употребу термина који имплицирају кривицу. Медији приликом извештавања морају бити објективни, без елемената сензационализма

¹ Т. Бугарски, „Претпоставка невиности“, *РКК* 1/17, 51–73.

и без прејудуцирања кривице. Кршење овог принципа путем медија може довести до нарушавања права на правично суђење.²

С друге стране је обавеза носиоца јавних функција, укључујући полицију, тужилаштво и судове, да се у свом раду морају уздржати од изјава које сугеришу кривицу. Током истраге окривљени мора бити третиран у складу са претпоставком невиности, без обзира на тежину оптужби. Мере попут притвора или ограничења слободе морају се примењивати уз поштовање овог начела и уз оправдане разлоге. За време суђења суд је обавезан да обезбеди правично суђење, без предрасуда, па се тако претпоставка невиности манифестује у обавези суда да разматра све доказе потпуно непристрасно.

Овај принцип је загарантован уставима многих држава, укључујући Устав Републике Србије,³ Законик о кривичном поступку Републике Србије,⁴ као и међународним документима попут Универзалне декларације о људским правима,⁵ Европске конвенције о људским правима⁶ и Међународног пакта о грађанским и политичким правима.⁷

Кршење претпоставке невиности може довести до дискриминације, неправедних осуда и губитка поверења у правосудни систем. Зато је изузетно важно да сви актери у поступку поштују овај принцип од почетка, па до краја процеса.

Кад је правна природа претпоставке невиности у питању, мишљења су вишеструка, односно постоје бројна схватања поводом овог питања. Међу њима, најзначајнија су да претпоставка невиности представља основно начело кривичног поступка, затим да представља право окривљеног, а издваја се и мишљење да је претпоставка невиности заправо правна презумпција.

Претпоставка невиности као основно начело кривичног поступка представља један од најважнијих принципа савременог кривичног права. Њен значај огледа се у заштити достојанства и права поједин-

² Ј. Могош-Живковић: „Најчешће грешке у извештавању у кривичним поступцима“ <https://www.otvorenavratapравосудја.rs/teme/krivicno-pravo/najcesce-greske-u-izvestavanju-u-krivicnim-postupcima>.

³ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06 и 115/21, чл. 34.

⁴ Законик о кривичном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС*, чл. 3. бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС).

⁵ Универзална декларација о људским правима, усвојена посебном резолуцијом Генералне скупштине УН 10. децембра 1948 године, чл. 11.

⁶ Европска конвенција о људским правима, European Convention on Human Rights, чл. 6.

⁷ Међународни пакт о грађанским и политичким правима, International Covenant on Civil and Political Rights, чл. 14, ICCPR.

ца, као и у обезбеђивању правичности кривичног поступка. Овај принцип штити окривљеног од неоправданог третмана као кривог све док његова кривица не буде утврђена правоснажном судском одлуком. Примена претпоставке невиности обезбеђује равнотежу између интереса друштва за правдом и заштите права појединца од злоупотребе. У свим фазама поступка, овај принцип мора бити поштован како би се очувало поверење у правосудни систем и заштитила људска права.

Претпоставка невиности као право окривљеног није само теоријски концепт, већ суштински механизам заштите људских права. Она је гарант правичности кривичног поступка и темељ демократског друштва које поштује владавину права. Зато је њено поштовање обавеза свих учесника у кривичном поступку, укључујући правосудне органе, медије и ширу јавност.

Претпоставка невиности као правна презумпција представља важан концепт у кривичном праву који подразумева да се лице сматра невиним све док се не докаже супротно. Ова правна презумпција, која се заснива на правилима правде и владавине права, чини темељ заштите права окривљеног и гарантује му правичан поступак.

И на крају претпоставка невиности није само етички или морални принцип, већ има чврсту правну основу која осигурава да се окривљени третира као невин до правоснажне судске одлуке.

3. ПРАВО НА ИНФОРМИСАНOST

Право на информисаност је једно од основних права које омогућава појединцима приступ тачним, благовременим и релевантним информацијама. Ово право је од кључног значаја за остваривање других права и слобода, као што су право на доношење одлука, право на заштиту, као и право на учешће у демократским процесима. Као такво, Право на информисање своје правно утемељење налази и у националној и међународној заштити. Основна обележја права на информисаност се манифестују кроз Право на приступ информацијама, Право на транспарентност, Право на информисање у здравственом контексту, Право на медијску информисаност, Информисаност у привредним односима и Информисаност у правосудним поступцима.

Сваки појединац има право да добије информације које државни органи, институције или приватни субјекти поседују, а које се тичу јавног интереса. Ово право је често регулисано законима који дефинишу слободан приступу информацијама, као што је Закон о слобод-

ном приступу информацијама од јавног значаја у Републици Србији.⁸ Државни органи и институције имају обавезу да своје деловање учине транспарентним и да омогуће грађанима увид у своје активности и одлуке. Ово између осталог укључује објављивање јавних извештаја, финансијских података, као и доступност одлука које утичу на друштво.

У здравственом сектору, ово право подразумева обавезу здравствених радника да пацијентима пружи јасне, потпуне и разумљиве информације о њиховом здравственом стању, могућим терапијама и ризицима. Право на информисаност пацијента у Републици Србији је регулисано Законом о правима пацијената.⁹ Медији имају обавезу да објављују истините, непристрасне и проверене информације како би грађани могли да формирају објективно мишљење. Заштита од дезинформација и манипулације јавним мњењем је суштински део овог права.

Потрошачи имају право да буду информисани о карактеристикама производа, ценама, условима куповине, као и могућим ризицима, а исто је регулисано Законом о заштити потрошача.¹⁰

Странке у поступку имају право да буду упознате са свим аспектима судског или управног процеса, укључујући права, обавезе и могуће последице и ово право је директно повезано са правом на правично суђење.

Тако Устав Републике Србије гарантује право на информисаност као део слободе изражавања и приступа информацијама.¹¹

На међународном нивоу, право на информисаност је препознато у Универзалној декларацији о људским правима, која одређује да свако има право на слободу мишљења и изражавања, што обухвата и право да не буде узнемираван због свог мишљења, као и право да тражи, прима и шири информације и идеје било којим средствима и без обзира на границе.¹²

Такође, Међународни пакт о грађанским и политичким правима дефинише да нико не може бити узнемираван због својих мишљења, да свако лице има право на слободу изражавања, односно слободи изналажења, примања и ширења информација и идеја свих врста, у било ком облику и на било који начин. Остваривање ових слобода

⁸ Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, *Службени гласник РС*, бр. 120/04, 54/07, 104/09, 36/10 и 105/21.

⁹ Закон о правима пацијената, *Службени гласник РС*, бр. 45/13 и 25/19 – др. закон.

¹⁰ Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 88/21.

¹¹ Устав Републике Србије, чл. 5.

¹² Универзална декларација о људским правима, чл. 19.

обухвата посебне дужности и одговорности, а прате их извесна законом одређена ограничења из разлога поштовања права и угледа других лица, као и заштите државне сигурности, јавног реда, здравља и морала.¹³

Затим, Европска конвенција о људским правима у члану 10 дефинише слободу изражавања, на начин да свако има право на слободу изражавања, да поседује сопствено мишљење, могућност примања и саопштавања информација и идеја без мешања јавне власти и без обзира на границе.¹⁴

Право на информисаност игра суштинску улогу у модерном друштву и осигурава остваривање других демократских права и слобода, а пре свега омогућава појединцима да донесу информисане одлуке. Затим подстиче транспарентност и одговорност институција, смањује могућност корупције и злоупотребе моћи, те осигурава активно учешће грађана у доношењу одлука од јавног интереса. Такође, право на информисаност није апсолутно и може бити ограничено у одређеним случајевима, када су у питању заштита националне безбедности, чување пословне тајне, заштита приватности и личних података и специфични захтеви у судским и истражним поступцима.

Право на информисање и претпоставка невиности су два значајна принципа која се сусрећу у кривичноправном и јавном контексту. Иако на први поглед могу изгледати као супротстављени, они су у суштини међусобно повезани и допуњавају се у једном правном поретку. Њихов однос често долази до изражаја у раду медија, судских органа и јавности.

Право на информисање подразумева да јавност има право да буде обавештена о питањима од јавног интереса, укључујући и кривичне поступке који утичу на друштво. Медији и државни органи имају обавезу да извештавају о случајевима, али на начин који је у складу са законским и етичким нормама.¹⁵

Претпоставка невиности захтева да свако лице које је оптужено за одређено кривично дело буде сматрано невиним док се његова кривица не утврди правоснажном пресудом и самим тим ограничава начин на који јавност и медији могу извештавати о осумњиченима или оптуженима. Медији могу кршењем претпоставке невиности извештавати на начин који сугерише кривицу осумњиченог, користећи сензационалистичке изразе попут „злочинац“, „убица“ или „пљачкаш“

¹³ Међународни пакт о грађанским и политичким правима, чл. 19.

¹⁴ Европска конвенција о људским правима, European Convention on Human Rights, чл. 10.

¹⁵ „Право на јавно информисање“, <https://www.cins.rs/pravo-na-javno-informisanje>.

пре правоснажне пресуде. Ово може довести до јавног линча и стигматизације окривљеног, чак и ако на крају буде ослобођен. У случајевима од великог јавног интереса, извештавање које крши претпоставку невиности може довести до притиска на суд или тужилаштво, што нарушава принцип правичног суђења, те је зато је потребно пронаћи баланс између ова два права. Медији морају извештавати о кривичним поступцима у складу са претпоставком невиности, избегавајући терминологију која имплицира кривицу. Информације које објављују треба да буду тачне, објективне и проверене. Уместо називања некога кривим, медији треба да користе изразе попут „осумњичени“ или „оптужени“. Такође, се морају стриктно држати и поштовати принципе новинарског кодекса.

Кодекс новинара је скуп етичких и професионалних принципа који регулишу рад новинара и медија. Његова сврха је да обезбеди одговорно и објективно извештавање у складу са јавним интересом, а истовремено штити људска права, достојанство и приватност појединаца. Кодекс новинара представља водич за професионално и етичко новинарство, усмерен на заштиту јавног интереса и достојанства појединаца. Његово поштовање, посебно у контексту претпоставке невиности, од кључног је значаја за одржавање равнотеже између слободе медија и права на правично суђење. Новинари су обавезни да објављују истините, проверене и тачне информације. Свака објављена информација мора бити заснована на чињеницама и изворима који су поуздани. Затим, новинари морају извештавати објективно, без утицаја и уплива политичких, економских или других интереса. Забрањено је промовисање личних ставова као чињеница, а новинари су дужни да поштују приватност појединаца, осим у случајевима када је у питању јавни интерес. Подаци који могу угрожавати приватност (нпр. здравствено стање, породичне околности) могу се објавити само уз сагласност лица или у случају оправданог јавног интереса.

Извештавање не сме бити дискриминаторно нити садржати говор мржње на основу пола, расе, националности, вере, сексуалне оријентације или других личних карактеристика. Такође, новинари морају избегавати сензационализам, нарочито у извештавању о трагичним догађајима и уопште о кривичном поступку. Новинарски Кодекс управо обавезује новинаре да поштују претпоставку невиности и да избегавају коришћење термина који осуђују осумњичене или оптужене пре правоснажне пресуде. Новинари морају извештавати о судским поступцима објективно, без изношења личних закључака о кривици. Исти су дужни да штите идентитет извора који желе да остану анонимни, осим ако је откривање извора неопходно за јавни интерес или по налогу суда.

Лица која сматрају да су погођена неистинитим или нетачним информацијама имају право да траже исправку или објаву одговора. Зато су новинари обавезни да исправе своје грешке благовремено и на видљив начин.

У случају непоступању у складу са Кодексом новинара Србије могуће су изрицање прво етичких санкција, која се састоји из јавне опомене или укора медијима који су учинили прекршај. Такође, кршење Кодекса може довести до губитка кредибилитета медија и новинара. С друге стране, лица чија су права прекршена, односно када је нарушена претпоставка невиности или приватност могу поднети тужбу за накнаду штете.¹⁶

4. ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Пракса Европског суда за људска права у случајевима кршења претпоставке невиности је веома важна у контексту заштите људских права, посебно у правима окривљених особа. Претпоставка невиности, која је утврђена у члану 6 Европске конвенције о људским правима, гарантује да свако лице оптужено за кривично дело мора бити сматрано невиним док се не утврди његова кривица правоснажном одлуком суда.

Европски суд за људска права је у својој пракси више пута указивао да је кршење претпоставке невиности могуће када се јавни службеници, укључујући истражне органе и правосудне власти, изјашњавају о кривици оптуженог пре него што је суђење окончано. То обухвата не само изјаве које се износе на конференцијама за новинаре, већ и објављивање информација у медијима које дају утисак да је особа већ кривично одговорна.

Такође, Европски суд за људска права наглашава да судије морају бити опрезне у изјавама и поступањима који би могли да утичу на непристрасност поступка и појачају утисак кривице пре него што суд донесе пресуду. Ако суд или јавни органи на било који начин дају утисак да је оптужени већ крив, то може бити сматрано кршењем претпоставке невиности. На пример, ако се оптужени на одређен начин представи као особа која је „починитељ“, такав поступак може довести до кршења права на претпоставку невиности.

Суд такође разматра питање да ли су у поступку испоштовани основни принципи правде, укључујући право на одбрану и право да се не буде принуђен на самооптуживање. У неким случајевима, суд је

¹⁶ Кодекс новинара Србије, <https://uns.org.rs/kodeks-novinara-srbije.html>.

утврдио да су околности које су утицале на сам поступак довеле до кршења претпоставке невиности.

Европски суд за људска права је разматрао бројне случајеве у којима су медији или јавни представници на различите начине утицали на јавни став према оптуженом, преносећи претпоставке о кривници пре него што је поступак окончан.

Кључни принцип који стоји иза ових одлука јесте да све особе морају бити третиране као невине све док се њихова кривица не утврди правоснажном судском одлуком. Сваки поступак или изјава која нарушава ову претпоставку доводи до кршења људских права, што може имати озбиљне правне последице за државе и њихове судске системе.

Европски суд за људска права, такође напомиње да је веома важно за јавне власти да покажу опрезност и одговорност у свим аспектима суђења, од истраге до публикувања информација, како би осигурале да се права окривљених поштују и заштите од претпостављене кривице.

Овом приликом ћу навести два примера из праксе Европског суда за људска права.

Први пример је везан за случај Матијашевић против Србије (апликација бр. 23052/13) и односи се на кршење права на претпоставку невиности у контексту медијских извештаја и поступања органа власти током кривичног поступка.

Овај случај је представљао важан тест за Европски суд за људска права у смислу примене члана 6 Европске конвенције о људским правима, који се управо односи на право на фер суђење и претпоставку невиности.

Окружни суд у Новом Саду је 2003. године одредио притвор подносиоцу представке због сумње да је учинио кривична дела преваре и убиства. Након тога, подносиоцу представке је био продужен притвор за још два месеца.

У образложењу решења о продужењу притвора судско веће је истакнуло да је подносилац представке „починио кривична дела која су предмет ове оптужбе“. Подносилац представке је поднео жалбу против решења о продужењу притвора Врховном суду Србије истичући да је њиме грубо повређено његово право на претпоставку невиности.

Врховни суд Србије је одбио ову жалбу пропустивши да се изјасни о приговору који се односио на претпоставку невиности, те је подносилац представке правоснажно осуђен због подстрекавања на убиство на казну затвора.

Током истраге и процеса суђења постојао је низ медијских извештаја који су унапред представљали оптуженог као кривог, што је нарушавало његово право на претпоставку невиности. Медији су објављивали информације које су указивале на његову кривицу пре него што је судија изрекао било какву пресуду. Поред тога, јавни органи, укључујући и полицију, су такође износили јавне изјаве које су биле у супротности са правом на претпоставку невиности.

Будући да повреда није била препозната од стране домаћих судова, Европски суд за људска права је утврдио повреду права на правично суђење и досудио да Република Србија на име трошкова поступка пред домаћим судовима и Европским судом плати 662 евра подносиоцу представке.

Из свега овога произилази да је повреда права на правично суђење у овом предмету могла да се избегне да је Врховни суд Србије у складу с горе истакнутим критеријумима размотрио притужбе подносиоца о повреди права на претпоставку невиности.

Европски суд за људска права је у овом случају утврдио и да је Република Србија прекршила члан 6 Европске конвенције о људским правима, јер је медијска и јавна изложеност оптуженог довела до утицаја на јавност и на судски процес који је кршио принцип претпоставке невиности.

Такође, Европски суд за људска права је нагласио да је право на претпоставку невиности кључно за праведно суђење и да се не може подводити под било какве изузетке, нарочито када су у питању јавни и медијски извештаји који су били унапред објављени и који су претстављали кривицу оптуженог.

Због свега тога, Европски суд за људска права је наложио Србији да исплати одштету Матијашевићу због кршења његових права, али је такође поново потврдио важност поштовања принципа правде и независности суђења, као и обавезе држава да спрече такве ситуације које могу угрозити права оптужених на правично суђење.¹⁷

Други пример се односи на Пресуду у случају „Салдуз против Турске“.

Ова пресуда представља важну одлуку Европског суда за људска права, која се односи на право оптуженог на правну помоћ од самог тренутка хапшења, као и на повреду права на правично суђење.

¹⁷ Матијашевић против Србије, број представке: 23037/04, пресуда од дана 19.09.2006. године.

Суд је у овом случају разматрао да ли је право оптуженог да има приступ адвокату од самог тренутка хапшења било поштовано, што је кључни елемент права на правично суђење.

Наиме, дана 29.05.2001. године, тужилац Јусуф Салдуз је приведен од стране полицијских службеника под сумњом да је учествовао у незаконитом протесту у знак подршке илегалној организацији Радничка партија Курдистана. Такође, је био оптужен да је дана 26.04.2001. године као припадник омладинског огранка Народне демократске партије окачио илегални транспарент на мосту у дистрикту Борнова.

Током првог испитивања, није имао приступ адвокату, односно није му било омогућено да се консултује са адвокатом у фази истраге, што је значајно утицало на његово право на одбрану. Иако му је током каснијих фаза поступка било омогућено да има адвоката, Јусуф Салдуз је тврдио да му је одузето право на правну помоћ у најважнијој фази поступка, односно одмах након хапшења и током почетног испитивања.

Такође, је приликом испитивања код јавног тужиоца и истражног судије негирао своје признање и дат исказ полицијским службеницима уз тврдњу да је исти морао да да због исказаних претњи и употребе силе.

Дана, 05.12.2001. године, Државни суд безбедности у Измиру је донео пресуду по којој је Јусуф Салдуз осуђен на четири године и шест месеци затвора, која је након тога умањена на две и по године због чињенице да је исти био малолетан у време извршења кривичног дела.

Након уложене жалбе, Главни јавни тужилац је поднео писано мишљење Деветом одељењу Касационог суда у којем је навео да треба потврдити пресуду Државног суда безбедности у Измиру. Ово мишљење није достављено осуђеном Салдузу нити његовом представнику, те је дана 10.06.2002. године, Девето одељење Касационог суда одбацило жалбу осуђеног.

Затим је, дана 08.08.2002. године, осуђени Јусуф Салдуз, на основу члана 34. Конвенције за заштиту људских права и слобода, тужбом покренуо поступак код Европског суда за људска права против Републике Турске. У тужби је навео да су његова права прекршена тиме што му писано мишљење Главног јавног тужиоца при Касационом суду није било достављено и што му је био ускраћен приступ адвокату током полицијског притвора, те се том приликом позвао на члан 6 став 1 и 3 Конвенције.

Апликација је додељена Другом одељењу Суда који је Одлуком свог већа, дана 28.03.2006. године исту прогласио делимично непри-

хватљивом. Веће је том приликом једногласно одлучило да је дошло до повреде члана 6 став 1 Конвенције због недостављања писаног мишљења Главног јавног тужиоца и са 5 гласова према 2 да није дошло до повреде члана 6 став 3 због недостатка правне помоћи током притвора.

Због тога је апликант поднео захтев Великом већу да узме случај у разматрање и коначно одлучивање. Након јавне расправе која је одржана у згради за људска права у Стразбуру, дана 19.03.2008. године, Суд је једногласно утврдио да је дошло до кршења члана 6 став 3 у вези члана 6 став 1 због недостатака правне помоћи подносиоцу представке током трајања притвора.

Такође, да је дошло до кршења члана 6 став 1 Конвенције у вези недостављања писаног мишљења Главног јавног тужиоца у Касационом суду.

Европски суд за људска права је том приликом утврдио да је Република Турска прекршила члан 6. Европске конвенције, који гарантује право на правично суђење. Суд је нагласио да је право на правну помоћ од кључног значаја за осигурање правичног суђења и да оптужени мора имати право на адвоката од самог тренутка хапшења. Иако је Јусуф Салдуз касније добио адвоката, Европски суд је закључио да му није било омогућено да се ефикасно брани у почетним фазама поступка, јер је током испитивања био без правне помоћи. Суд је нагласио да право на правну помоћ има велики значај за правичност целокупног поступка, јер без адвоката, оптужени може бити у неповољном положају у односу на тужилаштво или суд нарочито у раној фази истраге.

Суд је такође истакао да је потребно осигурати да се права оптуженог не нарушавају у фази истраге, како не би дошло до ситуације у којој се претпоставка невиности не поштује, јер недостатак правне помоћи може довести до формирања искривљене или неправедне пресуде.

Том приликом, Суд је донео и одлуку да држава Република Турска плати подносиоцу представке 2000 еура у вези са нематеријалном штетом и 1000 еура у вези трошкова поступка и расхода.¹⁸

¹⁸ Салдуз против Турске, број представке: 36391/02, пресуда од дана 27.11.2008. године.

5. МЕДИЈСКЕ ИСТРАГЕ И КРШЕЊЕ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ

Како би што боље указао на проблематику кршења слобода и права грађана, а самим тим и претпоставке невиности, навешћу три примера из праксе и реалног живота Града Кикинде.

У сва три примера имамо кршење слобода и права грађана, пре свега претпоставке невиности,

Први пример се односи на дешавање на недавно одржаној седници Скупштине града Кикинда. Наиме, приликом свог обраћања са говорнице Скупштине града, одборник једне опозиционе странке је изнео догађај који се десио у раним јутарњим часовима испред једног угоститељског објекта у центру града. Том приликом је изнео чињенице о немилем догађају, тучи и нанетим повредама у којој су учествовали с једне стране два члана друге политичке странке који су уједно запослени и функционери градске управе, као и његов клијент са друге стране.

Наиме, одборник је тражио њихову одговорност занемарујући чињеницу да је кривични поступак у току, да је он бранилац друге, по њему оштећене стране у поступку и да тиме крши претпоставку невиности, а да самим тим врши притисак и на јавност и државне органе. У свом излагању је помињао и њихову моралну одговорност, као и нечињење и нереаговање градске управе по том питању.

Ток седнице градске скупштине је преношен уживо путем званичне ФБ странице Града Кикинда, а на истој се путем линка могао преузети садржај снимка и даље преносити. Управо та чињеница овом случају даје посебан тон, јер се шира јавност могла обавестити о том немилем догађају. Имајући у виду да се званична ФБ страница Града може сматрати медијом у смислу комуникације, а да истовремено није класичан вид медија, поставља се питање одговорности за повреду претпоставке невиности.

У овом случају одговорност могу да понесу како Град Кикинда или одговорно лице администратор странице, тако и сам одборник.

Примарна одговорност је на самом одборнику који је изнео податке којима се крши претпоставка невиности и због тога може сносити кривичну или грађанску одговорност, затим политичку одговорност пред бирачима, својом странком, а могуће и санкције у оквиру етичког кодекса и интерних правила скупштине. Овом приликом се мора имати у виду и имунитет одборника који ће савакако утицати на исход одлуке.

Конкретно у овом случају Пословник Скупштине града Кикинда у члану 189 предвиђа:

Одборник не може бити позван на кривичну одговорност, притворен или кажњен због изнетог мишљења или давања гласа на седници Скупштине Града или радних тела.

Поред ове одредбе Пословника Скупштине града Кикинда, треба имати у виду и да се одборнички имунитет не може односити и на изјаве које представљају клевету или увреду због објављивања непроверених оптужби које крше претпоставку невиности.¹⁹

С друге стране одговорност званичне ФБ странице Града, односно Града као правног субјекта, као и администратора странице је у овом случају секундарна и односи се са на предузимање одговарајућих корака за модерацију и уклањање спорног садржаја, односно изјаве. У суштини страница мора брзо да реагује, да непримерени садржај уклони или да се огради од изјава које крше загарантована права, јер у супротном Град би могао бити тужен због клевете или непримерених изјава којима се крши претпоставка невиности, а администратор званичне ФБ странице би могао бити позван на одговорност унутар градске администрације или чак могао бити судски процесуиран.

Други случај или пример се односи на случај узбуњивања јавности од стране грађанке Кикинда која је била оштећена страна у поступку са Градском управом.

Наиме, она се због тога путем своје ФБ странице уживо обратила широј јавности и указала на свој проблем, односно на незаконитост и неправилност рада Секретаријата за урбанизам, обједињену процедуру и изградњу града, тачније на поступање саме секретарке.

Том приликом је изнела чињеницу да је предметни секретаријат издао Решење о одобрењу за извођење радова на изградњи помоћног објекта на име особе која у моменту издавања акта одавно није била међу живима (умрла неколико година пре подношења захтева) и да постоји основана сумња да је потпис на захтеву фалсификован.

Након тога, секретарка је у свом јавном Одговору бр. III-11-351-237/2022 од 25.7.2022.године, на истој друштвеној мрежи, потврдила наводе Притужиоца да је решење исходовано „вероватно на основу фалсификованог потписа“ и јавно обећала да ће:

- „Поднети пријаву Суду части Инжењерске коморе Србије против пројектанта који је поднео Захтев за издавање предметног решења
- Исходовати Решење о прекиду/обустављању/забрани градње помоћног објекта.

¹⁹ Пословник Скупштине града Кикинда <http://www.kikinda.org.rs/Images/User-Files/File/sluzbenilist/2020/0828/sluzbeniList.zip>.

- Поднети Кривичну пријаву МУП-у РС – ПУ Кикинда, односно, Захтев за покретање кривичног поступка Основном тужилаштву у Кикинди
- Донети Решење о поништавању коначног решења о одобрењу за извођење радова на изградњи помоћног објекта
- Обавестити РГЗ СКН Кикинда о сумњи на учињено кривично дело.“²⁰

Одмах након што је у јавном одговору потврдила наводе о незаконитом акту који је сама потписала, секретарка је Основном суду поднела тужбу за увреду против своје суграђанке која је у овом случају поступала као оштећена страна. Цео случај је добио судски епилог, те је оштећена у овом случају постала окривљена, јер је првостепеном пресудом осуђена због учињеног кривичног дела увреда, да би потом Виши суд у Зрењанину својим решењем усвојио жалбу окривљене, укинуо пресуду и предмет вратио првостепеном суду на поновно суђење.

Трећи пример такође долази из јавног живота Града Кикинде. Наиме, у јеку изборне кампање, своје присуство је веома активно изказивала и Група грађана „Кикинда у срцу“. Преко своје ФБ странице су износили гомилу непроверених и злонамерних информација путем којих су желели да дискредитују локалну власт и одређене појединце, односно носиоце јавних функција. На тај начин су између осталог, дана 2. априла 2024. године на друштвеној мрежи „Фејсбук“, на профилу „Кикинда у срцу“,²¹ објавили текст којим су означили одређене појединце, иначе носиоце јавних функција као учиниоце кривичног дела Повреда права гласања из члана 155. став 2. Кривичног законика.

Предметна објава је гласила:

„Кикинда у срцу добила је информацију од суграђана који нам се масовно обраћају поводом мобинга који доживљавају од стране локалних, високих функционера СНС-а који су задужени за пресељавање кикиндских бирача за Београд.

Наиме, исти су задужени да као координатори организују четири службена возила и транспорт Кикинджана у Борчу 1 и Борчу 2 на насилну промену адресе становања, како би се сигурним гласовима прекројила изборна воља грађана Београда на наредним изборима и постигао бољи резултат СНС-а.

Молимо суграђане на које се врше притисак и мобинг да наставе да нам се јављају порукама у инбокс.

²⁰ Одговор бр. III-11-351-237/2022 од 25.7.2022. године.

²¹ Објава на ФБ страници „Кикинда у срцу“, од дана 02.04.2024. године.

Ваш идентитет биће заштићен, уколико то будете желели, а ваша сведочења пренећемо медијима, уз сваки доказ који будете вољни да пошаљете.

Вратимо срамоту у друштво, вратимо принципе, човечност, вратимо изборе, устав и законе људима“

На овај начин, лице које администрира фејсбук страницу „Киkinда у срцу“ објавило је лажне тврдње које у исто време представљају два кривична дела:

1. „Лажно пријављивање“ члан 334. Кривичног законика,
2. „Изазивање панике и нереди“ члан 343. Кривичног законика,²²

те је због тога покренут кривични поступак против истог, јер су наведене тврдње преозбиљне, и наносе озбиљну штету по углед и част тих људи. Оно што је веома битно и вредно помена јесте чињеница да та Група грађана „Киkinда у срцу“ није у том моменту била основана и регистрована у АПР, тако да није могло да се утврди одговорно лице. Касније су под истим именом покушали да наступе на локалним изборима, али им је због правне неукости и неиспуњавања законских обавеза и формалности листа одбијена, а самим тим и онемогућено учествовање на предметним изборима.

У свим наведеним случајевима се јасно види колико је комплексан терен када су у питању остваривање Уставом и законима загарантованих слобода и права грађана, њихова заштита и злоупотреба у времену у којем живимо.

6. ЗАКЉУЧАК

Фејсбук странице и друге друштвене мреже заузимају централно место у савременом медијском простору, редефинишући начин на који се информације производе, дистрибуирају и конзумирају. Њихов положај у сфери медија може се сагледати кроз следеће аспекте. Они пре свега представљају канале за тренутну дистрибуцију информација широм света, често пре традиционалних медија. Сваки појединац или организација може креирати садржај и допрети до публике, што укида монопол традиционалних медија. На тај начин исте представљају нови облик и вид новинарства. Корисници све чешће објављују вести у реалном времену, чиме постају алтернативни извори информација. За разлику од традиционалних медија, друштвене мреже омогућавају директан дијалог између креатора садржаја и публике.

²² Кривични закон Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16, 35/19 и 94/24, чл. 334. и 343.

С друге стране се потпуно оправдано може поставити питање кредибилитета. Лажне вести и теорије завере лако се шире због недостатка уређивачке контроле. Платформе могу бити злоупотребљене за ширење политичке пропаганде или комерцијалних манипулација.

Како вести на друштвеним мрежама постају „вирусне“, традиционални медији осећају притисак да брже извештавају, често на уштрб дубинске анализе, што се свакако одражава на његов значај или истинитост. Иако доносе бројне предности, попут демократизације информација и већег ангажовања публике, друштвене мреже такође захтевају већи степен медијске писмености и одговорности како би се ублажиле њихове негативне последице.

Одговорност друштвених мрежа за изношење информација је тема која изазива значајну пажњу, јер друштвене мреже имају огроман утицај на јавно мњење, друштвене токове и понашање корисника. Пре свега друштвене мреже имају моралну и делом законску обавезу да предузму мере против ширења лажних вести и дезинформација, које могу нанети штету појединцима, организацијама или друштву у целини.

Из тог разлога поједине Платформе све чешће уводе функције за проверу чињеница и обележавање садржаја који садржи нетачне информације. У многим земљама постоје закони који регулишу одговорност платформи за садржај који њихови корисници објављују. Међутим, у многим случајевима оне су заштићене као „инфраструктуре“, а не као издавачи. Правни оквир варира од земље до земље, што платформама омогућава да избегну одговорност.

Оно што забрињава јесте најава компаније Мета у чијем власништву се налазе друштвене мреже *Facebook* и *Instagram* да ће драстично променити правила прегледа садржаја на тим друштвеним мрежама на територији Сједињених Америчких Држава. Предложеним новим правилима ће се укинути тимови за проверу истинитости садржаја и чињеница, а замениће их такозване белешке заједнице, односно сами корисници ће бити у прилици да процењују истинитост објава на тим друштвеним мрежама. Као разлог за увођење нових правила се износи чињеница да је досадашњим радом долазило до гушења мишљења и искључивања људи са другачијим идејама. Такође, да је добра идеја о провери чињеница и начину провере истих претворена у политичку пристрасност и повећану цензуру.²³

²³ Изјава Марк Цукенберга дата на страници *Smart Life*, дана 08.01.2025. године, а пренета са његове *Instagram* странице.

Због ових најављених промена ће сигурно доћи до повећаног броја информација штетног садржаја, да ће се отворити широк полигон за манипулацију грађана, а самим тим и за наношење штете и каљања угледа јавних личности и грађана уопште. У сваком случају најављене промене ће дати нови тон у борби за одговорно понашање на друштвеним мрежама.

Имајући све то у виду, одговорност медија за изношење информација и поштовање претпоставке невиности представља један од најважнијих етичких и правних изазова у новинарству.

Медији имају кључну улогу у информисању јавности, али су обавезни да делују у складу са професионалним стандардима и законским оквирима како би спречили наношење штете појединцима и самом друштву.

Како друштвене мреже пружају огромне могућности за слободу изражавања и приступ информацијама, та њихова моћ доноси и значајну одговорност. Зато је веома битно да кроз комбинацију етичких принципа, технолошких решења и правних оквира дође до стварања одговорног и одрживог дигиталног простора.

Медији морају деловати као чувари јавног интереса, али са потпуном свешћу о својој моћи и потенцијалним последицама свог извештавања. Зато одговорност медија у погледу одговарања на информацију и исправљања нетачних информација представља кључну компоненту етичког новинарства. Исправке и одговори су свакако начин да медији задрже кредибилитет и ојачају поверење јавности и представљају одраз одговорног новинарства и кључ су за очување поверења јавности. Успешна имплементација ових пракси захтева транспарентност, поштовање професионалних стандарда и одговоран приступ извештавању, те ће медији који уважавају ове принципе остати релевантни и поуздани извори информација.

С друге стране формализација друштвених мрежа кроз законске оквире у сфери медија и информисања представља кључан корак у регулисању њиховог утицаја на јавно мњење, слободу говора и приватност корисника.

Како друштвене мреже све више постају доминантни канали за ширење информација, неопходно је увести законске мере које ће дефинисати њихову улогу и одговорности у јавном информисању. Формализација друштвених мрежа кроз законске оквире је неопходна како би се обезбедило њихово одговорно деловање у сфери медија и информисања. Успешна регулација ове проблематике захтева пажљиво балансирање између слободе говора, заштите приватности и јавног интереса, као и прилагођавање регулатива брзом технолошком развоју.

У сваком случају, поштовање претпоставке невиности је од суштинског значаја за очување правичности правосудног система и заштити људских права. Претпоставка невиности је основно право које гарантује да се свако лице сматра невиним док се његова кривица не докаже правоснажном судском одлуком. Кршење овог принципа може имати озбиљне последице по правичност суђења и углед појединца. Свака повреда овог принципа може довести до правних последица, укључујући новчане казне, накнаду штете или друге санкције, у зависности од конкретних околности и важећих законских прописа, али некада ни то није довољно да се обрише љага која је нанета неком појединцу, а самим тим и његовој породици.

Важно је напоменути да су у Србији вођене расправе о увођењу строжих казни за кршење претпоставке невиности, укључујући и могућност затворских казни. Међутим, такви предлози су изазвали полемике у јавности, посебно у контексту слободе медија и права новинара на извештавање.

Без обзира на то неопходно је законски дефинисати Забрану нарушавања претпоставке невиности која би се односила Државне службенике, Правосудне органе, представнике медија и остале јавне личности. Дефинисати обавезу медија приликом извештавања о кривичним поступцима на начин који не нарушава претпоставку невиности. У случају извештавања о осумњиченим лицима, обавезно је коришћење термина као што су „осумњичени“ или „оптужени“, те забранити објављивање података који могу идентификовати осумњиченог ако такво објављивање није од јавног интереса. Потребно је дефинисати обавезе државних органа, где би исти били дужни да се суздрже од јавног коментарисања истрага и поступака на начин који нарушава претпоставку невиности. Сви службени акти и саопштења морају бити формулисани тако да не подразумевају кривицу осумњиченог.

Такође, дефинисати јасне санкције за кршење претпоставке невиности. Новчану казну, обавезно мора да прати јавно објављивање исправке или извињења. За кршење од стране државних службеника предвидети Дисциплинску одговорност, Новчану казну, а у тежим случајевима, привремену суспензију или смену са положаја. Уколико кршење доведе до значајне штете за осумњиченог, може се покренути грађанска парница за накнаду штете.

Веома је битно и увођења неког вида мониторинга, где би се успоставило независно праћење кршења претпоставке невиности, састављено од представника правосуђа, медија и организација за људска права. Ово тело би имало у надлежност да прима и разматра пријаве грађана и организација, предлаже мере и казне надлежним

органима, те да публикује годишње извештаје о стању претпоставке невиности.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце и правни извори

1. Бугарски, Т., „Претпоставка невиности“, *РКК* 1/17;
2. Европска конвенција о људским правима *European Convention on Human Rights*;
3. Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 88/21;
4. Закон о правима пацијената, *Службени гласник РС*, бр. 45/13 и 25/19 – др. закон;
5. Законик о кривичном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 – одлука УС и 62/21 – одлука УС;
6. Изјава Марк Цукенберга дата на страници Smart Life, дана 08.01.2025. године, а пренета са његове Instagram странице;
7. Кодекс новинара Србије, <https://uns.org.rs/kodeks-novinara-srbije.html>;
8. Кривични закон Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16, 35/19 и 94/24;
9. Међународни пакт о грађанским и политичким правима, *International Covenant on Civil and Political Rights*, ICCPR;
10. Могош-Живковић, Јулијана, „Најчешће грешке у извештавању у кривичним поступцима“ <https://www.otvorenavratapravosudja.rs teme/krivichno-pravo/najcesce-greske-u-izvestavanju-u-krivichnim-postupcima>;
11. Објава на ФБ страници „Киkinда у срцу“, од дана 02.04.2024. године;
12. Одговор на ФБ страници, број: III-11-351-237/2022, од дана 25.7.2022. године;
13. Пословник Скупштине града Киkinда ;
14. Пресуда Европског Суда за људска права: Матијашевић против Србије, број представке: 23037/04, од дана 19.09.2006. године;
15. Пресуда Европског Суда за људска права: Салдуз против Турске, број представке: 36391/02, од дана 27.11.2008. године;
16. „Право на јавно информисање“, <https://www.cins.rs/pravo-na-javno-informisanje>;
17. Универзална декларација о људским правима, усвојена посебном резолуцијом Генералне скупштине УН 10. Децембра 1948 године;
18. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06 и 115/21.

Svetislav B. Vukmirica, LL.M.

Assistant to the Mayor for Urban Development of the City of Kikinda

LAW, MEDIA, AND THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE DIGITAL ERA

Summary

The Presumption of innocence is one of the essential institutions of modern democratic society and is contained in all the most important national and international documents. As such, it represents one of the important constitutional and international legal guarantees of the accused, whether they are ordinary citizens or public figures. It represents a procedural mechanism by which the defendant is freed from the burden of proving his own guilt. The burden of proving the defendant's guilt is transferred to the prosecutor's side, that is, everyone is considered innocent until the contrary is proven before the court. The institution of The Presumption of innocence was first regulated by the Declaration of the Rights of Man and Citizen from 1789, and shortly thereafter it became the legal standard in all subsequent international and national documents. On the other hand, Freedom of the Press and Citizens' Right to be informed are proclaimed both in the Constitution of the Republic of Serbia and in numerous international documents. The need for new information over time has defined The Right to Public Information as a basic human right. The field of public information is gaining more and more importance, and it is also classified as a special right within the rights related to personal freedom. Although proclaimed by the Constitution and international conventions, the institution of the Presumption of Innocence and the Right to be informed are often in conflict. In the age of general globalization, where the flow of information through digital media is happening at an unprecedented speed and where viewership and readership is the overriding and determining factor, and therefore the goal of every media, there are various abuses of rights. Journalists, by publishing sensational news, simply create public opinion, creating pressure on the courts and other state bodies, and inflicting non-property damage on the “media-accused” citizens and their relatives, which are often the subject of court proceedings. Also, state authorities often during the procedure itself, intentionally or with their reckless actions, endanger the presumption of innocence of the defendants themselves. This leads to various abuses and violations of guaranteed human rights, and public figures are only left with judicial protection as a form of assistance, both before domestic courts and before The European Court of Human Rights. In the continuation of this paper, you will see how The Presumption of Innocence and The Right to be informed are applied in practice.

Key words: *Presumption; Innocence; Information.*

**МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО /
PUBLIC INTERNATIONAL LAW**

Проф. др Борис Кривокапић

Пословни и правни факултет, Универзитет „МБ“, Београд
Правни факултет, Самарски национални универзитет,
Самара, Руска Федерација

ЗА ПОВРАТАК УСКОМ СХВАТАЊУ ЗЛОЧИНА ГЕНОЦИДА

Сведоци смо тога да се поред некритичног ванправног коришћења самог термина, јавља и тенденција правног проширења појма геноцида, у смислу излажења изван оквира утврђених Конвенцијом о геноциду (1948). Она се може сагледати из разних углова, али су најинтересантнија три момента. Први је формалноправни, јер се имају у виду настојања проширења дефиниције геноцида која се врше прописима и пресудама судова. То се чини како у унутрашњем праву појединих држава (у смислу начина на који оно дефинише злочин геноцида) тако и у међународном праву (у неким документима, и, посебно, у пракси одређених међународних кривичних судова. С тим у вези, рад подсећа на дефиницију геноцида из Конвенције о геноциду уз истицање три главна ограничења која она предвиђа: 1) да се то кривично дело може извршити само неком од пет таксативно наведених радњи, 2) да то мора бити учињено са посебном геноцидном намером и 3) да се као жртве могу појавити само четири Конвенцијом прецизно наведене групе. Бавећи се тим елементима, аутор указује на проширења која су нашла своје место у делу доктрине и пракси међународних кривичних судова. Он затим издваја још нека ограничења која следе из Конвенције и просте логике, а тичу се 1) времена, 2) суда који суди за геноцид, 3) извршилаца геноцида, 4) обима уништења и 5) карактера жртава. У закључним разматрањима указано је да је тенденција проширења појма геноцида из много разлога неприхватљива, те да она прети да угрози посебност злочина геноцида, бришући разлике између њега и сличних међународних кривичних дела уз отварања могућности злоупотребе института геноцида у политичке сврхе.

Кључне речи: Геноцид; Дефиниција геноцида; Конвенција о геноциду; Међународни кривични судови; Међународно кривично право.

1. УВОД

Геноцид се може схватити на разне начине. И заиста, о њему говоре и као геноцид квалификују разне ситуације многи. Њихови ставови и оцене су често дати под утицајем емоција, пристрасности, недовољне информисаности, недостатка компетентности и слично. На то се не може утицати. Тога ће увек бити, с тим да ће у истом догађају једни видети геноцид, други - неко друго кривично дело, док ће трећи можда негирати да се догодио било какав злочин.

Геноцид је, међутим, пре свега правни институт, и то такав који је настао у међународном праву. То значи да се он, као сваки правни институт, мора разумети и описати што прецизније. Овај моменат је у датом случају још више изражен због тога што се ради о једном од најважнијих института међународног кривичног права, а кривично право захтева посебну прецизност.

Геноцид важи за најмрскији, најодвратнији злочин, такав који изазива посебну осуду и презир.¹ Ово зато што се ту ради о свесном, планском и систематском уништењу читавих друштвених група, само због њиховог етничког порекла или припадности одређеној вери. При томе жртве су како мушкарци, тако и у основи беспомоћни делови друштва – жене, деца и старци.

У новије време сведоци смо тога да се поред недовољно критичног ванправног коришћења тог термина, са разних страна јављају и покушаји правног проширења појма геноцида. Они су могу сагледати из разних углова, али нас овде нарочито занима указивање на три битна момента.

Први бисмо могли назвати формалноправним, јер се имају у виду настојања проширења дефиниције геноцида која се врше прописима и пресудама кривичних судова. То се чини како у унутрашњем праву појединих држава (у смислу начина на који је злочин геноцида регулисан њиховим кривичним законодавством) тако и у међународном праву (у неким документима, и, посебно, у пракси одређених међународних кривичних судова).

Други се тиче облика у којима се јављају настојања проширења злочина геноцида. Они се углавном свode на такво тумачење и примену Конвенцијом о спречавању и кажњавању злочина геноцида (у даљем тексту: *Конвенција о геноциду* или само *Конвенција*) који значе

¹ С правом је примећено да намера да се актом геноцида уништи или трајно осакати људска група, шокира колективну савест светска заједница као ниједан други чин. J. S Morton, V. S Neil, „The international legal regime on genocide“, *Journal of Genocide Research*, 2003, No. 1, 47.

излагање изван Конвенцијом дефинисаних оквира. При томе се геноцидом проглашавају и они догађаји који се не уклапају у дефиницију из Конвенције.

Коначно, трећи су у вези са суштином сваког од главних елемената елемената злочина геноцида. Ако се било који од тих елемената схвата прешироко, у смислу да се мање инсистира на његовој доследној примени, то води проширењу појма злочина геноцида, на начин који није у складу са духом Конвенције.

Појединим од ових проблема бавићемо се у једном другом раду, тако да ћемо се овде задовољити само подсећањем на ограничења која су дефинисана Конвенцијом и инсистирањем на потреби њиховог правилног разумевања. Ближе гледајући у питању су добро познати конститутивни елементи злочина геноцида, које бисмо могли назвати главним ограничењима, и уз њих још нека ограничења, која такође имају велики значај. Наиме, елементи злочина геноцида који су неопходни да би постојало то кривично дело, су истовремено и ограничења, брана томе да се геноцидом називају сличне појаве које се, међутим, по нечему разликују од геноцида.

2. ДЕФИНИЦИЈА ИЗ КОНВЕНЦИЈЕ О ГЕНОЦИДУ

Кривично дело геноцида регулисано је Конвенцијом о геноциду која је потписана 9. 12. 1948. и ступила на снагу 12. 1. 1951. године. Она дефинише злочин геноцида, истиче да без обзира на то да ли је извршен за време мира или рата геноцид представља међународно кривично дело, обавезује државе чланице да спрече геноцид и ефикасно казне лица одговорна за њега, предвиђа да ће лица окривљена за геноцид бити изведена пред надлежне судове оне државе на чијој територији је дело извршено или пред међународни кривични суд који ће бити надлежан за оне уговорне стране које буду признале његову судску надлежност, и др. До 8. 2. 2025. Конвенцију су ратификовале 153 државе.² С тим у вези, премда сама Конвенција као таква (као међународни уговор) не везује државе које је нису ратификова-

² Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Status as at 08-02-2025, United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en, 8. 2. 2025.

ле,³ њена решења одавно су прерасла у универзално (опште) обичајно међународно право, чиме су постала обавезна за све.⁴

Према чл. II Конвенције, геноцид је: „било које од наведених дела, учињених у намери потпуног или делимичног уништења неке националне, етничке, расне или верске групе као такве: а) убиство чланова групе; б) тешка повреда физичког или менталног интегритета чланова групе; в) намерно подвргавање групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног физичког уништења; г) мере уперене на спречавање рађања у оквиру групе; д) принудно премештање деце из једне групе у другу“.

Ова дефиниција представља основу сваке приче о геноциду. Она је потврђена и тиме што је у потпуности преузета и уграђена у статуте међународних *ad hoc* кривичних судова. Њу налазимо у чл. 4. Статута Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, (1993) и чл. 2 Статута Међународног кривичног трибунала за Руанду (1994). Она се јавља и у документима којима су основани тзв. мешовити одн. хибридни кривични судови - у чл. 4. Уредбе бр. 2000/15 Транзиционе администрације УН за Источни Тимор (2000) и чл. 4/1 камбоџанског Закона о оснивању ванредних већа у судовима за гоњење злочина почињених у време Демократске Кампуџије (2001, изм 2004).

Посебан значај има чињеница да је међународна заједница у Римском статуту (1998) којим је основан стални Међународни кривични суд, још једном потврдила да сматра да је геноцид управо оно што је прецизирано Конвенцијом о геноциду. И заиста, премда је потписан пола века после Конвенције, Римски статут у чл. 6 садржи потпуно исту дефиницију злочина геноцида. Ово и поред чињенице да је у међувремену било разних предлога да се дефиниција прошири, тако да обухвати и неке нове радње (етничко чишћење, културни геноцид, масовна силовања и др.) односно тако да се као заштићене наведу и неке нове групе (политичке, социјалне, родне итд.).

За сада, нема међународноправно признате дефиниције геноцида која би се разликовала од оне из Конвенције о геноциду. С тим у вези, морамо се сложити с тим да „дефиниција геноцида није била несрећни компромис у изради нацрта, већ логичан и кохерентан покушај да се реши посебан феномен кршења људских права, претња постојању

³ Опште правно начело *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (лат. уговори трећима нити шкоде, нити користе) које је потврђено у чл. 34 Бечке конвенције о уговорном праву (1969) према којем: „Уговор не ствара ни обавезе, ни права за трећу државу без пристанка те државе“.

⁴ Б. Кривокапић, „Обичајна правна правила у међународном праву“, *Мегатренд ревија*, No. 3, 2012, 35–81.

онога што бисмо сада назвали ’етничким“ групама“ и констатацијом да је она издржала тест времена и да је мало вероватно да ће бити измењена у догледној будућности.⁵

Дефиниција из чл. II Конвенције о геноциду не само што јасно указује о чему се ради, већ и уводи прецизна ограничења, са циљем да се под геноцид не подводе сличне, али ипак другачије појаве и ситуације. Можемо направити разлику између главних (у правној литератури се обично помињу само она) и још неких ограничења (оних која се обично превиђају или различито схватају).

3. ГЛАВНА ОГРАНИЧЕЊА ПРЕДВИЂЕНА МЕЂУНАРОДНО-ПРАВНОМ ДЕФИНИЦИЈОМ ГЕНОЦИДА

Из дефиниције геноцида која је дата у Конвенцији о геноциду и другим релевантним међународноправним докуменатима, за постојање тог кривичног дела потребно је доказати истовремено испуњење три конститутивна елемента. Они су путоказ за оцену о томе да ли се у конкретном случају догодио злочин геноцида или није. Са друге стране, они су истовремено три ограничења која постављају границе за оно што се сматра геноцидом. Ако недостаје макар један од њих, у питању је можда неко друго кривично дело, пре свих неки злочин против човечности или ратни злочин, али нема геноцида.

Ближе гледајући да би постојао злочин геноцида неопходно је доказати: 1) да је реч искључиво о неком од пет таксативно наведених геноцидних аката; 2) да је постојала геноцидна намера и 3) да је жртва нека етничка, национална, расна или верска група.

Пошто су ти услови садржани у Конвенцији, према којој су моделирана решења других међународноправних докумената, то значи да нико други, ниједан субјект, па ни Савет безбедности УН, Међународни суд правде, неки међународни кривични суд итд. не може по својој вољи проширити дефиницију геноцида. Једина могућност проширења долази у обзир у случају ревизије Конвенције⁶ или закључења новог међународног уговора који би имао универзални карактер и

⁵ W. A. Schabas, „Genocide Law in a Time of Transition: Recent Developments in the Law of Genocide“, *Ruthers Law Review* No. 1, 2008, 190.

⁶ На основу чл. XVI Конвенције о геноциду, захтев за ревизију Конвенције може поднети било која уговорна страна у свако доба путем писменог обавештења упућеног генералном секретару. Одлуку о мерама које треба предузети у вези са тим захтевом доноси Генерална скупштина УН.

сакупио довољно велики број чланица, што је у овом тренутку мало вероватно.⁷

3.1. Геноцидне радње

Геноцидне радње (*actus reus*) су поступци којима се извршава кривично дело геноцида. То су његови материјални, објективни елементи. О геноциду се може говорити само ако се докаже да је реч искључиво о неком од дела таксативно наведених у тачкама „а-е“ члана II Конвенције о геноциду: а) убиство чланова групе; б) тешка повреда физичког или менталног интегритета чланова групе; с) намерно подвргавање групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног физичког уништења; д) мере уперене на спречавање рађања у оквиру групе; е) принудно премештање деце из једне групе у другу).⁸

Ови акти су дефинисани као *numerus clausus* (лат. затворени, ограничени број) тј. као круг који није подложен проширењу.⁹ То значи да се злочин геноцида не може извршити неком другом, непоменутом радњом.¹⁰

Поред тога, у духу кривичног права које не допушта аналогiju нити широко тумачење норми, одредбе које се тичу геноцидних аката морају се схватати у свом уском, природном значењу. Док је код убиства као геноцидног акта све у принципу релативно јасно,¹¹ за остале акте је, ради бољег разумевања, корисно дати примере.

⁷ Теоријски, Савет безбедности би, као што је то урадио у случају трибунала за бившу Југославију и Руанду, могао основати нови међународни *ad hoc* кривични суд и усвојити његов статут којим би злочин геноцида дефинисао на нешто другачије. Међутим, не само да је оснивајући поменуте трибунале Савет драматично прекорачио своја овлашћења и тешко прекршио међународно право, већ данашњица не личи на свет из 90-их година прошлог века, тако да таква могућност није реална и због политичких разлога.

⁸ Више: С. Креџ, „The Crime of Genocide under International Law“, *International Criminal Law Review*, No. 6, 2006, 480–484; М. Palević, В. Milisavljević, Ж. Spalević, „Actus Reus of Genocide and Types of Genocidal Destruction“, *Економика*, No. 4, 2019, 63–73.

⁹ Као и свако друго уговорно решење, и ово би могло бити измењено, али само путем формалне измене и допуне Конвенције о геноциду.

¹⁰ Пошто се одлучује о изузетно важним и осетљивим питањима, која се у крајњој линији тичу и изрицања кривичне санкције (да ли ће бити изречена, а ако буде која ће бити њена врста и тежина) у кривичном праву се све мора кретати у строго прецизним унапред прописаним правним оквирима. Између осталог, изузеци се тумаче крајње уско, није (као у другим областима права) дозвољена примена аналогije и др.

¹¹ Заправо и ту има спорова, посебно у погледу броја или удела жртава. О томе ће касније бити више речи.

Постоји мишљење, које је формулисао Међународни трибунал за Руанду у предмету *Akayesu*, а затим га прихватио део доктрине, да је за постојање геноцида довољно проузроковање тешких физичких или менталних патњи чланова групе, чак и без смрти, па и без стварних повреда (у смислу оштећења или уништења телесног, физичког или душевног интегритета или здравља чланова групе).¹²

Не можемо се сложити са таквим ставом, јер он није у складу са суштином геноцида који се своди на истребљење, физичко (биолошко) уништење групе, а не на неки облик мучења или нехуманог или понижавајућег поступања.¹³ Сматрамо да се о геноциду због тешких повреда физичког или менталног интегритета чланова групе може говорити само онда када су чланови групе тако тешко физички повређени да то води њиховој тренутној, брзој или макар неизбежној смрти. То ће бити случај ако су они толико тешко повређени да не могу да се старају о себи у тој мери да је њихов тренутна или скоро смрт неизбежна или су тешко ментално повређени (нпр. емитовањем посебних таласа или применом дрога или хемијских препарата трајно им је избрисана свест, воља и слично). И заиста, објективно посматрајући, без коначне последице у виду смртног исхода односно ако последице нису тако озбиљне да прете уништењем групе, тешке физичке и психичке повреде остају на нивоу злочина против човечности, ратног злочина или злочина мучења.

Намерно подвргавање групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног физичког уништења је случај индиректног геноцида. Своди се на циљано ускраћивање неопходне количине и квалитета воде, хране, лекова итд. или на намерну промену климатских и других природних услова; измену биолошких, економских и других фактора и слично, са циљем да се створе прилике које ће довести до потпуног или делимичног физичког уништења

¹² *The Prosecutor versus Yean-Paul Akayesu*, ICTR, Case No: ICTR-96-4-T- 2 September 1998, para. 701, www.refworld.org/cases/ICTR,40278fbb4.html; Residual Mechanism for Criminal Tribunals, *Historic judgement finds Akayesu guilty of Genocide* (1998), International Criminal Tribunal for Rwanda, Press Release, 9. 2. 1998, UN International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, <https://unictr.irmct.org/en/news/historic-judgement-finds-akayesu-guilty-genocide>; Д. Јовашевић, „Појам и карактеристике кривичног дела геноцида“, *Војно дело*, No. 2–3, 2002, 84; N. Milaninia, „Understanding Serious Body or Mental Harm as an Act of Genocide“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 51, 2018, 1381–1421.

¹³ Мучење се може јавити као део неког другог кривичног дела (нпр. злочина против човечности) или као самостално дело (на основу Конвенције против мучења и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака, из 1984. г., регионалних међународних уговора или националних прописа држава) али се оно не може изједначити са злочином геноцида.

групе.¹⁴ Примере представљају насилно премештање групе у пустињу, без воде и хране; депортовање групе на локацију са екстремно ниским температурама ваздуха и њено смештање зими у шаторе; држање групе стално на отвореном,¹⁵ насилно премештање групе у подручје у коме влада маларија или нека друга смртоносна болест итд. Природно је да ће се чланови групе брзо физички и психички пропасти, поразбољевати се и умрети, без да је онај ко је све то смислио, наредио, организовао и остварио, сам убио макар једно лице.

Мере уперене на спречавање рађања у оквиру групе подразумевају пре свега неки вид присилне стерилизације жена и/или кастрације мушкараца. Међутим оне у начелу могу бити и другачије – могу се нпр. одвојити (држати на разним местима) мушкарци и жене који припадају истој групи с тим да се спречи сваки контакт између њих.¹⁶ Ако би трајало довољно дуго такво стање би довело до престанка биолошког обнављања групе.

Принудно премештање деце из једне групе у другу има за циљ да се младе особе ставе у услове који ће, с једне стране, довести до физичке смрти тих лица или њиховог губитка осећаја припадности групи, а са друге, до престанка биолошког обнављања групе, што значи и њеног постепеног изумирања. Када су Немци током Другог светског рата плавокошу и плавооку словенску децу из окупарних делова Источне Европе насилно пребацивали у Немачку, то су чинили са циљем да од њих створе нацистички подмладак, генерације које ће убедити да су потомци Аријеваца односно некакви супер-Немци. Уз брисање код отете деце свести о њиховом правом пореклу, постојала је и намера да се словенске породице лише деце и тиме смањи обнављање словенског живља. Срећом, ток Другог светског рата спречио је да та операција буде доведена до краја. Ипак, начелно посматрано, ако би се у дугом периоду некој групи одузимала сва деца, након одређеног времена (када због старости и болести чланови групе престану да буду способни да производе потомке) та група би се тихо угасила, престала да постоји.

¹⁴ Н. Fein, „Genocide by Attrition 1939-1993 the Warsaw Ghetto, Cambodia, and Sudan: Links between Human Rights, Health, and Mass Death“, *Health and Human Rights*, 1997, 10–45; Ю. В. Черновицкая, «Косвенный» геноцид в современном обществе (социально-философские аспекты)», *Вопросы философии*, No. 10, 2008, 165–171.

¹⁵ Као што су то Немци радили са заробљеним Црвеноармејцима.

¹⁶ Нпр. ако се мушкарци и жене који припадају односној групи насилно одвоје и држе на различитим острвима без могућност било каквих физичких контаката.

3.2. Геноцидна намера

Једна од кључних специфичности геноцида је то да је у питању кривично дело са двоструким менталним елементом, тј. општом намером у погледу основних радњи (нпр. убиство) и прикривеном намером у погледу крајњег циља који се састоји у намери уништења односне заштићене групе као такве.¹⁷

Геноцидна намера је психички, субјективни елемент геноцида који тај злочин чини посебно одвратним. Своди се на захтев да су дела о којима је реч учињена са циљем потпуног или делимичног уништења односне заштићене групе. То значи да мора бити доказано постојање посебног умишљаја (*dolus specialis*) који се састоји у намери биолошког уништења групе или њеног значајног дела.

По томе се геноцид разликује од масакра и других масовних злочина који спадају у ред ратних злочина или злочина против човечности. Стога, ако ова посебна намера (намера истребљења) није поуздано доказана, може постојати неко друго кривично дело и кривци би морали бити кажњени за њега, али нема злочина геноцида.

Понекад се говори о четири елемента геноцидне намере: 1) степен намере; 2) уништење; 3) национална, етничка, расна или верска група и 4) у целини или делимично.¹⁸ Ту се, дакле врши повезивање субјективног елемента (намера уништења) са објективним (остали елементи) односно геноцид се посматра из угла намере учиниоца. Ми ћемо те проблеме обрадити на нешто другачији начин.

3.3. Објект уништења

Геноцид постоји само онда када су геноцидне радње извршене са намером уништења одређене национане, етничке, расне или верске групе.¹⁹ То проистиче из текста Конвенције о геноциду, а постаје још јасније када се узму у обзир припремни радови (*travaux préparatoires*)

¹⁷ С. Креџ, 484–499.

¹⁸ М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд 2016, 679.

¹⁹ Помињање расних група у Конвенцији о геноциду је последица у то време владајућег уверења да постоје разне људске расе, са заједничким морфолошким (телесним) особинама, с тим да су углавном издвајане три велике групе: европеоиди, негроиди и монголоиди, односно „бела“, „црна“ и „жута“ раса. Премда је УНЕСКО, на основу налаза међународног панела антрополога, генетичара, социолога и психолога, већ 1950. г., издао саопштење да сви људи припадају истој врсти и да људска "раса" није биолошка стварност већ друштвена конструкција, требало је да прође још неке време пре него што је тај став на разне начине доказан и затим прихваћен. Група која је раније у смислу Конвенције о геноциду сматрана расном, може се подвести под етничку, тако да се, када је реч о њеној заштити, суштински ништа не мења.

који су претходили закључењу Конвенције и каснија међународна пракса. Другим речима, нема злочина геноцида ако су у питању слични злочини који су извршени против неких других, у Конвенцији о геноциду непоменутих група (нпр. масовно уништење политичке опозиције, ратних заробљеника, стараца и слично).

3.4. Карактеристични проблеми

Премда на први поглед све изгледа јасно, јављају се питања када се може сматрати да је геноцидна намера поуздано утврђено, шта се тачно подразумева под заштићеним групама и др. На њих је тешко одговорити на општи начин, тако да се у обзир морају узети специфичности сваке конкретне ситуације.

4. ОСТАЛА ОГРАНИЧЕЊА

Често се превиђа, али из Конвенције о геноциду следе још нека ограничења, од којих су поједина изричито поменута (али не у члану II, у коме је дата дефиниција геноцида, већ у осталим члановима) док се друга на извешан начин подразумевају. Ту се не ради о некаквим новим елементима злочина геноцида, нити о покушају давања нове дефиниције. Ипак, ова ограничења су битни део института злочина геноцида. То значи да и ти додатни захтеви морају бити испуњени да би се могло говорити о геноциду.

Ова додатна ограничења могу се схватити на разне начине. Задржаћемо се на само неколицини посебно битних услова односно ограничења.

4.1. Временско ограничење

Као сви међународни уговори, Конвенција о геноциду, у којој је дата међународноправна дефиниција геноцида, дејствује од момента ступања на снагу, *ex nunc, pro futuro*. Штавише, пошто представља једну врсту кривичног прописа, она и због тога не може имати повратну снагу. У супротном било би нарушено једно од основних правних начела, оно о забрани реторактивностиног дејства кривичног закона. Другим речима, било би повређено начело према којем нема злочина ни казне ако нису претходно предвиђени законом (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Укратко, нико не може бити суђен за злочин геноцида који је извршен пре ступања на снагу Конвенције о геноциду.

То нас води још једном закључку, а то је да се, строго узев, исто тако не може говорити о злочину геноцида под тим именом пре сту-

пања на снагу Конвенције о геноциду, што се догодило 12. 1. 1951. године. Институт геноцида постао је део међународног права тек од тог момента.²⁰

Из тога следи да се у принципу као злочин геноцида не могу квалификовати ни они историји познати случајеви за које много тога сугерише да су испуњавали три главна елемента злочина геноцида утврђена Конвенцијом. Једноставно, пре 1951. злочин геноцида као такав није постојао. Људи су одувек сматрали да су велики покољи посебно тешка злодела и смишљали су за то своје називе,²¹ као што су, истина не увек доследно, најтежим казнама кажњавали кривце. Међутим, не може се говорити о авиону пре 1903. када су браћа Рајт извела свој први лет, премда су и пре тога људи успевали да се вину у ваздух на разне начине (балонима, једрилицама). Исто је и са геноцидом.

Тачно је да Резолуција Генералне скупштине 96(I) из 1946, чији је назив „Злочин геноцида“,²² уводи појам геноцида и сугерише да геноцид није нова појава; да су се у припреми рада на тексту Конвенције о геноциду могли чути позивања на историјске примере; као и то да би се разни историјски догађаји могли уклопити у дефиницију геноцида утврђену Конвенцијом. Па ипак, многи од тих случајева су из неког разлога више или мање спорни. Још важније је то што у време извршења односних дела, категорија злочина геноцида није била позната. Из тих разлога ни Међународни војни трибунал који је после Другог светског рата судио у Нирнбергу главним окривљенима нацистичке Немачке, није био надлежан за геноцид, премда је био надлежан за злочине против човечности, с тим да су најтежи међу њима регулисани на начин који је врло близак томе како геноцидне радње дефинисанеу Конвенцији о геноциду.

Дакле, строго узев, све што се тиче Конвенције о геноциду и њом дефинисаног злочина геноцида може се применити само на догађаје после ступања Конвенције на снагу. Да би се то превазишло, за догађаје из прошлости би се, када томе има места, могао користити израз

²⁰ Овде, разуме се, мислимо на стварно тзв. „чврсто“ међународно право, остављајући свесно по страни тзв. „меко“ међународно право одн. конкретно Резолуцију Генералне скупштине УН 96(I)1946, која је била први међународни документ који се тицао злочина геноцида.

²¹ Тако су нпр. лидери највећих савезничких сила на конференцију у Москви одржаној од 19. до 30. октобра 1943, усвојили Декларација о зверствима, немајући још увек прави назив за оно што ће касније назвати злочинима против човечности. Британски премијер Винстон Черчил је оно, што је касније постало познато као геницид, називао „злочин без имена“.

²² GA Resolution 96(I) 1946 „The Crime of Genocide“, UN, A/RES//96(I), 188–189, [https://docs.un.org/en/A/RES/96\(I\)](https://docs.un.org/en/A/RES/96(I)), 8. 2. 2025.

„историјски случајеви геноцида“. Ипак, иако на први поглед може то изгледати као спасоносно решење, тиме се суштински не постиже пуно. Пре свега, у многим случајевима остаће спорно да ли је одређени историјски догађај суштински био геноцид или не. Поред тога, чак и ако имамо посла са класичним случајем геноцида извршеним после 1951. године, он сразмерно брзо добија епитет „историјски“, у смислу да је потиснут новим догађајима. Другим речима, када се у свакодневном говору, медијима, политичким текстовим, филозофским радовима итд. геноцидом називају разни догађаји који су се одиграли пре ступања на снагу Конвенције о геноциду, то је разумљиво, али, строго узев, није прихватљиво из угла права. Стога би за историјске примере било боље одабрати друге термине (масакр, покољ, истребљење итд.) или чак смислити посебан назив.²³

4.2. Суд који суди за геноцид

Постоји још једно ограничење које понекад остаје изван фокуса аналитичара. Оно у извесном смислу проистиче из општег међународног права, па и општих правних начела, а предвиђено је у чл. VI Конвенције о геноциду.

Наиме, опште је правило да кривична одговорност за било које кривично дело може постојати само када се, између осталог, докаже постојање одређеног психичног односа учиниоца према делу. Тај психички однос се у праву зове виност. Она се може огледати у умишљају, који постоји када је учинилац желео своје дело и његове последице (нпр. намерно је убио комшију) или нехату, када учинилац који је произвео незакониту последицу није желео ту последицу, али се сматра да је на њу пристао (нпр. пуцао је из пиштоља на птице на тргу и случајно убио пролазника). Када је реч о геноциду овај проблем је постављен посебно строго, јер за постојање тог дела није довољна небрига одн. нехат (*culpa*), већ се захтева умишљај и то посебан умишљај (*dolus specialis*) који се огледа у постојању геноцидне намере. Дакле, поред осталих битних околности треба утврдити да учинилац не само да је хтео да побије припаднике одређене групе, већ је имао намеру да на тај начин уништи групу као такву, да је искорени. О томе је већ било речи.

Нас овде посебно занима чињеница да не само што без виности нема кривичне одговорности, већ заправо нема ни самог кривичног дела. Примера ради, онај ко лиши живота другог, па и групу људи

²³ Занимљив осврт са другачијим ставом, вид. W. Schabar, „Retroactive Application of the Genocide Convention“, *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy*, No. 2, 2010, 36–59.

(нпр. бацивши на њих ручну бомбу) али за кога се у судском поступку утврди да је у моменту извршења дела био неурачунљив, неће кривично одговарати (јер нема виности). То је јасно. Међутим, постоји и друга страна медаље. У наведеном случају једна од последица непостојања виности огледаће се у томе да не само што неће бити кривичне одговорности, већ неће бити ни кривичног дела као таквог. Постојаће већа или мања трагедија, али се она неће сматрати злочином, него случајем (*casus*) на исти начин као када људи нпр. погину услед отказивања кочница аутобуса.

Оно што је овде најважније је чињеница да о постојању виности, што значи и кривичне одговорности, а тиме у крајњој линији и самог злочина, може да одлучује само надлежни национални (државни) или међународни кривични суд и то након спроведеног кривичног поступка.²⁴ Такву одлуку која би имала правни значај не може донети нико други, па ни влада, парламент, управни орган, орган самоуправе, политички орган међународне организације итд. Између осталог, ни Савет безбедности, ни Генерална скупштина УН нису овлашћени да доносе правно обавезујуће акте којима би неку ситуацију означили као злочин геноцида. Чак и ако донесу неку резолуцију којој ће дати такву оцену, традиће се о политичком, а не правном акту, па ће стога ће и та оцена бити политичка, а не правно обавезујућа.

Пре него што одлучи о индивидуалној кривичној одговорности и казни, суд мора на основу изведених доказа закључити да у датом случају постоје сви елементи злочина геноцида, што, између осталог, подразумева и закључак да је постојала посебна геноцидна намера (намера истребљења). Све то суд утврђује и одлучује у строго формалном кривичном поступку, на основу изведених доказа и уз поштовање свих права одбране. Само под тим условима он може дати квалификацију дела (да ли је извршен геноцид или неко друго кривично дело или, евентуално, уопште није било кривичног дела) и одлучити о индивидуалној кривичној одговорности.

Ово ограничење се подразумева само по себи, по природи ствари, а уз то проистиче из већ поменуте одредбе из чл. VI Конвенције о геноциду према којој се лица окривљена за геноцид изводе пред надлежне судове оне државе на чијој територији је дело извршено или пред међународни кривични суд који је надлежан за оне уговорне стране које признају његову судску надлежност.

²⁴ То је, уосталом, предвиђено општим правним начелом, према којем нема казне без претходно спроведеног судског поступка (*nulla poena sine processu*).

4.3. Извршиоци уништења

У принципу, извршилац геноцида може бити само људско биће, с тим да то може бити било које лице. Нити се злочин геноцида може приписати држави као таквој, нити је неопходно да се, као у случају агресије, мора доказати да се ради о нечему иза чега стоји државно руководство. Државе већ из низа начелних разлога не могу бити кривично одговорне.²⁵ Уосталом, став да правна лица не могу одговарати за геноцид потврђен је још у припремним радовима на изradi Конвенције о геноциду.

Са друге стране, премда је геноцид обично део геноцидне политике односне владе, то не мора увек бити тако. Уосталом, геноцид у принципу може планирати и извршити и нека довољно велика и добро организована група, као што су нпр. устаници, велика терористичка организација итд. Штавише, из разних разлога (због болесне мржење према сународницима, због страха и жеље да продуже свој живот итд.) злочин геноцида могу извршити или у њему учествовати као саучесници чак и припадници заштићене групе против осталих чланова те исте групе. У пракси су познати примери те врсте, што су показала суђења сарадницима нациста која су 1951–1964. г. одржана у Израелу²⁶ и слична суђења која су одржана у Немачкој.²⁷

Премда логика казује да је за извршење злочина геноцида потребно да постоји релативно велика група извршилаца, то у времену у коме живимо постаје све мање тачно. Изгледа да би већ сада, а ако не данас, онда у блиској будућности, акте који би довели до потпуног или делимичног нестанка читавог народа у принципу могли да изврше и само група људи, па чак, у екстремном случају, и само један појединац. Може се замислити ситуација у којој два у датом тренутку неурачинљива лица²⁸ која рукују оружјем за масовно уништење, тим оружјем нападају страну државу. Ако би тако (нпр. масовним лансирањем стратешких нуклеарних пројектила) уништили велики део или

²⁵ Између осталог, државе су апстрактни субјекти код којих се не може утврдити виност (нехат или умишљај) као што се кривица не може приписати читавом народу.

²⁶ O. Ben-Naftali, T. Yagev, „Punishing International Crimes Committed by the Persecuted: The Kapo Trials in Israel (1950s–1960s)“, *Journal of International Criminal Justice*, No. 1, 2006, 128–178.

²⁷ R. Wolf, „Judgement in the Grey Zone: the Third Auschwitz (Kapo) Trial in Frankfurt 1968“, *Journal of Genocide Research*, No. 4, 2007, 617–635.

²⁸ То могу бити и професионални официри код којих је услед паничног страха, доживљених ужаса, дејства хемијских средстава или штетног зрачења итд. изненада дошло до тешког психичког поремећаја.

чак читаво становништво нападнута земље,²⁹ ту би постојали скоро сви елементи злочина геноцида, осим геноцидне намере. Јер у датом примеру поменута лица³⁰ не би имала виност - напад би извршила у суманутом уверењу да се бране од ванземаљаца, верујући да играју видео игрицу и слично. Премда би на делу била ужасна трагедија, можда чак и права катастрофа, ту онда са становишта права не би постојао злочин, па стога ни злочин геноцида. Али одлуку о свему томе може донети само надлежни суд, у кривичном поступку.

4.4. Обим уништења

Постоји још једно ограничење, које није као такво поменуто у Конвенцији о геноциду. Тачније оно постоји утолико што Конвенција говори о потпуном или делимичном уништењу заштићене групе. Међутим, ако је са потпуним уништењем све јасно, нису дати опипљиви механизми за разумевање коликог би обима требало да је делимично уништење, да би се у конкретном случају сматрало да је извршен злочин геноцида. С тим у вези, није спорно да делимично уништење мора бити значајно, такво да оставља траг на читаву заштићену групу. Другим речима, група мора бити истребљена у великој мери.

У питању правни стандард чија права садржина може да се открије тек уз узимање у обзир свих особености конкретног случаја. Јер, шта значи „делимично уништење групе“ или „значајно уништење групе“ ствар је оцене која се мора донети уз сагледавање свих битних услова и чинилаца.

Потребно је водити рачуна о разлици између уништења једног броја чланова групе и делимичног уништења групе. Премда звуче слично, то нису исте ствари. Ако се нпр. ради о националној или етничкој групи која има више од милион припадника, па буду убијени неколико стотина или неколико хиљада припадника те групе, ради се

²⁹ То је посебно могуће онда када су територија и број становника нападнута државе мали, као нпр. у случају неке острвске земље са десетак или неколико десетина хиљада становника. Међутим, страховити развој оружја већ данас омогућава да се потпуно униште и неке од најважнијих држава света. Тако нпр. руска интерконтинентална нуклеарна ракета „Сармат“ има 10 већих или 15 мањих нуклеарних бојевих глава, с тим да је експлозивно пуњење сваке од оних првих чак 750 килотона (50 пута више од бомбе бачене на Хироиму) а немогуће је одбранити се од ње јер лети брзином од 5-15 махова мељајући путању и избегавајући противракетну одбрану. Тврди се да само једна таква ракета може уништити државу средње величине или половину крупног континента.

³⁰ Да би се избегло да појединац испали стратешку нуклеарну ракету, једна од мера безбедности је то да кључеви за лансирање тих пројектила морају бити истовремено активирани у уређајима који су удаљени један од другог, тако да су за ту операцију неопходне најмање две особе.

о тешком злочину, али таквом који се своди на уништење једног броја чланова групе. Оно се, посебно када је извршено у склопу једне акције, обично назива масакром и представља ратни злочин или злочин против човечности. Ту нема геноцида, јер није угрожен опстанак групе као такве.

Напротив, ако је код поменуте групе уништено неколико стотина хиљада припадника групе и то са доказаном намером да се уништи читава група као таква или макар њен већи део, ради се делимичном уништењу групе. Ту објекат напада нису појединци који припадају групи, већ је (посредством напада на појединце) објект напада читава група.

По логици ствари, пошто је његова суштина потпуно или делимично истребљење одређене групе, не ради се о злочину геноцида ако није страдао довољно велики апсолутни број или довољно велики удео чланова заштићене групе.³¹ Тако нпр. ако је реч о заштићеној групи која има милион припадника, називати геноцидом уништење неколико хиљада чланова те групе, значи демонстрацију неразумевња суштине геноцида.

Када се може сматрати да је извршен геноцид у смислу да је убијен довољно велики апсолутни или довољно велики релативни број припадника односне групе, ствар је сваког конкретног случаја. То се мора решавати уз узимање у обзир бројности односне групе, њене територијалне распоређености у датој држави и другим државама и др. Тим проблемима мора се приступати објективно и рационално да би се избегло да се сва масовна убиства прогласе геноцидом. Ово питање је у последњих неколико година предмет оштрих спорова, зато што једни Конвенцију о геноциду разумеју у духу у коме је написана, док други покушавају да је читају на начин који је много мање строг.

Најбољи тест за утврђивање да ли је у питању геноцид или нешто друго је поређење са холокаустом Немаца над Јеврејима. Немци нису покушали да побију све Јевреје у свету, јер је то, између осталог, било немогуће. Они нису успели да побију чак ни све Јевреје под својом влашћу, премда су званично као један од циљева своје политике прогласили уништење Јевреја у Европи. Због Хитлерове сумануте мржње према Јеврејима, нацисти су их годинама убијали, уништивши до 1942. г. неколико стотина хиљада припадника тог народа. Након

³¹ Свесни смо да формулације као што је „довољно велики број“ убијених и сличне звуче немилосрдно, па и нечовечно, јер и само једна жртва је превише, а тим пре када је реч о хиљадама или стотинама хиљада побијених. Међутим, морамо се ослонити на њих да бисмо објаснили суштину проблема.

што је 20. 1. 1942. у Берлину донета одлука о систематском истребљењу свих Јевреја у Европи,³² почело је њихово индустријско уништење у Аушвицу и другим логорима смрти, што је познато као холокауст у коме је побијено је 5 до 6 милиона људи. Од 600.000 Јевреја који су пре Другог светског рата живели у Немачкој, крај рата доживело је једва 12.000.

У датом случају нема сумње да се догодио један од најужаснијих геноцида и поред тога што нису уништени сви Јевреји, па ни сви Јевреји у Европи, па чак ни сви Јевреји на простору предратне Немачке. То је, дакле, типичан пример геноцида путем делимичног уништења заштићене групе.³³

4.5. Карактер жртава

Једна од ствари које се подразумевају код злочина геноцида и у извесном смислу проистиче из начина на који су дефинисане заштићене групе је да се ту првенствено или искључиво ради о цивилима, а не о борцима или ратним заробљеницима.

Противнички борци су законити војни циљ, тако да њихово уништење у оружаном сукобу, ако је извршено дозвољеним средствима ии методима ратовања, није забрањено и не представља кривично дело.

Када је реч о ратним заробљеницима (имамо у виду заробљене противничке борце у смислу правила међународног права оружаних сукоба)³⁴ њихова масовна егзекуција у принципу може бити део геноцида, али се, што је овде битно, геноцид се не може извршити само погубљењем ратних заробљеника.

У историји је забележено мноштво ужасних злочина у којима су побијени заробљени противнички борци, па то нико никада није назвао геноцидом. Задовољићемо се само једним примером који је посебно ужасан и зато илустративан. Премда је дао реч да ће им поштедети животе ако се предају, после битке код Чанпинга (260. пре н.е.) у којој је победио државу Жао, краљ кинеске државе Кин наредио је да

³² План под називом Коначно решење јеврејског питања (нем. *Endlösung der Judenfrage*).

³³ Може изгледати да падамо у контрадикцију, јер смо на претходним странама објаснили да се о злочину геноцида може говорити само од момента ступања на снагу Конвенције о геноциду, дакле од 1951. г. Међутим, ми овде говоримо о геноциду као појави, а не правном институту и наводимо поменути пример само ради лакшег разумевања проблема.

³⁴ Б. Кривокапић, *Рат и право: Теорија и пракса оружаних сукоба и међународно право*, Бања Лука 2023, 986–1004.

се живи сахране свих 400.000 ратних заробљеника.³⁵ Остављајући по страни претпоставку да је њихов број вероватно био много мањи од забележеног, све указује да је на ужасан начин побијено мноштво заробљеника. Па ипак, нико то не назива геноцидом.

Укратко, услов за постојање злочина геноцида који се тиче карактера жртава своди се на захтев да се ради о уништењу групе као такве, што значи свих категорија људи које је чине – и мушкараца, и жена, и деце, и старца.

Тиме долазимо до једног спорног момента. Међународни *ad hoc* трибунали за бившу Југославију и Руанду су стали на становиште да се геноцид може извршити и убиством само једног члана групе. Штавише, погрешно изједначивши етничко чишћење са геноцидом, Хашки трибунал је закључио да се геноцид може извршити и самим протеривањем групе, без убиства било ког њеног члана. Наше дубоко уверење је, међутим, да се у тим и сличним случајевима можда може говорити о неким другим злочинима, али не и о геноциду.

5. ЗАКЉУЧАК

На претходним странама критички смо се осврнули на неке од начина проширења злочина геноцида. У потврду томе да се такве тенденције не смеју прихватити, овде ћемо навести још неке аргументе.

Једна од карактеристика злочина геноцида је чињеница да је у питању изразито политичко кривично дело. И заиста, тог злочина нема без посебне геноцидне намере, а она је у принципу увек мотивисана одређеним политичким разлозима. Са друге стране, пракса показује да се оптужбе за геноцид користе као политичко оружје у односима између држава, посебно између оних које су у прикривеном или отвореном сукобу. Гледано из другог угла, о принципијелној политизацији злочина геноцида сведочи читав низ чињеница од којих ћемо овде поменути само неке.

Пре свега, злочин геноцида по природи ствари подразумева постојање одређене идеологије, некаквог политичког програма или у најмању руку мржње на широј основи - не према појединцима већ према читавим групама, са идејом да се оне истребе.

Поред тога, док се други злочини везују за одговорне појединце или евентуално групе (владу, војну команду) постоји тенденција да се геноцид припише читавом народу односно држави. Тај приступ, разуме се, није прихватљив (сваки злочин има свог учиниоца, не може

³⁵ H. Sheng, „The Evolution of Law of War”, *Chinese Journal of International Politics*, Vol. 1, 2006, 271–272.

се за злочин оптужити читав народ, забрањено је колективно кажњавање) али је присутан. Потиче отуда што геноцид захтева велики број непосредних извршилаца, који при томе непосредно или посредно суделују у пројекту истребљења другог народа одн. заштићене групе. Уосталом то је признао и сам Хашки трибунал.³⁶

Томе ваља додати да проглашавање да је у неким ситуацијама извршен геноцид, а да га у другим које су врло сличне, ако не и идентичне није било, што се повремено догађа у пракси, претвара ово кривично дело у политичко средство, једну врсту оружја за остваривање политичких циљева, а не правде.³⁷

Доказ политизације геноцида и његовог коришћења у политичке сврхе је и то што је у неким државама оспоравање геноцида кривично дело. С тим у вези, ако је донекле разумљиво што је Немачка предвидела забрану оспоравања холокауста, па и кривичну одговорност за то, морамо приметити да изван тих оквира такав приступ води у једнумље, јер онемогућава научницима (правницима, историчарима, социолозима итд.) да трагају за истином. Код таквог решења довољно је да неки суд прогласи у неком предмету да је извршен геноцид и да више нико, под претњом кривичног гоњења, не сме да доказује супротно. Чак и када има непобитне аргументе или нове доказе. А при томе, суд који је донео пресуду може и погрешити, може бити инструментализова (историја је видела мноштво тзв. монтираних процеса, који су касније поништени) итд. Када је реч о пресудама међународних кривичних судова опасност грешака је посебно изражена зато што ту нема праве двостепености, пошто о жалби одлучују судије истог суда, а нема ни других правних механизма за оспоравање судске пресуде, какви постоје у државама. Укратко, ова решења лако могу прерасти у инструмент за наметање одређених „истина“ или, отворено речено, у злоупотребу института злочина геноцида у политичке сврхе. Не заборавимо, све се може злоупотреби, па и међународно право и његови институти. Посебна опасност је у томе што, како нас пракса и здрав разум уче, у свету у коме живимо, за геноцид могу бити осуђени само лидери, војни команданти и други појединци из редова малих и средњих држава.³⁸ То додатно показује да се ствар-

³⁶ И. Крстић, *Универзална надлежност у међународном праву за тешке повреде људских права*, Београд 2013, 2001, пар. 549.

³⁷ Kelly, 2007, 147–162.

³⁸ У потврду томе довољно је подсетити да су се САД од ватреног борца за међународне *ad hoc* кривичне судове (такве судове за друге) претвориле у великог противника сталног Међународног кривичног суда, чинећи све да спрече да се неки њихов држављанин појави пред њим. У ту сврху оне су 2002. г. повукле свој потпис Римског статута Суда, запретила да ће блокирати рад Савета безбедности, приволеле низ

на или могућа осуда за геноцид претвара у оружје за кажњавање непослушних и уцену колебљиваца.

Још један доказ тога да је геноцид политички обојен је чињеница да је су неке државе донеле прописе којима се као кривично дело кажњава тврдња да су односна земља или њени држављани извршили геноцид. Тако је Турска 2005. г. чланом 301 свог Кривичног законика предвидела казну затвора до 3 године за увреду Турске, турске нације или турских државних установа. На основу тог прописа познати турски писац Орхан Памук је изведен пред суд због тога што је у интервјуу за швајцарске новине изјавио да су Турци убили милион Јермена. Касније су оптужбе против Памука повучене, а и сам спорни члан је, након оштрих критика у Турској и иностранству, ублажен. Па ипак, пример је упечатљив.

У поменутих и сличних случајевима, ради се о неприхватљивим решењима која нарушавају читав низ принципа и људских права, као што су слобода мисли и савести, слобода говора, слобода научног истраживања и др. Законска забрана проучавања историјских догађаја и публиковања сазнања о томе је једна врста наметнутог једноумља, што није прихватљиво у демократском друштву. Па ипак, такви прописи се повремено доносе, што нам још једном сведочи колико је чврста веза између геноцида и политике. А то одмах сугерише да политика може на разне начине злоупотребити правни институт злочина геноцида.

Премда су разне иницијативе за проширење дефиниције геноцида из чл. II Конвенције о геноциду постојале и раније, оне су нарочито добиле на интензитету почетком 90-их година прошлог века, када је после завршетка Хладног рата у свету остала само једна суперсила. Она није одолела изазову да, користећи политичке и економске при-

држава да са њима закључе билатералне споразуме о неизручењу америчких држављана Суду, па су чак 2002. г. донеле закон (*American Service Members' Protection Act*) којим је предвиђена забрана америчке војне помоћи државама које су ратификовале Римски статут и дато овлашћење председнику САД да употреби силу да би се ослободило америчко војно особље које држи Суд. Више: W. A. Schabas, "United States Hostility to the International Criminal Court: It's All About Security Council", *European Journal of International Law*, No. 4, 2004, 701–720.

О томе да се ради о доследном ставу који се не мења већ више од две деценије, сведочи и чињеница да је свега 20-ак дана након што је преузео функцију, председник САД Доналд Трамп увео санкције Међународном кривичном суду, оптуживши га за „нелегитимне и неосноване акције усмерене против Америке и нашег блиског савезника Израела“. Извршном уредбом, коју је потписао 6. 2. 2025, увео је финансијска и визна ограничења за чланове особља Суда и њихове породице. Повод је била чињеница да је нешто раније Суд издао налог за хапшење израелског премијера Бенјамина Нетањахуа због наводних ратних злочина у Гази. Иначе Трамп је већ уводио санкције против званичника Суда. То је било 2020. г. за време његовог првог мандата.

тиске и уцене, војне интервенције и друга средства, намеће своју вољу другима, у настојању да обликује свет према сопственим интересима и потребама. Пошто савремено међународно право забрањује не само употребу силе већ и претњу силом у међународним односима, створене су концепције које би требало да омогуће заобилажење те забране и оправдају кршење низа основних принципа важећег међународног права. Тако су се појавиле тврдње да су, наводно, дозвољене оружане интервенције из хуманитарних разлога и да, штавише, оне за водеће државе света представљају обавезу (доктрина Одговорност за заштиту, енг. *Responsibility to Protect*); појавила се тзв. Бушова доктрина, према којој је САД себи дају за право на превентивне нападе на друге државе итд.³⁹ Разуме се, та решења служила би само онима који су сами себе прогласили изузетним и, заправо, изнад међународног права.

Део те приче били су напори да се, преко међународних кривичних *ad hoc* трибунала за бившу Југославију и Руанду, неформалним путем измени дефиниција геноцида, тако да се геноцидом, по потреби може прогласити скоро сваки злочин, па чак и онај који је извршен против само једног лица.

Таква пракса се не сме прихватити. Срећом, оно што се догађа у последњих десетак година говори да идемо ка вишеполарном свету који ће се, надамо се, довести до повратка разуму, компромису и принципијелном поштовању међународног права. То је једино што је у интересу свих и што може спречити светски сукоб.

Да је стварни мотив разних напора усмерених на проширење појма геноцида била искрена намера да се пружи потпунија заштита онима којима је потребна, за остварење тог циља требало је ићи у другом правцу. Прави начин био је да се обезбеди да све државе света ратификују Римски статут и признају надлежност Међународног кривичног суда; да се обезбеди стварна непристрасност Међународног кривичног суда у свим предметима, да се оснују регионални међународни кривични судови, да се обезбеди да се пред судове изведу сви кривци без обзира на то ко су и одакле су итд. Али то се не догађа. Проширење појма геноцида не доприноси борби против тог злочина.

Извршиоци тешких међународних злочина који, строго узев, не спадају у геноцид, морају за њих одговарати. За то, међутим, није потребно да се односна дела подводе под геноцид. Ако је њихова кривица утврђена у фер кривичном поступку, учиниоци најтежих међународних кривичних дела, таквих као што су ратни злочини и злочини против човечности, а посебно велики масакри, морају се суо-

³⁹ Б. Кривокапић, *Актуелни проблеми међународног права*, Београд 2011, 567–632.

чити се са истим (најтежим) казнама, као што су оне које су предвиђене за геноцид, тако да ће правда бити задовољена. Осим политичких, нема стварних разлога да се геноцидом проглашавају кривична дела која излазе изван оквира Конвенције о геноциду, нити да се одредбе те конвенције тумаче на неуобичајено широк начин. Са друге стране, сведоци смо тога да се широм планете врше ужасни злочини, а да то да ли ће кривци одговарати или не и како ће бити квалификовано њихово кривично дело, често зависи од тога тога из које државе та лица долазе, против кога су извршила злочин итд.

Неопходно је јасно одвојити геноцид од сличних кривичних дела, не само због тога што је правилна правна квалификација и иначе веома важна, а посебно у кривичном праву, већ због чињенице да геноцид, као што је истакнуто, има изражену политичку димензију. Она је у тесној вези са чињеницом да је геноцид посебно нечовечан злочин. Онај ко планира и врши геноцид, жели да уништи не само борце противника, већ и све његове цивиле, међу којима и жене, децу и старе особе. Стога је разумљиво да се починилац геноцида сматра посебно одвратним злочинцем који се не може оправдати ничиме. Истовремено, неутрални субјекти имају много веће саосећање за жртве геноцида него за жртве других тешких кривичних дела. То лако прераста у симпатије за страну којој припадају жртве наводног геноцида и води томе да се евентуални злочини те стране посматрају са извесним разумевањем или макар мање критички него иначе.

Све речено има за последицу да није исто када је неко осуђен за ратни злочин или чак злочин против човечности и када је осуђен за геноцид. Стога је јасно да ће слабија страна у оружаном сукобу увек када буде имала било какво покриће за то, тврдити да је жртва геноцида. Међутим, и онај ко је много политички и војно моћнији склон је да оптужује за геноцид не само свог противника, већ, понекад, и земљу са којом није у отвореном оружаном сукобу. Ако би се проширио правни појам злочина геноцида, ове тенденције биле би веома много увећање.

Приказивање одређеног догађаја као геноцида, чак и ако излази из оквира утврђених Конвенцијом о геноциду, када је формулисано на начин који је пријемчив за широку публику, уз истицање на међународним форумима, ширење путем масмедија и стално понављање, води ка томе да се слика која се свесно намеће, усади у главе великог броја становника разних држава, па и прерасте у нешто што је „општепознато, па стога неспорно“. Уз довољно велика материјална и организациона улагања, може се постићи наметање најширој публици осећаја да, пошто „сви знају да је тако било“, око тога не може бити спора, чак и онда када то о чему је реч нема никакве везе са ствар-

ношћу. При томе важи правило да хиљаду пута поновљена лаж постаје истина.

Некритично проширење појма геноцида води и другим последицама. Између осталог, један број држава прогласио је да има тзв. универзалну надлежност у ужем смислу за најтежа међународна кривична дела.⁴⁰ Та пракса која се јавила 90-их година прошлог века своди се настојање да се, са ослонцем на тврдњу да свет постаје једно друштво, озакони став да државе могу кривично гонити починиоце најтежих међународних кривичних дела, међу њима и геноцида, без обзира на то да ли у датом случају имају посебан интерес. То значи и онда када је дело извршено у другој држави и када су и починиоци и њихове жртве странци за те државе. То се образложе тврдњом да је суверенитет држава превазиђена категорија, а да кривична дела о којима је реч погађају интересе читавог човечанства.

Иако може деловати привлачно, та идеја није прихватљива јер је у супротности са основним принципима важећег међународног права (о сувереној једнакости држава, о забрани мешања у унутрашње послове других држава итд.) и противречи реалности (државе су у принципу и даље суверене јединке).⁴¹ Прихватање те идеје изазвало би низ спорова и сукоба између држава које желе да заснују тако схваћену универзалну јурисдикцију; отворило би проблем шта да се ради када универзалну надлежност жели да заснује одједном неколико држава; појавио би се проблем спорова око тумачења да ли се у датом случају ради о геноциду или не; порасле би могућности разних злоупотреба и двоструких стандарда.⁴² Између осталог, најмоћније државе би могле по-

⁴⁰ J. Horowitz, “Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for Jus Cogens Violations”, *Fordham International Law Journal*, No. 2, 1999, 489–527; L. K. Boyd, “Universal Jurisdiction and Structural Reasonableness”, *Texas International Law Journal*, No. 1, 2004, 1–58; B. S. Brown, “The Evolving Concept of Universal Jurisdiction”, *New England Law Review*, No. 2, 2004, 383–397; E. Kontorovich, “The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction’s Hollow Foundation”, *Harvard International Law Review*, No. 1, 2004, 185–237; R. O’Keefe, “Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept”, *Journal of International Criminal Justice*, No. 2, 2004, 735–760; L. Reydam, (ed.), *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press 2004; И. Крстић, *Universal Jurisdiction Law and Practice in the United States of America*, Briefing Paper, May 2022, Open Society Justice Initiative & Trial International, <https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2022/05/UJ-USA-1.pdf>.

⁴¹ Б. Кривокапић, „Државна сувереност и међународно прво у ери глобализацији“, *Државни поредак: Суверенитет у времену глобализације*, (ур. А. Костић), САНУ, Београд 2019, 355–392.

⁴² Са позивом на (спорну) универзалну надлежност, Данска је судила једном броју Срба из БиХ због злочина почињених у грађанском рату у БиХ (1992–1995). Иста та Данске је, међутим, наредила својим поморским снагама које су 17. 9. 2008. заробиле

чети лов на све у свету (па и стране државнике) који им нису по вољи са циљем да их на политички мотивисаним процесима пред својим судовима прогласе одговорним за наводни геноцид и казне најтежим казнама, па би чак могле и саму претњу оптужбом за геноцид користити за притисак на лидере малих и средњих држава; итд. То се не сме прихватити.

Проширење појма геноцида, води лакшем коришћењу института злочина геноцида, када год онај ко има довољну моћ то нађе за сходно. Према Ноаму Чомском: „Вулгарна политизација концепта геноцида и „настајућа међународна норма“ хуманитарне интервенције изгледа да су производи тога да бледи Хладни рат, који је уклонио стандардне изговоре за интервенцију, остављајући нетакнутим институционални и идеолошки оквир за њену редовну праксу током тих година. Стога није изненађујуће да у постхладноратовској ери, како примећују Херман и Петерсон, 'баш као што чувари *међународне правде* тек треба да пронађу макар један злочин који је починила велика бела северна сила против обојених људи, који прелази њихов праг тежине, тако се и сва лепа прича о *одговорности за заштиту* и *крају некажњивости* никада није проширила на жртве тих истих сила, без обзира на то колико су злочини били стравични'“.⁴³

Да поменемо и то да је тенденција проширења појма геноцида довела до тога да је један број аутора почео да оптужује Савет безбедности за геноцид над Ираком и другим државама, извршен путем сурових међународних санкција, употребљених као посебна врста оружја за масовно уништење.⁴⁴ С тим у вези, премда се поједине међународне санкције против неких држава заиста могу критиковати због тога што су нанеле огромну штету обичним људима, а не влади против које су биле уведене, јасно је да се намера уништења једног наро-

10 сомалијских пирата да их пусте на слободу. Зашто? Зато што је закључила да би пиратима могло да се суди само у Данској – ако би им се судило у Сомалији или некој од суседних земаља претила им је смртна казна, а данско право забрањује изручење државама које нису укинуле смртну казну, док је истовремено процењено да би трошкови пребацивања ових лица у Данску били велики и да би посебан проблем представљала њихова репатријација након одслужене затворске казне. Та рачуница довела је до тога да земља која је претходно са позивом на спорну универзалну надлежност казнила стране држављане због нечега што су наводно учинили у другој држави, против такође страних држављана, касније одбије да заснује своју надлежност у случају пиратства где стварна универзална надлежност не само несумњиво постоји, већ представља и једну врсту међународноправне обавезе држава!

⁴³ N. Chomsky, „Foreword“, *The Politics of Genocide*, (eds. E. S. Herman, D. Peterson), New York: Monthly Review Press, 2010, 10–11.

⁴⁴ M. E. O'Connell, „Debating the Law of Sanctions“, *European Journal of International Law*, No. 1, 2002, 63–79.

да и све оно што се повезује са геноцидом не могу пронаћи у досадашњој пракси Савета безбедности.

Гледано из другог угла, проширење појма геноцида, представља претњу да геноцидом почне да се назива сваки масовни злочин усмерен против неке групе. То се не сме допустити не само због потребе очувања правне сигурности, већ и зато што би онда оно што заиста представља злочин геноцида нестало у мору неких других ситуација. Тиме би и сам институт злочина геноцида изгубио смисао. Ово све је још опасније у светлости приступа Хашког трибунала који је прихваћен и у Елементима злочина Међународног кривичног суда, а према којем се геноцид може извршити и предузимањем геноцидне радње против само једног лица.

С тим у вези, ако је реч о масовном уништењу припадника заштићене групе које нема такве размере да би се могло сматрати геноцидом, онда се може рећи да су у питању били масакри, масовна убиства и слично. Јер ради се како о квантитативној (бројчаној) тако и о квалитативној (суштинској) разлици између ових кривичних дела. И заиста, премда у основи представља један од злочина против човечности, геноцид се у принципу разликује од њих и није случајно што је издвојен као посебно кривично дело. Уосталом, злочини против човечности дефинисани су већ Статутом Нирнбершког суда (1945) па је ипак само три године касније потписана Конвенција о геноциду, која је увела злочин геноцида као посебно међународно кривично дело. Тиме је прихваћена идеја Рафаела Лемкина о томе да је, након искустава холокауста, неопходно признати нову категорију кривичних дела које је усмерено против читаве групе као такве, са циљем да се она уништи. Уосталом, геноцид, злочини против човечности и ратни злочини нису случајно посебно наведени и дефинисани одвојено у Римском статуту и статутима *ad hoc* међународних кривичних трибунала.

Коначно, проширење појма води драстичном повећању броја случајева наводно утврђеног геноцида изазивајући самим тим релативизују претходних несумњивих геноцида. Док се код опасности губљења престижа геноцида ради о томе да се тај злочин као институт изгуби у шуми других кривичних дела, овде је у питању опасност да догађаји који су заиста представљали геноцид буду бачени у засенак великим низом наводних нових геноцида. Задовољићемо се тиме да поменемо да би такав приступ водио релативизовању таквих ужасних злочина, као што је нпр. геноцид Немаца над Јеврејима Словенима и Ромима. И заиста, током последње 2–3 деценије, и у политици и у правној науци углавном је све посвећено разматрању геноцида у Сребреници и Руанди односно бављењу другим савременим стварним

или наводним геноцидима. Стиче се утисак да се постепено препушта забору холокауст над Јеврејима и геноцид на Словенима и Ромима, тако што се на њих све више гледа као на нешто што припада сразмерно далекој историји и спада у круг безброј сличних догађаја у историји. Међутим, ради се о нечему што се догодило пре мање од 80 година и што је било посебно монструозно јер је представљало не само покољ, већ вид индустријског уништења читавих народа. То се не сме заборавити управо зато да се не би поновило.

Да закључимо, сматрамо да би требало вратити се класичном схватању геноцида. Међународно кривично право се стално развија. То има за последицу да се све више увиђа потреба да се нека посебно тешка кривична дела одвоје од других, мање тешких. Решење, међутим, није да се сви тешки злочини прогласе геноцидом. Напротив, има много разлога да се издвоје и на други начин назову оне ситуације које личе на геноцид, али се од њега по нечему разликују. За такве случајеве боље је користити изразе као што су „масовно убиство“, „покољ“, „масакр“ итд. или чак формулисати нова међународна кривична дела.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Ben-Naftali, Orna, Yagev, Tuval, „Punishing International Crimes Committed by the Persecuted: The Kapo Trials in Israel (1950s–1960s)“, *Journal of International Criminal Justice*, No. 1, 2006;
2. Boyd K. Lee, „Universal Jurisdiction and Structural Reasonableness“, *Texas International Law Journal*, No. 1, 2004;
3. Brown S. Bartram, „The Evolving Concept of Universal Jurisdiction“, *New England Law Review*, No. 2, 2004;
4. Chomsky, Noam, „Foreword“, *The Politics of Genocide*, (eds. E. S. Herman, D. Peterson), New York: Monthly Review Press, 2010;
5. Horowitz, Jodi, „Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for Jus Cogens Violations“, *Furtham International Law Journal*, No. 2, 1999;
6. Јовашевић Драган, „Појам и карактеристике кривичног дела геноцида“, *Војно дело*, No. 2–3, 2002;
7. Kontorovich, Eugene, „The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction’s Hollow Foundation“, *Harvard International Law Review*, No. 1, 2004;
8. Крећа, Миленко, *Међународно јавно право*, Београд 2016;
9. Kreß, Claus, „The Crime of Genocide under International Law“, *International Criminal Law Review*, No. 6, 2006;

10. Кривокапић, Борис, „Обичајна правна правила у међународном праву“, *Мегатренд ревија*, No. 3, 2012;
11. Кривокапић, Борис, *Актуелни проблеми међународног права*, Београд 2011;
12. Кривокапић, Борис, „Државна сувереност и међународно прво у ери глобализације“, *Државни поредак: Суверенитет у времену глобализације*, (ур. А. Костић), САНУ, Београд 2019;
13. Кривокапић, Борис, *Рат и право: Теорија и пракса оружаних сукоба и међународно право*, Бања Лука 2023;
14. Крстић, Ивана, *Универзална надлежност у међународном праву за тешке повреде људских права*, Београд 2013;
15. Milaninia, Nema, „Understanding Serious Body or Mental Harm as an Act of Genocide“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 51, 2018;
16. Morton S. Jeffrey, Neil, Vijay Singh „The international legal regime on genocide“, *Journal of Genocide Research*, No. 1, 2003;
17. O’Connell, Mary Ellen, „Debating the Law of Sanctions“, *European Journal of International Law*, No. 1, 2002;
18. O’Keefe, Roger, “Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept”, *Journal of International Criminal Justice*, No. 2, 2004;
19. Palević, Milan, Milisavljević, Bojan, Spalević, Žaklina, „Actus Reus of Genocide and Types of Genocidal Destruction“, *Економика*, No. 4, 2019;
20. Reydam, Luc, (ed.), *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, 2004;
21. Schabas, A. William, “United States Hostility to the International Criminal Court: It’s All About Security Council”, *European Journal of International Law*, No. 4, 2004;
22. Schabas, A. William, „Genocide Law in a Time of Transition: Recent Developments in the Law of Genocide“, *Ruthers Law Review* No. 1, 2008;
23. Schabas, William, „Retroactive Application of the Genocide Convention“, *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy*, No. 2, 2010;
24. Sheng, Hongsheng, „The Evolution of Law of War“, *Chinese Journal of International Politics*, Vol. 1, 2006;
25. Fein, Helen, „Genocide by Attrition 1939-1993 the Warsaw Ghetto, Cambodia, and Sudan: Links between Human Rights, Health, and Mass Death“, *Health and Human Rights*, 1997;
26. Черновицкая Ю. В. „Косвенный“ геноцид в современном обществе (социально-философские аспекты)“, *Вопросы философии*, No. 10, 2008;
27. Wolf, René, „Judgement in the Grey Zone: the Third Auschwitz (Kapo) Trial in Frankfurt 1968“, *Journal of Genocide Research*, No. 4, 2007.

Legal documents and internet sources

1. *The Prosecutor versus Yean-Paul Akayesu* (1998) ICTR, Case No: ICTR-96-4-T- 2 September 1998, para. 701, www.refworld.org/cases,ICTR,40278fbb4.html;
2. Residual Mechanism for Criminal Tribunals (1998) *Historic judgement finds Akayesu guilty of Genocide* (1998) International Criminal Tribunal for Rwanda, Press Release, 9. 2. 1998, UN International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, <https://unictr.irmct.org/en/news/historic-judgement-finds-akayesu-guilty-genocide>;
3. Universal Jurisdiction Law and Practice in the United States of America (2022) Briefing Paper, May 2022, Open Society Justice Initiative & Trial International, <https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2022/05/UJ-USA-1.pdf>.

Full Professor Boris Krivokapić, LL.D.

Business and Law Faculty, University „MB“, Belgrade

Law Faculty, Samara National University, Samara, Russian Federation

FOR A RETURN TO THE NARROW UNDERSTANDING OF THE CRIME OF GENOCIDE

Summary

Recent times have witnessed not only the uncritical illegal use of the term genocide, but also a tendency to legally expand its notion, surpassing the boundaries set by the Genocide Convention (1948). Viewing them from various angles reveals three particularly interesting moments. The first aspect considers the formal legal side of efforts to broaden the definition of genocide, which is implemented through relevant regulations and court judgments. Upon closer examination, it can be found in both the internal (national) law of individual countries, where the criminal legislation of several states regulates the crime of genocide, and in international law, specifically in certain documents and the practices of certain international criminal courts. In this context, the paper revisits the definition of genocide from the Genocide Convention, highlighting its three primary conditions and limitations: 1) only one or more of the five specified acts can commit genocide; 2) the act must have a specific genocidal intent; and 3) only the four groups specified by the Convention can appear as victims. Dealing with these elements, the author points out deviations (extensions) that have found their place in the doctrine and, what is especially im-

portant, the practice of international criminal courts. He then singles out some other limitations (frameworks) that follow from the Convention, basic legal principles, and simple logic. They concern 1) time; 2) the court that judges genocide; 3) the perpetrator of genocide; 4) the extent of the destruction; and 5) the character of the victim. The concluding remarks highlighted the unacceptable nature of expanding the concept of genocide, as it ultimately jeopardizes the uniqueness of this crime and blurs its distinctions from other similar international crimes. This, among other things, opens up the possibility of abuse of the legal institution of genocide for political purposes.

Key words: *Genocide; Definition of Genocide; Genocide Convention; International Criminal Courts; International Criminal Law.*

Full Professor Allan F. Tatham, LL.D.

Universidad San Pablo-CEU, Madrid, Spain

PROTECTION OF RIGHTS IN EU COMPETITION ENFORCEMENT PROCEEDINGS

From the point of view of the application of fundamental rights in EU competition law processes, the European Commission's role in enforcement is pivotal. Examining its practices through cases provides an interesting study as to how – in its unique role of investigator, prosecutor and first instance judge – the Commission seeks to avoid any charge of abuse of or (potential) negative impact on fundamental rights as it exercises its considerable enforcement powers.

Understanding the implications of the case law of the Court of Justice of the European Union and the practice of the European Commission in this field is important from the point of view not only of the relevant competition provisions of the various Stabilisation and Association Agreements with Western Balkan nations and their practical implementation and enforcement before EU accession but also of the future practice of BiH competition authorities and courts after accession.

Key words: EU competition enforcement; Proceedings before European Commission; Rights of private parties; Procedural rights; Substantive rights.

1. INTRODUCTION

EU competition policy aims at protecting (relatively) undistorted competition in the Union's Internal Market. Considering the role of the European Commission in enforcing EU law in this field, its recognition and application of fundamental rights in proceedings before it is pivotal to their effective observance.¹ Examining its practices through cases provides an

Allan F. Tatham, allanfrancis.tatham@ceu.es.

¹ See, generally, A. Andreangeli, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Edward Elgar, Cheltenham 2008.

opportunity to see how – in its unique role of investigator, prosecutor and first instance judge² – the Commission seeks to avoid any charge of abuse of or any (potential) negative impact on fundamental rights as it exercises its considerable enforcement powers.³

Respect for fundamental rights comes into play in some form or another in many, if not most, competition cases these days.⁴ This is not surprising since enforcement of competition law can lead to the imposition of immense fines of a penal nature. In this sense, rights protection is key to the acceptability by the accused, and more broadly the public, of these very high financial sanctions.

Fundamental rights permeate the life of a competition case, from start to finish. Thus, private parties have the right to privacy and the right to the protection of legal professional privilege during a dawn raid (or unannounced on-site inspection) as well as the protection against self-incrimination during an investigation. If the matter is eventually brought to trial before the relevant competition authority, those parties similarly possess the right to be heard and the linked right to access their own file, once objections have been received, together with the right to an impartial decision-maker when the decision is taken. Of course, after the decision has been adopted, such parties have the right to an effective judicial remedy, e.g., by way of appeal or judicial review to the relevant court.

In the European Union, the rights of parties to antitrust proceedings before the Commission are spread across a plethora of provisions of primary Treaty law⁵ and secondary EU legislation⁶ as well as soft law instruments

² W. Wils, “The combination of the investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis”, *World Competition* 27(2)/2004, 201–224.

³ W. Deselaers, E. Venot, “*Deutsche Bahn v Commission*: Limits on the European Commission’s Inspection Powers”, *Journal of European Competition Law & Practice* 8/2015, 581–583.

⁴ W. Weiss, “Human Rights and EU antitrust enforcement: news from Lisbon”, *European Competition Law Review* 4/2011, 186–195.

⁵ See, in particular, Article 101 TFEU (prohibiting cartels) and Article 102 TFEU (outlawing abuse of dominant position by one or more undertakings): Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 13 December 2007, [2008] *Official Journal of the European Union*, No. C326/47 (‘TFEU’).

⁶ In particular, Council Regulation No. 1/2003/EC of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003] *Official Journal of the European Communities*, No. L1/1 (‘Regulation 1/2003’); and Commission Implementing Regulation No. 773/2004/EC of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, [2004] *Official Journal of the European Union*, No. L123/18 (‘Regulation 773/2004’).

of the Union.⁷ The profile of rights protection generally in the EU has been impacted by both the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 ('ECHR')⁸ and the elevation of the EU Charter of Fundamental Rights ('CFR')⁹ to the status of Union primary law via the Lisbon Treaty.¹⁰ In addition, the effect on the EU courts' case law by the related case law of the European Court on Human Rights ('ECtHR') due to the terms of Article 52(3) CFR has been important. This latter provision requires the EU courts to give the same meaning and scope of rights under the CFR to corresponding rights guaranteed under the ECHR which, of itself, thus represents a minimum level of protection within the Union.

However, the actual need for protection of fundamental rights in the EU was initially recognized and promoted by the Court of Justice of the European Union ('CJEU') as so-called 'general principles of Union law' from the late 1960s.¹¹ Inspired by its own interpretation of the provisions of the ECHR and later those of the ECtHR, it created through its case law an admittedly imperfect but functional Bill of Rights for the EEC and later the EU which still bind the EU and national institutions today when applying EU law, alongside the CFR.

Without providing a lengthy exposition¹² and critique¹³ of the protection of fundamental rights throughout competition proceedings conducted by the European Commission or a discussion of the challenges of balancing those rights one against the other¹⁴, this work will briefly focus, in turn, on certain rights of defence under EU law in a competition case hearing

⁷ See, e.g., Commission Notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, [2011] *Official Journal of the European Union*, No. C308/6 ('Best Practices Guidelines').

⁸ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, *European Treaty Series* 5 ('ECHR').

⁹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 18 December 2000, [2000] *Official Journal of the European Communities*, No. C364/01 ('CFR').

¹⁰ Article 6(1) TEU: Consolidated version of the Treaty on European Union, 13 December 2007, [2012] *Official Journal of the European Union*, No. C326/13.

¹¹ See, e.g., A. F. Tatham, *EC Law in Practice: A Case-Study Approach*, HVG-ORAC, Budapest 2006, 22–42.

¹² See, e.g., D. Muheme, N. Neyrinck, N. Petit, "Procedural Rights in EU Antitrust Proceedings", *Procedural Rights in Competition Law in the EU and China* (eds. C. Cauffman, Q. Hao), Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg 2016;

¹³ I. Forrester, "Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures", *European Law Review* 6/2009, 817–843.

¹⁴ See, e.g., M. Bernatt, "Right to be heard or protection of the confidential information? Competing guarantees of procedural fairness in the proceedings before the competition authority", *Yearbook of antitrust and regulatory studies*, 3/2010, 53–70.

before the European Commission. Such hearings¹⁵ are conducted by a Hearing Officer¹⁶ whose remit is to ensure that the parties receive a fair hearing and that the rights of the defence are respected.¹⁷ Such rights include:¹⁸ The right to legal assistance; Protection from self-incrimination; *Audi alteram partem*; and *Ne bis in idem*.

2. THE RIGHT TO LEGAL ASSISTANCE

A person – whether natural or legal – is entitled to the help of a lawyer,¹⁹ and to be represented by a lawyer when their legal rights are in issue.²⁰ Although this is set out in Article 6(3) ECHR and more recently expressed in Article 47(2) CFR, the CJEU had on the importance of this right ruled in 1980 in *Demont*, a European Commission staff case:²¹ ‘The fundamental requirement that respect for the rights of the defence, including the right of the official concerned to be assisted by counsel, is all the more important when the disciplinary proceedings to which he is subject are likely to result in the imposition of particularly severe disciplinary measures’. The issue is precisely the same for a company in a competition case in which a decision could be made involving the imposition of a fine of a penal nature, possibly measured in millions of Euros.²²

This right leads in turn to two further principles, viz.: that the lawyer is entitled to see all the relevant documents (‘access to the file’); and that communications between lawyer and client are treated as confidential (‘legal professional privilege’).²³

2.1. Right to access the file

The right of access to file²⁴ means that an undertaking (and its legal representative) – subject to an investigation by the Commission – must receive

¹⁵ Such hearings are not public: Regulation 773/2004, Article 14.

¹⁶ M. Albers, J. Jourdan, “The Role of Hearing Officers in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective”, *Journal of European Competition Law & Practice* 2/2011, 185-200.

¹⁷ Regulation 1/2003, Article 27(2); and Commission Decision No. 2001/462/EC, ECSC of 23 May 2001 on the terms of reference of hearing officers in certain competition procedures, [2001] *Official Journal of the European Communities*, No. L162/21.

¹⁸ A. Tatham, 481-488, 491-492.

¹⁹ D. Muheme, N. Neyrinck, N. Petit, 131-132.

²⁰ Case 155/79, *AM & S Europe Ltd. v. Commission*, ECLI:EU:C:1982:157, paragraphs 18-27.

²¹ Case 115/80, *Demont v. Commission*, ECLI:EU:C:1981:308, paragraph 11.

²² Case 85/87, *Dow Benelux NV v. Commission*, ECLI:EU:C:1989:379, par. 25-27.

²³ Case 155/79, *AM & S Europe Ltd. v. Commission*, ECLI:EU:C:1982:157.

²⁴ D. Muheme, N. Neyrinck, N. Petit, 135-138.

the opportunity to examine all documents that are held in the Commission's file which includes those documents that the undertaking could find useful in formulating its defence.²⁵ This is fundamental to the guarantee the principle of 'equality of arms', i.e., that the suspected firm remains on an equal footing with the Commission.²⁶

Indeed, the Commission itself has recognized the twin rationale of the access to the file as 'one of the procedural guarantees intended to apply the principle of equality of arms and to protect the rights of defence'.²⁷ Such approach is also supported by the CJEU which has acknowledged,²⁸ on the one hand, that the right to have access to the Commission's file is 'a procedural safeguard intended to protect the rights of defence' and 'an essential precondition of the effective exercise of the right to be heard' in the sense that it permits an undertaking to express its views on the Commission's preliminary conclusions set out in its statement of objections.²⁹ Such right of access, on the other hand, is a component part of the principle of equality of arms, itself a corollary of the concept to a fair hearing.³⁰

Beyond the CJEU's case law on this point,³¹ the right of access to the file may be found in Article 41(2) CFR, Article 40 ECHR, relevant EU secondary legislation on competition³² and soft law issued by the Commission.³³

²⁵ I. Neves, K. Steffens, "Right(s) of Defence, Access to the File and Fairness in Competition Procedures: A Reflection on the Judgment of the Court of Justice in Case C-607/18 P", *European Competition & Regulatory Law Review* 4/2020, 260–272.

²⁶ Case T-37/91, *Imperial Chemical Industries plc. v. Commission*, ECLI:EU:T:1995:119, paragraph 64.

²⁷ Commission Notice on the Rules for Access to the Commission File in Cases pursuant to Articles 101 and 102 TFEU, Articles 53, 54 and 57 of the EAA Agreement and Council Regulation (EC) No. 139/2004, [2005] *Official Journal of the European Union*, No. C325/7 ('Notice on Access to file'), Article 1.

²⁸ See, e.g., Case T-161/05, *Hoechst GmbH v. Commission*, ECLI:EU:T:2009:366, paragraph 160; Case C-51/92 P, *Hercules Chemicals NV v. Commission*, ECLI:EU:C:1999:357, paragraph 76; and Joined Cases T-191/98, T-212/98-214/98, *Atlantic Container Line v. Commission*, ECLI:EU:T:2003:245, paragraph 334.

²⁹ Case T-10/92, *Cimenteries CBR v. Commission*, ECLI:EU:T:1992:123, paragraph 38.

³⁰ Joined Cases C-514/07 P, C-528/07 P and C-532/07 P, *Sweden and API v. Commission*, ECLI:EU:C:2010:541, paragraph 88.

³¹ See, e.g., Case T-37/91, *Imperial Chemical Industries plc. v. Commission*, ECLI:EU:T:1995:119, paragraph 64.

³² Regulation 1/2003, Article 27; and Regulation 773/2004, Articles 15-16.

³³ Notice on Access to file; and Commission Notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, [2011] *Official Journal of the European Union*, No. C308/6 ('Best Practices Guidelines'), paragraphs 92 etc.

2.2. Legal professional privilege

The presence of the doctrine of legal professional privilege³⁴ in competition law enforcement was confirmed in *AM & S*.³⁵ In that case, the Commission attempted to perform an inspection, under the first competition enforcement regulation, Regulation 17/62,³⁶ into an alleged zinc suppliers' cartel. However, the applicant company refused to disclose certain documents, demanded by the Commission, on the grounds of legal professional privilege which protected certain documents and correspondence between the company and its lawyers. The Commission fined the company for failure to disclose the documents. The applicant company therefore brought an action seeking review of the Commission decision. In holding for the applicant, the CJEU stated:³⁷

"18. [Union] law, which derives from not only the economic but also the legal interpenetration of the Member States, must take into account the principles and concepts common to the laws of those States concerning the observance of confidentiality, in particular, as regards certain communications between lawyer and client. That confidentiality serves the requirements, the importance of which is recognised in all of the Member States, that any person must be able, without constraint, to consult a lawyer whose profession entails the giving of independent legal advice to all those in need of it.

19. As far as the protection of written communications between lawyer and client is concerned, it is apparent from the legal systems of the Member States that, although the principle of such protection is generally recognised, its scope and the criteria for applying it vary, as has, indeed, been conceded both by the applicant and by the parties who have intervened in support of its conclusions.

20. Whilst in some of the Member States the protection against disclosure afforded to written communications between lawyer and client is based principally on a recognition of the very nature of the legal profession, inasmuch as it contributes towards the maintenance of the rule of law, in other Member States the same protection is justified by the more specific requirement (which, moreover, is also recognised in the first-mentioned States) that the rights of the defence must be respected.

³⁴ D. Muheme, N. Neyrinck, N. Petit, 133-134.

³⁵ Case 155/79, *AM & S Europe Ltd. v. Commission*, ECLI:EU:C:1982:157.

³⁶ EEC Council Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, 21 February 1962, [1962] *Official Journal of the European Communities*, No. 13/204 ('Regulation 17/62').

³⁷ Case 155/79, *AM & S Europe Ltd. v. Commission*, ECLI:EU:C:1982:157, paragraphs 18–21.

21. Apart from these differences, however, there are to be found in the national laws of the Member States common criteria inasmuch as those laws protect, in similar circumstances, the confidentiality of written communications between lawyer and client provided that, on the one hand, such communications are made for the purposes and in the interests of the client’s rights of defence and, on the other hand, they emanate from independent lawyers, that is to say, lawyers who are not bound to the client by a relationship of employment.”

In that context, the Court considered that Regulation 17/62 had to be interpreted as protecting the confidentiality of written communications between lawyer and client, subject to those two conditions,³⁸ and thus incorporating such elements of that protection as were common to the laws of the Member States. Nevertheless, as the Court also remarked, the principle of confidentiality did not prevent a lawyer’s client from disclosing the written communications between them if the client considered that it was in their interests to do so.³⁹

As a result of CJEU case law, then, legal professional privilege would only: (a) attach to documents between lawyer and client and related to the purpose of defence; (b) apply to communications between a client and a lawyer in independent practice (i.e., not an in-house lawyer); and (c) only cover independent lawyers in the EU. This position was reaffirmed under the new Regulation 1/2003 in the *AKZO* case⁴⁰ with the right to legal professional privilege being broadened more recently in *Orde van Vlaamse Balies*⁴¹ through the CJEU’s alignment with the case law of the ECtHR in the field.⁴²

3. PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION

Whilst a person may be required to supply information to a Union authority, even if the information supplied would incriminate him, he cannot be compelled to answer leading questions the answers to would constitute an

³⁸ In fact, under the ‘*AKZO* procedure’, the Commission is only allowed to take a look at the header of the document so as to verify whether these conditions are met: Joined Cases T-125/03 and T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. v. Commission*, ECLI:EU:T:2007:287, paragraph 134.

³⁹ I. Forrester, “Legal Professional Privilege: Limitations on the Commission’s Powers of Inspection following the AM & S Judgment”, *Common Market Law Review* 1/1983, 75-86.

⁴⁰ Joined Cases T-125/03 and 253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. v. Commission*, ECLI:EU:T:2007:287, paragraph 117. The Court of Justice confirmed the General Court ruling in Case C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd v. Commission*, ECLI:EU:C:2010:512.

⁴¹ C-694/20, *Orde van Vlaamse Balies v. Vlaamse Regering*, ECLI:EU:C:2022:963.

⁴² E. Salmini Sturli, Th. Henry, “Extension of EU Legal Professional Privilege: Case C-694/20 *Orde Van Vlaamse Balies*”, *Journal of European Competition Law & Practice* 3/2023, 165–167.

admission of unlawful activity, that being for the Union authority to establish.⁴³

This privilege is rather limited in EU law: Regulation 1/2003 provides in recital 23⁴⁴ that ‘undertakings cannot be forced to admit that they have committed an infringement’. However, recital 23 continues by stating the limits to this right, viz., undertakings are ‘in any event obliged to answer factual questions and to provide documents, even if this information may be used ... against them [or others] to establish ... the existence of an infringement’.

Under the previous rules governed by Regulation 17/62, the CJEU had addressed this issue. In *Orkem*,⁴⁵ the applicant company brought an action before the Court of Justice for annulment of a Commission decision that had been adopted as a result of an inquiry into the existence of agreements or concerted practices in the thermoplastics industry, infringing Article 101 TFEU.

After carrying out its investigations and unsuccessfully requesting information under the 1962 Regulation, the Commission, by means of the contested decision, required the company to reply to the questions set out in the request for information. In support of its application, the company submitted, *inter alia*, that the Commission used the contested decision to compel the company to incriminate itself by confessing to an infringement of the competition rules and by informing against other undertakings. By doing so, the Commission had infringed the general principle that no one may be compelled to give evidence against himself, which formed part of Union law in so far as it was a principle upheld both by the laws of the Member States and by the ECHR. In its ruling, the Court of Justice held that questions which effectively required a company to admit its guilt were likely to be ruled void and the company was not required to respond.⁴⁶

“26. In the course of the preliminary investigation procedure, Regulation 17/62 expressly accords only certain guarantees to the undertaking under investigation. Thus, a decision requiring information to be supplied may be taken only after a prior request has proved unsuccessful...

27. On the other hand, Regulation 17/62 does not give an undertaking under investigation any right to evade the investigation on the ground that the results thereof might provide evidence of an infringement by it of the competition rules. On the contrary, it imposes on the undertaking an obli-

⁴³ Case 374/87, *Orkem v. Commission*, ECLI:EU:C:1989:387.

⁴⁴ The ‘whereas’ clauses at the start of Regulations, Directives and other EU secondary legislation are also referred to as ‘recitals’.

⁴⁵ Case 374/87, *Orkem v. Commission*, ECLI:EU:C:1989:387.

⁴⁶ *Ibid.*, paragraphs 26–28.

gation to co-operate actively, which implies that it must make available to the Commission all information relating to the subject-matter of the investigation.

28. In the absence of any right to remain silent expressly embodied in Regulation 17/62, it is appropriate to consider whether and to what extent the general principles of [Union] law, of which fundamental rights form an integral part and in the light of which all [Union] legislation must be interpreted, require, as the applicant claims, recognition of the right not to supply information capable of being used in order to establish, against the person supplying it, the existence of an infringement of the competition rules....”

In that respect, the Court stated that it was also necessary to consider whether certain limitations on the Commission’s powers of investigation were implied by the need to safeguard the rights of the defence which the Court had held to be a fundamental principle of the EU legal order.⁴⁷ In that connection, the Court had observed shortly before in another case⁴⁸ that, although it was true that the rights of the defence had to be observed in administrative procedures that might lead to the imposition of penalties, those rights had to be prevented from being irremediably impaired during preliminary inquiry procedures that might be decisive in providing evidence of the unlawful nature of conduct engaged in by undertakings and for which they could be liable. Consequently, although certain rights of the defence related only to contentious proceedings which followed the delivery of the statement of objections before starting the trial process, other rights had to be respected even during the preliminary inquiry.

Accordingly, the Commission was entitled, within the terms of the Regulation, to compel an undertaking to provide all necessary information concerning such facts as might be known to it and to disclose to it, if necessary, such documents relating to it as were in its possession. This was till the case even if the latter documents might be used to establish, against it or another undertaking, the existence of anti-competitive conduct. However, in all such circumstances, the Commission could not, by means of a decision calling for information, undermine the rights of defence of the undertaking concerned. The Commission could not accordingly compel an undertaking to provide it with answers which might involve an admission on the undertaking’s part of the existence of an infringement which it was incumbent upon the Commission to prove.

⁴⁷ *Ibid.*, paragraph 32 and citing in support Case 322/81, *Michelin v. Commission*, ECLI:EU:C:1983:313, paragraph 7.

⁴⁸ Joined Cases 46/87 and 227/88, *Hoechst v. Commission*, ECLI:EU:C:1989:337.

Orkem and the latter case of *Solvay*⁴⁹ together establish that while businesses may refuse to give replies to Commission questions that may directly incriminate them, they must disclose documents that might assist in establishing the breach.⁵⁰

This balancing of the rights of the defence and of the requirement to disclose information to the Commission in competition investigations was addressed by the General Court in *Société Générale*.⁵¹ The Commission had investigated and imposed heavy fines on parties to the so-called Helsinki Agreement which had fixed a differential system of charges made to payees of Eurocheques: such Commission action led to the abandonment of the agreement by French banks.⁵² Subsequently, the Commission sent a letter to the applicant bank requesting information about (a) an apparently discriminatory charge imposed on a private payee; and (b) another inter-bank agreement, the so-called ‘Package Deal Agreement.’ The applicant bank refused to supply the requested information (even after the Commission had explained how it related to its investigation) and submitted that a reply on the application of the Package Deal Agreement would infringe its rights as a defendant. The CJEU rejected the applicant bank’s arguments:⁵³

“40. Just as the Court of Justice held in a sphere comparable to that of [Regulation 17/62], in para. 29 of its judgment in Joined Cases 46/87 and 227/88, *Hoechst v. Commission* [ECLI:EU:C:1989:337], relating to the Commission’s powers of investigation under [that Regulation], the Commission’s obligation to specify the subject-matter and purpose of a request for information is a fundamental requirement both in order to show that the information requested of the undertakings concerned is justified and also to enable those undertakings to assess the scope of their duty to co-operate while at the same time safeguarding their rights of defence. It follows that the Commission is entitled to require the disclosure only of information which may enable it to investigate putative infringements which justify the conduct of the inquiry and are set out in the request for information (Case T-39/90, *SEP v. Commission* [ECLI:EU:T:1991:71], para. 25).

Having found that the Commission had adequately explained its purpose in requiring the information on charging practices, the CJEU turned

⁴⁹ Case 27/88, *Solvay v. Commission*, ECLI:EU:C:1989:388.

⁵⁰ This approach by the Court of Justice was confirmed by what is now known as the General Court in Case T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG v. Commission*, ECLI:EU:T:2001:61.

⁵¹ Case T-34/93, *Société Générale v. Commission*, ECLI:EU:T:1995:46.

⁵² Commission Decision No. 92/212 of 25 March 1992, *Groupement Bancaire and Europay v. Commission* (‘Eurocheques’), [1992] *Official Journal of the European Communities*, No. L95/50.

⁵³ Case T-34/93, *Société Générale v. Commission*, ECLI:EU:T:1995:46, paragraph 40.

to consider the right to avoid self-incrimination. The Court discussed *Orkem* and *Solvay*, and distinguished them in the present case.⁵⁴

75. The Court considers that the applicant’s rights of defence have not been infringed in the present case. Even though the answers to the questions put by the Commission might ... require Société Générale to interpret the Package Deal Agreement, the answers requested are none the less purely factual and cannot be regarded as capable of requiring the applicant to admit the existence of an infringement of the rules on competition.”

This finding of the Court was in fact corroborated by the answers provided by Société Générale to the questions appended to the request for information, inasmuch as they contained only factual information and were in no way self-incriminating.

4. *AUDI ALTERAM PARTEM*

According to this principle, a person is entitled to be heard in their own defence before a penalty is imposed on them or a measure taken against them which would gravely prejudice their interests.⁵⁵ It is a necessary precondition that such a person be informed of the case against them before being required to state their defence.⁵⁶ The principle of *audi alteram partem* must apply to all parties to proceedings before EU courts, whatever their legal status. It follows that the EU institutions (including the Commission) may also rely on that principle when they are parties to such proceedings.⁵⁷

Any firm subject to antitrust proceedings must have the opportunity to present its views on the veracity of the objections raised against it, be it on factual or legal grounds.⁵⁸ This includes a right to respond in writing and a right to an oral hearing.⁵⁹ In the context of Commission competition proceedings, this right to be heard might be better considered a right to express or formulate observations as well as a right to respond in writing⁶⁰ and a right to an oral hearing. It was first developed in *Transocean Marine Paint*⁶¹, as part of the CJEU’s formulation of general principles of Union

⁵⁴ *Ibid.*, paragraph 75.

⁵⁵ D. Muheme, N. Neyrinck, N. Petit, 139–140.

⁵⁶ Case 17/74, *Transocean Marine Paint Association v. Commission*, ECLI:EU:C:1974:106.

⁵⁷ Case C-89/08 P, *Commission v. Ireland*, ECLI:EU:C:2009:742, paragraph 53.

⁵⁸ Best Practices Guidelines, paragraph 78.

⁵⁹ Best Practices Guidelines, paragraphs 81, 99, 103, 106 and 108.

⁶⁰ This right is normally exercised in writing by way of reply containing observations on the accuracy of the facts and the validity of the arguments. The undertaking may also adduce evidence of its own in support of its defence.

⁶¹ Case 17/74, *Transocean Marine Paint Association v. Commission*, ECLI:EU:C:1974:106.

law, including the rights of the defence, with the Court noting:⁶² 'The general rule that a person whose interests are perceptibly affected by a decision taken by a public authority must be given the opportunity to make his point of view known'.

Originally present in Article 6 ECHR, the principle of *audi alteram partem* is now to be found in Article 47 CFR and in both Regulation 1/2003⁶³ and Regulation 773/2004⁶⁴ together with the relevant soft law from the Commission.⁶⁵

5. *NE BIS IN IDEM*

This maxim covers the notion both that no-one should be tried twice for the same offence; and that no-one should be subjected to two penalties for the same offence.⁶⁶ The principle is a fundamental one of EU law and is enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 ECHR and in Article 50 CFR.

In competition law matters, the CJEU has consistently ruled that the *ne bis in idem* principle requires a three-fold identity of the facts, the offender, and the protected legal interest. Such approach to this principle in competition law matters can be traced back to the Court's 1969 ruling in *Walt Wilhelm*⁶⁷ and has been subsequently reaffirmed. For example, in *PZU Życie*⁶⁸, the Court held that fining an undertaking in a single decision for breach of national and EU competition laws did not breach the principle of *ne bis in idem*.⁶⁹ Moreover, in *Slovak Telecom*,⁷⁰ it further ruled that the principle was inapplicable both: (i) where proceedings were initiated against or fines were imposed on an undertaking separately and independently by the Commission and a national competition authority for infringements of the competition provisions of the Treaty relating to separate markets, whether product or geographical markets; or (ii) where, by

⁶² *Ibid.*, paragraph 15.

⁶³ Regulation 1/2003, Article 27(1).

⁶⁴ Regulation 773/2004, Article 12.

⁶⁵ Best Practices Guidelines, paragraphs 99-103 and paragraphs 106 etc.

⁶⁶ See, e.g., Joined Cases 18/65 and 35/65, *Gutmann v. Euratom Commission*, ECLI:EU:C:1967:6.

⁶⁷ Case 14/68, *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:1969:4.

⁶⁸ Case C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. v Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, ECLI:EU:C:2019:283.

⁶⁹ C. Simpson, "Judgment in C-617/17 PZU Życie: *ne bis in idem* – First Steps towards a Twofold Test for *idem*?", *Journal of European Competition Law & Practice* 6/2019, 367-368.

⁷⁰ Case C-857/19, *Slovak Telekom a.s. v. Protimonopolný úrad Slovenskej republiky*, ECLI:EU:C:2021:139.

operation of the Regulation 1/2003, a national competition authority was relieved of its competence to apply competition law.⁷¹

More recently, the Court has redefined the scope and applicability of this principle in the cases *bpost*⁷² and *Nordzucker*.⁷³ In both rulings, the CJEU first set out the scope of the principle under Article 50 CFR and then addressed any potential limitations of that principle under Article 52(1) CFR.⁷⁴

First, affirming its earlier case law, the Court observed that the *ne bis in idem* principle prohibits a duplication both of proceedings and of penalties of a criminal nature for the same acts and against the same person. Whether the proceedings or penalties were criminal in nature had to be assessed based on the ‘intrinsic nature’ of the offence and the ‘degree of severity’ of the penalty; as with its general approach, the classification of proceedings or penalties as criminal under national law was not determinative.

Secondly, the scope of the principle is subject to two conditions, i.e., there must be a prior final decision (the *bis* condition) and that prior decision and the subsequent proceedings or decisions must concern the same person and the same facts or the same offence (the *idem* condition).

The criterion for assessing the existence of the same offence is the ‘identity of the material facts’, understood as ‘a set of concrete circumstances stemming from events which are, in essence, the same, in that they involve the same perpetrator and are inextricably linked together in time and space’. The legal classification under national law of the facts and the legal interest protected are not relevant for this assessment, as the scope of the protection conferred by the principle cannot vary from Member State to Member State or between different areas of EU law.

A limitation of the principle can be justified based on Article 52(1) CFR if: (i) such limitation is provided for by the law and respects the essence of the principle; and (ii) it is consistent with the principle of proportionality and is necessary to genuinely meet objectives of general interest or to protect rights and freedoms of others.

⁷¹ P. Whelan, “Applying *Ne Bis in Idem* to Commission Proceedings Implicating Article 11(6) of Regulation 1/2003: Case C-857/19 *Slovak Telekom*”, *Journal of European Competition Law & Practice* 10/2021, 746–749.

⁷² Case C-117/20, *bpost SA v. Autorité belge de la concurrence*, ECLI:EU:C:2022:202.

⁷³ Case C-151/20, *Bundeswettbewerbshörde v. Nordzucker AG*, ECLI:EU:C:2022:203.

⁷⁴ M. Mayr, “Redefining the *Ne Bis in Idem* Principle in EU Competition Law: *bpost* and *Nordzucker*”, *Journal of European Competition Law & Practice* 8/2022, 553–557.

6. CONCLUSION

The EU courts have sought to protect the rights of undertakings in competition investigations and proceedings through their control of the powers of the European Commission. By means of a combination of primary law, secondary legislation and interpretative rulings recognizing the presence of such rights for undertakings, the Court of Justice of the European Union has ensured the protection of procedural rights in those processes as regards the selected rights discussed in this article.

While neither Regulation 1/2003 nor the CFR will have actual legal force in BiH until it accedes to the EU, other sources of law discussed in this article may nevertheless continue to be relied on in the interim in domestic competition proceedings to guide decision-making. First, the relevant rights of firms set out under the ECHR and as interpreted by the ECtHR in its judgements. Secondly, domestic competition authorities and courts are to comply with the terms of the EU-BiH SAA.⁷⁵ Article 71(1) SAA provides that – in terms similar to the relevant provisions of the TFEU – cartels, abuses of dominant position and state aids are incompatible with the SAA. Article 71(2) SAA further provides that any practices contrary to that Article are to be assessed ‘on the basis of criteria arising from the application of the competition rules applicable in the [Union], in particular from [Articles 101, 102, 106 and 107 of the TFEU] and interpretative instruments adopted by the [Union] institutions’. Under this wording, then, the relevant BiH competition authorities and courts in their practice must follow the relevant interpretations of the CJEU as well as Commission Notices, including those of the rights of defence in competition cases.

⁷⁵ The Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and Bosnia and Herzegovina, of the other part, 17 June 2008, [2015] *Official Journal of the European Union*, No. L164/2 (‘EU-BiH SAA’).

LIST OF REFERENCES

Scientific works

1. Albers, Michael, Jourdan, Jérémie, "The Role of Hearing Officers in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective", *Journal of European Competition Law & Practice* 3/2011;
2. Andreangeli, Arianna, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Edward Elgar, Cheltenham 2008;
3. Bernatt, Maciej, "Right to be heard or protection of the confidential information? Competing guarantees of procedural fairness in the proceedings before the competition authority", *Yearbook of antitrust and regulatory studies*, 3/2010;
4. Deselaers, Wolfgang, Venot, Erik, "*Deutsche Bahn v Commission*: Limits on the European Commission's Inspection Powers", *Journal of European Competition Law & Practice* 8/2015;
5. Forrester, Ian, "Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures", *European Law Review* 6/2009;
6. Forrester, Ian, "Legal Professional Privilege: Limitations on the Commission's Powers of Inspection following the AM & S Judgment", *Common Market Law Review* 1/1983;
7. Mayr, Michael, "Redefining the *Ne Bis in Idem* Principle in EU Competition Law: *bpost and Nordzucker*", *Journal of European Competition Law & Practice* 8/2022;
8. Muheme, Daniel, Neyrinck, Norman, Petit, Nicolas, "Procedural Rights in EU Antitrust Proceedings", in C. Cauffman, Q. Hao (eds.), *Procedural Rights in Competition Law in the EU and China*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg 2016, 129-160.
9. Neves, Inês, Steffens, Kim, "Right(s) of Defence, Access to the File and Fairness in Competition Procedures: A Reflection on the Judgment of the Court of Justice in Case C-607/18 P", *European Competition & Regulatory Law Review* 4/2020;
10. Salmini Sturli, Enrico, Henry, Thibault, "Extension of EU Legal Professional Privilege: Case C-694/20 *Orde Van Vlaamse Balies*", *Journal of European Competition Law & Practice* 3/2023;
11. Simpson, Claire, "Judgment in C-617/17 PZU *Życie*: *ne bis in idem* – First Steps towards a Twofold Test for *idem*?", *Journal of European Competition Law & Practice* 6/2019;
12. Tatham, Allan F., *EC Law in Practice: A Case-Study Approach*, HVG-ORAC, Budapest 2006;
13. Weiss, Wolfgang, "Human Rights and EU antitrust enforcement: news from Lisbon", *European Competition Law Review* 4/2011;
14. Whelan, Peter, "Applying *Ne Bis in Idem* to Commission Proceedings Implicating Article 11(6) of Regulation 1/2003: Case C-857/19 *Slovak Telekom*", *Journal of European Competition Law & Practice* 10/2021;

15. Wils, Wouter, “The combination of the investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis”, *World Competition* 2/2004.

Legal documents

Treaties

1. Charter of Fundamental Rights of the European Union, 18 December 2000, [2000] *Official Journal of the European Communities*, No. C364/01;
2. Consolidated version of the Treaty on European Union, 13 December 2007, [2012] *Official Journal of the European Union*, No. C326/13;
3. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 13 December 2007, [2008] *Official Journal of the European Union*, No. C326/47;
4. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, *European Treaty Series* 5;
5. Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and Bosnia and Herzegovina, of the other part, 17 June 2008, [2015] *Official Journal of the European Union*, No. L164/2.

EU Secondary Legislation

1. Commission Implementing Regulation No. 773/2004/EC of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, [2004] *Official Journal of the European Union*, No. L123/18;
2. Commission Notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, [2011] *Official Journal of the European Union*, No. C308/6;
3. Commission Notice on the Rules for Access to the Commission File in Cases pursuant to Articles 101 and 102 TFEU, Articles 53, 54 and 57 of the EAA Agreement and Council Regulation (EC) No. 139/2004, [2005] *Official Journal of the European Union*, No. C325/7;
4. Council Regulation No. 1/2003/EC of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003] *Official Journal of the European Communities*, No. L1/1;
5. EEC Council Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, 21 February 1962, [1962] *Official Journal of the European Communities*, No. 13/204.

Cases of Court of Justice of the European Union

European Court of Justice

1. 18/65 and 35/65, *Gutmann v. Euratom Commission*, ECLI:EU:C:1967:6.

2. 14/68, *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:1969:4;
3. 17/74, *Transocean Marine Paint Association v. Commission*, ECLI:EU:C:1974:106;
4. 155/79, *AM & S Europe Ltd. v. Commission*, ECLI:EU:C:1982:157;
5. 115/80, *Demont v. Commission*, ECLI:EU:C:1981:308;
6. 322/81, *Michelin v. Commission*, ECLI:EU:C:1983:313;
7. 46/87 and 227/88, *Hoechst v. Commission*, ECLI:EU:C:1989:337;
8. 85/87, *Dow Benelux NV v. Commission*, ECLI:EU:C:1989:379;
9. 374/87, *Orkem v. Commission*, ECLI:EU:C:1989:387;
10. 27/88, *Solvay v. Commission*, ECLI:EU:C:1989:388;
11. C-51/92 P, *Hercules Chemicals NV v. Commission*, ECLI:EU:C:1999:357;
12. C-514/07 P, C-528/07 P and C-532/07 P, *Sweden and API v. Commission*, ECLI:EU:C:2010:541;
13. C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd v. Commission*, ECLI:EU:C:2010:512;
14. C-89/08 P, *Commission v. Ireland*, ECLI:EU:C:2009:742;
15. C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. v. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, ECLI:EU:C:2019:283;
16. C-857/19, *Slovak Telekom a.s. v. Protimonopolný úrad Slovenskej republiky*, ECLI:EU:C:2021:139;
17. C-117/20, *bpost SA v. Autorité belge de la concurrence*, ECLI:EU:C:2022:202;
18. C-151/20, *Bundeswettbewerbsbehörde v. Nordzucker AG*, ECLI:EU:C:2022:203;
19. C-694/20, *Orde van Vlaamse Balies v. Vlaamse Regering*, ECLI:EU:C:2022:963.

General Court

1. T-37/91, *Imperial Chemical Industries plc. v. Commission*, ECLI:EU:T:1995:119;
2. T-34/93, *Société Générale v. Commission*, ECLI:EU:T:1995:46;
3. T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG v. Commission*, ECLI:EU:T:2001:61;
4. T-191/98, T-212/98-214/98, *Atlantic Container Line v. Commission*, ECLI:EU:T:2003:245;
5. T-161/05, *Hoechst GmbH v. Commission*, ECLI:EU:T:2009:366;
6. T-125/03 and 253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. v. Commission*, ECLI:EU:T:2007:287;
7. T-10/92, *Cimenteries CBR v. Commission*, ECLI:EU:T:1992:123.

European Commission

1. Commission Decision No. 92/212 of 25 March 1992, *Groupeement Bancaire and Europay v. Commission* ('Eurocheques'), [1992] *Official Journal of the European Communities*, No. L95/50;
2. Commission Decision No. 2001/462/EC, ECSC of 23 May 2001 on the terms of reference of hearing officers in certain competition procedures, [2001] *Official Journal of the European Communities*, No. L162/21.

Проф. др Алан Татам,

Универзитет Сан Пабло – CEU, Мадрид, Шпанија

ЗАШТИТА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА У ПРИМЈЕНИ ПРАВА КОНКУРЕЦИЈЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Сажетак

Са становишта примјене основних права у праву конкуренције ЕУ, улога Европске комисије је кључна. Испитивање њених пракси кроз случајеве пружа занимљиву студију о томе како – у својој јединственој улози истражитеља, тужиоца и судије првог степена – Комисија настоји да избјегне сваку оптужбу за злоупотребу или (потенцијални) негативан утицај на основна права док врши своја значајна овлашћења за примјену.

Разумијевање импликација судске праксе Суда правде Европске уније и праксе Европске комисије у овој области важно је не само са становишта релевантних одредби о конкуренцији различитих споразума о стабилизацији и придруживању са земљама Западног Балкана и њихове практичне примјене и спровођења прије приступања ЕУ, него и с аспекта будуће праксе органа за конкуренцију и судова БиХ након приступања.

Кључне ријечи: *Примјена права конкуренције у ЕУ; Поступак пред Европском комисијом; Права приватних лица; Процесна права; Материјална права.*

Проф. др Матеј З. Савић

Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

Синиша Симикић, ма

Факултет политичких наука Универзитета у Бањој Луци

ПОЛОЖАЈ, УЛОГА И ПЕРСПЕКТИВА БРИКС-а У АКТУЕЛНИМ ОКОЛНОСТИМА МЕЂУНАРОДНОПРАВНОГ ПОРЕТКА

У овом раду аутори се баве положајем и улогом БРИКС-а као специфичног институционалног облика међународне сарадње, као и могућим перспективама његовог даљег развоја. БРИКС који је првобитно формиран од стране Бразила, Русије, Индије и Кине, 2009. године, као неформална група држава БРИК, прерастао је у посебну форму континуиране сарадње између држава чланица 2011. године упоредо са придруживањем Јужноафричке Републике. Затим, формирањем БРИКС форума као посебног међународног тијела, а потом успостављањем Нове развојне банке 2014. године и даљим редовним активностима, постепено прераста у институционализован облик међународне сарадње. Након проширења 2024. и 2025. године окупља укупно 10 држава чланица, а у употребу се уводи термин БРИКС. Улога ове специфичне творевине све више добија на значају, а дјеловање у оквиру међународноправног поретка има непосредне консеквенце на међудржавне односе уопште, али и на развој међународног права. Ово се односи посебно на питања у погледу функционисања међународних организација, одвијања међународне трговине, политичке и економске сарадње (савезништва) и др. Специфичности БРИКС-а огледају се у разним аспектима који су карактеристични за статус, дјелатност, функционисање и развој овог институционалног оквира међународне сарадње. Оно што посебно одликује ову специфичну творевину, иако посједује одређене карактеристике

Матеј З. Савић, matej.savic@fpn.unibl.org.

Синиша Симикић, sinisa.simikic@fpn.unibl.org.

међународне организације, јесте недостајући (цјеловит) институционални оквир. Ипак, БРИКС има изразиту међународну финансијску улогу с циљем успостављања монетарне аутономије држава чланица, у односу на долар, који је већ деценијама доминантна валута међународне трговине. С друге стране, политичка димензија БРИКС-а огледа се и у својеврсном уравнотеживачком блоку земаља чланица, који има тенденцију антипода у односу на земље политичког Запада предвођене Сједињеним Америчким Државама. У складу са претходно наведеним у овом раду аутори су провели анализу с циљем детерминисања природе, статуса и (начина) функционисања БРИКС-а у оквиру међународноправног поретка, при чему су размотрили и будућу перспективу, могућности даљег проширења и одређење утицаја БРИКС-а на актуелне међународне процесе.

Кључне ријечи: БРИКС; Међународноправни поредак; Међународне организације; Међународна тијела; Међународно удруживање; Мултиполарни политички поредак; Политичка и економска сарадња.

1. УВОД

Након тектонских промјена послје рушења Берлинског зида и распада СССР-а, те успостављањем униполарног политичког поретка са једном суперсилом Сједињеним Америчким Државама (САД) свијет се нашао у јединственој политичкој, безбједносној и уопште друштвеној ситуацији у контексту модерних међународних околности. Тих година чинило се да су САД неприкосновени владар свијета, а таква промишљања употпунила је ситуација на терену гдје су САД готово у свим дијеловима свијета успоставили одређен вид своје присутности, а сви они који су се супротставили вољи САД-а бивали су кажњени како економско-политичким санкцијама, тако и војним ударима.¹ У највећем броју ових случајева, било да се радило о војним интервенцијама, економским санкцијама и притисцима и сл., долазило је до кршења или пак утилитаризације међународноправних норми.²

¹ Парадигматски примјер тога свакако да су операције на чијем челу су биле САД против Републике Српске 1995. године, а нарочито агресија против СР Југославије 1999. године. Међутим, интервенционизам САД-а је настављен и у наредним годинама у азијским и афричким државама. Више о томе: М. З. Савић, *Међународно право и држава, теоријски поглед на међународноправни поредак у 21. вијеку*, Бања Лука, Источно Сарајево, 2025.

² *Ibid.*

Поред америчког интервенционизма слику о униполарном политичком поретку и „крају историје“³ стварала је и научна, стручна, али и политичка заједница англо-америчког свијета.⁴ Тако се у почетним годинама након распада СССР-а појавило више научних теорија унутар међународних односа, али и у оквиру међународноправне доктрине, а које су биле на трагу америчког тријумфализма.⁵ Међутим, у годинама које су услједиле државе које нису потпадале под амерички утицај све гласније су позивале на промјену политичког поретка, али и економског система у међународној сфери. С тим у вези, економски успон Кине те поновно јачање Русије били су од пресудне важности за оформљвање нове платформе у оквиру међународноправног поретка што је имало значајне утицаје на међународне односе уопште.

У ком правцу ће се кретати свијет и свјетске економије прозreo је економиста Џим О'Нил већ на почетку 21. вијека. Управо он је био творац акронима БРИК који ће касније бити званични назив нове платформе унутар међународноправног поретка. Упркос писању О'Нила званични састанци представника Бразила, Русије, Индије и Кине услједиће тек пет година касније. БРИКС представља тему која је све значајнија, како из перспективе цјелокупног међународноправног поретка тако и у погледу међународног положаја државе, односно међудржавне сарадње. Оно што одликује БРИКС јесте специфичност организовања па се тако у литератури одређује или као (специфична) међувладина организација, савезништво или пак платформа за сарадњу.⁶ Као што и наслов ове расправе указује, о одређењу БРИКС-а и актуелним консеквенцама која из овог одређења произлазе ће се детаљно дискутовати у овом раду. С тим у вези, у почетном схватању и кохерентном детерминисању БРИКС-а потребно је поћи од претпоставке да је то институционални облик међународне сарадње између држава и сходно томе је потребно анализирати природу, положај, улогу и перспективе ове специфичне творевине у међународноправном поретку. Од свог оснивања 2009. године БРИКС представља незаобилазан актер када се расправља о међународним односима у 21.

³ Тако је, између осталих англо-америчких аутора, Ф. Фукујаме у својим ангажованим истраживањима тријумфално најављивао управо „крај историје“ и коначну побједу западног система вриједности. Више о томе: F. Fukujama, *Kraj istorije i poslednji čovek*, Podgorica, Banja Luka 2002.

⁴ Појам англо-америчког свијета контекстуално се доводи у везу са униполарним политичким поретком чији предводници су на првом мјесту САД и њихови савезници окупљени у НАТО пакту, као војном и политичком савезу који је заузимао доминантну улогу на прелазу из 20. у 21. вијек.

⁵ Видјети: F. Fukujama, *Kraj istorije i poslednji čovek*, Podgorica, Banja Luka 2002.

⁶ С. Божић, *БРИКС и рат у Украјини*, Београд 2023, 19.

вијеку. Новина коју је БРИКС унио у међународноправни поредак свакако да је од великог значаја, а разумијевање БРИКС-а у многоме ће помоћи приликом промишљања будућих развоја механизма међудржавне сарадње. Ипак, да би се разумјело како је БРИКС дошао у ситуацију да се сматра водећим механизмом за успостављање мултиполарног политичког поретка потребно је вратити се на његове почетке.

2. ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ

Прво помињање БРИКС-а везује се за економисту *Goldman Sachs*-а Џима О'Нила. Наиме, анализирајући свјетску економију након распада СССР-а те новонасталих околности у међународном поретку почетком 21. вијека он је закључио да на глобалном нивоу земље са највећим потенцијалом су Бразил, Русија, Индија и Кина. Он је у свом чланку навео да су наведене земље надмашиле економски земље Г7 и да имају велики број становника и највеће проценте раста БДП-а.⁷ Узимајући прва слова назива ових земаља он је сковао акроним БРИК да би заједнички објаснио позицију наведених земаља.⁸

Заједничка нит која је везивала ове државе био је споредни утицај у униполарном међународном политичком поретку у коме су доминантну улогу имале Сједињене Америчке Државе (у даљем тексту: САД). Упркос великим ресурсним и економским, а за земље попут Русије и војним, потенцијалима, ипак су оне биле маргинализоване и у сјенци САД-а.⁹ Економски успон Кине који је тих година био у замаху, те повратак Русије након тмурне деценије, свакако да су утицале на О'Нила приликом његове процјене о положају ових држава у будућности. Иницијална идеја о окупљању ових држава родила се 2006. године на маргинама 61. засједања Генералне скупштине ОУН-а када су се састали министри спољних послова тих пет земаља.¹⁰

Такође, свјетска економска криза 2008. године је један од кључних догађаја који је земље будуће чланице БРИК-а нагнао на размишљања о институционализацији сарадње. Од те године четири земље будућег БРИК-а дјеловале су усаглашено у оквиру Г-20, ММФ-а и Свјетске банке борећи се за реформу међународног економског и

⁷ J. O'Neill, *Building Better Global Economic BRICs*, Global Economics Paper, No: 66, Goldman Sachs Global Research Centre London, 2001.

⁸ Р. Стојковић, „Настанак и еволуција Организације BRICS”, *Војно дело* 6/2019, 24.

⁹ С. Симикић, *Нови концепт и стратегије обуздавања Руске Федерације у Евроазији*, Мастер рад, Факултет политичких наука, Бања Лука 2024, 72.

¹⁰ И. Лађевац, *Кина и Русија – quo vadis*, Београд 2021, 117.

финансијског управљања.¹¹ Наведена година је специфична и због геополитичких последица проглашења независности тзв. Косова те Петодневног рата између Грузије и Русије, августа 2008. године.¹² Ови догађаји су пресудно утицали на размишљања о томе да је дошло вријеме да се на институционалном плану унутар међународноправног поретка удруже ове државе. Први самит БРИК-а одржан је у Јекатерибургу у Русији, 2009. године. На овом самиту лидери земаља БРИК-а су се споразумјели о формирању институционалног оквира с циљем успостављања ближе сарадње у различитим областима укључујући економију, трговину, енергију и безбједност. Такође, у Јекатерибургу је договорено да се једном годишње одржава самит БРИК-а у једној од држава чланица. Идуће године на самиту у Бразилији у чланство је примљена Јужна Африка. Овим чином чланство је проширено и на афрички континент, а у имену додато слово „С“ те је име промијењено у БРИКС. Ово је било прво проширење, а самити БРИКС-а настављени су да се одржавају на годишњем нивоу и у наредним годинама. Управо је на иницијативу Јужне Африке, 2013. године, покренут нов приступ БРИКС-а назван БРИКС „Outreach“.¹³ Замишљени концепт је представљао састанак земаља БРИКС-а са позваним државама из географског региона земље која је тренутно председавајућа у БРИКС-у.¹⁴

Значајан корак у продубљивању сарадње држава чланица БРИКС-а била је одлука да се оснује Нова развојна банка (енг. *New Development Bank – NDB*), 2014. године. Кина је 2017. године покренула платформу БРИКС Плус, а која је укључивала састанак земаља чланица БРИКС-а са позваним земљама које нису из географског региона земље која тренутно председава.¹⁵ Управо ће тај назив касније послужити као званични за проширени БРИКС. Позив неколицини држава да се придруже БРИКС-у услиједио је на самиту у Јоханесбургу, 2023. године. На основу тог позива услиједило је друго проширење БРИКС-а почетком 2024. године. Тада је у чланство примљен Иран, Египат, Етиопија и Уједињени Арапски Емирати (УАЕ). Послије учлањења ових држава у БРИКС имену је придодат плус те се данас често користи назив БРИКС+ како би се објаснила

¹¹ Више о томе: <https://brics.br/en/about-the-brics>, приступљено 11. 5. 2025. године.

¹² В. Трапара, *Ратови Русије 1999–2019*, Београд, 2020.

¹³ Енглески појам *Outreach* у најширем значењу би се могао превести на српски језик као *досезати*, *допирати даље* и сл. У зависности од контекста доктринарно се може користити као „спољно ангажовање“ или као „ширење утицаја“. О овоме више: J. P. Grant, J. C. Barker, *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Third Edition, Oxford University Press 2009.

¹⁴ Више о томе: <https://brics.br/en/about-the-brics>, приступљено 11. 5. 2025. године.

¹⁵ *Ibid.*

проширена димензија ове специфичне творевине. Уз ове државе и Аргентина је требала постати чланица БРИКС-а, међутим услед промјене власти у држави и доласка анархо-либерала Хавијера Милеја на мјесто председника Аргентина је промијенила спољнополитичку оријентацију и одустала од чланства унутар БРИКС-а.

Такође, у чланство је позвана и Саудијска Арабија међутим њено руководство је одлучило да и даље не постане формална чланица БРИКС-а, али је она присутна на састанцима и самитима БРИКС-а. Блиски и партнерски односи Саудијске Арабије са САД-ом свакако да су до сада пресудно утицали на такав расплет ситуације.¹⁶ Треће и до сада посљедње проширење БРИКС-а дошло је 2025. године када је у чланство примљена Индонезија.¹⁷ БРИКС+ данас има 10 земаља чланица и простире се скоро на свим континентима. Поред држава чланица у завршној декларацији са самита у Јоханесбургу, 2023., договорена је категорија „партнерских држава“. На основу тога на самиту у Казању, 2024, потврђено је одређивање за стварање „партнерских држава“ и до 2025. године има их укупно девет и то: Бјелорусија, Боливија, Куба, Казахстан, Малезија, Нигерија, Тајланд, Уганда и Узбекистан.¹⁸ Партнерске државе се позивају да учествују на самитима БРИКС-а, али могу бити присутни и на другим састанцима уколико постоји консензус чланица.

3. ПОЛОЖАЈ БРИКС-А У САВРЕМЕНОМ МЕЂУНАРОДНОПРАВНОМ ПОРЕТКУ

Од свог оснивања БРИКС је привлачио пажњу шире свјетске јавности, а све вријеме је интересантан научницима и стручњацима у областим међународног права и међународних односа, јер се поставио као алтернатива доминантном блоку земаља политичког Запада предвођених САД-ом. Ово прије свега у политичком и безбједносном смислу, а у посљедње вријеме све више и у економском што се посебно одражава и на стање у оквиру међународноправног поретка. Овдје се мисли у првом реду на проблем функционисања међународних институција и специфичних односа између великих сила.¹⁹ Ипак,

¹⁶ Интересантно је што се на званичном сајту посвећеном самиту БРИКС-а у Бразилу 2025. године на почетној страници налазе основни подаци о БРИКС-у гдје је, између осталог, наведено да БРИКС има 11 чланица укључујући Саудијску Арабију. Видјети: <https://brics.br/en/about-the-brics>, приступљено 13. 6. 2025. године.

¹⁷ Више о чланицама: <https://brics.br/en/about-the-brics>, приступљено 14. 6. 2025. године.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Више о томе у: М. N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press 2014; В. Krivokapić, *Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu*, Beograd 2017; Ж. Budimir, „Con-

државе чланице БРИКС-а одабрале су, за сада, другачији вид организовања у односу на удруживање земаља политичког запада. У уводу овог рада је наведено да, у зависности од аутора, БРИКС се може другачије посматрати и на велики број различитих начина детерминисати, како у доктрини међународног права, тако и у доктрини међународних односа. Због овога, БРИКС је од самог оснивања тешко кохерентно сврстати у постојећи теоријски образац (оквир). У сваком случају, значај и улога БРИКС-а све више расту, због чега постоји потреба за континуираном расправом о овим питањима. Када се још узме у обзир актуелни међународни контекст, јасно је да БРИКС, односно његове државе чланице у великој мјери утичу на функционисање међународноправног поретка уопште.

На званичном сајту посвећеном форуму БРИКС-а у Бразилу 2025. године наведено је да је БРИКС „неформални механизам координације“ на чијем челу се налази предсједништво које се ротира међу државама чланицама.²⁰ До проширења 2024/2025. године била је пракса да се ротација предсједавајуће државе унутар БРИКС-а врши према редослиједу слова акронима. Држава која предсједава започиње свој мандат 1. јануара, а завршава га 31. децембра исте године. Услјед два нова круга проширења БРИКС-а у наредном периоду биће пронађен нови начин ротације предсједавања.²¹ Предсједавања БРИКС-ом дефинишу приоритетне теме које ће бити расправљане на предстојећем самиту. Држава која предсједава задужена је за организацију самита. Суштински, држава која предсједава има широка овлашћења постављања дневног реда у смислу одлуке која је централна тема самита. Тако је Бразил за самит 2025. године одабрао реформу међународног управљања и сарадњу Глобалног Југа.²² Питања око којих се БРИКС окупља тичу се „три стуба“ и то прво питања из домена политике и безбједности, потом економије и финансија и трећи стуб је тзв. Р2Р (енг. *people to people*) или питања из домена цивилног друштва.²³ Ова три стуба, односно питања и активности која обухватају су фундаментална у контексту функционисања међународноправног поретка. Из њиховог садржаја јасно се може утврдити да земље чланице БРИКС-а дјелују у правцу обуздавања међународног волонтаризма који у фактичком (политичком) смислу политички Запад извјесно вријеме практикује. Паралелно с овим земље чланице БРИКС-а инси-

templating an Asian NATO: Obstacles and Challenges to Its Formation“, *Међународни проблеми* 4/2024, 683–706; М. З. Савић, (2025).

²⁰ Видјети: <https://brics.br/en/about-the-brics>, приступљено 14. 6. 2025. године.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

стирају на поштовању основних принципа међународног права што је својеврсни доктринарни антипод у односу на концепције на којима политички Запад неколико деценија уназад инсистира (нпр. концепт хуманитарних интервенција, *Responsibility to Protect* и др.). Специфичност ове ситуације огледа се у чињеници да су ове западњачке концепције у основи супротне самој природи међународног права.²⁴

Наведене особености БРИКС-а остављају посљедице на међународне односе као и на међународноправни поредак уопште. Иако је међународно право у кризи у 21. вијеку,²⁵ а изазови све већи на овом плану, БРИКС се у актуелним међународним околностима позиционира као специфична творевина од све већег значаја. Међу првих пет држава БРИКС-а постоје и различити погледи на сам БРИКС. Тако га Кина посматра као простор за обликовање међународних односа према кинеским правилима уз акценат на економским односима. Русија примарно БРИКС доживљава као противтежу политичком Западу. Индија на БРИКС гледа кроз могућности које пружа како би се развила у регионалну силу, а Јужна Африка да изгради мјесто лидера афирмативног континента. Бразилу је БРИКС од изузетног значаја за учествовање у преобликовању међународног поретка.²⁶

Такође, оно по чему се БРИКС истиче у савременом међународноправном поретку јесте да користе свој растући утицај како би играли важну улогу у посредовању у локалним конфликтима.²⁷ Да би се боље разумјела специфичност БРИКС-а те детаљније њене карактеристике приступили смо тродимензионалној анализи самог БРИКС-а. Наиме, правна природа БРИКС-а и њена утемељеност у међународном праву први је предмет анализе. Потом политичка и безбједносна природа БРИКС-а и на крају економска димензија. Кроз анализу у ове три димензије циљ нам је да прикажемо сложеност самог БРИКС-а те импликације које оставља на односе како међу државама чланицама тако и према партнерима и у коначници према свим другим државама или међународним организацијама.

²⁴ Више о томе: М. З. Савић, (2025).

²⁵ Више о томе: М. З. Савић, „Савремени међународноправни поредак – држава, право и политика“, *Зборник радова Правне празнине и пуноћа права*, Источно Сарајево 2024, 369–400.

²⁶ И. Лађевац, 119.

²⁷ I. Ahmad, A. Haider, J. Afzal, “The Geopolitical and Economic Impact of BRICS on the Middle East“, *FWU Journal of Social Sciences* 4/2024, 82.

3.1. Правна природа БРИКС-а

Потешкоће у дефинисању и одређивању БРИКС-а произилазе из особених карактеристика ове специфичне творевине. Уопште узевши међународне организације „настају вишестраним међународним уговором закљученим између заинтересованих држава, којим се утврђују циљеви, надлежности, органи, финансирање и друга релевантна питања“.²⁸ Већ у том погледу види се колико је и због чега је БРИКС специфична творевина на међународном плану.

Наиме, ако би смо БРИКС упоредили са међународним организацијама примјетићемо значајне разлике. Тако, БРИКС не посједује оснивачки акт, али ни низ других конститутивних елемената, за разлику од других (класичних) међународних организација.²⁹ С друге стране, међудржавни односи (најчешће билатералног карактера) између чланица неријетко добијају приоритет у односу на институционалне механизме БРИКС-а. Такође, оно што посебно одликује ову специфичну творевину, иако посједује одређене карактеристике међународне организације, јесте недостајући (цјеловит) институционални оквир који је карактеристичан за (класичне) међународне организације.

Поред овога, битно је истаћи да БРИКС не посједује још једно важно својство које имају *per se* међународне организације. То важно својство подразумијева да оне посједују аутономан и самосталан правни субјективитет у оквиру међународноправног поретка.³⁰ Тачније да, упркос томе што су састављене превасходно од земаља чланица, организације могу самостално да ступају у међународне правне односе (закључивање уговора, представљање итд). Ово је такође, у контексту конститутивних елемената (међународних организација) велики недостатак БРИКС-а, који се манифестује на његов међународноправни статус. Дакле, БРИКС пошто не посједује претходно наведене елементе, не познаје ни административно-политички апарат нити има град/сједиште и своје органе – посједује недостатке у погледу конститутивних елемената – не обједињује међународноправни субјективитет карактеристичан за међународне организације.³¹

Како је претходно наведено, од свог оснивања БРИКС функционише кроз самите. Сваке године се у једној држави чланици одржава самит на коме се расправља о актуелним питањима у свијету. Наведе-

²⁸ В. Кривокapiћ, *Међународно јавно право*, Београд 2017, 352.

²⁹ Р. Стојковић, 25.

³⁰ В. Кривокapiћ, 352.

³¹ Више у: М. Савић, „Правна личност међународних организација у међународном праву“, *Политеиа* 11/2016, 169–191.

не самите прати и велика доза симболике која даје додатну снагу овој платформи.³² Интересантно је да је БРИКС успио организовати и одржавати у континуитету сарадњу у различитим областима међу државама чланицама, а да дуго није имао ни званични сајт.³³ Институционализација БРИКС-а почиње 2014. године када се оснива Нова развојна банка. За сједиште банке изабран је Шангај у Кини, а оснивачки капитал био је 50 милијарди долара. Од тада и формалноправно је започела сарадња земаља чланица у домену финансија.³⁴ Основна замисао Нове развојне банке била је да се пласирају финансијска средства путем којих би се осигурала макроекономска стабилност те кредитирали дугорочни пројекти.³⁵ Банка је званично почела са радом 2015, а годину дана касније основана је Агенција за кредитни рејтинг.³⁶ Нова развојна банка има и другу улогу, а то је финансијска помоћ земљама у развоју. Тиме је БРИКС отворио могућност сарадње са бројним државама које нису чланице, а које желе да гаје пријатељске односе с њима.³⁷

Тако су чланице Нове развојне банке постале и државе попут Бангладеша или Алжира који је члан банке постао у марту 2025. године.³⁸ Интересантно је да су државе попут Египта и УАЕ прво постале чланице Нове развојне банке, а накнадно БРИКС-а. Тиме је Нова развојна банка постала својеврсна увертира за могуће учлањење у БРИКС. Поред земаља чланица у Новој развојној банци постоји и инструмент потенцијалне чланице. Ријеч је о земљама чије чланство је прихватио Управни одбор банке, али је потребно да земље депунују свој инструмент приступања. Тренутно постоји једна таква држава, а то је Уругвај.³⁹ Нова развојна банка је, у складу са доминантним трендовима у међународној економији, усмјерила око 60 одсто својих средстава за подршку пројектима обновљиве енергије.⁴⁰

Међутим, поред Нове развојне банке БРИКС нема формиране институције које се везују за међународне организације. Дакле, нема секретаријат нити скупштину. Организација самита БРИКС-а спрово-

³² Н. Сајић, „Самит дипломатија: историјски развој и савремени трендови“, *Синеза* 1/2025, 53.

³³ С. Божић, 25.

³⁴ Р. Стојковић, 25.

³⁵ Д. Пророковић, „Улога БРИКС у успостављању равнотеже снага у међународним односима“, *Српска политичка мисао* 2/2024, 47.

³⁶ *Ibid.*, 51.

³⁷ R. Stojković, „Nova razvojna banka BRICS“, *Bankarstvo* 2/2016, 77–91.

³⁸ Преглед свих чланова са датумима учлањења у банку доступан на: <https://www.ndb.int/about-ndb/members/>, приступљено 1. 6. 2025. године.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ И. Лађевац, 118–119.

ди се по принципу државе домаћина. Она држава која је домаћин самита уједно је задужена за организацију догађаја и сва протоколарна питања.⁴¹ Међутим, државе чланице БРИКС-а из године у годину проширују области сарадње. Поред економско-финансијских послова који су на врху приоритета сарадње унутар БРИКС-а веома је развијена и културно-спортска сарадња. С тим у вези БРИКС организује и спортске игре које окупљају учеснике из земаља чланица као и из свих осталих држава које сарађују са БРИКС-ом. Такође, сарадња се одвија и на нивоу врховних ревизорских институција држава чланица БРИКС-а, а чији је циљ обезбјеђивање транспарентности у трошењу јавних ресурса. Периодични састанци врховних ревизорских институција одвијају се од 2016. године.⁴²

Из свега претходно наведеног може се закључити да је правна природа БРИКС-а специфична. Прецизније речено, ради се о једној врсти хибрида-хибридног организма (ентитета) у оквиру међународноправног поретка. Ове хибридне карактеристике се крију у чињеници да БРИКС на специфичан начин обједињује и комбинује више различитих особености и специфичних елемената, као што су одређене карактеристике међународне организације (чланство, циљеви и сл.), са особинама међународне финансијске (специјализоване) институције (Нова развојна банка), или пак самит дипломатије, те међудржавног савезништва. За сада, слједствено наведеном, правна природа БРИКС-а је, такође, хибридна и, као таква представља новину у међународноправном поретку, јер је у првом реду јединствена у односу на друге постојеће субјекте, односно актере у ширем смислу. Као таква, она не потпада под вид модерних (класичних) међународних организација, или пак, неке посебне врсте међународних тијела/институција, а није ни уобичајен облик самит дипломатије. У том смислу, као што смо већ истакли, БРИКС не представља јединственог субјекта унутар међународноправног поретка, али се може одредити као посебан хибриди организам (ентитет).

Такође, БРИКС се још увијек не може сматрати ни неком врстом *specialis* међународне институције, или посебног међународног тијела. Од посебног је значаја и чињеница да примарну статусну улогу у формалном смислу овдје имају још увијек државе чланице те у том погледу се може рећи да је ријеч о међународној платформи (институционалној, међудржавној и сл.) за сарадњу. То је платформа (институционални оквир) која се константно развија као специфичан

⁴¹ Више о самит дипломатији: Н. Сајић, нав. дјело.

⁴² Више о томе: <https://brics.br/en/brics-p2p/brics-supreme-audit-institutions>, приступљено 12. 6. 2025. године.

(хибридни) организам у оквиру међународноправног поретка са одређеним елементима међународне организације (нпр. чланство, циљеви, функционисање и сл.).⁴³ Управо из тог разлога БРИКС је и на подручју међународног права и међународних односа донио једну специфичност која може да се развије у кроз праксу у будућем периоду.

3.2. Политичка и безбједносна природа БРИКС-а

Иако је економска димензија приликом оснивања БРИКС-а истичана као примарни разлог окупљања држава у ову платформу њене политичке импликације су знатно утемељеније. БРИКС је основан као специфичан вид уравнотеживачког савезништва наспрам земаља окупљених око САД-а. Уравнотежавање је честа стратегија у међународним односима којом се државе служе како би обуздале потенцијалног хегемона.⁴⁴ Ипак, уравнотежавачка димензија БРИКС-а има својих препрека.

На првом мјесту то је географска разуденост земаља чланица. Територијална неповезаност земаља чланица БРИКС-а утиче на различите изазове и пријетње с којима се различите државе чланице сусрећу.⁴⁵ Осим тога ниједна држава БРИКС-а није испрофилисана као поморска сила, упркос томе што Кина активно ради на изградњи јаке ратне флоте.⁴⁶ Самим тим, могућност помоћи једна државе чланице другој у ситуацију одређене кризе, уколико нису територијално повезане, сведена је на минимум. Специфичности БРИКС-а огледају се и у неријешеним спорним питањима између земаља чланица. Вишедеценијски спор између Кине и Индије у регији Кашмир једно је од тих питања. Осим територијалног спора којег имају ове двије државе су и политичко-економски ривали. Тако је Индија, иако чланица БРИКС-а, битан савезник САД-а у Индијском океану те је чланица савезништва КВАД.⁴⁷ С друге стране, велики савезник Кине у том региону је Пакистан који је у непријатељским односима са Индијом. Египат и Етиопија такође су ривалске државе у сјеверној Африци, а донедавно су имале и спор око ријеке Нил, тј. Велике ренесансне бране коју је изградила Етиопија.

⁴³ Више о томе: М. Савић, (2016), 169–191.

⁴⁴ Dž. Miršajmer, *Tragedija politike velikih sila*, Beograd 2017, 214.

⁴⁵ З. Обрадовић, Д. Михајловић, „Потенцијал антихегемонске коалиције“, *Политика националне безбедности* 1/2024, 116.

⁴⁶ Више о кинеској таласократској геополитичкој оријентације: И. Зарић, *Таласократска димензија савремене кинеске геополитике*, Докторска дисертација, ФПН Београд 2018, 101.

⁴⁷ С. Симикић, 74.

Након продубљавања кризе у Украјини, а затим и почетка Специјалне војне операције (СВО) 2022. године, питање политичке и безбједносне сарадње држава чланица БРИКС-а је интензивирано. Међутим, управо се у овом случају види специфичност БРИКС-а. Пошто он није војни савез нити почива на принципима узајамне војне помоћи или колективне одбране Русија је у рат ушла не ослањајући се на подршку земаља чланица БРИКС-а. С друге стране, остале земље су на различите начине гледале на овај сукоб. Кина, као најзначајнија економска земља унутар БРИКС-а, од почетка сукоба позива на мирно рјешавање кризе. Поред тога, Кина се није јавно декларисала да подржава руску политику, али је истицала да је експанзија НАТО-а ка истоку довела до овог сукоба. С друге стране, Кинези су такође често позивали и на поштовање територијалног интегритета Украјине. То не треба да чуди уколико се у обзир узме проблем који Кина има са Тајваном, али њена политика према овом сукобу умногоме је детерминисана ривалитетом који она има са САД-ом.⁴⁸ Позиција Индије према овом сукобу зависна је од бенефита које Индија има од сарадње са Русијом попут јефтинијих цијена руске нафте те сарадње у области одбране.⁴⁹

Посматран у цјелини став БРИКС-а према ситуацији у Украјини и СВО карактерише једна ријеч „про-руська неутралност“. Ријеч је о феномену да земље БРИКС-а користе руску реторику приликом објашњења узрока сукоба у Украјини, али да јавно не подржавају рат већ супротно, позивају да се оконча.⁵⁰ Заправо, отворену подршку Русији пружио је Иран који је 2024. године постао члан БРИКС-а. Од почетка СВО Иран је помогао Русији испоручивањем дронова за потребе руске војске. Међусобна помоћ ових земаља довела је до потписивања Стратешког споразума Русије и Ирана, јануара 2025. године. С друге стране, Русији након почетка СВО БРИКС служи и као показатељ неуспјешности изолације ове државе из токова међународне политике. Упркос санкцијама под којима се Русија нашла од стране САД-а и Европске уније, посредством БРИКС-а Русија показује да је и даље једна од кључних великих сила.⁵¹ Такође, иако се у почетку и схватао примарно као економско савезништво БРИКС је еволуирао у политички блок глобалног нивоа.⁵² Нови изазов за

⁴⁸ С. Божић, 65.

⁴⁹ *Ibid.*, 69.

⁵⁰ *Ibid.*, 78.

⁵¹ Н. Сајић, 53.

⁵² A. Gabuev, O. Stuenkel, *The Beetle for the BRICS: Why the Future of the Bloc Will Shape Global Order*, Foreign Affairs, September 24, 2024, <https://www.foreignaffairs.com/russia/battle-brics>, приступљено 25. 5. 2025. године.

БРИКС јавио се у прољеће 2025. године. Најприје је дошло до оружане ескалације између Пакистана и Индије, а потом је Израел, 13. јуна, напао Иран. Као и у случају СВО и у току ових сукоба БРИКС нема јединствен став. Државе чланице сходно својим интересима и посматрају ове сукобе. Заправо, кључан недостатак БРИКС-а управо се и огледа у томе што не постоји усаглашен механизам дјеловања у оваквим ситуацијама. Тиме се БРИКС заробљава у партикуларне интересе држава чланица без заједничког садржиоца и оставља БРИКС као лабаво савезништво у погледу војно-политичке сарадње.

У овом домену долази до изражаја недостатак јединственог оснивачког акта, тј. утврђених уговорних обавеза између чланица у погледу безбједносних изазова. Поред овога види се и недостатак институционалног апарата или органа који би у овим ситуацијама могли поступати у оквиру својих утврђених надлежности, а у погледу координације између држава чланица. Овај други недостатак условљен је првим, што илуструје проблем непосједовања конститутивних елемената, о чему смо већ расправљали.

3.3. Економска димензија БРИКС-а

Иницијатива о успостављању једне творевине попут БРИКС-а била је темељена на економским разлозима. Ради поспјешивања и олакшања економске сарадње међу државама чланицама БРИКС је требао да помогне на путу ка бољем позиционирању држава чланица у оквиру међународноправном поретку. Међутим, економски вео је суштински прекрио дубинске узроке окупљања ових земаља у једну овакву иницијативу. У савременим међународним односима предуслов за политичку независност јесте самосталност у финансијском сектору. Управо из тог разлога међу првим прокламованим циљевима БРИКС-а нашао се процес који је назван дедоларизацијом.

Дедоларизација представља процес у коме земље ван западног политичког блока покушавају да минимализују и у коначници избаце долар као примарну валуту у међународној трговини те као свјетску резервну валуту. Међутим, дедоларизација није циљ сам по себи, заправо она је предуслов успостављању другачијег свјетског поретка. Душан Пророковић је то сажео ријечима да се „не одиграва равнотежа снага због спонатне дедоларизације, већ се дедоларизација циљано индукује како би се остварила равнотежа снага у међународним односима“.⁵³

⁵³ Д. Пророковић, 51.

Ипак, дедоларизација није једноставан процес. На макроекономском пољу потребне су тектонске промјене како би се долар истиснуо као први избор у платном промету. Скоро двије деценије након оснивања БРИКС-а долар је и даље свјетска резервна валута и прва која је у оптицају у платном промету. У протеклим годинама чак ни унутар земаља БРИКС-а долар није истиснут као платежно средство у трговини. Жеља за истискивањем долара као свјетске резервне валуте највише је операционализована од стране Кине. Кина је себи поставила циљ да се њен јуан позиционира као интернационализовано средство плаћања, али до њега и даље није дошла. Заправо, већа је вјероватноћа да ће се валутни систем „мултиполаризовати“ него што ће долар бити замијењен искључиво једном валутом.⁵⁴

С друге стране, постојале су назнаке о могућем оснивању БРИКС валуте или чак „корпе валута“ којима ће се вршити плаћање у оквиру БРИКС-а.⁵⁵ Ове идеје су интензивирале након што је Русија избачена из СВИФТ система након почетка СВО у Украјини, 2022. године. Тако је на самиту БРИКС-а у Казању, 2024. године, руском предсједнику Владимиру Путину поклоњена новчаница БРИКС-а коју је он затим показао новинарима.⁵⁶ Упркос до сада не оствареној жељи за дедоларизацијом економска димензија БРИКС-а није занемарива. Земље чланице БРИКС-а чине укупно око 40 одсто свјетске популације и око 25 одсто свјетске трговине. Такође, преко 30 одсто глобалног БДП-а долази из земаља чланица БРИКС-а. Самим тим земље чланице БРИКС-а потпадају под најугроженије субјекте у савременој међународној економији. Земље попут Русије или Ирана веома су богате енергентима, док су земље попут Кине водеће у свјетској економији. С проширењима из 2024. и 2025. године БРИКС контролише једну трећину свјетске производње нафте, а услед партнерских односа са Саудијском Арабијом тај постотак је и виши. Поред тога, посредством Нове развојне банке, како је претходно истакнуто, финансирају се бројни пројекти из домена обновљиве енергије и других инфраструктурних пројеката који за циљ имају развој земаља чланица БРИКС-а. Процјене су да ће до 2050. године номинални БДП БРИКС-а бити двоструко већи од Г-7.⁵⁷

⁵⁴ А. Матијевић, *Успон кинеског Јуана као светске резервне валуте*, Београд, 2022, 171–172.

⁵⁵ С. Симикић, 73.

⁵⁶ Sputnik Србија, Путину показали симболичну „новчаницу БРИКС-а“, 23. 10. 2024, <https://sputnikportal.rs/20241023/putinu-pokazali-simbolicnu-novcanicu-briks-a-video-1178716408.html>, приступљено 3. 6. 2025. године.

⁵⁷ B. A. Zelalem, A. A. Abebe, “BRICS and South African economic growth: Implications for Ethiopia, the new BRICS member“, *The Scientific Temper* 4/2024, 3385.

4. АКТУЕЛНА УЛОГА И ПЕРСПЕКТИВА БРИКС-А

Улога БРИКС-а у оквиру савремених околности међународнопарвног поретка, као што је претходно и наведено, је вишедимензионална. Поред економско-финансијске размјене те успостављањем Нове развојне банке пласирањем средстава и у земље које нису чланице БРИКС-а, БРИКС има истакнуту политичку димензију. Поред политичке, свакако се мора нагласити и безбједносна димензија, а која би у догледном периоду могла доћи до изражаја због актуелних изазова. Такође, у (међународно)правном смислу улога БРИКС-а најприје би се могла детерминисати у координирајућем и институционалном погледу, упркос свим недостацима, које смо већ истакли.

Перспектива даљег проширења БРИКС-а је на помолу, с тим што је за очекивати да се успоставе одређени критеријуми за пријем у чланство. Ово претпоставља и даљи развој БРИКС-а у правцу изградње и обједињавања конститутивних елемената. Наравно, не по принципу нпр. Савјета Европе или Европске уније јер, како је претходно и наведено, БРИКС се суштински разликује од било које друге њему сличне творевине у оквиру међународноправног поретка. Критеријуми за чланство у БРИКС-у могли би се потенцијално тицати међусобног разумијевања и партнерских односа које будућа (могућа) чланица жели да испољи са државама БРИКС-а. Такође, оснивање постулата партнерских земаља након самита у Казању јасно указује да БРИКС жели да шири своју зону утицаја ближом сарадњом са многим државама. Иако се често у јавности појављују питања и дилеме која држава би могла бити сљедећа у придруживању БРИКС-у оно не одражава суштину.

Наиме, право питање је која држава унутар БРИКС-а ће имати „кључ“ да отвори врата БРИКС-а тако што ће искористити свој политички утицај да увјери друге земље чланице у важност пријема те државе.⁵⁸ Даље ширење чланства потенцијално би могао да прати и додатни институционални развој ове специфичне творевине чиме би се додатно употпунили и објединили конститутивни елементи БРИКС-а. На овај начин БРИКС би направио додатни корак у еволуцији чиме би потенцијално могао добити и одређене елементе међународноправног субјективитета. Тај субјективитет би свакако био ограничен и детерминисан у првом реду положајем држава чланица, природом њихових односа, али и циљевима и дјелатностима. За даље детерминисање формалног статуса БРИКС-а у међународноправном поретку потребно је да се прате и анализирају активности држава

⁵⁸ С. Божић, 66.

чланица, али и самог институционалног оквира који БРИКС тренутно посједује. Коначно, тек у случају да дође до оваквих еволутивних промјена, које би подразумијевале обједињавање конститутивних елемената и ближу (уговорну) координацију између држава чланица, у догледно вријеме било би могуће прецизније окарактерисати и дефинисати статус и правни субјективитет, односно природу БРИКС-а.

5. ЗАКЉУЧАК

Након тектонских промјена послје рушења Берлинског зида и распада СССР-а дошло је до велике нестабилности у оквиру међународноправног поретка. На глобалној сцени у први план је ступила само једна суперсила у виду САД. Криза међународног права која је, између осталог, наступила као посљедица ових нестабилности произвела је и проблем у међународном институционалном функционисању. Најважније међународне институције су се нашле пред великим изазовима, а утилитаризација међународноправних норми од стране земаља политичког Запада, предвођених САД-ом, је максимализована. У таквим околностима у првим деценијама 21. вијека долази до актуелне прерасподјеле политичке, економске, војне и друге моћи на глобалном плану.⁵⁹ БРИКС као специфична творевина се појавила као реакција на ове глобалне проблеме, што је у блиској вези са процесом успостављања мултиполарног политичког поретка који се тренутно одвија.

У вези са претходно наведеним економиста Џим О'Нил је анализирао у ком правцу ће се кретати будући развој међународне економије и међудржавних односа, што је од посебне важности за расправу у вези са БРИКС-ом. Након спроведене анализе дошао је до закључка да ће Бразил, Русија, Индија и Кина бити земље које ће до средине 21. вијека бити водеће економије и тиме престижни државе западног политичког блока. Акроним који је тада употребио – БРИК постаће званични назив специфичне платформе међудржавне сарадње која је основана 2009. године. На самиту у Јекатеринбургу наведене године четири наведене земље определијиле су се за оснивање БРИК-а. Овим земљама се 2010. године прикључила Јужна Африка и организација је добила назив БРИКС. Оснивањем Нове развојне банке, 2014. године, БРИКС је започео процес институционализације који је нужан да би се нека међудржавна платформа сматрала међународном организацијом.

⁵⁹ М. З. Савић, (2025), 44–45.

Међутим, класичне карактеристике међународне организације БРИКС не посједује. Самим тим он се не може сврстати у постојеће теоријске оквири, већ се посматра као случај за себе (*sui generis*), односно хибрид. Поред пријема Јужне Африке у своје чланство до сада је БРИКС имао још два круга проширења и то 2024. и 2025. године. Након ових проширења БРИКС броји укупно 10 земаља чланица. Поред правних специфичности БРИКС је својствен и у погледу политичко-безбједносних питања. Пошто он није војни савез нити облик колективне одбране земље чланице су слободне да процјењује методе одбране својих интереса независно од БРИКС-а. Тако унутар БРИКС-а постоје државе које међусобно имају неријешена питања, па чак и конфликте.

У складу с претходно наведеним, сигурно је да БРИКС посједује изражену економско-финансијску димензију, која ће се *pro futuro* са сигурношћу увећавати и то на првом мјесту захваљујући функционисању Нове развојне банке и пласирањем кредитних и других средстава. Такође, ово је условљено и економским растом држава чланица и њихових економија. Надаље, политичка димензија БРИКС-а се суочава са значајним изазовима, посебно због неуралгичних тачака у оквиру међународноправног поретка, а које све више прерастају у међудржавне конфликте. С овим у блиској вези се налази и безбједносна димензија БРИКС-а, а која се налази на некој врсти прекретнице, највише због сложености актуелних, како политичких, тако и безбједносних изазова на међународном плану.⁶⁰ Такође, с обзиром да се међународно право налази у дубокој кризи, утицај БРИКС-а на потенцијалну реформу међународноправне архитектуре и излазак из стања институционалне блокаде (Савјет безбједности ОУН, ОЕБС и сл.) би могао бити позитиван и прогресиван. На овај начин би се могла успоставити нова перспектива међудржавних односа, на првом мјесту великих сила, а у контексту, успостављања мултиполарног политичког поретка. Оваква нова перспектива би морала бити детерминисана и међународноправним оквиром који се темељи на изворним принципима међународног права.⁶¹ На крају, у погледу безбједносних изазова нема изгледа да би се БРИКС могао претворити у војни савез услед различитих интереса држава чланица те неријешених спорова између појединих, као и велике географске разуђености. С тим у вези,

⁶⁰ У оквиру међународноправног поретка отвара се све већи број жаришта, политичких криза и оружаних сукоба.

⁶¹ Овде на првом мјесту мислимо на принципе који су установљени Повелем ОУН и другим међународним документима и инструментима, који су израђени на основу Повеље. Видјети: Повеља ОУН, <https://digitallibrary.un.org/record/1318140?v=pdf>, приступљено 12. 6. 2025. године.

дјеловање БРИКС-а умногоме је ограничено позицијама држава чланица, али одређени вид војно-техничке сарадње је присутан и претпоставити је да ће, између појединих држава чланица, бити и продубљен у наредним годинама.⁶²

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Ahmad, Ibrar, Haider, Aftab, Afzal, Jamil, “The Geopolitical and Economic Impact of BRICS on the Middle East“, *FWU Journal of Social Sciences* 4/2024;
2. Божић, Сандра, *БРИКС и рат у Украјини*, Београд 2023;
3. Budimir, Željko, „Contemplating an Asian NATO: Obstacles and Challenges to Its Formation“, *Međunarodni problemi* 4/2024;
4. Будимир, Жељко, *Рађање англо-америчке геополитике – заоставштина Хелфорда Макиндера*, Нови Сад, Бања Лука, 2025;
5. Grant, J. P., Barker, J. C., *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Third Edition, Oxford University Press, 2009;
6. Gabuev, Alexander, Stuenkel, Oliver, *The Battle for the BRICS: Why the Future of the Bloc Will Shape Global Order*, *Foreign Affairs*, September 24, 2024, <https://www.foreignaffairs.com/russia/battle-brics>, приступљено 25. 5. 2025. године.
7. Зарић, Иван, *Таласократска димензија савремене кинеске геополитике*, Докторска дисертација, ФПН Београд 2018;
8. Zelalem Bayeling A., Abebe, Ayalew, A., “BRICS and South African economic growth: Implications for Ethiopia, the new BRICS member“, *The Scientific Temper* 4/2024;
9. Krivokapić, Boris, *Međunarodno javno pravo*, Београд 2017;
10. Krivokapić, Boris, *Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu*, Београд 2017;
11. Лађевац, Ивона, *Кина и Русија – quo vadis*, Београд 2021;
12. Матијевић, Андреа, *Успон кинеског Јуана као светске резервне валуте*, Београд 2022;
13. Miršajmer, Džon, *Tragedija politike velikih sila*, Београд 2017;
14. Обрадовић, Зоран, Михајловић, Дејан, „Потенцијал антихегемонске коалиције“, *Политика националне безбедности* 1/2024;
15. O'Neill, Jim, *Building Better Global Economic BRICs*, Global Economics Paper, No: 66, Goldman Sachs Global Research Centre London, 2001.

⁶² Више о томе: Ж. Будимир, *Рађање англо-америчке геополитике – заоставштина Хелфорда Макиндера*, Нови Сад, Бања Лука, 2025.

16. Пророковић, Душан, „Улога БРИКС у успостављању равнотеже снага у међународним односима“, *Српска политичка мисао* 2/2024;
17. Савић, Матеј, „Правна личност међународних организација у међународном праву“, *Политеиа* 11/2016;
18. Савић, З., Матеј, „Савремени међународноправни поредак – држава, право и политика“, *Зборник радова Правне празнине и пуноћа права*, Источно Сарајево 2024;
19. Савић, З., Матеј, *Међународно право и држава, теоријски поглед на међународноправни поредак у 21. вијеку*, Бања Лука; Источно Сарајево, 2025.
20. Сајић, Нина, „Самит дипломатија: историјски развој и савремени трендови“, *Синеза* 1/2025;
21. Симикић, Синиша, *Нови концепт и стратегије обуздавања Руске Федерације у Евроазији*, Мастер рад, Факултет политичких наука, Бања Лука 2024;
22. Stojković, Radomir, „Nova razvojna banka BRICS“, *Bankarstvo* 2/2016;
23. Стојковић, Радомир, „Настанак и еволуција Организације BRICS“, *Војно дело* 6/2019;
24. Shaw, M. N., *International Law*, Cambridge University Press 2014;
25. Трапара, Владимир, *Ратови Русије 1999–2019*, Београд 2020;
26. Fukujama, Frensis, *Kraj istorije i poslednji čovek*, Podgorica, Banja Luka, 2002.

Правни извори

1. <https://digitallibrary.un.org/record/1318140?v=pdf>, приступљено 12. 6. 2025. године;
2. <https://brics.br/en/about-the-brics>, приступљено 11. 5. 2025. године;
3. <https://www.ndb.int/about-ndb/members/>, приступљено 1. 6. 2025. године;
4. Sputnik Србија, Путину показали симболичну „новчаницу БРИКС-а“, 23. 10. 2024, <https://sputnikportal.rs/20241023/putinu-pokazali-simbolicnu-novcanicu-briks-a-video-1178716408.html>, приступљено 3. 6. 2025. године.

Associate Professor Matej Z. Savić, LL.D.

Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka,
Faculty of Law, University of East Sarajevo

Assistant Siniša Simikić, LL.M.

Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka,

POSITION, ROLE AND PERSPECTIVE OF „BRICS“ IN THE CURRENT INTERNATIONAL LEGAL ORDER CIRCUMSTANCES

Summary

In this paper, the authors deal with the position and role of BRICS as a specific institutional form of international cooperation, as well as possible perspectives for its further development. BRICS, which was originally formed by Brazil, Russia, India, and China in 2009 as an informal group of countries (BRIC), grew into a special form of continuous cooperation between member states in 2011, along with the accession of the Republic of South Africa. Then, with the formation of the BRICS Forum as a separate international body, the establishment of the New Development Bank in 2014, and regular activities, it gradually evolved into an institutionalized form of international cooperation. The enlargement in 2024 brings together a total of ten member states, leading to the introduction of the term BRICS plus. The role of this “specific formation” is gaining more and more importance, and the action within the international legal order has direct consequences on relations between states in general but also on the development of international law. This is particularly relevant to issues related to the operation of international organizations, the growth of international trade, and the development of political and economic alliances, among other areas. The specifics of BRICS are reflected in various aspects that are characteristic in terms of status, activity, functioning, and development of this international cooperation institutional form. What particularly distinguishes this “specific body,” although it possesses certain characteristics of an international organization, is the lack of a complete institutional framework. Nevertheless, BRICS has a distinct international financial role, aiming to establish monetary autonomy for its member states in relation to the dollar, which has been the dominant currency of international trade for decades. On the other hand, the member states of BRICS form a balancing bloc, reflecting the political dimension of the group and acting as a counterbalance to the USA-led Political West. As previously stated, the authors

of this paper will engage in a discussion aimed at defining the nature, status, and functioning of BRICS within the international legal order. They will also consider the future perspective, the potential for further expansion, and the impact of BRICS on current international processes.

Key words: *BRICS; International Legal Order; International Organizations; International Bodies; International Association; Multipolar Political Order; Political and Economic Cooperation.*

УДК/UDC 341.79(4-672EY)

341.645.2(4-672EY)

ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД / ORIGINAL SCIENTIFIC ARTICLE

Проф. др Борис Тучић

Факултет безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци

Др Радмила Драгишић

Помоћник министра за европске интеграције у Министарству за европске интеграције и међународну сарадњу Републике Српске

EULEX И ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА: ОБЈЕДИЊЕНИ ПРЕДМЕТИ С-29/22 Р И С-44/22 Р ПРЕД СУДОМ ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

У раду се анализирају околности и импликације обједињеног случаја С-29/22 Р и С-44/22 Р, којег су физичка лица српске националности са Косова и Метохије, КС и КД, покренули пред Судом правде Европске уније са циљем поништавања Одлуке Опитег суда у случају Т-771/20 и обезбјеђењем заштите њихових права у складу са релевантним рјешењима Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и Повеље Европске уније о основним правима, али и другим релевантним изворима права Уније којима су дефинисане надлежности и обавезе Мисије владавине права Европске уније на Косову и Метохији (EULEX). Уважавајући комплексност предмета о којем је ријеч, укљученост три правосудне инстанце у различитим фазама поступка, број страна у поступку, чињеницу да је предмет случаја, у суштини, дјеловање Уније у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике (CFSP) у којој су надлежности Суда правде и даље, сем два изузетка, готово непостојеће, напослетку, садржај и домаћај пресуде Суда правде (10. септембар 2024. године), централно питање којем је посвећен овај рад јесте у којој мјери наведена пресуда „отвара врата“ за ефикаснију правосудну заштиту права лица српске националности на Косову и Метохији, не само у односу на (не)дјеловање EULEX и неких од главних органа Уније, већ, посредно, и у односу на привремене косовске органе власти и то по не-

Борис Тучић, boris.tucic@fbn.unibl.org.

Радмила Драгишић, r.strbac@meoi.vladars.rs.

ким од најтежих питања, попут нестанка, отмице или убиства чланова породице током ратних дешавања у јужној српској покрајини, а посебно 1999. године. Анализа је спроведена у теоријском оквиру права Европске уније, уз ослањање на одабране научне методе, попут анализе садржаја, индуктивне и дедуктивне методе, те компаративне анализе, посебно у контексту разматрања неких ранијих пресуда Суда правде Европске уније у сродним предметима који се тичу CFSP Европске уније, а на које, додуше из различитих углова, реферишу обе стране у обједињеном поступку C-29/22 P и C-44/22 P.

Кључне ријечи: Општи суд; Суд правде ЕУ; Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода; Повеља ЕУ о основним људским правима; CFSP; Вануговорна одговорност за причињену штету.

1. УВОД

У складу са важећим уговорним рјешењима, надлежност Суда правде Европске уније у области Заједничке спољне и безбједносне политике (ЗСБП), укључујући и Заједничку безбједносну и одбрамбену политику као њену неизоставну компоненту, непостојећа је, изузев у два случаја. Први, у складу са чл. 24.1 лисабонског Уговора о Европској унији (УЕУ), подразумева надлежност Суда правде да надзире поштовање чл. 40 истог уговорног акта којим је дефинисан однос ЗСБП и других области спољњег дјеловања Европске уније (ЕУ), а тиме и однос ЗСБП и других области политика ЕУ уопште,¹ док се други, у контексту наведеног чл. 24.1 УЕУ, односно чл. 275.2 Уговора о функционисању Европске уније (УФЕУ),² односи на надлежност Суда да утврђује легалност аката Савјета ЕУ којима се уводе рестриктивне (санкционе) мјере против правних и физичких лица, а које се доносе управо на основу уговорних одредби у оквиру ЗСБП. Другим ријечима, уговорно предвиђена регулаторна асиметричност између ЗСБП, с једне, те осталих области политика ЕУ, с друге стране, изражена је и кроз редуковану надлежност Суда правде у домену ЗСБП.³ Но, како указује његова прилично обимна јуриспруденција у посљедње двије деценије, то не значи да се Суд правде мирио са ова-

¹ Б. Тучић, „Суд правде Европске уније и аутономне рестриктивне мере против правних и физичких лица и недржавних ентитета у оквиру Заједничке спољне и безбедносне политике“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 91/2021, 122.

² Consolidated version of the Treaty of the European Union and the Treaty of the functioning of the European Union, OJ C 115/51, 9.5.2008.

³ М. Е. Bartoloni, “Restrictive Measures' under art. 215 TFEU: towards unitary legal regime? Brief reflections of Bank Refah Judgement“, *European Papers Insight* 3/2019, 1360.

квом уговорно намијењеном позицијом у оквиру ЗСБП, већ је настојао искористити сваку указану прилику да ојача и прошири своје компетенције и у овој области политика Уније.⁴ При томе, сегмент ЗСБП у оквиру којег је Суд правде остварио највише успјеха у контексту јачања властите позиције и надлежности односио се на примјену рестриктивних мјера према индивидуалним субјектима, у складу са чл. 24.1 УЕУ, односно чл. 275.2 УФЕУ, да би се у обједињеном случају С-29/22 Р и С-44/22 Р⁵ по први пут сусрео са питањем надлежности судова Уније да разматрају акте и дјеловање институција и тијела Уније у оквиру мисија које Европска унија реализује у домену ЗБОП, у складу са чл. 42–46 УЕУ.

Стога, у раду се анализирају околности и импликације обједињеног случаја С-29/22 Р и С-44/22 Р, и то не само у контексту евентуалног даљег јачања позиције Суда правде у домену ЗСБП, односно ЗБОП, већ и у контексту јачања инструмената посредством којих би правна и физичка лица на Косову и Метохији могла ефикасније правосудно заштити своја гарантована права, како у односу на акте и дјеловање Мисије владавине права Европске уније (EULEX) која је успостављена 2008. године, тако и, индиректно, у односу на акте и дјеловање привремених институција, посебно када је ријеч о неким од најтежих и најкомплекснијих питања попут нестанака, отмица или убистава током ратних дешавања у јужној српској покрајини. Анализа предмета истраживања у раду се реализује кроз неколико логички и методолошки повезаних цјелина, у којима се разматрају правни оквир и околности случаја, ставови Општег суда као првостепене инстанце у поступку, изузетно важни и аргументовани ставови Општег правобраниоца (енг. *Advocate General* – AG) у апелационом поступку пред Судом правде и сама одлука Суда правде Европске уније од 10. септембра 2024. године, да би на крају била дата и закључна разматрања аутор̃а.

2. ПРАВНИ ОКВИР

Особе српске националности са Косова и Метохије, КС и КД, покренуле су поступак пред Судом правде Европске уније са захтјевом да се Рјешење Општег суда у предмету Т-771/20 од 10. новембра 2021. године,⁶ у којем се он прогласио ненадлежним, поништи. У

⁴ Б. Тучић, 130–131.

⁵ Случај *KS and KD v. Council and Others and European Commission v. KS, KD and Others* од 10. септембра 2024.

⁶ Т-771/20, *KS and KD v. Council and Others*, Order of the General Court of 10 November 2021, OJ C 24 од 17. јануара 2020.

поступку пред Општим судом, лица КС и КД су поднијела захтјев на основу чл. 268 (општа надлежност Суда правде ЕУ да одлучује о надокнади штете), односно чл. 340 УФЕУ (вануговорна одговорност за причињену штету) да им се надокнади вануговорна штета коју су дата лица претпрјела услед различитих аката, поступака и пропуста Савјета Европске уније, Европске комисије и Европске службе за спољне послове (енг. *European External Action Service* – EEAS) у контексту провођења Заједничке акције 2008/124/CFSP од 4. фебруара 2008. године,⁷ касније мијењане и допуњаване, а којом је формирана Мисија ЕУ за успостављање владавине права на Косову и Метохији – EULEX, са посебним нагласком на активностима институција и тијела Уније по питању истрага EULEX-а које су се односиле на најтеже злочине, попут мучења, нестанка (отмице) и убистава.

Наиме, према чл. 1 Заједничке акције 2008/124, ЕУ покреће Мисију ЕУ за успостављање владавине права на Косову и Метохији – EULEX, док се чл. 2 утврђује да EULEX помаже установама, правосудним тијелима и агенцијама за провођење закона у њиховом напредовању према одрживости и одговорности те у даљем развоју и јачању независног мултиетничког правосудног система и мултиетничке полиције и царинске службе, обезбјеђујући да те установе буду слободне од политичког утицаја и поштују међународно признате стандарде и најбоље европске праксе. EULEX, у пуној сарадњи са програмима помоћи Европске комисије, свој мандат остварује праћењем, подучавањем и савјетовањем, задржавајући при том неке извршне надлежности. У чл. 3 Заједничке акције, у којем се говори на који начин EULEX остварује своје задатке из чл. 2, између осталог, у тачки д) каже се да EULEX обезбјеђује да случајеви повезани са ратним злочинима, финансијским и привредним прекршајима и осталим озбиљним прекршајима буду прописно истражени, судски гоњени, пресуђени и проведени, док се у тач. и) истог члана истиче обавеза EULEX да осигура да се при провођењу свих његових дјелатности поштују међународни стандарди у области људских права. Чл. 12 Заједничке акције 2008/124 дефинисана је обавеза Политичко-безбједносног комитета у оквиру Савјета Европске уније да врши политички надзор и стратешко усмјеравање дјеловања EULEX-а те се ово тијело овлашћује да у ту сврху, у складу са трећим ставом чл. 38 УЕУ, доноси одговарајуће одлуке, које се, између осталог, могу тицати измјена Оперативног плана EULEX-а (ОПЛАН) и његовог заповједног ланца, именовања шефа Мисије EULEX или престанка њеног

⁷ Council of the European Union, Joint Action 2008/124/CFSP of 4 February 2008 on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, EULEX Kosovo, OJ L 42, 16.2.2008, 92.

мандата. На основу оваквих рјешења чл. 12 Заједничке акције, а у складу са поступком из чл. 38 УЕУ, Европска унија је успоставила Комисију за разматрање жалби због кршења људских права, као независно, вањско и одговорно тијело чији је основни задатак разматрање притужби поднесених због повреда људских права од стране Мисије EULEX при реализацији њеног извршног мандата. Како је предвиђено, Комисија након разматрања жалби доноси закључак који, у случају идентификације повреда људских права гарантованих на Косову и Метохији, може садржавати препоруке о корективним мјерама које се потом упућују шефу Мисије EULEX у сврху отклањања идентификованих повреда.

Заједничка акција 2008/124, како је поменуто, временом је мијењана и допуњавана у више наврата, при чему прва таква измјена и допуна релевантна за предмет који је у фокусу истраживања реализована је Одлуком Савјета Европске уније 2014/349 од 12. јуна 2014. године,⁸ којом је, у суштини, Мисији EULEX признат статус правног лица на Косову и Метохији, односно истакнуто да Мисија може набављати услуге и робу, склапати уговоре и административне договоре, запошљавати особље, располагати банковним рачунима, стицати имовину и располагати њом, испуњавати своје обавезе те бити странка у правном поступку у мјери у којој је то потребно у сврху провођења Одлуке Савјета 2014/349. Сљедеће релевантне модификације Заједничка акција претрпјела је 8. јуна 2018. године, усвајањем Одлуке Савјета 2018/856,⁹ у оквиру којих је примарно дошло до измјена и допуна чл. 2 Заједничке акције, на начин да је истакнуто да Мисија EULEX пружа подршку одабраним институцијама за владавину права у њиховом напретку према већој ефикасности, одрживости, мултиетничности и одговорности, без политичког утицаја и уз потпуно поштовање међународних стандарда у подручју људских права и најбоље европске праксе, путем активности праћења и ограничених извршних функција које би се, како је предвиђено, временом постепено укидале, изузев, у складу са тачком д) чл. 3 Одлуке, у домену форензичке медицине и полиције, укључујући безбједносне операције и преостали програм заштите свједока те одговорност за одржавање и промицање јавног реда и мира, између осталог, уколико постоји потреба, укидањем или поништавањем оперативних одлука надлежних привремених

⁸ Council of the European Union, Council Decision 2014/349/CFSP of 12 June 2014 amending Joint Action 2008/124/CFSP on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, EULEX Kosovo, OJ L 174, 13.6.2014, 42.

⁹ Council of the European Union, Council Decision (CFSP) 2018/856 of 8 June 2018 amending Joint Action 2008/124/CFSP on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, OJ L 146, 11.6.2018, 5.

институција на Косову и Метохији, док се у тач. е) чл. 3. измијењене и допуњене Одлуке Савјета још једном истиче одговорност EULEX-а да у свим својим дјелатностима обезбиједи поштовање гарантованих људских права и слобода.¹⁰

3. ОКОЛНОСТИ СЛУЧАЈА Т-771/20

Кратки историјат и околности поступка Т-771/20 који је покренут пред Општим судом, подразумијевали су да је прво особа КД, 11. марта 2014. године, поднијела притужбу Комисији за разматрање жалби у вези са истрагом о отмици и убиству њеног супруга и сина, по којој је Комисија 19. октобра 2016. године донијела одлуку у којој је констатовано да је дошло до повреде чл. 2 (право на живот), чл. 3 (забрана мучења) и чл. 13 (право на дјелотворан правни лијек) Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода¹¹ те шефу Мисије EULEX упутила препоруке за спровођење корективних радњи којима би се кршења наведених чланова Конвенције у конкретном случају отклонила. Својом одлуком од 7. марта 2017. године Комисија за разматрање жалби констатовала је да је шеф Мисије EULEX само дјелимично спровео корективне мјере, али да га дата чињеница није спријечила да закључи предмет. Слично је било и са особом КС, која је 11. јуна 2014. године поднијела притужбу Комисији у вези са истрагом нестанка њеног супруга, по којој је Комисија за разматрање жалби 11. новембра 2015. године донијела одлуку у којој је констатовала да је дошло до повреде чл. 2 (право на живот), чл. 3 (забрана мучења), чл. 8 (право на поштовање приватног и породичног живота) и чл. 13 (право на дјелотворан правни лијек) Европске конвенције те је шефу Мисије EULEX упутила препоруке за њихово отклањање. Својим дописом упућеним Комисији од 29. априла 2016. године, шеф Мисије је истакао да је о предметним препорукама упознао Службу за цивилно планирање и провођење (СРСС) и одређени број држава чланица, да би Комисија за разматрање жалби у својим одлукама од 19. октобра 2016, односно 7. марта 2017. године констатовала да шеф Мисије прво уопште није спровео корективне мјере, да би их потом само дјелимично спровео и одлучио затворити предмет. Потом су особе КС и КД 5. децембра 2016. године Савјету Европске уније и EEAS упутиле заједнички допис, у којем су истакле да нису

¹⁰ Посљедње измјене и допуне Заједничка акција 2008/124 претрпјела је Одлуком Савјета Европске уније 2023/1095 од 5. јуна 2023. године и ова верзија Заједничке акције је још увијек на снази. Вид. Council of the European Union, Council Decision (CFSP) 2023/1095 of 5 June 2023 amending Joint Action 2008/124/CFSP on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo. OJ L 146, 6.6.2023, 22.

¹¹ CoE, ETS, No. 5.

спроведене корективне мјере које је препоручила Комисија за разматрање жалби, да би 12. октобра 2017. године Савјет и ЕЕАС доставили одговор на изнесене притужбе, у којем је истакнуто да је Мисија EULEX учинила све што је у њеној моћи да истражи акте наведене у њиховим притужбама Комисији за разматрање жалби, односно да истражи наведене повреде људских права, уз констатацију да Комисија не представља тијело са правосудном функцијом и да су њене препоруке необавезујућег карактера. У међувремену, особа КС је 19. јула 2017. године пред Општим судом поднијела тужбу у предмету Т-840/16 против Савјета Европске уније,¹² Европске комисије и ЕЕАС због поништења или измјене Заједничке акције 2008/124 и накнадних аката којима се она мијења, због повреде чл. 13 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и чл. 47. Повеље Европске уније о основним правима¹³ и због вануговорне одговорности за повреду чл. 2, 3, 6, 13 и 14 Европске конвенције, да би Општи суд већ 14. децембра 2017. године донио рјешење којим одбацује тужбу, односно проглашава се ненадлежним да по њој одлучује. Потом су особе КС и КД, заједно са још шест особа, 14. јуна 2018. године поднијеле тужбу пред Високим судом правде Уједињеног краљевства против Европске уније коју, у складу са чл. 335 УФЕУ, заступа Европска комисија, Савјета, Високог представника за спољну политику и безбједност Европске уније и Мисије EULEX, због кршења њихових права гарантованих Европском конвенцијом и Повељом Европске уније, јер током реализације Мисије EULEX нису спроведене одговарајуће истраге о мучењу, нестанку и убиству чланова њихових породица, до чега је дошло током 1999. године на Косову и Метохији. Но, британски суд се 13. фебруара 2019. године прогласио ненадлежним да одлучује по наведеној тужби, након чега ће 29. децембра 2020. године и бити покренут поступак Т-771/20 пред Општим судом Европске уније.

У свом тужбеном захтјеву против Савјета, Европске комисије и ЕЕАС, особе КС и КД, полазећи од чл. 340. УФЕУ, захтијевале су надокнаду штете по неколико основа. Прије свега, због повреде чл. 2 и 3 Европске конвенције и чл. 2 и 4 Повеље Европске уније од стране Мисије EULEX због непостојања одговарајућих истрага о нестанку и убиству чланова њихове породице услед недостатка потребних средстава и одговарајућег особља Мисије за провођење њених извршних овлашћења, а коју је Комисија за разматрање жалби констатовала 11. новембра 2015. године када је ријеч о особи КС, односно 19. октобра

¹² *KS v. Council and Others*, Order of the General Court, ECLI:EU:T:2017:938 од 14. децембра 2017.

¹³ Charter of the Fundamental Rights of the European Union, OJ 326/391, 26.10.2012.

2016. године када је ријеч о особи КД. Такође, због повреде чл. 6, ст. 1 и чл. 13. Европске конвенције, као и чл. 47 Повеље Европске уније због непостојања одредби којима се предвиђа бесплатна правна помоћ за тужитеље који испуњавају услове у поступцима пред Комисијом за разматрање жалби те с обзиром на то да је Комисија основана без овлашћења да извршава своје одлуке и без овлашћења да обезбјеђује правне лијекове за утврђене повреде. Даље, због непредузимања корективних мјера за потпуно или дјелимично отклањање наведених повреда, иако је шеф Мисије у свом допису упознао Унију са закључцима Комисије за разматрање жалби, али и због погрешне употребе или злоупотребе овлашћења од стране Савјета Европске уније и ЕЕАС на начин да су 12. октобра 2017. године у свом допису тврдили да је Мисија EULEX учинила све што је у њеној моћи како би отмица и вјероватно убиство супруга особе КС и убиство супруга и сина особе КД били адекватно истражени, укључујући и њихову констатацију да Комисија за разматрање жалби не представља тијело са правосудном функцијом. У тужбеном захтјеву особе КС и КД су указале и да је дошло до погрешне употребе или пропуста да се на одговарајући начин употребе извршна овлашћења Мисије, на начин што је Одлуком 2017/856 Савјета Европске уније предвиђено да се Мисији EULEX редукују извршна овлашћења, иако су се наведене повреде гарантованих права наставиле. На крају, указано је и на погрешне употребе или злоупотребе извршног или јавног овлашћења Мисије EULEX и/или Канцеларије за истрагу и кривични прогон пред Посебним судом за ратне злочине на Косову и Метохији због пропуштања спровођења прописаног правног поступка у случају особе КД, иако је ријеч о предмету ратног злочина који је *prima facie* као такав потврђен. У складу са чл. 340. УФЕУ, особе КС и КД су од Општег суда тражиле да наложи Савјету Европске уније, Европској комисији и ЕЕАС да им заједнички или солидарно надокнаде штету, укључујући и камате по стопи и у временском интервалу којег одреди Општи суд, за штету коју су претрпјели због повреде својих права гарантованих чл. 2, 3, 6, 8. и 13 Европске конвенције, чл. 2, 4. и 47. Повеље Европске уније, што се тиче особе КС, односно чл. 2, 3, 6. и 13 Европске конвенције и чл. 2, 4 и 47 Повеље Европске уније, што се тиче особе КД.

4. СТАВ ОПШТЕГ СУДА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Одлука Општег суда, садржана у Рјешењу од 10. новембра 2021. године, да одбаци тужбу лица КС и КД и прогласи се ненадлежним у предметном случају, резултат су ригидног, позитивистичког тумачења релевантних уговорних одредби о надлежностима, у општем сми-

слу, Суда правде Европске уније у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике. Кључни аргумент Суда садржан је у чл. 28. Рјешења, у којем се наводи да се тужба лица КС и КД односи на акте или поступања која спадају у политичка или стратешка питања везана за дефинисање активности, приоритета и ресурса Мисије EULEX на Косову и Метохији, као и на одлуку о успостављању Комисије за разматрање жалби у оквиру Мисије те да су, у складу са Заједничком акцијом 2008/124, успостављање и активности Мисије EULEX обухваћене уговорним одредбама о Заједничкој спољној и безбједносној политици, у оквиру које Општи суд нема надлежност. Наведени аргумент Општи суд детаљно разрађује у тачкама 29–33. Рјешења гдје, између осталог, каже да примјеном посљедње реченице другог подстава ст. 1 у чл. 24. УЕУ и првог ст. чл. 275. УФЕУ, Суд правде Европске уније начелно није надлежан за одредбе које се односе на Заједничку спољну и безбједносну политику Уније, нити за акте који су донесени на основу тих одредби, као и да изузеци од тог правила, а има их два, не могу бити примијењени у конкретном случају, јер се тужба не односи на нарушавање права правних и физичких лица на основу примјене рестриктивних мјера донесених на основу одредби о Заједничкој спољној и безбједносној политици, као ни на примјену чл. 40. Уговора, односно „демаракацију“ Заједничке спољне и безбједносне политике у односу на остале облике спољњег дјеловања Уније. У складу са оваквим ставом, Општи суд у тачкама 34–39. Рјешења одбацује било какву аналогију овог са неким ранијим случајевима на које су се тужиоци у свом поднеску позивали, јер, како је утврдио Општи суд, околности овог случаја нису упоредиве са околностима у, на примјер, случајевима *Elitaliana/Eulex Kosovo*,¹⁴ *H v. Council and Others*,¹⁵ *KF/SATCEN*,¹⁶ односно *KF/CSUE*,¹⁷ јер се ови случајеви, иако се тичу Заједничке спољне и безбједносне политике, односе на одредбе чија је примјена у надлежности Суда правде Европске уније у погледу контроле законитости. Такође, Општи суд је истакао и да се ситуација у овом случају значајно разликује у односу на ситуацију у случају *Bank Refah Kargaran v. Council*,¹⁸ јер се тужба коју су поднијела лица КС и КД односи на незаконитост аката или пропусте Савјета Европске уније, Европске комисије и ЕЕАС на

¹⁴ C-439/13 P, *Elitaliana Spa v. Kosovo*, EU:C:2015:753 од 12. новембра 2015.

¹⁵ C-455/14 P, *H v. Council and Others*, EU:C:2016:569 од 19. јануара 2016.

¹⁶ T-286/15, *KF v. SATCEN*, EU:T:2018:718 од 25. октобра 2018.

¹⁷ T-619/19, T-619/19, *KF v. European Union Satellite Center*, EU:T:2020:337 од 10. јула 2020.

¹⁸ C-134/19 P, *Bank Refah Kargaran v. Council of the European Union*, EU:C:2020:793 од 6. октобра 2020.

основу чл. 24, ст. 1 УЕУ, односно тичу се креирања и провођења Заједничке спољне и безбједносне политике, а не појединачних рестриктивних мјера против индивидуалних субјеката које се доносе у оквиру те политике.¹⁹ У тачки 40. Рјешења, Општи суд је истакао да су правила УЕУ и УФЕУ којима се искључује надлежност Суда правде Европске уније у домену Заједничке спољне и безбједносне политике јасна препрека да он призна своју надлежност по питању накнаде штете у погледу аката или поступања обухваћених том политиком, без обзира што би, како имплицира из поднесака тужилаца, такво признање надлежности од стране Општег суда представљало једини пут да се лицима КС и КД гарантује ефикасна судска заштита. Стога, како је наведено у тачки 41. Рјешења, Општи суд је, позивајући се на ранију пресуду из случаја *Armando Carvalho and Others v. European Parliament and the Council of the European Union*,²⁰ истакао да, иако одредбе о надлежности Суда правде Европске уније треба тумачити на начин да се узме у обзир право лица на ефикасну судску заштиту, такво тумачење не смије подразумијевати занемаривање услова изричито предвиђених УФЕУ, а који се односе на утврђивање евентуалне надлежности Суда правде у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике. Другим ријечима, Општи суд се оваквим ставом заклонио иза уско интерпретираних одредби о надлежности Суда правде Европске уније у области Заједничке спољне и безбједносне политике, науштрб заштите права на ефикасну, односно дјелотворну судску заштиту.

5. ПОСТУПАК ПРЕД СУДОМ ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Након по њих разочаравајуће одлуке Општег суда, лица КС и КД су 12. јануара 2022. године, на основу чл. 256. УФЕУ, покренула апелациони поступак пред Судом правде Европске уније (С-29/22 Р), са захтјевом да поништи Рјешење Општег суда и прихвати њихове материјалне захтјеве из тужбе поднесене Општем суду, односно, алтернативно, поништи Рјешење и предмет врати Општем суду на поновно одлучивање, као и да донесе наредбу о обавези тужених да подмире како судске трошкове у оквиру основног поступка пред Општим судом, тако и трошкове у оквиру поступка пред Комисијом за разматрање жалби при Мисији EULEX. У суштини, захтјев лица КС и КД за поништавањем Рјешења Општег суда од стране Суда правде Европске уније темељио се на четири основна елемента: а) Општи

¹⁹ Б. Тучић, 129–130.

²⁰ С-565/19 Р, *Armando Carvalho and Others v. European Parliament and the Council of the European Union*, EU:C:2021:252 од 25. марта 2021.

суд је на погрешан начин протумачио одредбе чл. 24, ст. 1 УЕУ, односно 275 УФЕУ о надлежностима Суда правде Европске уније у области Заједничке спољне и безбједносне политике; б) Општи суд се на правно погрешан начин позвао на одлуку Суда правде Европске уније у случају *Refah Kargaran v. Council*;²¹ в) Општи суд се на правно погрешан начин позвао на одлуку Суда правде у случају *Armando Carvalho and Others v. European Parliament and the Council of the European Union*; г) на крају, Општи суд је направио правни прекршај не упуштајући се у рјешавање материјалног захтјева лица КС и КД у основном поступку, при томе не образложивши разлоге, односно аргументе за такву своју одлуку. Но, да би цијела прича додатно добила на својој комплексности, и Европска комисија је покренула апелациони поступак пред Судом правде Европске уније (C-44/22 P), са кумулативним захтјевом: а) да Суд у потпуности поништи Рјешење Општег суда; б) да Суд правде донесе одлуку да је искључиво у надлежности судова Европске уније да разматрају и рјешавају овакве случајеве; в) да врати поступак Општем суду на поновно одлучивање, како о надлежности, тако и, потом, о самом меритуму случаја; г) да одлуку о надокнади судских трошкова и трошкова поступака пред Комисијом за разматрање жалби донесе накнадно. У свом изјашњењу на апелацију Европске комисије, лица КС и КД су захтијевала да Суд правде, уколико се огласи надлежним за одлучивање по жалбама, одобри извођење доказа на основу чл. 64, ст. 2, тач. б) Пословника о раду Суда правде прије него што одлучи да ли предмет треба вратити Општем суду на поновно одлучивање. Очекивано, Савјет Европске уније је у свом изјашњењу тражио да Суд правде одбије жалбу и наложи да лица КС и КД, односно Европска комисија снесе судске и административне трошкове, док је ЕЕАС у свом поднеску тражила да, у случају да се Суд сматра надлежним за одлучивање по жалби, као и да располаже са довољно елемената за одлучивање по тужби коју су поднијела лица КС и КД, предметну тужбу прогласи недопуштеном у дијелу који се односи на ЕЕАС, као и да наложи лицима КС и КД и Европској комисији да подмире судске трошкове. Након очекиваног обједињавања случајева C-29/22 P и C-44/22 P у јединствени поступак, Суд правде је 10. септембра 2024. године донио одлуку која ће, без обзира на суздржаност Суда по појединим питањима, произвести бројне импликације, поготово у контексту даљег јачања његове позиције у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике Европске уније. Међутим, прије разматрања садржаја одлуке Суда правде, неопходно је сагледати и најзначајније моменте из мишљења Општег правобраниоца у поступку, гђе Тамаре Тапете, који ће додатно осви-

²¹ C-134/19 P, EU:C:2020:793.

јетлити могући правац развоја јуриспруденције Суда правде у овом контексту.

5.1. Мишљење Општег правобраниоца

Ослањајући се, прије свега, на ранија достигнућа јуриспруденције Суда правде, општи правобранилац ангажован у апелационом поступку, гђа Тамара Ђапета, у свом мишљењу²² прилично аргументовано је оспорила ставове Општег суда о његовој ненадлежности и издвојила неке од кључних момената које је и сам Суд правде, иако на то није обавезан, требао узети у обзир приликом доношења своје одлуке 10. септембра 2024. године. Прије свега, јасно је истакла да укључивање Заједничке спољне и безбједносне политике у уставни оквир Европске уније подразумијева да се базични принципи правног поретка Уније подједнако односе на све њене политике, укључујући и саму Заједничку спољну и безбједносну политику. Владавина права у правном поретку Европске уније захтијева да Суд правде обезбиједи „правност“, односно легалност активности које спроводе институције и тијела Уније, а посредством којих се врши имплементација њене Заједничке спољне и безбједносне политике.²³ Како би се обезбиједила ефикасна и ефектна правосудна заштита лица која тврде да су њихова права нарушена услед дјеловања институција и тијела Уније у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике, судови Европске уније морају, у начелу, располагати овлашћењима да разматрају такве притужбе.²⁴ Посебно, уговорне одредбе којима се Заједничка спољна и безбједносна политика Европске уније искључује из надлежности Суда правде, треба тумачити на начин да оне не подразумијевају ослобађање Уније од одговорности због кршења основних права при провођењу активности у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике.²⁵ Другим ријечима, Општи правобранилац Ђапета устврдила је да Суд правде предметне уговорне одредбе мора тумачити у складу са начелом ефикасне судске заштите, позивајући се при томе на мишљење Општег правобраниоца Бобека у случају *SatCen v KF*,²⁶ када је истакао да чл. 47 Повеље Европске уније о основним правима не дозвољава Суду правде Европске уније да „преиначује“ уговорне одредбе, али га овлашћује да их интерпретира на начин да се оствари

²² *KS and KD v. Council and Others and European Commission v. KS, KD and Others, Advocate General Opinion*, ECLI:EU:C:2023:901 (даље: C-29/22, AG Opinion).

²³ *Ibid.*, пара. 83.

²⁴ *Ibid.*, пара. 84.

²⁵ *Ibid.*, пара. 93.

²⁶ C-14/19 P, *European Union Satellite Center v. KF, Advocate General Opinion*, EU:C:2020:220 од 25. јуна 2020, пара. 69.

њихов пуни потенцијал у заштити права свих који су погођени или забринути због дјеловања институција и тијела Уније.²⁷ Самим тим, према мишљењу правобраниоца Тапете, Општи суд се није смио прогласити ненадлежним у случају T-771/20. Када је ријеч о захтјеву лица КС и КД да се стави на увид Оперативни план Мисије EULEX од њеног успостављања, односно о аргументу Општег суда да је ријеч о стратешким одлукама у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике, везано за које Суд правде нема надлежност, Општи правобранилац Тапета је констатовала да Суд правде не може утицати на стратешку одлуку у којој земљи или дијелу свијета ће Унија покренути неку своју мисију у оквиру Заједничке спољне и безбједносне, односно Заједничке безбједносне и одбрамбене политике, међутим, када се таква мисија успостави, Суд правде у потпуности располаже надлежношћу да осигура да дјеловање таквих мисија буде у складу са начелом заштите људских права, односно гарантованим људским правима у оквиру Европске уније,²⁸ укључујући чак и питање да ли су финансијски, људски или организациони капацитети таквих мисија, на шта су тужени указивали, довољни или не да се њима испоштују гарантована права у оквиру Уније.²⁹ Такође, Општи правобранилац је и става да, у случајевима у којима политичке и стратешке одлуке имају потенцијал да се њима наруше гарантована људска права, судови Европске уније морају располагати надлежношћу да притужбе индивидуалних субјеката узму у разматрање, као и да институције Уније у свим ситуацијама, укључујући и дјеловање у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике, у обзир морају узети обавезу поштовања људских права и слобода те да њихово нарушавање не смије представљати резултат свјесне политичке или стратешке одлуке. Другим ријечима, стратешке и политичке одлуке Савјета и других тијела Европске уније ограничене су обавезом поштовања људских права, која фундаментално мора обухватити и област Заједничке спољне и безбједносне политике.³⁰ На крају Мишљења, Општи правобранилац је Суду правде препоручила да поништи Рјешење Општег суда и врати му предмет на поновно одлучивање о допуштености и о меритуму тужбе, као и да одлуку о надокнади судских и административних трошкова пролонгира за касније.³¹ Поред чињенице да је Суд правде

²⁷ C-29/22, AG Opinion, пара. 100–101.

²⁸ *Ibid.*, пара. 118. По овом питању погледати и мишљење Општег правобраниоца Тамаре Тапете у случају C-351/22, *Neves 77 Solutions v. Agenția Națională de Administrare Fiscală — Direcția Generală Antifraudă Fiscală*, које је изнесено исти дан када и мишљење у обједињеном случају C-29/22 Р и C- 44/22 Р.

²⁹ C-29/22, AG Opinion, пара. 119.

³⁰ *Ibid.*, пара. 124.

³¹ *Ibid.*, пара. 159.

Европске уније у својој одлуци, као што ће се видјети, само дјелимично испратио аргументе и препоруке Општег правобраниоца, значај Мишљења гђе Ђапете у овом случају, на шта указује и Антје Кунст (*Antje Kunst*), огледа се у стриктном назначавању општег начела заштите људских права, односно уговорно гарантованих људских права и слобода у правном систему Европске уније, као кључног ограничавајућег фактора у односу на дјеловање институција и тијела Уније чак и у областима политика, попут Заједничке спољне и безбједносне политике, у којима је надлежност Суда правде значајно редукована. И не само то, како указује Кунст, одлука Високог суда правде Уједињеног краљевства из 2018. године да се прогласи ненадлежним за одлучивање по тужби КС, КД и шест других лица, била је исправна, јер су се прво судови Европске уније, односно Суд правде као њен централни правосудни ауторитет, морали огласити надлежним да разматрају питање да ли дјеловање Европске уније у домену Заједничке спољне и безбједносне политике уистину прелази „црвене линије“ оличене у заштити људских права и слобода, како их гарантује право европске организације.³²

5.2 Одлука Суда правде Европске уније

У својој одлуци од 10. септембра 2024. године, Суд правде Европске уније је поништио Рјешење Општег суда у случају Т-771/20 од 10. новембра 2021. године у којем се он проглашава ненадлежним за одлучивање по тужби лица КС и КД, и то из разлога, како је устврдио Општи суд, јер се тужба односи на политичка и стратешка питања која се тичу дефинисања и провођења Заједничке спољне и безбједносне политике Европске уније, у оквиру које судови Уније немају надлежност. Конкретније, Суд правде је поништио Рјешење Општег суда у којем се он проглашава ненадлежним да утврђује да ли је дошло до: повреде чл. 2 и 3 Европске конвенције, односно чл. 2 и 4 Повеље Европске уније од стране Мисије EULEX на Косову и Метохији јер није спровела одговарајуће истраге у вези са нестанком и убиством чланова породице лица КС и КД због недостатка одговарајућег особља у оквиру Мисије, при чему је Комисија за разматрање жалби још 2015. и 2016. године констатовала повреду наведених чланова; повреде чл. 6, ст. 1 и чл. 13 Европске конвенције, односно чл. 47 Повеље Европске уније због непостојања одредби којима је предвиђена бесплатна правна помоћ за тужитеље који испуњавају услове у

³² A. Kunst, “Judicial control over alleged breaches of fundamental rights in the implementation of EULEX Kosovo and Advocate General’s Ćapeta’s Opinion in Joined Cases C-29/22 P and C-44/22 P“, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2023/11/judicial-control-over-alleged-breaches.html>, 1. април 2025.

поступцима пред Комисијом за разматрање жалби, као и због тога што Комисији актом о њеном оснивању нису дата извршна овлашћења и није предвиђен одговарајући правни лијек за повреде људских права које је починила Мисија EULEX; недоношења корективних мјера од стране Мисије EULEX којима би се повреде гарантованих права отклониле; погрешне употребе или злоупотребе од стране Савјета Европске уније и EEAS због јавне тврдње да је Мисија EULEX учинила све што је у њеној моћи како би истражила ратне злочине, као и због тврдње да Комисија за разматрање жалби не представља орган са правосудном функцијом; на крају, погрешне употребе или злоупотребе извршних или јавних овлашћења јер нису обезбијеђене гаранције да ће случај лица КД, који се односи на ратни злочин, бити предмет правилног надзора од стране Мисије EULEX или од стране посебног тужилаштва пред Посебни судом за ратне злочине на Косову и Метохији. Остале елементе жалбеног захтјева лица КС и КД у обједињеном предмету С-29/22 Р и С-44/22 Р Суд правде је одбацио. Другим ријечима, Суд правде је предмет вратио Општем суду на поновно разматрање и одлучивање о допуштености и, тамо гдје је то примјењиво, о основаности тужбе лица КС и КД, као и о њиховом захтјеву за одређивање мјера извођења доказа са циљем исхођења пуне верзије Оперативног плана Мисије EULEX од њеног оснивања 2008. године. Питање утврђивања одговорности за надокнаду судских трошкова Суд правде оставио је за касније.

У односу на ставове Општег правобраниоца Тамаре Ђапете, која је идентификовала начела владавине права и ефикасне судске заштите те обавезу заштите гарантованих људских права и слобода као кључне корективне факторе за дјеловање институција и органа Уније у свим њеним областима политика, укључујући и Заједничку спољну и безбједносну политику, јер се само на такав начин може говорити о конституционалној јединствености правног система Уније, Суд правде је заузео нешто другачији став, посебно када је ријеч о статусу стратешких и политичких одлука у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике и евентуалној надлежности судова Уније да се упуштају у њихово разматрање. На примјер, Суд правде је одбацио аргумент Општег правобраниоца по којем чињеница да је ријеч о тужби везаној за кршење људских права *a priori* имплицира надлежност судова Европске уније, као и да телеолошко, функционално тумачење чл. 24 УЕУ и 275 УФЕУ, у свјетлу чл. 2, 3, 6, 19, 21 и 23 УЕУ, чл. 47 Повеље Европске уније и чл. 6 и 13 Европске конвенције, могу утицати на додјеливање надлежности Суду правде Европске уније по питањима у којима дату надлежност уговорне одредбе изричито не-

гирају.³³ Такво тумачење, како је утврдио Суд, не само да је у супротности са релевантним уговорним одредбама, већ би и поништило ефикасну примјену посебних правила и процедура које се примјењују у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике и изузетака који су, у погледу надлежности Суда правде, у оквиру ње уговорно предвиђени.³⁴ Суд правде не спори да се обавеза поштовања владавине права и заштите људских права и слобода односи и на Заједничку спољну и безбједносну политику, међутим, наглашава да се предметна обавеза подједнако односи и на принципе додијељених надлежности и институционалног баланса у правном систему Уније,³⁵ који не дозвољавају Суду правде да једноставно претпостави властиту надлежност у областима у којима такву надлежност релевантне уговорне одредбе искључују. И не само то, правећи аналогију са судском праксом Европског суда за људска права,³⁶ Суд правде је утврдио и да ограничења његове надлежности у појединим областима, као што је Заједничка спољна и безбједносна политика, нису инкомпатибилна са правом на ефикасну судску заштиту и фер суђење, уколико се дата ограничења не могу одвојити од понашања држава у међународним односима.³⁷ По мишљењу Суда, како би се идентификовала његова надлежност у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике, неопходно је спровести два основна корака. Прво, Суд мора утврдити да ли ситуација у питању потпада под предвиђене изузетке из чл. 24 УЕУ, односно чл. 275 УФЕУ, како је учинио, на примјер, у случају C-72/15,³⁸ или помињаном случају C-134/19 P, *Bank Refah*, у којима је надлежност Суда правде недвосмислено утврђена.³⁹ Други корак подразумијева да, уколико се чињенице и околности случаја не могу подвести под текстуално интерпретиране уговорне изузетке, неопходно је утврдити да ли надлежност Суда правде може бити идентификована на основу тога да ли је предмет конкретног случаја резултат политичких и стратешких одлука или изборā које праве институције и органи Уније у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике или не.⁴⁰ Другим ријечима, у оквиру другог корака утврђивања евентуалне надлежности Суда правде у домену Заједнич-

³³ C-29/22 P, 44/22 P, пара. 71.

³⁴ *Ibid.*, пара. 73.

³⁵ *Ibid.*, пара. 72.

³⁶ Вид. одлуку Европског суда за људска права *HF and Others vs. France*, Application No. 24384/19 and 44234/20 од 14. септембра 2022.

³⁷ C-29/22 P, 44/22 P, пара. 78.

³⁸ C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company v Her Majesty's Treasury and Others*, ECLI:EU:C:2016:381.

³⁹ *Ibid.*, пара. 115.

⁴⁰ *Ibid.*, пара. 116.

ке спољне и безбједносне политике, Суд је „у игру“ увео тзв. *доктрину политичког питања* те је устврдио да политички или стратешки избори представљају чињења или нечињења институција и органа Уније која су директно везана за успостављање, дефинисање или провођење њене Заједничке спољне и безбједносне политике и, посебно, Заједничке безбједносне и одбрамбене политике, а посредством којих се врши суштинска идентификација стратешких интереса Уније, утврђују активности које је неопходно предузети, позиције које се требају заузети те дефинишу заједничке смјернице којих се сви морају придржавати у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике, у складу са одредбама чл. 24, 25, 26, 28, 37, 38, 42 и 43 УЕУ.⁴¹ На основу тако идентификованих политичких и стратешких одлука у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике, Суд правде се фокусирао на појединачна чињења или нечињења од стране институција и органа Уније и Мисије EULEX за која лица КС и КД у својој тужби наводе да су њима нарушена њихова гарантована права и слободе. Оваквим приступом, крећући се од општег ка појединачном, Суд правде је идентификовао три основне категорије политичких и стратешких одлука или избора које институције и тијела Уније праве у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике те утврдио евентуално постојање властите надлежности у односу на сваку од њих. Прву представљају политички и стратешки избори који су директно везани за Заједничку спољну и безбједносну политику, попут одлуке о алоцирању средстава Мисији EULEX или одлуке о редукцији њених извршних овлашћења,⁴² те у односу на њих Суд правде не располаже надлежношћу. Другу представљају свакодневне, како их Суд означава, административне и управне одлуке, попут одлуке о ангажовању додатних људских ресурса у оквиру Мисије или одлуке о успостављању Комисије за разматрање жалби и њеним овлашћењима,⁴³ док трећу чине одлуке институција и органа Уније које за резултат имају пропуштање да се усвоје индивидуалне мјере којима би се отклонило кршење гарантованих људских права или омогућила адекватна судска заштита.⁴⁴ Како је констатовао Суд, друга и трећа категорија одлука не односе се директно на политичке и стратешке изборе у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике и оне дефинитивно потпадају под надлежност судова Европске уније. Најједноставније речено, ослањајући се на доктрину политичког питања, Суд правде је констатовао да надлежност судова Европске уније у оквиру Заједничке

⁴¹ *Ibid.*, пара. 118.

⁴² *Ibid.*, пара. 126, 136.

⁴³ *Ibid.*, пара. 128, 131.

⁴⁴ *Ibid.*, пара. 133.

спољне и безбједносне политике може постојати по свим питањима, изузев када је ријеч о одлукама које представљају резултат политичког или стратешког избора надлежних институција и органа Уније. При томе, и то је један од основних проблема његове аргументације, Суд није понудио било какво прецизније одређење или, пак, смјернице на основу којих би се *pro futuro* могло утврђивати да ли одређени поступак институција и органа Уније представља резултат политичког и стратешког избора или не. У смислу недоречености Суда правде по наведеном питању, у наступајућем периоду могуће је очекивати серију случајева у оквиру којих ће Суд правде морати додатно прецизирати изнесене ставове.

У сваком случају, иако можда није у потпуности искористио указану прилику да направи одлучнији корак у правцу јачања властите позиције у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике, Општи суд је, у складу са чл. 61 Статута Суда правде, обавезан свим правним питањима његове одлуке од 10. септембра 2024. године што, гледајући из перспективе лица КС и КД, али и не само њих, оставља довољно простора за обезбјеђење неупоредиво адекватније правосудне заштите њихових гарантованих права и слобода, како у односу на дјеловање институција и органа Уније, тако и, индиректно, узимајући у обзир задатке Мисије EULEX, у односу на дјеловање привремених институција у јужној српској покрајини.

6. ЗАКЉУЧАК

Посљедњих петнаестак година, Суд правде је кроз своју јуриспруденцију учинио значајан искорак у правцу јачања властите позиције и надлежности у оквиру Заједничке спољне и безбједносне, односно Заједничке безбједносне и одбрамбене политике Европске уније, поготово у контексту утврђивања легалности примјене рестриктивних мјера против правних и физичких лица на основу чл. 275 У-ФЕУ. Но, у обједињеном случају C-29/22 Р и 44/22 Р, Суд правде се, у форми апелационог поступка, по први пут суочио са питањем овлашћења судова Уније да утврђују евентуалну надлежност у односу на акте и одлуке које се доносе у контексту реализације (цивилних) мисија које Европска унија спроводи у оквиру Заједничке безбједносне и одбрамбене политике.

За разлику од Општег суда, који се у основном поступку који је пред њим вођен, држећи се ригидног, формалистичког тумачења релевантних уговорних одредби којима је регулисано питање надлежности Суда правде у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике, прогласио ненадлежним да поступа по тужби лица КС и КД,

Суд правде је учинио корак напријед, поништивши Рјешење Општег суда од 10. новембра 2022. године и вративши му предмет на поновно разматрање и одлучивање. Међутим, заузимајући „средњи курс“ између позиције Општег суда, с једне, те ставова и аргументације Општег правобраниоца у апелационом поступку, с друге стране, чини се да Суд правде није у потпуности искористио прилику која му је указана у правцу не само додатног јачања његовог статуса и надлежности у домену Заједничке спољне и безбједносне политике, већ и чвршћег обезбјеђења ефикасне судске заштите гарантованих права индивидуалних субјеката управо у односу на спољнополитичко дјеловање институција и органа Уније. Другим ријечима, за разлику од Општег правобраниоца који је заузео храбрији став и у први план истакао владавину права, начело ефикасне судске заштите и људска права и слободе као основне корективне факторе за дјеловање Уније у свим њеним политикама, укључујући и Заједничку спољну и безбједносну политику и при томе не правећи диференцијацију у односу на природу акта или дјеловања којима је наводно кршење гарантованих права индивидуалних субјеката учињено, Суд правде је заузео далеко партикуларнији приступ. По његовом схватању, начело ефикасне судске заштите, владавина права и заштита људских права и слобода, без обзира на њихов фундаментални карактер у правном систему Уније, не могу бити у позицији супрематије у односу на нека друга подједнако важна начела и принципе, попут конституционалног принципа додијељених надлежности или институционалног баланса, нити заштита људских права и обезбјеђење ефикасне судске заштите могу бити такви да се њима крше релевантне уговорне одредбе, у конкретном случају, одредбе о специфичним правилима и процедурама које се примјењују у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике. Ослањајући се на доктрину политичког питања, Суд правде је идентификовао три основне категорије одлука, односно избора које институције и органи Уније могу правити у оквиру Заједничке спољне и безбједносне политике те устврдио да надлежност судова Уније у оквиру ове политике, поред два уговорно наведена изузетка из чл. 40. УЕУ и 275. УФЕУ, може бити идентификована у односу на све акте или поступања, изузев оних који су политичког или стратешког карактера, не нудећи при томе и одговарајући инструментариј на основу којих би правосудне инстанце прецизно могле утврђивати да ли је у конкретном случају уистину ријеч о политичким и стратешким одлукама или не.

Без обзира на неискоришћеност указане прилике у њеном пуном капацитету, што се у пракси Суда правде свакако не дешава први пут, његова одлука од 10. септембра 2024. године је од огромног значаја,

не само у контексту питања евентуалног проширења надлежности Суда у области Заједничке спољне и безбједносне политике, већ и у контексту јачања непосредних механизма заштите људских права и основних слобода, у конкретном случају, како у односу на дјеловање институција и органа Уније, односно њене Мисије EULEX при остваривању њених извршних овлашћења, тако и, посредно, у односу на дјеловање привремених институција на Косову и Метохији, с тим што ће Суд правде у наредном периоду бројне ставове садржане у образложењу одлуке морати додатно појаснити и прецизирати.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Bartoloni, Maria Eugenia, “‘Restrictive Measures’ under art. 215 TFEU: towards unitary legal regime? Brief reflections of Bank Refah Judgement“, *European Papers Insight* 3/2019;
2. Kunst, Antje, “Judicial control over alleged breaches of fundamental rights in the implementation of EULEX Kosovo and Advocate General’s Čapeta’s Opinion in Joined Cases C-29/22 P and C-44/22 P“, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2023/11/judicial-control-over-alleged-breaches.html>;
3. Тучић, Борис, „Суд правде Европске уније и аутономне рестриктивне мере против правних и физичких лица и недржавних ентитета у оквиру Заједничке спољне и безбедносне политике“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 91/2021.

Правни акти

1. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, ETS, No. 5;
2. Charter of the Fundamental Rights of the European Union, OJ 326/391;
3. Consolidated version of the Treaty of the European Union and the Treaty of the functioning of the European Union, OJ C 115/51;
4. Council of the European Union, Council Decision (CFSP) 2018/856 of 8 June 2018 amending Joint Action 2008/124/CFSP on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, OJ L 146;
5. Council of the European Union, Council Decision (CFSP) 2023/1095 of 5 June 2023 amending Joint Action 2008/124/CFSP on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo. OJ L 146;
6. Council of the European Union, Council Decision 2014/349/CFSP of 12 June 2014 amending Joint Action 2008/124/CFSP on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, EULEX Kosovo, OJ L 174;
7. Council of the European Union, Joint Action 2008/124/CFSP of 4 February 2008 on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, EULEX Kosovo, OJ L 42.

Судска пракса Суда правде ЕУ, Општег суда и Европског суда за људска права

1. C-134/19 P, *Bank Refah Kargaran v. Council of the European Union*, EU:C:2020:793;
2. C-14/19 P, *European Union Satellite Center v. KF*, Advocate General Opinion, ECLI:EU:C:2020:220;
3. C-29/22 P and 44/22 P (Joined Cases), *KS and KD v. Council and Others and European Commission v. KS, KD and Others*;
4. C-29/22 P and 44/22 P (Joined Cases), *KS and KD v. Council and Others and European Commission v. KS, KD and Others*, Advocate General Opinion, ECLI:EU:C:2023:901;
5. C-351/22, *Neves 77 Solutions v. Agenția Națională de Administrare Fiscală — Direcția Generală Antifraudă Fiscală*, OJ C 368;
6. C-439/13 P, *Elitaliana Spa v. Kosovo*, ECLI:EU:C:2015:753;
7. C-455/14 P, *H v. Council and Others*, CLI:EU:C:2016:569;
8. C-565/19 P, *Armando Carvalho and Others v. European Parliament and the Council of the European Union*, 25.3.2021, ECLI:EU:C:2021:252;
9. C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company v Her Majesty's Treasury and Others*, ECLI:EU:C:2016:381;
10. European Court of Human Rights, *HF and Others vs. France*, Application Nos. 24384/19 and 44234/20;
11. T-286/15, *KF v. SATCEN*, EU:T:2018:718;
12. T-619/19, *KF v. European Union Satellite Center*, ECLI:EU:T:2020:337;
13. T-771/20, *KS and KD v. Council and Others*, Order of the General Court of 10 November 2021, OJ C 24;
14. T-840/16, *KS v. Council and Others*, Order of the General Court, ECLI:EU:T:2017:938.

Associate Professor Boris Tučić, LL.D.

Faculty of Security Science, University of Banja Luka

Radmila Dragišić, LL.D.

Assistant Minister for the European Integration,
Republic of Srpska Government

EULEX AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: JOINED CASES C- 29/22 P AND C-44/22 P BEFORE THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Summary

This paper analyses circumstances and implications of joined cases C-29/22 P and C-44/22 P, arising from the appeals of natural persons of Serbian nationality from Kosovo and Metohija, KS and KD, brought before the Court of Justice of the European Union with the aim of annulling the order of the General Court in case T-771/20 and ensuring the protection of their rights in accordance with relevant solutions from the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Charter of Fundamental Rights of the European Union, but also other relevant sources of Union law that define competences and obligations of the European Union Rule of Law Mission in Kosovo (EULEX). Considering the complexity of the case in question, involvement of three judicial instances in different stages of the procedure, number of parties in the procedure, the fact that the subject of the case, essentially, is actions of the Union within the Common Foreign and Security Policy (CFSP) in which the competences of the Court of Justice are still, with two exceptions, almost non-existent, and, finally, the content and actuality of the judgement of the Court of Justice (10 September 2024), the central issue to which this paper is dedicated is to which extent does the judgement in question “open the door” to more efficient judicial protection of persons of Serbian nationality in Kosovo and Metohija, not only in relation to (in)action of EULEX and some of the main authorities of the Union, but, indirectly, in relation to temporary Kosovo authorities in some of the most difficult matters, such as disappearance, abduction or murder of family members during the war events in the southern Serbian province, especially in 1999. The analysis has been conducted within the theoretical framework of European Union law, relying on selected scientific methods, such as the content analysis, inductive and deductive methods, and the comparative analysis, especially in the context of observing some of the earlier judgements of the Court of

Justice of the European Union in related cases concerning CFSP of the European Union, to which, although from different angles, both parties in joined procedure C-29/22 P and C-44/22 P refer.

Key words: *EULEX; General Court; Court of Justice of the EU; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; Charter of Fundamental Rights of the European Union; CFSP; Non-contractual liability.*

Проф. др Јелена С. Миленковић

Државно правобранилаштво Републике Србије,
Одељење за заступање Републике Србије пред
Европским судом за људска права, саветник

ВЕШТАЧКА ИНТЕЛИГЕНЦИЈА И ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ – ЧЛАН 6. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА – – Грађанскоправни аспект –*

Употреба вештачке интелигенције (ВИ) у различитим друштвеним сферама, укључујући правосуђе, у незаустављивом је залету и доноси значајне промене, несавремене у потпуности, с обзиром на њен експоненцијални развој. То отвара сложена правна питања, али и забринутост због утицаја на људска права, посебно на право на правично суђење. У раду се анализирају кључне гаранције права на правично суђење у грађанским поступцима према члану 6, став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, као и могући утицај ВИ на поштовање ових гаранција. Пред Европским судом за људска права још увек се није нашао случај употребе АИ у грађанском поступку, али на основу праксе Суда која се односи на стандарде правичности поступка, могли би се претпоставити могући проблеми. Идентификујући правне и етичке проблеме, аутор разматра изазове, као и користи од примене ВИ у грађанским судским поступцима, имајући у виду стандарде правичности поступка. Наиме, употреба ВИ представља мач са две оштрице. ВИ може значајно унапредити приступ суду, ефикасност поступка и доследност у одлучивању, док истовремено може угрозити гаранције непристрасности, независности, једнакости оружја и контрадикторности, као и право на образложену судску одлуку. С обзиром на то, ВИ

Јелена С. Миленковић, goran.markovic@pravni.ues.rs.ba.

* Ставови које је аутор изнео у раду представљају искључиво личне ставове аутора.

може бити користан алат за остваривање одређених сегмената правичности поступка, али уз обавезну људску контролу.

Кључне речи: Право на правично суђење; Вештачка интелигенција (ВИ); Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода; Европски суд за људска права.

1. УВОД

Савремена технолошка револуција, никада виђена до сада, уз примену вештачке интелигенције,¹ чији је развој експоненцијалан, представља преседан *par excellence*, за који не можемо ни претпоставити на које ће све друштвене аспекте утицати и на који начин. Оно што је извесно је да ће се вештачка интелигенција (у даљем тексту: ВИ) употребљавати и у правосуђу, те ће и правосудни систем бити глобално значајно другачији. Посебно је актуелна примена ВИ у судским поступцима и доношењу одлука, те је питање да ли ће ВИ заменити људске судије. Одређени алгоритми су већ сада у Америци заменили приправнике у адвокатским канцеларијама, док неки програми могу далеко брже од било ког људског правника да испрате више од 10 хиљада страница у секунди и на основу тога формулишу потребан одговор. У Естонији се почиње и са применом „аутоматског судије“.²

Стога је нужно ово питање разматрати на самом почетку примене ВИ и истражити да ли је могуће да ВИ доноси одлуке у складу са стандардима правичности, потом, који стандарди правичности поступка би се могли унапредити њеном употребом, али и које гаранције правичности би биле највише угрожене.

2. ГАРАНЦИЈЕ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У ГРАЂАНСКИМ ПОСТУПЦИМА ПРЕМА ЧЛАНУ 6. СТАВ 1. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Да бисмо одговорили на претходно питање, првенствено је неопходно утврдити шта подразумева правичност поступка и анализирати

¹ „Вештачка интелигенција дефинише се као способност рачунарског програма или машине да размишља и учи слично људима, користећи системе вештачких неуронских мрежа, како би јој се спознаја побољшала“, <https://www.sciencedirect.com/topics/computer-science/artificial-intelligence>, 21. новембар 2024.

² Л. Парентони, (L. Parentoni), Р. Ц. Кардозо (R. C. Cardoso), *Law, Technology and Innovation: V. II: Insights on Artificial Intelligence and the Law*, Expert Editora Digital 2021, 38, https://experteditora.com.br/wp-content/uploads/2021/02/LAW-TECHNOLOGY_v2.pdf, 21. новембар 2024.

сваку од гаранција правичног суђења у грађанским поступцима,³ прописаних чланом 6, став 1 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција), као и према досадашњој пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту: Суд), односно пре примене ВИ у правосуђу, како бисмо у односу на утврђене стандарде могли процењивати утицај ВИ.

2.1. Право на приступ суду

Као један од кључних аспеката права на правично суђење, право на приступ суду није изричито прописано чланом 6 Конвенције, већ је настало у пракси Европског суда, његовим тумачењем ове одредбе.⁴ Наиме, Суд је констатовао да свако има право да о његовом грађанско-правном захтеву одлучује суд, а држава му мора омогућити да тај захтев и поднесе. Важност ове гаранције огледа се и у томе што свака друга гаранција правичног суђења постаје бесмислена, уколико не постоји могућност да се поступак уопште и покрене.⁵

Природа овог права је релативна, односно постоје одређена ограничења за његово уживање. Наиме, у регулисању права на приступ суду, државе-потписнице Конвенције располажу одређеним степеном слободне процене, али на начин да ограничењима не смеју нарушити саму суштину права. Да би Суд прихватио ограничења права на приступ суду, држава мора доказати да она теже легитимном циљу и да постоји сразмерност између употребљених средстава и циља који се ограничењем жели постићи.⁶

Ограничења могу бити персоналне и економске природе. Персонална ограничења одређеним лицима онемогућавају да буду тужени пред домаћим органима, отварајући питање њихове страначке и процесне способности, а манифестују се кроз институт домаћег и међународног имунитета. Могу се огледати и кроз услове за добијање (бесплатне) правне помоћи, која, уколико буде ускраћена, може фактички онемогућити приступ суду, посебно у сложеним предметима или пред вишим инстанцама где је заступање обавезно. С друге стра-

³ Вид. J. С. Миленковић, „Упоредноправна анализа појма спора о грађанским правима и обавезама у пракси Европског суда за људска права и српском законодавству”, *Правна ријеч* 52/2017, Бања Лука 2017, 119–131.

⁴ *Голдер против Уједињеног Краљевства*, бр. представке 4451/70, пресуда ЕСЉП од 21.2.1975.

⁵ *Голдер против Уједињеног Краљевства*, бр. представке 4451/70, ст. 36, пресуда ЕСЉП од 21.2.1975; *Роше против Уједињеног Краљевства*, бр. представке 32555/96, ст. 117, пресуда ЕСЉП од 19.10.2005.

⁶ J. С. Миленковић, *Право на правично суђење у грађанским споровима у пракси Европског суда за људска права*, Службени гласник, ФЕППС 2019, 106.

не, постоје ограничења економске природе, попут високих такси или прекомерне адвокатске накнаде, које могу представљати несразмерну препреку за приступ правди. Да би констатовао да постоји повреда права на притуп суду, Суд ће у сваком појединачном случају испитати да ли висина трошкова, наспрам финансијске ситуације странке и целокупних околности случаја, онемогућава странку да води судски поступак.⁷

Држава нема само негативну обавезу у поштовању права на приступ суду, односно обавезу да се уздржи од неоправданог ограничавања овог права, већ и да предузме позитивне мере и обезбеди да ово право буде делотворно и практично, а не само пуко прописано.⁸

2.2. Право на независан и непристрасан суд

Правичност грађанског судског поступка обезбеђује се и поштовањем стандарда независности и непристрасности суда. У питању су различити концепти, али уско повезани, те Суд истовремено испитује њихову повреду.⁹

Независност суда се првенствено повезује са принципом поделе власти, али је заправо концепт шири. Односи се на одсуство непримерених спољашњих и унутрашњих утицаја или притисака на суд, односно оних који долазе од стране других грана власти или од стране саме судске власти. До повреде гаранције може доћи вршењем притиска на суд путем начина именовања судија, трајања њихових мандата или финансијских утицаја. Иако државе имају слободу уређивања сопственог правног система, не смеју оставити простор за политички утицај који би компромитовао независност. Такође, основна гаранција независности суда јесте сталност судијске функције, која судију штити од самовољног разрешења од стране надлежног органа. Дакле, суд мора бити слободан од било каквих инструкција, посебно извршне власти, али и од стране виших судских инстанци или председника суда. Европски суд процењује повреду ове гаранције путем критеријума, попут оног да ли домаћи суд одаје утисак независног.¹⁰

⁷ J. С. Миленковић (2019) 109–133.

⁸ *Артико против Италије*, бр. представке 6694/74, ст. 36, пресуда ЕСЉП од 13.7.1980.

⁹ *Димитров и други Бугарске*, бр. представке 77938/11, ст. 160, пресуда ЕСЉП од 1.7.2014.

¹⁰ J. С. Миленковић, А. Радованов, „Независност судске власти у пракси Европског суда за људска права“, *Правна ријеч* 54/2018, Бања Лука 2018, 301–315.

Непристрасност представља одсуство предрасуда или пристрасности поступајућег судије у односу на конкретан случај или конкретне странке. Како би утврдио да ли је непристрасност суда повређена, Суд примењује субјективни и објективни тест. Субјективни тест се односи на лична уверења и понашање судије у конкретном предмету. Подносилац представке пред Судом мора доказати постојање пристрасног поступања судије, јер се његова непристрасност претпоставља.¹¹ Пошто је тешко доказати субјективну пристрасност, Суд испитује да ли постоји легитимна сумња у непристрасност самог поступајућег суда, независно од личног понашања судије, дакле спроводи објективни тест. Легитимна сумња, односно објективне околности на основу којих се може констатовати пристрасност суда могу постојати, рецимо, у ситуацији у којој је иста особа на почетку конкретног поступка била странка или на страни странке, а потом судија у том истом поступку, као и ако је иста особа била судија на више инстанци у истом поступку.¹²

2.3. Право на јавну расправу

Транспарентност правосуђа и поверење у његов рад обезбеђују се поштовањем права на јавну расправу, које представља још једну гаранцију правичности суђења, а које се манифестује кроз усменост расправе и јавност суђења, односно објављивање судске одлуке.

Европски суд је у својој пракси констатовао да странка има право да њен случај пред судом буде усмено изложен, макар на једној инстанци, иако право на усмену расправу није апсолутно у грађанским судским поступцима. У случајевима у којима је нужно да поступајући суд одлучи о чињеничним питањима или да процени кредибилитет странака и сведока, потребна је усмена расправа. Међутим, ако се одлучује о правним или високо техничким питањима, у којима је за одлучивање довољна само документација, као и у случају да се странка одрекла овог права, усмена расправа није неопходна, посебно пред вишим инстанцама.¹³

Што се јавности расправе тиче, да би се омогућила јавна контрола над радом судова, суђења су, по правилу, отворена за јавност и меди-

¹¹ *Морис против Француске*, бр. представке 29369/10, ст. 73 и 74, пресуда ЕСЉП од 23.4.2015; *Киприану против Кипра*, бр. представке 73797/01, ст. 118, пресуда ЕСЉП од 15.12.2005;

¹² J. С. Миленковић (2019), 85–88.

¹³ *Екбатани против Шведске*, бр. представке 10563/83, ст. 27–32, пресуда ЕСЉП од 26.5.1988; *Котумел против Аустрије*, бр. представке 49616/06, пресуда ЕСЉП од 10.12.2009; *Пуатримол против Француске*, бр. представке 14032/88, пресуда ЕСЉП од 23.11.1993.

је. Постоје изузеци од овог правила, изричито прописани чланом 6, став 1 Конвенције, и то због заштите морала, јавног реда, националне безбедности, интереса малолетника и приватности, или у случају када би јавност расправе штетила интересима правде. Поменути члан Конвенције изричито прописује и обавезу објављивања судске одлуке, како би јавност имала увид у њен садржај, а без чега не може постојати транспарентност. Ова обавеза постоји и у оним поступцима у којима је јавност била искључена.¹⁴

2.4. Право на суђење у разумном року

Констатовали смо да гаранције правичности поступка немају значаја уколико само једна од њих не буде поштована, што ће бити и у случају да се судска одлука не донесе у разумном временском периоду. Уколико дође до одуговлачења поступка, урушава се ефикасност правосуђа, самим тим и поверење јавности. Појам „разумног рока“ није прецизно одређен. Суд процењује разумну дужину трајања сваког појединачног случаја, од покретања поступка до доношења правоснажне одлуке, односно до њеног извршења, спрам конкретних околности.¹⁵

У својој пракси Суд је дефинисао четири критеријума, на основу којих процењује разумност дужине трајања поступка. Наиме, уколико је сложеност случаја већа, односно када постоји правна и чињенична комплексност, Суд ће толерисати дуже трајање поступка. Процењујући разумност дужине трајања поступка, следећи критеријум којим се Суд води је понашање странке у поступку. Ако је странка својим понашањем у поступку допринела његовом одуговлачењу, попут злоупотребе процесних права, Суд дужину трајања поступка неће моћи да стави на терет држави. Како испитује понашање странака, тако Суд испитује и понашање надлежних државних органа, односно да ли су поступали ажурно и марљиво, што најчешће представља основ за утврђивање повреде права на суђење у разумном року. Држава није одговорна само за одуговлачење конкретног поступка, већ и за организацију правосудног система, која утиче на неефикасност правосуђа. Четврти тест Суда је процена значаја предмета спора за подносиоца представке. Из тог разлога спорови који се тичу деце, статусних питања или радни спорови захтевају хитност у поступању.¹⁶

¹⁴ J. С. Миленковић (2019), 159–165.

¹⁵ *Прето и други против Италије*, бр. представке 7984/77, ст. 31, пресуда ЕСЉП од 8.12.1983; *Сатакунан Маркинаперси Ој и Сатамедија Ој против Финске*, бр. представке 931/13, ст. 91, пресуда ЕСЉП од 21.7.2015.

¹⁶ J. С. Миленковић (2019), 170–175.

2.5. Право на једнакост оружја и контрадикторност

Правичност судског поступка не може постојати ни уколико се једна страна стави у неповољнији положај у односу на другу. Једнака могућност подразумева равноправне услове приступа суду, једнакост у личном учешћу, начину заштите својих права и изјашњавању о наводима супротне стране. Наиме, обе стране у поступку морају имати једнак приступ свим релевантним информацијама, односно поднесцима и доказима, на којима се одлука може базирати. Такође, свакој страни мора бити омогућена једнака прилика да свој случај изнесе и предложи доказе, али и да одговори на наводе и доказе супротне стране. У овом делу се гаранције преплићу и прелази се на терен контрадикторности поступка.¹⁷

Суд је у својој пракси констатовао да могућност страна да одговоре на наводе супротне стране представља контрадикторност у поступку. Да би се ово право могло практично реализовати, неопходно је странама омогућити да се упознају са наводима, предлозима и мишљењима од значаја за одлучивање свих органа и лица који учествују у поступку, као и да се о њима изјасне.¹⁸

2.6. Право на образложену судску одлуку

Имајући у виду да право на образложену судску одлуку није изричито прописано текстом Конвенције, ову гаранцију права на правично суђење формулисао је Суд у својој пракси, како би се спречила арбитарност у одлучивању и осигурало поверење странака и јавности у правосуђе, као и да би се омогућило коришћење правних лекова. Наиме, обавеза поступајућег суда јесте да јасно и разумљиво образложи аргументе на којима заснива своју одлуку.¹⁹

Захтев да одлука буде разумљива важно је како за странке о којима се правима и интересима ради, тако и за јавност, која се са одлуком упознаје њеним објављивањем и стиче поверење у правосуђе, генерално за транспарентност судског поступка. Када судија образложи своју правну логику и разлоге за доношење конкретне одлуке, странке је могу разумети, али и оспорити пред другостепеним органом.²⁰

¹⁷ *Ibid*, 175–185.

¹⁸ *Ibid*, 149.

¹⁹ *Мореира Ферейра против Португалије* (бр. 2), бр. представке 19867/12, ст. 84, пресуда ВВ ЕСЉП од 11.7.2017.

²⁰ Х. Сурден (H. Surden), “The Ethics of Artificial Intelligence in Law: Basic Questions”, *The Oxford Handbook of Ethics of AI* (eds. M. D. Dubber, F. Pasquale, S. Das), 732, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3441303, 2. април. 2025; М. Дими-

3. УПОТРЕБА ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ У ПРАВОСУЂУ И ПОШТОВАЊЕ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Када говоримо о вештачкој интелигенцији, првенствено је важно да се разуме да су сада у употреби такозвани „слаби“ или „средњи“ модели, иако су у питању високо специјализовани системи. Наиме, машине које су у стању да имају људске когнитивне способности, односно да самостално уче и да аутоматски схватају сву сложеност света још увек су само теоретски могуће и разликују се од оних о чијој употреби сада говоримо. У правосуђу се користе системи ВИ који су осмишљени да завршавају конкретне задатке.²¹ Генерално се могу разврстати на системе који се користе за прикупљање, сортирање и анализу података, као и за предвиђање одлука.

Прва врста ВИ алгоритама користи се за претрагу великих база података, попут судске праксе и правних извора, који, потом, проналазе обрасце и битне информације. Финске власти развијају алгоритам, који могу користити судије да се припреме за неки случај. Тај алгоритам се обучава да препозна кључне речи у тексту правног документа, како би на основу тога вршио претрагу релевантних правних аката и судске праксе, потом и нашао везу међу њима.²²

Алгоритми се, такође, могу користити за аутоматско превођење или додељивање предмета судијама. У Мађарској се користе системи, који значајно скраћују време обављања послова судских службеника, тако што аутоматски врше транскрипцију записника и одлука, притом детектују референце на правна правила. Још неки од једноставнијих типова алгоритама у судском поступку јесу они који се користе да аутоматски идентификују, а потом уклоне и замене личне податке из судских одлука, ради њиховог објављивања. Такође, постоје и алгоритми за процену разних видова плаћања износа досуђених судском одлуком. Рецимо, у Француској се развија алгоритам који у ранијим судским одлукама детектује износе које су странке на име накнаде штете тражиле и нудиле у случајевима физичких повреда, а које је потом суд досудио. На овај начин се судијама и странкама пружају

трук (М. Dymitruk), “The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings”, *Masaryk University Journal of Law and Technology* Vol. 13, No. 1 2019, 37. и 38, <https://journals.muni.cz/mujlt/article/view/11624>, 2. април 2025.

²¹ European ethical Charter on the use of Artificial intelligence in judicial systems and their environment, European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ) 2018, 30, <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>, 12. новембар 2024.

²² К. Терзиду (К. Terzidou), “The Use of Artificial Intelligence in the Judiciary and its Compliance with the Right to a Fair Trial”, *31 Journal of Judicial Administration* 154 2022, 158. <https://ssrn.com/abstract=4495715>, 17. новембар 2024.

информације о висинама накнада у претходним сличним случајевима, како би имали неку оријентацију око преговора и досуђивања износа тим поводом.²³

Што се тиче алгоритама за предвиђање исхода судског поступка, заснивају се на коришћењу статистичких метода и анализи дотадашње судске праксе, посебно случајева који имају слично чињенично стање као и случај чији се исход предвиђа, и идентификују корелације. Судије их могу користити као помоћно средство у одлучивању, као и адвокати и грађани заинтересовани за покретање судског поступка за предвиђање евентуалног исхода. Овакви модели су тек у фази развоја и имају своје значајне потенцијале, али и ограничења. У срцу ових модела су веома сложени алгоритми за машинско учење²⁴ и обраду природног језика. Заправо, њихов циљ није употреба правне логике, већ да нађу везу између различитих параметара анализираног случаја и дотадашње судске праксе.²⁵

Још пре пар година Естонија је спровела пилот пројекат у коме алгоритам самостално доноси одлуке у споровима мале вредности. Странке убацују релевантна документа у одређену базу података, након чега их алгоритам процесуира и доноси одлуку. Важно је поменути да је оваква одлука подложна да буде преиспитана на другом степену од стране људског судије.²⁶

Оно што се приметило јесте да ВИ модели у правосуђу често доводе до погрешног тумачења судских одлука, јер им недостаје способност разумевања, те могу репродуковати непостојеће корелације.²⁷

У даљем тексту ћемо истражити могући утицај ВИ на гаранције права на правично суђење.

3.1. Вештачка интелигенција и право на приступ суду

Када је у питању право на приступ суду, ВИ може грађанима, без обзира на њихов економски статус, олакшати приступ суду, пружајући им информације о судским поступцима генерално, на лак и разум-

²³ К. Терзиду, 158.

²⁴ „Машинско учење се ослања на алгоритме за препознавање образаца и велики скуп примера како би се открили односи у подацима који могу послужити као поуздана основа за доношење одлука“, вид. Е. Д. Зелбст, С. Барокас (Andrew D. Selbst, S. Barocas), „The Intuitive Appeal of Explainable Machines“, *Fordham Law Review* Vol. 87, Issue 3, 2018, 1094, <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol87/iss3/11/>, 3. мај 2025.

²⁵ European ethical Charter on the use of Artificial intelligence in judicial systems and their environment, 57.

²⁶ К. Терзиду, 162.

²⁷ European ethical Charter on the use of Artificial intelligence in judicial systems and their environment, 57.

љив начин. Рецимо, постоји алгоритам који је у сталној комуникацији са корисницима преко интернета, дајући им истог тренутка све потребне информације у вези са њиховим правним стварима.²⁸

С друге стране, предиктивни модели вештачке интелигенције, који се користе за предвиђање исхода судског поступка, могу ограничити право на приступ суду. Наиме, уколико је исход предвиђања неповољан по странку која је тражила предвиђање свог будућег случаја, то је може обесхрабрити да се упусти у поступак, чиме алгоритам отежава њен приступ суду.²⁹

Такође, сложеност ВИ система и проблем који имају са транспарентношћу могу представљати баријеру за приступ суду странкама које не разумеју начин функционисања ВИ система. У вези с тим, покреће се питање ширине образовања, које адвокати морају да имају, те се помињу адвокати који се морају оспособити да се носе и са сложеним друштвеним проблемима у будућности, а то свакако подразумева и довољно познавање програмирања и вештачке интелигенције.³⁰

Закључили смо у претходном делу да су, према ставу Европског суда, дозвољена ограничења права на приступ суду, али само уколико ограничења испуне тест сразмерности и тежње ка остваривању легитимног циља. Уколико је функционисање алгоритма нетранспарентно, ограничење права на приступ суду који би примена алгоритма узроковала не би прошла тест Суда. Наиме, услед нетранспарентног функционисања алгоритма, немогуће је утврдити да ли се његовом применом заиста тежи легитимном циљу, односно да ли је ограничење приступа суду сразмерно легитимном циљу коме се тежи или постоји мање инвазиван начин да се оствари конкретан циљ.

3.2. Вештачка интелигенција и право на независан и непристрасан суд

Када су у питању ВИ системи, проблематичним се показало питање независног и непристрасног одлучивања, имајући у виду да ови програми никада не могу бити независни нити од људи који су их створили, нити од базе података из које црпе информације. Управо је и Европска Комисија констатовала да се ради о проблему високог

²⁸ К. Терзиду, 159.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Б. Кастерс (B. Custers), “A fair trial in complex technology cases: Why courts and judges need a basic understanding of complex technologies”, *Computer Law & Security Review* Vol. 52 2024, 3, 5 и 6. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364924000025?via%3Dihub>. 17. фебруар 2025.

ризика, те да је неопходан људски надзор над ВИ системима који асистирају судијама у испитивању и тумачењу чињеница и прописа, потом и подвођењу чињеничног стања под правни пропис.³¹

Анализом праксе Суда констатовали смо да независност поступајућег суда може бити угрожена уколико постоје непримерени утицаји, који посебно могу доћи од стране извршне власти, али се и други непримерени утицаји на правосуђе не могу сматрати у складу са правичним суђењем. Развој великих ВИ алгоритама је најчешће у рукама приватних компанија, које осим финансијских, могу фаворизовати политичке интересе, чиме се врши непримерени утицај на независност правосуђа које овакве алгоритме користи. Алгоритме за примену у правосуђу може развијати и држава, при чему се ресурси у виду стручности кадрова за стварање оваквих програма обично налазе у рукама извршне власти. Због тога би се примена ових алгоритама могла сматрати повредом права на независан суд.³²

Нови изазов за независност суда огледа се у претераном ослањању поступајућег судије на сугестије алгоритма, који му помаже при одлучивању. Споменути алгоритми који „само“ информису судије у вези са претходном судском праксом, налазећи везу између чињеничног стања у ранијим случајевима и оном у коме судија у том тренутку одлучује, могу навести поступајућег судију да игнорише индивидуалне карактеристике конкретног случаја и по аутоматизму прихвати сугестије алгоритма, како би поштовао принцип правне сигурности. Стога је питање да ли можемо говорити само о информисању судија које му даје неку оријентацију за одлучивање или се ипак ради о утицају на судију, самим тим на његово независно и непристрасно одлучивање.

Што се пристрасности тиче, овај проблем се може јавити уколико се алгоритми тренирају на пристрасним подацима. Имајући у виду то да они који развијају алгоритам не откривају јавности тачне податке на којима се тренирају алгоритми, ова врста пристрасности је обично суптилна и прикривена.³³

Такође, уколико се алгоритам, рецимо, за процену просечних накнада штете у судској пракси, обучава на подацима који генеришу пристрасност (на пример, у судској пракси су се ниже накнаде штете

³¹ Ethics Guidelines for Trustworthy AI, High-level expert group on artificial intelligence set up by the European Commission, 2019, 18, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, 10. март 2025.

³² К. Терзиду, 160–161.

³³ Д. Данкс (D. Danks), А. Ј. Лондон (A. J. London), “Algorithmic Bias in Autonomous Systems”, *Proceedings of the Twenty-Sixth International Joint Conference on Artificial Intelligence* 2017, 4692, <https://www.ijcai.org/proceedings/2017/0654.pdf>, 10. март 2025.

досуђивале само за одређену врсту повреде), алгоритам ће судије информисати, такође, генеришући пристрасност, али је представити као објективну.

3.3. Вештачка интелигенција право на једнакост оружја и контрадикторност

Констатовали смо да правичност поступка директно зависи од поштовања принципа равноправности странака, који подразумева забрану дискриминације, као и једнаку могућност да свака од страна изнесе своје аргументе.

Правична равнотежа између странака, која се огледа у принципу једнакости оружја, може бити угрожена применом ВИ у правосуђу услед проблема „црне кутије“.³⁴ Наиме, сложени ВИ системи, који се иначе користе у правосуђу, не могу објаснити на који начин су дошли до резултата. С друге стране, они кључни елементи програма не могу бити откривени, јер су заштићени интелектуалним правима, а управо се на њима суштински заснива предвиђање одлука.³⁵ Пошто странке нису у могућности да разумеју начин на који је ВИ дошла до закључка или препоруке, као и уколико је једна страна технолошки мање писмена или економски слабија да би приуштила приступ савременим технологијама, ова равнотежа међу странама у поступку биће нарушена.

Нетранспарентност ВИ угрожава и право странака да се упознају са доказима и аргументима у поступку, као и да на њих одговоре. Рецимо, уколико се у судском поступку користе алгоритми за анализу доказа, странке не могу контрадикторно расправљати о њиховом значају за поступак или о њиховој тачности, ако не могу имати приступ методологији или свим подацима на основу којих је алгоритам вршио анализу. Притом, разумевање овог процеса игра подједнако важну улогу за правичност поступка, имајући у виду да је Суд у својој пракси констатовао да докази морају бити не само доступни, већ и приступачни.³⁶ Све то представља велики проблем када је у питању коришћење ВИ у судским поступцима, а која се заснива на машинском учењу

³⁴ „Црна кутија“ представља „било шта што има мистериозни или непознати унутрашњи начин рада или механизам“, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/black%20box>, 11. фебруар 2025.

³⁵ К. Блаунт (K. Blount), “Seeking Compatibility in Preventing Crime with Artificial Intelligence”, *Masaryk University Journal of Law and Technology* Vol. 15, No. 1 2021, 42-43, <https://journals.muni.cz/mujlt/article/view/14172>, 12. април 2025.

³⁶ *Ibid*, 42.

3.4. Вештачка интелигенција и право на суђење у разумном року

Имајући у виду да је повреда права на суђење у разумном року најчешће повређивана гаранција правичности поступка пред Европским судом, примена ВИ у правосуђу могла би смањити дужину трајања судских поступака и унапредити његову ефикасност. Неки од начина да се повећа ефикасност судских поступака употребом ВИ свакако јесте њена могућност да обради велики број докумената у изузетно кратком временском року, да врши транскрипције, управља судским предметима, да помаже судијама у лакшем налажењу судске праксе и изради одлука.³⁷

Иако делује да би употреба ВИ могла решити проблем прекомерног трајања судских поступака, не смеју се занемарити бројни помени недостаци алгоритама, којима се нарушава правичност поступка, али и може узроковати одуговлачење. Наиме, сложеност функционисања алгоритама захтева додатно време за упознавање судија и странака са начином рада конкретних ВИ модела, што продужава и трајање судских поступака. Такође, пристрасност и нетранспарентност ВИ модела могу бити разлог честих оспоравања, која сама по себи продужавају поступак. Проблем са образложењем судских одлука може довести до њиховог оспоравања пред вишом инстанцом, па и до понављања поступка, што свакако не доприноси његовом бржем окончању. Нека од решења подразумевају едукацију адвоката и судија у правцу стицања основних технолошких знања, као и увођење специјализованих судова за технолошке спорове.³⁸

С обзиром на тенденцију Суда из новије праксе да процењује правичност поступка као целине, а не неку специфичну гаранцију, како је чинио у својој вишедеценијској пракси, иако је дошло до повреде неке гаранције, не мора по аутоматизму значити да је поступак неправичан, већ само уколико је конкретан недостатак довео у питање његову целокупну правичност.³⁹ Стога, постоји опасност да се, рецимо, због брзог окончања поступка толерише нетранспарентност алгорита који се користио у самом поступку.

³⁷ К. Терзиду, 154–158.

³⁸ Б. Кастерс, 5.

³⁹ Р. Гос (R. Goss), “The Disappearing ‘Minimum Rights’ of Article 6 ECHR: The Unfortunate Legacy of Ibrahim and Beuze”, *Human Rights Law Review*, Volume 23, Issue 4, Oxford 2023, 1–23. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngad024>, 23. април 2025.

3.5. Вештачка интелигенција и право јавност

Европски суд је у својој пракси констатовао да се под јавношћу поступка подразумевају усменост и јавност самог судског поступка, што укључује и јавно објављивање судских одлука. Суштина ове гаранције правичности поступка јесте да се осигурају поверење јавности и транспарентност правосуђа, онемогућавајући арбитрарно одлучивање.

Када је у питању поштовање права на јавност судског поступка, употреба ВИ може допринети поштовању овог права, али га може и угрозити. Посебан опрез је потребан код алогоритама који се користе приликом доношења одлука које имају утицај на људска права појединаца. Тада је нужно предочити јавности да се користи ВИ систем, и то на јасан и разумљив начин, али и осигурати да појединац може да разуме начин доношења конкретних одлука.⁴⁰

Анализом праксе Европског суда констатовали смо да усменост расправе не мора бити обавезна, посебно пред вишим инстанцама или када су у питању техничке или чисто правне ствари. Имајући у виду да постоје алгоритми који самостално могу одлучивати, а да се поступак води тако што странке самостално уносе релевантне податке о поступку, које потом ВИ процесуира и доноси одлуку, опсег спорова у којима се не поштује гаранција усмености расправе може се проширити, самим тим употребом овог ВИ модела долази до повреде права на правично суђење.

И нетранспарентност алгоритама може негативно утицати на поштовање гаранције јавности суђења. Имајући у виду да је циљ јавности поступка контрола јавности над радом правосуђа, они делови поступка који укључују употребу алгорита нису транспарентни за јавност.⁴¹ Дакле, јавност суштински не може да оствари увид у поступак, иако физички може бити присутна.⁴²

С друге стране, како Конвенција прописује искључивање јавности искључиво у побројаним случајевима, тако алгоритми могу ефикасно вршити аутоматску анонимизацију судских одлука, односно искључивање осетљивих информација. Међутим, и искључивање јавности се мора образложити, тако да се поново долази до проблема ВИ као

⁴⁰ *Вештачка интелигенција: Десет корака за заштиту људских права*, Савет Европе, Комесар за људска права 2019, 10.

⁴¹ Ц. К. Винтер (C. K. Winter), “The Challenges of Artificial Judicial Decision-Making for Liberal Democracy”, *Judicial Decision Making-Integrating Empirical and Theoretical Perspectives* (Editors P. Bystranowski, B. Janik, M. Próchnicki) 2022, 191 и 192, https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-031-11744-2_9#citeas, 12. мај 2025.

⁴² Б. Кастерс, 2–3.

„крне кутије“. Такође, без људског надзора алгоритам може погрешно применити правило о изузецима, чиме би се аутоматски повредила јавност поступка, било неодговарајућим сужавањем, било ширењем поља јавности.

3.6. Вештачка интелигенција и право на образложену судску одлуку

Споменули смо да се у правосуђу користе разне врсте ВИ алгоритама, у зависности од намене. Једноставнији модели, пружају јасне увиде у начин на који долазе до резултата, али због тога губе на тачности предвиђања.⁴³ Међутим, постоје и модели који користе сложене неуралне мреже.⁴⁴ Иако се одликују великом тачношћу, њихов недостатак је у томе што су тешки, скоро немогући, за разумевање.⁴⁵ Наведени проблем дефинише се у теорији као недостатак транспарентности, разумљивости и интерпретабилности.⁴⁶

Наиме, нетранспарентност ВИ огледа се у томе да су код, подаци, као и начин рада и одлучивања недоступни и нејасни. Уколико ВИ модели не могу да објасне и опишу начин на који су дошли до неког резултата, сматра се да постоји проблем са објашњивошћу модела. Обично се у литератури транспарентност и објашњивост поистовећују. С друге стране, постоји потреба да судије и странке у поступку разумеју шта програм тачно ради, као и везу између података које програм користи и крајњег резултата, односно одлуке коју је донео. То чини да програм буде разумљив, односно да програм испуни услов интерпретабилности.⁴⁷

Према пракси Суда, како смо констатовали, образложење судске одлуке, као део права на правично суђење, представља обавезу судије да јасно и разумљиво објасни аргументе, правну логику и разлоге на

⁴³ А. Дикс (Ashley Deeks), “The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence”, *Columbia Law Review* Vol. 119:1829, 2019, 1835. <https://columbialawreview.org/content/the-judicial-demand-for-explainable-artificial-intelligence/>. 15. мај 2025.

⁴⁴ „Неурална мрежа је систем за учење који захтева почетни поступак обуке ради прилагођавања тежинских коефицијената, како би се побољшале перформансе мреже“, <https://www.sciencedirect.com/topics/engineering/learning-systems>, 12. мај 2025.

⁴⁵ Х. Сурден, 731.

⁴⁶ П. Линадратос (P. Linardatos), В. Папастефанопулос (V. Papastefanopoulos), С. Котсиантис (S. Kotsiantis), „Explainable AI: A Review of Machine Learning Interpretability Methods“, *Entropy* 23, 28, 2021, 1 и 2, <https://dx.doi.org/10.3390/e23010018>, 10. мај 2025.

⁴⁷ Н. Баласубраманиам (N. Balasubramaniam) et al., “Transparency and Explainability of AI Systems: Ethical Guidelines in Practice”, *Requirements Engineering: Foundation for Software Quality* (Eds. V. Gervasi, A. Vogelsang), Springer, 2022, 3–18, <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-98464-9#overview>, 10. мај 2025.

којима заснива своју одлуку. Пошто изворни код, као и сам алгоритамски процес представљају интелектуалну својину, притом се тај оригинални код алгоритма мења током машинског учења, кључни елементи на основу којих алгоритам долази до резултата не могу бити у целости познати судијама.⁴⁸ С обзиром на то, судије нису у могућности да јасно и разумљиво образложе аргументе на којима заснивају своју одлуку, уколико су усвојиле резултат до кога је дошао тај алгоритам. Како нема транспарентности и објашњивости ВИ, тако не може постојати ни њена разумљивост, односно да судије, потом и странке могу схватити зашто је алгоритам донео баш ту конкретну одлуку.⁴⁹ Уколико се резултати ВИ укључе у судску одлуку некритички, свакако се не би могло рећи да је таква одлука одговарајуће образложена и да одражава разлоге за доношење одлуке, а да су стандарди правичности испуњени.

4. ЗАКЉУЧАК

На основу спроведене анализе сваке појединачне гаранције права на правично суђење из члана 6. став 1. Европске конвенције, можемо констатовати да је почетна хипотеза у раду потврђена, односно да употреба вештачке интелигенције у грађанским судским поступцима представља мач са две оштрице. Наиме, иако се коришћењем вештачке интелигенције могу унапредити право на приступ суду, ефикасност судског поступка и доследност у одлучивању, постоји реалан ризик да се у некој мери или у потпуности угрозе сви аспекти правичности поступка. Посебно су угрожене гаранције независног и непристрасног одлучивања, једнакост оружја и контрадикторност, као и право на образложену судску одлуку.

Иако може деловати да су алгоритми који у правосуђу имају само информациону улогу једноставни и бенигни по људска права, ипак и они носе одређене ризике. Стога се анализа утицаја мора вршити за сваки вид употребе вештачке интелигенције у правосуђу, а посебно за алгоритме који се заснивају на машинском учењу.

Због тога је, поред обавезног успостављања нормативног оквира за употребу ВИ у правосуђу и јасно дефинисање граница, услова и модалитета употребе, укључујући захтеве за транспарентношћу, интерпретабилношћу и разумљивошћу, неопходно да људске судије сачувају централну улогу у процесу одлучивања у судским поступцима, уз надзор над употребом алгоритама. Судије се морају обучити како по питању правног, тако и технолошког аспекта рада са алгори-

⁴⁸ К. Блаунт, 42–43.

⁴⁹ Х. Сурден, 731.

тамским системима, како би критички приступиле њиховим резултатима.

У коначном, на основу претходне анализе може се констатовати да би правда била деградирана уколико би се аутоматизовала. Трансформација правосуђа, која у овом тренутку делује неминовно, мора ићи руку под руку са очувањем људског достојанства и процесних права на правично поступање, као неприкосновених међународних вредности и вредности европског правног поретка.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Баласубраманијам, Нагадивија и други, "Transparency and Explainability of AI Systems: Ethical Guidelines in Practice", *Requirements Engineering: Foundation for Software Quality*, Springer, 2022, <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-98464-9#over-view>;
2. Блаунт, Кели, "Seeking Compatibility in Preventing Crime with Artificial Intelligence and ensuring a fair trial", *Masaryk University Journal of Law and Technology* Vol. 15, No. 1, 2021, <https://journals.muni.cz/mujlt/article/view/14172>;
3. Данкс, Дејвид, Лондон, Алекс Ц., "Algorithmic Bias in Autonomous Systems", *Proceedings of the Twenty-Sixth International Joint Conference on Artificial Intelligence*, 2017, <https://www.ijcai.org/proceedings/2017/0654.pdf>;
4. Дикс, Ешли, "The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence", *Columbia Law Review*, Vol. 119, 2019, <https://columbia-lawreview.org/content/the-judicial-demand-for-explainable-artificial-intelligence/>;
5. Димитрук, Мариа, "The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings", *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 13, No. 1, 2019, <https://journals.muni.cz/mujlt/article/view/11624>;
6. Гос, Рајан, "The Disappearing 'Minimum Rights' of Article 6 ECHR: The Unfortunate Legacy of Ibrahim and Beuze", *Human Rights Law Review* Vol. 23, Issue 4, Oxford 2023, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngad024>;
7. Кастерс, Барт, "A fair trial in complex technology cases: Why courts and judges need a basic understanding of complex technologies", *Computer Law & Security Review*, Vol. 52, 2024, <https://www.science-direct.com/science/article/pii/S0267364924000025?via%3Dihub>;
8. Линадратос, Пантељис; Папастефанопулос, Василис, Котсијантис, Сотирис, "Explainable AI: A Review of Machine Learning Interpretability Methods", *Entropy* Vol. 23, 2021, <https://dx.doi.org/10.3390/e23010018>;

9. Миленковић, Јелена С., *Право на правично суђење у грађанским споровима у пракси Европског суда за људска права*, Службени гласник, ФЕППС, Београд 2019;
10. Миленковић, Јелена С., „Упоредноправна анализа појма спора о грађанским правима и обавезама у пракси Европског суда за људска права и српском законодавству“, *Правна ријеч* 52/2017, Бања Лука 2017;
11. Миленковић, Јелена С., Радованов, Александра, „Независност судске власти у пракси Европског суда за људска права“, *Правна ријеч* 54/2018, Бања Лука 2018;
12. Парентони, Леонардо, Кардозо, Ренато Цезар, *Law, Technology and Innovation: V. II: Insights on Artificial Intelligence and the Law*, Expert Editora Digital, 2021. https://experteditora.com.br/wp-content/uploads/-2021/02/LAW-TECHNOLOGY_v2.pdf;
13. Селбст, Ендру Д., Барокас, Солон, „The Intuitive Appeal of Explainable Machines“, *Fordham Law Review* Vol. 87, Issue 3, 2018, <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol87/iss3/11/>;
14. Сурден, Хари, „The Ethics of Artificial Intelligence in Law: Basic Questions“, *The Oxford Handbook of Ethics of AI*, Oxford University Press, 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3441303;
15. Терзиду, Калиопи, „The Use of Artificial Intelligence in the Judiciary and its Compliance with the Right to a Fair Trial“, *Journal of Judicial Administration* Vol. 31, 2022, <https://ssrn.com/abstract=4495715>;
16. Винтер, Кристоф К., „The Challenges of Artificial Judicial Decision-Making for Liberal Democracy“, *Judicial Decision Making – Integrating Empirical and Theoretical Perspectives*, Springer, 2022, https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-031-11744-2_9#citeas;
17. *Веишачка интелигенција: Десет корака за заштиту људских права*, Комесар за људска права, Савет Европе, 2019.

Правни извори

1. *Артико против Италије*, бр. представке 6694/74, пресуда ЕСЉП од 13. 7. 1980;
2. *Димитров и други против Бугарске*, бр. представке 77938/11, пресуда ЕСЉП од 1. 7. 2014;
3. *Екбатани против Шведске*, бр. представке 10563/83, пресуда ЕСЉП од 26.5.1988;
4. Ethics Guidelines for Trustworthy AI, High-level expert group on artificial intelligence set up by the European Commission, 2019, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>;
5. European ethical Charter on the use of Artificial intelligence in judicial systems and their environment, European Commission for the efficiency

of justice (СЕРЕЈ), 2018. <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>;

6. *Голдер против Уједињеног Краљевства*, бр. представке 4451/70, пресуда ЕСЉП од 21.2.1975;
7. *Котумел против Аустрије*, бр. представке 49616/06, пресуда ЕСЉП од 10.12.2009;
8. *Кипријану против Кипра*, бр. представке 73797/01, пресуда ЕСЉП од 15.12.2005;
9. *Морис против Француске*, бр. представке 29369/10, пресуда ЕСЉП од 23.4.2015;
10. *Мореира Фереира против Португалије* (бр. 2), бр. представке 19867/12, пресуда ВВ ЕСЉП од 11.7.2017;
11. *Поатримол против Француске*, бр. представке 14032/88, пресуда ЕСЉП од 23.11.1993;
12. *Прето и други против Италије*, бр. представке 7984/77, пресуда ЕСЉП од 8.12.1983;
13. *Роше против Уједињеног Краљевства*, бр. представке 32555/96, пресуда ЕСЉП од 19.10.2005;
14. *Сатакунан Маркинапорси Ој и Сатамедија Ој против Финске*, бр. представке 931/13, пресуда ЕСЉП од 21.7.2015.

Интернет извори

1. <https://www.sciencedirect.com/topics/engineering/learning-systems>,
2. <https://www.sciencedirect.com/topics/computer-science/artificial-intelligence>,
3. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/black%20box>.

Professor Jelena S. Milenković, LL.D.

State Attorney's Office of the Republic of Serbia, Department for
Representation of the Republic of Serbia before the European Court of
Human Rights, Advisor

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL—ARTICLE 6 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

- Civil law aspect -

Summary

The use of artificial intelligence (AI) in various social spheres, including the judiciary, is in unstoppable momentum and brings significant changes, completely unforeseeable given its exponential development. This raises complex legal issues, but also concerns about the impact on human rights, in particular the right to a fair trial.

Based on the analysis conducted of each individual guarantee of the right to a fair trial under Article 6(1) of the European Convention on Human Rights, the initial hypothesis of this paper has been confirmed: the use of artificial intelligence (AI) in civil judicial proceedings is indeed a double-edged sword. While AI may enhance access to court, procedural efficiency, and consistency in decision-making, there is a real risk that it may partially or entirely undermine fundamental aspects of procedural fairness. Particularly endangered are the guarantees of independent and impartial adjudication, equality of arms and adversarial proceedings, as well as the right to a reasoned judgment.

Although algorithms used for informational purposes within the judiciary may appear simple and benign in terms of their impact on human rights, even they carry nonetheless inherent risks. Therefore, impact assessments must be conducted for every form of AI application in the judiciary, especially for machine learning-based algorithms.

In addition to establishing a mandatory regulatory framework governing the use of AI in judicial systems—defining clear boundaries, conditions, and modalities, including requirements for transparency, interpretability, and comprehensibility—it is essential that human judges retain a central role in the adjudicative process, with all algorithmic outputs remaining subject to human oversight. Judges must be trained not only in the legal dimensions, but also in the technological aspects of working with algorithmic systems, so that they can critically evaluate algorithmic results.

Ultimately, the analysis confirms that justice would be fundamentally degraded if it were to become fully automated. The transformation of the judiciary—which increasingly appears inevitable—must go hand in hand with the preservation of human dignity and procedural rights of fairness as inviolable international and European legal values.

Key words: *Right to a fair trial; Artificial intelligence (AI); European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; European Court of Human Rights.*

Научни сарадник др Драгана Дабић

Институт за међународну политику и привреду, Београд

ИНСТИТУЦИЈЕ И УПРАВЉАЊЕ ВЕШТАЧКОМ ИНТЕЛИГЕНЦИЈОМ НА НИВОУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Иако постоји велики број иницијатива, како на нивоу националних јурисдикција, тако и на глобалном плану, до сада је само Европска унија учинила озбиљан покушај да своје грађане заштити од ризика повезаног са коришћењем система вештачке интелигенције. Уредба ЕУ о утврђивању усклађених правила о вештачкој интелигенцији, која се углавном наводи као европски акт или закон о вештачкој интелигенцији, је после година преговора и уобличавања правног текста 1. августа 2024. године ступила на снагу. У развоју напредних система и модела вештачке интелигенције европске компаније заостају за међународном конкуренцијом. Међутим, формулисањем наддржавних норми које важе на заједничком тржишту од 450 милиона становника, европске државе оличене у Унији, су учврстиле међународни примат у успостављању дигиталних стандарда и регулативе. Упоредо са увођењем нових правила, ЕУ гради и нови институционални оквир управљања технологијом вештачке интелигенције, који је и предмет овог рада. Иако је формално реч о подељеној надлежности Уније и њених чланица, из анализе садржине Акта о вештачкој интелигенцији, произилази да је дошло до суштинског померања надлежности ка наднационалном нивоу. Повећан је број европских тела у овом домену, а њихове управљачке и надзорне функције су ојачане. Наведено потврђује и компаративна анализа Предлога уредбе о вештачкој интелигенцији из 2021. год. и њене коначне верзије која слови за први свеобухватни „закон“ о вештачкој интелигенцији у свету. Овакав исход одудара од уобичајене европске законодавне праксе да у донетом акту, у

Драгана Дабић, ddabic@diplomacy.bg.ac.rs.

Рад је настао у оквиру научноистраживачког пројекта „Србија и изазови у међународним односима 2025. године“, који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије, а реализује Институт за међународну политику и привреду током 2025. године.

односу на предлог Комисије, слабе овлашћења Уније у корист држава чланица. У раду се прво разматрају карактеристике новог европског система управљања вештачком интелигенцијом на више нивоа, односно одлике нових европских тела (њихово успостављање, састав, задаци итд.), да би потом акценат био стављен на критичко сагледавање целине система.

Кључне речи: Европска унија; Подељена надлежност; Уредба (Акт) о вештачкој интелигенцији; Регулаторни и управљачки оквир; Канцеларија за вештачку интелигенцију; Европски савет за вештачку интелигенцију; Саветодавни форум; Научно повереништво независних стручњака.

1. УВОД

Велики глобални експеримент у виду покушаја да се господари развојем и практичном применом технологије вештачке интелигенције је у току. Пролиферација бројних комерцијалних алата заснованих на овој напредној технологији, широко доступних и применљивих у различитим социо-економским сферама, подстакла је дебате о њеним димензијама, утицају технолошких компанија, последицама масовне употребе и (не)могућности регулације.¹ Различите државе и међународни актери усвајају различите приступе. Осим увођења нових правила, регулација укључује и успостављање нових институција и тела. Европска унија (ЕУ, Унија) је недавно основала Канцеларију за вештачку интелигенцију не би ли осигурала да се велики произвођачи система вештачке интелигенције који желе да послују на заједничком европском тржишту придржавају њених нових правила.

Уредба ЕУ о утврђивању усклађених правила о вештачкој интелигенцији (у даљем тексту: Уредба или Акт о вештачкој интелигенцији),² представља први целовити регулаторни оквир у свету. Следи

¹ „Створена од стране људи, вештачка интелигенција би требало да буде и надгледана од стране људи. Али у наше време, један од изазова јесте околност да вештине и ресурси потребни за њено стварање нису неизбежно упарени са филозофским перспективама потребним за разумевање ширих импликације њеног развоја. Многи од њених креатора су првенствено забринуте за апликације које желе да развију и проблеме које желе да реше: можда неће застати да узму у обзир да ли би усвојено решење могло да произведе револуцију историјских размера, или како њихова технологија може да утиче на различите групе људи“. Н. Kissinger, Е. Schmidt, Д. Huttenlocher, *The Age of AI: and our human future*, J. Murray, London 2024, 217.

² Уредба (ЕУ) 2024/1689 Европског парламента и Савета о утврђивању усклађених правила о вештачкој интелигенцији и о изменама уредаба (ЕЗ) бр. 300/2008, (ЕУ) бр. 167/2013, (ЕУ) бр. 168/2013, (ЕУ) 2018/858, (ЕУ) 2018/1139 и (ЕУ) 2019/2144 и директива 2014/90/ЕУ, (ЕУ) 2016/797 и (ЕУ) 2020/1828 (Акт о вештачкој интелигенцији).

приступ заснован на ризику. Избор и дизајн регулаторних инструмената прилагођени су нивоу ризика, према правилу: „што је виши ризик, то су правила строжа“.³ Предметна Уредба укључује још увек недовољно разрађене механизме управљања који су оријентисани ка постизању њене делотворне примене на територији држава чланица. Између осталог, и за ту сврху, је њеном ступању на снагу претходило оснивање поменуте Канцеларије за вештачку онтелигенцију (у даљем тексту: Канцеларија). Може се рећи да је у току фаза имплементације и стандардизације. Предмет овог рада је европски институционални оквир за управљање технологијом вештачке интелигенције који је у повоју. Истражује се улога нових европских тела у европском систему управљања на више нивоа, у првом реду њихово оснивање, структура и састав, те њихова мисија и задаци.

За потребе предметног истраживања, наводимо следећу дефиницију управљања вештачком интелигенцијом: „систем правила, пракси, процеса и технолошких алата који се користе да би се обезбедило да организација користи технологију вештачке интелигенције у складу са стратегијама, циљевима и вредностима саме организације; испуњава законске услове; и испуњава етичке принципе којима се организација руководи“.⁴ У погледу управљања вештачком интелигенцијом, у преамбули Акта о вештачкој интелигенцији прокламовано је више циљева које треба реализовати његовом применом у пракси на нивоима Уније и држава чланица: успостављање делотворног оквира управљања који би омогућио координацију и подршку њеној примени на националном нивоу; изградња капацитета на нивоу Уније; интеграција релевантних учесника; развој и прикупљање стручног

³ „Када је правилно спроведена, регулација заснована на ризику има бројне предности. Прво, њоме се рационализује владина интервенција постављањем јасних приоритета и циљева. Друго, олакшава се ефективно коришћење оскудних ресурса и омогућава регулаторима – ако се спроводи у складу са истинским приступом заснованом на ризику – да се напори фокусирају на усаглашеност производа/услуга и/или система који представљају највиши ризик. На крају, али не и најмање важно, регулација заснована на ризику може бити ефикасан алат за постизање праве равнотеже између користи и ризика одређене технологије.“ M. Ebers, “Truly Risk-based Regulation of Artificial Intelligence How to Implement the EU’s AI Act”, *European Journal of Risk Regulation* 2024, p. 1, p. 6. Такође видети: „Битно је подвући да се и код регулаторних приступа заснованих на ризику налази на потешкоће – попут, како спецификовати, објединити и квантификовати ризике, како помирити конфликтне вредности и како поставити нивое прихватљивог ризика – као и на ограничења – као што је претерано ослањање на квантификацију, како се носити са ризицима који нису мерљиви и, посебно, како узети у обзир непознате ризике и штету која може настати за појединце“. M. Kaminski, “Regulating the Risks of AI”, *Boston University Law Review* 2023, 1375–1379.

⁴ M. Mäntymäki, M. Minkinen, T. Birkstedt, M. Viljanen, “Defining organizational AI governance”, *AI and Ethics* 2022, 604.

знања на нивоу Уније, као и промовисање европског приступа на међународном плану. Посматрано у светлу оснивања Канцеларије, очигледно се намера да јединствени систем управљања вештачком интелигенцијом на нивоу Уније који би надзирао напредак модела и система вештачке интелигенције, био у интеракцији са научном заједницом, вршио важну улогу у истрагама и тестирању и примени прописа, и који би доприносио глобалној улози Уније у овом домену, у догледно време буде успостављен.⁵

2. ФОРМАЛНО И САДРЖИНСКО ПОРЕЂЕЊЕ ПРЕДЛОГА УРЕДБЕ ИЗ 2021. ГОДИНЕ И АКТА О ВЕШТАЧКОЈ ИНТЕЛИГЕНЦИЈИ

Полазећи од Предлога (нацрта) уредбе,⁶ види се да је тадашњи концепт управљања вештачком интелигенцијом био у значајнијој мери заснован на националном нивоу држава чланца, децентрализован, са оснивањем или именовањем националних надлежних органа (тела) по упутствима и смерницама из Предлога Уредбе (вид. одредбу чл. 59. Предлога уредбе), са фомирањем само једног тела Уније (Европски одбор за вештачку интелигенцију) и постојећег тела Уније (Европски надзорник за заштиту података). Са друге стране, полазећи од садржине европског законодавства које је на снази (Акт о вештачкој интелигенцији), новоуспостављени концепт управљања је само деклараторно остао заснован на националном нивоу држава чланица, док је суштински значајно централизован у корист Уније, са јачањем функција управљања на нивоу Уније, са формалним и стварним повећањем броја успостављених тела на нивоу Уније и са тежњом да координира и пружа подршку националном нивоу у примени Акта о вештачкој интелигенцији. Примера ради, делегирање Комисији овлашћење за измену Анекса III Уредбе путем додавања, модификовања и уклањања (брисања) високоризичних система вештачке интелигенције,⁷ јасно говори о централизацији овлашћења. Потенцијално, имајући у виду критике на рачун Комисије у погледу односа са лобистичким групама, наведена одредба, изазива и забринутост у погледу алокације моћи. Званична реторика у први план ставља аргументацију да су сложеност и све шире прихватање вештачке интелигенције, посебно када се заснива на најнапреднијим моделима, као и потреба за бржим остварењем општих и дигиталних циљева Уније,

⁵ Видети: Преамбула Одлуке о оснивању Канцеларије, тач. 5.

⁶ “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts”, Brussels, 21.4.2021, COM(2021) 206 final.

⁷ Видети: Уредба (ЕУ) 2024/1689, чл. 7.

учврстили творце Акта о вештачкој интелигенцији у уверењу да постоји потреба за додатним мерама по питању њеног управљања, не би ли се стекао бољи увид у могућности, трендове и потенцијалне ризике и помогли сигуран развој и употреба технологија вештачке интелигенције широм Европе.

Даље, предмет шестог поглавља Предлога уредбе био је посвећен нормирању система управљања („Управљање“) у области вештачке интелигенције на нивоу Уније и држава чланица. Било је предвиђено да се на нивоу Уније оснује Европски одбор за вештачку интелигенцију, који би се састојао од представника држава чланица, Европског надзорника за заштиту података и представника Комисије. Одбор је требало да буде задужен да саветује Комисију и пружа јој другу врсту помоћи. Њиме би председавала Комисија, а на своје састанке могао би да позива спољње стручњаке и посматраче, као и да размењује информације са заинтересованим трећим лицима, ради обавештавања о својим активностима на примерен начин. Уређен је био систем управљања на нивоу држава чланица Уније, који се огледао у уређењу поступка оснивања или именовања националних надлежних органа који би били задужени (надлежни) за примену и спровођење у живот одредаба уредбе.

Актом о вештачкој интелигенцији, у њеном седмом поглављу, регулисана су питања управљања овом напредном технологијом. Ово поглавље је структурисано у два одељка („Управљање на нивоу Уније“ и „Национална надлежна тела“) и има укупно седам чланова (чл. 64–70). Полазећи од формалног поређња ова два документа могу се навести следећа запажања: Предлог уредбе садржи укупно три одредбе о регулисању питања „управљања на нивоу Уније“, а једну о „управљању на нивоу држава чланица“, док Уредба садржи о првом питању шест чланова а о другом такође једно. Док је у Предлогу уредбе наслов првог потпоглавља гласио „Европски одбор за вештачку интелигенцију“, у Уредби тај наслов гласи „Управљања на нивоу Уније“, имајући у виду да је предвиђено креирање и других тела на европском нивоу. У Предлогу уредбе и Уредби наслов другог одељка је идентичан и односи се на национална надлежна тела. Примера ради, Предлог уредбе није имао ниједну тачку о Канцеларији за вештачку интелигенцију а Уредба има најмање седам тачака које директно или индиректно говоре о појединим питањима од значаја за Канцеларију.

Полазећи од садржинског (суштинског) поређења два предметна документа уочава се да у формулацијама Уредбе, у односу на Предлог уредбе који јој је претходио, генерално јача полажај Уније и одлике наднационалности у области управљања вештачком интели-

генцијом, у односу на државе чланице и међувладин принцип. Уопштено гледано, могло би се констатовати да овакав исход одудара од уобичајене европске законодавне праксе да у донетом акту, у односу на предлог Комисије, слабе овлашћења Уније у корист држава чланица. Ипак, овде треба имати у виду аргументацију према којој комплексност управљања системима вештачке интелигенције тражи централизацију и јачање надлежности и овлашћења наложених органа Уније на рачун националних надлежних органа држава чланица ради постизања ефикасности, ефективности, па и економичности реализовања система вештачке интелигенције у пракси. Између осталог, креирана је потпуно нова наднационална институција (Европска канцеларија за вештачку интелигенцију) са њеним значајним надлежностима, односно са најширим задатком да „развија стручно знање и способности Уније у области вештачке интелигенције“.⁸

Циљ постизања заокруженог и функционалног јединственог тржишта непрекидно пружа уверљиве разлоге за реформу система и продубљивање интеграције. „Функционална надоградња“ и/или побољшање заједничких институција и политика без изузетка воде ка „више Европе“, односно централизацији. Уочава се уопштена тврдња европских званичника да успостављање наднационалних тела промовише ефикасност и ефективност, у овом случају управљања технологијом вештачке интелигенције у циљу максимизације користи које оне пружа, уз истовремену минимизацију потенцијалних опасности. По правилу, шири циљ наднационалних иницијатива укључује јачање поверења европских грађана и правних ентитета у институционални систем и правни поредак Уније.⁹

3. ЕВРОПСКИ СИСТЕМ УПРАВЉАЊА ТЕХНОЛОГИЈОМ ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ НА ВИШЕ НИВОА

3.1. Европска канцеларија за вештачку интелигенцију

Европски акт о вештачкој интелигенцији укључује још увек недовољно разрађене механизме управљања који су, између осталог, оријентисани ка постизању њене делотворне примене на територији држава чланица. За ту сврху Европска канцеларија за вештачку инте-

⁸ Уредба (ЕУ) 2024/1689, чл. 64. став 1.

⁹ D. Dabić, “European Public Prosecutor as an impetus for further supranationalization of the European Law and Politics”, u: Harold Bertot Triana (Director) *EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL ANTE LAS VICISITUDES DEL SIGLO XXI*, Tirant lo blanch, Valencia 2024, 943–963.

лигенцију је одлуком Комисије већ основана.¹⁰ Очекивања су да она постане стожер стручног знања и темељ јединственог европског система управљања овом напредном технологијом. У синергији са националним властима, Канцеларија је прво тело на глобалном плану које спроводи обавезујућа правила о вештачкој интелигенцији, те се стога очекује да постане и међународна референтна тачка. Њена позиција ће бити ојачана и због повезаности са другим новим телима ЕУ која имају улогу и задатке у овом домену; У првом реду - Европским саветом за вештачку интелигенцију, Саветодавним форумом и Научним повереништвом независних стручњака - који одреда доприносе укључивању социо-економске и техничке димензије у процес одлучивања; а не треба занемарити ни настојање да кроз њихов састав буду представљени релевантни интереси (индустрије, научне заједнице, цивилног друштва и осталих заинтересованих страна). У погледу њених извршних овлашћења, она под окриљем Европске комисије, може да изриче новчане казне провајдерима модела и система вештачке интелигенције опште намене. Како се Канцеларија детаљно анализира на другом месту,¹¹ за потребе предметног рада, у табели 1. су представљене њене најважније карактеристике.

Табела 1. Основне карактеристике Европске канцеларије за вештачку интелигенцију

Правни основ	- Успостављена одлуком Комисије од 24. јануара 2024. на основу чл. 64. Уредбе ЕУ о утврђивању усклађених правила о вештачкој интелигенцији.
Положај и институционална структура	- Централизована унутар Европске комисије; део административне структуре Главне управе за комуникационе мреже, садржаје и технологије; - одсуство правног субјективитета, није агенције ЕУ; - састоји се од пет специјализованих јединица: 1) Одељење за изврсност у вештачкој интелигенцији и роботисти 2) Одељење за иновације и координацију

¹⁰ “Commission Decision of 24 January 2024 establishing the European Artificial Intelligence Office”, OJ C/2024/1459, 14.2.2024.

¹¹ Детаљно о овом новоформираном телу ЕУ, видети у у: Д. Дабић, „Европска канцеларија за вештачку интелигенцију као центар стручног знања о вештачкој интелигенцији на нивоу Европске уније“, прихваћено за објављивање у првом броју часописа *Европско законодавство* за 2025. годину. У наведеном раду се детаљно анализира улога и функције Канцеларије, док је у предметом раду акценат на критичком проматрању целине система. У табели 1. су концизно издвојене кључне одлике Канцеларије.

	политика у области вештачке интелигенције 3) Одељење за вештачку интелигенцију за друштвено добро 4) јединица за прописе и усклађеност 5) јединица за безбедност
Мисија и главна одговорност	- „Центар стручног знања о вештачкој интелигенцији на нивоу ЕУ“. - Делотворно спровођење Европског акта о вештачкој интелигенцији.
Најважнији задаци	- праћење и надзор система и модела вештачке интелигенције опште намене; - развој алата, методологија и критеријума за евалуацију могућности општенаменских модела; - истражује могућа кршења правила о овим моделима и системима; - пружање помоћи у формирању и потоњем раду изолованих регулаторних окружења и тестирању у стварним условима; - административна подршка другим телима у домену управљања вештачком интелигенцијом; - међународна сарадња.
Међународна улога	Учествује у међународној сарадњи и подстиче споразумевање о глобалном управљању и етичкој примени технологије.
Стратешки фокус	Успостављање равнотеже између два стратешка циља ЕУ – подстицај иновацијама и конкурентности и заштите основних права и безбедне примене посредством регулаторног оквира.

Иако Канцеларија има потенцијал да постане једна од најважнија институција у обликовању политика и пракса вештачке интелигенције, не само регионално, већ и глобално (у прилог јој иде, и јача њену позицију, околност да је ЕУ пожурела да буде пионир у глобалној регулаторној трци, када већ европске компаније не предњаче у иновацијама), на процене успешности њеног деловања ће утицати мноштво чинилаца. Њен капацитет да се прилагоди технолошком окружењу које се наизглед незауостављиво развија, ће бити тестиран. Уз то, ни мало јој неће бити лако да се смислено укључи у дијалог са широким спектром заинтересованих страна, без да он прерасте у какофонију тешко помирљивих интереса. И, можда најважније, успех ове најновије европске иницијативе неће се мерити искључиво по стопи усклађености правила која вежу добављаче вештачке интелигенције, што је примарни мандат Канцеларије, већ и по опипљивим друштвеним ко-

ристима које произилазе из одговорне примене вештачке интелигенције широм Европе.¹²

3.2. Европски савет за вештачку интелигенцију

Док у систему управљања вештачком интелигенцијом на више нивоа, Канцеларија оличава наднационални метод управљања европским јавним политикама, дотле Европски савет за вештачку интелигенцију има одлике међудржавног модела. Дакле, ради се о два различита нова европска тела са сопственом организацијом, оперативним принципима и задацима. Проблем представља околност да су задаци који су им поверени паралелни, а у значајној мери се и преклапају (нарочито у погледу усмеравања и надгледања имплементације Акта о вештачкој интелигенцији),¹³ а да принципи њихове оперативне аутономије нису у довољној мери разрађени у самој Уредби. Поред Савета за вештачку интелигенцију, Уредба предвиђа успостављање и других посебних тела у овом домену која, иако су независна у свом оснивању, подржавају рад Савета за вештачку интелигенцију. О Саветодавном форуму и Научном повереништву независних стручњака ће бити више речи у наредним одељцима. За сада је извесно да ће један од првих исхода успостављања европског регулаторног оквира бити сложена мрежа (пре)великог броја тела, што ће делотворну координацију њихових активности учинити изазовном.

У Уредби се само констатује да се „оснива Европски савет за вештачку интелигенцију“.¹⁴ У суштини, реч је о његовом формирању, а његово конституисање следи када државе чланице одреде по једног представника који ће ући у његов састав. Уредбом се регулишу три питања везана за ово тело: његово „оснивање“, односно формирање, његов састав и његови задаци.

У погледу састава (структуре) Савета за вештачку интелигенцију, њега у основи чини по један представник из сваке државе чланице. У његовом раду, у својству посматрача учествује Европски надзорник за заштиту података. Такође, његовим састанцима присуствује представник Канцеларије за вештачку интелигенцију, уз могућност да узме учешће у дискусији, али без права гласа. У зависности од конкретног случаја, Савет за вештачку интелигенцију на састанке може

¹² Д. Дабић, „Европска канцеларија за вештачку интелигенцију као центар стручног знања о вештачкој интелигенцији на нивоу Европске уније“.

¹³ Како би се поспешило „несметано, делотворно и усклађено спровођење Уредбе“, европски законодавци су предвидели успостављање („оснивање“) посебног тела – Савета за вештачку интелигенцију.

¹⁴ Уредба 2024/1689, чл. 65. ст. 1.

да позива представнике других тела или експерте, као и тела или стручњаке Уније. Како би се државама чланицама пружила одређена флексибилност у вези са именовањем њихових представника, предвиђено је да представници могу бити сва лица која припадају јавним субјектима и која би требало да имају одговарајуће надлежности и овлашћења за олакшавање координације на националном нивоу. Савет за вештачку интелигенцију треба да успостави две сталне подгрупе како би обезбедио платформу за сарадњу и размену информација између тела за надзор тржишта и тела која врше пријављивање, о питањима од значаја за њих. Према потреби може да формира и друге сталне или привремене подгрупе за разматрање специфичних питања.¹⁵

Представник државе чланице се именује за временски период од три године, уз могућност да се његов мандат продужи још само једанпут. Државе чланице су дужне да обезбеде да њихови представници испуне следећа три захтевана услова: да поседују релевантне компетенције и овлашћења у својој држави како би активно доприносили остваривању задатака Савета за вештачку интелигенцију одређених Уредбом; да су одређени као јединствена контактна тачка у односу на Савет и, по потреби, узимајући у обзир потребе држава чланица, као јединствена контактна тачка за учеснике; да су овлашћени да олакшавају доследност и координацију између националних надлежних тела у својим државама чланицама у погледу спровођења Уредбе, између осталог прикупљањем података и информација ради испуњавања својих задатака у Савету за вештачку интелигенцију.

Након конституисања Савета за вештачку интелигенцију, именовани представници доносе пословник о раду квалификованом већином. Уредбом је предвиђено да се пословником Савета за вештачку интелигенцију нарочито утврђују: поступци за поступак избора, трајања мандата и спецификације задатака председника, детаљни аранжмани за гласање и организација активности Савета, као и активности његових подгрупа. Саветом за вештачку интелигенцију председава један од представника држава чланица.

Генерално, Савет за вештачку интелигенцију има задатак да саветује Комисију и државе чланице, али и да им помаже како би се олакшала доследна и делотворна примена Уредбе. Посебно, он може да: 1) доприноси координацији између надлежних националних тела која су одговорна за примену Уредбе и уз њихову сагласност да подупиरे заједничке активност тела за надзор тржишта из чл. 74. став

¹⁵ Преамбула Уредбе 2024/1689, тачка 149, 38.

11. Уредбе;¹⁶ 2) прикупља и размеђује техничко и регулаторно стручно знање и примере најбоље праксе између држава чланица; 3) пружа савете о спровођењу Уредбе, посебно у погледу извршавања правила о моделима вештачке интелигенције опште намене; 4) доприноси усклађивању административних пракси у државама чланицама, између осталог у погледу одступања од поступака оцењивања усаглашености из чл. 46. Уредбе, функционисања регулаторних изолованих окружења за вештачку интелигенцију и тестирања у стварним условима из чл. 57, 59. и 60;¹⁷ 5) да на захтев Комисије или на сопствену иницијативу издаје препоруке и писана мишљења о свим релевантним питањима повезаним са спровођењем Уредбе и њеном доследном и делотворном применом, 6) подупиरे Комисију у развијању општих знања у области вештачке интелигенције, јавне свести о користима, ризицима, заштитним мерама, правима и обавезама у вези са коришћењем система вештачке интелигенције и њиховог разумевања, узимајући у обзир релевантне доступне доказе и најновија технолошка достигнућа; 7) олакшава развој заједничких критеријума и заједничко разумевање релевантних концепата предвиђених у Уредби између тржишних оператера и надлежних органа, примера ради доприношењем развоју референтних вредности; 8) да сарађује, по потреби, са другим институцијама, канцеларијама и агенцијама Уније и релевантним стручним групацијама и мрежама, посебно у областима безбедности производа, сајбер безбедности, тржишне конкуренције, дигиталних и медијских услуга, финансијских услуга, заштите потрошача, заштите података и основних права; 9) да доприноси сарадњи са надлежним телима трећих земаља и међународним организацијама; 10) да помаже надлежним националним органима и Комисији у развоју организационог и техничког стручног знања потребног за спровођење Уредбе; 11) да помаже Канцеларији за вештачку интелигенцију у пружању подршке националним надлежним органима у успостављању и развоју регулаторних изолованих окружења, као и да се олакша сарадња и размена информација између регулаторних изолованих окружења; 12) да доприноси изради докумената са смерни-

¹⁶ „Тела за надзор тржишта и Комисија могу предложити заједничке активности, укључујући заједничке истраге, које треба да спроведу тела за надзор тржишта или тела за надзор тржишта заједно са Комисијом, а чији је циљ подстицање усклађености, утврђивање неусклађености, подизање свести или пружање смерница у вези са овом Уредбом у погледу специфичних категорија високоризичних система вештачке интелигенције за које је утврђено да представљају озбиљан ризик у двама или више држава чланица у складу с чланом 9. Уредбе (ЕУ) 2019/1020. Канцеларија за вештачку интелигенцију пружа координациону подршку за заједничке истраге“. Уредба 2024/1689, чл. 74. став 1. тач. 11.

¹⁷ Реч је о мерама за подршку иновацијама.

цама и да пружа одговарајуће савете о томе; 13) саветује Комисију о међународним питањима повезаним са вештачком интелигенцијом; 14) даје мишљења Комисији о квалификованим упозорењима у вези са моделима опште намене; 15) прима мишљења држава чланица о квалификованим упозорењима у вези са моделима опште намене и о националним искуствима и националној пракси у области праћења и извештавања.¹⁸

Имајући напред изнето у виду, основано је запитати се да ли Савет за вештачку интелигенцију представља „додату вредност“ европском регулаторном и управљачком оквиру у смислу њене делотворније хоризонталне примене, или је његово укључивање пре исход потребе да земље чланице успоставе „колику-толику“ противтежу централизацији управљања на нивоу Уније.

3.3. Саветодавни форум

Акт о вештачкој интелигенцији предвиђа формирање („оснивање“) Саветодавног форума ради пружања техничког стручног знања и савета Савету за вештачку интелигенцију и Комисији, и генерално доприноса њиховим задацима на основу предметне Уредбе.¹⁹ Његово формирање се темељи на чланству уравнотежених одабраних учесника, који укључују представнике индустрије, start-ап предузећа, мала и средња предузећа (МСП), цивилно друштво и академску заједницу. Захтева се да чланство у Саветодавном форуму нужно буде уравнотежено, у смислу комерцијалних и некомерцијалних интереса, а унутар категорије комерцијалних интереса уравнотежено у смислу МСП и осталих предузећа. Стални чланови Саветодавног форума су: Агенција за основна права, Европска агенција за сајбер безбедност (ENISA), Европски одбор за нормизацију (CEN), Европски одбор за електротехничку нормизацију (CENELEC) и Европски институт за телекомуникајске норме (ETSI).

У складу са напред наведеним критеријумима, Комисија је овлашћена да именује чланове Саветодавног форума међу субјектима са признатим стручним знањем у области вештачке интелигенције. Мандат чланова овог форума траје две године, уз могућност да се продужи за највише четири године. Саветодавни форум бира два копредседника међу својим чланова. Њихов мандат траје две године и допуштено је да једном буде продужен. Саветодавни форум израђује и доноси свој пословник о раду. Одржава састанке најмање двапута годишње, на које може позвати стручњаке и релевантне субјекте. На

¹⁸ Уредба 2024/1689, чл. 66.

¹⁹ Уредба 2024/1689, чл. 67. ст. 1.

захтев Савета за вештачку интелигенцију или Комисије, може да припрема мишљења, препоруке и писане доприносе. Може према потреби да формира сталне или привремене подгрупе ради разматрања посебних питања повезаних са циљевима Уредбе. Има обавезу да припрема годишњи извештај о својим активностима, који се објављује.²⁰

Формални циљ уношења одредаба о Саветодавном форуму у Европски акт о вештачкој интелигенцији има за циљ да се уваже различите перспективе цивилног друштва и индустријског сектора; У суштини, ново европско тело ће деловати као „институционализовани облик лобирања за различите комерцијалне интересе“.²¹ Међутим, како би се обезбедила равнотежа са некомерцијалним интересима, у Уредбу су унете и одредбе о успостављању Научног повереништва независних стручњака. Реч је о телу у форми научног панела у чији би састав требало да уђу независни и непристрасни академски стручњаци, и које ће се бавити специфичним задацима везаним за modele вештачке интелигенције опште намене. О Научном повереништву независних стручњака говори се више у наредном одељку.

3.4. Научно повереништво независних стручњака

Брз темпо развоја, иновативни потенцијал и инхерентна сложеност технологије вештачке интелигенције творе за креаторе политика који настоје да регулишу њену друштвену (зло)употребу готово непремостиве препреке. Њена природа „црне кутије“, где су унутрашњи процеси доношења одлука непрозирни (енгл. *opaque*), представља значајне потешкоће за делотворну регулацију.²² Креатори политика, не само да се боре да схвате како вештачка интелигенција долази до закључака и да утврде одговорност за њене исходе, већ и да прилагоде прописе како би одржали корак са њеном брзом еволуцијом. У овом комплексном пејзажу, сарадња са експертима постаје камен темељац.²³

На основу Преамбуле Уредбе, да би се помогло спровођење и извршавање Уредбе, нарочито активности праћења које спроводи Канцеларија у погледу модела вештачке интелигенције опште намене, потребно је успоставити Научно повереништво независних стручњака (у наставку: Научно повереништво). Независни стручњаци који чине

²⁰ Уредба 2024/1689, чл. 67.

²¹ C. Novelli *et. al.*, 15.

²² C. Cancela-Outeda, “The EU’s AI act: A framework for collaborative governance”, *Internet of Things* 27, 2024, 4.

²³ *Ibid.*

научно повереништво треба да се бирају на основу најновијег научног или техничког стручног знања у области вештачке интелигенције, да извршавају своје задатке непристрасно и објективно и да обезбеде поверљивост информација и података добијених при обављању својих задатака и активности.

Комисија актом о спровођењу „оснива“ Научно повереништво. Његова сврха се огледа у подршци активности имплементације на основу предметне Уредбе. Предвиђено је да акт о спровођењу укључи одредбе о условима, поступцима и детаљним аранжманима у складу са којима Научно повереништво и његови чланови издају упозорења и захтевају помоћ Канцеларије у обављању задатака научног повереништва²⁴ Научно повереништво се састоји од стручњака које Комисија бира и који морају да докажу да испуњавају следећа три услова: да поседују посебно стручно знање и компетенције и научно или техничко стручно знање у области вештачке интелигенције; да су независни од свих добављача вештачке интелигенције или вештачке интелигенције модела опште намене; да су способни да активности врше савесно, тачно и објективно.

Уопштено гледано, задатак Научног повереништва је да саветује и подржава Канцеларију. Оно подржава спровођење и извршавање Уредбе у погледу модела и система вештачке интелигенције опште намене, посебно на тај начин што: 1) упозорава Канцеларију о могућим системским ризицима на нивоу Уније, у складу са чл. 90. Уредбе; 2) доприноси развоју алата и методологија за евалуацију способности вештачке интелигенције у погледу модела и система опште намене, између осталог уз помоћ референтних вредности; 3) пружа савете о класификацији модела и система опште намене са системским ризиком; 4) пружа савете о класификацији различитих модела и система опште намене; 5) доприноси развоју алата и предлога; 6) подупире рад тела за надзор тржишта на њихов захтев; 7) подупире прекограничне активности надзора тржишта, не доводећи у питање овлашћења тела за надзор тржишта; 8) подупире Канцеларију у извршавању њених дужности у контексту заштитног поступка Уније, у складу са чланом 81. Уредбе. Експерти из Научног повереништва су дужни да своје задатке обављају непристрасно и објективно и да обезбеде поверљивост информација и података који су добијени при обављању задатака и активности. Није им дозвољено да траже и примају упутства. Сваки стручњак саставља изјаву о интересима, која се објављује. Канцеларија успоставља системе и поступке за активно управљање могућим сукобима интереса и њихово спречавање.

²⁴ Уредба 2024/1689, чл. 68. ст. 5.

Научно повереништво може, у одређеним случајевима, Канцеларији да достави квалификована упозорења којима се покрећу даље мере, као што су истраге. То би требало бити случај када оно има разлога да сумња да модел вештачке интелигенције опште намене представља конкретан и утврдив ризик на нивоу Уније. Даље, то би требало бити случај када Научно повереништво има разлога да сумња да модел опште намене испуњава критеријуме који би довели до тога да се класификује као модел са системским ризиком. Како би Научно повереништво добило информације потребне за обављање тих задатака, треба да постоји механизам којим оно може затражити од Комисије да од добављача затражи документацију или информације.²⁵

Какве су могућности да државе чланице приступе стручњацима из Научног повереништва? Државе чланице могу да их позову да им пруже подршку у њиховим активностима имплементације Уредбе. Остављена је могућност да се од држава захтева плаћање накнаде за савете и подршку стручњака. Комисија напред поменутиим актом о спровођењу утврђује структуру и висину накнаде као и скалу и структуру трошкова чији се повраћај може захтевати, узимајући у обзир циљеве адекватног спровођења Уредбе и потребу да се свим државама чланицама обезбеди делотворан приступ експертима. Комисија ће државама чланицама олакшавати правовремени приступ стручњацима.²⁶

3.5. Национални надлежни органи (тела) за управљање вештачком интелигенцијом

Европски акт о вештачкој интелигенцији установљава специфичан и сложен систем управљања на више нивоа. Док ће новоформирана Европска канцеларија за вештачку интелигенцију обезбеђивати координацију на европском нивоу, национални надлежни органи ће надгледати примену правила на националном нивоу. У предметној Уредби се за потребе тумачења њених одредаба даје и дефиниција „националног надлежног тела“. Овај израз означава „тело које спроводи пријављивање или тело за надзор“. А када је реч о системима вештачке интелигенције које стављају у употребу или користе институције, агенције, канцеларије и тела Уније, упућивања на национална надлежна тела или тела за надзор тржишта у предметној уредби сматрају се упућивањима на Европског надзорника за заштиту података.²⁷

²⁵ Преамбула Уредбе 2024/1689, тачка 163, 41.

²⁶ Уредба 2024/1689, чл. 69.

²⁷ Уредба 2024/1689, чл. 3. ст. 1. тач. 48.

На основу Преамбуле Уредбе, државе чланице имају кључну улогу у примени и извршавању Уредбе. Свака би држава чланица стога требала именовати барем један орган (тело) који ће спроводити пријављивање и барем један орган (тело) за надзор тржишта као национално надлежна тела за потребе надзирања примене и спровођења Уредбе. Државе чланице могу одлучити да именују било коју врсту јавног субјекта за обављање задатака националних надлежних тела у смислу Уредбе, у складу са својим посебним националним организационим карактеристикама и потребама. Како би се повећала делотворност организације у државама чланицама и успоставила јединствена контактна тачка за јавне и друге партнере на нивоу држава чланица и на нивоу Уније, свака би држава чланица требала именovati тело за надзор тржишта који ће деловати као јединствена контактна тачка.²⁸ Комисија је дужна да објављује попис јединствених контакт тачака. Ти национални надлежни органи дужни су да извршавају своја овлашћења независно, објективно и непристрано како би заштитили начела објективности својих активности и задатака и обезбедили примену и спровођење Уредбе. Чланови тих тела треба да се суздржавају од сваког деловања које није у складу са њиховим дужностима и треба да подлежу правилима о поверљивости на основу Уредбе.²⁹

Државе чланице су дужне да до 2. августа 2025. електронским комуникацијским средствима почну да објављују информације о томе како се може ступити у контакт са надлежним органима (телима) и јединственим контактним тачкама. Налаже им се да обезбеђују да њихови национални надлежни органи имају адекватне техничке, финансијске и људске ресурсе и инфраструктуру за ефективно обављање својих задатака на основу Уредбе. Национална надлежна тела морају да имају довољно стално расположивог особља чије компетенције и стручно знање обухвата темељно разумевање технологија вештачке интелигенције, података и обраде података, заштите личних података, сајбер безбедности, основних права и ризика по здравље и безбедност, као и познавање постојећих норми и правних захтева.

Такође, она су у обавези да предузимају одговарајуће мере како би се обезбедио одговарајући ниво тзб. сајбер безбедности, као и да у обављању својих задатака поступају у складу са обавезама у погледу поверљивости утврђеним у чл. 78. Уредбе. Улога Комисије је да олакшава размену искуства између националних надлежних тела. У њихове задатке улази и да пружају смернице и савете о спровођењу предметне Уредбе, посебно МСП, укључујући start-up предузећа,

²⁸ Преамбула Уредбе 2024/1689, тачка 153, 38.

²⁹ Преамбула Уредбе 2024/1689, тачка 153, 39.

према потреби узимајући у обзир смернице и савете Савета за вештачку интелигенцију и Комисије.³⁰

У вези са националним нивоом управљања, важи напомена да би различити интереси и капацитети земаља чланица у домену вештачке интелигенције могли отежати јединствено управљање.

4. КРИТИЧКИ ПОГЛЕД НА ЕВРОПСКИ СИСТЕМ УПРАВЉАЊА ВЕШТАЧКОМ ИНТЕЛИГЕНЦИЈОМ

Према једном истакнутом виђењу, ЕУ приступа регулацији вештачке интелигенције вођена два главним перспективама. Реч је о техносолуционизму и приступу заснованом на основним правима. За оба ова приступа је заједничко да су од стране званичника Уније представљени на начин да захтевају и оправдавају европску регулацију вештачке интелигенције, што је пре могуће. Неодговарање на изазове које је донео наизглед незаустављиви развој технологије вештачке интелигенције посредством регулаторних мера, односно обавезујућих правила, представљено је као незамисливо; Било би неповољно за европску економију, с једне стране, и угрозило би основна права, с друге стране.³¹ Већ на први поглед јасно је да идеје водиле и крајњи циљеве ова два приступа није нимало лако помирити у пракси. Између осталог, из тог разлога су се европски законодавци и определили за приступ заснован на ризику. У сваком случају, недостатак практичне имплементације Уредбе у европским земљама јесте значајно ограничење за анализу трошкова и користи новог регулаторног оквира. Будућа примена ће показати да ли је у европском контексту нормирања вештачке интелигенције, економска развојна логика у колизији за доследном заштитом основних права, или ће пак ова два начела кроз успостављени систем евалуације ризика успешно бити помирена у корист европских грађана.

Аутори који су се бавили конкретним управљачким принципима на којима се заснива европски приступ вештачкој интелигенцији, сматрају да они одговарају колаборативној логици, јер доводе у везу

³⁰ Уредба 2024/1689, чл. 70.

³¹ Bao-Chau Pham, S. R. Davies, “What problems is the AI act solving? Technological solutionism, fundamental rights, and trustworthiness in European AI policy”, *Critical Policy Studies* 2024, 10. Видети такође: Д. Дабић, „Предлог регулаторног оквира Европске уније о вештачкој интелигенцији“, *Европско законодавство*, Београд 2024, 200. Приликом одређења вештачке интелигенције за сврху примене предметне Уредбе, њени творци су водили рачуна о два кључна циља која није увек могуће истовремено остварити у пракси. Први је настојање да се осигура правна сигурност, док је други успостављање довољно флексибилног регулаторног оквира који ће омогућити прилагођавање технолошком напретку.

представнике државних управа и стручњаке из приватних организација. На овај начин, ови представници и експерти, поред израде прописа и стандарда, пружају ажуриране информације и знања о актуелним и будућим питањима вештачке интелигенције и износе нове предлоге. Такође се фаворизују токови комуникације између јавних организација и приватних субјеката, што је од изузетне важности у пољу које одликује тако динамичан развој.³² У академском дискурсу се чују и гласови који критикују наведене колаборативне механизме управљања. На пример, поједини аутори указују да: „иако колаборативно управљање вештачком интелигенцијом тежи да активно укључи, како заинтересоване, тако и погођене стране и то у раној фази процеса регулације, концентрација моћи на нивоу свега неколико индустријских играча преусмерава овај процес ка самоуправи“; епилог чега може бити да „стварна механика законодавног процеса“ изолује велике компаније од строгог јавног надзора.³³ Поред неједнаке расподеле техничке стручности, и моћи из које произилази утицај, потребно је указати и на *de facto* хијерархију између различитих заинтересованих страна, у смислу њиховог степена утицаја, специфичних одговорности и нивоа јавне одговорности.³⁴ Разлога због чега технолошким компанијама не треба дозволити да одлучују о међународном, регионалном или националним регулаторним режимима је много, али најважнији се огледа у чињеници да једино националне Владе подлежу демократској одговорности. Иако неспорно уживају значајан друштвени утицај, технолошке компаније немају легитимитет да заступају шири јавни интерес.³⁵

Што се тиче конкретних предлога за унапређење институционалног оквира, подвучен је недостатак овлашћења Савета за вештачку интелигенцију да ревидира или адресира одлуке које доносе национални органи; насупрот улози Европског одбора за заштиту података према Општој уредби о заштити података (енгл. GDPR), што може

³² С. Cancela-Outeda, 9.

³³ М. Lévesque, “Collaborative AI Governance: Minding the Gap Between Theory and Practice”, *SSRN Electronic Journal* 2024.

³⁴ С. Cancela-Outeda, 9.

³⁵ Опширније о овоме видети у: Д. Дабић, „Предлози за успостављање регулаторног оквира вештачке интелигенције на међународном плану“, у: *Динамика савременог правног поретка*, Универзитет у Приштини, Правни факултет у Косовској Митровици, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Институт за упоредно право, Косовска Митровица 2024, 176. Даље, анализу „прогресивнијег схватања појма међународноправног субјективитета“, али и детаљније о будућој улози државе и недржавних актера у међународном праву, видети у Ј. Горданић, *Невладине организације у међународном праву*, Институт за међународну политику и привреду, Београд 2024, 70–80.

подстаћи значајан јаз у обезбеђивању доследне регулативе вештачке интелигенције широм ЕУ.³⁶ Без могућности да се исправе или усагласе одлуке националних тела, постоји „осетан ризик да би вештачка интелигенција могла бити злоупотребљена у појединим државама чланицама, потенцијално олакшавајући успостављање илибералних режима надзора и гушећи легитимно политичко неслагање“. Наведени сценарио наглашава потребу за успостављањем механизма унутар Савета за вештачку интелигенцију који би обезбедио једнообразно спровођење легислативе и спречио злоупотребе вештачке интелигенције, посебно у осетљивим областима као што је биометријски надзор.³⁷

Имајући у виду нејасноће и висок ниво несигурности у погледу начина на који ће се будући развој саме технологије и аутономних система који се на њој заснивају одразити на националне привреде и шире социо-економске односе, од важности је критички сагледати потенцијално конфликтне циљеве, недоследности и изазове успостављања делотворног оквира управљања. Основано је претпоставити да ће посредством тзв. Бриселског ефекта, европске норме, вредности и стандарди у овом домену, наћи своју примену широм европског континента.

5. ЗАКЉУЧАК

Акт о вештачкој интелигенцији и сродни европски документи конституишу регулаторни и управљачки приступ технологији вештачке интелигенције на специфичан начин – истовремено, и као прилику (економски развојни потенцијал), али и као потенцијалну претњу (по права и безбедност европских грађана). Гледајући у будућност, институционални систем који је Унија развила како би се ухватила у коштац са изазовима које намеће управљање вештачком интелигенцијом ће морати да се прилагоди технолошком напретку и новим и недовољно познатим ризицима.

Због сложене природе која је у основи производ борбе између супротстављених агенди супранационализма и међувладиног метода, и као таква је стални пратилац европског управљања на више нивоа, очекује се да ће се новоуспостављени систем суочити са изазовима у годинама које долазе. Обезбеђење ефикасне координације између Европске канцеларије за вештачку интелигенцију и националних органа за надзор тржишта, потребно је ради избегавања фрагментације на тржишту и недоследности у спровођењу Акта о вештачкој инте-

³⁶ C. Novelli *et. al.*, 23.

³⁷ *Ibid.*

лигенцији. Функционисање Европског савета за вештачку интелигенцију у чији састав улазе представници држава чланица, може се суочити са потешкоћама у погледу постизања консензуса и брзог благовременог усвајања одлука услед различитих националних интереса и приоритета. Способност Научног панела да пружи стручне и објективне савете може се показати од суштинског значаја за информисање политичких одлука, док његова независност од мешања са стране и приступ најновијим истраживањима морају бити загарантовани. Уколико, пак Саветодавни форум развије капацитете и прерасте у истински представнички форум у коме ће се чути глас широког спектра заинтересованих страна и, следствено успешно интегрише њихове различите перспективе у процес управљања, допринеће легитимности и одговорности целокупног система.

Упркос одређеним помацима, и даље се може тврдити да је правна регулација у области вештачке интелигенције у повоју. Волатилност саме технологије – стално усавршавање и нова открића у области алгоритама, модела и техника машинског учења отежавају предикцију њене будуће примене – не олакшава овај комплексни задатак. Неспорно је да је ЕУ најдаље отишла у развоју нормативног и регулаторног оквира. Реч је о пионирском подухвату. Ипак, она се тренутно налази у деликатној фази имплементације. Овај чланак је могуће посматрати и као почетну анализу у којој су идентификована кључна обележја европског система управљања вештачком интелигенцијом на више нивоа. Делотворно ангажовање заинтересованих страна, плодотворна међународна сарадња, праћење и разумевање ширих импликација научних пробоја, као и интердисциплинарна истраживања у овом домену, ће бити од суштинског значаја за фино институционално подешавање и ажурирање регулаторног оквира. У том смислу, он може послужити и као основа за даља истраживања предметне материје.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Горданић, Јелица, *Невладине организације у међународном праву*, Институт за међународну политику и привреду, Београд 2024;
2. Дабић, Драгана, „Предлог регулаторног оквира Европске уније о вештачкој интелигенцији“, *Европско законодавство*, Београд 2024;
3. Dabić, Dragana, “European Public Prosecutor as an impetus for further supranationalization of the European Law and Politics”, u: Harold Bertot Triana (Director) *EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL ANTE LAS VICISITUDES DEL SIGLO XXI*, Tirant lo blanch, Valencia 2024;
4. Дабић, Драгана, „Предлози за успостављање регулаторног оквира вештачке интелигенције на међународном плану“, у: *Динамика савременог правног поретка*, Универзитет у Приштини, Правни факултет у Косовској Митровици, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Институт за упоредно право, Косовска Митровица 2024;
5. Ebers, Martin, “Truly Risk-based Regulation of Artificial Intelligence How to Implement the EU’s AI Act”, *European Journal of Risk Regulation* 2024;
6. Kaminski, Margot, “Regulating the Risks of AI”, *Boston University Law Review* 2023;
7. Kissinger, Henry, Schmidt, Eric, Huttenlocher, Daniel, *The Age of AI: and our human future*, John Murray, London 2024;
8. Lévesque, Maroussia, “Collaborative AI Governance: Minding the Gap Between Theory and Practice”, *SSRN Electronic Journal* 2024;
9. Mäntymäki, Matti, Minkkinen, Matti, Birkstedt, Teemu, Viljanen, Mika, “Defining organizational AI governance”, *AI and Ethics* 2022;
10. Novelli, Claudio, Hacker, Philipp, Morley, Jessica, Trondal, Jarle and Floridi, Luciano, “A Robust Governance for the AI Act: AI Office, AI Board, Scientific Panel, and National Authorities”, *European Journal of Risk Regulation* 2024;
11. Pham, Bao-Chau, Davies, Sarah R., “What problems is the AI act solving? Technological solutionism, fundamental rights, and trustworthiness in European AI policy”, *Critical Policy Studies* 2024;
12. Cancela-Outeda, Celso , “The EU’s AI act: A framework for collaborative governance”, *Internet of Things* 2024.

Research Fellow Dragana Dabić, LL.D.

Institute of International Politics and Economics, Belgrade

EUROPEAN UNION ARTIFICIAL INTELLIGENCE GOVERNANCE SYSTEM AND INSTITUTIONS

Summary

Although there is a large number of initiatives, both at the level of national jurisdictions and at the global level (proposals on international agreements or the establishment of an international cooperation and supervisory bodies), so far only the European Union has made a serious attempt to protect its citizens from the risks associated with the use of artificial intelligence. After years of negotiations, The European Union Artificial Intelligence Act entered into force on August 1, 2024. Along with introducing the new rules, the EU is also building a new institutional framework for governing the artificial intelligence technology, which is the subject of this paper. Although this is formally a matter of shared competence between the Union and its member states, from the analysis of the content of the Artificial Intelligence Act, it follows that a substantial shift of competence towards the supranational level has taken place. The number of European bodies in this domain has been increased, and their management and supervisory functions have been strengthened. The aforementioned is confirmed by a comparative analysis of the Commission's Proposal from 2021 and the final version of the AI Act, which is reputed to be the first comprehensive “law” on artificial intelligence in the world. This outcome deviates from the usual European legislative practice. Typically, in comparison to the draft legislation, the approved act weakens the powers of the European institutions and bodies in favor of the member states. First, the characteristics of the European multi-level artificial intelligence governance system are examined. The establishment of the pertaining European bodies, i.e. their roles within a system, their composition, tasks, etc. is discussed in the paper. Finally, the focus shifts to the critical examination of the newly found system as a whole.

Key words: *European Union, shared competence, Artificial Intelligence Act, regulatory and governance framework, the European Artificial Intelligence Office, the European Artificial Intelligence Board, Advisory forum, Scientific panel of independent experts.*

Assistant Professor Jaime Valle, LL.D.

Faculty of Law, University of Lisbon, Portugal

STRENGTHENING THE RIGHT TO CONSULAR PROTECTION THROUGH EUROPEAN CITIZENSHIP

Consular protection is the most important function included in consular relations, having a broad scope, which is fundamentally reflected in the various aspects in which consular assistance to nationals of the sending State is provided by its consular and diplomatic structures. The emergence of European citizenship in the last decade of the last century, one of the most visible aspects of which is the provision of consular assistance also to nationals of European Union Member States without a consular or diplomatic presence in third States where those nationals are present, by consular or diplomatic agents from other Member States who are represented there, constitutes an important step in the creation of a European identity, and a crucial reinforcement in strengthening the consular protection of citizens of the Member States of the Union.

Key words: Consular protection; European citizenship.

1. THE CENTRALITY OF CONSULAR PROTECTION IN CONSULAR RELATIONS

1. Protection of nationals of the sending State, even if its scope and content have evolved over time,¹ is the most emblematic and important function attributed to consular posts and officials.^{2/3}

Jaime Valle, jaimevalle@fd.ulisboa.pt.

¹ Cf. M. Okano-Heijmans, “Consular Affairs”, *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy* (eds. A. F. Cooper, J. Heine, R. Takur), Oxford University Press, Oxford 2013, 475, 477–478.

² Cf. L. T. Lee, J. Quigley, *Consular Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford 2008, 116; J. Foakes, E. Denza, “The appointment and functions of consuls”, *Satow's Diplomatic Practice*, Oxford University Press, Oxford 2017, 131; S. Doumbe-Billé, “L’assistance consulaire”, *La Protection Consulaire - Journée d’Études de Lyon*, Société Française pour le Droit International, Paris 2006, 101; H. Gherari, “L’institution consulaire

It is at the origin of the birth and development of the consular institution⁴ and its role gains even greater importance today, due to the exponential increase, arising from globalization, in the movement of people between different States, whether to settle there for more or less long periods, for example, to work or study, whether for short periods of time, usually for tourism or business.⁵

Consular protection is set out or codified, in its general scope, in article 5 of the Vienna Convention on Consular Relations of 1963, in paragraph a) - "to protect in the receiving State the interests of the sending State and its nationals, natural or legal persons, within the limits permitted by international law" - and in paragraph e) - "provide aid and assistance to nationals, natural or legal persons, of the sending State".

It is also enshrined in article 2, paragraph 1, of the 1967 European Convention on Consular Functions, which establishes that "consular officials have the right to protect the nationals of the sending State and to defend their rights and interests".

2. The scope of consular protection is very broad, and ranges from the representation of nationals in or out of court, when they cannot act on their own or do not appoint a representative, to safeguarding the interests of minors or other persons without full capacity with the nationality of the

entre tradition et modernité", *La Protection Consulaire - Journée d'Études de Lyon*, Société Française pour le Droit International, Paris 2006, 7.

³ Some authors attempt to distinguish between consular protection and consular assistance, either by restricting the latter to the relationship between the consular post and the beneficiaries of its actions, while the former would translate into the defence of the interests of nationals in the face of the actions of the receiving State (C. Curti-Gialdino, *Diritto Diplomatico-Consolare Internazionale ed Europeo*, Torino 2022, 535 ff.), or by bringing consular protection (in the narrower sense) closer to diplomatic protection, as an intervention to obtain compensation for the violation of the rights of nationals of the sending State by the receiving State (E. Vilariño Pintos, *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, Editorial Tecnos, Madrid 2022, 379 ff.), but we do not believe that these attempts at distinction have proven successful (cf. J. Valle, *Direito Diplomático e Consular I*, AAFDL Editora, Lisboa 2023, 146-147), so we will consider consular protection in its broad sense, which also includes consular assistance.

⁴ Cf. J. Zourek, "Histoire des relations consulaires", *Revue de droit international pour le Moyen-Orient* 6/1957, 177 ff.; H. Gherari, 11-12.

⁵ Cf. S. Battini, "The Impact of EU Law and Globalization on Consular Assistance and Diplomatic Protection", *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison* (eds. Edoardo Chitti, Bernardo Giorgio Mattarella), Springer, Dordrecht - London - New York 2011, 181-182; Johns, asserting that "demand for consular services is mounting in the face of climate change-related and other kinds of global tumult, as well as increased human mobility and an expanding array of communication channels potentially connecting states to their nationals abroad" (F. Johns, "On consular internationalism", *Leiden Journal of International Law* 2025, 3).

sending State, or assistance to vessels sailing under the flag of that State, or to aircraft registered there, among others.

However, the aspect of consular protection best known to the general public is that of assistance by consular officials of the sending State to its detained nationals, the regime of which is provided for, in detail, by article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations, and which comprises the following powers and rights:⁶

i) A general power of access for consular officials to nationals of the sending State, including freedom of communication and freedom of visit;

ii) A corresponding right of access for nationals of the sending State, with freedom of communication and freedom to be visited by consular officials;

iii) A right for nationals of the sending State who are detained by the receiving State (in whatever form that detention takes place) to the transmission by its authorities, without delay, of information of the detention to the competent consular post of the sending State, as well as sending without delay any communication that those nationals address to the consular post;

iv) A right for nationals of the sending State detained by the receiving State to be immediately (as soon as their nationality has been determined with relative certainty) informed by the authorities of that State of the notification and communication rights referred to in the previous paragraph;

v) A power of intervention by consular officials in favour of detained nationals of their State, which translates, in addition to the already mentioned possibilities of visit, communication and correspondence, into the provision of support in their defence before the courts, unless the person in question expressly opposes such intervention.

These aspects of consular protection, in the case of detainees who face the possibility of the death penalty being applied, has given rise, in recent years, to disputes between States, due to the absence or insufficiency of strict compliance by the receiving State with its regime, especially the obligation to promptly communicate the detention to the sending State.⁷

We can find three main rulings from the International Court of Justice on this topic: the *Lagrand* case (2001 - Germany vs. USA), the *Avena and other Mexican nationals* case (2004 - Mexico vs. USA), and the *Jadhav* case (2019 - India vs. Pakistan).

⁶ J. Valle, 151 ff.

⁷ Cf. C. Mallory, "Abolitionists at home and abroad: A right to consular assistance and the death penalty", *Melbourne Journal of International Law* 17/2016, *passim*.

In its decisions, the Court progressed towards recognizing the entitlement of the rights provided for in the aforementioned Article 36 not only to States, but also to individuals requesting consular assistance from the State of their nationality, although it refrained from considering such rights as human rights.⁸

In any case, these judicial decisions discussed some aspects of the interpretation and application of these rules and its nature,⁹ not the States binding to those rules, which is unquestionable.

On the one hand, we can consider that the regime of consular functions provided for in the Vienna Convention also represents, at least today, general customary rules,¹⁰ and, on the other, that this Vienna Convention has a large number of parties - at the moment, 182 -, which would guarantee, in itself, its almost universal application.

3. If in relation to the binding nature and content of the rules relating to communication and assistance by consular officials to their detained nationals there is general consensus in the international community, the same cannot be said about the nature of the rights or powers provided for in these rules.

Traditionally, consular protection was seen as a prerogative of the sending State, exercised at discretion, similar to what happens with diplomatic protection; currently, however, there is a growing tendency to understand consular protection, especially in cases of deprivation of liberty, as a vested right of its beneficiaries, attributed by the international order, as is indicated in some passages of the three aforementioned Judgments of the International Court of Justice - *Lagrand*, *Avena and other Mexican nationals* and *Jadhav* -, there even being those who see it as a universal human right, as is the case in the Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights of 1999, on "The right to information on consular assistance in framework of guarantees of due legal process", which would require the sending State to act when requested by its detained nationals.

This understanding regarding the binding nature of the exercise of consular protection rooted in General International Law is not, as we have already hinted, unanimous, neither among States, nor in doctrine - it is not even a majority understanding, we could venture; its integration into General International Law seems, at this stage, to lack a firm basis, and the source of its binding character must be sought in bilateral treaties or in some, scarce, multilateral treaties, in rules of supranational origin or, in most cases, outside International Law realm, in legislation or other internal

⁸ Cf. H. Gherari, 35 ff.; J. Valle, 155.

⁹ Cf. C. Curti Gialdino, 547 ff.

¹⁰ Cf. L. T. Lee, J. Quigley, 111-112.

rules of the States.¹¹ There is not yet a body of reiterated practice with conviction of obligation that allows us to conclude that there is a general international custom on this aspect.¹²

2. THE EUROPEANIZATION OF CONSULAR PROTECTION OF CITIZENS OF MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION

4. The general rule stipulates that the beneficiaries of consular protection are the citizens of the sending State, the persons who are its nationals, and also corporations with its nationality [Article 5, paragraphs a) and e) of the Vienna Convention] - fundamentally, legal persons incorporated by means of an instrument referred to the legal system of a State and which have their registered office in its territory, although in some cases these connecting factors may be ruled out by the existence of a more relevant connection with another legal system (for example, the nationality of the holders of the share capital).

General International Law allows for some exceptions to this rule, such as in the case of stateless persons residing in the sending State, provided that they were not nationals of the receiving State, or in the case of refugees, or of any person, even without any link to the sending State, and whatever its nationality, for humanitarian reasons, in cases of oppression or emergency.¹³

Outside these cases, consular assistance to persons with the nationality of a third State may result from a treaty or agreement between the sending State and that third State,¹⁴ but such delegation must have the consent, or at least the non-opposition, of the receiving State (Article 8 of the Vienna Convention on Consular Relations).

5. A new way of expanding the consular protection scope to persons - in this case, only individuals, not corporations - without the nationality of the sending state comes from the creation of European citizenship by the Maastricht Treaty in 1992. Although the idea of European citizenship has had a complicated path and is a complex concept that is not without con-

¹¹ Cf. A. M. Smolinska *et al.*, *Droit international des relations diplomatiques et consulaires*, Bruylant, Brussels 2015, 165 ff.; J. Foakes, E. Denza, "Consular Access and Protection", *Satow's Diplomatic Practice*, Oxford University Press, Oxford 2017, 146-147.

¹² Cf. A. Vermeer-Künzli, "Where the Law Becomes Irrelevant: Consular Assistance and the European Union", *International and Comparative Law Quarterly* 60/2011, 988.

¹³ Cf. L. T. Lee, J. Quigley, 202 ff.; J. Valle, 148-149.

¹⁴ As occurs, for example, between Brazil and Portugal (Consular Cooperation Agreement of July 20, 1995, between the Federative Republic of Brazil and the Portuguese Republic, for consular protection and assistance to their nationals in third countries).

trovery,¹⁵ it has been agreed from the outset that, despite its political and symbolic relevance, it does not correspond to the legal concept of citizenship or nationality, as developed by International Law and the internal orders of the States,¹⁶ first and foremost because the European Union is not a (federal) State; European citizenship rather translates into a set of rights for citizens of the Member States of the Union, which do not correspond to a status of nationality that replaces the nationality (of the Member States) that they possess, but derives from and complements it.¹⁷

One of the aspects in which European citizenship translates regards precisely consular assistance, in a provision first introduced in 1992 by Article 8-C of the Maastricht Treaty, and currently provided for in Articles 20, paragraph 2, section c), and 23 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which establishes that "every citizen of the Union shall, in the territory of a third country in which the Member State of which he is a national is not represented, be entitled to protection by the diplomatic or consular authorities of any Member State, on the same conditions as the national of that State. Member States shall adopt the necessary provisions and start the international negotiations required to secure this protection". A similar provision is enshrined in article 46 of the EU Charter of Fundamental Rights.

This protection was implemented firstly by Decision No. 95/533/EC of representatives of the Governments of the Member States, later replaced by Council Directive No. 2015/637.

Directive 2015/637 extended, by means of its Article 5, the scope of consular protection by the diplomatic and consular authorities of the Member States to family members who are not citizens of a State of the European Union and who accompany a citizen of a State of the European Union without consular or diplomatic representation in the third State in which assistance is requested, to the same extent as such assistance would be granted to family members of a citizen of the State to whom assistance is requested and who do not hold citizenship of a Member State of the Union in accordance with its national law or practice.

With regard to the implementation of consular assistance in crisis situations, the Directive created the figure of the Lead State, which is responsible for coordinating the support provided for unrepresented citizens, with

¹⁵ Cf. C. Barnard, E. Leinarte, "The Creation of European Citizenship: Constitutional Miracle or Myopia?", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 24/2022, 24 ff.

¹⁶ Cf. Á. Mohay, D. Muhvić, "The legal nature of EU citizenship: perspectives from international and EU law", *Contemporary Legal Challenges: EU-Hungary-Croatia* (eds. T. Drinóczi, M. Župan, M. Vinković), Kódex Nyomda Kft., Pécs 2012, 164.

¹⁷ Cf. Article 20, paragraph 1, *in fine*, of the Treaty on the Functioning of the European Union.

the support of the other Member States concerned, the Union delegation and the European External Action Service headquarters (Article 13, paragraph 3).

However, the Directive does not provide for how this coordination should be exercised, beyond the provision of relevant information by Member States concerning their unrepresented citizens present in the crisis situation (Article 13, paragraph 3, *in fine*), and the possibility of requesting support from instruments such as the European External Action Service crisis management structures and the Union Civil Protection Mechanism (paragraph 4).

6. Naturally, this sharing of consular protection by Member States of the European Union, determined by European treaties, and which results in the possibility of their action in relation to people who are nationals of another Member State of the European Union other than that of their nationality, cannot be imposed unilaterally to third States,¹⁸ and, as such, can only be implemented with the assent or, at least, non-opposition of the receiving States - in a manner similar to that provided for in Article 8 of the Vienna Convention on Consular Relations -, which could considerably weaken this mechanism if the European Union and its Member States do not pursue an active policy of obtaining the consent of third States - as has been the case so far.¹⁹

7. Regarding the scope of the protection offered, we must bear in mind that, although the formulation used by the Treaty on the Functioning of the European Union and the EU Charter of Fundamental Rights refers to the diplomatic and consular authorities of the Member States, in no way can it be understood, in our view, that European citizenship also extends to diplomatic protection.²⁰ This extension would not make any sense, given the

¹⁸ Cf. C. Curti Gialdino, 689-690; A. Vermeer-Künzli, (2011), 990-991; differently, sustaining that "the necessity of such agreement can be circumvented by construing the intervention of the non-national Member State in terms of agency, i.e. as a representative of the State of nationality of the EU citizen that asks for protection", P. Vigna, "Diplomatic and Consular Protection in EU Law: Misleading Combination or Creative Solution?", *European University Institute Working Papers - Law* 11/2010, 12.

¹⁹ C. Curti Gialdino, 689-690.

²⁰ Cf. *Ibid.*, 688-689; E. Csatlós, "Recent Changes and Challenges of Consular Protection for European Union Citizens in Third Countries", *Warsaw University Law Review* 2/2016, 263; J. J. Piernas López, "La Protección Diplomática y Consular de los Ciudadanos de La Unión Europea tras el Tratado de Lisboa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 48/2014, 580; C. J. Morero González, "A propósito del derecho a la asistencia consular de los ciudadanos de la Unión Europea no representados en terceros Estados", *Cuadernos de Derecho Transmaccional* 2/2024, 1130; P. A. Saénz de Santa María, "La Protección Diplomática y Consular de los Ciudadanos de la Unión en el exterior", *Revista de Derecho de la Unión Europea* 11/2006, 17-18, 24; S. Izzo, "La dimensione esterna della cittadinanza europea: Tutela consolare e protezione diplomatica nell'ambito dell'Unione Europea", *Il*

discretionary nature of diplomatic protection and the way it develops in interstate relations - diplomatic protection can be exercised by Ministers of Foreign Affairs or other government officials, and even by Heads of Government or Heads of State, without having to go through permanent diplomatic missions.²¹ It should be understood that the wording of the Treaty refers to consular protection by consular²² or diplomatic authorities, since the latter can also exercise consular functions. The reference to the diplomatic authorities of the Member States in the text of the Treaty and the Charter should be understood as referring to the possibility of diplomatic missions and staff exercising any consular functions, as provided for in Article 3, paragraph 2, of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, and in Articles 3 and 70 of the Vienna Convention on Consular Relations.

8. We also need to determine whether this Europeanisation of consular protection implies that the provision of consular protection by Member States is due, or obligatory, when requested by citizens of other Member States of the Union.²³ Indeed, if consular officials of a Member State of the Union could refuse consular protection to a national of another Member State in a third country on the grounds that its domestic law does not oblige it to grant consular protection to its own nationals, the intended Europeanization would probably fail, due to the ease of refusal and the resulting lack of reciprocity.

In any case, even if it is not considered that the provision in the Treaty on the Functioning of the European Union and in the Charter of Fundamental Rights of a right to consular assistance by other Member States of the Union gives rise to a duty for those States to provide assistance when requested - and it is very doubtful that this right cannot be invoked on that basis alone,²⁴ - it would always be necessary to consider the provision of such a right in Article 2, paragraph 1, of Directive 2015/637, which, given

Diritto dell'Unione Europea 2/2015, 414 ff.; M. Ruffert, "Diplomatischer und konsularischer Schutz zwischen Völker- und Europarecht", *Archiv des Völkerrechts* 4/1997, 464-465, 472; opposingly, admitting that the diplomatic protection can be included in the scope of application of Article 23, P. Vigna, 9 ff.

²¹ Cf. A. Vermeer-Künzli, "Exercising Diplomatic Protection: The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 66/2006, 342-343.

²² According to Article 2, paragraph 2, of Directive 2015/637, the provision of consular protection also by honorary consuls is a matter for Member States to decide.

²³ Cf. S. Izzo, 418.

²⁴ Considering that this is an individual right to consular assistance, which requires action by the Member State that has been requested to do so, E. Csatlós, 271 ff; P. Vigna, 5 ff.; in the opposite direction, stating that "there is ample evidence that the EU Member States did not intend this provision to create a right to diplomatic protection, but rather to reflect a non-discrimination clause", A. Vermeer-Künzli, (2011), pp. 969-970.

the unconditional nature, clarity and precision of its content, gives it direct vertical effect,²⁵ allowing it to be invoked by individuals after the period for transposition has expired, and obliging the requested Member States to provide consular assistance.

3. CONCLUSIVE REMARKS

9. Strengthening consular protection for citizens of European Union Member States, obtained through European citizenship, by requiring it to be granted by diplomatic or consular authorities of Member States in third States where there is no permanent diplomatic mission or consular post of the Union Member State of which a citizen present in that State is a national, may constitute a relevant instrument for the construction of a common European identity for citizens of the various States of the Union, and increase the external projection of the European Union.

However, this path has not been free from difficulties and obstacles, which point to the need to improve the structure and legal regime of this institute; one cannot underestimate the practical difficulties in articulating European citizenship, to which Directive no. 2015/637, although representing an advance in relation to previous regulations, still does not provide a sufficiently adequate response.

The main problem continues to be, in our view, the need for a better coordination between the representations of Member States, for example, to respond to emergency situations with a large number of requests for immediate protection, as in the case of natural disasters or situations of war or terrorism, or to avoid the problem, already identified, of consular shopping,²⁶ which can unduly burden the representations of the most sought after States.

²⁵ Cf. C. Curti Gialdino, 685-686.

²⁶ Cf. G. Porzio, "Consular Assistance and Protection: An EU Perspective", *The Hague Journal of Diplomacy* 3/2008, 96.

LIST OF REFERENCES

1. Barnard, Catherine, Leinarte, Emilija, "The Creation of European Citizenship: Constitutional Miracle or Myopia?", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 24/2022;
2. Battini, Stefano, "The Impact of EU Law and Globalization on Consular Assistance and Diplomatic Protection", *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison* (eds. Edoardo Chitti, Bernardo Giorgio Mattarella), Springer, Dordrecht - London - New York 2011;
3. Consular Cooperation Agreement of July 20, 1995, between the Federative Republic of Brazil and the Portuguese Republic, for consular protection and assistance to their nationals in third countries;
4. Csatlós, Erzsébet, "Recent Changes and Challenges of Consular Protection for European Union Citizens in Third Countries", *Warsaw University Law Review* 2/2016;
5. Curti-Gialdino, Carlo, *Diritto Diplomatico-Consolare Internazionale ed Europeo*, Torino 2022;
6. Doumbe-Billé, Stéphane, "L'assistance consulaire", *La Protection Consulaire - Journée d'Études de Lyon*, Société Française pour le Droit International, Paris 2006;
7. Foakes, Joanne, Denza, Eileen, "Consular Access and Protection", *Satow's Diplomatic Practice*, Oxford University Press, Oxford 2017;
8. Foakes, Joanne, Denza, Eileen, "The appointment and functions of consuls", *Satow's Diplomatic Practice*, Oxford University Press, Oxford 2017;
9. Gherari, Habib, "L'institution consulaire entre tradition et modernité", *La Protection Consulaire - Journée d'Études de Lyon*, Société Française pour le Droit International, Paris 2006;
10. Izzo, Simonetta, "La dimensione esterna della cittadinanza europea: Tutela consolare e protezione diplomatica nell'ambito dell'Unione Europea", *Il Diritto dell'Unione Europea* 2/2015;
11. Johns, Fleur, "On consular internationalism", *Leiden Journal of International Law* 2025;
12. Lee, Luke T., Quigley, John, *Consular Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford 2008;
13. Mallory, Conall, "Abolitionists at home and abroad: A right to consular assistance and the death penalty", *Melbourne Journal of International Law* 17/2016;
14. Mohay, Ágoston, Muhvić, Davor, "The legal nature of EU citizenship: perspectives from international and EU law", *Contemporary Legal Challenges: EU-Hungary-Croatia* (eds. T. Drinóczi, M. Župan, M. Vinković), Kódex Nyomda Kft., Pécs 2012;

15. Morero González, Carlos J., "A propósito del derecho a la asistencia consular de los ciudadanos de la Unión Europea no representados en terceros Estados", *Cuadernos de Derecho Transmacional* 2/2024;
16. Okano-Heijmans, Maaïke, "Consular Affairs", *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy* (eds. A. F. Cooper, J. Heine, R. Takur), Oxford University Press, Oxford 2013;
17. Piernas López, Juan Jorge, "La Protección Diplomática y Consular de los Ciudadanos de La Unión Europea tras el Tratado de Lisboa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 48/2014;
18. Porzio, Giorgio, "Consular Assistance and Protection: An EU Perspective", *The Hague Journal of Diplomacy* 3/2008;
19. Ruffert, Matthias, "Diplomatischer und konsularischer Schutz zwischen Völker- und Europarecht", *Archiv des Völkerrechts* 4/1997;
20. Saénz de Santa María, Paz Andres, "La Protección Diplomática y Consular de los Ciudadanos de la Unión en el exterior", *Revista de Derecho de la Unión Europea* 11/2006;
21. Smolinska, Anna Maria, Boutros, Maria, Lozanorios, Frederique, Lunca, Mariana, *Droit international des relations diplomatiques et consulaires*, Bruylant, Brussels 2015;
22. Valle, Jaime, *Direito Diplomático e Consular I*, AAFDL Editora, Lisboa 2023;
23. Vermeer-Künzli, Annemarieke, "Exercising Diplomatic Protection: The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 66/2006;
24. Vermeer-Künzli, Annemarieke, "Where the Law Becomes Irrelevant: Consular Assistance and the European Union", *International and Comparative Law Quarterly* 60/2011;
25. Vigna, Patrizia, "Diplomatic and Consular Protection in EU Law: Misleading Combination or Creative Solution?", *European University Institute Working Papers - Law* 11/2010;
26. Vilariño Pintos, Eduardo, *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, Editorial Tecnos, Madrid 2022;
27. Zourek, Jaroslav, "Histoire des relations consulaires", *Revue de droit international pour le Moyen-Orient* 6/1957.

Доц. др Хајме Вале

Правни факултет Универзитета у Лисабону, Португал

ЈАЧАЊЕ ПРАВА НА КОНЗУЛАРНУ ЗАШТИТУ ПУТЕМ ЕВРОПСКОГ ДРЖАВЉАНСТВА

Сажетак

Конзуларна заштита је најважнија функција у оквиру конзуларних односа, са широким обимом дејства, што се суштински огледа у различитим аспектима у којима конзуларну помоћ држављанима државе пошиљаоца пружају њене конзуларне и дипломатске структуре. Појава европског држављанства у посљедњој деценији прошлог вијека, чији је један од највидљивијих аспеката пружање конзуларне помоћи и држављанима држава чланица Европске уније без конзуларног или дипломатског присуства у трећим државама у којима су ти држављани присутни, од стране конзуларних или дипломатских агената из других држава чланица који су тамо заступљени, представља важан корак у стварању европског идентитета и кључно појачање у јачању конзуларне заштите грађана држава чланица Уније.

Кључне ријечи: *Конзуларна заштита; Европско држављанство.*

Dr. sc. Damir Muminović

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

ZNAČAJ KLASIFIKACIJE ORUŽANIH SUKOB A U MEĐUNARODNOM HUMANITARNOM PRAVU

Razumijevanje klasifikacije oružanih sukoba u okviru međunarodnog humanitarnog prava predstavlja ključnu komponentu za osiguravanje pravne zaštite svih sudionika konflikta. Naime, različite kategorije sukoba, poput međunarodnih i neinternacionalnih, definiraju pravila primjenjiva na određene situacije, što utječe na primjenu međunarodnih konvencija i protokola. Pravilna klasifikacija također utječe na obaveze država i oružanih grupa, ali i na pravo žrtava na zaštitu i pomoć. Osim pravnih implikacija, klasifikacija sukoba ima značajnu ulogu u operativnom smislu, budući da utiče na način na koji međunarodne organizacije i humanitarne agencije planiraju i implementiraju svoje intervencije. Različite vrste sukoba zahtijevaju različite pristupe, resurse i strategije, što dodatno naglašava hitnost pravilnog razgraničenja. Osim toga, mehanizmi odgovornosti također ovise o vrsti sukoba, što može rezultirati različitim pravnim posljedicama za počinitelje ratnih zločina. U konačnici, razumijevanje važnosti klasifikacije oružanih sukoba doprinosi jačanju međunarodnog humanitarnog prava kao sistema koji teži zaštitu ljudskog dostojanstva, čak i u najtežim uslovima ratovanja. Ovaj aspekt ne samo da promovira pravnu sigurnost već također potiče svijest o nužnosti suočavanja s humanitarnim krizama kroz adekvatne pravne okvire. Kroz daljnja istraživanja i analize, moguće je unaprijediti kriterije klasifikacije te time doprinijeti učinkovitoj primjeni međunarodnog prava u praksi.

Ključne riječi: Klasifikacija; Oružani sukobi; Međunarodno humanitarno pravo; Međunarodni sukob; Nemeđunarodni sukob; Zaštita civila; Ratno pravo; Pravila sukoba; Ženevske konvencije; Odgovornost.

1. UVOD

Međunarodno humanitarno pravo (MHP), poznato i kao pravo oružanih sukoba ili ratno pravo, predstavlja skup pravila kojima se, iz humanitarnih razloga, nastoji ograničiti posljedice oružanih sukoba. Njegova osnovna svrha je zaštita osoba koje ne učestvuju ili više ne učestvuju u neprijateljstvima (poput civila, ranjenika i zarobljenika), te ograničavanje sredstava i metoda ratovanja. Jedan od ključnih elemenata za primjenu i tumačenje međunarodnog humanitarnog prava jeste klasifikacija oružanih sukoba. Ova klasifikacija nije samo akademsko pitanje, već praktično i pravno presudna odluka koja određuje koji skup pravila će se primjenjivati u konkretnoj situaciji.

U suštini, međunarodno humanitarno pravo razlikuje međunarodne i nemeđunarodne oružane sukobe. Ova distinkcija, iako naizgled jednostavna, nosi sa sobom značajne pravne posljedice. Međunarodni oružani sukobi obuhvataju sukobe između dvije ili više država, dok se nemeđunarodni oružani sukobi odnose na sukobe između vladinih snaga i nedržavnih oružanih grupa, ili između takvih grupa unutar jedne države. Međutim, u praksi, situacije na terenu su često kompleksne, zamagljuju granice između ova dva oblika sukoba i otvaraju brojna pitanja o pravilnoj kvalifikaciji.

Značaj klasifikacije sukoba ogleda se prije svega u tome što određuje koje pravne norme se primjenjuju, kao i u obimu i stepenu zaštite koje one pružaju. Na primjer, u međunarodnim sukobima primjenjuju se svi relevantni međunarodni ugovori, uključujući četiri Ženevske konvencije iz 1949. godine i njihov Prvi dodatni protokol iz 1977. godine. S druge strane, u nemeđunarodnim sukobima, osnovu pravne zaštite predstavljaju član 3. zajednički za sve četiri Ženevske konvencije i Drugi dodatni protokol, koji pružaju manji obim pravila i garancija.

Kao takva, klasifikacija sukoba ima direktan uticaj na odgovornost strana u sukobu, kako u smislu njihovih obaveza prema civilima i ratnim zarobljenicima, tako i u pogledu potencijalne individualne krivične odgovornosti za ratne zločine. Nepravilna ili proizvoljna klasifikacija sukoba može rezultirati neprimjenjivanjem odgovarajućih pravila, čime se otvara prostor za nekažnjivost i dalje kršenje ljudskih prava i međunarodnog prava.

U savremenim oružanim sukobima, koji se sve češće odvijaju unutar država i uključuju mnoštvo nedržavnih aktera, pitanje klasifikacije postaje sve izazovnije. Mnogi sukobi u savremenom svijetu, poput onih u Siriji, Jemenu, Ukrajini ili Sudanu, sadrže elemente i međunarodnog i nemeđunarodnog karaktera, što dodatno komplikuje njihovu klasifikaciju. U tim slučajevima, precizna pravna analiza i nepristrasno utvrđivanje činjenica

postaju ključni za osiguranje poštivanja humanitarnog prava i zaštite pogođenog stanovništva.

Dodatno, klasifikacija sukoba igra presudnu ulogu i u kontekstu međunarodnih i domaćih pravosudnih procesa. Međunarodni krivični sud, kao i drugi *ad hoc* tribunali, moraju utvrditi prirodu sukoba kako bi odredili primjenjivo pravo, kvalifikovali zločine i utvrdili odgovornost. U tom smislu, klasifikacija predstavlja prvi korak u pravnom procesu odgovornosti i pravde za žrtve oružanih sukoba.

Uzimajući sve navedeno u obzir, može se zaključiti da klasifikacija oružanih sukoba u međunarodnom humanitarnom pravu ima višestruku i ključnu ulogu: ona određuje pravne norme koje se primjenjuju, utvrđuje obim zaštite za pogođene osobe, definiše pravne obaveze sukobljenih strana i olakšava ili otežava ostvarivanje odgovornosti za kršenja prava. S obzirom na sve veću kompleksnost savremenih sukoba, potreba za jasnim, dosljednim i preciznim kriterijima klasifikacije postaje sve izraženija. U nastavku rada, biće razmatrani pravni osnovi klasifikacije sukoba, razlike u pravnim režimima koji se primjenjuju na različite vrste sukoba, te praktične posljedice koje ova klasifikacija ima na humanitarnu zaštitu i odgovornost aktera.

2. PRAVNI OSNOV KLASIFIKACIJE ORUŽANIH SUKOB

Klasifikacija oružanih sukoba čini jednu od temeljnih kategorija međunarodnog humanitarnog prava (MHP), jer određuje koji se pravni režim primjenjuje u konkretnom sukobu. Bez jasnoće u vezi sa pravnom prirodom sukoba, dolazi do pravne nesigurnosti, neprimjenjivanja ključnih normi i potencijalne nekažnjivosti za počinjena kršenja. Ova klasifikacija proizilazi iz normativnog okvira međunarodnog prava, prije svega iz Ženevskih konvencija iz 1949. godine, dodatnih protokola iz 1977. godine, kao i običajnog međunarodnog prava.

Član 2. Zajednički za sve četiri Ženevske konvencije iz 1949. godine navodi da se one primjenjuju na „sve slučajeve proglašenog rata ili bilo kojeg drugog oružanog sukoba koji izbije između dvije ili više Visokih ugovornih strana”.¹ Ova formulacija jasno definiše međunarodni oružani

¹ The Geneva Conventions and their Commentaries, https://www.icrc.org/en/law-and-policy/geneva-conventions-and-their-commentaries?utm_term=geneva%20convention%-201949&utm_campaign=gu_war_GSN_EN_traffic_text_aok_2023&utm_source=adwords&utm_medium=ppc&hsa_acc=2458906539&hsa_cam=20197334052&hsa_grp=150320534595&hsa_ad=659945646417&hsa_src=g&hsa_tgt=kwd-297841716131&hsa_kw=geneva%20convention%201949&hsa_mt=b&hsa_net=adwords&hsa_ver=3&gad_source=1&gad_campaignid=20197334052&gbraid=0AAAAADq16wXwOSzR-

sukob, koji uključuje oružane sukobe između država, bilo da su formalno objavljeni ili ne.

Nasuprot tome, član 3. zajednički za sve konvencije odnosi se na „oružani sukob koji nema međunarodni karakter“, i time uspostavlja minimum pravnih standarda za tzv. nemeđunarodne oružane sukobe, koji uključuju borbe između vladinih snaga i naoružanih nedržavnih aktera unutar teritorije jedne države.²

Klasifikacija oružanih sukoba zasnovana je na više izvora:

1) Međunarodni ugovori, naročito Ženevske konvencije i Dodatni protokoli;

2) Običajno međunarodno pravo, koje prema praksi Međunarodnog krivičnog suda (MKS) ima značaj i u nemeđunarodnim sukobima;

3) Sudska praksa, posebno Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (MKTJ) i Međunarodnog krivičnog tribunala za Ruandu (MKTR);

4) Komentari i ekspertske vodiči, poput komentara Međunarodnog komiteta Crvenog križa/krsta (MKCK) i akademskih izvora.

Nakon 1949. godine, pravni okvir je proširen Dodatnim protokolima iz 1977. godine. Prvi protokol dodatno reguliše međunarodne sukobe i uključuje borbe za samoopredjeljenje (čl. 1(4)), dok Drugi protokol proširuje pravila za nemeđunarodne sukobe, ali uz strože kriterije: zahtijeva da naoružane grupe budu pod odgovornim zapovjedništvom i da kontroliraju dio teritorije.³

S obzirom na to, nije svaka unutrašnja pobuna ili nasilje oružani sukob u smislu MHP-a – mora se utvrditi stepen organizacije i intenziteta. Ova su pravila potvrđena i u recentnoj praksi Međunarodnog krivičnog suda, naročito u predmetima koji se tiču konflikata u Ugandi, Sudanu, Maliju i Siriji.⁴

Današnji oružani sukobi često izlaze izvan ovih pravnih okvira. Sukobi poput onih u Siriji, Libiji, Ukrajini i Jemenu uključuju i državne i nedržavne aktere, strane intervencije, te *de facto* entitete. Pitanje klasifikacije u tim slučajevima nije samo akademsko, već utječe na pitanje zaštite civila, primjene ratnog prava i kasnije utvrđivanje odgovornosti.

GZHsPHGMjdbMfPrr&gclid=Cj0KCQjw_8rBBhCFARIsAJrc9yA7ipLLJPBz1zPQcle-IrOjEof821M38cZiEJcz07wYULKi260N8m4aAijtEALw_wcB, 25. maj 2025.

² Ibid.

³ The Geneva Conventions and their additional Protocols, https://www.oas.org/dil/introductory_course_on_international_humanitarian_2007_ihl_instruments.pdf, 22. april 2025.

⁴ M. Sassòli, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Edward Elgar, Cheltenham 2023, 180.

Krivokapić ističe da „savremeni oružani sukobi sve češće ruše granice između klasifikacija, što zahtijeva fleksibilniji ali dosljedan pristup u pravnoj analizi”.⁵ Takođe, on upozorava da države često namjerno izbjegavaju priznanje oružanog sukoba kako bi derogirale obaveze MHP-a.⁶

Prvi pokušaji da se oružane sukobe pravno ograniči ogledaju se u podjelama ratova na pravedne i nepravedne, te u nastojanjima da se uvedu objektivni kriteriji za tu klasifikaciju, čime se postavljaju temelji za *ius ad bellum* i *ius in bello*. *Ius in bello* se odnosi na međunarodno humanitarno pravo, koje ima cilj da ublaži posljedice rata i zaštititi one koji ne učestvuju u borbi. *Ius ad bellum* obuhvata pravila o zakonitosti ulaska u rat, definisana Poveljom UN-a.

Međunarodno humanitarno pravo (MHP) ima za cilj zaštitu osoba koje ne sudjeluju u neprijateljstvima, dok istovremeno ograničava sredstva i metode ratovanja. Ova pravna norma temelji se na načelima humanosti, militarne nužnosti i proporcionalnosti, osiguravajući ravnotežu između potrebe vojnog djelovanja i očuvanja humanosti. U svjetlu savremenih sukoba, gdje tehnologija poput cyber napada zauzima sve važniju ulogu, postoji potreba za prilagodbom MHP-a tim novim izazovima.⁷ Također, važno je naglasiti da su sudovi, nevladine organizacije i naučnici ključni sudionici u razvoju MHP-a, što potvrđuje da sadržajni doprinos nedržavnih aktera daleko nadmašuje rad država.⁸ Ovaj pluralizam je ključan za održavanje relevantnosti MHP-a u promjenjivim okolnostima ratovanja.

Klasifikacija oružanih sukoba od temeljne je važnosti za određivanje primjenjivih pravnih okvira jer omogućuje usklađivanje različitih pravnih režima s konkretnim situacijama na terenu. Kada se sukobi klasificiraju kao međunarodni ili nemeđunarodni, različiti pravni standardi i obveze proizlaze iz međunarodnog humanitarnog prava, kao i iz drugih relevantnih pravnih instrumenata. Takva klasifikacija ne samo da utječe na prava i obveze sukobljenih strana, već i na sigurnost civila i humanitarnih akcije koje se poduzimaju. U kontekstu modernih stabilizacijskih djelovanja, razumijevanje pravnog okvira je ključno, naročito kada se sukobi protežu preko više teritorija, što dodatno komplikuje primjenu prava.⁹ Zato je jasno da precizna klasifikacija služi kao temelj za uspostavljanje pravde i zaštitu ljudskih prava u situacijama sukoba.

⁵ B. Krivokapić, *Rat i pravo: teorija i praksa oružanih sukoba i međunarodno pravo*, Nezavisni univerzitet Banja Luka, Banja Luka 2023, 112.

⁶ *Ibid.*, 114.

⁷ M. Schmit, “The Law of Cyber Targeting”, *Naval War College Review* 2/2015, 18.

⁸ M. Schmitt, S. Watts, “State Opinion Juris and International Humanitarian Law Pluralism”, *International Law Studies* 91/2015, 185.

⁹ N. Lubell, “Fragmented Wars: Multi-Territorial Military Operations against Armed Groups”, *International Law Studies* 93/2017, 235.

3. RAZLIKE U PRAVNIM REŽIMIMA KOJI SE PRIMJENJUJU NA RAZLIČITE VRSTE SUKOB

Jasna razlika između međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba ne samo da ima teorijsko značenje, već konkretno određuje opseg primjene pravila međunarodnog humanitarnog prava, zaštite koju uživaju pogođeni pojedinci i odgovornost strana u sukobu. Iako su temeljni principi, poput zaštite civila i zabrane mučenja, zajednički, opseg i preciznost pravnih normi razlikuju se značajno.

U slučaju međunarodnog oružanog sukoba, primjenjuje se kompletan korpus međunarodnog humanitarnog prava, uključujući:

- Sve četiri Ženevske konvencije iz 1949. godine;
- Prvi Dodatni protokol iz 1977. godine;
- Određene odredbe Haških konvencija iz 1899. i 1907. godine;
- Običajno međunarodno humanitarno pravo.

Ove norme precizno uređuju tretman ratnih zarobljenika (III Ženevska konvencija), zaštitu civila (IV Ženevska konvencija), zaštitu ranjenika i bolesnika (I i II Ženevska konvencija), te pravo i obaveze boraca i država.¹⁰

U međunarodnom oružanom sukobu se također priznaje status „zaraćene strane” i „ratnih zarobljenika”, čime se borcima pruža zaštita od krivičnog gonjenja za učestvovanje u neprijateljstvima, pod uslovom da poštuju pravila rata.¹¹

Pravni okvir za nemeđunarodne oružane sukobe znatno je uži i ograničeniji. Temeljni dokumenti su:

- Član 3. zajednički za sve četiri Ženevske konvencije;
- Drugi Dodatni protokol iz 1977. godine (APII), koji se primjenjuje samo kada su ispunjeni dodatni kriteriji;
- Običajno međunarodno humanitarno pravo.

Član 3. je često opisan kao „mini konvencija” jer postavlja minimalne standarde humanog postupanja: zabranu ubistava, mučenja, uzimanja talaca i uvreda ljudskog dostojanstva.¹² Međutim, on ne reguliše status boraca, ne priznaje borbeni imunitet, niti obavezuje nedržavne aktere da se formalno obavežu na primjenu prava.¹³

¹⁰ The Geneva Conventions and their additional Protocols.

¹¹ Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2016, 30.

¹² The Geneva Conventions and their additional Protocols.

¹³ L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, 18.

Dodatni protokol II (1977) pokušava dopuniti praznine, ali se primjenjuje samo ako naoružana grupa ima kontrolu nad teritorijom i djeluje pod organizovanim zapovjedništvom što se u praksi rijetko priznaje, naročito od 20 stoljeća pa nadalje.

Uočljiva je razlika u bogatstvu i razrađenosti normi koje važe za međunarodne sukobe u odnosu na nemeđunarodne. Ipak, praksa međunarodnih tribunala, posebno MKSJ-a i MKS-a, kao i rad MKCK-a, doprinijeli su razvoju običajnog prava koje sve više izjednačava obaveze u oba tipa sukoba.

MKCK je 2005. objavio opsežnu studiju o običajnom međunarodnom humanitarnom pravu, gdje je konstatovano da se velika većina običajnih pravila primjenjuje bez obzira na prirodu sukoba.¹⁴

Osim toga MKCK je 2016. godine u svojim komentarima Prve ženevske konvencije iz 1949. godine potvrdio, da kako bi se mogao primjenjivati zajednički član 3., situacija u kojoj dolazi do nasilja mora doseći određeni nivo intenziteta, koji karakteriše pribjegavanje oružju od strane nedržavnih oružanih snaga koje su sposobne da budu strana oružanog sukoba, dok su nemeđunarodni oružani sukobi, dugotrajni sukobi između državnih snaga i jedne ili više oružanih grupa ili između takvih grupa koje se dešavaju na teritoriji odnosne države.¹⁵ Dakle oružani sukob mora doseći minimalni nivo intenziteta i strane u sukobu moraju pokazati minimalni nivo organizacije. Ovakav pristup podržan je u doktrini i pravnoj praksi. Ono što ostaje nejasno ovdje jeste kada se dostiže minimalni nivo intenziteta sukoba, premda se ovo svakako ne primjenjuje na unutrašnje nemire i zahtegnutosti, kakve su pobune, izolirani i sporadični akti nasilja i drugi akti slične naravi, jer to nisu oružani sukobi.

Još jedna ključna razlika jeste u priznavanju statusa boraca. U međunarodnom oružanom sukobu borci imaju pravo da učestvuju u neprijateljstvima i, ako su zarobljeni, imaju status ratnih zarobljenika. U nemeđunarodnom oružanom sukobu, članovi oružanih grupa se ne smatraju zakonitim boricima i mogu biti krivično gonjeni za sam čin učestvovanja, bez obzira na pridržavanje humanitarnog prava.¹⁶

¹⁴ J. M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Cambridge University Press, Cambridge 2005, 97.

¹⁵ International Committee of the Red Cross, *Commentary on the First Geneva Convention*, Cambridge University Press, Cambridge 2016, 68.

¹⁶ S. Sivakumaran, “The Status of Rebels under the Law of Non-International Armed Conflict,” *ICLQ* 3/2009, 570.

Krivokapić primjećuje da se ovakva razlika često koristi kao izgovor država da izbjegnu priznavanje legitimnog statusa protivničkim akterima, čime se smisao humanitarnog prava dovodi u pitanje.¹⁷

Diferencijacija između međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba ključna je za primjenu međunarodnog humanitarnog prava, jer jasno utvrđuje pravila koja se primjenjuju u različitim kontekstima sukoba. Međunarodni oružani sukobi, kao što su ratovi između država, podliježu strogim normama koje se fokusiraju na zaštitu civila i vojnika, dok se nemeđunarodni sukobi, poput onih unutar država, suočavaju s izazovima u definiranju pravnih okvira. Također, korištenje savremenih oružanih sistema, poput dronova, dodatno komplikuje granice između ovih sukoba, ukazujući na potrebu za prilagođavanjem postojećih pravnih normi.¹⁸ Ova klasifikacija ne samo da poboljšava pravnu zaštitu civila, već i jača legitimitet međunarodnih institucija koje imaju za cilj regulaciju oružanih sukoba.

Klasifikacija oružanih sukoba u međunarodnom humanitarnom pravu suočava se s nizom praktičnih izazova koji proizlaze iz kompleksnosti savremenih sukoba. Na primjer, sukobi s mješovitim karakteristikama, poput onih u Sierra Leoneu, predstavljaju poteškoće u pravnom tumačenju i primjeni odgovarajućih normi.¹⁹ Posebno je važno razumjeti kako se različite dimenzije sukoba, uključujući sudionike i njihove ciljeve, moraju pravilno klasificirati kako bi se osigurala primjena odgovarajuće pravne regulative. Dodatno, kako ističe Kenneth Watkin, savremeni sukobi zahtijevaju “holistički” pristup koji istovremeno priznaje primjenu humanitarnog i ljudskog prava, što također dodatno otežava klasifikaciju.²⁰ U tom kontekstu, izazov leži u postizanju ravnoteže između pravne preciznosti i potreba operativnog djelovanja, kako bi se osiguralo da sve strane u sukobu djeluju u skladu s međunarodnim pravom.

¹⁷ B. Krivokapić, 144.

¹⁸ M. T. Mueller, “The drone question: Legality, ethics, and the need to recognize transnational armed conflict”, 15, <https://commons.lib.jmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1286&context=honors201019>, 22. april 2025.

¹⁹ M. Adam, *Classification of Non-International Armed Conflicts: Lessons from the Sierra Leone Conflict*, University of Pretoria, Pretoria 2023, 11.

²⁰ K. Watkin, *Controlling the Use of Force in Contemporary Conflict*, New York and Oxford University Press, Oxford 2016, 173.

4. PRAKTIČNE POSLJEDICE KLASIFIKACIJE ORUŽANIH SUKOBA NA HUMANITARNU ZAŠTITU I ODGOVORNOST AKTERA

Klasifikacija oružanog sukoba ima dalekosežne posljedice po različite aspekte primjene međunarodnog humanitarnog prava, od obima zaštite civila i ranjenika, do procesuiranja ratnih zločina i funkcionisanja međunarodnih i domaćih institucija. Ova klasifikacija nije samo formalna ili akademska; ona ima presudnu ulogu u zaštiti ljudskih života, očuvanju dostojanstva u ratu i ostvarivanju pravde za žrtve sukoba.

U međunarodnim sukobima, pravila zaštite civila, ranjenika, brodolomaca i ratnih zarobljenika su sveobuhvatna. Ženevske konvencije i Prvi dodatni protokol iz 1977. godine precizno uređuju tretman tih kategorija, te obavezuju strane da osiguraju poštovanje prava i primjenu načela proporcionalnosti, razlikovanja i humanosti.²¹

Nasuprot tome, u nemeđunarodnim sukobima, osnovna zaštita je ograničena na član 3. Zajednički za sve konvencije i, eventualno, Drugi dodatni protokol. Time se značajno sužava pravni okvir i smanjuje mogućnost nadzora nad poštivanjem prava, naročito kada nedržavne oružane grupe odbijaju da priznaju svoju obavezu da poštuju međunarodno pravo.²²

To u praksi znači da civili u nemeđunarodnim sukobima često ostaju bez adekvatne zaštite. Na primjer, u sukobima u Kolumbiji ili Siriji, vladine snage i pobunjeničke grupe su kršile osnovna pravila MHP-a, dok su međunarodne organizacije imale vrlo ograničene mogućnosti za intervenciju.^{23 24}

Klasifikacija sukoba ima i direktan utjecaj na primjenjivost međunarodnog krivičnog prava. Definicija ratnih zločina, prema članu 8. Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda (MKS), razlikuje se u zavisnosti od prirode sukoba, međunarodnog ili nemeđunarodnog.²⁵

Na primjer, korištenje određenih sredstava i metoda ratovanja (kao što su hemijsko oružje ili prisilno raseljavanje) kvalifikuju se kao ratni zločini samo u međunarodnim sukobima, dok u nemeđunarodnim sukobima ti

²¹ The Geneva Conventions and their additional Protocols.

²² *Ibid.*

²³ Syrian - ICRC Annual report 2011, <https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/es/assets/files/annual-report/current/icrc-annual-report-syrian.pdf>, 15. maj 2025.

²⁴ Amnesty International Report 2017/18 - Colombia, <https://www.refworld.org/reference/annualreport/amnesty/2018/en/120554>, 15. maj 2025.

²⁵ Rome Statute of the International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf>, 10. april 2025.

činovi mogu izostati iz liste procesuiranih djela, osim ako ih ne obuhvati običajno pravo.²⁶

Ovakva razlika može izazvati frustraciju kod žrtava i potkopati legitimitet međunarodne pravde. MKTJ je, međutim, otvorio vrata proširenju ove definicije, priznajući da ozbiljna kršenja prava važe i za unutrašnje sukobe.²⁷

Prava klasifikacija sukoba često uslovljava da li će međunarodne humanitarne organizacije, poput Međunarodnog komiteta Crvenog krsta (MKCK), imati pristup pogođenim područjima. U međunarodnim sukobima, strane su dužne da dozvole pristup MKCK-u.²⁸

U nemeđunarodnim sukobima, pristup je prepušten volji država, jer član 3. samo „preporučuje” humanitarnu pomoć, što može rezultirati sistemskom obustavom pomoći civilima, kao što je bio slučaj u Darfuru, Čečeniji i Šri Lanki.²⁹

Krivokapić upozorava da takva pravna neujednačenost „umanjuje sposobnost međunarodne zajednice da dosljedno reaguje na humanitarne katastrofe koje su uzrokovane ratom.”³⁰

Države i oružani akteri nerijetko svjesno manipulišu klasifikacijom sukoba kako bi izbjegli primjenu određenih pravila. Vlade odbijaju priznati da se nalazi u stanju oružanog sukoba, karakterišući nasilje kao „terorističke incidente” ili „unutrašnje nered”, što im omogućava izbjegavanje obaveza prema MHP-u.³¹

Takav pristup viđen je u slučaju Rusije u Čečeniji, Turske prema Kurdima, ili Sirije prema pobunjeničkim grupama. U tim slučajevima, klasifikacija je iskorištena kao instrument politike, a ne kao pravni alat, što je rezultiralo ozbiljnim kršenjima ljudskih prava.^{32 33}

Domaći sudovi često nisu u stanju da pravilno klasifikuju sukob i primijene odgovarajuće norme. Nedostatak edukacije, politički pritisci i ne-

²⁶ C. Kreß, F. Megret, “The regulation of non-international armed conflicts: Can a privilege of belligerency be envisioned in the law of non-international armed conflicts?”, *International Review of the Red Cross* 96/2014, 40.

²⁷ Tadić case (IT-94-1), <https://www.icty.org/en/case/tadic>, 14. april 2025.

²⁸ The Geneva Conventions and their additional Protocols.

²⁹ L. Moir, 100.

³⁰ B. Krivokapić, 225.

³¹ S. Sivakumaran, “Identifying an Armed Conflict: A Necessarily Complex Exercise”, *Melbourne Journal of International Law* 2/2015, 458.

³² Russia in Chechnya: Civilian Targeting, <https://www.hrw.org/reports/2000/russia-chechnya/>, 12. maj 2025.

³³ UN Reports on Syria, 2012-2018, <https://syria.un.org/en/resources/publications>, 12. maj 2025.

dostatak institucionalnih kapaciteta često rezultiraju u neprocesuiranju zločina ili pogrešnoj kvalifikaciji.

Primjeri iz Bosne i Hercegovine pokazuju da domaći sudovi nerijetko pogrešno identifikuju prirodu sukoba, čime dolazi do neadekvatne pravne zaštite žrtava.³⁴

Pogrešna klasifikacija oružanih sukoba može imati ozbiljne posljedice na odgovornost i provođenje međunarodnog humanitarnog prava. Kada se sukobi nepravilno kvalificiraju kao međunarodni ili nemeđunarodni, to utječe na primjenu relevantnih pravila i normi, što može rezultirati neadekvatnom zaštitom civila i boraca. Država često tumači prava i obveze u skladu s vlastitim politikama, što dovodi do situacija u kojima se humanitarna zaštita ne provodi učinkovito.³⁵ Ova neusklađenost može otvoriti prostor za kršenja prava čovjeka i izostaviti potrebne mehanizme za odgovornost, čime nastaju dugoročne posljedice za žrtve sukoba. Pored toga, pravilne klasifikacije su od vitalnog značaja za međunarodne institucije i organizacije koje promatraju i reagiraju na sukobe, a njihova nepreciznost može dovesti do općeg erodiranja povjerenja u međunarodni sistem zaštite ljudskih prava.

5. ZAKLJUČAK

Klasifikacija oružanih sukoba u međunarodnom humanitarnom pravu predstavlja normativni i praktični temelj za pravilnu primjenu humanitarnog režima, zaštitu civilnog stanovništva i utvrđivanje individualne i državne odgovornosti. Ona nije samo pravno-tehničko pitanje, već ključni alat za ostvarenje osnovnih ciljeva međunarodnog humanitarnog prava-humanizaciju oružanih sukoba i zaštitu ljudskog dostojanstva čak i u najekstremnijim okolnostima.

Analizom pravnih osnova jasno je da se MHP oslanja na binarnu podjelu sukoba, na međunarodne i nemeđunarodne, pri čemu se međunarodni sukobi tretiraju u znatno detaljnijem i sveobuhvatnijem normativnom okviru. Ženevske konvencije i Prvi dodatni protokol iz 1977. godine obuhvataju širok spektar situacija u kojima se države nalaze u međusobnom sukobu, dok su pravila za nemeđunarodne sukobe svedena na osnovne humanitarne standarde sadržane u članu 3. i eventualno Drugom dodatnom protokolu. Ta razlika ima neposredan uticaj na zaštitu pogođenih lica, posebno u kontekstu civilnog stanovništva, ranjenika i ratnih zarobljenika.

³⁴ War Crimes Trials Before the Domestic Courts of Bosnia and Herzegovina: Progress and Obstacles, <https://www.osce.org/mission-to-bosnia-and-herzegovina/548710>, 12. maj 2025.

³⁵ C. Njoku, “Humanitarian Protection in International Refugee Law, Sexism and Exclusion: Case for Human Rights Assessment”, San Francisco 2023, 96.

U stvarnosti, međutim, mnogi oružani sukobi sve više odstupaju od ove klasične dihotomije. Savremeni konflikti uključuju transnacionalne terorističke grupe, privatne vojne kompanije, hibridne operacije i različite oblike stranog uplitanja. U takvim uslovima, tradicionalna podjela postaje sve teže primjenjiva, a njena rigidnost ponekad vodi do izostanka adekvatne pravne reakcije. Sudska praksa međunarodnih sudova, kao što su MKTJ i MKS, kao i stručna literatura, doprinijela je razvoju fleksibilnijih kriterija klasifikacije, baziranih na intenzitetu sukoba i organizovanosti aktera, koji omogućuju primjenu normi i u situacijama koje se ne uklapaju strogo u postojeće kategorije.

Kao što je pokazano, razlike u pravnim režimima koje se primjenjuju na različite vrste sukoba značajno utiču na obaveze zaraćenih strana. U međunarodnim sukobima borci uživaju status ratnih zarobljenika i ne mogu biti krivično gonjeni za učestvovanje u neprijateljstvima, dok u nemeđunarodnim sukobima članovi naoružanih grupa nemaju takvu zaštitu. Ovo stvara ne samo pravnu neujednačenost već i ozbiljne praktične posljedice, jer države često koriste ovu pravnu prazninu za političku manipulaciju, kriminalizaciju protivničkih snaga i uskraćivanje prava civilima. Takva praksa vodi eroziji povjerenja u međunarodno pravo i onemogućava ostvarenje njegovih osnovnih funkcija.

Humanitarna zaštita je još jedan segment koji direktno zavisi od klasifikacije sukoba. U međunarodnim sukobima obaveze država prema civilima su jasno propisane i podložne međunarodnom nadzoru, dok u nemeđunarodnim sukobima pristup humanitarnih organizacija ovisi o političkoj volji države, što često dovodi do uskraćivanja pomoći. Iako običajno pravo pokušava da premosti ovaj jaz, formalna razlika i dalje postoji, a nedostatak univerzalne primjene pravila humanosti ostaje otvoreno pitanje.

Također, klasifikacija sukoba ima presudnu ulogu u kontekstu individualne krivične odgovornosti. Od pravilne klasifikacije zavisi koje se radnje mogu kvalifikovati kao ratni zločini, koji su standardi odgovornosti, te da li međunarodni i domaći sudovi mogu da procesuiraju počinioc. Greške u klasifikaciji, bilo svjesne ili rezultat nedostatka kapaciteta, često vode do nekažnjivosti ili neadekvatne kvalifikacije krivičnih djela.

Iz svega navedenog proizlazi nekoliko ključnih zaključaka. Prvo, klasifikacija sukoba mora biti rezultat nepristrasne, pravno utemeljene i faktografski precizne analize, oslobođene političkog pritiska. Drugo, potrebno je dalje razvijati običajno pravo i sudsku praksu kako bi se osigurala sveobuhvatna zaštita bez obzira na formalni karakter sukoba. Treće, međunarodna zajednica, posebno kroz institucije kao što su MKS i MKCK, treba da radi na razvoju univerzalnih standarda koji bi ublažili razlike u zaštiti između međunarodnih i nemeđunarodnih sukoba. Konačno, obrazovanje i izgradnja kapaciteta domaćih sudova i stručnjaka iz oblasti međunarodnog

humanitarnog prava ključno je za pravilnu primjenu prava i ostvarenje pravde za žrtve.

Klasifikacija oružanih sukoba, iako često potcijenjena, ostaje jedan od najvažnijih pravnih koraka u odgovoru međunarodne zajednice na rat. U vremenu kada su oružani sukobi sve manje „klasični“, a sve više fragmen-tirani, neregularni i hibridni, potreba za jasnim, dosljednim i ljudskopra-vaški orijentisanim pristupom klasifikaciji postaje važnija nego ikada prije.

LISTA REFERENCI

Bibliografske reference

1. Adam, Muhammad, *Classification of Non-International Armed Conflicts: Lessons from the Sierra Leone Conflict*, University of Pretoria, Pretoria 2023;
2. Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2016;
3. Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Cambridge University Press, Cambridge 2005;
4. International Committee of the Red Cross, *Commentary on the First Geneva Convention*, Cambridge University Press, Cambridge 2016;
5. Kreß, Claus, Megret, Frederic, “The regulation of non-international armed conflicts: Can a privilege of belligerency be envisioned in the law of non-international armed conflicts?”, *International Review of the Red Cross* 96/2014;
6. Krivokapić, Boris, *Rat i pravo: teorija i praksa oružanih sukoba i međunarodno pravo*, Nezavisni univerzitet Banja Luka, Banja Luka 2023;
7. L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2002;
8. Lubell, Noam, “Fragmented Wars: Multi-Territorial Military Operations against Armed Groups”, *International Law Studies* 93/2017;
9. Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2002;
10. Mueller, Matthew T., “The drone question: Legality, ethics, and the need to recognize transnational armed conflict”, 15, <https://commons.lib.jmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1286&context=honors201019>, 22. april 2025;
11. Njoku, Carol, “Humanitarian Protection in International Refugee Law, Sexism and Exclusion: Case for Human Rights Assessment”, San Francisco 2023;
12. Sassòli, Marco, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Edward Elgar, Cheltenham 2023;
13. Schmit, Michael, “The Law of Cyber Targeting”, *Naval War College Review* 2/2015;

14. Schmitt, Michael, Watts, Sean, “State Opinion Juris and International Humanitarian Law Pluralism”, *International Law Studies* 91/2015;
15. Sivakumaran, Sandesh, “Identifying an Armed Conflict: A Necessarily Complex Exercise”, *Melbourne Journal of International Law* 2/2015;
16. Sivakumaran, Sandesh, “The Status of Rebels under the Law of Non-International Armed Conflict,” *ICLQ* 3/2009;
17. Watkin, Kenneth, *Controlling the Use of Force in Contemporary Conflict*, New York and Oxford University Press, Oxford 2016.

Ostali izvori

1. Amnesty International Report 2017/18 - Colombia, <https://www.refworld.org/reference/annualreport/amnesty/2018/en/120554>, 15. maj 2025;
2. Rome Statute of the International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf>, 10. april 2025;
3. Russia in Chechnya: Civilian Targeting, https://www.hrw.org/reports/2000/russia_chechnya/, 12. maj 2025;
4. Syrian - ICRC Annual report 2011, <https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/es/assets/files/annual-report/current/icrc-annual-report-syrian.pdf>, 15. maj 2025;
5. Tadić case (IT-94-1), <https://www.icty.org/en/case/tadic>, 14. april 2025;
6. The Geneva Conventions and their additional Protocols, https://www.oas.org/dil/introductory_course_on_international_humanitarian_2007_ihl_instruments.pdf, 22. april 2025;
7. The Geneva Conventions and their Commentaries, https://www.icrc.org/en/law-and-policy/geneva-conventions-and-their-commentaries?utm_term=geneva%20convention%201949&utm_campaign=gu_war_GSN_EN_traffic_text_aok_2023&utm_source=adwords&utm_medium=ppc&hsa_acc=2458906539&hsa_cam=20197334052&hsa_grp=150320534595&hsa_ad=659945646417&hsa_src=g&hsa_tgt=kwd-297841716131&hsa_kw=geneva%20convention%201949&hsa_mt=b&hsa_net=adwords&hsa_ver=3&gad_source=1&gad_campaignid=20197334052&gbraid=0AAAAADq16wXwOSzR-GZHsPHGMjdb-MfPrr&gclid=Cj0KCQjw_8rBBhCFARIsAJrc9yA7ipLLJPBz1zPQcle-IrOjEof821M38cZiEJcz07wYULKi260N8m4aAijtEALw_wcB, 25. maj 2025;
8. UN Reports on Syria, 2012-2018, <https://syria.un.org/en/resources/publications>, 12. maj 2025;
9. War Crimes Trials Before the Domestic Courts of Bosnia and Herzegovina: Progress and Obstacles, <https://www.osce.org/mission-to-bosnia-and-herzegovina/548710>, 12. maj 2025.

Damir Muminović, LL.D.

Faculty of Law, University of Sarajevo

SIGNIFICANCE OF CLASSIFICATION OF ARMED CONFLICTS IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Summary

Understanding the classification of armed conflicts within International Humanitarian Law is a key component for ensuring legal protection for all participants in the conflict. Namely, different categories of conflicts, such as international and non-international, define rules applicable to certain situations, which affect the application of international conventions and protocols. Correct classification also affects the obligations of states and armed groups, but also the right of victims to protection and assistance. Apart from the legal implications, the classification of conflicts has an important role in the operational sense since it affects the way international organizations and humanitarian agencies plan and implement their interventions. Different types of conflict require different approaches, resources, and strategies, which further emphasizes the urgency of proper delineation. In addition, accountability mechanisms also depend on the type of conflict, which can result in different legal consequences for perpetrators of war crimes. Ultimately, understanding the importance of the classification of armed conflicts contributes to the strengthening of international humanitarian law as a system that seeks to protect human dignity, even in the most difficult conditions of warfare. This aspect not only promotes legal certainty but also encourages awareness of the necessity of dealing with humanitarian crises through adequate legal frameworks. Through further research and analysis, it is possible to improve the classification criteria and thereby contribute to the effective application of international humanitarian law in practice.

Key words: *Classification; Armed conflicts; International humanitarian law; International conflict; Non-international conflict; Protection of civilians; Law of war; Rules of conflict; Geneva Conventions; Responsibility.*

Асистент Стефан Радојчић, ма

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У „ОНЛАЈН“ ФОРМАТУ

Предмет истраживања је утицај делимичног или потпуног одвијања судског поступка у „онлајн“ формату на свеукупну правичност суђења. Анализа теоријских и практичних аспеката коришћења видео-конференцијске везе извршена је у односу на гаранције из члана 6 Европске конвенције о људским правима, као и уставне и законске одредбе. У фокусу рада су нарочито следећа питања. Прво, како се дистанциано учешће окривљених лица одражава на ефикасност њиховог права на одбрану. Друго, како је на однос између „онлајн“ суђења и права на правично суђење утицало ванредно стање изазвано пандемијом корона вируса. На основу референтних пресуда Европског суда за људска права, упоредноправног приказа законских решења, те истраживања спроведених о поступцима у време корона вируса, износимо закључна разматрања о томе у којим ситуацијама је правичност судског поступка угрожена његовим одвијањем „на даљину“.

Кључне речи: Европска конвенција о људским правима; Право на правично суђење; Суђење на даљину; Пандемија.

1. УВОД

Рад има за циљ да истражи питање учешћа одређених процесних субјеката у судским поступцима, а првенствено окривљених лица, у „онлајн“ формату. Иако се не ради о новој и непознатој техничкој могућности, а ни о новом процесном институту, таква пракса представља изузетак у односу на опште правило о вођењу судских посту-

Стефан Радојчић, s.radojcic@pf.uns.ac.rs.

Рад је посвећен истраживачком пројекту „Заштита начела уставности и људских права у ванредним околностима у пракси уставних судова Републике Србије, Републике Српске и Европског суда за људска права“.

пака уживо. Традиционални концепт одвијања судских поступака уз присуство свих процесних субјеката у судници, заснован је на идеји поштовања низа правила и начела којима се обезбеђује право на правично суђење. На тај начин се обезбеђује примена начела непосредности, начела усмености, начела јавности, начела контрадикторности итд. Ипак, постоји дуга традиција коришћења видео-конференцијске везе у судским поступцима, у различитим правним системима. Имајући у виду да је коришћење средстава за пренос слике и звука дозвољено рестриктивно и да није тако често у пракси судова, посебан део рада посвећен је пракси судова у време корона вируса. У том периоду било је присутније коришћење учешћа окривљеног на рочишту уз коришћење видео-конференцијске везе. Обухват истраживања укључује релевантне међународне конвенције, праксу Европског суда за људска права (у даљем тексту ЕСЉП), те национални нормативни оквир неколико земаља и праксу судова у Републици Србији. Дакле, у раду је приказан однос између могућности вођења поступка „на даљину“ и поштовања гаранција које чине право на правично суђење. Ради о сложенем праву са веома широким корпусом обавезујућих правних стандарда чијом применом се постиже свеукупна правичност поступка. Притом, неки елементи права на правично суђење не могу се ставити ван снаге у време било које јавне опасности. То је на пример забрана двоструког кажњавања (*ne bis in idem*), како је прописано чланом 4, став 3 Седмог протокола уз Европску конвенцију о људским правима (у даљем тексту ЕКЉП). Стога је анализа резултата истраживања упоређена првенствено са захтевима који су засновани на члану 6 ЕКЉП. У том циљу, коришћен је компаративни метод ради упоредне анализе нормативних и практичних аспеката ове теме.

2. ОДНОС СУЂЕЊА НА ДАЉИНУ И ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Одвијање судског поступка у начелу подразумева присуство процесних субјеката у судници. Од тога постоје одређени изузеци, који се разликују по сврси и циљу. Свака од таквих процесних ситуација подобна је за анализу, са аспекта обезбеђивања права на правично суђење. На пример, постоји суђење у одсуству, што је изузетак од начелног правила, али није фокус истраживања у овом раду. Са друге стране постоји могућност да странке у поступку, сведоци, вештаци и судије учествује у суђењу путем видео-конференцијске везе, а што је предмет анализе у овом раду. Заправо таква анализа неизоставно обухвата више правних начела и стандарда, а која свеукупно чине правично суђење.

Стога је рад систематизован на следећи начин. Прво, извршен је приказ релевантних међународних стандарда права на правично суђење, као и компаративни приказ решења присутних у неколико држава. Друго, посебан осврт је учињен у односу на судске поступке вођене у време ванредног стања изазваног корона вирусом. Треће, илустрације проблемских питања, нормативних и практичних, налазимо легислативној и правосудној активности надлежних органа Републике Србије, у време ванредног стања. Као синтезу одређених показатеља, законитости и тенденција, у вези са напред наведеним питањима, наводимо закључна разматрања.

2.1. Међународноправни стандарди и упоредноправни приказ

Имајући у виду значај одлука ЕСЉП, за остваривање уједначене заштите људских права у европском правном простору (*espace juridique*), изабране су две илустративне пресуде у светлу теме рада. Заједнички именилац у оба предмета јесте учешће оптужених лица, у кривичном поступку, путем видео-конференцијске везе. Одлучујући о наводима апликаната да им је тиме повређено право на правично суђење, ЕСЉП формирао је одређене стандарде тумачења члана 6 ЕКЉП у сличним ситуацијама.

У предмету Марћело Виола против Италије (*Marcello Viola v. Italy*),¹ ЕСЉП одлучивао је о дозвољености и легитимности коришћења аудио-видео конференцијске везе од стране националних судова. У питању је веома сложен предмет, а апликант² је осуђен у два кривична поступка. Прва правноснажна пресуда донета је 10. фебруара 1999. године на основу извршеног кривичног дела учествовања у криминалној мафијашкој организацији.³ Потом је у другом поступку, 22. септембра 1999. године донета првостепена пресуда којом је апликанту изречено пет доживотних казни затвора, додатна казна од 70 година затвора и три године у самици.⁴ Апликант је изјавио жалбу против наведене пресуде, али је у другостепеном поступку

¹ Предмет *Марћело Виола против Италије*, представка бр. 45106/04, пресуда од 05. октобра 2006. године. *Case of Marcello Viola v. Italy*, Judgment of 05 October 2006, Application no. 45106/04. (*Марћело Виола против Италије*, 2006).

² У раду се израз апликант и израз подносилац представке користе равноправно као синоними.

³ Првостепеном пресудом осуђен је на казну затвора у трајању од 15 година пред судом посебне надлежности за организовани криминал у Палмију (*Palmi Assize Court*). Потом је у жалбеном поступку пред Апелационим судом посебне надлежности у Ређо Калабрији (*Reggio di Calabria Assize Court of Appeal*), преиначио пресуду и изрекао му казну од 12 година затвора.

⁴ *Марћело Виола против Италије*, 2006, 12.

учествовао на три рочишта путем аудио-видео конференцијске везе. Разлог за то је што је био смештен у строги затвор, па му је према одредбама Закона о организацији затвора био веома ограничен контакт са спољашњим светом. Апелациони суд преиначио је првостепену пресуду, тако што је окривљеном изрекао једну доживотну казну и две године самице. Подносилац представке се потом жалио Касационом суду. Међу жалбеним основима није истакнута чињеница његовог дистанционог учешћа у жалбеном поступку, а Касациони суд није усвојио наводе жалбе у вези са доказима које је апликант оспоравао.

Из образложења ЕСЈП налазимо неколико важних чињеница о правном систему тужене државе. Према Законику о кривичном поступку Италије из 1998. године, у поступцима против чланова мафије, било је предвиђено да окривљена лица учествују на даљину, када је то било неопходно због очувања јавног реда и безбедности. Према одлуци Уставног суда Италије, описани начин учешћа окривљеног лица био је оправдан циљем да се спречи могућност обнављања контакта са криминалном организацијом којој припада. Надаље, Уставни суд је истакао да такав концепт кривичног поступка обезбеђује лицима оптуженим за најтежа кривична дела да учествују у поступку, у сразмери са обавезом заштите јавности и несметаног одвијања суђења. Такође, одлуком Уставног суда Италије потврђено је да је учешће у судском поступку „на даљину“, спојиво са уставном гаранцијом права на одбрану. Додатно је истакнуто постојање законских одредби којима је гарантовано право на комуникацију између адвоката и брањеника, односно право браниоца на присуство у процени где се оптужено лице налази.

ЕСЈП посебно је истакао одредбе Другог додатног протокола уз Европску конвенцију о узајамном пружању помоћи у кривичним стварима, где је предвиђена могућност саслушања сведока или вештака путем видео конференције, као и путем телефонске конференцијске везе.⁵ Затим, ЕСЈП је указао на суштинску важност присуства окривљеног на суђењу, у интересу вођења правичног поступка. Надаље ЕСЈП није занемарио да је циљ и сврха члана 6 ЕКЈП да лице

⁵ Чл. 9, ст. 1: „Уколико неко лице са територије једне стране уговорнице треба да сведочи или вештачи под судским органима друге стране уговорнице, а лично присуство тог лица ради саслушања или вештачења на територији друге стране није пожељно или могуће, друга страна уговорница може затражити саслушање путем видео конференције под условима наведеним у ст. 2. до 7.“ Други додатни протокол уз Европску конвенцију међусобном пружању правне помоћи у кривичним стварима (*Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, ETS No. 182), усвојен 08. новембра 2001. године, ступио на снагу 01. фебруара 2004. године. Република Србија је чланица овог Протокола („Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 2/2006).

против кога је подигнута оптужница има право да се лично брани, да испитује сведоке итд. Посебно је наглашена важност поверљиве комуникације оптуженог лица са браниоцем. ЕСЈП потврдио је и то да уколико се у жалбеном поступку одлучује само о правним питањима, а не и о чињеничним, те ако је у првостепеном поступку оптужени лично учествовао, његово дистанциано учешће у другостепеном поступку је у складу са чланом 6 ЕКЈП.⁶

У оцени чињеница конкретног случаја, ЕСЈП је закључио да премештај таквог затвореника подразумева висок ризик од бекства или напада, те да изискује посебне мере безбедности. С тим у вези, ЕСЈП је узео у обзир и специфичности чланства у мафијашкој организацији. Због изузетних могућности остваривања различитих утицаја од стране мафије, ЕСЈП је чак и њихово присуство у судници окарактерисао као неприкладан притисак на друга лица, као што су жртве и сведоци-сарадници.

ЕСЈП је елаборирао два суштинска питања у вези са начином апликантовог учешћа у другостепеном поступку. Прво, према закључку ЕСЈП, „онлајн“ учешће подносиоца представке служило је легитимном циљу – спречавању нереда, превенцији кривичног дела, заштити сведока, жртава итд.⁷ Друго, ЕСЈП је оценио да је апликант имао одговарајуће могућности да користи права инхерентна правичном поступку у складу са чланом 6 ЕКЈП. Апликант није истицао примедбе на квалитет везе, дакле, могао је несметано да оствари интеракцију са судијама, сведоцима и вештацима. Коначно, браниоцу је било дозвољено да буде присутан у просторији у којој се апликант налазио, те је тиме обезбеђен и услов поверљивости. Одлука ЕСЈП била је једногласна.

У светлу изнетих чињеница и правних оцена ЕСЈП, уочава се балансиран приступ у заштити појединачног и општег интереса. Неупитно је да свако лице има право на правично суђење, без обзира на тежину и врсту дела за које му се суди. Истовремено, ЕСЈП дозвољава прилагођавање поступка у техничком смислу, уколико је то неопходно из оправданих разлога. Принцип пропорционалности при ограничавању права на правично суђење је веома важан. Евидентно је да према критеријуму претежности, случајеви попут овог, пружају више основа да се „онлајн“ учешћем оптужених лица, заштите легитимни интереси друштва.

⁶ У том смислу ЕСЈП се позвао на пресуду у предмету *Фејде против Шведске*, представка бр. 12631/87, пресуда од 29. октобра 1991. године. *Case of Fejde v. Sweden*, Application no. 12631/87, Judgment of 29 October 1991.

⁷ *Марфело Виола против Италије*, 2006, 72.

Како је напред наведено, одсуство оптужених лица из суднице може да буде засновано на различитим основима. Зато приступамо анализи предмета *Кахапуридзе и Кахидзе против Грузије (Khachapuridze and Khachidze v. Georgia)*. Полазно истичемо становиште ЕСЉП да примена члана 6 ЕКЉП има за циљ остваривање свеукупне правичности поступка у целости, а не сагледавање сепаратних аспеката или појединачних инцидената.⁸

Предмет је добио епилог пред ЕСЉП након што су апликанти, брачни пар из Грузије, правноснажно осуђени на новчану казну због „хулиганства“. Наиме, они су имали близак сусрет на плажи и расправу (уз различите узвике и близак контакт) са једним грузијским судијом, августа месеца 2016. године. Претходне године, исти судија је поступао у предмету у коме је први апликант био странка, а исход је био неповољан по апликанта. Обоје апликаната су напустили Грузију 2017. године и стекли статус избеглице у Уједињеном Краљевству. Од укупно 12 одржаних рочишта у току првостепеног поступка, они су „онлајн“ учествовали на осам рочишта, док им је на преостала четири рочишта то забрањено одлуком суда (на рочишту 22. јуна 2018. године). Њихови браниоци присуствовали су лично свим рочиштима.

У односу на првог апликанта, ЕСЉП је навео да је она више пута упозорена због непримереног понашања у судници, пре него што је „удаљена“. Без допуштења суда говорила за је време испитивања оштећеног. Зато је могла разумно да претпостави наступање последице у виду ускраћивања присуства суђењу, како се наводи у пресуди ЕСЉП. Кад се ради о другом апликанту, судија му је два пута указао на то да не износи политичке ставове, док је говорио о општим питањима и пре него што би поставио питање сведоку. Међутим, ЕСЉП је запазио да су таква упозорења била преурањена, где је апликант практично био прекинут и није било јасно да ли је намеравао да саопштава политичке поруке које би биле повезане са предметом поступка. Национални суд му није упутио упозорење са образложењем од којих изјава мора да се уздржи, а није ни разматрао блаже мере у циљу одржавања процесне дисциплине.⁹

Из наведених разлога, ЕСЉП није стекао уверење да је национални суд адекватно образложио разлоге због којих су апликанти искључени из даљег тока суђења, без обзира на ометање поступка које су

⁸ *Кахапуридзе и Кахидзе против Грузије*, представке бр. 59464/21 и 13079/22, пресуда од 29. августа 2024. године. *Case of Khachapuridze and Khachidze v. Georgia*, Applications nos. 59464/21 and 13079/22, Judgment of 24 August 2024, 142. (*Кахапуридзе и Кахидзе против Грузије*, 2024).

⁹ *Ibid.*, 138.

чинили. Одлука ЕСЈП била је једногласна. Посебно је истакнуто да су апликанти учествовали „на даљину“ у поступку по жалби. Оно што је спорно јесте чињеница да је другостепени суд одбио да расправља о доказима изведеним у одсуству апликаната у току првостепеног поступка, за разлику од осталих доказа. Због тога другостепени поступак није могао да отклони штетне последице проузроковане у првостепеном поступку.

Врховни суд није усвојио наводе апликаната о погрешној примени права. Додатно, није уважаио ни аргумент да су повређена начела адверзијалног поступка и једнакости оружја,¹⁰ тиме што апликантима није било дозвољено да учествују на четири рочишта. У одлуци Врховног суда истакнуто је да није на било који начин утврђено да су апликанти били ускраћени за комуникацију са адвокатима (јер нпр. адвокати нису ниједном тражили паузу ради консултација са браћеницима).¹¹ Ипак, према ставу ЕСЈП првостепени суд могао је отклонити ометање поступка, а да истовремено омогући апликантима да прате поступак, тако што би им искључио микрофон или у крајњем случају, утицао на њих путем адвоката.¹² ЕСЈП је ставио акценат на адверзијалну природу поступка и гаранцију из члана 6 ЕКЈП, према којој оптужени не само да има право да присуствује суђењу, него и да ефективно учествује у поступку.¹³

Запажамо да је ЕСЈП водио рачуна о заштити суштине права на правично суђење. Наиме, поступање националних судова било је неоправдано строго по апликанте, у процесном смислу. У фактичком смислу, онемогућено им је учешће у значајном делу кривичног поступка, чак и у „онлајн“ формату, што не одговара суштини права на одбрану као елемента права на правично суђење. Већ је по себи за њих била отежавајућа околност у виду дистанционог учешћа на суђењу, док су њихови адвокати били присутни у судници. Стога у овом случају, за разлику од претходног, не налазимо да је поступање националних судова било оправдано, тим пре што су постојале друге блаже мере за одржавање процесне дисциплине.

Упоредноправно посматрано, присуство окривљеног у судници сматра се у америчкој правној традицији уставном гаранцијом, иако

¹⁰ Према становишту ЕСЈП, принцип једнакости оружја је суштински важан за правично суђење и у непосредној је вези са начелом контрадикторности. Е. Тома, “The Principle of Equality of Arms – Part of the Right to a Fair Trial”, *Law Review*, Vol. 1, No. 3, 2011, 89–100, 91.

¹¹ *Кахапуридзе и Кахидзе против Грузије*, 2024, 60.

¹² *Ibid.*, 139.

¹³ *Ibid.*, 134.

није изричито наведено у Уставу САД.¹⁴ Поред тога, право окривљеног на суочавање са свим сведоцима оптужбе и унакрсно испитивање заузима посебно место у корпусу уставних гаранција права на правично суђење у САД-у (*confrontation clause*).¹⁵

Не би требало занемарити ни чињеницу да је могућност учествовања странке или сведока у судским и арбитражним поступцима,¹⁶ у целини или делимично путем видео линка, већ пет деценија позната процесна могућност,¹⁷ чак и у кривичним поступцима.¹⁸ То је нарочито изражено у ситуацијама када би за учеснике у поступку присуство у судници било трауматично.¹⁹ Један од таквих примера налазимо у америчком Закону о правима деце жртава и деце сведока.²⁰ Дакле, ради се о веома специфичним и тешким случајевима за пресуђење.²¹

14 У питању је став Врховног суда САД, а према ставовима заузетим у референтној судској пракси ове земље, присуство окривљеног обавезно је када се може основано довести у везу са потпуношћу права на одбрану. Захетв за присуством окривљеног није постојан уколико би такво присуство било бескорисно по права брањеника, односно када би се могло упоредити са „сенком“. J. I. Turner, “Remote Criminal Justice”, *Texas Tech Law Review*, Vol. 53, No. 2, 2021, 197–272, 203.

15 N. M. Garland, “The Constitutionality of Remote Trials”, *Southwestern Law Review*, Vol. 51, No. 1, 2021, 107–115, 109–111. У америчкој правној традицији постоји чврсто утемељено правило да сведочење које није било предмет унакрсног испитивања не може бити коришћено у кривичном поступку. K. J. Kuhlen, “The Burger Court and the Confrontation Clause: A Return to the Fair Trial Rule”, *John Marshall Journal of Practice and Procedure*, Vol. 7, No. 1, 1973, 136–167, 139.

16 Значајан део савремених арбитражних поступака није условљен физичким присуством странака. M. Tynan, “Remote Hearings in International Arbitration”, *Jus Corpus Law Journal*, Vol. 2, No. 3, 2022, 440–482, 442. У том контексту, истиче се проблем различитих временских зона, као и одређених рестрикција приступа интернету у појединим државама. M. Waincymer, “Online Arbitration”, *Indian Journal of Arbitration Law*, Vol. 9, No. 1, 2020, 1–23, 3–4.

17 L. Johnston-Walsh, A. Lintal, “Tele-Lawyering and the Virtual Learning Experience: Finding the Silver Lining for Remote Hybrid Externships & Law Clinics after the Pandemic”, *Akron Law Review*, Vol. 54, No. 4, 2020–2021, 735–772, 741.

18 R. Azubalyte, I. Titko, “Remote Criminal Trial – Fair Trial?”, *International Comparative Jurisprudence*, Vol. 8, No. 2, 2022, 178–192, 180.

19 У појединим случајевима, попут *Maryland v. Craig*, јавни интерес је наведен као основ због кога сведок није сведочио непосредно у судници, јер се радило о оптужбама за сексуално злостављање детета. N. M. Garland, “The Constitutionality of Remote Trials”, *Southwestern Law Review*, Vol. 51, No. 1, 2021, 107–115, 109–110.

20 Чл. 2(А) предвиђа да се у поступцима поводом кривичних дела против права деце, на овлашћени предлог адвоката, родитеља или законског заступника, сведочење детета може снимити у видео формату и користити као доказ. 18 U.S. § Code 3509 – Child victims’ and child witnesses’ rights (18 U.S. Code § 3509 – Child victims’ and child witnesses’ rights | U.S. Code | US Law | LII / Legal Information Institute (cornell.edu).

21 Такође, коришћење технологије за „суђење на дааљину“ изазвало је реакцију и дебату стручне јавности, у контексту успостављања и вршења персоналне надлежности судова у САД-у. Вид. J. Bagger, “Dropping the Other Shoe: Personal Juris-

Фокус ове анализе није на тежини појединачних случајева, него на специфичностима вођења судског поступка „на даљину“, иако у неким ситуацијама долази до непосредне међузависности између ових правних категорија. У светлу значаја теме, истичемо да је у складу са мерама предузетим у Аустралији и Великој Британији, дванаест дана након глобалног проглашења пандемије, већина судских поступака су пребачена у онлајн формат, а до половине јула 2020. године, 56 земаља је имплементирало неки облик суђења на даљину.²² На основу свега претходно наведеног, приступамо сагледавању утицаја који „онлајн“ поступци имају на свеукупну правичност суђења.²³

2.2. Проблемска питања вођења судских поступака „на даљину“

Постоје ставови да је посреди трансформације ка „онлајн“ поступцима је идеја о подизању ефикасности и транспарентности судских поступака, а нарочито побољшање „приступа правди“ појединачно.²⁴ У неким сегментима, нарочито је користан овај вид одвијања суђења, као нпр. због савладавања географских препрека, што је нарочито дошло до изражаја у време пандемије. Може се са друге стране, оправдано поставити питање да ли се на тај начин побољшава или ограничава процесни положај и права појединца пред судом.

Опасност од дистракције сматра се инхерентном у поступцима „на даљину“ (*remote proceedings*), јер може се појавити потреба да адвокати подижу тон или мењају свој стил наступа пред судом итд.²⁵ Затим, битно је колико у таквим околностима судија може стећи адекватан утисак и уверење о битним чињеницама, на основу исказа сведока, суочавања сведока, понашања странака, испитивања вештака и сл. Такође, поставља се питање квалитета везе, телекомуникационе инфраструктуре, коришћења одговарајућег софтвера, а што све остава-

diction and Remote Technology in the Post-Pandemic World”, *Hastings Law Journal*, Vol. 73, No. 3, 2022, 861–918.

22 M. Legg, A. Song, “The Courts, the Remote Hearing and the Pandemic: From Action to Reflection”, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 44, No. 1, 2021, 126–166, 128.

23 Вреди истаћи да је процес „модернизације правде“, односно коцпет „онлајн“ суђења детаљно анализиран у канадској стручној јавности још 2005. године. Вид. К. Benyekhlef, F. Gelinas, “Online Dispute Resolution”, *Lex Electronica*, Vol. 10, No. 2, 2005, i – 129.

24 R. Azubalyte, I. Titko, “Remote Criminal Trial - Fair Trial?”, *International Comparative Jurisprudence*, Vol. 8, No. 2, 2022, 178–192, 179.

25 K. K. Henrickson, “COVID-19 & the Courts: The Pandemic's Impact on the Practice of Litigation and Considerations for Future Remote Proceedings”, *Review of Litigation*, Vol. 40, No. 2, 2021, 305–334.

рује ефекат на квалитет трансмисије²⁶ и интеракцију између процесних субјеката. У зависности од околности случаја може постојати и потреба за преводиоцем, а што је у онлајн амбијенту додатно сложена чињеница. Набројани фактори могу погоршати положај брањеника – јер му је отежано да чује, анализира и разуме поступак. „Онлајн“ поступак стога може да омета ефективност саслушања сведока и презентовање доказа, а што је најважније може да утиче на перцепцију брањеника и сведока, од стране суда.²⁷

У погледу остваривања права на одбрану, вреди напоменути да „онлајн“ платформе углавном не омогућују одвојен канал комуникације за поверљив разговор између адвоката и клијента,²⁸ а што је и у „редовним“ околностима понекада непоуздана гаранција.²⁹ Све напред наведено одражава се и на појединачне елементе изношења одбране пред судом. На пример, може бити проузрокован неприродан говор тела, другачији тоналитет, недостатак осећаја за брзину говора, а нарочито битно, тешко је остварити ефективну координацију више бранилаца – пуномоћника окривљеног.

На основу свих наведених карактеристика судских поступака, који се делимично или у потпуности одвијају путем видео-конференцијске везе, истичемо да је у сваком конкретном случају неопходна пажљива оцена да ли је одржавање рочишта „на даљину“ разумно и прикладно.³⁰ Уколико таква одлука није оправдана, ствара се додатна опасност по квалитет сведочења и сврху начела непосред-

26 M. Legg, A. Song, “The Courts, the Remote Hearing and the Pandemic: From Action to Reflection”, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 44, No. 1, 2021, 126–166, 135.

27 Jenia I. Turner, “Remote Criminal Justice”, *Texas Tech Law Review* 53, no. 2 (Winter 2021): 197–272, 199. Чак и када је таква могућност предвиђена и технички омогућена од стране државних органа, поставља се питање да ли је суштинска приватност разговора обезбеђена. Bianca Mirabela Serb, *The right to a fair trial in the era of digitalization*, in *Thematic Conference Proceedings of International Significance*, Belgrade, 2022, 254, 247–256.

28 J. I. Turner, “Remote Criminal Justice”, *Texas Tech Law Review*, Vol. 53, No. 2, 2021, 197–272, 217.

29 Пресретање телефонских разговора између адвоката и клијента није непозната ситуација у пракси, а што је било предмет одлучивања и Европског суда за људска права. Н. Паунових, „Примена дигиталне технологије у контексту кривичноправне реакције на криминал и право на поштовање приватног живота: раскорак у балансирању између јавног и приватног интереса : са посебним освртом на праксу Европског суда за људска права“, *Зборник радова са конференције Дигитализација у казненом праву и правосудју*, Институт за упоредно право, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2022, 257–270, 261.

³⁰ R. Azubalyte, I. Titko, “Remote Criminal Trial – Fair Trial?”, *International Comparative Jurisprudence*, Vol. 8, No. 2, 2022, 178–192, 182.

ности у поступку,³¹ а који ризик је инхерентан „онлајн“ формату суђења и иначе не би требало да буде занемарен.³² Коначно, природа „онлајн“ поступка упућује на могућности коришћења метода енкрипције ради опструкције кривичног поступка.³³ Несумњиво је да се у тако специфичном контексту одвијања судског поступка, ствара потреба за посебном пажњом ради поштовања процесних гаранција из члана 6 ЕКЉП. Када се, поред тога, узму у обзир околности у време пандемије корона вируса, поштовање концепта *свеукупне правичности* судског поступка добија додатну димензију сложености.

3. ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У ВРЕМЕ ПАНДЕМИЈЕ КОРОНА ВИРУСА

У време ванредног стања – пандемије корона вируса напред анализирана питања попримила су додатну тежину из неколико разлога. На пример, поставља се питање угрожености начела непосредности и начела јавности поступка.³⁴ Чак су присутни ставови да ће пандемија трајно утицати на начин примене права и на начин правничког образовања.³⁵

³¹ У пољском правном систему, начело непосредности у кривичном поступку подразумева три елемента. Први је тај да секундарним доказима не може бити дата предност над примарним доказним изворима. Други се односи на обавезу суда да се непосредно упозна са прикупљеним доказима. Трећи имплицира да пресуда може да буде заснована само на доказима који су приказани на суђењу. R. Badowiec, “Remote Trial in Criminal Proceedings as a Threat to the Implementation of the Principle of Immediacy? Reflections on the Background of the Polish Legal Order”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 10, No. 2, 2024, 1–28, 4. У закључку цитираног рада, аутор износи низ неповољности које „онлајн“ суђење могу произвести у кривичном поступку. Између осталог указује на то да суд нема целовит увид у понашање странака у поступку, што негативно утиче на слободну оцену доказа.

³² P. P. Paulesu, “Editorial – An Overview on the “Crisis” of Testimonial Evidence as a Judicial Decision Making Tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding: Protected Witnesses, Media Interference, Principle of Immediacy and Right to Cross-Examination”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 8, No. 3, 2022, 1066–1092, 1072–1073. Са друге стране, у погледу грађанскоправних поступака, присутне су оцене да „онлајн“ суђења у потпуности омогућују поштовање начела непосредности. B. Kaczmarek-Templin, “Digitalization of Civil Proceedings in the Light of Openness, Equality and Immediacy in the Polish Legal System”, *European Journal of Economics, Law and Politics (ELP)*, Vol. 10, No. 1, 2023, 8–20, 16.

³³ Вид. М. Pisarić, “The Use of Hacking Techniques for the Purpose of Criminal Procedure”, *Journal of Criminology and Criminal Law*, No. 1, 2023, 51–66.

³⁴ Z. S. Pavlović, “About Legality of on Line Trials in Criminal Procedure”, *Journal of Eastern-European Criminal Law*, 2020, No. 2, 2020, 33–42, 34.

³⁵ L. Johnston-Walsh, A. Lintal, “Tele-Lawyering and the Virtual Learning Experience: Finding the Silver Lining for Remote Hybrid Externships & Law Clinics after the Pandemic”, *Akron Law Review*, Vol. 54, No. 4, 2020–2021, 735–772, 736.

Настанак нових околности изазваних пандемијом корона вируса имао је огроман утицај на друштвене токове у целом свету. Догодила се битна промена околности у правном режиму поштовања људских права. Степен страха од заразе био је изузетно велики. Реакције држава биле су углавном одлучне, подразумевајући велики број мера усвојених у кратком року. Временска дистанца од избијања пандемије и досадашњи показатељи успешности у супротстављању истој, омогућују анализу одабраних аспеката.³⁶

У сусрету са непознатом претњом по јавно здравље, настао је конгломерат правних прописа различите правне снаге, а сви су имали за циљ спречавање ширења заразе. Прописи су усвојени на локалном, националном, регионалном и глобалном нивоу. У првом плану нашла су се ограничења слободе кретања и могућности остваривања контакта са другим лицима. Поред тога, дошло је до изражаја питање ограничења слободе изражавања, због опасности од ширења панике итд. У већини држава уведено је ванредно стање³⁷ или ванредна ситуација.³⁸

Све наведено изазвало је дискусије у општој јавности, али и у стручној – правничкој јавности. Постојала су опречна мишљења о степену и стварним узорцима ограничења људских права,³⁹ али и начину на који су то државе чиниле.⁴⁰

36 О потреби промене правног оквира политике јавног здравља у Европској унији налазимо референтне анализе. *Bud. A. V. Gajic, “Facing Reality: A Need to Change the Legal Framework of the EU Public Health Policy and the Influence of the Pandemic of COVID-19 on the Perception of Identity and the Role of the EU”, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, No. 6, 2022, 353–374.

37 У Републици Србији ванредно стање уведено је Одлуком о проглашењу ванредног стања, *Службени гласник РС*, бр. 29/20, од 15.03.2020. године. Потом је 29.04.2020. године од стране Народне скупштине усвојена Одлука о потврђивању Одлуке о проглашењу ванредног стања, *Службени гласник РС*, бр. 29/20. Такође, Уставни суд Републике Србије одбацио је иницијативу за покретање поступка уставности и законитости Одлуке о проглашењу ванредног стања, Решењем о одбацивању иницијативе, од 22.05.2020. године, *Службени гласник РС*, бр. 77/2020, бр. IУо-42/2020.

38 Чл. 200 Устава РС: „Када јавна опасност угрожава опстанак државе или грађана, Народна скупштина проглашава ванредно стање“. У теорији је објашњено да ванредно стање има два аспекта. Први је уставни и законодавни, а други функционални у погледу организационих и стратешких питања при руковању ванредном ситуацијом. *G. O. Ozuru, C. T. Onyenajua, “COVID-19 Restrictions and Repercussions on Human Rights in Nigeria: An Appraisal”, International Journal of Comparative Law and Legal Philosophy*, Vol. 4, No. 2, 2022, 155–165, 156.

39 На пример, једно од спроведених истраживања показало је да већина испитаника сматра да је ограничење слободе кретања „миграната“ од стране државе учињено првенствено због заштите од чињења кривичних дела, а не због заштите њиховог здравља. *V. Turanjanin, “Migrants and Safety in Serbia during and after Corona-*

За кршење законских и подзаконских аката у вези са ширењем разних болести, а нарочито кршење новоуспостављених ограничења људских права изрицане су санкције, како оне присутне у већ постојећим актима, тако и оне по одредбама усвојеним након избијања пандемије. У таквим околностима, надлежни државни органи поступали су у складу са доступним информацијама о броју заражених, у циљу заштите јавног здравља. Међутим, брзина одлучивања власти, потреба за приоритизацијом заштићених добара и страх присутан код становништва, до данас су оставили отворено питање легитимитета појединих одлука.

Примера ради изненадне околности пандемије довеле су до застоја поступака широм САД-а, пред различитим судским инстанцама.⁴¹ Кад се ради о САД, приступ овом питању није био уједначен међу свим „јурисдикцијама“. Постојала су два основна приступа овом питању – пермисиван и рестриктиван. Илустрацију првопоменутог принципа налазимо у савезним државама Флориди и Олкахоми, где су постојале препоруке за ношење маски, али без предвиђених казни. Насупрот томе, у Њујорку грађанима је за неношење маске претила казна до 1.000 америчких долара, као и у Лос Анђелесу, са могућношћу изрицања шестомесечне казне затвора.⁴²

Питања пропорционалности између заштићеног интереса и ограничења људских права, затим правне сигурности и примерености изречених санкција, у вези са епидемијом корона вируса, стварају основ за научни дискурс. У литератури се истиче управо концепт „процесног плурализма“ и његов развојни пут у време пандемије, као основ за анализу шта је то неопходно унапредити у остваривању

virus Pandemic“, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, No. 6, 2022, 410–429, 425.

⁴⁰ Вид. Б. Ристивојевић, И. Милић, „Правна (не)сигурност у казеном праву Републике Србије за време тзв. Полицијског часа проглашеног због епидемије заразне болести COVID-19, Зборник радова *Изазови правном систему*, Источно Сарајево, 2021, 356–375.

⁴¹ Истраживање у 12 судских области показало је да је судска активност у периоду март-мај 2020. године била много мања него у истом периоду претходних година. У месецу марту број судских одлука био је мањи за 11%, у априлу месецу за 15% и у мају месецу за 24%. К. К. Henrickson, „COVID-19 & the Courts: The Pandemic's Impact on the Practice of Litigation and Considerations for Future Remote Proceedings“, *Review of Litigation*, Vol. 40, No. 2, 2021, 305–334, 308.

⁴² М. L. Cederblom, „Towards Action and in Pursuit of Scofflaws: Shifting the Framework of Pandemic Public Health Punishment from Theory to Pragmatism“, *Lincoln Memorial University Law Review*, Vol. 9, No. 3, 2022, 80–135, 86–87.

правде.⁴³ Као резултат наведених чињеница у одређеном броју случајева дошло је до кршења различитих елемената из корпуса права на правично суђење. У овом раду акценат је на специфичном сегменту овог права који је био нарочито погођен, првенствено у области казненог (кривичног и прекршајног) права.⁴⁴

На темељу искустава у време ванредног стања изазваног епидемијом корона вируса Европска конвенција за ефикасност правосуђа Савета Европе објавила је седам принципа на којима се заснива ефикасност и квалитет рада правосудних органа, а имајући у виду да се слична криза може поново догодити. У првом плану су владавина права, поштовање људских права, безбедност људи итд.⁴⁵

Истичемо праксу ЕСЈП управо у вези са суђењем у време пандемије корона вируса, у предмету *Petri Tapani Alppi against Finland*.⁴⁶ За разлику од горе анализираних случајева, представка је имала за предмет учешће једног од троје чланова судског већа у „онлајн“ формату. Разлог због кога је примењена ова могућност у односу на судију јесте претходна мера изолације због корона вируса. Апликант је истицао да је на овај начин прекршено начело непосредности и да је угрожена правичност поступка. У питању је био другостепени поступак, а судија је учествовао путем видео-конференцијске везе на једном од два рочишта. Првостепеном пресудом, апликанту је изречена доживотна казна затвора због учињеног двоструког убиства. Друго рочиште, које је спорно према становишту апликанта, одржано је 19. октобра 2020. године. Том приликом суд се бавио оценом медицинске документације и одмеравањем казне. На првом рочишту, када је судија био присутан у судници, утврђена је кривица апликанта, након чега је наложено његово психијатријско вештачење.

Врховни суд Финске, утврдио да је на описани начин судијиног учешћа у жалбеном поступку, дошло до кршења процесних правила и

43 A. K. Schneider, H. Hlavka, S. Mulla, E. Schubert, A. J. Snowden, "Remote Justice & Domestic Violence: Process Pluralism Lessons from the Pandemic", *Stetson Law Review*, Vol. 52, No. 2, 2022, 231–274, 233.

44 Такође, различити прописи су усвајани у области грађанског права, уређујући организациона питања и рачунање рокова. Е. Gjorgjioska, D. Gorgieva, Z. Stoileva, "Comparative Process Solutions to Deal with the COVID-19 Pandemic with Special Focus on the Situation in Civil Proceedings in Republic of North Macedonia", *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 11, No. 2, 2020, 1–10, 3.

45 *CEPEJ DECLARATION*, Lessons learnt and challenges faced by the judiciary during and after the Covid-19 pandemic, adopted by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) on the ad hoc virtual CEPEJ plenary meeting on 10th June 2020.

46 Предмет *Петри Тапани Алпи*, представка бр. 15736, пресуда од 28. новембра 2023. године. *Case of Petri Tapani Alppi against Finland*, Application no. 15736/22, Judgment of 28 November 2023.

повреде начела непосредности. Ипак, Врховни суд је узео у обзир да је то учињено из оправданог разлога. У практичном смислу констатовано је да то није утицало на квалитет расправе, поступак одлучивања или на одлуку.⁴⁷ ЕСЈП је потврдио наведене ставове националног суда, те је утврдио да није дошло до компромитације свеукупне правичности поступка (*overall fairness of the trial*).⁴⁸ ЕСЈП је посебно узео у обзир то што је, у делу поступка у коме је судија учествовао „онлајн“, одлучено о претежно техничким правним питањима у вези са одмеравањем казне, док је кривица апликанта већ претходно утврђена.⁴⁹

Приказани случај разликује се у односу на друга два одабрана предмета пред ЕСЈП, јер није било спорно дистанцијано учешће оптуженог лица, него судије. То свакако не утиче на приступ заштити права на правично суђење. Оцена се врши у односу на то да ли је оптужено лице имало доступне и ефикасне механизме за остваривање права на одбрану. Имајући у виду да је поступало трочлано судско веће, те још битније, да према апликанту нису примењена било каква одступања од стандарда правичног поступка, став ЕСЈП је оправдан.

Напред наведени аспекти права на правично суђење, не могу се посматрати потпуно одвојено од низа других права из члана 6 ЕКЈП, иако она нису предмет овог рада. Стицајем разних чињеничних фактора, у настојању да се заштити правни поредак и јавно здравље, била је приметна системска неусаглашеност различитих грана власти – законодавне, извршне (квази-законодавне) и на крају судске. Стога у даљем тексту, анализирамо спорне прописе и поступање судова на основу истих у Републици Србији. Гаранције из члана 6 ЕКЈП нормативно и практично проблематизовани у време пандемије корона вируса, чиме је угрожен принцип *правне сигурности*.

⁴⁷ *Ibid.*, 13.

⁴⁸ *Ibid.*, 20.

⁴⁹ ЕСЈП је имао у виду и то да је Врховни суд Финске истог дана када је одлучио у цитираном предмету, донео одлуку да је у другом поступку дошло до кршења права на правично суђење, због коришћења видео-конференцијске везе, а на основу оцене околности тог случаја. *Ibid.*, 23.

4. АНАЛИЗА ПРЕДМЕТНОГ ПИТАЊА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

4.1. Нормативни оквир суђења „на даљину“ у Републици Србији

У погледу Републике Србије (РС), нормативни оквир одабраног института налазимо у уставним, законским, подзаконским, али и другим оквирима уређења рада правосуђа. Уставом РС гарантовано је право на правично суђење,⁵⁰ што између осталог подразумева и право на бесплатног преводиоца и право на бесплатног тумача. Поред тога, јавност расправе је опште правило, а искључење јавности дозвољено је изузетно, ради нпр. заштите интереса националне безбедности. Затим, Уставом је одређено да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у складу са важећим међународним стандардима и праксом међународних институција.⁵¹ Наведена интенција законодавца најпре се остварује применом стандарда из праске ЕСЉП.

Што се тиче законских прописа, првенствено је релевантан Законик о кривичном поступку⁵² (ЗКП), који предвиђа могућност учествовања окривљеног или посебно осетљивог сведока у поступку, помоћу средстава преноса слике и звука. Имајући у виду одредбу из Закона о прекршајима (ЗОП), према којој је предвиђена сходна примена ЗКП-а када ЗОП или другим законом није другачије одређено, није искључена ни могућност да се на описани начин поступа и у прекршајном поступку.⁵³

⁵⁰ Чл. 32 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

⁵¹ *Ibid.*, чл. 18, ст. 2: „Одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.”

⁵² Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС. У Законику о кривичном поступку постоје одређени сегменти кривичног поступка који су подложни коришћењу техничких могућности преноса звука и слике. Рецимо кад се ради о удаљењу окривљеног из суднице и одређивању мере праћења поступка из посебне просторије помоћу техничких средстава, или кад се ради о испитивању посебно заштићених сведока. О. Тешовић, И. Миловановић, „Заштита сведока у кривичним поступцима и примена технологије“, у Тематском зборнику радова међународног значаја *Дигитализација у казненом праву и правосуђу*, Београд 2022, 171–184, 176–177.

⁵³ Чл. 99 Закона о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – одлука УС, 91/2019, 91/2019 – др. закон и 112/2022 – Одлука УС. У члановима 200–216 ЗОП уређено је питање саслушања окривљеног и саслушања сведока, које је по правило усмено, али је предвиђена и могућност изношења одбране писаним путем. Коришћење видео-конференцијске везе се не помиње.

Кад се ради о подзаконским актима, није уобичајено да се овако важни елементи и гаранције права на правично суђење уређују актима ниже правне снаге. Управо зато налазимо такву легислативну интерференцију само у изузетним ситуацијама, као што је ванредно стање за време корона вируса. У првом реду ради се о Уредби о начину учешћа оптуженог на главном претресу у кривичном поступку,⁵⁴ усвојеној у време ванредног стања. Чланом 1 Уредбе одређено је да „у време ванредног стања проглашеног 15. марта 2020. године, у кривичном поступку који се води пред првостепеним судом, када председник већа, односно судија појединац нађе, да је обезбеђење присуства оптуженог који се налази у притвору, на главном претресу отежано због опасности од ширења заразне болести, може одлучити да се учешће окривљеног на главном претресу обезбеди путем техничких средстава за пренос звука и слике, ако је то с обзиром на техничке услове могуће“. Затим, указујемо и на допис Министарства правде упућен судовима, у циљу омогућавања вођења поступка „на даљину“ против лица која су прекршила меру самоизолације.⁵⁵

Дакле, уочава се да је „онлајн“ учешће у кривичном поступку уређен институт у правном систему Републике Србије, у односу на одређене типске околности. Међутим, кад се ради о изузетним основима, нормирање које је предузето у више наврата у току ванредног стања, захтева додатну анализу и оцену сврсисходности. У том смислу, веома је значајна судска пракса, којом је обухваћена и примена спорних општих аката.

54 Уредба о начину учешћа оптуженог на главном претресу у кривичном поступку који се одржава за време ванредног стања проглашеног 15. марта 2020. године, *Службени гласник РС*, бр. 49/2020. Уредба је потврђена Законом о потврђивању уредаба које је Влада уз супотпис председника Републике донела за време ванредног стања, који је поднела Влада, *Службени гласник РС*, бр. 62/2020, који је ступио на снагу даном објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије“, односно 29. априла 2020. године (члан 1. Закона – 62/2020-3). Уредба је престала да важи даном укидања ванредног стања, односно 6. маја 2020. године (чл. 2 Закона о важењу уредаба које је Влада уз супотпис председника Републике донела за време ванредног стања и које је Народна скупштина потврдила, *Службени гласник РС*, 65/2020-3).

55 „Министарство правде упутило је допис судовима који ће водити поступке против лица која су прекршила мере самоизолације да та суђења организују путем видео линка, у циљу заштите како запослених, тако и лица против којих се води поступак. Министарство је судове обавестило да је потребно да њихово информатичко особље обезбеди неопходне услове како би се омогућило вођење поступка против лица која су прекршила меру самоизолације.“ Текст је преузет са веб-сајта Министарства правде: <https://www.mpravde.gov.rs/vest/29671/saslanja-zalica-koja-su-prekrсила-meru-samoizolacije-putem-video-linka.php>.

4.2. Праска судова у Републици Србији за време ванредног стања

Мисија ОЕБС-а у Србији спровела је истраживање о раду судова током пандемије корона вируса, а резултати анкете указују на различите ставове о употреби видео-конференцијске везе током суђења за време ванредног стања. Многи испитаници истакли су уставне одредбе, које не дозвољавају ограничење права на правично суђење. Одређен број судија сматра да је коришћење видео-конференцијске везе прихватљиво уз пристанак тужиоца и окривљеног.

Један судија апелационог суда, истакао је следеће: „Проблем је што решење о употреби видео-конференцијске везе у првостепеном кривичном поступку није омогућено Закоником о кривичном поступку (ЗКП). Судија је због тога морао да буде јако опрезан. Можда ће ова ситуација довести до измена ЗКП.”⁵⁶ С тим у вези, судије су указале и на спорну раније споменуту Уредбу Владе, о којој је било речи, сматрајући је потпуно неприхватљивом.⁵⁷ Адвокати, са друге стране, истичу да се на овај начин судило у неадекватним условима, у ситуацији где се окривљени налазио у полицијском возилу испред суда, а судија и записничар у ходнику суда. Додатно су навели да је одређеним ситуацијама чак окривљенима одређен притвор без поднетог предлога и без присуства тужиоца.⁵⁸

У вези с тим истичемо пресуду Врховног касационог суда⁵⁹ (ВКС) којом је потврђена законитост правноснажне осуђујуће пресуде због

⁵⁶ М. Васић, С. Мандић, „Рад судова током епидемије заразне болести Covid-19, анализа и препоруке“, *Мисија ОЕБС-а у Србији*, 2021, 28.

⁵⁷ „Поједини испитаници сматрају да је Препорука министарства правде, а затим и Уредба Владе која се односи на употребу видео-конференцијске везе током првостепених кривичних суђења потпуно неприхватљива, пре свега јер Устав забрањује ограничавање права на правично суђење. Као највећи практични проблем овог решења наводе немогућност комуникације окривљеног са браниоцем. На питање због чега сматрају да су колеге ипак у великој мери користиле могућност која им је дата Уредбом, наводе да за тако нешто постоји више могућих разлога - да је тешко издвајати се из групе која поступа по инерцији, да је део можда веровао да чини нешто добро, а да је део на овај начин желео да се „доказује“ и више него што је потребно. Поједини испитаници су поступали коришћењем видео-конференцијске везе, сматрајући ово сасвим прихватљивим решењем, иако, како наводе, због тога очекују да буду нападнути. Они сматрају да је другачије поступање било немогуће због страха од болести, како код судија, тако и код окривљених, који су се углавном саглашавали да им се овако суди.“ *Ibid.*, 27–28.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ У време доношења пресуде коришћен назив Врховни касациони суд који је био у употреби до 11.05.2023. године, а након чега је уставним амандманом промењен назив у Врховни суд. Одлука о проглашењу акта о промени Устава Републике Србије усвојена је 09.02.2022. године, *Службени гласник РС*, бр. 16/2022-3, а члан 143 Устава РС измењен је V амандманом.

уочиеног кривичног дела непоступање по здравственим прописима, донете у поступку у коме је обезбеђено присуство окривљеног на гласном претресу. Заправо у наведеној констатацији не налазимо ништа спорно. Оно што је корисно за оцену валидности „онлајн“ учешћа окривљеног на главном претресу је следећи закључак ВКС. Наиме, у истој пресуди потврђено је да би само констатовање окривљеног у „онлајн“ формату сагласно Уредби Владе, уместо његовог довођења, представљало битну повреду одредаба кривичног поступка⁶⁰ из члана 438, став 1, тачка 5.⁶¹ Наведени став ВКС је у сагласју са цитираном изјавом судије апелационог суда. Ова врста подударног тумачења важних процесних института од великог је значаја за правну сигурност грађана. Тиме се обезбеђује поштовање хијерархије правних аката, затим остварује се целисходно системско тумачење права, а из чега произлази свеукупна правичност поступка.

Дакле, разни отежавајући чиниоци у овој правној ситуацији, изазвали су забринутост у стручној јавности кад се ради о примени цитиране Уредбе. Изазови са „дигитализацијом“ у техничко-организационом смислу, додатно су дошли до изражаја српском правосуђу у ванредном стању 2020. године. Разумљиво је да су овакви проблеми имали импликације и на суштинска питања – правичност поступка. Рецимо у ситуацији када се окривљени налази у притвору, а

⁶⁰ „Наиме, бранилац у осталом делу захтева наводи да окривљеном није омогућено право да му се суди у одсуству, јер је на рочишту које је одржано дана 15.04.2020. године било неопходно лично присуство окривљеног, а уместо његовог довођења је само констатовано да је учешће окривљеног обезбеђено путем техничких средстава за пренос слике и звука - Скупе, а сагласно уредби Владе Републике Србије од 01.04.2020. године, а који наводи браниоца окривљеног би по налажењу овога суда представљали битну повреду одредаба кривичног поступка из чл. 438, ст. 1, тач. 5) ЗКП. Како ова повреда не представља законски разлог због којег је у смислу одредбе чл. 485, ст. 4 ЗКП дозвољено подношење захтева за заштиту законитости окривљеном и његовом браниоцу због повреде закона, то је Врховни касациони суд у овом делу захтев браниоца окривљеног оценио недозвољеним. Међутим, напомене ради, горе наведени наводи браница окривљеног нису тачни, јер је на главном претресу одржаном дана 01.09.2020. године окривљени саслушан, након чега је спроведен доказни поступак и донета пресуда која је јавно објављена у присуству окривљеног.“

Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 1516/2020 од 20.1.2021. године, *Параграфова збирка судске праксе Врховног касационог суда*, бр. 1/2021.

⁶¹ „Битна повреда одредаба кривичног поступка постоји ако: (5) је главни претрес одржан без лица чије је присуство на главном претресу обавезно или ако је оптуженом, браниоцу, оштећеном или приватном тужиоцу, противно његовом захтеву, ускраћено да на главном претресу употребљава свој језик и да на свом језику прати ток главног претреса.“

против њега се води поступак који је хитан (насиље у породици).⁶² Илустрације ради, у Аустрији је до избијања пандемије било дословно незамисливо да се испитивање окривљеног врши без његовог присуства у судници. Критички став након увођења ове могућности у Аустрији, усмерен је на очување правичног суђења, начела јавности, начела непосредности, начела усмености, права на одбрану и принципа независне оцене доказа.⁶³

Овакве оцене и забринутости можемо сматрати оправданим, знајући за све елементе правне несигурности, и све фактичке потешкоће, због којих иста није у потпуности остварена у време ванредног стања. С тим у вези, идеја Европске комисије за ефикасност правосуђа представља добар правац и путоказ о чему би све требало водити рачуна у настојању да се обезбеди правично суђење сваком појединцу, а нарочито у ванредним околностима, када је већ присутна угроженост других људских права укључујући здравље и живот или безбедност грађана.

5. ЗАКЉУЧАК

Право на правично суђење је веома широко право и укључује низ елемената, односно гаранција чијом применом се остварује *свеукупна правичност поступка*. У првом реду то је право на приступ суду, право на одбрану, право на непристрасан и независан суд, поштовање претпоставке невиности, суђење у разумном року итд. У погледу остваривања права на одбрану, од изузетног значаја су начело непосредности, начело контрадикторности, принцип једнакости оружја и слободна оцена доказа. Применом наведених правила поступка остварује се непосредан утицај на исход суђења, тј. њима се штити право на правично суђење. Под применом се подразумевају и оправдани случајеви одступања од поменутих начела. Ради се о ситуацијама када су иста модификована у оквирима правичног поступка. Уколико пак дође до недозвољеног одступања од таквих гаранција, не можемо да говоримо о правичном суђењу, у смислу члана 6 ЕКЉП.

Управо из тог разлога, намеће се кључно питање – шта се сматра основаном и легитимном променом режима примене правила правичног поступка? Одговор на то питање није једноставан и упућује на

⁶² Ј. Самуилов, „Дигитализација правосуђа у Републици Србији – примена у пракси и изазови“, у Тематском зборнику радова међународног значаја *Дигитализација у казненом праву и правосуђу*, Београд 2022, 71–86, 76.

⁶³ Ј. Innerhofer, “Digitalization of the trial – an Austrian perspective”, in Thematic Conference Proceedings of International Significance *Digitalization in Penal Law and Judiciary*, Belgrade, 2022, 141–151, 146.

екстензивно тумачење националног права, у складу са чланом 6 ЕКЉП. Из анализираних пресуда ЕСЉП произлази неколико чињеница у вези са тим. Прво, иако се право на правично суђење не може *de lege* дерогирати, оно није апсолутног карактера *stricto sensu*. Одређени изузеци од начелних одредница члана 6 ЕКЉП су присутни у вишедеценијској судској пракси (националној и међународној), те се њима не крши право на правично суђење. Међу такве ситуације убрајамо и делимично или потпуно одвијање судског поступка у „онлајн“ формату. Друго, у таквим околностима важе и даље сва друга правила која чине право на правично суђење. Заправо, посебна пажња се посвећује управо томе да техничка природа ствари, не утиче на суштинска питања правичности суђења. Тај циљ се остварује помоћу одговарајућих, раније поменутих, начела и института процесне природе. Треће, конкретна оцена *свеукупне правичности* поступка врши се на основу два параметра. То су са једне стране чињенице, околности и специфичности конкретног случаја, а са друге стране постојећи стандарди изграђени у јуриспруденцији ЕСЉП. Тиме не долази до неосноване аналогije, а уједно се остварује стандардизација у заштити права на правично суђење.

Кад се ради о правном систему Републике Србије, прописани су уставни и законски оквири остваривања права на правично суђење, који су суштински подударни са чланом 6 ЕКЉП. Што се тиче заштите правичног поступка у „онлајн“ формату, налазимо неколико одредби, у изузетним ситуацијама. По својој сврси и циљу, предметни изузеци од начела непосредности, нису спорни. Међутим, у односу на режим успостављен за време ванредног стања, налазимо простор за забринутост. Наведено произлази како из упоредноправног приказа, тако и из анализе стања у Републици Србији. Легислативни оквир створио је простор да изузетак *de facto* постане правило, кад се ради о дистанцијом учешћу окривљеног у кривичном поступку. Иако се радило о временски ограниченој примени спорне Уредбе, и то по правилу у односу на кривична дела против јавног здравља, то не умањује опасност која је тиме настала по *свеукупну правичност* поступка. Свако суђење је за окривљено лице од највећег значаја. Начин на који су кривични поступци спровођени у време ванредног стања (а често и исход поступака) проблематизован је од стране стручне и опште јавности, сасвим оправдано. Надамо се да ће у будућој пракси, како законодавној тако и правосудној, поменуто искуство допринети конзистентној заштити права на правично суђење.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Васић Милена, Мандић Софија, „Рад судова током епидемије заразне болести Covid-19, анализа и препоруке“, *Мисија ОЕБС-а у Србији*, 2021;
2. Пауновић, Никола, „Примена дигиталне технологије у контексту кривичноправне реакције на криминал и право на поштовање приватног живота: раскорак у балансирању између јавног и приватног интереса : са посебним освртом на праксу Европског суда за људска права“, *Зборник радова са конференције Дигитализација у казненом праву и правосуђу*, Институт за упоредно право, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2022;
3. Ристивојевић, Бранислав, Милић, Иван, „Правна (не)сигурност у казненом праву Републике Србије за време тзв. Полицијског часа проглашеног због епидемије заразне болести COVID-19, *Зборник радова Изазови правном систему*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2021;
4. Самуилов, Јелена, „Дигитализација правосуђа у Републици Србији – примена у пракси и изазови“, у *Тематском зборнику радова међународног значаја Дигитализација у казненом праву и правосуђу*, Београд 2022;
5. Тешовић, Олга, Миловановић, Ивана, „Заштита сведока у кривичним поступцима и примена технологије“, у *Тематском зборнику радова међународног значаја Дигитализација у казненом праву и правосуђу*, Београд 2022;
6. Azubalyte, Rima, Titko, Ivan, “Remote Criminal Trial – Fair Trial?”, *International Comparative Jurisprudence*, Vol. 8, No. 2, 2022;
7. Badowiec, Renata, “Remote Trial in Criminal Proceedings as a Threat to the Implementation of the Principle of Immediacy? Reflections on the Background of the Polish Legal Order”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 10, No. 2, 2024;
8. Bagger, Jenny, “Dropping the Other Shoe: Personal Jurisdiction and Remote Technology in the Post-Pandemic World”, *Hastings Law Journal*, Vol. 73, No. 3, 2022;
9. Benyekhlef, Karim, Gelinas, Fabien, “Online Dispute Resolution”, *Lex Electronica*, Vol. 10, No. 2, 2005, i-129;
10. Cederblom L. Michael, “Towards Action and in Pursuit of Scofflaws: Shifting the Framework of Pandemic Public Health Punishment from Theory to Pragmatism”, *Lincoln Memorial University Law Review*, Vol. 9, No. 3, 2022;
11. Gajić V. Aleksandar, “Facing Reality: A Need to Change the Legal Framework of the EU Public Health Policy and the Influence of the Pandemic of COVID-19 on the Perception of Identity and the Role of the

- EU“, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, No. 6, 2022;
12. Garland M. Norman, "The Constitutionality of Remote Trials", *Southwestern Law Review*, Vol. 51, No. 1, 2021;
 13. Gjorgjioska, Emilija, Gorgieva, Dijana, Stoileva, Zorica, "Comparative Process Solutions to Deal with the COVID-19 Pandemic with Special Focus on the Situation in Civil Proceedings in Republic of North Macedonia", *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 11, No. 2, 2020;
 14. Henrickson K. Kimberly, "COVID-19 & the Courts: The Pandemic's Impact on the Practice of Litigation and Considerations for Future Remote Proceedings", *Review of Litigation*, Vol. 40, No. 2, 2021;
 15. Innerhofer, Julia, "Digitalization of the trial – an Austrian perspective", in Thematic Conference Proceedings of International Significance *Digitalization in Penal Law and Judiciary*, Belgrade 2022;
 16. Johnston-Walsh, Lucy, Lintal, Alison, "Tele-Lawyering and the Virtual Learning Experience: Finding the Silver Lining for Remote Hybrid Externships & Law Clinics after the Pandemic", *Akron Law Review*, Vol. 54, No. 4, 2020-2021;
 17. Johnston-Walsh, Lucy, Lintal, Alison, "Tele-Lawyering and the Virtual Learning Experience: Finding the Silver Lining for Remote Hybrid Externships & Law Clinics after the Pandemic", *Akron Law Review*, Vol. 54, No. 4, 2020-2021;
 18. Kaczmarek-Templin, Berenika, "Digitalization of Civil Proceedings in the Light of Openness, Equality and Immediacy in the Polish Legal System", *European Journal of Economics, Law and Politics (ELP)*, Vol. 10, No. 1, 2023;
 19. Kuhlen J., Kathryn, "The Burger Court and the Confrontation Clause: A Return to the Fair Trial Rule", *John Marshall Journal of Practice and Procedure*, Vol. 7, No. 1, 1973;
 20. Kupfer Schneider, Andrea, Hlavka, Heather, Mulla, Sameena, Schubert, Eric, Snowden J. Aleksandra, "Remote Justice & Domestic Violence: Process Pluralism Lessons from the Pandemic", *Stetson Law Review*, Vol. 52, No. 2, 2022;
 21. Legg, Michael, Song, Anthony, "The Courts, the Remote Hearing and the Pandemic: From Action to Reflection", *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 44, No. 1, 2021;
 22. Ozuru, Glory, Omonigho, Onyenajua, Coleman, Thompson, "COVID-19 Restrictions and Repercussions on Human Rights in Nigeria: An Appraisal", *International Journal of Comparative Law and Legal Philosophy*, Vol. 4, No. 2, 2022;
 23. Paulesu Pier, Paolo, "Editorial – An Overview on the "Crisis" of Testimonial Evidence as a Judicial Decision Making Tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding: Protected Witnesses, Media Interference, Principle of Immediacy and Right to Cross-Examination", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 8, No. 3, 2022;

24. Pavlović S., Zoran, "About Legality of on Line Trials in Criminal Procedure", *Journal of Eastern-European Criminal Law*, 2020, No. 2, 2020;
25. Pisarić, Milana, "The Use of Hacking Techniques for the Purpose of Criminal Procedure", *Journal of Criminology and Criminal Law*, 1/23;
26. Toma, Elisa, "The Principle of Equality of Arms - Part of the Right to a Fair Trial", *Law Review*, Vol. 1, No. 3, 2011;
27. Turanjanin, Veljko, "Migrants and Safety in Serbia during and after Coronavirus Pandemic", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, No. 6, 2022;
28. Turner Jenia, Iontcheva, "Remote Criminal Justice", *Texas Tech Law Review*, Vol. 53, No. 2, 2021;
29. Tynan, Menezes, "Remote Hearings in International Arbitration", *Jus Corpus Law Journal*, Vol. 2, No. 3, 2022;
30. Waincymer Maurice, Jeffrey, "Online Arbitration", *Indian Journal of Arbitration Law*, Vol. 9, No. 1, 2020.

Правни извори

1. Други додатни протокол уз Европску конвенцију међусобном пружању правне помоћи у кривичним стварима (*Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, ETS No. 182), усвојен 08. новембра 2001. године, ступио на снагу 01. фебруара 2004. године. Република Србија је чланица овог Протокола (*Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/2006);
2. Закон о важењу уредаба које је Влада уз супотпис председника Републике донела за време ванредног стања и које је Народна скупштина потврдила, *Службени гласник РС*, 65/2020-3;
3. Закон о потврђивању уредаба које је Влада уз супотпис председника Републике донела за време ванредног стања, који је поднела Влада, *Службени гласник РС*, бр. 62/2020;
4. Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – одлука УС, 91/2019, 91/2019 – др. закон и 112/2022 – Одлука УС;
5. Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС;
6. Одлука о потврђивању Одлуке о проглашењу ванредног стања, *Службени гласник РС*, бр. 29/20;
7. Одлука о проглашењу акта о промени Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 16/2022-3;
8. Одлука о проглашењу ванредног стања, *Службени гласник РС*, бр. 29/20;

9. Уредба о начину учешћа оптуженог на главном претресу у кривичном поступку који се одржава за време ванредног стања проглашеног 15. марта 2020. године, *Службени гласник РС*, бр. 49/2020, Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021;
10. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

Судска пракса

1. *Кахачуридзе и Кахидзе против Грузије*, представке бр. 59464/21 и 13079/22, пресуда од 29. августа 2024. године. *Case of Khachapuridze and Khachidze v. Georgia*, Applications nos. 59464/21 and 13079/22, Judgment of 24 August 2024;
2. *Марћело Виола против Италије*, представка бр. 45106/04, пресуда од 05. октобра 2006. године. *Case of Marcello Viola v. Italy*, Judgment of 05 October 2006, Application no. 45106/04;
3. *Петри Тапани, Алпи*, представка бр. 15736, пресуда од 28. новембра 2023. године. *Case of Petri Tapani Alppi against Finland*, Application no. 15736/22, Judgment of 28 November 2023,
4. Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 1516/2020 од 20.1.2021. године, *Параграфова збирка судске праксе Врховног касационог суда*, бр. 1/2021;
5. Решење о одбацивању иницијативе, од 22.05.2020. године, *Службени гласник РС*, бр. 77/2020, бр. ЈУо-42/2020;
6. *Фејде против Шведске*, представка бр. 12631/87, пресуда од 29. октобра 1991. године. *Case of Fejde v. Sweden*, Application no. 12631/87, Judgment of 29 October 1991;
7. 18U.S. § Code 3509 – Child victims’ and child witnesses’ rights.
8. *CEPEJ DECLARATION*, Lessons learnt and challenges faced by the judiciary during and after the Covid-19 pandemic, adopted by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) on the ad hoc virtual CEPEJ plenary meeting on 10th June 2020.

Интернет извори

1. *Обавештење Министарства правде Републике Србије, доступно на линку: <https://www.mpravde.gov.rs/vest/29671/saslusanja-za-lica-koja-su-preksila-meru-samoizolacije-putem-video-linka.php>.*

Teaching Assistant Stefan Radojčić, LL.M.

Faculty of Law, University of Novi Sad

REALIZATION OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN ONLINE FORM

Summary

The subject of the research is the impact of partial or complete conduct of the judicial procedure in an *online* format on the overall fairness of the trial. An analysis of the theoretical and practical aspects of the use of video-conferencing was carried out in relation to the guarantees from Article 6 of the European Convention on Human Rights, as well as constitutional and legal provisions. Considering that the use of means for transmitting images and sound is permitted restrictively and is not so common in court practice, a special part of the paper is dedicated to court practice during the coronavirus pandemic. During that period, the use of the defendant's participation in the hearing using video conferencing was more prevalent. Therefore, the focus of the paper is in particular on the following issues. First, how the remote participation of defendants affects the effectiveness of their right to defence. Second, how the relationship between *online* trials and the right to a fair trial has been affected by the state of emergency caused by the coronavirus pandemic. Based on the reference judgments of the European Court of Human Rights, a comparative legal analysis of legal solutions, and research conducted on procedures during the coronavirus pandemic, we present concluding observations on the situations in which the fairness of a judicial procedure is jeopardized by its conduct 'at a distance'. The right to a fair trial is a very broad right and includes a number of elements, or guarantees, the application of which ensures the overall fairness of the proceedings. On the basis of the analyzed jurisprudence of the EctHR, the specific assessment of the overall fairness of the procedure is made on the basis of two parameters. These are, on the one hand, the facts, circumstances and specificities of the specific case, and on the other hand, the existing standards developed in the jurisprudence of the ECHR. This prevents unfounded analogies and at the same time achieves standardization in the protection of the right to a fair trial. However, in relation to the regime established during the state of emergency, we find room for concern. The above results from both a comparative law presentation and an analysis of the situation in the Republic of Serbia.

Key words: *European Convention on Human Rights; The right to a fair trial; Remote proceedings; Pandemic.*

**СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА РАДОВА ОБЈАВЉЕНИХ У
ЗБОРНИКУ РАДОВА
„ПРАВО ИЗМЕЂУ ЗАШТИТЕ И ЗЛОУПОТРЕБЕ“,
У ПЕТ ТОМОВА
СА XIII НАУЧНОГ СКУПА ПОВОДОМ
ДАНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
који је одржан 26. октобра 2024. год. на Палама
(по азбучном реду, са знаком 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, редовни професор Правног факултета Универзитета „Гоце Делчев“ у Штипу, Сјеверна Македонија;
4. Бабић, Илија, редовни професор у пензији, Београд, Република Србија;
5. Батуран, Лука, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
6. Бејатовић, Станко, академик и редовни професор у пензији, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
7. Благоић, 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. Бојанић, Бојан, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
10. Бојић, Филип, доцент Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
11. Брковић, Радоје, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
12. Буха, Милијана, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
13. Васиљевић, Драгана, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
14. Васиљевић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;

15. Видић, Марија, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
16. Влашки, Бојан, доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
17. Влашковић Вељко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
18. Врањеш, Невенко, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
19. Вујовић, Огњен, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
20. Вуковић, Зоран, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, 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. Георгиевски, Сашо, редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија;
24. Говедарица, Младенка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
25. Голијанин, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
26. Голубовић, Срђан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
27. Гоцевски, Драган, ванредни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија;
28. Грубешкић, Ивана, доцент Правног факултета Универзитета у Зеници, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
29. Грујић, Здравко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
30. Дамјановић, Јелена, ванредни професор Факултета пословне економије Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
31. Даниловић, Дамјан, ванредни професор Економског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
32. Демировић, Рамајана, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Демал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина;

33. Димитријевић, Марина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
34. Димитријевић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
35. Димитријевић, Предраг, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
36. Димовски, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
37. Дмичић, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
38. Дреновак Ивановић, Мирјана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
39. Дуић, Дуња, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта „Јосип Јурај Strossmayer“ у Осијеку, Република Хрватска;
40. Дујмовић, Ана, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
41. Думан, Џамна, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
42. Ђокић, Иван, доцент Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
43. Ђорђевић Алексовски, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
44. Ђурђић, Војислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
45. Здравковић, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
46. Здравковић, Урош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
47. Зембрзуски, Тадеуш, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Варшави, Пољска;
48. Илић Попов, Гордана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
49. Илић, Иван, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
50. Иринеску, Луција, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Александар Јоан Куза“ у Јашију, Румунија;
51. Јашаревић, Сенад, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
52. Јовановић, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу;
53. Јовић, Растко, редовни професор Православног богословског факултета Универзитета у Београду;
54. Јовичић, Катарина, виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;

55. Јодановић, Ајна, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бихаћу, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
56. Јотановић, Раденко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
57. Јурковић, Цвија, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
58. Камбовски, Игор, редовни професор Правног факултета Универзитета „Гоце Делчев“ у Штипу, Сјеверна Македонија;
59. Капоте Перез, Луис Хавијер, ванредни професор, Правни факултет Универзитета Ла Лагуна, Тенерифе, Шпанија;
60. Каркалис, Јоанис, редовни професор, судија Врховног суда Грчке, Република Грчка;
61. Кнежевић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
62. Ковачевић, Љубинка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
63. Ковачевић, Славиша, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
64. Крећа, Миленко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
65. Крешталица, Сања, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
66. Кривокапић, Борис, редовни професор Пословног и правног факултета Универзитета „МБ“ у Београду и Правног факултета Самарског националног универзитета „С. П. Корољов“, Самара Русија, Република Србија;
67. Кршљанин, Нина, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
68. Кулаузов, Маша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
69. Лалевска, Теа, доцент Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија;
70. Лалић, Срђан, редовни професор Економског факултета Брчко Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
71. Лобрано, Ђовани, редовни професор, Папски католички универзитет у Перуу, Универзитет у Сасарију, Република Италија;
72. Лончар, Зоран, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
73. Лукић, Наталија, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
74. Лукић, Радомир, редовни професор, Уставни суд Републике Српске, Босна и Херцеговина, Република Српска;

75. Марић, Бојан, ванредни професор Саобраћајног факултета, Добој, Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
76. Марковић, Горан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
77. Марковић, Иванка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
78. Матић Матешковић, Инес, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Република Хрватска;
79. Мезеи, Петер, редовни професор Факултета правних и политичких наука Универзитета у Сегедину, Република Мађарска;
80. Мехмедовић, Емир, ванредни професор Факултета за управу Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, Федерација БиХ;
81. Миковић, Борјана, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
82. Милинковић, Игор, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
83. Милисављевић, Бојан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
84. Милић, Иван, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
85. Милотић, Иван, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Загребу, Република Хрватска;
86. Милутин, Милан, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
87. Мирјанић, Жељко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
88. Мићин, Саша, ванредни професор Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
89. Михајловић, Борко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
90. Мишковић, Маша, доцент Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
91. Мораит, Бранко, редовни професор у пензији, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
92. Мујовић, Ранко, редовни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе у Подгорици, Црна Гора;

93. Настић, Маја, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
94. Никач, Жељко, редовни професор Криминалистичко полицијски универзитет у Београду, Република Србија;
95. Николајев, Амина, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
96. Омердић, Џенета, редовни професор Правног факултета Универзитета у Тузли, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
97. Орловић, Слободан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
98. Пајванчић, Маријана, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
99. Пајић, Денис, ванредни професор Правног факултета Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
100. Паламарчук, Евгениј Александрович, ванредни професор, Ростовски институт (одјелење) Сверуског државног универзитета правде у Ростову на Дону; Донски државни технички универзитет, Ростов на Дону, Руска Федерација;
101. Петровић, Далибор, редовни професор Православног богословског факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
102. Пилиповић, Милан, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
103. Планојевић, Нина, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
104. Поповић, Душан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
105. Поповић, Предраг, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
106. Пржеска, Тина, редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Ћирило и Методије“, Скопље, Република Сјеверна Македонија;
107. Прица, Милош, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
108. Пупић, Мирјана, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
109. Радић, Дарко, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
110. Раичевић, Небојша, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија;
111. Раковић, Ђорђе, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска;

112. Рачић, Ранка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
113. Ребић, Младен, редовни професор, Економски факултет Пале, Универзитет у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
114. Ринолфи, Кристијана Марија Анастасија, доцент Правног факултета Универзитета у Сасарију, Република Италија
115. Ристивојевић, Бранислав, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
116. Савић, Матеј, ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
117. Савић, Сања, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
118. Савчић, Сања, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
119. Самарцић, Сандра, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
120. Самарцић, Стефан, доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
121. Симовић, Дарко, редовни професор Криминалистичко-полицијског универзитета у Београду, Република Србија;
122. Симовић, Миодраг, академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
123. Скибинска, Магдалена, доцент на Институту за правне студије, Универзитет Зелена Гора, Пољска;
124. Станковић, Марко, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
125. Старчевић, Јелена, доцент, Министарство за научнотехнолошки развој и високо образовање Републике Српске, Босна и Херцеговина, Република Српска;
126. Стјепановић, Станка, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, Република Српска;
127. Стјепановић, Богдана, научни сарадник Института за политичке студије, Београд, Република Србија;
128. Стојановић, Здрава, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
129. Тешић, Ненад, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
130. Тот, Давид, доцент Правног факултета Универзитета у Печују, Мађарска;

131. Тубић, Бојан, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Република Србија;
132. Тузов, Данил Олегович, редовни професор Правног факултета Националног истраживачког универзитета „Висока школа економије“, Санкт Петербург, Русија;
133. Турлуковски, Јарослав, ванредни професор, Директор Истраживачког центра за право Источне Европе и Централне Азије, Факултет за право и администрацију, Универзитет у Варшави, Пољска;
134. Тучић, Борис, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
135. Ћорац, Санда, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија;
136. Хајдаровић, Сунчица, доцент, Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“, Мостар, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
137. Хаубрих, Викторија, ванредни професор Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
138. Хаци Стевић, Брано, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска;
139. Хацић, Мехмед, редовни професор Правног факултета Универзитета у Сарајеву, Босна и Херцеговина, ФБиХ;
140. Цветковић Ђорђевић, Валентина, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
141. Џуџић, Вук, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Република Србија;
142. Чворовић, Драгана, ванредни професор Криминалистичко полицијски универзитет у Београду, Република Србија;
143. Челић, Душко, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Република Србија;
144. Чоловић, Владимир, редовни професор и научни савјетник, Институт за упоредно право, Београд, Република Србија;
145. Шетка, Гојко, доцент Факултета безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, Босна и Херцеговина, Република Српска;
146. Шикман, Миле, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Република Српска.

**LIST OF REVIEWERS OF PAPERS PUBLISHED IN
PROCEEDINGS
"LAW BETWEEN PROTECTION AND ABUSE"
IN FOUR VOLUMES
WITH XII SCIENTIFIC CONFERENCE ON THE OCCASION OF THE
DAY OF THE FACULTY OF LAW
which was held on 26 October 2024, at Pale
(in alphabetical order, with an indication of the country they are from)**

1. Academician Full Professor Bejatović, Stanko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
2. Academician Full Professor Krivokapić, Boris, PhD, Faculty of Business and Law, MB University Belgrade, Republic of Serbia, and Faculty of Law, Samara National University "S. M. Korolev" Samara, Russian Federation;
3. Academician Full Professor Simović, Miodrag, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
4. Full Professor Alihodžić, Jasmina, PhD, Faculty of Law, University of Tuzla, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
5. Full Professor Ampovska, Marija, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
6. Full Professor Avramović, Dragutin, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
7. Full Professor Babić, Ilija, PhD, Retired Professor, 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 Čolaković, Maja, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
11. Full Professor Dimitrijević, Marina, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
12. Full Professor Dimitrijević, Predrag, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
13. Full Professor Dimovski, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
14. Full Professor Dmičić, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

15. Full Professor Drenovak Ivanović, Mirjana, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
16. Full Professor Đurđić, Vojislav, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
17. Full Professor Georgievski, Sašo, PhD, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Republic of Northern Macedonia;
18. Full Professor Gocevski, Dragan, PhD, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Republic of North Macedonia;
19. Full Professor Golubović, Srđan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
20. Full Professor Govedarica, Mladenka, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
21. Full Professor Hadžić, Mehmed, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
22. Full Professor Ilić Popov, Gordana, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
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 Jovanović, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac;
26. Full Professor Jović, Rastko, PhD, Faculty of Orthodox Theology, University of Belgrade;
27. Full Professor Kambovski, Igor, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Stip, Republic of North Macedonia;
28. Full Professor Karkalis, Ioannis, Supreme Court of Greece Judge, Republic of Greece;
29. Full Professor Kovačević, Ljubinka, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
30. Full Professor Kreća, Milenko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
31. Full Professor Kulauzov, Maša, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
32. Full Professor, Lukić, Radomir, Constitutional Court of Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
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 Mezei, Peter, PhD, Faculty of Law and Political Sciences, University of Szeged, Hungary;
38. Full Professor Milinković, Igor, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
39. Full Professor Milisavljević, Bojan, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
40. Full Professor Milotić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Zagreb, Republic of Croatia;
41. Full Professor Mirjanić, Željko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
42. Full Professor Morait, Branko, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
43. Full Professor Mujović, Ranko, PhD, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica, Montenegro;
44. Full Professor Nastić, Maja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
45. Full Professor Nikač, Željko, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
46. Full Professor Omerdić, Dženeta, PhD, Faculty of Law, University of Tuzla, Bosnia and Herzegovina, Federation of BH;
47. Full Professor Orlović, Slobodan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
48. Full Professor Pajvančić, Marijana, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad;
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 Pržeska, Tina, PhD, Faculty of Law Iustinianus Primus, University "Ss. Cyril and Methodius" in Skopje, Republic of North Macedonia;
52. Full Professor Račić, Ranka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
53. Full Professor Radić, Darko, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;

54. Full Professor Raičević, Nebojša, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
55. Full Professor Rebić, Mladen, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
56. Full Professor Ristivojević, Branislav, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
57. Full Professor Savčić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
58. Full Professor Šikman, Mile, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
59. Full Professor Simović, Darko, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
60. Full Professor Stjepanović, Stanka, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
61. Full Professor Stojanović, Zdrava, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
62. Full Professor Tubić, Bojan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
63. Full Professor Tuzov, Danil Olegovič, PhD, Faculty of Law of the National Research University "Higher School of Economics", St. Petersburg, Russia;
64. Full Professor Vasiljević, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
65. Full Professor Vučetić, Dejan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
66. Full Professor Vujović, Ognjen, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
67. Full Professor Zembrzuski, Tadeusz, PhD, Faculty of Law, University of Warsaw, Poland;
68. Full Professor, Principal Research Fellow Čolović, Vladimir, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
69. Associate Professor Blagić, Dragan, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
70. Associate Professor Bojanić, Bojan, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
71. Associate Professor Buha, Milijana, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
72. Associate Professor Capote Pérez, Luis Javier, PhD, Faculty of Law, University La Laguna, Tenerife, Spain;
73. Associate Professor Ćorac, Sanda, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;

74. Associate Professor Cucić, Vuk, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
75. Associate Professor Cvetković Đorđević, Valentina, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
76. Associate Professor Čvorović, Dragana, PhD, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia;
77. Associate Professor Damjanović, Jelena, PhD, Faculty of Business Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
78. Associate Professor Danilović, Damjan, PhD, Faculty of Economics, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
79. Associate Professor Demirović, Ramajana, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
80. Associate Professor Dimitrijević, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
81. Associate Professor Duić, Dunja, PhD, Faculty of Law, University "Josip Juraj Strossmayer" in Osijek, Republic of Croatia;
82. Associate Professor Dujmović, Ana, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
83. Associate Professor Duman, Džamna, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
84. Associate Professor Grujić, Zdravko, PhD, Faculty of Law, University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica, Republic of Serbia;
85. Associate Professor Haubrich, Viktorija, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
86. Associate Professor Ilić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
87. Associate Professor Irinescu, Lucia. PhD, Alexandru Ioan Cuza University of Iasi, Romania;
88. Associate Professor Jodanović, Ajna, PhD, Faculty of Law, University of Bihać;
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 Kršljanin, Nina, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
93. Associate Professor Lukić, Natalija, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
94. Associate Professor Marić, Bojan, PhD, Faculty of Transport, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
95. Associate Professor Matić Matešković, Ines, PhD, Faculty of Law, University of Rijeka, Republic of Croatia;
96. Associate Professor Mehmedović, Emir, PhD, Faculty of Administration, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
97. Associate Professor Mićin, Saša, PhD, Faculty of Security Sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
98. Associate Professor Mihajlović, Borko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
99. Associate Professor Miković, Borjana, PhD, Faculty of Policital Sciences, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
100. Associate Professor Nikolajev, Amina, PhD, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
101. Associate Professor Pajić, Denis, PhD, Faculty of Law, University "Džemal Bijedić" of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
102. 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;
103. Associate Professor Pilipović, Milan, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
104. Associate Professor Prica, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
105. Associate Professor Raković, Đorđe, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
106. Associate Professor Savić, Matej, PhD, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
107. Associate Professor Savić, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
108. Associate Professor Stanković, Marko, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;

109. Associate Professor Tešić, Nenad, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
110. Associate Professor Turlukowski, Jaroslaw, PhD, Director of the Research Centre for Eastern Europe and Central Asia Law, Faculty of Law and Administration, University of Warsaw, Poland;
111. Associate Professor Vidić, Marija, PhD, Faculty of Law, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
112. Associate Professor Vlašković Veljko, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
113. Associate Professor Vranješ, Nevenko, PhD, Faculty of Political sciences, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
114. Associate Professor Vuković, Zoran, PhD, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia;
115. Associate Professor Zdravković, Miloš, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
116. Associate Professor Zdravković, Uroš, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
117. Senior Research Fellow Jovičić, Katarina, PhD, Institute of Comparative Law, Belgrade, Republic of Serbia;
118. Senior Research Fellow Vučić, Mihajlo, PhD, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Republic of Serbia;
119. Assistant professor Baturan, Luka, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, 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 Đokić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
123. Assistant Professor Đorđević Aleksovski, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia;
124. Assistant Professor Golijanin, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
125. Assistant professor Grubešić, Ivana, PhD, Faculty of Law, University of Zenica, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;
126. Assistant Professor Hadži Stević, Brano, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
127. Assistant Professor Hajdarović, Sunčica, PhD, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, Federation of Bosnia and Herzegovina;

128. Assistant Professor Kreštalica, Sanja, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
129. Assistant Professor Lalevska, Tea, PhD, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, Republic of North Macedonia;
130. Assistant Professor Milić, Ivan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
131. Assistant Professor Milutin, Milan, PhD, Faculty of Law, Faculty of Law, University of Novi Sad
132. Assistant Professor Mišković, Maša, PhD, Faculty of Law, University of Belgrade, Republic of Serbia;
133. Assistant Professor Popović, Predrag, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
134. Assistant Professor Pupiće, Mirjana, PhD, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
135. Assistant Professor Rinolfi, Cristiana Maria Anastasia, PhD, Faculty of Law, University of Sassari, Republic of Italy.
136. Assistant Professor Samardžić, Sandra, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
137. Assistant Professor Samardžić, Stefan, PhD, Faculty of Law, University of Novi Sad, Republic of Serbia;
138. Assistant Professor Šetka, Gojko, PhD, Faculty of Security Studies, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
139. Assistant Professor Skibińska, Magdalena, PhD, Institute of Law Studies, University of Zielona Góra, Republic of Poland;
140. Assistant Professor Starčević, Jelena, PhD, Faculty of Education, Bijeljina, University of East Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska;
141. Assistant Professor Toth, David, PhD, Faculty of Law, University of Pécs, Hungary;
142. Assistant Professor Tučić, Boris, PhD, Faculty of Security Studies, 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. Assistant Professor Vlaški, Bojan, PhD, Faculty of Law, University of Banja Luka, Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska
145. Research Associate Stjepanović, Bogdana M., PhD, Institute for Political Studies, Belgrade, Republic of Serbia.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна и универзитетска библиотека
Републике Српске, Бања Лука

34(082)

**НАУЧНИ скуп "Право између заштите и злоупотребе"
(13 ; 2024 ; Пале)**

Зборник радова "Право између заштите и злоупотребе". Том 1
= Collection of Paper "Law Between Protection and Abuse". Vol. 1 :
XIII Научни скуп поводом Дана Правног факултета,
Међународни научни скуп одржан 26. октобра 2024. год. на
Палама / [оргнизатор] Правни факултет Универзитета у
Источно Сарајеву ; [суорганизатори] Европска организација
за јавно право... [и др.] ; [коуредници Димитрије Ћеранић ... [и
др.]]. - Источно Сарајево : Правни факултет, 2025 (Лакташи :
Графомарк). - XV, 506 стр. ; 25 cm

Текст ћир. и лат. - Радови на срп., енгл. и рус. језику. - Тираж
65. - Напомене и библиографске референце уз текст. -
Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-99938-57-91-4

COBISS.RS-ID 143316225