

Vol. 7 No. 1 • 2023.

# eu daimonia\*

Revija za pravnu, političku i  
socijalnu teoriju i filozofiju

- Felipe Andrade TOLERANCE, PROHIBITION OF POLITICAL PARTIES AND THE ECHR
- Đorđe Gojković MEĐUNARODNO PRAVO I DISTRIBUTIVNA PRAVDA – SLUČAJ ANTARKTIKA
- Marko Drča KRIZA VLADAVINE PRAVA U SVETLU „NUŽNOST“ ZAŠTITE NACIONALNOG (USTAVNOG) IDENTITETA
- Filip Novaković AGGRESSION (CRIME AGAINST PEACE) IN INTERNATIONAL PUBLIC AND CRIMINAL LAW
- Anja Radujević KO BROJI GLASOVE? (Normativna analiza izbornih organa u Austriji, Holandiji, Sloveniji i Srbiji)
- Beatriz Calado de Sousa WHAT DO *JUS COGENS NORMS* DO FOR THE INTERNATIONAL COMMUNITY?
- Anđelija Todić PRIMENA ČLANA 4. EVROPSKE KONVENCIJE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA – IZMEĐU PRINUDNOG RADA I TRGOVINE LJUDIMA
- Mina Čeperković PRAVNE PRAZNE KAO ANOMALIJA PRAVNOG SISTEMA – RAZMATRANJE POJMA I PRIRODE PRAVNIH PRAZNA

\* Eudaimonia (Greek, εὐδαιμονία [eudaimonía]) is a Greek word commonly translated as happiness or welfare; however, "blessed flourishing" has been proposed as a more accurate translation. Etymologically, it consists of the words "eu" ("good") and "daimon" ("spirit"). It is a central concept in Aristotelian ethics and self-help philosophy, along with the terms "areté", most often translated as "virtue" or "excellence", and "praxis", often translated as "practice" or "ethical actions". In Aristotle's works, eudaimonia was based on other Greek traditions used as the term for the highest human good, and such is the sum of practical philosophy, including ethics and political philosophy. In Aristotle's philosophy, what is really good and how it can be achieved.



# eudaimonia

Revija za pravnu, političku i  
socijalnu teoriju i filozofiju  
Journal for Legal, Political and  
Social Theory and Philosophy

Vol. 7 No. 1 • 2023.

**Izdavač**

IVR **SRBIJA**

Srpsko udruženje za pravnu  
i socijalnu filozofiju

**Izdavač:**

Centar za temeljna pravna znanja,  
Srpsko udruženje za pravnu i socijalnu  
filozofiju (IVR Srbija),  
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

**Glavni i odgovorni urednik:**

prof. dr Bojan Spaić  
(Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet)

**Izvršni urednik:**

Ana Zdravković  
(Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet)

**Studentska redakcija:**

Mila Đorđević (Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet),  
Sava Vojnović (Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet),  
Aleksandar Cvetković (Univerzitet u Beogradu Pravni  
fakultet), Petar Mitrović (Univerzitet u Beogradu Pravni  
fakultet), Fani Spalević (Univerzitet u Beogradu Pravni  
fakultet), Mina Kuzminac (Univerzitet u Beogradu  
Pravni fakultet), Mina Čeperković (Univerzitet u  
Beogradu Pravni fakultet), Marija Vljaković (Univerzitet  
u Beogradu Pravni fakultet).

**Uređivački odbor:**

prof. dr Miodrag Jovanović (Univerzitet u Beogradu  
Pravni fakultet), prof. dr Đorđe Pavićević (Univerzitet  
u Beogradu Fakultet političkih nauka), prof. dr  
Marija Karanikić Mirić (Univerzitet u Beogradu  
Pravni fakultet), prof. dr Goran Dajović (Univerzitet  
u Beogradu Pravni fakultet), prof. dr Tanasije  
Marinković (Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet),  
doc. dr Biljana Đorđević (Univerzitet u Beogradu  
Fakultet političkih nauka), prof. dr Danilo Vuković  
(Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet), doc. dr Miloš  
Zdravković (Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet),  
doc. dr Milena Đorđević (Univerzitet u Beogradu  
Pravni fakultet), dr Julieta Rabanos (Univerzitet u  
Beogradu Pravni fakultet).

**Međunarodni uređivački odbor:**

Luka Burazin (University of Zagreb), Damir Banović  
(University of Sarajevo), Kenneth Einar Himma  
(University of Washington), David Duarte (University  
of Lisbon), Pierluigi Chiassoni (University of Genova),  
Andrej Kristan (University of Girona), Marko  
Milanović (University of Nottingham), Victor Garcia  
Yzaguirre (University of the Lakes)

**Prethodni članovi:**

Milica Ristić (Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet),  
Andrej Confalonieri (University of Leiden), Teodora  
Miljojkić (Centralnoevropski univerzitet), Stefan  
Rakić (Univerzitet u Strazburu), Nikolija Nedeljković  
(Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet).

**Lektura i korektura radova na  
srpskom jeziku**

Irena Popović

**Priprema teksta**

Dosije studio, Beograd

ISSN 2560-3663 (Online)

**Publisher:**

Center for Legal Fundamentals,  
Serbian Association for Legal and Social  
Philosophy (IVR Serbia),  
Faculty of Law University of Belgrade

**Editor in chief:**

Prof. Dr. Bojan Spaić  
(University of Belgrade Faculty of Law)

**Executive Editor:**

Ana Zdravković  
(University of Belgrade Faculty of Law)

**Student Editorial Board:**

Mila Đorđević (University of Belgrade Faculty of Law),  
Sava Vojnović (University of Belgrade Faculty of Law),  
Aleksandar Cvetković (University of Belgrade Faculty  
of Law), Petar Mitrović (University of Belgrade Faculty  
of Law), Fani Spalević (University of Belgrade Faculty  
of Law), Mina Kuzminac (University of Belgrade  
Faculty of Law), Mina Čeperković (University of  
Belgrade Faculty of Law), Marija Vljaković (University  
of Belgrade Faculty of Law).

**Editorial Board:**

Prof. Dr. Miodrag Jovanović (University of Belgrade  
Faculty of Law), Prof. Dr. Đorđe Pavićević (University  
of Belgrade Faculty of Political Science), Prof. Dr.  
Marija Karanikić Mirić (University of Belgrade  
Faculty of Law), Prof. Dr. Goran Dajović (University  
of Belgrade Faculty of Law), prof. Dr. Tanasije  
Marinković (University of Belgrade Faculty of Law),  
Prof. Dr. Biljana Đorđević (University of Belgrade  
Faculty of Political Science), Prof. Dr. Danilo Vuković  
(University of Belgrade Faculty of Law), Prof. Dr.  
Miloš Zdravković (University of Belgrade Faculty  
of Law), Prof. dr Milena Đorđević (University  
of Belgrade Faculty of Law), Dr. Julieta Rabanos  
(University of Belgrade Faculty of Law).

**International Editorial Board:**

Luka Burazin (University of Zagreb), Damir Banović  
(University of Sarajevo), Kenneth Einar Himma  
(University of Washington), David Duarte (University  
of Lisbon), Pierluigi Chiassoni (University of Genova),  
Andrej Kristan (University of Girona), Marko  
Milanović (University of Nottingham), Victor Garcia  
Yzaguirre (University of the Lakes)

**Previous members:**

Milica Ristić (University of Belgrade Faculty of Law),  
Andrej Confalonieri (University of Leiden), Teodora  
Miljojkić (Central European University), Stefan  
Rakić (Strasbourg University), Nikolija Nedeljković  
(University of Belgrade Faculty of Law).

**Proofreading (Serbian)**

Irena Popović

**Typesetting and Layout**

Dosije studio, Beograd

ISSN 2560-3663 (Online)

## SADRŽAJ

|  |     |
|--|-----|
| <i>Felipe Andrade</i><br>Tolerance, Prohibition of Political Parties and the ECTHR . . . . .   | 5   |
| <i>Dorđe Gojković</i><br>Međunarodno pravo i distributivna pravda – slučaj Antarktika . .  | 21  |
| <i>Marko Drča</i><br>Krizna vladavine prava u svetlu „nužnosti” zaštite nacionalnog<br>(ustavnog) identiteta . . . . .                                     | 39  |
| <i>Filip Novaković</i><br>Aggression (Crime Against Peace) in International Public<br>and Criminal Law . . . . .   | 59  |
| <i>Anja Radujević</i><br>Ko broji glasove? (Normativna analiza izbornih organa u Austriji,<br>Holandiji, Sloveniji i Srbiji) . . . . .                     | 89  |
| <i>Beatriz Calado de Sousa</i><br>What Do <i>Jus Cogens Norms</i> Do for the International<br>Community? . . . . .   | 111 |
| <i>Anđelija Todić</i><br>Primena člana 4. Evropske konvencije u praksi Evropskog suda<br>za ljudska prava – između prinudnog rada i trgovine ljudima . . . | 123 |
| <i>Mina Čeperković</i><br>Pravne praznine kao anomalija pravnog sistema – razmatranje<br>pojma i prirode pravnih praznina . . . . .                        | 151 |



Felipe Andrade\*

## TOLERANCE, PROHIBITION OF POLITICAL PARTIES AND THE ECtHR

*Is the European Court of Human Rights (ECtHR) tolerant of extremist political parties? In interpreting Article 11 of the European Convention of Human Rights which enshrines the freedom of assembly and association, the Court is concerned with this issue. This article critically discusses some of the theses put forward in the Court's judgments. It aims to check some of its perspectives and bring philosophical nuances regarding tolerance. Tolerance can help build a plural and free-thinking society that is so important for the realization of political and democratic rights. The Court's agreement to ban only two political parties allows us to reflect on the willingness to listen to more extreme political convictions, even if they bother, shock and harass the public sphere.*

Keywords: *Dissolution of Political Parties, European Court of Human Rights, Freedom of assembly and association, Political Parties, Tolerance*

### 1. INTRODUCTION

This article will examine the role of Tolerance in European Court of Human Rights (ECtHR) decisions on the dissolution or prohibition of political parties. *Tolerance* is a great philosophical idea for dealing with political movements that are challenging and hostile to legality within the public sphere. Research on tolerance has been carried out mainly by philosophers in the field of religion and diversity (Locke 2003; Leiter 2012; Popper 1994), but have a deep relationship with political ideology. I will rely on their analysis and then examine the cases decided by the (ECtHR) on the dissolution or prohibition of political parties.

---

\* PhD Student, University of Lisbon, School of Law, [felipeandrade@campus.ul.pt](mailto:felipeandrade@campus.ul.pt)

## 1.1. Methodological Note

To carry out the examination that this article proposes, I will use the inductive method. This is because I will take the cases decided by the European Court of Human Rights (ECtHR) to reach a general conclusion on tolerance. Broadly speaking, the inductive method is the practice of reasoning that, after considering enough particular cases, concludes a general truth. Induction, unlike deduction, is part of private data for a general inference (see, for example, Sider 2010, 50; Tomassi 1999, 8).

By promoting legal observation of cases prohibiting political parties judged by the ECtHR, it will provide me with a secure basis through legal propositions to conclude how lenient the Court acts regarding the prohibition of political parties.

Another methodological issue that is clarified at the outset of the case is the choice of cases. The ECtHR maintains a Factsheet – Political parties and associations, May 2022 (2022) containing cases relating to Political Parties and Associations. In this document, in addition to issues on the role, registration, funding, inspection, freedom, congresses, there is a specific topic on dissolution or prohibition of political parties and associations with the updated list of cases. Only cases of prohibition of political parties will be analyzed in this paper.

Finally, I would like to clarify that I have chosen the case-law of the ECHR in this case study because it is an international court, established by the Council of Europe, which delivers mandatory judgments for 46 Member States. Democracies in Europe are obliged to comply with their jurisprudence on freedom of assembly and association including the treatment of political parties. In recent decades there has been a proliferation of judgments of this court on how far political parties with constitutional enmity that were eventually banned or dissolved by their domestic court can be tolerated (see, for example, de Morree 2016; O’Connell 2020). There is therefore plenty chance to examine the development and practical application of tolerance in the domestic jurisprudence of European democracies.



## 2. PROHIBITION OF POLITICAL PARTIES IN THE PRACTICE OF THE ECtHR

### 2.1. Identification of the provisions analysed by the ECtHR

Party ban measures have been used sparingly in Europe. According to Bourne and Bértoa (2017, 10) there were a total of 52 cases of banning parties in 37 European democracies in the post-World War II period. It is easy to observe that states with rules on the dissolution of parties almost never invoke them in honor of political freedoms. In the meantime, it is also noted that Turkey – a member of the Council of Europe – which has banned around twelve political parties in recent decades, deviates from the prevailing European approach, according to which political parties are banned or dissolved only in exceptional cases.

The European Convention on Human Rights, hereinafter referred to as “the Convention”, is a regional treaty aimed at establishing a unified regulation of the protection of human rights in the Member States of the Council of Europe. There are no provisions of the Convention on issues of dissolution of political parties. Meanwhile, ECtHR underlined the fundamental role played in a democratic system by political parties entitled to freedoms and rights enshrined in Article 11 (freedom of assembly and association) and Article 10 (freedom of expression) of the Convention.<sup>1</sup> However, it considered that those freedoms guaranteed by the Convention could not deprive the authorities of a State in which a political party punishes the institutions of that State of the right to protect those institutions.<sup>2 3</sup>

---

<sup>1</sup> As emphasized by Tyulkina (2015, 97) Not only do provisions of the European Convention on Human Rights hint at the presence of a militant democracy spirit, but also the analysis of the Court’s jurisprudence on the dissolution of political parties clearly indicates that militant democracy is an explicit feature of European law.

<sup>2</sup> 1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests. 2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are pre-scribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.

<sup>3</sup> 1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without in-

It is these two provisions (Article 11 and Article 10) that will be the subject of the analysis by the ECtHR that will be described below.

## 2.2. Cases of Tolerance

In the ten cases heard by the ECtHR in which the national courts of the Member of the Council of Europe banned a particular political party, in only two cases the court ruled that there was no breach of Article 11 of the Convention. In eight other cases, the court found that there was a breach of the right of association.<sup>4</sup>

I will make a report of the grounds of the ECtHR on these ten cases, starting with those who understood that there was a violation of the Convention by the domestic courts. In the end, I will explain the two cases where the ECtHR agreed with the domestic court in banning the political party.

One of the common reasons for the rulings was that there can be no democracy without pluralism. It is for that reason that freedom of expression as enshrined in Article 10 is applicable, subject to paragraph 2, not only to “information” or “ideas” that are favorably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. The fact that their activities form part of a collective exercise of freedom of expression entitles political parties to seek the protection of Articles 10 and 11 of the Convention.<sup>5</sup>

---

terference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or the rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

<sup>4</sup> There are, in fact, twelve specific cases concerning the dissolution of political parties and Article 11 of the Convention. However, I excluded two from that analysis because it is a case of association, not of a political party (*Vona v. Hungary*, App No 35943/10, ECtHR, 9 July 2013), and another Court declared the application inadmissible to be manifestly ill-founded. (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands NPD vs. Germany*, App. no. 55977/13, ECtHR 04 October 2016).

<sup>5</sup> ECtHR, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* (Judgment), 1998, para. 43. See also ECtHR, *Socialist Party and Others v. Turkey* (Judgment), 1998, para. 41; ECtHR, *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey* (Judgment), 1999, para. 37; ECtHR, *Yazar and Others v. Turkey* (Judgment), 2002, para. 46; ECtHR, *Re-*

The ECtHR has therefore repeatedly proclaimed that political pluralism underpins a democratic system, basing its principles on the importance of freedom of expression in a society that claims to be democratic.

Similarly, it was common for some judgments concerning the prohibition of political parties that ECtHR considered that “The State as the ultimate guarantor of the principle of pluralism”.<sup>6</sup> Only convincing and compelling reasons can justify restrictions on such parties’ freedom of association. The Court considers one of the main characteristics of democracy to be the possibility it offers of resolving a country’s problems through dialogue, without recourse to violence, even when they are irksome. Democracy thrives on freedom of expression. From that point of view, there can be no justification for hindering a political group because it seeks to debate in public the situation of part of the State’s population and to take part in the nation’s political life in order to find, according to democratic rules, capable solutions of satisfying everyone concerned.

In the cases *Socialist Party and Others v. Turkey*, and *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, the Court added that: “The fact that such a political programme is considered incompatible with the current principles and structures of the Turkish State does not make it incompatible with the rules of democracy. It is of the essence of democracy to allow diverse political programmes to be proposed and debated, even those that call into question the way a State is currently organized, provided that they do not harm democracy itself”.<sup>7</sup>

In *Yazar and Others v. Turkey*, the court went further in the demonstration of *tolerance*. It was pointed out that a political party may campaign for a change in the law or the legal and constitutional structures of the State on two conditions: firstly, the means used to that end must in every respect be legal and democratic, and secondly, the proposed change must itself be compatible with fundamental democratic principles. It necessarily follows that a political party whose leaders incite to

---

*fah Partiusiuv (The Welfare Party) and Others v. Turkey* (Judgment), 2003, para. 89; ECtHR, application no. 46626/99, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) aungureanu na v. Romania* (Judgment), 2005, para. 45; ECtHR, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Spain* (Judgment), 2009, para. 76.

<sup>6</sup> ECtHR, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* (Judgment), 1998, para. 44.

<sup>7</sup> ECtHR, *Socialist Party and Others v. Turkey* (Judgment), 1998, para. 47; ECtHR, *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey* (Judgment), 1999, para. 41.

violence or put forward a policy which does not comply with one or more of the rules of democracy or which is aimed at the destruction of democracy and the flouting of the rights and freedoms recognized in a democracy cannot lay claim to the Convention's protection against penalties imposed on those grounds. Moreover, the Court considers that, even if proposals inspired by such principles are likely to clash with the main strands of government policy or the convictions of the majority of the public, it is necessary for the proper functioning of democracy that political groups should be able to introduce them into public debate in order to help find solutions to general problems to general problems of all persuasions.<sup>8</sup>

Regarding case *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, the Court said that cannot accept the Government's argument that Romania cannot allow the emergence of a new communist party to form the subject of a democratic debate. Accordingly, a measure as drastic as the refusal of the applicants' application to register the PCN as a political party, before its activities had even started, is disproportionate to the aim pursued and consequently unnecessary in a democratic society.<sup>9</sup>

The view in this case is that the requirement to register political parties is not necessarily in contradiction with the fundamental principles of democracy. However, states do not have unlimited discretion in relation to the parties they wish to register. Refusal must be necessary in a democratic society and must meet the proportionality test.

In case *Hadep and Demir v. Turkey* the court practically repeated the arguments previously settled in cases involving Turkey, regarding party pluralism and freedom of expression, but added on the facts of the case that "Even if HADEP advocated the right to self-determination of the Kurds, that would not in itself be contrary to democratic principles and could not be equated to supporting acts of terrorism. Taking such a stance would imperil the possibility of dealing with related issues in the context of a democratic debate."<sup>10</sup>

In the case of *the Republican Party of Russian v. Russia*, the Court held that there had been a violation of Article 11 of the Convention on account both of the authorities' refusal to amend information about

---

<sup>8</sup> ECtHR, *Yazar and Others v. Turkey* (Judgment), 2002, para. 58.

<sup>9</sup> ECtHR, application no. 46626/99, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania* (Judgment), 2005, para. 55.

<sup>10</sup> ECtHR, Application No. 28003/03, *Hadep and Demiwur v. Turkey* (Judgment), 2011, para. 79.

the applicant party in the State register and of the party's dissolution. With regard to the latter, it found that the Russian courts had not adduced relevant and sufficient reasons to justify the interference with the applicant party's right to freedom of association and the party's dissolution for failure to comply with the requirements of minimum membership and regional representation had been disproportionate to the legitimate aims cited by the Russian Government. In particular, in the Court's view, there would be means of protecting Russia's laws, institutions and national security other than a sweeping ban on the establishment of regional parties.

In the most recent case, *Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) v. Germany*, in fact, there was no merit decision, as The Court declared the application inadmissible as being manifestly ill-founded, finding that sufficient remedies had been available to the NPD at the national level, which had enabled it to effectively enforce its rights under the Convention.<sup>11</sup>

### 2.3. Cases of Intolerance

On the other hand, the two judgments which declared that Article 11 of the Convention was not in breach – that is, the domestic court's decision to prohibit that political party without affecting the freedom of assembly and association – were based in the following way.

In *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* the court pointed out that it is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it. That freedom entails, inter alia, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion. The Court considers that a State cannot be required to wait, before intervening, until a political party has seized power and begun to take concrete steps to implement a policy incompatible with the standards of the Convention and democracy, even though the danger of that policy for democracy is sufficiently established and imminent.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> ECtHR, Application no. 55977/13, *f Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) v. Germany*, 2016towards. 26–27.

<sup>12</sup> ECtHR, Application No. 55977/13, *Refah Partisi v. Turkey* (The Welfare Party) and Others v. Turkey, 2016, para. 102. In this case, in May 1997 the public prosecutor

In this landmark case, the ECtHR ruled that the actions of political parties in a democracy must meet two requirements: a) their methods must be legal and democratic, and b) their aim must conform to fundamental democratic principles. Concluding that this party did not meet either requirement: 1) the party refused to renounce violence and even advocated it in certain respects (see paras. 129–131) and 2) working for the introduction of sharia goes against the “fundamental principles of democracy” (see paras. 116–127). The ECtHR held that certain aspects of Sharia are not in accordance with fundamental democratic principles.

Following Molier & Rijpkema (2018, 401) two elements are important in the Court’s reasoning from the Refah case. First, a risk calculation test, based on a ‘risk to democracy’ rationale, with a high threshold (“sufficiently imminent”), is an integral part of the ECtHR’s treatment of party bans. Second, the ECtHR seems to suggest that this threshold is met when there is a reasonable risk that an antidemocratic party could seize power and start executing its program – but not much earlier. This was also the main reason for the recent decision of Germany’s Federal Constitutional Court (FCC) to not ban the NPD.<sup>13</sup> For the FCC, the NPD party, although considered undemocratic, did not have the material conditions to achieve its goals of disturbing the free democratic order, given little popular support.<sup>14</sup> In fact, what apparently happened was an approximation of German jurisprudence to the reasoning of the ECtHR.

In another case, the well-known case of *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, the conduct of the members of that party bears a strong resemblance to explicit support for violence and the praise of persons apparently linked to terrorism.

On this case, historically, since democracy returned to Spain in 1975, the Spanish government has pursued a policy of accommodation to Basque nationalists. However, autonomy policies failed to prevent separatist violence. The ETA militant group has been linked to more

---

filed a lawsuit with the Turkish Constitutional Court for the compulsory dissolution of the party on the grounds that it had become a center of activities contrary to the principles of secularism. In January 1998, the Constitutional Court dissolved the Refah Party (see Bratza 2013, 38–41).

<sup>13</sup> See BVerfG, 2 BvB 1/13, National Democratic Party II, 17 January 2017.

<sup>14</sup> Even because, following 259) “from the point of view of any democratic theory, it seems hard to deny that banning a party that has grown strong is normatively more harmful than outlawing a fringe party”.

than 800 deaths since 1968. Despite conciliatory efforts, the killings and bombings persisted. The Spanish government has considered Batasuna an integral part of the terrorist problem because the party does not condemn ETA's actions. Furthermore, Spain claimed that some individuals had concurrent membership in both ETA and Batasuna (Ayres 2004).

It may also be considered capable of provoking social conflict between supporters of the candidate parties and other political organizations, in particular those in the Basque Country. Moreover, the ECtHR cannot consider that the impugned conduct was covered by the protection afforded to freedom of expression, as claimed by the applicant parties, since the methods used fell outside the bounds set by the Court's case-law, namely the lawfulness of the means used to exercise that right and their compatibility with fundamental democratic principles.<sup>15</sup>

In both the Refah and Batasuna cases, it was understood that the programme of a political party is not the only criterion for determining its objectives and intentions. In other words, several factual aspects of party leaders' actions can motivate the ban of a political party. Even because it is difficult to think that nowadays, any party will write totalitarian or violent objectives in its statutes.

From this description of the case-law, it is clear that freedom of association and political pluralism are highly valued by the ECtHR. The Turkish State has violated the Convention several times by banning parties with a Kurdish agenda (such as the Communist Party, the Socialist Party, OZDEP, HEP and DEP). However, in the Refah case, the Court moved away from the established jurisprudence and its broad interpretation of freedom of association and party ideology, which includes the right to defend changes incompatible with the national constitution. In this case, the changes promoted by a political party with strongly Islamic ideology, and the changes aim to expand the inclusion and accommodation of the religious preferences of a predominantly Muslim population, the ECtHR sees such proposals as a threat to democracy.

As suggested by Jovanovic (2016 754), ECtHR developed in its practice a general line of reasoning, according to which 'only serious breaches of what may be labelled as a code of conduct in a democratic society may serve as a pretext for a ban on a political party. The thresh-

---

<sup>15</sup> ECtHR, Applications us. 25803/04 and 25817/04, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Spain* (Judgment), 2009, paras. 86–87 (see Ayres 2004, 99–114).

old of seriousness was achieved in the court's view when a party produced an "imminent danger" for democracy.

### 3. TOLERANCE

Locke claimed that freedom of thought and expression were essential components of human dignity, and that these freedoms should be protected by the state (Locke et al., 2003). Therefore, the state had no right to impose religious beliefs on its citizens and that people should be free to practice their religion without interference from the state. He further argued that the state had a duty to tolerate different beliefs and opinions, even if it did not agree with the majority opinion. He believed that this was necessary to maintain peace and order in society and to avoid the kind of religious wars that had plagued Europe for centuries.

In a Letter Concerning Toleration (2003), Locke concluded that the state should tolerate all religions that did not pose a threat to public safety. Similarly, the state should not use religious criteria when making political decisions, and religion should be strictly a matter of personal consciousness. Locke's ideas on toleration emphasised the importance of freedom of thought and expression, and the need for the state to tolerate and respect beliefs and opinions.

Contemporarily, on philosophical ideas of tolerance, Leiter initially argues that tolerance, as an ideal, can only matter when a group is actively uneasy (2012, 8). Recalling Locke's ideas, Leiter maintains that the coercive mechanisms of the state are inadequate to affect a real change in beliefs about personal matters. The same applies to political tolerance as well. It is difficult for us to imagine that state coercive mechanisms change a particular group's conception of a political ideal. In contrast, stamping a political opponent as an enemy of democracy may have the reverse effect, with the sanctioned group obtaining high electoral dividends.

Regarding the importance of a tolerant society, Leiter (2012, 19) takes up Mill's argument that tolerance is necessary because (1) discovering truth (or believing what is true) contributes to general utility and (2) we can only discover truth (or believe what is true) in circumstances where different beliefs and practices are allowed to flourish. Truth discovery requires not only that we are exposed to different



beliefs but that the value of different ways of life must be practically proven through life experiences.

According to Mill (2011) aspects of tolerance are deeply influenced by individual freedom and the need to protect minority opinions and dissenting voices. He argued that individuals should be free to express their opinions and beliefs, even if they did not agree with majority opinion. He believed this was necessary in order to avoid the suppression of new and potentially valuable ideas. Tolerance meant not only the absence of government coercion, but also a willingness on the part of individuals to listen to and engage with opinions different from their own. The free exchange of ideas was essential for the growth of knowledge and the progress of society. However, MILL equally recognised that there were limits to tolerance. Individuals should be free to express their opinions as long as they did not harm others or incite violence.

As Suggested by Drerup and Kühler (2009, 1) toleration is considered as one of the core values of liberalism. In our liberal societies, characterized by deep disagreements concerning the nature of the good and the just, toleration is usually regarded as an indispensable democratic virtue and as a constitutive part of liberal political practice. Traditionally, toleration is characterized as the willingness to put up with, or to permit, actions or practices of others, which one disapproves of, and which one otherwise would seek to prohibit or prevent from occurring.

Therefore, the practice of tolerance is like a democratic measure of accepting the different views of how to live well, logically respecting democratic principles as exposed by the ECtHR. In highlighting that the ideas of changes in the constitutional structures of a State, including in relation to separatist pretensions as in the case of the courses, are welcome to the broad and open debate.

Following Galeotti (2021, 90) briefly, the core features of the concept of *toleration* are: 1) agent a's dislike of agent b's views, codes, or convictions; 2) as wielding of some power of interference with the difference in question; 3) as withholding of such power in favor of leaving free to live by and pursue her ideals; 4) within the limits of self-defense and of harming others. Toleration, as a relevant social and political category, applies in a context of religious, moral and cultural pluralism where social differences do not harmoniously combine, and social groups disagree about what counts in life and how one should live.

I define tolerance as a willingness to extend civil liberties to groups you don't like. The theory of tolerance, in the political sphere, defends the belief that the promotion of freedoms of expression will make individuals and institutions more open to ideas than they would be if we were intolerant.

### 3.1. Political Tolerance

Political tolerance is closely linked to the concept of militant democracy<sup>16</sup> with the purpose of limiting tolerance to undemocratic (or intolerant) actors. Loewenstein and Popper, although most remembered in this subject, were not the only ones who developed this paradox. More broadly, the idea that the claims of intolerant groups should not be accommodated indefinitely corresponds to liberal principles (Ginsburg, Huq 2020).

Specifically on tolerance, democracy and political ideas, although Loewenstein pioneered proposing concrete standards of defense in this field, similar ideas were evident in the work of other scholars. Popper (1994, 581) refers to the paradox of tolerance and warns that unlimited tolerance must lead to the disappearance of tolerance. He argues that tolerance should not be granted to those who are intolerant, and that the right not to tolerate the intolerant should be preserved in the name of tolerance.

We can then state that the core of tolerance is self-control, where we resist our desire to vigorously prohibit the expression of activities we find unpleasant. Tolerance can be understood as a political practice that aims at neutrality, objectivity, or fairness among political agents.

Political tolerance in this respect is based on the recognition that no group has a monopoly on the truth or morality. Tolerance allows for a variety of perspectives on life or beliefs to be heard and considered, which can lead to a more robust and clearer understanding of issues, and thus, better decision-making in political decision-making bodies.

In addition to promoting the free exchange of ideas, political tolerance involves a commitment to non-discrimination and respect for the dignity and rights of all individuals, regardless of their beliefs or affiliations. This means that, even when we disagree with someone's

---

<sup>16</sup> More on the subjective, see Loewenstein. 1937, 417–432; Loewenstein, 1937, 638–658; Capoccia, 2013, 207–226; Tyulkina, 2015; Muller, 2016, 249–265; Moller and Rijpkema, 2018, 394–409.

opinions or actions, we should not resort to violence, oppression, or other forms of coercion to silence or suppress them. In general, political tolerance is a central tenet of liberal democracy and is essential for the protection of individual rights, promotion of free and open debate, and coexistence.

These paradoxes and controversies surrounding the idea of anti-democratic intolerance show that measures not to tolerate the intolerant also have a negative side. An intolerant stance, even against those who are hostile to the constitution, inevitably raises the suspicion that democracy is not fulfilling its own criteria of democratic society.

Thus, if a political party openly advocates the suppression of minorities or disrespect for any other fundamental characteristics of democracy, especially through violence, that political party can be eliminated (or “not tolerated”) without democracy contradicting itself.

As we can see from the above rule, political tolerance has been invoked in cases concerning the banning of political parties. In the *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* the ECtHR held that Turkey’s banning of the party violated the right to freedom of expression and association under Article 11 of the Convention, ruling that political parties should only be banned if they use violence or advocate the destruction of democracy, and that the State must show a compelling reason to justify any restrictions on political expression. In *Partidul România Mare v. Romania* the ECtHR ruled that the dissolution of the party violated the right to freedom of expression and association under Article 11 of the Convention. The court stressed that while political parties may be subject to restrictions in certain circumstances, such restrictions must not be used to stifle legitimate political debate or to discriminate against certain groups.

In each of these cases-law, the ECtHR invoked the concept of political tolerance in its analysis, warning against the use of restrictions on political parties as a means of suppressing dissent or discriminating against certain groups.

#### 4. CONCLUSION. THE TOLERANCE OF THE COURT

The ECtHR ruled in 10 cases on the prohibition of political parties. In eight cases the Court found a violation of the Convention and only in two cases found no violation. Therefore, inductively, it is con-

cluded that the ECtHR is tolerant of political parties prohibited or dissolved by the domestic Court of the Member State of the Council of Europe. The concept of tolerance is not invoked into the grounds of the judgments examined. However, even with political parties prohibited by their state because of positions hostile to the domestic Constitution, the court's understanding, in most cases, tolerates the broad debate, including these controversial positions. It is perceived that when judging, the ECtHR points out that tolerance must have a justification based on freedom (of assembly, association, expression), so the impediment to freedom should only take place in cases of extreme threat to democracy.

It was clear from the reading of the judgments, in particular *the Case Socialist Party and Others v. Turkey* and the case *ÖZDEP v. Turkey*, that the Court tolerates political arguments that bother (offend, shock, disturb), indicating a position approaching the market place of ideas, experienced by Ho and Schauer (2015) which means, in summary, that the market place of ideas supposedly distinguishes the truth from falsehood or is, at the very least, more reliable than the official or specialized selection of ideas considered true and the suppression of ideas considered false (2015, 1161–1162).

Thus, there appears to be a position of tolerance of the ECtHR towards parties considered illegal by national courts. In the only two most intolerant cases, in which the ECtHR agreed to a ban by the domestic court, these are extreme cases of violation of the democratic system with the use of violence on the part or violation of the principle of secularism. Most attempts to ban political parties, as well as some other measures that impose limitations on party activities, have been brought to the attention of the ECtHR and that, in most cases, political parties have received extremely broad protections, if they did not use violence as a means of achieving their objectives.

One of the main problems when courts face cases of prohibitions of political parties comes from respect for the rule of law, limitation of freedom of expression and proportionality of the measure and paradox of tolerance (Popper, 1994). In so, the ECtHR seems to follow a joint tolerant view of the understanding of the Venice Commission guidelines in this approach, i.e. addressing three basic principles relating to the prohibition or dissolution of political parties: (1) the exceptional nature of the ban or dissolution; (2) The proportionality of the dissolution or prohibition to the legitimate objective pursued and (3)

procedural safeguards: the procedure for the prohibition or dissolution of political parties should ensure the principles of fairness, due process and openness.<sup>17</sup>

## REFERENCES

1. Ayres, Tomas. 1/2004. Batasuna Banned: The Dissolution of Political Parties Under the European Convention of Human Rights. *Boston College International and Comparative Law Review* 27: 99–113.
2. Bourne, Angela, Fernando Casal Bértoa. 2017. Mapping ‘Militant Democracy’: Variation in Party Ban Practices in European Democracies (1945–2015). *European Constitutional Law Review* 13: 121–247.
3. Bratza, Nicolas. 2013. The Refah case at the European Court of Human Rights. 38–41 in *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari‘a*, edited by Robin Griffith-Jones: Cambridge University Press.
4. de Morree, Paulien. 2016. *Rights and Wrongs under the ECHR: The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights*. Assen: Intersentia
5. Drerup Johannes, Kühler Michael. 2021. The politics and ethics of toleration: introduction. *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 24: 1–4.
6. Esen Salin. 2017. Role of the European Court of Human Rights in the Turkish Constitutional Court’s Rulings Regarding the Freedom of Association. 391–422 in *Rule of Law, Human Rights and Judicial Control of Power*, edited by Rainer Arnold, José Ignacio Martínez-Estay. Cham: Springer.
7. Galeotti, Anna Elisabetta. 1/2021. Rescuing toleration. *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 24: 87–107.
8. Ginsburg, Tom, Aziz Z. Huq. 2020. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: University of Chicago Press.
9. Ho Daniel, Frederick Schauer. 2015. Testing the Marketplace of Ideas. *New York University Law Review* 90: 1160–1228.
10. Jovanović, Miodrag. 8/2016. How to justify ‘militant democracy’: Meta-ethics and the game-like character of democracy. *Philosophy & Social Criticism* 42: 745–762. <https://doi.org/10.1177/0191453715595456>
11. Leiter, Brian. 2014. *Why Tolerate Religion?* New Jersey: Princeton University Press.

---

<sup>17</sup> European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Guidelines on the Prohibition and Dissolution of Political Parties and Similar Measures, adopted by the Venice Commission at its 41st plenary session, Venice, from 10 to 11 December 1999.

12. Locke, John. 2003. *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*. New Haven: Yale University Press.
13. Mill, John Stuart. 2011. *On Liberty*. Cambridge: Cambridge University Press.
14. Molier, Geliijn, Bastiaan Rijpkema. 2/2018. Germany's New Militant Democracy Regime: *National Democratic Party II* and the German Federal Constitutional Court's 'Potentiality' Criterion for Party Bans: Bundesverfassungsgericht, Judgment of 17 January 2017, 2 BvB 1/13, National Democratic Party II. *European Constitutional Law Review* 14: 394–409.  
<https://doi.org/10.1017/S1574019618000196>
15. O'Connell, Rory. 2020. Association, Assembly and Political Parties. 120–142 in *Law, Democracy and the European Court of Human Rights* edited by Rory O'Connell. Cambridge University Press.  
<https://doi.org/10.1017/9781139547246.008>
16. Özbudun, Ergun. 1/2009. Party prohibition cases: different approaches by the Turkish constitutional court and the European Court of Human Rights. *Democratization* 17: 125–142.
17. Popper, Karl. 2013. *The Open Society and Its Enemies*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
18. Sider, Theodore. 2010. *Logic for Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
19. Tomassi, Paul. 1999. *Logic*. Abingdon: Routledge.
20. Türkeş-Kiliç, Selin. 4/2016. Political party closures in European democratic order: comparing the justifications in DTP and Batasuna decisions. *Journal of European Public Policy* 23: 492–509.
21. Tyulkina, Svetlana. 2015. *Militant democracy: Undemocratic political parties and beyond*. Abingdon: Routledge, Taylor & Francis Group.

Dorđe Gojković\*

## MEĐUNARODNO PRAVO I DISTRIBUTIVNA PRAVDA – SLUČAJ ANTARKTIKA

*Antarktik je jedinstven primer velike teritorije nad kojom nijedna država ne vrši suverenu vlast. Iako skoro potpuno pod ledom, teritorija Antarktika je potencijalno značajan ekonomski i geopolitički činilac. Sedam država je u odgovarajućem obliku istaklo svoje teritorijalne pretenzije prema delovima teritorije Antarktika. Donošenjem Antarktičke povelje 1959. godine očuvan je zatečeni status quo, a opravdanost teritorijalnih pretenzija je ostavljena po strani na neodređeno vreme. Poučeni istorijom oružanih konflikata, od kojih je njihov veliki deo bio radi teritorije, svrha ovog rada je ispitivanje kapaciteta međunarodnog prava da institucionalnim putem podeli teritoriju. Takva podela treba da uvažava zahteve distributivne pravde, s jedne strane, i očuvanja mira, s druge strane. Predstavljen je jedan mogući način raspodele, čiji je ključni kriterijum istorija efektivnog vršenja vlasti nad teritorijom Antarktika.*

Ključne reči: *Antarktik, distributivna pravda, raspodela, Antarktička povelja, Ugovor o Antarktiku*

### 1. ANTARKTIK: OD TERRA INCOGNITA DO OBEĆANE ZEMLJE

Istorija Antarktika obuhvata dugačak istorijski razvoj ljudskih saznanjih i tehničkih sposobnosti: od starogrčkog maštanja o najjužnijoj tački sveta, preko nagađanja srednjovekovnih kartografa o *Terra australis nondum cognita*, demonstriranja vojne moći, prvih oplovljavanja i nadletanja, pa sve do kontinenta o kojem je postignut međunarodni sporazum, u čijem je režimu i danas.

Od razvijanja tehničkih sposobnosti čoveka zavisilo je upoznavanje Antarktika i, u skladu sa tim, interesovanje za taj i dalje nedovolj-

---

\* Autor je student četvrte godine osnovnih akademskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, [djolegojkovic00@gmail.com](mailto:djolegojkovic00@gmail.com).

no istraženi kontinent. Motivi za istraživanje Južnog Zemljinog pola postali su jasni tek otkrićem Centralne i Južne Amerike krajem srednjeg veka te ostrva u Indijskom i Tihom okeanu. Pronašavši tamo veliko rudno, životinjsko i biljno bogatstvo, istraživači pojedinih evropskih zemalja su se nadali da će tako biti i na krajnjem jugu planete. Takve nade su naročito podsticali crteži srednjovekovnih kartografa, koji su Antarktiku prikazivali kao ogromnu teritoriju, po svojstvima sličnu ostatku sveta, ne naslućujući da je to zemlja većitog leda (Day 2019, 15). Ekonomski razlozi su i dalje jedan od ključnih motiva pretenzija na Antarktiku. Problemi sa kojima se današnji svet prvi put u istoriji suočava – prenaseljenost i postepeno smanjenje elementarnih resursa kao što je pijaća voda – značaju Antarktiku kao „ničije zemlje” daju sasvim novu dimenziju.

### 1.1. Otkriće

Nesumnjivo je da su ljudi hiljadama godina imali predstavu o postojanju Antarktiku. Usmena tradicija, kao i obično, seže vekovima pre pisanih izvora. Maori sa Novog Zelanda i dalje čuvaju vekovnu usmenu tradiciju da su njihovi preci, ploveći, zalutali tako daleko da su naišli na beskonačnu ledenu zemlju. Džejs Kuk, na jednom od svoja tri putovanja na jug (1772–1775), naišao je na nepremostivu ledenu prepreku koju je smatrao Antarktikom. Tek oko pola veka kasnije ispostavilo se da nije uočio pravi kontinent, iako jeste ušao u zonu Antarktiku (Day 2019, 15–16). O stvarnom otkriću Antarktiku kao kontinenta sa izvesnošću se može govoriti tek od prvih pisanih istorijskih izvora moreplovaca sa dalekog juga.

U historiografiji i dalje postoji spor o tome ko je prvi otkrio Antarktiku. Detaljna analiza naučnih argumenata prevazilazi potrebe ovog rada. Ipak, nije nebitno ko se makar nominalno smatra pronalazačem kontinenta u celini i njegovih delova, budući da je upravo to jedan od ključnih argumenata za teritorijalne pretenzije. Tri imena pretenduju na prvenstvo otkrića – Amerikanac Natanijel Palmer, Britanac Vilijam Smit i Rus pruskog porekla Gotlib fon Belingzhauzen. Premda je tačan datum otkrića sporan, pisani tragovi nedvosmisleno svedoče da su sva trojica moreplovaca otkrila Antarktiku 1820. godine. Sporovi o prvenstvu otkrića su u različitim trenucima davali primat tvrdnjama svakog od trojice moreplovaca, ali je donošenjem Antarktičke povelje 1959. godine ta debata stavljena u drugi plan.



Mnogo manje sporan je podatak o tome ko je prvi zakoračio na tlo Antarktika. Amerikanac Džon Dejvis u februaru 1821. godine, sakrivši se od snežne oluje u svoj brod, zapisao je da je zemlja na kojoj je pristao „čitava pokrivena snegom”, te da smatra da je „Južna zemlja, zapravo, kontinent”, verovatno ni sam ne sanjajući da će se ispostaviti da je ta hiperbola tačna (Stackpole, 2012, 51).

## 1.2. Geografske odlike

Antarktik je jedan od sedam kontinenata, čija je cela površina – nešto više od 14 miliona kilometara – pokrivena ledom. Južni polarni okean okružuje Antarktik sa svih strana. Udaljen je 800 km od Južne Amerike, 2.900 km od Australije i 3.400 km od Afrike. Prosečna nadmorska visina je 2.200 metara.

Antarktička zona je širi pojam od Antarktika. To je zona ograničena na severu Južnim polarnikom, na geografskoj širini 66°33'44" južno od ekvatora. Sam Antarktik je meridijanski podeljen na sektore, a sedam različitih država, oslanjajući se na tzv. sektorski princip, polaže pretenzije na te teritorije. Sektorski princip polazi od shvatanja o geografskoj celini delova teritorije nad kojim država ima vlast i delova van njihove vlasti (Kreća 2021, 417). Jedini sektor na koji nijedna država nije istakla svoje pretenzije je *Marie Byrd Land*, koju je otkrio američki admiral Ričard Brd (Richard Byrd), no Amerika se uzdržala od formalnog polaganja bilo kakvog zahteva.

Jedna od brojnih poteškoća stvorenih teritorijalnim pretenzijama jeste i sama navigacija na Antarktiku. Ne postoji nijedna međunarodno priznata mapa Antarktika, zbog toga što svaka zainteresovana država daje „svoje” nazive toponimima, sve sa ciljem da učvrsti svoje zahteve ili druge interese.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Značaj simbolike toponima za jedan narod nije zanemarljiv. Prema teoriji jednog od glavnih stanovišta u filozofiji teritorijalnih prava – nacionalističkoj – nacije su imaoi prava nad teritorijama. Da bi svoja prava uspostavile, na datoj teritoriji treba da izvrše i materijalne i simbolične transformacije (Miller 2012, 258). U slučaju Antarktika, materijalnim transformacijama teritorije bi se moglo smatrati uspostavljanje baza i istraživačkih centara (ili 'naučni doprinos', čime svoje pretenzije sve države potkrepljuju), a simboličkim bi se moglo smatrati davanje imena određenim delovima teritorije prema značajnim ličnostima ili događajima koji izvesnu naciju povezuju sa Antarktikom. Ipak, pokušaji čvršćeg povezivanja naroda iz država pretendenata sa Antarktikom ne menjaju činjenicu da to nije ni približno dovoljno za uspostavljanje suvereniteta – tim pre što su slične stvari radile i države koje nisu pretendenti (SAD i Rusija, na primer).

### 1.3. Ekonomski i geopolitički značaj

Većita želja država da uvećaju svoje resurse, kao što je spomenuto, bila je jedan od glavnih motiva otkrivanja i istraživanja Antarktika. Očekivanja su u prvo vreme odgovarala onome što su Španci i Portugalci zatekli u Južnoj i Srednjoj Americi. Još posle prvih otkrića, bilo je jasno da Antarktiku raspolaže drukčijim resursima. Foke i kitovi su dugo bili gotovo isključivi razlog plovidbe do Južnog pola.<sup>2</sup>

Imperijalna trka velikih evropskih sila za osvajanjem prekomorskih kolonija u velikoj meri je doprinela interesovanju za Antarktiku, naročito u perspektivi korišćenja njegovih resursa u vojne (pravljenje eksploziva) i strateške svrhe (kontrola južne Zemljine hemisfere). Države su se trudile da izgrade ili održe svoju reputaciju velikih sila, dok su novinske kuće zdušno pozdravljale takvo utrkivanje, ubirući ogroman profit od senzacionalističkih članaka o putovanjima sa Južnog pola.

Danas je želja za kontrolom teritorije Antarktika uslovljena potpunom novom perspektivom. Premda su resursi kao što su sitnija riba i kitovi i dalje upotrebljivi, potencijalno velike rezerve nafte i pijaće vode čine Antarktiku vrlo poželjnim, bez obzira na njegove ekstremne uslove. Čak i led i niske temperature postaju sve manji problem, budući da tehnički napredak nudi mogućnosti da se prevaziđu te prepreke potencijalnom naseljavanju.

---

<sup>2</sup> Gotovo da je izlišno pominjati da međunarodno pravo početkom 19. veka nije imalo mehanizme za ograničavanje lova u zoni Antarktika. Procenjuje se da je već prve godine otkrića (1820) ubijeno oko 250.000 foka. Taj broj se vremenom nije smanjivao. Naprotiv, prema Deju (Day, 18), krajem 19. veka, primerice, samo na američke obale je stiglo oko 7 miliona krzna foke. Južni morski slon, vrsta foke bogata mastima, korišćen je za pravljenje ulja. Ulje se koristilo na više načina, ali najčešće za izradu svetiljki i za podmazivanje. Krznene foke su se koristile radi krzna koje je smatrano dragocenim materijalom za izradu garderobe. Beskrupolozan lov na foke zaustavila je jedino činjenica da su zamalo istrebljenje krajem 19. veka.

Lov na kitove, uslovljen ozbiljnijim tehničkim mogućnostima, usledio je nešto kasnije od lova na foke. Razlog za lov na kitove bila je ogromna količina ulja koja se iz njih dobijala. Sredinom veka kerozin je u velikoj meri zamenio ulje kitova za grejanje i osvetljenje, te je lov bio srazmerno manjeg intenziteta. Tek Nobelovo otkriće dinamita 1867. godine povećalo je cenu kitovom ulju, budući da je glicerina iz njega bio jedan od ključnih sastojaka. Tehnički napredak početkom 20. veka omogućio je korišćenje kitovog ulja za pravljenje margarina i u druge prehrambene svrhe, pa će se interes za lov na kitove dugo održati.

## 2. KRATKA ISTORIJA TERITORIJALNIH PRETENZIJA KA ANTARKTIKU

Sedam država je u prvoj polovini 20. veka u odgovarajućoj formi istaklo svoje teritorijalne pretenzije na Antarktiku – Argentina, Australija, Čile, Francuska, Novi Zeland, Norveška i Velika Britanija. Izuzetak je, kao što je spomenuto, *Marie Byrd Land*, koja nije proklamovana kao ičija teritorija. Situacija je znatno složenija od usklađivanja interesa sedam zvaničnih pretendenata. Sistem Antarktičke povelje, o kome će biti više reči kasnije, obuhvata i druge države koje imaju interes da budu uključene u sistem odlučivanja o sudbini Antarktika.

### 2.1. Sedam „glavnih pretendenata”

Velika Britanija je zvanično prva istakla svoje teritorijalne pretenzije prema Antarktiku. Džejs Kuk, ploveći po zoni Antarktika, proglasio je nekoliko ostrva u blizini Antarktika engleskom zemljom, dajući im imena po kralju Džordžu III, poslanicima i admiralima. Simboličan čin „osvajanja” teritorije bila je topovska salva na željenu teritoriju, uz neizbežno isticanje engleske zastave (Day, 19). Britanci su prvi istakli i formalne pretenzije na delove samog kontinenta po njegovom otkriću. U jednoj od svojih plovidbi, kapetan Džon Bisko odlučio je da, umesto lova na foke, započne „osvajanje” do tada nepoznatih teritorija južno od Afrike. Teritorijama na koje je nailazio davao je engleska imena, a na najveću od njih se iskrcao i nazvao je Grejemovom zemljom, po ministru mornarice seru Džejsmu Grejemu.

Britanska historiografija je dugo i uporno tvrdila da je Vilijam Smit prvi zakoračio na tlo Antarktika. Time je trebalo dodatno da se opravda kasnija, prilično obilna eksploatacija prirodnih bogatstava zone Antarktika. Velikoj Britaniji je dugo najmoćnija mornarica na svetu omogućila da ostane u „trci” za Antarktiku od samog početka pa sve do potpisivanja Antarktičke povelje. Prvi precizan spisak oblasti na Antarktiku koje Velika Britanija smatra svojim označen je u pismu iz 1908. godine, kojim se prisvajaju „nabrojane zemlje koje čine 17% kontinenta i nazvane su – *The Falkland Island Dependencies* – te su postavljene pod administraciju guvernera Falklandskih ostrva” (prema Ivković 2020, 25).

Glavni argument Britanaca je prvenstvo otkrivanja, a dodatno su se pozivali na mirnu okupaciju označenih teritorija i doprinos naučnom istraživanju Antarktika.

Francuska je takođe od samog početka bila aktivna u istraživanju Antarktika. Svoje teritorijalne pretenzije formalno je istakla tako što je izdala jednostranu proklamaciju teritorijalnog suvereniteta nad delom zemlje koju su sami otkrili 1840. godine i nazvali je Adelinom zemljom (*Terre Adélie*). Francuska je Adelinu zemlju svrstala u svoje Južne i antarktičke zemlje.

Argumenti koje su koristili Francuzi uglavnom su slični britanskim – temelje se na otkriću do tada nepoznate zemlje, te ističu svoj doprinos istraživanju te regije i ostatka kontinenta.

Norveška, višedecenijski konkurent Velikoj Britaniji u eksploataciji Antarktika, svoje prisustvo je formalizovala postavljanjem norveške zastave na rtu Adare 1895. godine. Prvi pokušaji aklamacije teritorija pravnim putem dogodili su se tek 1930. godine, kada je ostrvo koje je otkrio ruski istraživač Belingzhauzen proglašeno za norveško. Interes Norveške na Antarktiku određen je u velikoj meri pokušajem da se izbegnu ograničenja u lovu i ribolovu koja su im nametnuli Britanci. Argumenti koje Norvežani koriste oslanjaju se uglavnom na mirnu okupaciju te na doprinos istraživanju.

Na površinski najveću teritoriju Antarktika svoje pravo pokušava da polaže Australija – proklamovala je svojom teritorijom 42% ukupne površine Antarktika. Australija je zahtev prema tim teritorijama dobila derivativno, 1933. godine, kada su joj „ustupljene” od Velike Britanije. Svoje tvrdnje Australijanci potkrepljuju i činjenicom da su aktivno učestvovali u istraživanju antarktičke zone, doduše u svojstvu nekadašnje britanske kolonije.

Još jedna država, Novi Zeland, svoje teritorijalne pretenzije deluje Velikoj Britaniji. Deo teritorije koji Britanci i Novozelanzani nazivaju Rosovim zavisnim teritorijama (*Ross Dependency*), „cediran” je Novom Zelandu 1923. godine, sa ciljem održavanja prijateljskih odnosa između bivše metropole i bivše kolonije. Novi Zeland takođe ističe svoju ulogu u istraživanju i otkrivanju novih teritorija, mada opet u svojstvu kolonije.

Argentina, prva od dve južnoameričke države sa teritorijalnim pretenzijama, svoje zahteve je usmerila ka Južnim Orknijskim ostrvima, geografski pozicioniranim jugoistočno od Južne Amerike. Pozivajući se na sektorski princip, Argentina smatra da ima veća prava na

ta ostrva od Britanaca, bez obzira na to što su ih Britanci pronašli. Štaviše, Britanija je za ta ostrva tvrdila da su pod upravom guvernera Foklandskih ostrva. Orknijska ostrva su prvi deo teritorije nad kojim se zahtevi i formalno preklapaju, budući da ih je Argentina jednostranom izjavom volje 1925. godine proglasila za sopstvenu teritoriju. U odbranu svog stava koristila je i argument kontinuirane mirne okupacije, koju su zasnovali pre Velike Britanije.

Druga južnoamerička država, Čile, takođe se oslanjajući na sektorski princip, svoje pretenzije je usmerila ka teritorijama koje se u velikom delu poklapaju sa pretenzijama Velike Britanije i Argentine. Čileanska vlada je svoje zahteve formulisala u jednostranu izjavu volje 1940. godine. Svoje pretenzije posebno opravdava činjenicom da je Čile fizički najbliža država Antarktiku. Interesantno je pak to što Čile svoju argumentaciju umnogome temelji na argumentu istorijskogeološke prirode – naime, tvrdi da su najjužniji deo Južne Amerike i zapadni deo Antarktika nekada bili jedna celina koju zovu Zemlja vatre (*Tierra del Fuego*).

## 2.2. Ostale zemlje

Zemlje o kojima je bilo reči su jedine koje se, u sadašnjem sistemu Antarktičke povelje, smatraju pretendentima. Svaka od njih je u odgovarajućoj formi svoje zahteve istakla pre donošenja Antarktičke povelje. Razume se da se pitanje Antarktika u današnjem svetu, značajno tešnje globalizovanom nego sredinom prošlog veka, smatra pitanjem svake države – a naročito onih koje imaju svoje strateške interese.

Sve države nepretendenti značajne za pitanje Antarktika mogu se podeliti u tri grupe. U prvoj su Sjedinjene Američke Države, Sovjetski Savez (Rusija), Belgija, Japan i Južnoafrička Republika. One su, neka manje, neka više, igrale značajnu ulogu u istoriji Antarktika. Bile su izvorne strane potpisnice Antarktičke povelje. Razlika između njih i sedam država pretendenata je to što nemaju teritorijalnih pretenzija prema Antarktiku. Drugu grupu država čine sve države ugovornice sa uslovnim konsultativnim statusom. Uslov se odnosi na kontinuirano ulaganje u naučna istraživanja i aktivnosti. U trećoj grupi su „obične” ugovorne strane koje su pristupile ugovoru ne preuzimajući na sebe nikakve naročite obaveze. One imaju najmanji obim prava. Ukupan broj država potpisnica je 54 – tu su uključeni svi relevantni akteri antarktičkog sistema.

### 3. ANTARKTIČKA POVELJA

Antarktička povelja<sup>3</sup> je doneta u Vašingtonu 1. decembra 1959. godine. Izvorne potpisnice su dvanaest država koje su bile najaktivnije na Antarktiku u naučnom polju u Međunarodnoj godini geofizike (1957–1958). Povelja je stupila na snagu 23. juna 1961. godine i još uvek je na snazi.

#### 3.1. Političke prilike u trenutku donošenja

Konferencija u Vašingtonu na kojoj je usvojena Antarktička povelja održana je na vrhuncu hladnog rata. Razlog brzog donošenja Povelje bila je svest svih država da je neophodan konsenzus o gorućim problemima (Rothwell, 4). Broj baza država pretendenta pedesetih godina naglo je porastao. U leto 1953. godine na Antarktiku je bilo osam argentinskih baza, šest britanskih i tri čileanske. Dve godine kasnije, čak i Sovjetski Savez, koji se nije smatrao pretendentom, pravi svoju prvu bazu. Srećom, ruski interesi su ostali isključivo u granicama naučnog istraživanja. Iznenadjuće za sve zainteresovane države, pokazalo se da je saradnja između SAD i SSSR uspešna i bezrezervna, makar u pitanju Antarktika (Day 2019, 63).

Saradnja dve najveće svetske sile značajno je doprinela postizanju sporazuma. Ta saradnja je bila uslovljena, pre svega, zamršenim odnosima sa državama pretendentima. Niko nije mogao sa sigurnošću da računa na mogućeg saveznika. Još jedan razlog bila je trka SAD i SSSR za Mesec. Amerikanci, u strahu da bi Rusi mogli prvi da zauzmu Mesec i proglase ga svojim, nudili su alternativna rešenja za teritorije koje nisu ni pod čijom efektivnom vlašću. Uostalom, Amerikanci su bili prvi koji su intenzivno zagovarali internacionalizaciju Antarktika (Bulkeley 2009, 9). Takođe, saradnja ne samo dveju najvećih sila već i svih drugih država u vezi sa Antarktikom bila je u značajnoj meri određena samom prirodom najjužnijeg kontinenta. Većiti led i teški uslovi za naučni rad zahtevali su saradnju naučnika i istraživača u mnogim oblastima, razmenu iskustava, tehnike i mehanizacije. Takva saradnja je formalizovana 1958. godine, osnivanjem Specijalnog komiteta za istraživanja na Antarktiku. Najzad, zaoštreni odnosi te sve veća mogućnost izbijanja oružanog sukoba (skoro svima) daleko od

---

<sup>3</sup> The Antarctic Treaty, 402 U.N.T.S. 71.

matičnih država bio je crveni alarm za većinu razumnih donosilaca političkih odluka. Kada se pokazalo da okolnosti idu na ruku, makar u glavnim pitanjima, svim zainteresovanim stranama, pregovori su završeni za relativno kratak period i donet je najznačajniji međunarodni ugovor za Antarktiku.

### 3.2. Glavne odlike i značaj Povelje

Stvoren je sistem odlučivanja o Antarktiku izvan Ujedinjenih nacija. To je išlo na ruku pre svega Americi, budući da su na taj način eliminisali potencijalno velik uticaj SSSR u UN. Glavni cilj same Povelje bile su norme o suverenosti i demilitarizaciji.

U članu 4. Povelje navodi se da se stare pretenzije niti priznaju niti se preispituju, a da se nove pretenzije neće priznavati dok je Povelja na snazi. To praktično znači da se održava *status quo* iz 1959. godine. Pitanje suvereniteta je ostavljeno po strani – jasno je da na taj način Antarktiku ne predstavlja teritoriju nijedne države i da bi se njegov pravni status mogao nazvati nečim bliskim *res communis omnium*.

Radi osiguranja ovako „zamrznutog” stanja, Poveljom je predviđeno<sup>4</sup> da će se Antarktiku koristiti isključivo u miroljubive svrhe, što podrazumeva zabranu preduzimanja bilo kakvih vojnih mera, poput postavljanja vojnih baza i objekata, izvođenja vojnih vežbi i testiranja bilo kakvog oružja, posebno nuklearnog. U vezi sa tim, dozvoljava se da bude ustanovljena inspekcija koju će odrediti ugovornice (Kreća 2021, 418). Demilitarizacija je bila naročito poželjna nakon sporadičnih incidenata u regionu Antarktike između država pretendena. Iskustvo Drugog svetskog rata je opominjalo na najveću moguću ozbiljnost u sličnim situacijama.

Za svojih preko šezdeset godina važenja, sistem stvoren Antarktičkom poveljom nije bio ozbiljnije ugrožen. Može se reći da države dobro sarađuju na Antarktiku, pre svega na polju nauke. Demilitarizacija značajno olakšava fizički boravak u bazama. Mehanizam kontrolisanja baza drugih nacija sprečava mogućnost tajnog podrivanja mira i bezbednosti. Ipak, budući da su teritorijalne pretenzije država i dalje zamrznute, a da trenutnim ugovorom nije predviđen nikakav mehanizam podele, postavlja se glavno pitanje: čija će u budućnosti biti teritorija Antarktike i kako će se deliti?

---

<sup>4</sup> U članovima 1, 5. i 7.

#### 4. MOGUĆA PODELA ANTARKTIKA – POGLED IZ UGLA TEORIJE DISTRIBUTIVNE PRAVDE

Antarktička povelja se, nesumnjivo, pokazala kao efikasna u očuvanju zatečenog stanja i održavanju mira. Njen primarni cilj – da „zamrzne” tada aktuelne konflikte, nesumnjivo je ispunjen. Međutim, sledeći korak nikada nije načinjen. Istina, Ugovor ne izlazi u susret pretenzijama bilo koje države, ali ih i ne odriče. Iako trenutno nema ozbiljnijih zahteva za reviziju stanja uspostavljenog Poveljom, osnovano je sumnjati u njegovu dugoročnu održivost.

Geopolitički kontekst u trenutku donošenja Ugovora bio je znatno drugačiji. Sovjetski Savez, a zatim Ruska Federacija ostala je dosledna stavu koji je imala u vreme potpisivanja sporazuma. Sporazum je bez značajnijih teškoća postignut između dve najveće sile. Danas je, međutim, odnos snaga drugačiji. Rusija, iako prisutna na Antarktiku, nesumnjivo više nije jedna od dve najveće globalne sile, kao što je bila prilikom potpisivanja. Druga najveća sila sa kojom treba računati globalnu situaciju je Kina. Svojom aktivnošću i na Arktiku i na Antarktiku Kina pokazuje želju za globalnim uticajem. Pritom, u kontekstu ubrzanog trošenja prirodnih resursa zbog aktivnosti industrije, Antartik, kao teritorija bogata resursima, može biti od interesa velikim silama. Uz napredak tehnologije, prestaje i toliko velika potreba saradnje država na Antarktiku radi prevazilaženja ekstremnih uslova.

Dalje, rat u Ukrajini baca novo svetlo na odnose pojedinih zainteresovanih država i upozorava na mogućnost globalnog sukoba. Da bi se predupredila situacija u kojoj bi teritorija bila okupirana oružjem, treba razmatrati međunarodnopravne mehanizme raspodele. Treba ispitati kapacitete međunarodnog prava da obezbedi pravdu adekvatnom alokacijom teritorijalnog suvereniteta, pre svega nad neraspoređenim teritorijama kakva je Antartik. Ispunjavanjem zahteva pravde, međunarodno pravo obezbeđuje i mir – još jednu značajnu vrednost za koju se vezuje.

##### 4.1. Međunarodno pravo i pravda

Pravo kao pojava najčešće se odnosi na različite vrednosti, od kojih se kao vrhunska obično ističe pravda. Shvaćena u klasičnom, aristotelovskom smislu, ali ne u smislu najviše vrline (Aristotle, 1129b), pravda se ispoljava u svakom društvenom odnosu čija je svrha raspo-



dela, odnosno preraspodela dobara. Aristotel u svojoj klasičnoj distinkciji pravde razlikuje distributivnu (Aristotle, 1130b) od korektivne pravde (Aristotle, 1131a). Distributivna pravda nalaže da se pri svakoj raspodeli dobara i tereta uzima u obzir unapred utvrđeni kriterijum prema kome će svako dobiti onoliko koliko mu pripada. Korektivna pravda nalaže srazmernost u pojedinačnim odnosima – na primer, adekvatnost cene vrednosti robe, kazne krivičnom delu. Za distributivnu pravdu neophodne su makar tri strane (onaj ko deli i oni kojima se dele neka dobra ili tereti), dok su za korektivnu pravdu dovoljne dve.

Radi boljeg razumevanja potencijalnog obuhvata Antarktičke povelje, treba ukazati na odnos tih dveju vrsta pravde. Korektivna pravda pretpostavlja distributivnu – da bi se vršila bilo kakva korekcija pojedinačnog odnosa, neophodno je da postoji osnov za nastanak samog odnosa (Jovanović 2019, 193). U slučaju Antarktika, to znači da se pri potencijalnoj podeli prvo mora razjasniti šta se deli, ko deli, kome se deli i na koji način se deli.

Osim mnogih razlika između unutrašnjeg i međunarodnog prava, međunarodno javno pravo kao *pravo* podjednako se vezuje za pravdu. Ponegde se to eksplicitno navodi, kao u preambuli ili u prvim članovima Povelje Ujedinjenih nacija (Jovanović 2019, 191). Tehnika ostvarivanja distributivne pravde, prema klasičnoj formuli „postupati s jednakima jednako, s nejednakima nejednako”, načelno je ista i u unutrašnjem i u međunarodnom pravu. Ipak, postoje veoma bitne razlike, od kojih u velikoj meri može zavisiti ostvarivanje pravde: adresati unutrašnjeg prava su građani (pojedinci), dok međunarodno pravo svoje norme upućuje prevashodno državama (Shaw 2021, 1). Druga važna razlika je u pogledu *onoga ko deli*. U unutrašnjem pravu, pravne norme (kojima se dele prava i obaveze) donose ovlašćeni državni organi u odgovarajućoj formi (ustav, zakon, podzakonski akti). Te norme se odnose na građane, koji su različiti subjekti od legislativnih državnih organa. Naprotiv, u međunarodnom pravu ne postoji nikakav nadržavni entitet ovlašćen za donošenje propisa. U međunarodnom pravu, države su i subjekti na koje se pravo odnosi i subjekti koji to pravo stvaraju. Ostvarivanje pravedne raspodele u konstelaciji u kojoj svaka država želi, logično, što više prava a što manje obaveza, značajno komplikuje stvari.

Dvostruka uloga subjekata alokacije – biti istovremeno onaj koji deli prava i obaveze i onaj kome se prava dele – stvara potencijalni sukob koji se u literaturi naziva alokativnim konfliktom (Jovanović 2019,

194) – ko je koliko čega dobio i na koji način. Mogućnost alokativnih konflikata postoji ne samo zbog subjekata alokacije već i zbog objekta alokacije u međunarodnom pravu – koja se dobra i tereti raspodeljuju.

U razmatranju alokativnih konflikata nastalih zbog objekta raspodele, može se ići za Volcerovim tumačenjem distributivne pravde. On navodi da je osnovno dobro koje se deli samo članstvo u nekoj grupi (Walzer 1984, 31). U unutrašnjem pravu, dakle, pravni subjektivitet je osnovno dobro koje se deli. Tek nakon raspodele pravnog subjektiviteta mogu se deliti ostala prava i obaveze. Danas se, naravno, pravni subjektivitet svakog čoveka podrazumeva, ali (ne tako davna) istorija puna je primera u kojima su različite grupe ljudi, po raznim osnovama, bile lišene pravnog subjektiviteta. Pravnike i filozofe je stajalo dosta vremena i truda da bismo stigli do trenutka kada svaki čovek, samim tim što je ljudsko biće, dobija pravnu sposobnost.

Stvar stoji komplikovanije u međunarodnom pravu. Ekvivalent pravnom subjektivitetu kao „osnovnom dobru” u međunarodnom pravu jeste međunarodnopravni subjektivitet, tj. državnost. Kako je sama državnost višekomponentni pojam, ne može se olako govoriti o njejoj *a priori* podeli. U izvesnom smislu, tradicionalnim elementima državnosti smatraju se narod, suverenitet i teritorija. Kada ta tri elementa postoje, uz ispunjenje ostalih pretpostavki (o kojima postoje različita mišljenja u teoriji), postojaće i državnost. U vezi sa Antarktikom, sedam već međunarodno priznatih država nalazi se u alokativnom konfliktu. Zadatak buduće podele neće biti, dakle, podela državnosti kao takve – već samo jednog od njenih elemenata, jedinog podobnog da u konkretnom slučaju bude predmet podele. To je teritorija.

#### 4.2. Da li se i kako teritorija deli?

Teritorija je još od prvih vremena jedan od glavnih razloga sukoba među državama. Oružani sukobi, kao najpogubnija varijanta, često su u istoriji bili pokušaj da se postigne korektivna pravda. Jedna država, nezadovoljna nekom prethodno uspostavljenom raspodelom dobara i tereta<sup>5</sup>, a naročito teritorije kao osnovnog dobra država, samo-

<sup>5</sup> Egalitarističke teorije teritorijalnih prava naročito ističu neophodnost redistribucije teritorija prema potrebama ljudi, s jedne strane, i vrednosti date teritorije, s druge strane (Steiner 1998, 67). Kada razmatraju raspodelu, one uglavnom ne uzimaju u obzir simboličku ili apstraktnu vrednost koju narodi pridaju teritorijama, kao što to čine nacionalističke teorije. U slučaju Antarktike teško da se može govoriti o značajnoj razlici između „vrednosti” teritorije, a još teže bi se moglo govoriti o duhov-

vlasno vrši korektivnu pravdu uglavnom oružanim putem. Argumenti koji se pritom koriste različite su prirode – istorijskopравни, ideološki, bezbednosni itd. Prema principu teritorijalnog integriteta, granice svake države, onda kada su uspostavljene, nepovredive su.

Situacija sa Antarktikom je drugačija. Do donošenja Antarktičke povelje, nijedna država nije uspjela da zasnuje suverenu vlast na teritoriji na koju pretenduje, a da pritom ta suverenost bude priznata od bilo koje druge države. S druge strane, teritorijalne pretenzije sedam država faktički su priznate donošenjem Povelje. Odredbe o demilitarizaciji Antarktika su u tom smislu dobar pokazatelj da su države potpisnice svesne da se teritorijalni sporovi uglavnom rešavaju vojnim putem. Naročito velika opasnost postoji u pogledu teritorija gde postoji preklapanje interesa više država, kakav je slučaj sa delovima na koje pretenduju istovremeno Velika Britanija, Čile i Argentina.<sup>6</sup>

Poveljom je isključena okupacija kao način sticanja, koja se uglavnom vezuje za originerno sticanje teritorije koja je *terra nullius* (Shaw 2021, 504). Ona podrazumeva ne prosto otkriće već i vršenje efektivne vlasti u dužem periodu. Nijedna od država pretendata ne ispunjava te uslove. Sam koncept *terra nullius* ne može se potpuno uklopiti u pravni režim Antarktika, budući da su izvesni „zameci” suverenosti priznati te u tom smislu teritorija ima pravne i ekonomske veze sa određenim brojem država. Ipak, za režim Antarktika se ne bi moglo reći ni da je potpuno internacionalizovana teritorija – *res communis omnium* – upravo zbog pretenzija i na neki način „ozvaničenih” pravnih veza jednog relativno malog broja država, uz faktičko isključenje većine svetskih država iz korišćenja Antarktika na bilo koji način. Uz to, ne postoji međunarodna saglasnost da to bude svačije dobro, kao

---

nim vrednostima koje teritorije imaju za narode država pretendata. To umnogome pojednostavljuje mehanizam inicijalne raspodele.

<sup>6</sup> Zahtevi država pretendata mogli bi se posmatrati na dva nivoa – na jednom je ukupnost svih zahteva, a na drugom su samo zahtevi koji se međusobno preklapaju. Za prve bi se moglo reći da su multilateralni konflikti, a za druge da su bilateralni (svaka država drugoj osporava zahteve i nameće svoje). Prema stavu nekih autora, samo multilateralne konflikte je moguće rešavati putem principa distributivne pravde, dok se bilateralni rešavaju prema zahtevima korektivne pravde (Meisels 2009, 235). Takav pristup, ipak, nije moguće primeniti na primer Antarktika. Premda pretenzije država Antarktičkom poveljom jesu priznate, ni do kakve raspodele nije došlo – dakle, ništa se nije ni raspodelilo, pa je tako i nemoguće vršiti korekciju raspodele. Distributivna pravda prethodi korektivnoj. Dakle, teritorije na kojima se zahtevi država preklapaju raspodeljuju se prema istim kriterijumima kao i ostatak teritorije, što nalaže distributivna, a ne korektivna pravda.

što ta saglasnost postoji za, recimo, svemir. Pravni režim Antarktika je, dakle, negde između *terre nullius* i *res communis omnium*. U tom smislu treba prilagoditi zahteve distributivne pravde za moguću raspodelu teritorije. Treba odabrati način sticanja teritorije koji odgovara specifičnom pravnom statusu teritorije.

### 4.3. Problem kriterijuma – jedno moguće određenje

Formalni kriterijum nalaže, kao što je spomenuto, da se postupa „jednako sa jednakima i nejednako sa nejednakima”. Materijalni koncept distributivne pravde nalaže da se pronađe odgovarajući kriterijum raspodele, odnosno da vidimo ko je i na osnovu čega jednak i nejednak, a da taj kriterijum bude prihvatljiv svim zainteresovanim stranama ili makar većini njih.

Mehanizam za raspodelu bi mogao da bude vrsta klasičnog ugovora o razgraničenju (Shaw 2021, 496) sedam država pretendenata, uz uvažavanje činjenica koje se tradicionalno vezuju za (mirnu) okupaciju, odnosno efektivno vršenje vlasti kao načine sticanja. Zbog neodređenosti pravnog statusa, neophodno je u formulu uvesti nekoliko fikcija i odrediti dva kriterijuma za raspodelu Antarktika, pravedna u materijalnom smislu.

Postupak je sledeći: treba uvesti fikciju da je Antarktisk sve do potpisivanja Povelje bio *terra nullius* i da je u trenutku potpisivanja sporazuma suverenu vlast zajednički vršilo sedam država. Time se želi postići sledeće: teritorijalne pretenzije u trenutku potpisivanja ugovora treba proceniti na osnovu elemenata koji su neophodni za mirnu okupaciju ničije zemlje. Smatra se da su za uspešnu okupaciju potrebna tri elementa: prvo, da okupaciju čini država, a ne pojedinac u svoje ime; drugo, da je ta okupacija efektivna i, najzad, da se okupacija vrši sa ciljem zasnivanja suvereniteta na određenoj teritoriji koja nije već pod nečijom suverenom vlašću (Shaw 2021, 503). Na taj način treba procenjivati teritorijalne pretenzije svake od država te opravdanim smatrati samo one koji (približno ili potpuno) ispunjavaju te kriterijume. Na osnovu rezultata se uvodi prvi kriterijum – odnosno uslov da država uopšte učestvuje u raspodeli teritorije Antarktika.

Druga fikcija koja se uvodi je da je u trenutku potpisivanja Antarktičke povelje svaka država koja ispunjava prvi kriterijum vršila efektivnu vlast.<sup>7</sup> To bi značilo da su ispunjeni uslovi za sporazum o

<sup>7</sup> Kao relevantan se uzima trenutak potpisivanja jer su tada „zamrznute” teritorijalne pretenzije te se u njihovu opravdanost dalje nije ulazilo.

razgraničenju između država. Teritorije koje su predmet opravdanih teritorijalnih pretenzija smatrale bi se objektom raspodele. Subjekti raspodele trebalo bi da budu države za koje uzimamo da vrše vlast nad delovima objekta raspodele. Takav sporazum delovao bi *erga omnes*, tj. stvarao bi obaveze za sve države, ne samo za države potpisnice.

Tim mehanizmom bi se mogla otkloniti problematika neodređenosti objekta alokacije. Ipak, pitanje subjekta alokacije, tako često svojstveno međunarodnom pravu, i dalje ostaje otvoreno. Razumljivo je pretpostaviti da nijedna država ne bi glasala za umanjenje sopstvenih prava a za uvećanje sopstvenih obaveza. Sledstveno, princip odlučivanja o raspodeli prema kojem bi glas imale samo zainteresovane strane deluje kao najlošije rešenje. Ako se ne nađu mogućnosti za sporazumevanje, postoji značajna opasnost da se pribegne fizičkoj sili kao „tradicionalnom” načinu rešavanja sličnih problema. Umesto toga, način odlučivanja koji bi garantovao koliko-toliko veću objektivnost jeste onaj koji bi uključio sve države potpisnice Antarktičke povelje. Takav sistem je daleko od savršenog, budući da mnoge države imaju posredne interese, naročito one politički i ekonomski najuticajnije. Ipak, budući da je sistem odlučivanja svesno izmešten iz Ujedinjenih nacija i pod pretpostavkom da se ima rešiti u krugu država koje se preko 60 godina najviše zanimaju antarktičkim pitanjem, to rešenje se čini podobnim da donese distributivnu pravdu.

#### 4.4. Primer moguće raspodele

Primenom navedene tehnike raspodele na faktičko stanje došlo bi se do nekoliko značajnih zaključaka. Zahtevi Čilea bi se imali smatrati neosnovanim, budući da, u poređenju sa drugim državama, gotovo da nisu uživali mirnu okupaciju. Taj zahtev se u tom smislu čini najslabijim. On se temelji na istorijsko-geografskim argumentima nategnute konstrukcije, dok je država za sticanje teritorije na terenu uradila vrlo malo ili makar manje od drugih. Čile je jedina država koja za raspodelu ne ispunjava prvi kriterijum.

Dalje, u pogledu preklapanja zahteva Argentine i Velike Britanije (i Čilea), prednost bi trebalo dati zahtevu Argentine, budući da je nad Orknijskim ostrvima pre Velike Britanije započela mirnu okupaciju, koja je kontinuirano trajala duže vreme.

Glavnina zahteva Australije i Novog Zelanda temelji se na tome što je Velika Britanija u jednom trenutku „cedirala” teritorije, nakon

što su prestale da budu britanske kolonije. Velika Britanija, naravno, nije mogla cedirati teritorije nad kojima nije ni imala suverenu vlast, ali je činjenica da je njena mirna okupacija tih teritorija prestala, a da se dogodila okupacija Australije i Novog Zelanda. Sledstveno, i njihovi zahtevi prolaze prvi kriterijum.

Norveški, francuski i britanski zahtevi prolaze te kriterijume, izuzev poslednjeg, koji se odnosi na preklapanje sa Argentinom.

Drugi korak je povlačenje granica između samih država čiji su zahtevi opravdani, u formi ugovora, za koji bi bilo neophodno pronaći adekvatan institucionalni mehanizam koji uključuje sve ili makar većinu država potpisnica Antarktičke povelje. Takođe, obezbeđenje pravilnog izvršenja odluka trebalo bi garantovati bezbednosnim snagama, možda naročito oformljenim u tu svrhu, a o nacionalnom ključu pripadnika te vojske trebalo bi dalje razmišljati.

## 5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Ostvarenje zahteva distributivne pravde prilikom moguće buduće podele Antarktika u praksi bi značilo rešavanje alokativnog konflikta mirnim putem. Iz istorije se dobro zna da su takvi konflikti, makar povodom teritorije, najčešće rešavani pomoću oružja. Uz uvažavanje istorije interakcije između država pretendata i Antarktika te faktičkih i pravnih posledica tih interakcija, zaključno sa Antarktičkom poveljom, treba naći odgovarajući kriterijum raspodele koji će biti što približniji idealu razumnog i mirnog rešenja sporova. U ovom radu se nudi primer jedne moguće tehnike raspodele sa odgovarajućim ishodima.

Moguća institucionalizacija raspodele teritorije velika je šansa za međunarodno pravo da pokaže svoje kapacitete za pružanje alternative rešavanju sporova putem oružanog sukoba, služeći na taj način miru – još jednoj vrednosti sa kojom se pravo, naročito međunarodno, često povezuje. Naravno, treba biti svestan realnog uticaja odnosa moći između država. Ne treba, nipošto, potcenjivati uticaje politike. Naprotiv, politička volja država je ono što, kao prvo, i treba da bude pokretač za institucionalizaciju raspodele. Međunarodno pravo očekuje nimalo lak zadatak da reši pitanje raspodele Antarktika, koje je – čini se, potpuno zamrznuto već nešto više od šezdeset godina.

LITERATURA

1. Aristotle. 1999. *Nicomachean Ethics*. Kitchener: Batoche Books.
2. Bulkeley, Rip. 2009. The Political Origins of the Antarctic Treaty. *Polar Record* 46: 9–11.
3. Day, David. 2019. *Antarctica: What Everyone Needs to Know*. Oxford: Oxford University Press.
4. Ивковић, Нина. 2020. *Правни режим Арктика и Антарктика са освртом на климатске промене* (мастер рад). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
5. Јовановић, Миодраг А. 2019. *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
6. Крећа, Миленко. 2021. *Међународно јавно право. 11. издање*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
7. Meisels, Tamar. 2/2009. Global Justice and Territorial Rights. *Studies in Ethnicity and Nationalism* 9: 231–251.
8. Miller, David. 2012. Territorial Rights: Concept and Justification. *Political Studies* 60: 252–268
9. Rothwell, Donald R. 2021. The Antarctic Treaty at Sixty Years: Past, Present and Future. *Melbourne Journal of International Law* 22: 332–365.
10. Shaw, Malcolm N. 2021. *International Law. 9. ed.* Cambridge: Cambridge University Press.
11. Stackpole, Edouard A. 2012. *The voyage of the Huron and the Huntress; the American sealers and the discovery of the continent of Antarctica*. Ulan Press.
12. Steiner, Hillel. 1998. *Territorial Justice. Theories of Secession* (ed. Percy B. Lehning). London and New York: Routledge.
13. Walzer, Michael. 1984. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books.





Marko Drča\*

## KRIZA VLADAVINE PRAVA U SVETLU „NUŽNOSTI” ZAŠTITE NACIONALNOG (USTAVNOG) IDENTITETA

*Stvaranje evropskog identiteta poštovanjem vrednosti nacionalnog sistema istovremeno prati slabljenje (evropske) vladavine prava. Verovalo se da države bliske Evropskoj uniji poštuju iste vrednosti kao i ona, to jest da su njihove zajedničke vrednosti garant stabilnosti. Međutim, pokazalo se suprotno. Želja Evropske unije da politikom uslovljavanja doprinese napretku regiona naišla je na prepreku zaštite načela nacionalnog (ustavnog) identiteta od država članica (Mađarske i Poljske) koje su takvim pristupom davale obrise početka krize vladavine prava. Dok je prvi deo rada posvećen teorijskom i praktičnom značaju nacionalnog (ustavnog) identiteta i vladavine prava putem građenja politike Evropske unije, interne i eksterne, drugi deo je zasnovan na razmatranju Mađarske i Poljske i njihovih kriminalnih iskliznuća iz srži svih vrednosti Evropske unije – vladavine prava.*

Ključne reči: *ustavni (nacionalni) identitet, kriza vladavine prava, Mađarska, Poljska*

### 1. UVOD

Pojam vladavine prava je oduvek bio podložan različitim tumačenjima. Činjenica da vladavina prava, ponajviše u pravnom poretku Evropske unije (u daljem tekstu EU), predstavlja i vrednost i princip ukazuje na njenu kompleksnost i sveobuhvatnost. Međutim, razlika ipak postoji, i to ne samo leksička<sup>1</sup>, već i suštinska. Vrednosti stvaraju moralnu obavezu, koja se rađa iz osećanja pripadanja određenoj

---

\* Autor je student druge godine Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, [markodrca111@gmail.com](mailto:markodrca111@gmail.com). Mentori: asistent Marija Vlajković i saradnik u nastavi Aleksandar Cvetković.

<sup>1</sup> Vladavina prava se na različitim jezicima piše različito: eng. *rule of law*, nem. *rechtsstaatlichkeit*, fra. *état de droit*.

zajednici, dok se principi odnosno načela mogu smatrati fundamentalnom istinom, koja se savesno prepoznaje i prati (Cremona 2011, 280–281).<sup>2</sup>

Osim očigledne datosti da je vladavina prava osnovni postulat na kojem počiva savremena liberalna demokratija, taj princip (vrednost) takođe označava esenciju, ali i sponu svih ostalih zajedničkih vrednosti članica EU. Njihovo konstantno proklamovanje može doprineti razvoju politike EU i interne i eksterne, što se najbolje vidi u politici proširenja u kojoj evropske vrednosti postaju deo nacionalnog pravnog sistema uobličavajući unutrašnji pravni poredak date zemlje. Međutim, stalnom pozivanju na evropske vrednosti treba naći granicu, jer istovremeno njihova preterana upotreba i isključivo simboličko naglašavanje bez ulaženja u suštinu, kao i izjednačavanje „zapadnih vrednosti” sa zajedničkim, može izvitoperiti njihov moralni, a potencijalno i pravni značaj kao ustavne osnove jednog sistema (Vlajković 2020, 322).

Države koje imaju tradiciju poštovanja evropskih vrednosti svesne su značaja vladavine prava za funkcionisanje pravnog i političkog aparata jedne države. Takve političke zajednice svesne su da su evropske vrednosti u početku predstavljale simbol zajednice, da bi kasnije postale mehanizam koji omogućava delovanje EU, ali i država članica. Nasuprot njima, postoje i države koje su, insistiranjem na svojim nacionalnim interesima i pozivanjem na ustavni identitet, odstupile od demokratije i vladavine prava. U ovom trenutku to su države članice EU, Mađarska i Poljska. Iskorišćavajući široko značenje pojma ustavnog identiteta, pomenute države su reformama svog pravnog sistema dovele do krize (evropske) vladavine prava, što je rezultiralo pravnom i političkom nestabilnošću evropske zajednice.

Ustavni identitet je esencija najvišeg pravnog akta i političkog dokumenta jedne zemlje, te možemo da kažemo da on predstavlja duh ustava jedne zemlje. Njime države iskazuju svoje nacionalne elemente i ističu svoje posebnosti. Međutim, to isticanje nacionalnih specifičnosti vrlo često može biti prenaglašeno, što za posledicu ima dekadenciju drugih vrednosti, na primer vladavine prava. Pozivanje na ustavni identitet u svojstvu „mača” protiv evropskih vrednosti, ponajviše vladavine prava, predstavlja glavni oslonac države članice u pokušaju da ostvari nacionalne pretenzije. Naime, ustavni identitet koristi se kako bi se postavili graničnici supranacionalne moći, dok je to, s druge stra-

<sup>2</sup> Prema: Vlajković 2020, 317.

ne, pojedinim državama (Mađarska, Poljska) omogućilo flagrantno kršenje temeljnih vrednosti EU. Zbog toga se dozvoljava zaštita ustavnog identiteta sa pažnjom i proporcionalno poštovanju nadnacionalnih principa. Poštovanje evropskih vrednosti i kontrola pozivanja na ustavni identitet nemaju značaj samo za države članice već i za države kandidate. Cilj je da se obezbedi autoritet EU nad novim naraštajima, odnosno državama članicama čiji će temelj od početka biti građen prema evropskim kriterijumima.

## 2. TEORIJSKI OKVIR VLADAVINE PRAVA I NACIONALNOG (USTAVNOG) IDENTITETA

S obzirom na to da vladavina prava predstavlja suštinski element pravne države, „ona podrazumeva poštovanje izvesnih, poznatih i opštih pravnih pravila od strane svih u jednoj političkoj zajednici.”<sup>3</sup> Na ovom mestu treba napraviti razliku između „tanke” i „pune” definicije i koncepta vladavine prava. Tanku bismo mogli da okarakterišemo kao formalnu definiciju koja je lišena suštine da bi proizvela pravedne rezultate, punu kao sadržajnije verziju koja stimuliše praktični napredak.<sup>4</sup> „Puna” definicija sadrži elemente kao što su jak ustav, efikasan izborni sistem, posvećenost rodnoj ravnopravnosti, zakoni za zaštitu manjina i drugih ranjivih grupa i snažno civilno društvo. Ona kao takva pozitivno ocrtava vladavinu prava koja brani nezavisno pravosuđe, igra ključnu ulogu osiguravajući da građanska i politička prava i slobode budu bezbedni i da jednakost i dostojanstvo svih građana nisu ugroženi.<sup>5</sup> Vladavina prava, kao i druge vrednosti pobrojane u članu dva Ugovora o Evropskoj uniji (u daljem tekstu UEU), imaju određeni stepen opštosti, zbog čega se i postavlja pitanje da li su one dovoljan osnov za izgradnju evropskog identiteta. Nažalost, zbog izrazite teorijske podloge svih pomenutih vrednosti, prevashodno vladavine prava, njih je neophodno operacionalizovati, jer se ne mogu primenjivati sami po sebi. O apstraktnosti evropskih vrednosti, ponajviše vladavine prava, govorio je Miloš

---

<sup>3</sup> <http://mons.rs/ko-je-ovde-suveren>, poslednji pristup 25. oktobra 2022.

<sup>4</sup> [https://www.clingendael.org/pub/2017/a\\_shotgun\\_marriage/1\\_problematizing\\_the\\_rule\\_of\\_law\\_as\\_a\\_concept/](https://www.clingendael.org/pub/2017/a_shotgun_marriage/1_problematizing_the_rule_of_law_as_a_concept/), poslednji pristup 7. novembra 2022.

<sup>5</sup> <https://www.un.org/en/chronicle/article/rule-law-and-democracy-addressing-gap-between-policies-and-practices> – Rule of Law and Democracy: Addressing the Gap Between Policies and Practices, poslednji pristup 29. aprila 2023.

Jovanović (2021, 22): apstraktnost „evropskih vrednosti” pokazuje i njihovu suštinski ideološku prirodu koja može biti problematična i za samu EU jer se svaka od tih vrednosti (principa) može ispuniti različitim sadržajem koji direktno zavisi od ideoloških postulata i političkih preferencija. Promocijom teorijske manifestacije vladavine prava kao temeljne (evropske) vrednosti države u susedstvu dobijaju priliku da postanu dobri prijatelji, ali ne i porodica.

S druge strane, za razliku od vladavine prava koja je civilizaciji naširoko poznata od vremena konstitucionalizacije, a pogotovo internacionalizacije ljudskih prava, ustavni identitet je koncept relativno novog datuma koji se vezuje za sam kraj 20. veka. On odlikuje ustavni poredak, odnosno njegova bitna obeležja – oblik vladavine, oblik državnog uređenja, nosioca suverenosti, sistem vlasti..., ali on takođe nastaje i oblikuje se u odnosima između ustavnog teksta i ustavne istorije (Petrov, Stanković 2020, 51). Koristeći se teorijskom alatkom u proučavanju ustavnog identiteta, dolazimo do brojnih i različitih definicija tog pojma. Sva ta značenja mogu se svesti na dva veoma različita pristupa ili opšte ideje ustavnog identiteta. Prvo značenje je identitet ustava koji se obično povezuje sa skupom vrednosti i principa koji se smatraju suštinskim ili definitivnim za ustavnu normu. Druga opšta ideja ustavnog identiteta povezana je sa identitetom samog naroda i ona se obično odnosi na veoma različita značenja ili nivoe kolektivnog identiteta (Martí 2013, 13). Upotrebljavajući ta dva značenja ustavnog identiteta, Mađarska se upustila u analizu istorijske sadržine tog pojma, dok je Poljska „izvršila reformu svog pravosudnog sistema tretirajući je kao suvereno pravo države članice, što implicira da bi se svaka intervencija EU mogla smatrati ultra vires” (Tošić 2021, 75–77). Poistovećujući se sa Poljskom, u Mađarskoj je od 2014. godine takođe primetan značajan „rule of law backsliding”<sup>6</sup>, nazadovanje načela vladavine prava. Mađarska se, za razliku od Poljske, fokusirala na svoj istorijski ustav, pa je pozivanjem na zaštitu ustavnog identiteta pokušala da opravda (ne)legitimnost svoje politike. Takvim manevri-ma sebi je dala slobodu odlučivanja u sferi u kojoj supranacionalni karakter treba da ima prednost. Poljska se više usmerila na pravosudnu reformu, ali je u njenim obrisima pokazala isto što i Mađarska – moć državne politike i nameru da nacionalnim motivima da primat u odnosu na zahteve EU.

---

<sup>6</sup> Pojam koji označava slabljenje i uništavanje vladavine prava delovanjem protivpravnih elemenata političke zajednice.

## 2.1. Vladavina prava – srž svih temeljnih vrednosti

Mogli bismo navesti tri mehanizma koji obezbeđuju adekvatnu vladavinu prava, a ujedno obezbeđuju i snažno građansko društvo koje je osnov pravne odgovornosti, a to su: odgovoran politički sistem, pravosuđe i nezavisni kontrolni organi. Nepostojanje tih mehanizama stvara sliku razrušene vladavine prava, sa skoro nepopravljivom posledicom – rastrojenom, podaničkom i sumnjičavom nacijom bez nade. Osim opustošene nacije, izostanak demokratije i vladavine prava bilo bi pogubno za celokupan evropski pravni poredak jer je „delovanje evropskih institucija nemoguće zamisliti bez poštovanja osnovnih postulata demokratije i vladavine prava, koje su pak istovremeno inherentni svakom ustavnom sistemu država članica EU” (Lukić Radović, Vlajković 2019, 410).

Za istinsku identifikaciju vladavine prava kao evropske vrednosti neophodno je analizirati član dva UEU koji glasi: „Unija se zasniva na vrednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokratije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava uključujući prava pripadnika manjina. Te vrednosti su zajedničke državama članicama u društvu u kojem preovlađuju pluralizam, zabrana diskriminacije, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost žena i muškaraca” (Jovanović 2021, 9). Te vrednosti, predvođene glavnom (vladavinom prava) predstavljaju uslove koji se redovno prate u procesu pristupanja države EU. One su zajednički imenitelj sa drugom ugovornom stranom i instrumentalizovane su na dvojak način: i kao sredstvo i kao cilj (Vlajković 2020, 319). Druga ugovorna strana predstavljena je u znaku države članice. Vladavinu prava tu posmatramo kao ideju vodilju koja ne samo da povezuje ostale evropske vrednosti iz člana dva UEU već ističe da najviša volja u zajednici treba da bude volja zakona – „Zahtevati da vlada zakon znači zahtevati da vlada Bog i zakoni, a zahtevati da vlada čovek znači dopustiti i životinji da vlada”... (Vasić, Jovanović, Dajović 2019, 146).

Prava srž evropskog poimanja vladavine prava može se otkriti tako što će se definisati kroz formalnu i materijalnu prizmu. Formalna dimenzija podrazumeva proceduralni aspekt čiji je cilj da se građanima prevashodno omogući sigurnost kako bi svoje ponašanje uskladili sa pozitivnim normama, dok se materijalni aspekt nezaobilazne vladavine prava tiče sadržine pravnih propisa koji predstavljaju skup principa, ciljeva i vrednosti koji se ostvaruju utvrđivanjem pomenutih propisa.

Međutim, „vladavina prava ne ulazi u DNK EU” (Dimitry 2017, 427)<sup>7</sup>, pa je „potrebno osigurati paralelnu zaštitu na nadnacionalnom nivou, ali istovremeno konstantno nadziranje na nivou nacionalnih institucija i struktura” (Lukić Radović, Vlajković 2019, 422).

Iz svega navedenog može se zaključiti da vladavina prava zajedno sa drugim evropskim vrednostima, „odražava usku i prirodnu vezu sa konceptom 'identiteta', što nije nikakva tajna” (Labayle 2012, 39).<sup>8</sup> Poštovanje vladavine prava i drugih vrednosti nije samo elementarni okvir razvoja evropskog identiteta, već i jasna obaveza. Pod obavezom se prevashodno podrazumeva poštovanje vladavine prava i drugih vrednosti iz člana dva UEU, ali i njihovo ustoličenje u nacionalnoj politici države članice. Reklo bi se da ustavni identitet države članice treba u jednom svom delu da predstavlja spoljašnu pojavnu sliku vladavine prava. Takvim predstavljanjem ustavnog identiteta vladavina prava postaje stabilnija i čvršća vrednost. Međutim, pre njene praktične primene, vladavinu prava treba operacionalizovati, jer nju, kao i ostale evropske vrednosti, karakteriše fenomen „fatalne neodređenosti” (Jovanović 2021, 17). Kako bi se element apstraktnosti i neodređenosti vladavine prava zauvek izuzeo iz njenog sastava, taj princip (vrednost) neophodno je učiniti dovoljno specifičnim, što bi značilo priznati mu univerzalni karakter. Time bi se evropske vrednosti mogle automatski definisati kao vrednosti koje odgovaraju demokratskim i liberalnim baštinama, što bi kao posledicu imalo potpuno inkorporisanje i utemeljenje vladavine prava i drugih „zajedničkih vrednosti” u nacionalnom pravnom sistemu.

## 2.2. Ustavni identitet – teorijska podloga i važnost

Kao što smo pomenuli, ustavni identitet je koncept relativno novog datuma u ustavnopravnoj nauci, koji je izložen i teorijskom i praktičnom posmatranju. Prema rečima Monike Polzin (Monika Polzin), to je „Ustavom vezan samoidentitet nacije ili naroda, koji se može konstruisati iz teksta Ustava, njegovog tumačenja i njegove primene” (Polzin 2017, 1595). Upotrebljava se kako bi se izrazile vrednosti koje određuju političku zajednicu konstituisanu u državu (Marinković 2020, 99). Njega tumačimo kao vezivno tkivo ustavnog teksta. Takvim gledištem dolazimo do zaključka da ustavni identitet označava nešto stabil-

<sup>7</sup> Prema: Vlajković 2020, 239.

<sup>8</sup> Prema: Jovanović 2021, 13.

no, trajno i suštinsko što generiše izvorište ustavnog teksta, ili makar tako treba da bude – konstitutivna suština treba da bude srž ustava, u smislu da svaka njegova promena povlači ne samo izmenu ustava, već čitavu revoluciju (Tulis 1993, 540–543).<sup>9</sup>

Iz važnosti ustavnog identiteta proizilazi i njegova složenost. Mišel Rozenfeld (Michael Rosenfeld) jedan je od najpoznatijih pravnika naučnika koji su analizirali tu temu – on posmatra značenje ustavnog identiteta na osnovu činjenice postojanja ustava, na osnovu činjenice postojanja odgovarajućih odredbi, ali i u kontekstu da se ustavni identitet gradi u specifičnom kontekstu svake pojedine države (Rosenfeld 2012, 757).<sup>10</sup> Nastanak ustavnog identiteta je sam po sebi kompleksan mehanizam, pošto se „ustavni identitet ne oblikuje jednom za svagda činom donošenja ustava, jer je reč o dinamičnom procesu u kojem važnu ulogu igra kako postupak tumačenja ustavnih odredbi, tako i svi oblici naknadnih ustavnih promena” (Miodrag Jovanović 2011, 13). Takav stav o dinamici nastanka i procesuiranja ustavnog identiteta zastupa Jakobson (Gary Jeffrey Jacobsohn), koji uglavnom piše o teorijskim aspektima tog koncepta – koncept ustavnog identiteta je prvenstveno sredstvo za analizu i opisivanje ustavnog razvoja i promena. Ustav identitet stiče kroz iskustvo, identitet ne postoji kao diskretni predmet pronalaska niti kao jaka suština ugrađena u kulturu društva koja samo zahteva da bude otkrivena. Identitet se pojavljuje dijaloški i predstavlja mešavinu političkih težnji i opredeljenja koje izražavaju prošlost jedne nacije, kao i odlučnost onih u društvu koji na neki način nastoje da prevaziđu ovu prošlost (Jacobsohn 2010, 4–13).<sup>11</sup> Da bi se ta definicija iskristalisala a „ustavni identitet postao jasniji pojam zajedno sa dobijanjem doktrinarne i praktične primene, treba se osloniti na pouzdana merila i vidljive norme” (Cvetković 2021, 16). Poznati italijanski pravnik Pjetro Faraguna (Pietro Faraguna) ističe dve glavne upotrebe koncepta ustavnog identiteta koje su koristili nacionalni ustavni sudovi. Prvo, koncept je korišćen kao „štit” – nacionalni ustavni sudovi čiji je cilj zaštita nacionalnih ustavnih identiteta od pravne reforme EU. Drugo, nacionalni ustavni sudovi koristili su nacionalni ustavni identitet kao „mač”. U tim slučajevima, nacionalni sudovi nisu koristili ustavni identitet kao ograničenje za dalju integraciju već kao operativne klauzule potrebne za rešavanje postojećeg sukoba između

---

<sup>9</sup> Prema: Martí 2013, 3.

<sup>10</sup> Prema: Cvetković 2021, 7.

<sup>11</sup> Prema: Polzin 2017, 1602.

prava EU i nacionalnog ustavnog prava (Faraguna 2017, 1627) – drugi oblik upotrebe koncepta ustavnog identiteta ostvario se na primeru Mađarske.

Moglo bi da se kaže da ustavni identitet koegzistira sa građanskim identitetom i da u toj povezanosti individualno netransparentno „ja” postaje zajedničko ustavno „mi”. Rečeno jednom sintagmom, uspostavlja se nacionalna kohezija. Zbog takvog značaja i kažemo „da je ustavni identitet ono što od ustava čini ustav” (Martí 2013, 4). Iz takvog Faragunovog tumačenja istovremeno proističe i dvojako značenje ustavnog identiteta: prvo, ustavni identitet se zasniva na nepodudarnosti po kojima se jedan ustav razlikuje od drugog – ustavni identitet kao razlika; drugo, ustavni identitet služi kao kognitivno sredstvo za prepoznavanje identiteta ustava uprkos svim transformacijama, modifikacijama i amandmanima koji su se desili – ustavni identitet uprkos razlici. U tom smislu ustav može ostati „isti” kao onaj koji je prvobitno usvojen, uprkos nekoliko amandmana i interpretativnih transformacija (Faraguna 2017, 1625).

Naročito zbog propagiranja pozivanja na ustavni identitet, u poslednjih nekoliko godina sve više se govori o nacionalnom identitetu država članica EU, ali i o takozvanom evropskom identitetu koji učvršćuje legitimitet EU. Upravo zbog takve situacije ustavni identitet možemo definisati kao „konstruisanu stvarnost koja se može posmatrati kao nemirna duša ustavne države” (Polzin 2017, 1595). Ili, ukoliko se već držimo različitih definicija ustavnog identiteta, još slikovitija bila bi definicija koju daju Federiko Fabbrini i Andraš Šajo (Federico Fabbrini, András Sajó): „Ustavni identitet predstavlja doktrinu koju su razvili državni sudovi kako bi generički zaštitili oblast nacionalnih pravnih sistema od uticaja evropskog prava” (Fabbrini, Sajó 2019, 457).

S obzirom na to „da se ustavni identitet sačinjava od opštih i posebnih ustavnih načela, kao i ustavnih vrednosti” (Petrov, Stanković 2020, 51) a da je osnovno opšte načelo – načelo vladavine prava, možemo zaključiti da su vladavina prava i ustavni identitet pojmovi koji se međusobno prožimaju i kao takvi delaju, bez obzira na to da li je reč o supranacionalnom ili nacionalnom nivou. Međutim, u realnosti stvari izgledaju drugačije. Primeri Mađarske i Poljske pokazuju da pozivanje na nacionalni ustavni identitet dovodi do nepoštovanja evropske vrednosti vladavine prava, jedne od zajedničkih vrednosti garantovanih članom dva UEU. U slučaju Mađarske, to je vidljivo u



zaštiti njenog istorijskog ustava, gde se pozivanjem na zaštitu sopstvenog samoidentiteta zabranjuje naseljavanje izbeglica na vlastitu teritoriju (Halmai 2018, 4–5). S druge strane, Poljska je pozivajem na zaštitu ustavnog identiteta reformisala pravosudni sistem kako bi ga preobratala u mehanizam za sprovođenje želja izvršne vlasti. Upravo zbog toga, na primeru pomenutih država, Sud pravde EU napominje da EU štiti nacionalne ustavne identitete i ne štiti nacionalne neustavne identitete.<sup>12</sup> Osim činjenice da predstavlja evropsku vrednost, vladavina prava je i osnovno ustavno načelo iz kojeg izvire sva ostala načela i još jednom pokazuje da ustavni identitet prožet njome ostvaruje bezbednost i opstanak nacionalnog sistema – ustavni identitet proizilazi iz određenih načela koja se mogu smatrati osnovnim i kao takva različitim od drugih ustavnih normi koje su u stanju da zaštite integritet ustava u slučajevima u kojima se ugrožava njegov opstanak (Troper, 2010 187–204).<sup>13</sup>

### 3. KRIZA VLADAVINE PRAVA U EU – POLJULJANI OSNOVI MAĐARSKE I POLJSKE

Pozivanje na načelo vladavine prava može imati i negativnu konotaciju, pogotovo ako se koristi kao sredstvo za opravdanje različitih propagandnih interesa i ciljeva, ali i afirmaciju različitih oblika političkog poretka. Osim apsolutnosti važenja i obaveze poštovanja vrednosti iz člana dva UEU, države članice insistiraju na zaštiti svog nacionalnog, odnosno ustavnog identiteta. Shodno tome, član četiri, stav dva UEU<sup>14</sup>, u sprezi sa članom dva, omogućava državi širu zaštitu vrednosti i načela koji su deo komunitarnog prava, ali i deo nacionalnog identiteta, uz druge koji čine sadržinu identiteta specifičnu za svaku pojedinačnu državu članicu. Štiteći svoj nacionalni identitet nad čijim

---

<sup>12</sup> <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-in-and-on-eu-terms/>, poslednji pristup 5. februara 2023.

<sup>13</sup> Prema: Cvetković 2021, 18.

<sup>14</sup> Član četiri, stav dva Ugovora o Evropskoj uniji glasi: „Unija poštuje jednakost država članica pred Ugovorima, kao i njihov nacionalni identitet, neodvojiv od njihovih temeljnih političkih i ustavnih sistema, uključujući i regionalnu i lokalnu samoupravu. Ona poštuje njihove osnovne državne funkcije, uključujući i obezbeđivanje teritorijalnog integriteta države, očuvanje javnog poretka i zaštitu nacionalne bezbednosti. Naročito nacionalna bezbednost ostaje isključiva odgovornost svake države članice.” Taj član pojedine države (Mađarska i Poljska) iskorišćavaju kako bi kamuflirale svoje nelegitimne poteze.

definisanjem imaju svojevrsan monopol (ili tome teže), države štite svoju autonomiju i suverenost. Član četiri, stav dva UEU ima ulogu u zaštiti vladavine prava, ali postoji i član sedam UEU<sup>15</sup>, koji se shvata kao svojevrsna „nuklearna opcija”, prema kojem su za državu članicu predviđene određene sankcije ukoliko ne poštuje član dva UEU. Međutim, to u praksi izgleda drugačije – preventivna i represivna faza člana sedam UEU izuzetno su politizovane, pa čak ne postoji ni sudska kontrola u slučaju neprimene ili neadekvatne primene tog člana (Lukić Radović, Vlajković 2019, 419), tako da u slučaju povrede vrednosti ne postoji u punom obliku poštovanje opšteprihvaćenog pravila „where there is a right, there is a remedy” (Roberto Baratta 2018, 84–85).<sup>16</sup> Zbog toga Parlament Evropske unije podvlači da ne treba suprotstavljati narativ člana dva i člana četiri UEU, ali oštro naglašava da se kršenje zajedničkih vrednosti i principa ne može pravdati zaštitom ili očuvanjem nacionalnog identiteta jer se takvim činom upravo podriva ideja evropske integracije i vrednosti koje su u njenom temelju<sup>17</sup> (Lukić Radović, Vlajković 2019, 416).

Iskorišćavajući široku definiciju nacionalnog identiteta „da on predstavlja pripadnost, odnosno vezu pojedinca sa određenom društvenom zajednicom, i to najčešće sa vrednostima kao što su jezik, kultura i tradicija, ili ekonomsko i političko uređenje itd.” (Marović 2009, 31–32)<sup>18</sup>, pojedine države su počele da se pozivaju na njega kako bi zaštitile svoje nacionalne interese, ali i pokazale da „načelo zaštite ustavnog identiteta predstavlja granicu načelu suprematije komunitar-

<sup>15</sup> U članu sedam, stav jedan, dva i tri Ugovora o Evropskoj uniji spominje se da na obrazloženi predlog jedne trećine država članica, Evropskog parlamenta ili Evropske komisije, Savet, većinom od četiri petine svojih članova, nakon dobijanja saglasnosti Evropskog parlamenta, može oceniti da postoji jasan rizik da država članica može ozbiljno da naruši vrednosti iz člana dva, što ovlašćuje Evropski savet da jednoglasno oceni da država članica ozbiljno i trajno narušava vrednosti navedene u članu dva, nakon što pozove tu državu članicu da se izjasni. Ako je doneta ocena prema stavu dva, Savet može kvalifikovanom većinom odlučiti da suspenduje datoj državi članici neka od prava koja proizlaze iz primene Ugovora, uključujući pravo glasa predstavnika vlade te države članice u Savetu. Pri tome, Savet uzima moguće posledice takve suspenzije po prava i obaveze fizičkih i pravnih lica.

<sup>16</sup> Prema: Lukić Radović, Vlajković 2019, 419.

<sup>17</sup> European Parliament resolution of 3 July 2013 on the situation of fundamental rights: standards and practices in Hungary, *Official Journal of the European Union*, C 75/09, 2016, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2013-315>, 25. septembra 2019, poslednji pristup 1. novembra 2022.

<sup>18</sup> Prema: Vlajković 2018, 49.

nog prava nad ustavnim pravom” (Vlajković 2018, 65). S druge strane, time su doprinosile nazadovanju načela vladavine prava. Zaštita nacionalnog identiteta kao protivteža principu suprematije obeležila je slučaj Mađarske i Poljske, koje su svojim (i)legalnim potezima ukazale na kompleksnost, ali pre svega opasnost pozivanja na zaštitu ustavnog identiteta: „Uvereni smo da koncept nacionalnog ustavnog identiteta, kako ga primenjuje sve veći broj ustavnih sudova i vlada, predstavlja stvarnu i postojeću opasnost za proces evropskih integracija jer je doktrina prožeta neosuverenističkim crtama i suprotna je vladavini prava” (Fabbrini, Sajó 2019, 458). Zloupotrebe političkih i – što je još bolnije – pravosudnih aktera, navele su neke pravnike naučnike da zagovaraju potrebu napuštanja koncepta zaštite ustavnog identiteta kao inherentno opasnog koncepta.<sup>19</sup>

### 3.1. Mađarska – nacionalni interesi u znaku (ab)normalnosti evropske gravitacije

U evropskom bloku postoji zabrinutost zbog bezobzirnih okvira državnog vrha Mađarske, koji najviše pogađa ljudska prava i medijske slobode i koji, poput „Staljinovih čistki”, novodonetim zakonima uskraćuje prava LGBT zajednice. Mađarski parlament je 15. juna 2021. godine usvojio niz amandmana na Zakon o zaštiti dece, Zakon o zaštiti porodice, Zakon o marketinškim aktivnostima, Zakon o medijima i Zakon o javnom obrazovanju, sa ciljem da se maloletnim osobama zabrane predstavljanje i promocija rodnog identiteta koji je drugačiji od pola na rođenju, promene pola i homoseksualizam.<sup>20</sup> Naravno, takav potez je naišao na strogu osudu Evropskog parlamenta i Evropske komisije koji ga ocenjuju kao nedopustiv i zahtevaju pravnu akciju kako bi se obustavilo ugrožavanje vrednosti iz člana dva UEU, a prevashodno vladavine prava.

Takav manevar mađarskog državnog vrha nije kontroverzan samo zbog činjenice da se maloletnim osobama zabranjuju prikazivanje i promocija homoseksualizma, već i zato što je njime obustavljeno i prikazivanje popularnih serija poput „Harija Potera” (Harry Potter) i

---

<sup>19</sup> <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-in-and-on-eu-terms/> poslednji pristup 5. februara 2023.

<sup>20</sup> “Hungarian law banning provision of LGBTQI+ content to minors”, *European Sources Online*, <https://www.europeansources.info/record/hungarian-law-banning-provision-of-lgbtqi-content-to-minor-s/> – prema: Jovanović 2021, 23.

„Prijatelja” (Friends). Takođe, rečeno je da će ubuduće mlade o seksualnom obrazovanju podučavati samo oni koje odobri Vlada i da istopolni parovi više nemaju pravo da usvoje decu.<sup>21</sup>

Mađarska je svoje postupke branila (od)ličnom tvrdnjom „da javno vaspitanje i i prosveta spadaju u red nacionalnih, a ne nadležnosti EU” (Jovanović 2021, 23), naglašavajući time da je to pitanje njenog nacionalnog identiteta, a ne sfera evropske politike. Indirektno pozivanje na član četiri, stav dva UEU Mađarska je iskoristila na osnovu dalekosežnosti člana četiri istoimenog Ugovora „koji omogućava šire tumačenje sadržine nacionalnog identiteta i primenu proklamovane obaveze poštovanja i zaštite od strane EU i njenih institucija” (Vlajković 2018, 53). Pod izgovorom zaštite roditelja i prava dece, mađarski zvaničnici su tu priliku iskoristili kako bi svoju zemlju predstavili kao „branioca zapadne hrišćanske civilizacije”<sup>22</sup>, ne sluteći da su takvim postupkom uzdrnali temelje osnovnih evropskih vrednosti.

Upravo to naglašava Miloš Jovanović kada tumači Džozefa Vajlera: u tom smislu je zanimljivo videti na koji način je Evropska komisija definisala pravne norme evropskog prava koje su prekršene mađarskim izmenama i dopunama zakona. Kada je reč o pristupu sadržajima u kojima se predstavlja homoseksualizam za osobe mlađe od 18 godina, Komisija navodi da je prvo prekršena *Direktiva o uslugama audiovizuelnih medija*<sup>23</sup> potom *Direktiva o elektronskoj trgovini*<sup>24</sup>, zatim se ističe da Mađarska nije opravdala restrikcije prekograničnih usluga i da nije na vreme Komisiji obznanila, odnosno notifikovala neke od osporavanih zakonskih izmena. Tek nakon navođenja još nekoliko članova Ugovora o funkcionisanju Evropske unije i članova Povelje osnovnih prava EU, Komisija stidljivo zaključuje da „s obzirom ne težinu ovih povreda, osporavane odredbe narušavaju i vrednosti uspostavljene članom dva UEU” (kurziv – M. D.). Obaveza da u knjigama sa LGBTIQ tematikom stoji upozorenje o tome protivna je odredbama članova 11. i 21. Povelje o osnovnim pravima, ali i *Direktivi o nelojalnoj trgovačkoj praksi*<sup>25</sup> (Jovanović, 2021, 24).

<sup>21</sup> <https://www.bbc.com/serbian/lat/svet-57607599>, poslednji pristup 3. novembra 2022.

<sup>22</sup> <https://verfassungsblog.de/hungary-poland-and-the-community-of-fate/> poslednji pristup 3. novembra 2022.

<sup>23</sup> Audiovisual Media Services Directive.

<sup>24</sup> Directive on Electronic Commerce.

<sup>25</sup> Directive on Unfair Commercial Practices.

Takvim manevrima EU želi da obezbedi potpuno poštovanje evropskog prava, čiji krajnji rezultat nije diskriminacija ljudi na osnovu seksualne orijentacije. Etnička pripadnost, versko uverenje, političko mišljenje, pa i sama seksualna opredeljenost ne treba da uzrokuju stigmatizaciju društva i time naruše jedinstvo vrednosti. Žrtvovanje zaštite prava i vladavine zakona kroz obrise narodnog suvereniteta značilo bi primat nacionalnog nad nadnacionalnim, užeg nad širim, i postavilo bi nove zakone evropske gravitacije. Činjenica je da je EU suočena sa otklanjanjem takvih posledica, ali nije potpuno uključena u rešavanje problema koji generiše te posledice.

Osim pozivanja na nacionalni identitet, Mađarska je poznata i po slučajevima pozivanja na zaštitu svog ustavnog identiteta, sa ciljem da očuva interese vladajućeg političkog poretka. Jedan od njih je zaštita ustavnog identiteta zabranom naseljavanja stranog stanovništva, tačnije izbeglica u Mađarsku – pod pritiskom Viktora Orbana rečeno je „kako se u Mađarsku ne može naseljavati strano stanovništvo, strani državljani, ne uključujući državljane zemalja evropskog ekonomskog prostora – u skladu sa procedurama koje je utvrdila Narodna skupština za teritoriju Mađarske, njihova dokumentacija može biti pojedinačno ocenjena od mađarskih vlasti.” Osim rečenice: „Mi poštujemo dostignuća našeg istorijskog ustava i poštujemo Svetu krunu, koja oličava ustavni kontinuitet mađarske državnosti i jedinstva nacije”, predložena je nova rečenica koja bi dopunila nacionalni zavet: „Smatramo da je odbrana našeg ustavnog samoidentiteta, koji je ukorenjen u našem istorijskom ustavu, osnovna odgovornost države” (Halmai 2018, 4–5). Braneći svoj ustavni identitet, Mađarska je odbacivanje naseljavanja izbeglica na njen prostor tretirala kao legitiman čin i time „krenula putem da postane neliberalna država članica EU koja nije u skladu sa zajedničkim vrednostima vladavine prava i demokratije: osnovne strukture Evrope” (Halmai 2018, 1). Međutim, Mađarska se na to nije obazirala. Viktor Orban je objavio: „Ne trebaju nam izbeglice”, tvrdeći da Evropi uopšte nisu potrebni imigranti i da EU ne bi trebalo da preteruje u svojoj imigracionoj i izbegličkoj politici. Umesto toga, države članice treba da formulišu sopstvene politike i da se bave svojim neželjenim imigrantima kako žele. U pomoć Orbanovoj odbrani ustavnog identiteta priskočio je mađarski Ustavni sud, lojalan vladi (Halmai 2018, 3–5). Pozivajući se na slučaj *Costa v. Enel*, mađarski Ustavni sud je priznao „činjenicu da je, sa stanovišta Suda pravde EU, pravo EU definisano kao nezavisan i samostalan pravni poredak”, ali citirajući presudu nemačkog saveznog ustavnog suda *Kloppenburger*, mađarske sudije

su navele da su „nacionalni izvršni akti država članica ti koji na kraju određuju stepen primata koji će imati zakon EU u odnosu na interni zakon u dotičnoj državi članici” (Halmai 2018, 6–7). Jednostavno kazano, Sud pravde EU nije imao isto mišljenje kao mađarski Ustavni sud, ističući da „nacionalne ustavne norme koje su u suprotnosti sa sekundarnim zakonodavstvom ne bi trebalo da budu primenljive” (Halmai 2018, 10) – „Pozivanje na nacionalni ustavni identitet u članu četiri stav dva UEU legitimno je samo ako država članica odbije da primeni pravo EU u situaciji kada je u igri fundamentalna nacionalna ustavna obaveza” (Halmai 2018, 13), a moglo bi se reći da to ovde nije slučaj. Na osnovu takvog postupka Mađarske zaključujemo „da ova zloupotreba ustavnog identiteta u čisto nacionalističke političke svrhe diskredituje svako istinsko i legitimno pozivanje na tvrdnje o nacionalnom ustavnom identitetu i jača pozive za potpuno okončanje ustavnog pluralizma u EU” (Halmai 2018, 1). Faraguna izvodi zaključak da Mađarska svoj ustavni identitet upotrebljava kao mač, tačnije kao sredstvo za rešavanje sukoba prava EU i nacionalnog ustavnog prava, uzimajući u obzir odluku mađarskog Ustavnog suda koja je suštinski neprijateljska prema pravu EU: to je revizija osnovnih prava i *ultra vires* revizija – revizija suvereniteta i revizija identiteta<sup>26</sup> (Faraguna 2017, 1630).

### 3.2. Poljska – ustavni identitet kao kišobran protiv „evropskih padavina”

Situacija u Poljskoj je krenula kasnije i mogla bi se poistovetiti sa krizom vrednosti u Mađarskoj jer dekadencija i rušenje osnovnih postulata na kojima se zasniva EU karakterišu obe zemlje. Mađarska je, štiteći nacionalne interese, ugrožavala prava LGBT zajednice, ali je Poljska otišla korak dalje. Reforma pravosuđa kojom su ukinute nezavisnost i nepristrasnost sudstva i „formiranje novog sudskog kadra pod patronatom izvršne vlasti” (Tošić 2021, 75) stvorili su sliku razrušene vladavine prava, a zemlju gurnuli u sukob sa osnovnim postulatima na kojima se temelji EU, a kojoj i Poljska pripada.

Preuzimanjem vlasti nad Nacionalnim sudskim većem (organ zadužen za imenovanje sudija) putem parlamenta vladajuća struktura je preuzela primat i nastavila još agresivnije sa svojom politikom. Novim zakonom su određeni novi starosni uslovi za penzionisanje sudija,

<sup>26</sup> Hungarian Constitutional Court, Case 22/2016 (XII. 5.) AB, Nov. 30, 2016, [hunconcourt.hu/letoltesek/en\\_22\\_2016.pdf](http://hunconcourt.hu/letoltesek/en_22_2016.pdf), poslednji pristup 5. februara 2023.

tačnije granica je spuštena sa 65 na 60 godina za žene i sa 70 na 65 godina za muškarce, što je u konačnici rezultiralo okončanjem mandata velikog broja postojećih sudija, ali i nejednakim postupanjem prema sudijama muškog i ženskog pola (Tošić 2021, 76). Dakle, diskriminacija na osnovu pola i starosne dobi samo je mali segment (ipak, ne nezanemarljiv) jednog većeg problema, odnosno problema vladavine prava i sistematskog napada na demokratske vrednosti EU (Tošić 2021, 78). Tim zakonom je povređeno načelo nezavisnosti i nepristrasnosti pravosuđa na još jednom mestu: ministru pravde se u određenim situacijama, a predsedniku republike po pravilu dozvoljava da učestvuju u disciplinskom postupku protiv sudija Vrhovnog suda, posredstvom službenika. Takođe, predsednik republike odlučuje o produženju sudijskog mandata, ukoliko zahtev dođe od sudije koji takvo ovlašćenje dobija upravo novim izmenama na nivou Vrhovnog suda. Zakon je prepoznatljiv i po ovlašćenju Vrhovnog suda da potpuno ili delimično ukine pravosnažni akt poljskih sudova koristeći novi stil sudske revizije.<sup>27</sup> Kako bi opravdala svoje postupke, država je izjavila „da se celokupni proces reforme poljskog pravosuđa odvijao pod izgovorom pravosudne reforme i prava na sopstveni ustavni identitet” (Tošić 2021, 76). Pod izgovorom se u stvari podrazumeva glavni argument Poljske – kojim je donekle ublažena njena politizacija pravosuđa. S druge strane, pravo na sopstveni ustavni identitet Poljska upotrebljava jer ne želi da joj se EU upliće u nacionalnu politiku.

Tim zakonom državni vrh je u sadejstvu sa Nacionalnim sudskim većem ostvario željeno – politički režim koji podrazumeva pravosuđe kao produženu ruku aktivnosti izvršne vlasti, i time stvorio spoljašnu manifestaciju urušenog sistema pravne države. Dakle, iskorišćena je širina pojma ustavnog identiteta kako bi se postigao cilj – legitimizacija nedemokratskog političkog režima.

Međutim, organi EU odbacuju takav argument smatrajući ga neprihvatljivim. Oni zastupaju tezu da Poljska krši direktno član dva UEU i samim tim neposredno ugrožava srž svih vrednosti – vladavinu prava na koju se država obavezala da će je poštovati prilikom ulaska u međunarodnu organizaciju. Nažalost, to su prekršile i Poljska i Mađarska iako se član četiri, stav dva UEU ne sme koristiti da bi se kontriralo

---

<sup>27</sup> “Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law”, Secretary-General of the European Commission, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f5609ad9-6cfe-11e7-9749-01aa75ed71a1/language-en>, poslednji pristup 5. novembra 2022.

članu dva UEU. Dakle, zbog toga je EU predvidela da unese novi model vladavine prava u Poljsku kao naprednu opciju.<sup>28</sup> To je model koji obuhvata takozvani „pun” koncept vladavine prava koji se definiše kao ustavni princip sa formalnim i materijalnim komponentama – model treba da se razvije kao mehanizam EU za zaštitu evropskih ustavnih vrednosti u evropskom pravnom prostoru, koji je prepun ustavnih kriza, ali nema instrumente za njihovo rešavanje.<sup>29</sup> Dakle, reč je o reformatorskom okviru koji kao takav treba da postane nova „krv” koja teče „venama” poljskih zakona. Dok se taj model ne razvije, jedino smisleno rešenje je istinsko aktiviranje tzv. nuklearne opcije (člana sedam UEU) jer „politički dijalog nije, i nikada neće biti, jedini način sankcionisanja država članica sa nedemokratskim tendencijama” (Tošić 2021, 87).

#### 4. ZAKLJUČAK

U ovom radu su prikazani značaj, ali i povezanost vladavine prava i nacionalnog (ustavnog) identiteta, u analizi njihove teorijske i praktične važnosti. Dok nam vladavina prava zajedno sa drugim evropskim vrednostima otkriva – osnove na kojima počiva ustavno-pravni poredak, predstavljen kroz član dva UEU, u istoj meri ustavni identitet oslikava nacionalne težnje države za zaštitom svog poretka, a istovremeno se krši član dva tog ugovora, ponajviše vladavina prava. U takvom tumačenju ustavnog identiteta došla je do izražaja problematika državnih politika Mađarske i Poljske, odnosno njihov (ne)svesni potez da štiteći nacionalno degradiraju nadnacionalno. Pozivajući se na član četiri, stav dva UEU, Mađarska i Poljska su smatrale da zaštita njihovog ustavnog identiteta preteže nad poštovanjem (evropske) vladavine prava na šta su se obavezali prilikom ulaska u EU. Shodno tome, takav postupak su evropski organi ocenili kao neprihvatljiv, a kao jedno od rešenja su videli uvođenje novog koncepta vladavine prava, čiji je cilj povratak ranije demokratije u te države.

Zbog opisane ugroženosti vladavine prava, ponajviše postupkom Mađarske i Poljske, čini se da je neophodno obezbedeti jaču zaštitu vred-

<sup>28</sup> [https://verfassungsblog.de/a-new-page-in-protecting-european-constitutional-values-how-to-b est-use-the-new-eu-rule-of-law-framework-vis-a-vis-poland/](https://verfassungsblog.de/a-new-page-in-protecting-european-constitutional-values-how-to-best-use-the-new-eu-rule-of-law-framework-vis-a-vis-poland/), poslednji pristup 5. novembra 2022.

<sup>29</sup> <https://verfassungsblog.de/a-new-page-in-protecting-european-constitutional-values-how-to-best-use-the-new-eu-rule-of-law-framework-vis-a-vis-poland/>, poslednji pristup 5. novembra 2022.



nosti proklamovanih u članu dva UEU, tačnije izvršiti njihovo ustavno utemeljenje. To bi se moglo postići preciziranjem koncepta vladavine prava koji pospešuje intenzivniju izgradnju državno-pravnog poretka zasnovanog na demokratiji, kako bi princip lojalnosti i međusobnog poverenja zaista funkcionisao u praksi. Time bi dijalog EU i države članice stvorio priliku za uspešnju saradnju, a država članica smanjila učestalost ograničavanja primene akata sekundarnog prava EU.

Međutim, ostaju pitanja da li će se i dalje ustavni identitet (zlo)upotrebljavati kao protivteža principu suprematije evropskog prava i da li bi Mađarska i Poljska bile spremne da prihvate i primene evropske koncepte vladavine prava i tako izađu iz kobnog obruča koji sprečava potrebne izmene. Oslikavanje ustavnog identiteta u simbolu „mača” i „štita” upotrebljeva se i za napad u sukobu sa pravom EU, ali i u znaku odbrane nacionalnih vrednosti od njene pravne reforme. Dokle god se značenje ustavnog identiteta bude bespogovorno tumačilo u tom dvostrukom smislu, postoji opasnost od Mađarske i Poljske i njihovih politika. Jedno od mogućih rešenja bilo bi uvođenje novog koncepta vladavine prava kojim bi te države razvile novi odnos prema supranacionalnoj zajednici. Dakle, suština je u reformatorskoj krvi koja mora da oživi demokratiju, a potisne tendencije nelegitimnog sistema. Međutim, takvo rešenje nije lako izdejsstvovati. Treba insistirati na dijalogu sudova – Suda pravde Evropske unije i nacionalnih sudova jer suština rešavanja problema leži upravo u pronalasku zajedničkog jezika između nadnacionalnog i nacionalnog pravnog sistema.

## LITERATURA

1. Cvetković, Aleksandar. 2021. *Uticaji istorijskih ustava Srbije i Jugoslavije na izgradnju nacionalnog ustavnog identiteta*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
2. Fabbrini, Federico, Sajó, András. 4/2019. The dangers of constitutional identity. *European Law Journal* 25: 457–473.
3. Faraguna, Pietro. 7/2017. Constitutional Identity in the Age of Global Migration: Constitutional Identity in the EU – A Shield or a Sword? *German Law Journal* 18: 1617–1640.
4. Halmai, Gábor. 1/2018. Abuse of Constitutional Identity – The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law. *Review of Central and East European law* 43: 23–42.

5. Jovanović Miloš. 2021. Pojam „evropskih vrednosti”: između snažne proklamacije i suštinske neodređenosti. *Evropsko zakonodavstvo* 76: 5–31
6. Jovanović, Miodrag, Dajović, Goran, Vasić, Radmila. 2019. *Uvod u pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
7. Jovanović, Miodrag. 2011. O ustavnom identitetu – slučaj Srbije. *Konstitucionalizam i vladavina prava u izgradnji nacionalne države – slučaj Srbije*. Beograd: Fakultet političkih nauka – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu: 9–31.
8. Lukić Radović Maja, Vlajković, Marija. 12/2019. Kriza vrednosti u Evropskoj uniji – uzdrmani temelji. *Pravni život*: 407–422.
9. Marinković, Tanasije. 2020. Ustavni identitet vidovdanske Jugoslavije. *Sto godina od ujedinjenja – formiranje države i prava* (ur. Boris Begović). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu: 95–121.
10. Martí, José Luis. 2013. Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People. In Alejandro Sáiz Arnáiz, Carina Alcoberro (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*. Antwerp: Intersentia 17–36.
11. Petrov, Vladan, Stanković, Marko. 2020. *Ustavno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
12. Polzin, Monika. 7/2017. Articles Special Issue Constitutional Identity in the Age of Global Migration – Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul. *German Law Journal* 18: 1595–1616.
13. Tošić, Jovana. 2021. Sud pravde Evropske unije kao poslednja nada za suinovrat vladavine prava u Poljskoj – poseban osvrt na pravosudnu reformu. *Evropsko zakonodavstvo* 75: 73–89.
14. Vlajković, Marija. 2018. Razvoj načela zaštite nacionalnog identiteta u pravnom poretku Evropske unije. *Evropsko zakonodavstvo* 66: 47–69.
15. Vlajković, Marija. 2020. Rule of law – Eu’s common constitutional “denominator” and a crucial membership condition on the changed and evolutionary role of the rule of law value in the Eu context. *Eu and comparative law issues and challenges series (ECLIC)*: 235–257.
16. Vlajković, Marija. 2020. Uslovljavanje u spoljnoj politici Evropske unije: izazovi pravno-političkog „izvoza” vrednosti u susedstvo. *Identitetski preobražaj Srbije*. Beograd: Udruženje za međunarodno krivično pravo – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu: 313–323.
17. Ko je ovde suveren?, <http://mons.rs/ko-je-ovde-suveren>, poslednji pristup 25. oktobra 2022.
18. A New Page in Protecting European Constitutional Values: How to best use the new EU Rule of Law Framework vis-a-vis Poland, <https://verfassungsblog.de/a-new-page-in-protecting-european-constitutional-values-how-to-best-use-the-new-eu-rule-of-law-framework-vis-a-vis-poland/>, poslednji pristup 5. novembra 2022.

19. Constitutional Identity in and on EU Terms, <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-in-and-on-eu-terms/>, poslednji pristup 5. februara 2023.
20. Hungary, Poland and the “Community of Fate”, <https://verfassungsblog.de/hungary-poland-and-the-community-of-fate/>, poslednji pristup 3. novembra 2022.
21. Mađarska i Evropska unija: Rezolucija Evropskog parlamenta – promene LGBT zakon ili idemo na sud i nema novca, <https://www.bbc.com/serbian/lat/svet-57607599>, poslednji pristup 3. novembra 2022.
22. Problematising the ‘rule of law’ as a concept, [https://www.clingendael.org/pub/2017/a\\_shotgun\\_marriage/1\\_problematising\\_the\\_rule\\_of\\_law\\_as\\_a\\_concept/](https://www.clingendael.org/pub/2017/a_shotgun_marriage/1_problematising_the_rule_of_law_as_a_concept/), poslednji pristup 7. novembra 2022.
23. Rule of Law and Democracy: Addressing the Gap Between Policies and Practices, <https://www.un.org/en/chronicle/article/rule-law-and-democracy-addressing-gap-between-policies-and-practices>, poslednji pristup 29. aprila 2023.

## CRISIS OF THE RULE OF LAW THROUGH THE “NECESSITY” OF PROTECTING NATIONAL (CONSTITUTIONAL) IDENTITY

### *Summary*

The creation of a European identity through respect for the values of the national system is simultaneously accompanied by a weakening of the (European) rule of law. It was believed that countries close to the European Union share the same values as it, that is, that their common values represent a guarantee of stability. However, it turned out to be the opposite. The desire of the European Union to contribute to the progress of the region through the policy of conditionality encountered the obstacle of protecting the principle of national (constitutional) identity on the part of the member states (Hungary and Poland), which gave the outlines of the beginning of the rule of law crisis with such an approach. While the first part of the work will be devoted to the theoretical and practical importance of national (constitutional) identity and the rule of law through the construction of European Union politics, both internal and external, the second part will be based on Hungary and Poland and their criminal slippages from the core of all the values of the European Union – the rule of law.

Key words: *constitutional (national) identity, rule of law crisis, Hungary, Poland*



Filip Novaković\*

## AGGRESSION (CRIME AGAINST PEACE) IN INTERNATIONAL PUBLIC AND CRIMINAL LAW

*In the last two centuries, the world and humanity have changed more than ever. The rapid development of technology, but also socio-humanistic and political thought has led to a completely different perception of the world by people. The desire to spread influence, aided by technological development, has pushed the great powers into the bloodiest armed conflicts the world has ever seen. After the end of the First and Second World Wars, it proved necessary not only to sanction the leaders of the idea of aggressive war, but also to sanction the insult to the independence of countries through armed attack. In this regard, the international community has approached a more detailed definition of the concept of aggression and crimes against peace (crime of aggression) and the establishment of appropriate mechanisms with the aim of preventing armed conflicts, stopping them and promoting peaceful settlement of international disputes. It is this idea that is the subject of the text that follows. The author wants to make his modest contribution to legal science in terms of analysis of the concept of aggression in international law (primarily in international public law), but also the definition and elements of (international) crime – crime against peace (aggression) in international criminal law. In addition to explaining and clarifying the content of the concept of aggression, the author will analyze this international crime contained in international documents, present the jurisdiction of the International Criminal Court in relation to aggression, and explain the position and role of the United Nations in preventing armed conflict and peace. Finally, a critical analysis of all the above, the author will present the advantages and disadvantages of mechanisms for preventing armed conflict and punishing perpetrators of international crimes against peace through the prism of the amendment to the Rome Statute of the ICC.*

**Keywords:** aggression, crime against peace, Rome Statute, International Criminal Court, Security Council, armed conflict, international criminal law, international public law

---

\* LL.M. Student, Faculty of Law, University of Sarajevo, [filipnovakovic.iur@gmail.com](mailto:filipnovakovic.iur@gmail.com).

## 1. INTRODUCTION

The problem and the notion of aggression in international relations has always been topical and significant. Its importance is reflected in the fact that it represents a key question that needs to be answered in order to further build the international legal system, but also to build healthy relations between the subjects of international law, and above all the state. We see this even today when there are progressive forces working to destabilize world peace and insulting the fundamental goods of all mankind. The basis for understanding the concept of aggression is the distinction between cases of permissible and impermissible use of force. However, the problem arises when we realize that it is not possible to arrive at a single criterion (or group of criteria) with the help of whom (or which) we could make a distinction between the two previously mentioned concepts. Which criteria are taken into account at a given time depends on the degree of social development and objective social circumstances at the time. Before the formation of the first international organizations in the true sense of the word, i.e. during the unorganized international community, we can say that two basic criteria were taken: (1) moral and (2) political. The third criterion came to life only in the 20th century. Namely, the legal basis for the use of force as a criterion came to life only after the end of the First World War and it is the basis for further development of understanding and defining the concept of aggression. This certainly does not mean that moral and political criteria are excluded, but it means that the use of armed force is subject to legal frameworks, then its restriction and prohibition.

Human history is full of wars, sufferings and killings, which have taken on more or less proportions depending on the socio-economic development of human civilization at a given time. More optimistic authors often state that people tried to overcome mutual killings, bloodshed, destruction and devastation (Račić 2013, 80). Unfortunately, we cannot agree with the views of such authors. War, as primarily a social phenomenon, is conditioned by many factors, which can be divided into several groups: (1) moral, (2) political, (3) economic and (4) technological. Despite the international community's aspirations to suppress the use of force as a means of resolving both international disputes and internal conflicts, the reality is that for man, the use of force

remains an integral part of his essence, as evidenced not only by past events but also by what we see happening today before our very eyes.

The issue of aggression arose only after the international community, taught by the experiences of the devastating Great War, decided to limit and even completely ban the use of force. This resulted in the definition of the concept of aggression in international law. The development of society and social science and consciousness has led to the legal shaping of relations between states (Janković 1970, 41). These relations resulted in the emergence of the international community. The legal rules governing armed conflict (international law of armed conflicts, international humanitarian law) depend on international political trends, on the one hand, and domestic law and social relations, on the other. The unification of these two terms led to, conditionally speaking, the adoption of the first corpus of rules restricting war. The issue at hand concerned customary international law and the initial international treaties that prohibited the arbitrary use of force, thereby preventing any one entity from using force as they saw fit. Despite the good intentions of international actors, these rules and documents did not yield optimal results. However, with the institutionalization of international relations, there has been a stronger commitment from states to adhere to international law. The establishment of an institutional mechanism for the peaceful settlement of international disputes within the League of Nations remained an attempt. Many European and world powers have continued their imperialist tendencies despite the appeals of the “international community”. Having witnessed the atrocities of World War II, we became determined to create not only a more effective peacekeeping mechanism but also an organization that could monopolize the use of physical coercion on an international scale, in the event that a member state violates its constituent and other documents. This led to the establishment of the United Nations (hereinafter: UN).

The new UN Charter institutionalizes and formalizes the system of collective security. And not only that – the UN Charter goes beyond both the Covenant of the League of Nations and the Briand-Kellogg Pact, which limited the non-border or forbade aggressive warfare.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Here we could also mention the Stimson doctrine. Namely, it is an American foreign policy statement made by Secretary of State Henry Stimson in 1932, during the first years of the Great Depression. The doctrine was named after Stimson, who served under President Herbert Hoover. The Stimson Doctrine stated that the US government would not recognize any territorial changes resulting from the use of force by one country against another. Specifically, it stated that the US would not recognize any

The use of force was only limited, but not completely prohibited, by the Covenant of the League of Nations, while the codification of the prohibition of the use of force in international law was only carried out by the Briand-Kellogg Pact, to which a relatively small number of states acceded (and which did not contain a mechanism of coercion or implementation).<sup>2</sup> The UN Charter completely prohibits the use of force as an instrument for resolving international disputes, and even prohibits the threat of using force against sovereignty, territorial integrity and political independence, which is contrary to the UN Charter and the fundamental principles on which this international organization is based. Unfortunately, this legal regulation and the prohibition of war did not exclude this phenomenon from human reality. Wars continued to be fought (either for a reason or without it). It is such a social phenomenon that evolves with society itself and is to a greater extent related to society. However, after long and incessant legal and political struggles, the international community has managed to codify the legal rules governing the conduct of the warring parties. A complete ban on the use of armed force should be questioned when human society is mature enough to do so. It was believed that this moment came at the end of the 20th century when negotiations began to establish a permanent international criminal tribunal that would criminalize aggressive work as a crime against peace. Unfortunately, even after the establishment of the International Criminal Court (hereinafter: ICC), aggression was not found in its Rome Statute as an international crime. Only later amendments to the Rome Statute and accompanying documents incriminate this international crime.

In the past, the use of force between states, as a way of resolving international disputes, has been a regular and even normal occurrence. Not only were wars allowed, but it was considered that the state, as a sovereign entity, had the right to war (*ius ad bellum*), i.e. the right to wage war (*ius belli gerendi*) (Krivokapić 2018, 502). In the modern

---

territorial changes made by Japan after the 1931 invasion of Manchuria in northeastern China. This Doctrine was seen as a response to Japanese aggression in China, and was intended to discourage further territorial expansion by Japan and other powers through the use of force. It was also seen as a statement of support for China, which was then a weak and vulnerable country. The Stimson Doctrine was largely symbolic and had no real impact on Japanese actions in China. However, it set a precedent for US foreign policy and helped shape the principles of international law regarding the use of force and territorial sovereignty. It is also important to note that this Doctrine was guided by the principle of *ex iniuria ius non oritur* (Ryan 1950).

<sup>2</sup> Out of 35 signatory states, it entered into force in only 25 of them.



world, states no longer have the right to wage war, and starting a war is considered a crime against international law.<sup>3</sup>

Previously, there was a belief that the incrimination of war aggression would never occur, as it was thought that anything was permissible in war and that the international community would never establish a set of rules governing armed conflict. This understanding was based on the notion that war and law were mutually exclusive opposites. According to this view, war was seen as a violent force that required the use of maximum physical force and resources to defeat the enemy, including his capacity to resist. Such use of force was considered to be the king of the outpouring of the state of sovereignty, which does not suffer any restrictions in its manifestation. In contrast, law represents a stable order, security, submission to the authority of written and unwritten rules. From this, many authors have concluded that waging war cannot be subject to any rules. Such understandings, according to Prof. Juraj Andrassy, are absolutely unacceptable. Namely, there is no reason why the acts of war of states should not be subject to certain legal rules and restrictions, just like the actions of states during peacetime (Andrassy 1971, 520). The rules that regulate, but also limit war to human civilization are not unknown. Even thousands of years ago, during armed conflicts, people negotiated its limits and established rules of warfare so that both suffered as little damage as possible. Of course, history is, unfortunately, full of examples contrary to the previously stated fact. The devastation that took place during armed conflicts that covered a significant part of the world's territory (and ultimately the whole world) prompted people not only to establish strict rules of conduct during war and other armed conflicts, but to emphasize the idea of a total ban on war.<sup>4</sup>

## 2. THE CONCEPT AND DEFINITION OF AGGRESSION BEFORE THE UN CHARTER

In 1919, the Treaty of Versailles provided for the responsibility of Germany and its allies for the losses and damage caused by the devastation of war, which the victorious countries suffered as a result of the war imposed by the aggression of the central powers (Art. 231).

---

<sup>3</sup> Regardless, war can actually occur – either by aggression or self-defense.

<sup>4</sup> Of course, this ban applies to war of aggression, but not to self-defense.

This peace agreement also established a special tribunal to try former German Emperor Wilhelm II, but not for the crime of aggression, but for “violation of international morality and the sanctity of international treaties” (Art. 227). It was considered impossible for him to be tried for the crime of aggression, according to the fact that no international legal document provides for it as a criminal offense, as well as the fact that no one before him has been tried for such a thing. If the Paris Peace Conference incriminated aggression as an international crime against peace, and then tried Wilhelm II, it would mean retroactive application of international law, which according to the ruling theory of criminal law was considered absolutely inadmissible. Also, the trial of Wilhelm II was never held due to his exile to the Netherlands, and the refusal of the Dutch authorities to extradite him to the appropriate entity.

Another attempt to define aggression at the international level was made in the 1920 League of Nations Covenant. namely, the Covenant obliged the member states of the League of Nations not to resort to war in order to resolve disputes, but to take measures to respect the territorial integrity and existing political independence of all member states of the League of Nations from external aggression (Art. 10). If the states involved in the dispute fail to resolve it using all possible means at their disposal (direct negotiations, mediation of third countries, commissions of inquiry, conciliation, arbitration, etc.), they can resort to armed conflict without violating the Covenant. However, in that case, the League of Nations has rights and duties under the Covenant to work to maintain and establish peace (Andrassy, 1858, pp. 269–286). The League of Nations should not act only as soon as war breaks out, but before hostilities begin. The organs of the League of Nations should take all necessary measures to prevent war, that is, to prevent open conflict. If war does break out, the League of Nations may take certain measures of an economic and military nature to sanction the attacker. First, economic measures consist in severing all trade and financial ties with the State that has violated the Covenant and in prohibiting trade and financial relations with the citizens of that State. Second, measures of a military nature are not explicitly stated in the Covenant itself, but it is the responsibility of the Council of the League of Nations to establish what military measures are necessary to end the conflict (Andrassy 1831, pp. 158–160 and 171–175; Degan 1948, 239).

The Briand-Kellogg Pact of 1928 represents a significant step in defining the prohibition of warfare. All signatory states to the Covenant

solemnly declared that they condemned the use of war as a means of resolving international disputes and renounced it as an instrument of national policy in mutual relations. What is considered a great weakness of this Pact is that the notion of war does not include conflicts that the state has resorted to in self-defense to protect its sovereignty, territorial integrity, political independence and vital interests, as well as conflicts that the conflicting parties have not described as war. It is important to note that this Pact is still in force (valid for 25 countries). The Briand-Kellogg Pact has been widely criticized for failing to fulfill its purpose – to prevent armed conflict after its signing (Krivokapić 2018, 502; Tesla 2016, 55–56; Neff 2005, 295–296).

In 1933, the Conference on Disarmament was held, at which the USSR proposed a declaration containing a definition of aggression. According to the proposal of the Soviet representatives, the aggressor was considered to be the state that first did one of the following actions: (1) declare war on another state, (2) invade the territory of another state with its armed forces without declaring war, (3) bomb the territory of another state naval or air force, (4) enters the territory of another state with its land, naval or air force without the approval of the government of that state, or acts contrary to such authorization, especially in relation to stay in a certain area and (5) blockade coasts or ports of another state. This proposal also contained a provision according to which the internal situation in a country, its political and economic organization, cannot serve as a justification for aggression. As a reason for the existence of this provision, we see the growing fear of the spread of communism in the world, and we believe that the representatives of the Soviet Union pointed out with this very intention that the definition of aggression should include this requirement. Based on the proposal of the USSR delegation, the Security Committee of the Conference prepared a Draft Act on the Definition of Aggression, but this document was not adopted (Avramov, Kreća 2003, 631; Minc et al. 1951, 385–395; Tesla 2016, 56–57; Vučinić 2006, 66).

At the beginning of the Second World War, it was realized that it was necessary to give the appropriate content to the term aggression and to define it in more detail. In 1942, a major conference of the Western Allies on the Punishment of War Crimes was held in London. It was pointed out at the Conference that those responsible for crimes committed during the war should be prosecuted and punished through the system of organized justice, and waging an aggressive

war was declared an act for which that is, individual responsibilities (Bassiouni 2008, 212). With the conclusion of the London Agreement in 1945, four great allied powers established the International Military Tribunal, whose task will be to try the perpetrators of the most serious crimes against the rights and customs of war, as well as crimes against humanity. The Nuremberg Tribunal, which is an integral part of the London Agreement, criminalizes aggression as a *crime against peace*, which is defined as *planning, preparing, starting and waging a war of aggression or a war in violation of international treaties, agreements or guarantees, or participation in a joint plan or conspiracy to commit any of the foregoing* (Tomić 2001, 37–45; Heller 2011, 179–203). The Statute provides individual responsibility for aggression restrictions only on leaders, organizers, instigators and accomplices who participated in the compilation or execution of a joint plan or conspiracy to commit this crime. The first verdict of the Tribunal states that starting an offensive war is not just an international crime, but that it is a supreme international crime that differs from other war crimes only in that it contains all the accumulated evil (Ikanović 2015, 194; Vuković 1988, 98). War criminals who did not hold the highest positions in the state power of the Third Reich were tried on the basis of the Law of the Control Council for Germany no. 10. The provisions of the mentioned law define the *crime against peace* (aggression) somewhat differently. Namely, according to Law no. 10 aggression is defined as *initiating an invasion of other states and starting an war of aggression in violation of international laws and treaties, including, but not limited to: planning, preparing, initiating or waging an war of aggression or war violating international treaties, agreements or guarantees, or participating in in a joint plan or conspiracy to commit any of the said acts* (Tomić, 2001, pp. 45–49; Jovašević, 2015, pp. 107–123). A similar definition of aggression is contained in the Statute of the International Military Tribunal for the Far East in Tokyo. The only difference was in supplementing the definition by adding the words “declared or undeclared” in front of the words “waging an war of aggression”.<sup>5</sup> The reason for that is the fact that Japan could complain that it was not officially in the war against certain countries, because technically, in most cases, the declaration of war did not take place (Simović, Blagojević, Simović 2013, 238; Kittichaisaree 2001, 207).

---

<sup>5</sup> The crime of aggression belonged to the so-called Class A.

### 3. CONCEPTUALIZATION OF AGGRESSION AFTER THE ADOPTION OF THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS AND RESOLUTION 3314

In 1945, an international organization was formed with the task of promoting world peace, resolving international disputes peacefully and cooperating between states. The conclusions of the London Conference have been translated into a total ban on war as a means of resolving international disputes contained in the UN Charter. The charter prohibits the use of force, as well as the threat that force will be used against the territorial integrity or political independence of a UN member state (Art. 2/4). In addition, the UN Security Council is empowered to determine whether there is a threat to peace, a breach of peace or aggression, as well as to take measures in accordance with Chapter VII of the Charter to establish international peace and security. However, it should be noted that the Charter does not diminish the right of states to individual or collective self-defense in the event of an armed attack on a UN member state (Krivokapić 2015, 505). In that case, the Security Council shall be empowered to act in accordance with the Charter.

The UN Charter does not mention the term “war” in its content, but “the threat that force will be used or the use of force”, while the term “war” is used only in the preamble. One part of the legal doctrine considers that this good solution is the use of force to denote the essence of war, while on the other hand it prevents conflicts that are not marked as war from being excluded from the provisions of the Charter, as was the case with some international documents before the Second World War (specifically the Briand-Kellogg Pact and the Covenant of the League of Nations) (Bassiouni 2008, 214–215).

The Charter explicitly stipulates that UN member states refrain from using force or threatening to use force against the territorial integrity and political independence of any member state. In addition, the Charter emphasizes that member states must refrain from acting contrary to the UN Charter. In legal theory, opinions are divided over the provisions of Art. 2 of the UN Charter. Namely, one part of the theory believes that Art. 2 does not prohibit any use of force by states in international relations, but that it prohibits the use of force in a manner contrary to the purpose of the UN. Proponents of this view also argue that Art. 2 of the Charter prohibits only the use or threat of use

of force against the territorial integrity and political independence of UN members, and believes that the use of force can be allowed only if it is in accordance with the UN and the Charter, and that it is not directed against the territorial integrity and political independence of the Member States (Ikanović 2015, 195; Seršić 2007, 271–290).<sup>6</sup>

The UN Charter establishes several of the following control mechanisms and principles for respecting the prohibition of the use of force: (1) States are obliged to refrain from the use or threat of force and to settle all disputes amicably (Art. 2–3), (2) The UN Security Council is empowered to identify threats to peace, violations of peace or acts of aggression and to determine what measures are needed to restore international peace and security (Art. 39) and (3) States have a duty to respect and enforce Security Council decisions (Art. 25). The theory points out that the solution contained in the Charter is extremely controversial because the Security Council, as the principal body of the UN, is empowered to assess what can be considered an act of aggression in accordance with the Charter. The creators of this solution justify their proposal by emphasizing that there is no generally accepted and accepted definition of aggression.

It is important to note that the prohibition on the use of force is not absolute. Namely, the Charter allows three exceptions to the prohibition of the use of force. These exceptions are: (1) measures taken by the Security Council, (2) individual and collective self-defense, and (3) measures against states that sided with the enemy during World War II. The first exception to the ban on the use of force is the measures available to the Security Council to preserve world peace. The right to individual self-defense is previously known and recognized in international law to those states that have faced an aggressor attack from another state, while the right to collective self-defense is a new rule that takes into account the existence of many military and political alliances. aggression. The right to collective self-defense means the use of force by the entire military alliance if aggression is committed against one of the member states. Thus, member states of a military alliance can take collective self-defense measures against an attacker (Milovanović 2011, 34). The third exception is contained in the provisions of Art. 107 of the Charter, and it is a measure of a temporary

---

<sup>6</sup> Potential examples of the such use of force include self-defense of one's borders and territory, as well as military actions carried out in the fight against international terrorism on the territory of a foreign sovereign state.

nature, according to the fact that the Charter was adopted before the end of the Second World War.

As a serious problem arose in determining which act constituted aggression and which did not, the UN authorities decided to establish a generally accepted definition of aggression. Namely, it is given in the Resolution of the UN General Assembly no. 3314 of 14 December 1974 (hereinafter: the Resolution). By its nature, this Resolution, as a document of the UN General Assembly, has great political and moral force, but it is not a legally binding document. Regardless of that, it is considered that the content of the Resolution, ie the solutions formulated in it, has grown into a universal customary international law, which would mean that they are obligatory for all subjects of international law (Krivokapić 2012, 35–81).

The definition of aggression contained in the Resolution refers only to this act, but not to other crimes against peace as defined by the statutes of the international military tribunals in Nuremberg and Tokyo. An important feature of this definition is that it was not adopted in order to prosecute and punish individuals and responsible persons. It was established to assist the Security Council, in accordance with Art. 39 of the Charter, to determine whether there has been a threat to peace, breaches of peace or aggression and to make recommendations and decide what action to take in accordance with Art. 41 and 42 of the UN Charter, in order to maintain and establish international peace and security. Therefore, the aim of this Resolution is not to anticipate the criminal offense for which those responsible will be prosecuted before a criminal court, but to make it easier for the political-operational body of the UN – the Security Council to make and execute important decisions. Another important feature of the Resolution is that it contains a general definition of aggression, then lists cases (examples) of aggression, so, using an exemplary method, the authors of the Resolution leave an open list for the Security Council to follow the examples and cases from the Resolution. represents an act of aggression or not (Krivokapić, 2018, p. 506). In accordance with the Resolution, aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in this Definition (Art. 1).

The resolution also considers the following acts as an act of aggression, in accordance with Art. 3, as follows: (1) the invasion or at-

tack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof, (2) bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State, (3) the blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State, (4) an attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State, (5) the use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement, (6) the action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State and (7) the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein (Jovašević 2013, 212). The acts previously enumerated are not exhaustive and the Security Council may determine that other acts constitute aggression under the provisions of the Charter (Art. 4). What is interesting here, and what should undoubtedly be mentioned, is that the Resolution does not contain clear criteria on the basis of which the Security Council should assess whether aggression has occurred or not. The fact is that few people will openly threaten to use force or even use force (although we know of exceptions here, which will be discussed later). For this reason, the authors believe, it is acceptable for part of the international community to advocate that there is aggression for the existence of a crime if there is aggressive intent (*animus aggressionis*) as a special kind of intent (*dolus specialis*). That intention should consist of the intention to conquer, annex the territory of the attacked state or subjugate it, etc (Stojanović 2012, 113). The definition in the Resolution especially emphasizes that no considerations of any nature (political, economic, military or others) can serve as a justification for aggression. The resolution explicitly states that the war of aggression is a crime against peace, and that aggression entails international responsibility (Art. 5). It is also important to note that the Resolution speaks of international responsibility (which opens space for various



forms of international responsibility, which further implies the use of a wide range of international sanctions), and not of individual (criminal) responsibility (Krivokapić 2017, 70–92).

The Resolution stipulates that the first use of force by the state, and contrary to the UN Charter, is *prima facie* evidence of an act of aggression, although the Security Council may, in conformity with the Charter, conclude that a determination that an act of aggression has been committed would not be justified in the light of other relevant circumstances, including the fact that the acts concerned or their consequences are not of sufficient gravity (Art. 2). In other words, if one party was the first to use force, this is sufficient evidence to establish an act of aggression, unless the Security Council, having regard to all the circumstances of the case, concludes otherwise.

#### 4. ADOPTION OF THE ROME STATUTE OF THE ICC AND FURTHER DEVELOPMENT OF THE (CRIMES OF) AGGRESSION

After Nuremberg and Tokyo, the question of establishing a permanent international criminal court arose. Unfortunately, the bloc division of the world certainly did not contribute to this idea. However, after the events in the former Yugoslavia during the 1990s, but also the events in Rwanda, the issue was raised again.<sup>7</sup> It is for this reason that a large diplomatic conference was convened in Rome to discuss the possibility of establishing a (Permanent) International Criminal Court. The conference discussed a number of issues: court organization, funding, substantive and procedural law... Although the conference lasted just over a month, state representatives could not agree on all issues. Unlike genocide, war crimes and crimes against humanity, they failed to define the concept of aggression and define it more closely as an international crime under the jurisdiction of the ICC. However, they agreed that the Preparatory Committee would continue its work after the adoption of the ICC Statute and that it would resolve all disputed issues, including the crime of aggression. After the end of the diplomatic conference, the Preparatory Committee held a series of meetings

---

<sup>7</sup> With the adoption of the statute of the *ad hoc* tribunal for the former Yugoslavia and Rwanda, the crime of aggression is not envisaged as a crime under international law.

and until 2002 offered several variants of the definition of aggression with the recommendation that the special working group continue to work on this issue. In this regard, the Assembly of Member States of the Rome Statute has established a Special Working Group whose task is to prepare a revision of the Rome Statute. The ad hoc working group was open to all states (whether members of the Rome Statute or not) and met twice a year to discuss all contentious issues. The work of the Special Working Group was completed in 2009, when all preparations for the adoption of amendments to the Rome Statute were completed (Bassiouni 2008, 244–245; 262–265).

Seven years after the adoption of the Rome Statute, the formal conditions contained in Art. 123 of the Statute for holding a revision conference have been met. Accordingly, the UN Secretary-General Ban Ki-moon convened a conference of member states of the Rome Statute and those countries that have not yet ratified the Statute to attend as observers. Other states that did not accede to the Rome Statute and representatives of international, interstate and non-governmental organizations were invited in the same capacity (Milovanović 2011, 45–46; Simović, Blagojević, Simović 2013, 241).

The review conference was held in Kampala, the capital of the African state of Uganda, in 2010 and lasted for 12 days (from 31st May to 11th June). The main goal of the conference was to define aggression, determine its elements and adopt an appropriate amendment to the Rome Statute of the ICC. In order to facilitate and more efficient work, working groups were formed to deal with certain issues. The definition of aggression was dealt with by the Working Group for the Crime of Aggression. Due to many disagreements, the members of the Working Group had to make concessions to each other. The most significant was reflected in the separation of the state act of aggression and individual criminal responsibility for the crime of aggression. On the last working day of the conference, the report of this Working Group was adopted and a Resolution was adopted adopting amendments supplementing the Rome Statute and its accompanying documents (amendments to the Elements of Crime were also adopted). The new amendments to the Statute include the crime of aggression as a separate international crime and prescribe the conditions under which the ICC may exercise its jurisdiction over this international crime (Babić 2021, 180–181).

Resolution RC/Res.6 adopted in Kampala has three appendices: (1) Annex I (containing amendments to the Rome Statute), (2) Annex II (containing amendments to the Elements of Crime) and (3) Annex III (regulating the question of the jurisdiction of the *rationae temporis* and the jurisdiction of the national judiciary in relation to the crime of aggression, and the explanation of the procedure concerning the referral of the case by the UN Security Council).

In accordance with the new Art. 8 *bis* of the Rome Statute, the *crime of aggression is the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations*. Thus, the adopted definition of the crime of aggression comes down to the use of armed force by one state against another that violates its sovereignty, territorial integrity or political independence, or any other attack on a sovereign member of the UN that is contrary to the UN Charter. According to this definition of a crime, the acts of committing the crime of aggression are alternatively determined and consist of: (1) planning, (2) preparation, (3) initiation and (3) execution. All these actions must be aimed at the final execution of the aggression. This amendment to the Rome Statute also presents examples (cases) of aggression, which largely coincide with Resolution 3314. However, it is important to note that, despite the large number of elements taken from Resolution 3314, the definition of aggression under Art. 8 *bis* of the Rome Statute does not provide for the threat of use of force (or any other unarmed threat), but only the use of force. Art. 8 *bis* criminalizes only direct use of force, while other forms of indirect aggression (e.g. economic blockades, unfounded political sanctions, incitement to aggression or any other form of unarmed attack) on a particular state remain outside this definition (Jovašević, Ikanović 2015, 182–185; Munivrana Vajda 2012, 830–833).

The perpetrators of this international crime can only be persons who hold leading positions in one state and who, using their political or military position, make political or military decisions or exercise *de facto* control over their implementation. The crime of aggression is, therefore, always closely connected with the holders of state or military power.<sup>8</sup> It is important to note that this does not always have to

---

<sup>8</sup> The crime of aggression is often called *leadership crime*.

be about people in the highest positions (e.g. head of state or government), but that this crime is usually committed by those who have *de facto* power over political, military and security structures. Thus, a head of state who has a purely protocol function (British monarch, Japanese emperor or Austrian or German president) cannot be the perpetrators of this international crime because they do not influence decision-making. There is no criminal responsibility for the crime of aggression because such a head of state is not in a position to really decide on significant political or military operations, nor to order them (Degan, Pavišić, Beširević 2011, 204). In order for a person to be held accountable, there must be an exemplary link between an individual's early execution (planning, preparation, initiation or execution) and acts of aggression undertaken by the state (Škulić 2005, 290; Zimmermann, Freiburg 2015, 590–593).

This international crime can be committed only with intent, which includes awareness of the fact that the use of force is not in accordance with the UN Charter, but not the legal assessment that characterizes this use as non-compliance with the UN Charter. In addition, although the perpetrator may not be aware of the legal elements (although it is absurd to talk about ignorance of legal and other elements of international crimes, especially by those in a position to commit crimes of “world” proportions, because these are crimes whose ignorance is almost impossible) which determine the objective condition of incrimination he needs to be aware of the factual situation that led to the objective condition of incrimination being met (Klamberg 2017, 124–125; Degan, Pavišić, Beširević 2011, 205).

It was expected that the biggest problem would be both the establishment of competencies and the role of the UN Security Council in conducting investigations into cases of crimes of aggression. The permanent members of the UN Security Council advocated a solution according to which only the Security Council could request the ICC to launch an investigation into this international crime. Many other states were of the opinion that the ICC Pre-Trial Chamber should be given the opportunity to decide whether to initiate an investigation if this crime has been reported to the court by the Prosecutor's Office or a UN member state. In order for this attempt to criminalize aggression not to fail, a compromise solution was reached, which satisfied all parties. Namely, according to this compromise solution, the investigation of this international crime can be initiated at the

request of: (1) the UN Security Council and (2) the member states of the Rome Statute or the prosecutor *proprio motu* (on its own initiative, as well as in case within the competence of the ICC) (Klamberg 2017, 205–206).

It is important to note that the conditions for initiating and conducting an investigation differ and depend on whose initiative the proceedings are initiated. In the first case, the UN Security Council may, acting on the basis of Chapter VII of the UN Charter and in accordance with Art. 13 of the Rome Statute, report to the ICC that aggression has been committed, on the basis of which the prosecutor initiates an investigation. The application may concern States Parties to the Rome Statute (including those that have deposited a declaration that they do not accept ICC jurisdiction for the crime of aggression) and those that have not (as in the case of other international crimes under ICC jurisdiction). Given that the decision to carry out the aggression was made by a body other than the UN Security Council, not the ICC, the new Art. 15 *ter* of the Rome Statute emphasizes that the decision of another body (e.g. the UN Security Council) some states assessed as aggression, cannot adversely influence the decision of the ICC itself on the nature of this action, which the ICC decides on the basis of the Rome Statute.<sup>9</sup>

In addition, it is necessary to clarify a few things. First, in order for a prosecutor to initiate *proprio motu* proceedings (provided he finds that there is a reasonable basis for continuing the investigation into the crime of aggression), he/she must first determine whether the UN Security Council has already ruled that a specific state act constitutes aggression under Art. 39 UN Charter. Thereafter, the Prosecutor shall inform the UN Secretary-General of the situation before the Court, including all relevant information and documents (Art. 15 *bis*). Second, if the Security Council does not reach a decision within six months of the ICC Prosecutor providing information, the Prosecutor may continue the investigation only with the approval of the ICC Pre-Trial Chamber, subject to the following restrictions: (1) The ICC

---

<sup>9</sup> The question of legal certainty can justifiably be raised here. Regardless of the fact that in most cases the situation is, conditionally speaking, clear, i.e. that, for example, an open armed attack on one country is clearly aggression, or if a country has committed one of the actions provided by Resolution 3314, we need to ask whether the ICC freely appreciating all the objective circumstances of the case to convict those responsible for such an act, or will be under pressure from the UN (Security Council) and other factors of world politics.

may not exercise its jurisdiction in relation to States which are not members of the Rome Statute, regardless of whether the act was committed by its nationals or in their territory (although certain Member States of the Rome Statute adopted an amendment to the Rome Statute in 2015, which deleting Art. 124), thereby preventing proceedings against States not bound by the Rome Statute (e.g. China, Saudi Arabia, Turkey, Pakistan), (2) the ICC cannot exercise its jurisdiction over this international a crime against a member state of the Rome Statute that has deposited a declaration that it will not accept ICC jurisdiction over the crime of aggression (e.g. Canada, Brazil, Island). Third, the investigation can only continue if the UN Security Council has not, in accordance with Art. 16 of the Rome Statute, requested the ICC to postpone the investigation or criminal proceedings for a period of 12 months through a special resolution under Chapter VII of the UN Charter. Thus, it is possible to initiate criminal proceedings before the ICC without a decision of the UN Security Council that the aggression was carried out, but the question is whether this is feasible in practice. The UN Security Council, which is a permanent member of five world powers, three of which are not members of the Rome Statute, is a UN operational and political body with a wide range of competencies (namely, maintaining international peace and security can be interpreted quite broadly, and this can include major political and even economic issues) may assess that a certain act of a state and in a particular case is not aggression in accordance with the provisions of the UN Charter. Unfortunately, this can happen due to certain political motives, which may have a negative impact on decision-making in the ICC (Ambose 2014, 190–196).<sup>10</sup>

## 5. FACTUAL SITUATION IN THE WORLD (ONE EXAMPLE OF THE AGGRESSION IN REALITY)

The famous professor Mihajlo Vuković wrote that all sciences have their expression in the practical life of men, and that the measure of their success is again the practical life of man. Legal science

---

<sup>10</sup> The ICC has been established as a permanent and universal judicial body for conducting criminal proceedings and adjudicating perpetrators of the most serious international crimes, and in its work so far it has proved to be such. We express our belief that it will be so in the future.

would not have any effect if it did not have its expression in the practical life of man through the creation of legal rules for the regulation of social relations in one community, and ultimately, the world. The issue of international crimes, ie crimes against international law, has never been more topical (starting from the 1990s onwards). Today there are about 50 wars, armed conflicts that are not characterized as war and smaller, border conflicts, on all continents. Certainly, special attention of the international community should be paid to the recently started conflict between the Russian Federation and Ukraine, which will be an issue that we will order, from a scientific point of view, to analyze.

In 2014, political tensions in Ukraine culminated in armed riots by pro-Russian separatists in the Crimea and Donbas. Shortly afterwards, the Supreme Council of Crimea (provincial parliament) declares itself independent following a controversial referendum on Crimea's status. Crimea was an "independent" state for less than a week, when it was annexed by the Russian Federation. Since 2014, the conflict in Donbas between pro-Russian separatists and the Ukrainian armed forces and security forces has continued to this day. Meanwhile, there have been a multitude of cyber attacks, naval and political incidents between Ukraine and Russia, leading to rising tensions in that part of Europe and the world (Đipalo 2015, 76–81; Miloglav, Tomaš 2017, 161–163).

On February 24, 2022, the Russian armed forces launched a *special military operation* and enter Ukraine's sovereign state territory. The first question to be asked here is what is a "special military operation". According to NATO military doctrine, a special (military) operation is a military activity carried out by specially designated, organized, selected, trained and equipped forces using unconventional techniques and modes of operation.<sup>11</sup> Thus, a special (military) operation has the following elements: (1) it is a military activity, (2) it is carried out by special, specially trained and equipped forces, and (3) it is carried out using unconventional techniques and modes of operation. Observing these elements, we can conclude that the Russian operation in Ukraine is a military activity (which is logical), but this military activity is not conducted by special forces using unconventional techniques

---

<sup>11</sup> AAP-06 Edition 2021, NATO Glossary of Terms and Definitions (English and French), NATO Standardization Office, 2021, p. 120.

and methods, but by all types, branches and services of the Russian armed forces using all types of conventional weapons and conventional means of combat. Special operations may include reconnaissance, unconventional warfare, and counter-terrorism actions, and are typically conducted by small groups of highly-trained personnel, emphasizing sufficiency, stealth, speed, and tactical coordination, commonly known as *special forces*.

If we adhere to the generally accepted definition of aggression from Resolution 3314 and the Rome Statute, and all of the above, we can draw the following conclusion: (1) carried out on the territory of another UN member state, (2) by ground forces, air (bombing) and blockade of ports and coasts, (3) members of the Ukrainian armed forces and civilians were targeted and (4) this act violated the UN Charter. So, by definition, this is a textbook act of aggression, which today is a crime under international law.

A special issue is the issue of guilt, ie international criminal responsibility. Regardless of the fact that aggression is incriminated as an international crime, neither Ukraine nor Russia are members of the Rome Statute. Does this mean that no one who may have committed this crime will be held accountable? The answer to this question is no. Namely, the crime of aggression, ie the content of aggression and its legal definition, has become an integral part and reflection of customary international law.<sup>12</sup> In this regard, there is a part of legal theory, but also of practice, which believes that the jurisdiction of the ICC in relation to the perpetrators of this international crime can be established. But that again depends on the strength of multilateral diplomacy, because the ICC is in some way tied to the Security Council and the UN General Assembly with regard to the crime of aggression. Unfortunately, multilateral diplomacy is in crisis and the most important international organization whose main task is to preserve peace and security in the world has failed. What will be the consequences of imposing sanctions? Will they stop the war? Is there a legal basis for their introduction? Who will be liable for the damage? Does the UN follow the same fate as the League of Nations? These are all issues that can be discussed, but not in this paper.

---

<sup>12</sup> What the International Court of Justice found in the case of *Nicaragua v. USA* (ICJ Reports 1986, para. 195).



6. THE PROHIBITION OF THE AGGRESSION (AND  
THREAT OF USE AND USE OF FORCE)  
AS A PEREMPTORY NORM OF INTERNATIONAL  
LAW AND R2P DCTRINE

*Ius cogens* rules are a special category of rules of international (customary) law that are accepted as such by the international community as a whole and from which there is no possibility of derogation. These norms are not norms of what we consider to be classical customary law, although they arise in a relatively similar way, i.e. *ius cogens* rules arise when relevant state practice and *opinio iuris* demonstrate that a certain rule is considered imperative (Thirlway 2010, 119; Kolb 1998, 103). In the context of the prohibition of aggressive war, the use of force or the threat to use force, as a *ius cogens* norm, there are different opinions. Thus, for example, Helmersen (2014, 167–193) believes that a distinction should be made between the use of force permitted by the UN Security Council and aggression, i.e. the use of force (which is not sanctioned by the UN Security Council) against other countries. According to this author, aggression as a *jus cogens* norm exists only in relation to the use of force that is not authorized by the UN Security Council. This author argues this by the fact that the term “aggression” is often identified with the term “use of force”. Thus, in the case of *Nicaragua v. USA* (1986, para. 191), the International Court of Justice established the existence of a difference between “aggression” and “other forms of use of force”. In addition, in the *Barcelona Traction (Belgium v. Spain)* case, the International Court of Justice states that the prohibition of aggression in international law is an *erga omnes* rule, which, according to Helmersen, implies that “aggression” is a term with a different content than the term “use of force”. This is supported by the opinion of ICJ judge Bruno Simma in the case *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. In a separate opinion in this case, Judge Simma pointed out that “aggression” and “other forms of use of force” differ “in intensity” (2005, paras. 2–3). Thus, the (crime of) aggression is defined as the use of force contrary to the provisions of the UN Charter, namely the use of force against the sovereignty, territorial integrity and political independence of another state. No, it is still very difficult to distinguish

whether the jus cogens norm prohibits all use of force (as implied by the decision of the International Court of Justice in *Nicaragua v. USA*), or whether it only applies to aggression. However, as stated by Corten, the practice guided by the decision of the International Court of Justice in the case *Nicaragua v. USA* should be followed, where it was established that any use of force or threat to use force is a jus cogens norm of international law (2010, 251).

Another interesting question that we should discuss here concerns the global political obligation, or rather the doctrine adopted more than twenty years ago within the UN, which was supported by all UN member states at the World Summit in 2005. It is about the *Responsibility to Protect* doctrine, which mandates the obligation of all UN member states to prevent genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. *Responsibility to Protect* (hereinafter: R2P) foresees the responsibility of all states (which derives from their sovereignty) to protect all half-states from mass crimes and mass violations of human rights. This doctrine is based on respect for the norms and principles of international law, especially the fundamental principles of law related to sovereignty, peace and security, as well as human rights and armed conflicts. The R2P doctrine rests on three pillars: (1) The protection responsibilities of the state (which is reflected in the obligation of each individual state to protect its population from mass crimes, such as genocide, war crimes, ethnic cleansing or crimes against humanity), (2) International assistance and capacity-building (according to which states oblige each other to provide assistance), (3) Timely and decisive collective response (this pillar foresees the collective action of all UN member states when a specific state fails to protect its population, i.e. does not fulfill its responsibility according to the R2P doctrine) (Welsh 2019, 53–72). The R2P doctrine practically changes the previous concept of humanitarian intervention as a possible deviation from the prohibition of use of force or the threat that force will be used against another state (or other states) in case of serious violations of international humanitarian law and human rights. Although the doctrine of R2P is a very interesting concept, unfortunately we cannot devote more attention to it in this paper due to reasons of economy, and we leave it as the subject of another discussion.

## 7. CONCLUSION

Throughout its development, humanity has sought to suppress or at least limit the phenomenon known as armed conflict or war. In his work *De iure belli ad pacis*, Hugo Grotius stated that many of the wars (whether public or private) of which he was a contemporary contained so many terrible things, events and deeds that it seemed impossible for such a thing to come from People. Also, Grotius pointed out that people tend to take up arms and start a war because of things so incredible, that the average person would not even assume that they could be the causes of war. In particular, Grotius wrote that human vanity or hunger to conquer one man often precedes war destruction. This last statement is important for us. Some people who are in certain political and military positions, and who have the de facto power to issue orders and direct state moves, are disturbing international peace, which is today incriminated as an international crime – the crime of aggression.

Although they describe the same phenomenon, the most important definitions of aggression differ significantly. Which is understandable, taking into account the historical moments in which the definition was adopted, from which body it was adopted and which social forces participated in their compilation. The definition from the Statute of the International Military Tribunal in Nuremberg was adopted just before the end of the Second World War, and the authors of that definition were the four victorious powers – the USA, the UK, the USSR and France. The nature of crimes against peace referred to the planning, preparation, initiation or conduct of a war of aggression in violation of international treaties, agreements or guarantees, or participation in a joint plan or conspiracy to commit crimes against peace. This definition of this international crime was used only before the Nuremberg tribunal, which ceased to exist by fulfilling its purpose (punishing war criminals after the Second World War).

Later, the idea of condemning the war of aggression and disturbing international peace and security was revived, and the UN, as the umbrella organization of states whose main task is to preserve international peace and security, adopted a special resolution giving a more complete definition of aggression. The resolution is passed in order to help, that is, to guide the Security Council in exercising its competencies. Later, the issue of establishing a permanent international judicial

body that will try persons for the most serious international crimes was raised on several occasions. This led to a diplomatic conference in Rome in 1998 and the formation of the International Criminal Court.

The adopted definition of aggression and the establishment of ICC competencies by the amendments to the Rome Statute of Kampala are the result of a compromise between different interests (unfortunately, diplomacy and world politics are reduced to protecting one's own interests as much as possible). The definition of aggression contained in Art. 8 *bis* is somewhat more restrictive than the definition in Resolution 3314, which is a minor shortcoming. Namely, Resolution 3314 states that aggression is the use of the armed forces of one state against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another state, or in any way that is not in accordance with the UN Charter, performing some of the alternative actions. On the other hand, the definition from the amendment to the Rome Statute states that the crime of aggression is committed by someone who plans, prepares, initiates or executes, and is in a position to exercise effective control and order political or military action of the state (acts of aggression), which by its character, seriousness and strength, is a clear violation of the UN Charter, and the act of aggression itself is defined as the use of the armed forces of one state against the sovereignty, territorial integrity and political independence of another state, or in any other way incompatible with the UN Charter. execution. The mentioned restrictiveness is of less significant nature, but what can be significantly objected to is the procedure for establishing the competences of the ICC and initiating and conducting an investigation by the competent authorities. The shortcoming is reflected in the possibility of the UN Security Council influencing the formation of an appropriate objective picture of a particular act, on the one hand, while on the other hand it can significantly complicate or prolong the investigation, as already explained.

Of course, we must not forget that the amendments to the Rome Statute and the Elements of Crime are the result of long negotiations and compromises between different centers of power, on the one hand, and aggression on the other, especially in a world full of various (armed and unarmed) interventions. However, solutions like this are much better than entering the homeless from which there is no way out. How good the adopted solutions are, time will tell. Not taking into account all the dilemmas and doubts regarding this issue, we

can rightly consider that in 2010 one big step was made in Kampala, significant both for international criminal law (and the international legal order) and for humanity as a whole. The survival of the world, especially in today's context, largely depends on the survival of peace, as well as the elimination of armed unrest and insurgency, terrorism and extremism of all kinds that can lead to the destruction of world peace. Peace, therefore, are not only an aspiration, but also an urgent need, and its coming and survival is necessary.

## REFERENCES

1. Ambos, Kai. 2014. *Treaties of International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*. Oxford: Oxford University Press.
2. Andrassy, Juraj. 1931. *Liga naroda, Njezino ustrojstvo i djelovanje*. Zagreb: Matica hrvatska.
3. Andrassy, Juraj. 1958. *Međunarodno pravo*. Zagreb: Školska knjiga.
4. Andrassy, Juraj. 1971. *Međunarodno pravo*. Zagreb: Školska knjiga.
5. Avramov, Smilja, Milenko Kreća. 2003. *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Naučna knjiga.
6. Babić, Miloš. 2021. *Međunarodno krivično pravo*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci.
7. Bassiouni, Cherif M. 2008. *International Criminal Law, Volume I: Sources, Subjects and Contents*. Leiden: Brill.
8. Corten, Olivier. 2010. *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*. Oxford: Hart Publishing.
9. Crawford, Neta C. 1/2003. Just War Theory and U.S. Counterterrorism War. *Perspectives on Politics*, 1: 5–25.
10. Degan, Vladimir-Đuro, Berislav Pavišić, Violeta Beširević. 2011. *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Unio i JP „Službeni glasnik”.
11. Degan, Vladimir-Đuro. 2011. Odgovornost za zločin agresije u svim njezinim vidovima. *Rad HAZU, Razred društvenih znanosti* 48: 233–289.
12. Đipalo, Sabina. 1/2015. Pravedni rat – osvrt na u suvremeno doba i slučaj ruske intervencije u Ukrajini 2014. godine. *Zagrebačka pravna revija* 4: 65–90.
13. Heller, Kevin Jon. 2011. *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of the International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
14. Helmersen, Sondre Torp. 2/2014. The Prohibition of the Use of Force as Jus Cogens: Explaining Apparent Derogations. *Netherlands International Law Review* 61: 167–193.

15. Ikanović, Veljko. 48/2015. Zločin agresije u Rimskom statutu. *Srpska pravna misao* 21: 189–209.
16. Janković, Branimir. 1970. *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Naučna knjiga.
17. Jovašević, Dragan, Veljko Ikanović. 2015. *Međunarodno krivično pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet „Apeiron“.
18. Jovašević, Dragan. 1/2015. Krivično delo agresije u međunarodnog i krivičnom pravu Srbije. *Vojno delo* 67: 107–123.
19. Jovašević, Dragan. 65/2013. Međunarodna krivična dela u Rimskom statutu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 51: 201–218.
20. Klamberg, Mark. 2017. *Commentary on the Law of the International Criminal Court*. Brussels: Torkel Opsahl Academic Epublisher.
21. Kolb, Robert. 1998. The Formal Source of *Ius Cogens* in Public International Law. *Zeitschrift für öffentliches Recht* 53: 69–105.
22. Krivokapić, Boris. 2/2012. Običajna pravna pravila u međunarodnom pravu. *Megatrend revija* 9: 35–81.
23. Krivokapić, Boris. 2017. *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union Nikola Tesla i Insitut za uporedno pravo.
24. Krivokapić, Boris. 55/2018. O definisanju agresije u međunarodnom pravu. *Pravna riječ – Časopis za pravnu teoriju i praksu*: 501– 520.
25. Langan, John. 1/1984. The Elements of St. Augustine’s Just War Theory. *The Journal of Religious Ethics* 12: 19–38.
26. Miloglav, Hrvoje, Pasko Tomaš. 1/2017. Protupravnost intervencije i aneksije u međunarodnom pravu: slučaj Krima. *Paragraf* 1: 159–190.
27. Milovanović, Miloš. 1/2011. Krivično delo agresije između konsenzusa i osporavanja. *Međunarodni problemi* 61: 24–51.
28. Minc, Isaak Izrailevič, Anna Mihailova Pankratova, Vladimir Petrovič Potemkin, Evgenij Viktorovič Tarle, Nikolaj Petrovič Kolčanovski. 1951. *Istorija diplomatije, Sveska treća, Diplomacija u period priprema Drugog svetskog rata (1919–1939)*. Beograd: Arhiv za pravne i društvene nauke.
29. Munivrana Vajda, Maja. 2/2012. Međunarodni zločini prema novom Kaznenom zakonu. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 19: 819–842.
30. Neff, Stephen. 2005. *War and the Law of Nations*. Cambridge: Cambridge University Press.
31. Račić, Mile. 2013. Značaj definicije agresije za rad OUN. 79–91 in *Naučni skup sa međunarodnim učešćem „Međunarodno humanitarno pravo”*, edited by Mijal Stojanović. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.
32. Ryan, Frank Wesley. 1950. *The Stimson Doctrine in International Law*. Stanford: Stanford University Press.

33. Seršić, Maja. 2/2007. Agresija, samoobrana i anticipirana samoobrana. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 57: 271–290.
34. Simović, Miodrag. N., Milan Blagojević. & Vladimir M. Simović. 2013. *Međunarodno krivično pravo*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu.
35. Škulić, Milan. 2005. *Međunarodni krivični sud, Nadležnost i postupak*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dosije.
36. Stojanović, Zoran. 2012. *Međunarodno krivično pravo*. Beograd: Pravna knjiga.
37. Tesla, M. D. 6/2016. Zločin agresije kao međunarodno krivično delo, *Vojno delo* 68: 52–69.
38. Thirlway, Hugh. 2010. The Sources of International Law, *International Law*, edited by Malcolm D. Evans. Oxford: Oxford University Press.
39. Vučinić, Zoran. 2006. *Međunarodno ratno i humanitarno pravo*. Beograd: JP „Službeni glasnik“.
40. Vuković, Đuro. 12/1988. Rat kao instrument za rješavanje međunarodnih sporova i njegovo ograničenje. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banja Luci*: 93–105.
41. Welsh, Jennifer M. 1/2019. Norm Robustness and the Responsibility to Protect, *Journal of Global Security Studies* 4: 53–72.
42. Zimmermann Andreas & Elisa Freiburg. 2015. *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, edited by Otto Triffterer & Kai Ambos. Goettingen: Beck/Hart.
43. Charter of the United Nations. <https://www.un.org/en/about-us/un-charter> (last visited 13 May 2022).
44. Control Council Law no. 10. <https://www.trumanlibrary.gov/library/research-files/memorandum-control-council-law-no-10-punishment-persons-guilty-war-crimes> (last visited 13 May 2022).
45. Covenant of the League of Nations. [https://libraryresources.unog.ch/ld.php?content\\_id=32971179](https://libraryresources.unog.ch/ld.php?content_id=32971179) (last visited 12 May 2022).
46. Elements of Crime. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf> (last visited 16 May 2022).
47. International Court of Justice Reports 1986. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19841126-JUD-01-00-EN.pdf> (last visited 26 May 2022).
48. International Court of Justice Reports 2005. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf> (last visited 30 April 2023).
49. International Court of Justice Reports 2005. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> (last visited 30 April 2023).

50. Kellogg-Briand Pact 1928. <https://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/satzger/materialien/kellogg1928e.pdf> (last visited 12 May 2022).
51. Resolution RC/Res.6. <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf> (last visited 15 May 2022).
52. Rome Statute of the International Criminal Court. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> (last visited 16 May 2022).
53. Statute of International Military Tribunal in Nuremberg. <https://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/satzger/materialien/img1945e.pdf> (last visited 12 May 2022).
54. Statute of the International Military Tribunal for the Far East in Tokyo. <https://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/satzger/materialien/img1945e.pdf> (last visited 12 May 2022).
55. United Nations General Assembly Resolution no. 3314. <http://hrlibrary.umn.edu/instree/GAres3314.html> (last visited 14 May 2022).
56. AAP-06 Edition 2021, NATO Glossary of Terms and Definitions (English and French), NATO Standardization Office, 2021.

## AGRESIJA (ZLOČIN PROTIV MIRA) U MEĐUNARODNOM JAVNOM I KRIVIČNOM PRAVU

### *Rezime*

U posljednja dva stoljeća svijet i čovječanstvo su se promijenili više no ikada. Nagli razvoj tehnologija, ali i društveno-humanističke i političke misli doveo je do potpuno drugačije percepcije svijeta od strane ljudi. Želja za širenjem utjecaja, potpomognuta tehnološkim razvojem, velike su sile gurnule u najkrvavije oružane sukobe koje je svijet ikada vidio. Po svršetku Prvog, ali i Drugog svjetskog rata, pokazalo se kao nužno ne samo sankcionirati kolovođe ideje o agresivnom ratu, nego i sankcionirati vrijeđanje neovisnosti zemalja putem oružanog napada. S tim u vezi, međunarodna zajednica je pristupila detaljnijem definiranju pojma agresije, te zločina protiv mira (zločin agresije) i utemeljavanje odgovarajućih mehanizama sa namjerom preveniranja oružanih sukoba, njihova zaustavljanja i promoviranja mirnog rješavanja međunarodnog sporova. Upravo je ova ideja predmet teksta koji slijedi. Autor rada želi da svoj skromni doprinos pravnoj znanosti u pogledu analize pojma agresije u međunarodnom pravu (primarno u međunarodnom javnom pravu), ali i određenju i elementima (međunarodnog) kaznenog djela – zločin protiv mira (agresija) u međunarodnom kaznenom pravu. Pored razlaganja i pojašnjenja sadržine samog pojma agresije, autor rada će pristupiti analizi ovog međunarodnog zločina sadržanog u međunarodnim dokumentima, predstaviti nadležnost Međunarodnog kaznenog suda u odnosu na agresiju, te



objasniti položaj i ulogu Ujedinjenih naroda u preveniranju oružanih sukoba i očuvanju mira. Naposljetku, kritičkom analizom svega navedenog autor će predstaviti prednosti i nedostatke mehanizama za spječavanje oružanih sukoba i kažnjavanje počinitelja međunarodnih zločina protiv mira kroz prizmu novele Rimskog statusa MKS-a.

Ključne riječi: *agresija, zločin protiv mira, Rimski statut, Međunarodni kazneni sud, Vijeće sigurnosti, međunarodno humanitarno pravo, oružani sukob, međunarodno kazneno pravo*



Anja Radujević\*

KO BROJI GLASOVE?  
(Normativna analiza izbornih organa u Austriji,  
Holandiji, Sloveniji i Srbiji)

*Pravo glasa zapisano je u prvim dokumentima ustavne prirode – deklaracijama o pravima građana, kao jedno od osnovnih prava. Ono može da se ostvari jedino na slobodnim i legitimnim izborima, koje takvim moraju učiniti organi za sprovođenje izbora, koji će omogućiti građanima da potpuno uživaju to svoje pravo. Neophodno je da ti organi budu nepristrasni i nezavisni, a to se može postići jedino ako u njihov sastav ulaze pravni i politički stručnjaci, ljudi koji imaju iskustva u sprovođenju pravnog procesa. Važno je da se takvi ljudi u organe biraju nepristrasno i na osnovu stručnosti jer samo takvi mogu da vrše tu bitnu funkciju. Treba naglasiti i nezavisnost i kvalifikovanost tih organa jer od legitimnosti izbora zavisi budućnost građana i države.*

Ključne reči: *izborno pravo, organi za sprovođenje izbora, izborne komisije, birački odbori, Venecijanska komisija*

*„Na izborima javnost donosi primarne odluke koje se tiču svih građana i svih administratora. Tu se javne preferencije manifestuju u odlukama o tome ko će upravljati svim nivoima vlasti i, na osnovu inicijative i referendumskog procesa, čak i kako će se vladati. Ipak, istorija izborne administracije je takva da su je često činili loše opremljeni, loše obučeni administratori sa skraćenim radnim vremenom kojima je povereno upravljanje tom kritičnom demokratskom funkcijom.”<sup>1</sup>*

Michael Alvarez, Thad Hall

---

\* Autorka je studentkinja druge godine osnovnih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, [anja.radujevic@gmail.com](mailto:anja.radujevic@gmail.com).

<sup>1</sup> Alvarez, Hall. 2006. Controlling Democracy: The Principal-Agent Problems in Election Administration. *The Policy Studies Journal* 34, 4: 491.

## 1. UVOD

Opšte biračko pravo je tekovina viševekovne ljudske borbe. S njim u vezi i kao njegova posledica, javljaju se slobodni izbori, vladavina prava, pa i pravna država. Ostvarivanje biračkog prava na slobodnim izborima pretpostavka je života u uređenom društvu, što jasno implicira da je pravilno i pravedno sprovođenje izbornog procesa zadatak od krucijalnog značaja. S obzirom na važnost izbora, koji su predušlov postojanja demokratije, isto toliko je važno i ko broji glasove.

„Činom izbora građani neposredno iskazuju (ili uskraćuju) poverenje u vlast koju konstituišu, izražavaju (ili odbijaju da iskažu) pristanak da budu podvrgnuti toj vlasti sve dotle dok ona štiti njihova prava. [...] Mogućnost učešća na izborima garantuje izborno pravo. Upravo stoga izborno pravo je jedno od najznačajnijih demokratskih prava sudelovanja građana u oblikovanju države kao političke zajednice i njenih organa” (Pajvančić 1999, 9). Da bi se izborno pravo potpuno ostvarilo, neophodno je obezbediti legitimne i slobodne izbore, *ergo*, neophodno je obezbediti nezavisnu i nepristrasnu izbornu administraciju. „Da bi omogućila ostvarivanje prava na slobodne izbore, izborna administracija mora biti delotvorna, stručna, politički neutralna i javno odgovorna. Njen zadatak jeste da osigura miran i zakonit izborni postupak. Pristrasna izborna administracija vodi ka izbornim prevarama i falsifikovanju izbora, čime se narušava legitimnost izbornog procesa” (Marinković 2019, 165).

U ovom radu će biti prikazani sastav, položaj i način izbora organa za sprovođenje izbora u odabranim državama te njihova (ne)usklađenost sa standardima Venecijanske komisije. Države koje su obrađene u radu izabrane su na osnovu dva kriterijuma. Prvi kriterijum je izveden na osnovu podele organa za sprovođenje izbora, koja obuhvata: sistem opštih upravnih organa, sistem specijalizovane izborne administracije i mešoviti sistem. Mešoviti sistem podrazumeva da, s jedne strane, u izbornoj administraciji učestvuju i opšti upravni organi ali i specijalizovane izborne administracije. Prema toj podeli, sve četiri države koje ćemo prikazati najpribližnije su mešovitom sistemu (Marinković 2019, 165–167). Prema drugom kriterijumu, svaka od odabranih država je po različitom parametru slična Srbiji: Austrija ima približno isti broj stanovnika kao Srbija, cela teritorija Holandije je, kao i srpska, jedna izborna jedinica, a Slovenija je postsocijalistička i bivša jugoslovenska država te je pogodno uraditi uporednu analizu sa Srbijom. Na

samom početku je važno napomenuti da će u radu biti prikazan samo normativni, a ne i politikološki aspekt. S obzirom na činjenicu da su Austrija i Holandija starije i stabilnije, a Slovenija i Srbija mlađe demokracije, biće prikazana samo normativna vrednost zakonskih rešenja, ali ne i njihova primena u praksi.

## 2. UPOREDNI PRIKAZ NORMATIVNIH REŠENJA

### 2.1. Austrija

Austrija je federalna država koja se sastoji od devet saveznih država, pa će u ovom radu biti analizirani samo organi za sprovođenje izbora na federalnom nivou. Na federalnom nivou se vrše izbori za Nacionalni savet, prvi dom parlamenta, te se njima bavi Zakon o izborima za Nacionalni savet (u daljem tekstu: ZINS)<sup>2</sup>. Takođe, na federalnom nivou se bira i predsednik države, s tim što organizacija izbornih organa i izbora ostaje ista kao prema ZINS.

Prema ZINS, postoji pet vrsta organa: opštinski, okružni, regionalni, državni i federalni. Ti organi se formiraju pred svake izbore (član 6. stav 1), s tim što postoji mogućnost za naknadno formiranje koje je neophodno zbog određenih promena u sastavu Nacionalnog saveta. Prema opštim odredbama tog zakona, svi ovi organi se sastoje od predsednika, čiji je zadatak da nadgleda izbore, njegovog zamenika, kao i određenog broja članova, koji se nazivaju asesori ili procenjivači, i njihovih zamenika (ZINS, član 6. stav 2). Članovi moraju imati pravo glasa za Nacionalni savet (ZINS, član 6. stav 3), a pošto se funkcija člana izbornog organa smatra počasnom, ona se ne sme odbiti (ZINS, član 6. stav 4).

Što se tiče pojedinačnog sastava organa, opštinski izborni organ obrazuje se u svakoj opštini van Beča (ZINS, član 8. stav 1). Čine ga načelnik opštine, stalni predstavnik, koga načelnik imenuje za predsednika i opštinskog službenika, i devet procenjivača (ZINS, član 8. stav 2). Ukoliko je i stalni predstavnik sprečen da obavlja funkciju, načelnik opštine imenuje privremenog zamenika (ZINS, član 8. stav 3). Sličan je sastav i ostalih organa. Okružni izborni organi osnivaju se u izbornim

---

<sup>2</sup> Bundesgesetz über die Wahl des Nationalrates, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001199>, poslednji pristup 10. oktobra 2022.

okruzima (ZINS, član 9. stav 1), s tim što postoji mogućnost da opštinski organi nadgledaju rad izbornih organa u okruzima. Čine ga predsestavajući, kojeg gradonačelnik postavlja za okružnog predstavnika, i tri procenjivača (ZINS, član 9. stav 2). Takođe, kada okružni predstavnik nije u mogućnosti, njegovu funkciju obavlja privremeni zamenik, koga imenuje gradonačelnik. Regionalni izborni organi se organizuju u administrativnim okruzima, gradovima koji imaju statute i u gradskim opštinama grada Beča (ZINS, član 10. stav 1). Njih čine guverner okruga, gradonačelnik ili načelnik gradske opštine, stalni predstavnik koji biva imenovan za regionalnog službenika i devet procenjivača (ZINS, član 10. stav 2). Regionalni službenik sam imenuje svoje zamenike i redosled po kojem će ga oni zastupati (ZINS, član 10. stav 3). U ZINS se prvi put spominje da članovi regionalnog izbornog tela van Beča ne smeju biti članovi nijednog drugog izbornog organa, a članovi organa u Beču ne smeju biti članovi državnog izbornog organa za izbornu jedinicu Beč (ZINS, član 10. stav 5). Državni izborni organi se organizuju u svakoj od devet saveznih država, koje čine devet izbornih jedinica (ZINS, član 11. stav 1). Čine ga pokrajinski guverner i stalni predstavnik, koji biva imenovan za predsedavajućeg i za pokrajinskog službenika, a zajedno sa njima i devet procenjivača (ZINS, član 11. stav 2). Zamenike pokrajinskog službenika određuje guverner (ZINS, član 11. stav 3). Na kraju, federalni izborni organ ima nešto širi i složeniji sastav. Čine ga federalni ministar unutrašnjih poslova, kao predsedavajući, federalni zamenik i 17 procenjivača (ZINS, član 12. stav 2). Dva procenjivača moraju biti sudije koje su u službi ili u penziji (ZINS, član 12. stav 3). Ukoliko ministar privremeno nije dostupan, odrediće svoje zamenike i redosled po kojem će ga oni zastupati (ZINS, član 12. stav 4). Tim zakonom se izričito zabranjuje da članovi federalnog organa budu članovi bilo kog drugog izbornog organa (ZINS, član 4. stav 3).

Osim komplikovanog sastava, ali i podele organa, specifični su i način imenovanja i prestanka funkcije procenjivača i njihovih zamena. Stranke koje učestvuju na izborima treba u određenom roku da pošalju predloge za nesudijske procenjivače i zamenike procenjivača (ZINS, član 14. stav 1). Predlozi se šalju federalnom ministru za federalni organ, pokrajinskom guverneru za državne, regionalnim guvernerima za regionalne i okružnim gradonačelnicima za okružne i opštinske organe (ZINS, član 14. stav 3). Zakasnele prijave se ne uzimaju u obzir, osim u slučaju kada je zbog izvesnih promena neophodno naknadno osnovati određeni organ (ZINS, član 14. stav 4). Prema članu 42, stranke koje će

učestvovati u izborima podnose predloge ovlašćenim licima. Državni službenik mora da pogleda da li postoje očigledni nedostaci podnetog predloga za državne organe i ukoliko je predlog podnet u roku, stranci može vratiti predlog na ispravku. Predlog za državne izborne organe moraju da potpišu ili tri člana Nacionalnog saveta ili određeni broj birača, koji zavisi od veličine izborne jedinice (ZINS, član 42. stav 2). Birači mogu potpisati predlog samo ukoliko dobiju potvrdu iz opštine da su upisani u birački spisak (ZINS, član 42. st. 3, 4). Državni službenik može zahtevati pismenu potvrdu predviđenu članom 42, a ako predstavnik stranke odbije da je dostavi, neće se smatrati da je predlog podnet. S druge strane, ukoliko predlog podnosi stranka koja je već zastupljena u Nacionalnom savetu, predlog mora biti odmah obrađen (ZINS, član 14. stav 5).

Procenjivače i njihove zamenike u federalni izborni organ imenuje Federalna vlada (ZINS, član 15. stav 1). U sve ostale organe imenuje ih odgovarajući službenik, pa tako federalni službenik imenuje procenjivače u državni organ, državni službenik imenuje u regionalni organ i tako dalje (ZINS, član 15. stav 2). Procenjivači i njihovi zamenici biraju se D'Ontovim metodom na osnovu rezultata koje su stranke predlagači imale na prethodnim izborima za Nacionalni savet u oblasti izbornih vlasti. Stranke koje su zastupljene u Nacionalnom savetu, ali prema D'Ontovom modelu nisu dobile pravo da predlože procenjivače, mogu da ih predlože samo za federalni izborni organ (ZINS, član 15. stav 3). Ukoliko stranka koja ispunjava uslove iz člana 14. stava 1. nema pravo da prema članu 15. stavu 3. imenuje ocenjivače, ona ima pravo na najviše dva predstavnika u svakom izbornom organu, i to samo u slučaju da ima najmanje tri predstavnika u poslednjem sastavu Nacionalnog saveta. Stranke koje nisu zastupljene u Nacionalnom savetu to pravo imaju samo u državnom i federalnom organu (ZINS, član 15. stav 4). Zakonom o izborima za Nacionalni savet nije regulisan način izbora dva procenjivača iz sudijske službe.

Procenjivaču će funkcija prestati ukoliko ne obavlja svoje dužnosti, osim u slučaju privremenog odsustva, a stranka koja ga je predložila dužna je da predloži novog mandataru za upražnjeno mesto (ZINS, član 19. stav 1). Svi organi koji su imenovali službenike i njihove zamenike i sve stranke koje su predložile procenjivače slobodni su da ih u bilo kom momentu smene i postave nove mandatare (ZINS, član 19. stav 2). Ukoliko se stranka čiji su predloženi kandidati postali procenitelji ili zamenici procenitelja nije kandidovala za državne izbore

ili njena kandidatura nije objavljena, njeni procenitelji gube funkciju u državnim i svim nižim izbornim organima. Svoje procenitelje u federalnom izbornom organu izgubiće stranka koja se nije kandidovala za državne izbore u nekoj izornoj jedinici ili njena kandidatura nije objavljena (ZINS, član 19. stav 3). Ako nakon formiranja Nacionalnog saveta sastav izbornih tela ne odgovara uslovima koji su propisani prethodnim članovima, moraju se dogoditi promene koje odgovaraju novonastaloj situaciji (ZINS, član 19. stav 4).

S obzirom na članstvo u Evropskoj uniji, Ministarstvo za evropske i međunarodne odnose može pozvati Organizaciju za evropsku bezbednost i saradnju (OEBS) i njene države članice da pošalju međunarodne izborne posmatrače (ZINS, član 20a. stav 1). Tim zakonom, austrijski izborni organi su u obavezi da saraduju sa međunarodnim posmatračima, a ovi su u obavezi da ni na koji način ne ometaju izborni proces (ZINS, član 20a). Još jedna specifičnost koju predviđa ZINS jeste da stranke mogu na sednice biračkih organa da upućuju ljude od poverenja, koji nemaju pravo da učestvuju u glasanju ni odlučivanju (ZINS, član 15. stav 4).

Na kraju treba dodati da se u Austriji razmatra donošenje promena u izbornom pravu, te su se tim povodom održavale brojne konferencije, a mnoge organizacije su davale svoje predloge. Jedan od najkonkretnijih je dala nezavisna grupa za posmatranje izbora Valbeobachtung (Wahlbeobachtung). Groma sa saradnicima (Grohma *et al.* 2018, 14–16) izneo je predlog o značajnom pojednostavljenju izbornog procesa koji je predviđen Zakonom o izborima za Nacionalni savet. Ipak, na ovom mestu bavićemo se predlogom za izborne organe. Najviše zamerki u toj oblasti posmatrači izbora imaju na sastav federalnog izbora organa, te predlažu da se u njegov sastav, osim dvojice sudija, biraju i nezavisni stručnjaci van pravosuđa. Takođe, zbog činjenice da su kandidati za asesore politički vezani za svoje partije, njihov predlog je da se izade iz stranačkih okvira i da se organu pridruži više predstavnika civilnog društva, čime bi se postigle transparentnost i nezavisnost tog organa.

## 2.2. Holandija

Pre promene Ustava, u Holandiji je bio zastupljen sistem apsolutne većine, koji je omogućavao saradnju između političkih stranaka. Danas, ipak, važi proporcionalni sistem prema kojem se glasa za izborne liste, što više ne daje nikakav podsticaj strankama da me-



đusobno saraduju. Takva promena je, prema mišljenju holandskih ustavnih pravnika, donela veliko poboljšanje jer nije ostavila mesta za „gerrymandering”.<sup>3</sup> Kao što će se videti u daljem tekstu, političke partije nemaju veliku ulogu u izbornom procesu, osim što predlažu kandidate, odnosno izborne liste (Bovend Eert, Kortmann 2018, 198).

Holandsko izborno pravo je u najvećoj meri uređeno Izbornim zakonom (u daljem tekstu: IZ)<sup>4</sup>, koji dopunjuju Okvirni zakon o nezavisnim upravnim organima (u daljem tekstu: OZNUO)<sup>5</sup> i Okvirni zakon o savetodavnim odborima (u daljem tekstu: OZSO).<sup>6</sup> Izbornim zakonom su predviđeni sledeći nivoi izbora: izbori za Predstavnički dom, pokrajinski, opštinski i izbori za vodne odbore. Tim zakonom su kao organi za sprovođenje izbora predviđeni Izorno veće i izborna mesta, koji na različitim nivoima izbora imaju različita zaduženja i položaj.

Izorno veće je centralni izborni organ. Njegov sastav, izbor i položaj uređeni su odredbama IZ, OZNUO i OZSO. Čine ga šest članova i predsednik, koje postavlja ministar unutrašnjih i kraljevskih odnosa, a takođe ih i razrešava dužnosti (IZ, član A 5). Funkcija može prestati i suspenzijom ili otpuštanjem zbog nepodobnosti i nesposobnosti ili drugih ozbiljnih razloga, o čemu odlučuje ministar, nakon saslušanja Veća (IZ, član A 5). Mandat članova Veća je četiri godine, sa mogućnošću da ponovo budu izabrani još dva puta. Odredbama OZNUO jasno je određeno da nijedan član Izbornog veća ne sme biti državni službenik, a svi članovi se biraju isključivo na osnovu stručnosti u oblasti izbora i izbornog prava, ali konkretniji kriterijumi nisu određeni (IZ, član 12). U tom zakonu se insistira da se u izboru članova veća pažnja posveti jednakom učešću žena, etničkih i kulturnih manjina. Zajedno sa sedam članova koje bira ministar, Veće čine i sekretar i ostali zaposleni, koji nemaju pravo da učestvuju u donošenju odluka (IZ, član A 6).

Osim što učestvuje u sprovođenju izbora, Izorno veće ima zadatak da u godišnjim izveštajima savetuje Vladu u oblasti izbornog prava i izbornih zakona (IZ, član A 3. stav 2). Poseban odbor se osniva

---

<sup>3</sup> Manipulisati granicama (izborne jedinice) tako da favorizuju jednu stranku ili klasu.

<sup>4</sup> Kieswet, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0004627/2022-03-24>, poslednji pristup 10. oktobra 2022.

<sup>5</sup> Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0020495/2022-07-01>, poslednji pristup 10. oktobra 2022.

<sup>6</sup> Kaderwet adviescolleges, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0008159/2022-07-01>, poslednji pristup 10. oktobra 2022.

za nadgledanje i ocenjivanje rada Izbornog veća. Naučno-savetodavni odbor postoji u gotovo svim organima, a taj odbor u Izbornom veću čine tri nezavisna stručnjaka iz oblasti izbora i izbornog prava.

Osim Izbornog veća kao centralnog organa, postoje i takozvana izborna mesta. Svaka opština obezbeđuje određeni broj izbornih mesta (IZ, član J 4). Taj organ se sastoji od predsednika i još tri člana, s tim što svaki član ima i zamenika. Biraju se na mandat od četiri godine (IZ, član C 4), a pre pristupanja tom organu, uslov je da članovi prođu obuku.

Za sva četiri nivoa izbora određuje se glavno biračko mesto (u daljem tekstu: GBM) u svakoj izornoj jedinici. Ovaj organ ima prošireni sastav u odnosu na biračka mesta, te se sastoji od pet članova, od kojih je jedan predsednik. Predsednik GBM je načelnik opštine u kojoj je organ osnovan, a ostale članove i njihove zamenike određuje ministar za unutrašnje i kraljevske odnose. Taj sastav nije konačan i može se promeniti posebnom uredbom (IZ, član E 7).

Poseban organ određuje se za svaki nivo izbora i za svaki nivo je drugačiji. Centralno biračko mesto (u daljem tekstu: CBM) menja sastav zavisno od nivoa izbora, a njegova najvažnija nadležnost je utvrđivanje rezultata izbora. Za izbore za Predstavnički dom, Izorno veće predstavlja centralnu izbornu komisiju. Za pokrajinske izbore, CBM je glavno biračko mesto glavnog grada pokrajine. Predsednik CBM je ujedno načelnik opštine, a ostale članove i zamenike bira pokrajinska izvršna vlast. GBM je ujedno i CBM u opštinskim i izborima za vodne odbore, s tim što je njihov sastav različit za te dve vrste izbora. U opštinskim izborima, predsednik CBM je gradonačelnik, a ostale članove bira izvršno veće, dok je predsednik CBM na izborima za vodne odbore – predsednik odbora (IZ, član E 11).

### 2.3. Slovenija

Izbori u Sloveniji regulisani su odredbama dva zakona: Zakona o izborima za Državnu skupštinu (u daljem tekstu: ZIDS)<sup>7</sup> i Zakona o lokalnim izborima (u daljem tekstu: ZLI).<sup>8</sup> Ta dva zakona regulišu dva nivoa izbora, te se organi koje oni konstituišu razlikuju, ali ZIDS

<sup>7</sup> Zakon o volitvah v državni zbor, <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO185>, poslednji pristup 10. 10. 2022.

<sup>8</sup> Zakon o lokalnih volitvah, <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO308>, poslednji pristup 10. 10. 2022.

dopunjuje sve oblasti izbora koje nije regulisao ZLI. S obzirom na to da je ZIDS glavni zakon kojim se uređuju izbori, prvo će se analizirati organi koji sprovode izbore za Državnu skupštinu, a potom organi koje konstituiše ZLI.

Obredbama ZIDS predviđena su dva nivoa organa: izborne komisije, koje se biraju na mandat od četiri godine, i birački odbori, koji se konstituišu pred svake izbore (član 22. stav 1). Izborne komisije se dele na: Državnu izbornu komisiju (DIK), izborne komisije izbornih jedinica i okružne izborne komisije (ZIDS, član 23). Izborne komisije čine predsednik, zamenik predsednika i ostali članovi i njihovi zamenici (ZIDS, član 24. stav 1). Svi članovi izbornih komisija moraju da imaju biračko pravo (ZIDS, član 24. stav 2) i smeju da budu članovi samo jednog izbornog organa (ZIDS, član 24. stav 3). Član izbornih organa ne sme da bude kandidat na izborima, predstavnik ili poverenik izborne liste (ZIDS, član 25. stav 1), a u slučaju da prekrši taj uslov, odmah mu prestaje funkcija člana izbornog organa (ZIDS, član 25. stav 2). Osim tih izbornih komisija, za izbore poslanika iz mađarske i italijanske nacionalne zajednice osniva se posebna izborna komisija (ZIDS, član 22. stav 3).

Sednicama izbornih komisija izbornih jedinica i DIK-a može prisustvovati predstavnik izborne liste (ZIDS, član 30. stav 1), kojeg određuje podnosilac izborne liste (ZIDS, član 31. stav 1), a sednicama okružnih izbornih komisija sme prisustvovati poverenik izborne liste (ZIDS, član 30. stav 2), kojeg imenuje predstavnik izborne liste (ZIDS, član 31. stav 2). Osim njih, radu izbornih komisija mogu prisustvovati posmatrač iz akreditovanih organizacija (ZIDS, član 30. stav 3), s tim što uslove za akreditaciju određuje DIK (ZIDS, član 30. stav 4). Svi posmatrači mogu predsedniku izborne komisije ukazati na nepravilnosti (ZIDS, član 30. stav 5).

Članove DIK bira Državna skupština (ZIDS, član 32. stav 1). Predsednik DIK i njegov zamenik biraju se iz reda sudija Vrhovnog suda (ZIDS, član 32. stav 3). Osim njih, DIK čine još pet članova i njihovi zamenici. Dva člana i njihovi zamenici moraju biti pravni stručnjaci, dok ostala tri člana i njihove zamenike predlažu poslaničke grupe (ZIDS, član 32. stav 4). Sve članove DIK razrešava Državna skupština. Predsednik će biti razrešen ukoliko sam to zatraži, izgubi biračko pravo ili ako više ne vrši sudijsku funkciju (ZIDS, član 32. stav 5). Ostali članovi će biti razrešeni zbog nesavesnog postupanja, a predlog za razrešenje podnosi poslanička grupa koja je predložila člana (ZIDS, član 32. stav 6).

Državna izborna komisija imenuje članove izbornih komisija izbornih jedinica (ZIDS, član 33. stav 1). Predsednik i njegov zamenik dolaze iz reda sudija (ovde ne konkretno sudija Vrhovnog suda), kao i tri člana i njihovi zamenici. Jedan član mora biti pravni stručnjak, a ostala dva člana predlažu poslaničke grupe (ZIDS, član 33. stav 4). Okružne izborne komisije su sličnog sastava, a članove takođe imenuje DIK (ZIDS, član 34. stav 1). Sastav tih komisija takođe čine predsednik i njegov zamenik, s tim što predsednik mora biti sudija, a zamenik diplomirani pravnik (ZIDS, član 34). Ostala tri člana i njihove zamenike imenuju političke stranke, a predlažu ih članovi organa mesnih zajednica u izbornom okrugu (ZIDS, član 34. stav 6). Prilikom imenovanja članova, prvo se uzimaju predlozi političkih stranaka koje imaju predstavnike u Državnoj skupštini, i to najpre onih koje imaju najveći broj predstavnika (ZIDS, član 34. stav 7). Ukoliko neke stranke imaju isti broj predstavnika, redosled se odlučuje žrebom. Potom se uzimaju u obzir predlozi ostalih stranaka, čime se omogućuje politički pluralizam (ZIDS, član 34. stav 8). Ukoliko nema uopšte ili nema dovoljno predloga, članove imenuju zaposleni u državnim ili lokalnim organima (ZIDS, član 34. stav 8).

Članove izbornih komisija izbornih jedinica i okružnih izbornih jedinica razrešava DIK u slučajevima kada: oni to sami zatraže, izgube biračko pravo, više ne vrše sudijsku funkciju ili su nesavesno postupili ili nisu postupili po uputstvima. Razrešenje može zatražiti i član komisije ili poslanička grupa koja je člana predložila, ukoliko je ovaj nepošteno vršio svoju funkciju (ZIDS, član 35).

Osim redovnih članova koji imaju pravo glasa, u radu pomažu i sekretar i najviše dva zamenika, koji se biraju na mandat od četiri godine. Njih imenuje i razrešava DIK, a predlaže načelnik upravne jedinice iz reda službenika koji su se istakli u poslovima unutrašnje uprave ili u oblasti izbora (ZIDS, član 36). Takođe, DIK-u u radu pomaže služba Državne izborne komisije, koja obavlja administrativne poslove (ZIDS, član 37). Direktor službe se bira na javnom konkursu, na mandat od pet godina. On takođe može podneti predlog za razrešenje sekretara i njegovih zamenika (ZIDS, član 36).

Glasanjem na biračkim mestima rukovode birački odbori (ZIDS, član 40. stav 1), a za svako biračko mesto osniva se jedan odbor (ZIDS, član 40. stav 2). Biračke odbore imenuje okružna izborna komisija (ZIDS, član 39). Birački odbor čine predsednik, njegov zamenik i paran broj članova i njihovih zamenika (ZIDS, član 41. stav 1). Uslov za

izbor u zvanje člana biračkog odbora jeste da građanin ima prebivalište na teritoriji izbornog okruga. Članove odbora predlažu političke stranke najkasnije 15 dana pre izbora. Prilikom imenovanja članova, prvo se uzimaju predlozi političkih stranaka koje imaju predstavnike u Državnoj skupštini, i to najpre onih koje imaju najveći broj predstavnika. Ako neke stranke imaju isti broj predstavnika, redosled se odlučuje žrebom. Potom se uzimaju u obzir predlozi ostalih stranaka, čime se omogućuje politički pluralizam. Ukoliko nema uopšte ili nema dovoljno predloga, članove imenuju službenici državne ili uprave mesne zajednice.

Naposletku, osvrnućemo se na lokalne izbore, kojima slovenačka literatura posvećuje značajnu pažnju. Lokalni izbori su slični nacionalnim izborima jer imaju mnoge identične strukturalne i proceduralne karakteristike koje ih povezuju, ali je kontekst u kojem se odvijaju različit i uslovljava različito ponašanje ključnih aktera – birača, kandidata i klijenata (Brezovšek 2020, 37). Zakonom o lokalnim izborima predviđeni su DIK, koja obavlja određene poslove, opštinske izborne komisije i posebne opštinske izborne komisije koje se odnose na izbore u mađarskoj i italijanskoj nacionalnoj zajednici (ZLI, član 33). Osim tih organa, na biračkim mestima izbore sprovode birački odbori (ZLI, član 34).

Članovi opštinske izborne komisije biraju se na mandat od četiri godine (ZLI, član 38), a tu komisiju čine predsednik i njegov zamenik, koji moraju biti sudije ili diplomirani pravници, tri člana i zamenici, koje predlažu političke stranke, organizacije građana ili građani iz opštine (ZLI, član 35), a imenuje ih opštinsko veće (ZLI, član 38). Birački odbori imaju isti sastav kao i prilikom izbora za Državnu skupštinu, s tim što članove predlažu političke stranke, organizacije građana ili građani iz opštine, najkasnije 10 dana od raspisivanja izbora, a predlog dostavljaju opštinskoj izbornoj komisiji (ZLI, član 37). Odredbama ZLI izričito se zahteva da nijedan član biračkog odbora ne sme biti član porodice ili u vanbračnoj zajednici sa kandidatom na izborima. Lice koje je imenovano u odbor dužno je da prijavi srodstvo ili vezu sa kandidatom najkasnije tri dana od objavljivanja izbornih lista. Lice mora priložiti pismenu izjavu o saglasnosti o imenovanju i o tome da nije ni u kakvoj vezi sa kandidatom. Ukoliko jeste u krvnoj ili vanbračnoj vezi sa kandidatom, biva razrešen i na njegovo mesto dolazi novi član, koji takođe mora priložiti pismenu izjavu (ZLI, član 37).

Slično kao i u slučaju izbornih komisija koje sprovode izbore za Državnu skupštinu, radu opštinske izborne komisije mogu prisu-

stvovati predstavnici i poverenici kandidata i izbornih lista i oni predsednika mogu upozoriti na nepravilnosti (ZLI, član 46). Predstavnik imenuje podnosilac liste, a poverenika predstavnik, o čemu mora da izvesti opštinsku izbornu komisiju najkasnije pet dana pre izbora (ZLI, član 47).

## 2.4. Srbija

„Srbija je za dve i po decenije isprobala različite izborne modele. Ta činjenica sama za sebe govori da je izborni sistem u ovom slučaju dinamična institucija. Često je menjan ne samo temeljni tip izbornog sistema – većinski, proporcionalni, mešoviti, nego i niz elemenata koji imaju snažno manipulativno dejstvo na izborni dizajn: veličina izborne jedinice, formula za pretvaranje glasova u mandate, visina izbornog praga, kao i drugi izborni instituti, praktično svi obuhvaćeni izbornim pravom. Gotovo da je naš izborni sistem u stalnim reformama” (Jovanović 2006, 219). Početkom 2022. godine, neposredno pred zakazane izbore, u Srbiji je doneta značajna promena u izbornom zakonodavstvu, koja je ujedno najveća promena u srpskom izbornom zakonodavstvu u poslednjih dvadeset godina. Njome je uveden treći stepen u sistemu organa za sprovođenje izbora i uvedene su određene promene u procesu izbora članova, ali nije odgovoreno na zadatak da se izborni proces pojednostavi i da se izborni zakonodavstvo unifikuje. Reformisan je Zakon o izboru narodnih poslanika (u daljem tekstu: ZINP)<sup>9</sup>, a izborni pravo je uređeno i Zakonom o lokalnim izborima (u daljem tekstu: ZLI).<sup>10</sup>

Zakonom o izboru narodnih poslanika predviđena su tri organa: Republička izborna komisija (RIK), lokalne izborne komisije i birački odbori (ZINP, član 7). Prema opštim pravilima ZINP, svi organi za sprovođenje izbora su predsednik, zamenik predsednika, članovi organa i njihovi zamenici, koji imaju neograničenu mogućnost reizbora (ZINP, član 9). U organ za sprovođenje izbora može biti izabrano samo lice koje ima izborni pravo i nije narodni poslanik ni kandidat za narodnog poslanika (ZINP, član 13). Svi organi rade u stalnom i proširenom sastavu (ZINP, član 10. stav 1). Članove u proširenom sastavu može da predloži podnosilac proglašene izborne liste (ZINP, član

<sup>9</sup> Zakon o izboru narodnih poslanika, *Službeni glasnik RS* 14/2022.

<sup>10</sup> Zakon o lokalnim izborima, *Službeni glasnik RS* 14/2022.

10. stav 2), a ukoliko ih ne predloži, organ nastavlja da radi u stalnom sastavu i punovažno donosi odluke (ZINP, član 10. stav 3).

Opštim odredbama o organima za sprovođenje izbora propisani su i načini prestanka funkcije članovima organa. Osnovni uzroci zbog kojih članovima organa po sili zakona prestaje funkcija su: ako umre, izgubi izbornu pravo, ako se proglasi izborna lista na kojoj je on kandidat za narodnog poslanika, ako podnosilac povuče listu, ako se poništi rešenje kojim je izborna lista proglašena, ako je osuđen na kaznu zatvora od najmanje šest meseci i u drugim slučajevima (ZINP, član 14. stav 1). Član će biti razrešen ukoliko podnese ostavku, ukoliko se utvrdi da ne ispunjava uslove i tako dalje (ZINP, član 14. stav 2). Poseban slučaj razrešenja nastupa kada je član imenovan u dva organa za sprovođenje izbora, te mu tada funkcija prestaje u onom organu u koji je kasnije imenovan (ZINP, član 15).

Republičku izbornu komisiju čine: predsednik, zamenik predsednika, 16 članova i njihovi zamenici, koje imenuje Narodna skupština (ZINP, član 17. stav 1). Poseban uslov koji se zahteva od članova RIK-a jeste da imaju visoko obrazovanje u oblasti pravnih nauka (ZINP, član 16). Članovi se imenuju na predlog poslaničkih grupa, shodno njihovoj zastupljenosti u ukupnom broju narodnih poslanika koji pripadaju poslaničkim grupama (ZINP, član 18. stav 1). Ako jedna poslanička grupa ima više od polovine narodnih poslanika, ona predlaže predsednika, zamenika predsednika, sedam članova i sedam zamenika, a ostale predlažu ostale stranke, shodno svojoj zastupljenosti (ZINP, član 18. stav 3). Nijedna poslanička grupa ne može da predloži više od pola članova RIK-a (ZINP, član 18. stav 2). Izuzetno, zakonom je predviđena mogućnost da se, zarad predlaganja članova RIK-a, poslaničkom grupom smatra pojedinac ili grupa koja broji manje od onoga koliko je inače potrebno za osnivanje poslaničke grupe, pod određenim uslovima<sup>11</sup> (ZINP, član 18. stav 4). Takođe, u zakonu se obraća pažnja i na zastupljenost polova u RIK-u, te se veoma precizno predviđa koliki broj kandidata manje zastupljenog pola mora biti pri podnošenju predloga za članove (ZINP, član 19).

Takođe, RIK radi i u proširenom sastavu. Najkasnije sedam dana pre glasanja, podnosioci proglašanih izbornih lista dužni su da podnesu predlog RIK-u, koji imenuje članove i zamenike u proširenom sastavu, a o predlogu odlučuje u roku od 24 časa. U proširenom sastavu RIK

---

<sup>11</sup> Videti član 18. stav 4. ZINP.

će raditi dok ukupan izveštaj o rezultatima izbora ne postane konačan (ZINP, član 22). Osim članova u redovnom i proširenom sastavu, u radu RIK-a učestvuju i sekretar, njegov zamenik i dva člana koja obavljaju poslove statistike i nemaju pravo odlučivanja (ZINP, član 21).

Lokalne izborne komisije dele se na: opštinske izborne komisije, gradske izborne komisije i izborne komisije gradskih opština grada Beograda. Njihov sastav je regulisan odredbama ZINP i ZLI. Prvo će biti prikazan sastav prema ZINP, a zatim analiza ZLI. Ako na dan kada su raspisani izbori nije sastavljena lokalna izborna komisija, RIK u roku od sedam dana donosi rešenje kojim imenuje lokalnu izbornu komisiju u stalnom sastavu (ZINP, član 28. stav 1). U takvom sastavu, nju čine predsednik, zamenik predsednika (koji moraju imati visoko obrazovanje u oblasti pravnih nauka), šest članova i njihovi zamenici, koje predlažu poslaničke grupe srazmerno svojoj zastupljenosti u Narodnoj skupštini (ZINP, član 28. stav 2). Ukoliko poslanička grupa ima više od polovine narodnih poslanika, predlaže predsednika, njegovog zamenika, dva člana i dva zamenika, dok ostale članove predlažu ostale poslaničke grupe shodno zastupljenosti (ZINP, član 28. stav 3). Ako poslanička grupa ne predloži članove, predlaže ih načelnik upravnog okruga, koji bi, po mogućstvu, trebalo da da prednost licima koja su prošla obuku za rad u lokalnoj izornoj komisiji ili imaju iskustva u sprovođenju izbora (ZINP, član 29).

Lokalne izborne komisije takođe rade u proširenom sastavu. Članove u proširenom sastavu imenuje lokalna izborna komisija, na predlog podnosioca proglašene izborne liste. Komisija će raditi u proširenom sastavu dok zbirni izveštaj o rezultatima glasanja ne bude konačan (ZINP, član 30).

I birački odbori su predviđeni odredbama oba zakona, a njihov sastav i u jednom i u drugom sastavu relativno je sličan. Prema ZINP, birački odbor čine predsednik, njegov zamenik, dva člana i njihovi zamenici, koje imenuje lokalna izborna komisija na predlog poslaničkih grupa (ZINP, član 35). Broj predsednika, zamenika predsednika i članova koje bira jedna poslanička grupa mora biti srazmeran njenoj zastupljenosti u Narodnoj skupštini. Nijedna poslanička grupa ne može predložiti i predsednika i zamenika predsednika jednog biračkog odbora (ZINP, član 36). Ukoliko poslanička grupa ne predloži člana, lokalna izborna komisija će imenovati lice koje predloži načelnik gradske ili opštinske uprave (ZINP, član 37). U proširenom sastavu, članove predlažu podnosioci proglašanih izbornih lista, a imenuje ih



lokalna izborna komisija (ZINP, član 39. stav 1). Postoji mogućnost da se članovi biračkog odbora zamene na zahtev ovlašćenog predlagača najkasnije tri dana pre izbora ili na dan izbora u posebnim okolnostima (ZINP, član 41).

Posebni birački odbori imenuju se u inostranstvu i u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija. Njihove članove u inostranstvu imenuje RIK na predlog Ministarstva spoljnih posla, dok se predsednik bira između zaposlenih u diplomatsko-konzularnom predstavništvu Republike Srbije. U zavodima za izvršenje krivičnih sankcija članove imenuje RIK, na predlog ministarstva nadležnog za pravosuđe (ZINP, član 38). Članove u proširenom sastavu imenuje RIK, na predlog podnosioca proglašene izborne liste (ZINP, član 39. stav 2).

Naposletku, biće prikazani i organi za sprovođenje lokalnih izbora, čiji su sastav, način izbora i položaj uređeni Zakonom o lokalnim izborima. Opšte odredbe o organima za sprovođenje izbora slične su kao i u ZINP, s tim što se kao poseban uslov za imenovanje u organ traži da član ima prebivalište na teritoriji jedinice lokalne samouprave (ZLI, član 15). Takođe, za razliku od ZINP, za prestanak funkcije po sili zakona predviđena je još jedna situacija, a to je ako članu prestane prebivalište na teritoriji jedinice lokalne samouprave (ZLI, član 16). Član organa ne sme biti odbornik ni kandidat za odbornika.

Kao osnovne organe ZLI predviđa izborne komisije i biračke odbore. Sastav izborne komisije, odnosno broj njenih članova, zavisi od broja birača na teritoriji koju obuhvata izborna komisija, pa tako: na 50 hiljada birača komisija ima šest članova i šest zamenika, na 100 hiljada osam članova i osam zamenika, na 500 hiljada birača deset članova i deset zamenika, a na više od 500 hiljada birača 12 članova i 12 zamenika. Osim njih, naravno, sastav čine predsednik i zamenik predstavnika. Sve članove organa bira skupština (ZLI, član 18). Članovi se imenuju na predlog odborničkih grupa (ZLI, član 20), pod tačno propisanim uslovima.<sup>12</sup> Izborna komisija radi u proširenom sastavu i članove bira na predlog podnosilaca proglašanih izbornih lista (ZLI, član 23).

Zakon o lokalnim izborima odlikuju veoma duge i komplikovane odredbe. „Članovi zakona koji se odnose na izbornu administraciju su dugački, glomazni i često nejasni kada se čitaju prvi put, i preklapaju se, što lako može dovesti do zabune” (Marković 2022, 199). Ne samo nomotehnički, već i sadržinski, odredbe tog zakona nisu na naj-

---

<sup>12</sup> Videti član 20. ZLI.

višem nivou. „Potencijalno može biti do sedam različitih vrsti lokalnih izbornih komisija, koje se mogu podeliti po broju članova, sastavu i izbornom procesu, što samo po sebi može ugroziti kompatibilnost i ujednačenost u delovanju, a samim tim utiču i na konačan rezultat izbora” (Marković 2022, 199).

Slično kao u ZINP, birački odbor čine predsednik, zamenik predsednika, dva člana i njihovi zamenici, a imenuje ih izborna komisija na predlog odborničkih grupa (ZLI, član 28). Ako odborničke grupe ne predlože članove, izborna komisija će imenovati lice koje predloži načelnik opštinske ili gradske uprave, s tim što će, po mogućstvu, dati prednost onima koji su prošli obuku za rad u biračkim odborima ili imaju iskustva u sprovođenju izbora (ZLI, član 30). Kao i ostali organi, birački odbor radi u proširenom sastavu, a članove bira izborna komisija na predlog podnosioca proglašanih izbornih lista (ZLI, član 31). Kao i u ZINP, u ZLI je predviđena mogućnost zamene člana na zahtev ovlašćenog predlagача (ZLI, član 33).

### 3. ANALIZA PREDSTAVLJENIH NORMATIVNIH REŠENJA

Nakon analize zakonskih rešenja odabranih država, u nastavku će biti izložen kritički prikaz predstavljenih normi, uz osvrt na predloge Venecijanske komisije (u daljem testu: VK). Zbog obima rada biće obrađene ključne tri stavke: sastav organa, kvalifikacije koje su potrebne članovima organa i postojanje kontrolora (posmatračа) izbora.

„Samo će transparentnost, nepristrasnost i nezavisnost od politički motivisanih manipulacija obezbediti pravilnu administraciju izbornog procesa, od predizbornog perioda do kraja obrade rezultata” (Code of good practice in electoral matters 2002, part III. 3.1 art. 68). VK smatra da države čiji upravni organi imaju dugu istoriju nezavisnih upravnih organa izborni proces opravdano mogu prepustiti njima na upravu. Takve države imaju sistem opštih upravnih organa (Marinković 2019, 166). S druge strane, novije demokratije uglavnom poznaju političke pritiske, te se u njima, zbog takvog sistema, ne bi moglo govoriti o slobodnim izborima. Zato takvim državama VK preporučuje osnivanje nezavisnih i nepristrasnih komisija koje će voditi izborni proces. Marinković (2019, 166) to naziva sistemom specijalizovane izborne administracije. Preporuka je da centralna izborna komisija bude

trajni, a ne *ad hoc* organ, i da u svoj sastav uvrsti sudije ili pravnike i predstavnike svih političkih partija koje su osvojile određeni procenat glasova na izborima. Uz to, poželjno bi bilo da u centralnim komisijama budu predstavljene nacionalne manjine, ali i da bude predstavnik ministarstva zaduženog za unutrašnje poslove, iako to može da utiče na podređenost komisije izvršnoj vlasti. Ako uporedimo zakonska rešenja odabranih država, možemo videti da holandsko Izorno veće u celini bira ministar unutrašnjih poslova na osnovu njihove stručnosti, dok se u sastavu austrijskog federalnog izbornog organa nalazi federalni ministar unutrašnjih poslova. To je prihvatljivo jer se u tim državama vlada ne meša u organizovanje izbornog procesa (Report on electoral law and electoral administration in Europe, 2020, part IV. 22). Predlozima VK za Austriju moglo bi se zameriti da se organi obrazuju pred svake izbore, dok holandski zakonodavac nije obratio dovoljnu pažnju na adekvatnu predstavljenost političkih stranaka. S druge strane, Srbija i Slovenija, kao mlade demokratije, dosledno primenjuju predloge VK, te se centralne izborne komisije sastoje od stručnjaka iz oblasti prava (što je u Sloveniji još doslednije uvaženo jer predsednik mora biti sudija Ustavnog suda), a ostali članovi se imenuju na osnovu zastupljenosti u parlamentu. U komisijama nema predstavnika izvršne vlasti, što doprinosi nezavisnosti tog organa.

Što se tiče kvalifikacija članova organa, VK zahteva da članovi budu specijalizovani u oblasti prava, političkih nauka ili drugim oblastima koje doprinose organizaciji izbora. Svi članovi izbornih komisija bi trebalo da budu obučeni za sprovođenje izbora, i stručni članovi i oni koji dolaze iz političkih partija (Code of good practice in electoral matters 2002, part III. 3.1 art. 86–87). Prema zakonima svih država, pretpostavlja se da su članovi pravni stručnjaci, sudije ili samo diplomirani pravnici, s tim što neki sadrže detaljnije odredbe, dok drugi ne propisuju dovoljno precizno. U holandskom izbornom zakonu se najmanje uređuje to pitanje, s obzirom na to da se kao kriterijum navodi stručnost u oblasti izbora. To pitanje najkonkretnije uređuje Slovenija, s tim što „pravni stručnjak” ostaje pravni standard koji zavisi od tumačenja. Ponovo ćemo se osvrnuti na pomenuti zahtev Valbeobahtunga da se radu federalnog organa u Austriji, umesto stručnih članova, pridruže i predstavnici civilnog društva.<sup>13</sup> Taj zahtev – da se u sastav federalnog organa uvrste i nestručni članovi, predstavnici građanskih grupa – suprotan je standardima VK, koji podstiču stručnost članova

---

<sup>13</sup> Videti deo 2.1.

organa da bi se postigla njegova nezavisnost. Kasnije će biti reči o tome da bi predstavnici građanskog društva mogli da imaju ulogu u posmatranju izbora, ali ne i u donošenju odluka organa. Važno je pitanje obuke jer obučeni organi doprinose sigurnijim izborima. U srpskom Zakonu o izboru narodnih poslanika i Zakonu o lokalnim izborima samo se napominje da bi bilo poželjno da se prilikom izbora članova organa prednost dâ onima koji su prošli obuku za rad u organu, ali ta odredba ne obavezuje dovoljno da bismo tvrdili da su svi članovi zaista prošli tu obuku.

Na kraju, osvrnućemo se na pitanje kontrole izbora. „Najšire posmatrano, pravo kontrole izbora je osnovni preduslov zaštite izbornih prava” (Pajvančić 1999, 141). Na konferenciji OEBS-a u Kopenhagenu usvojen je novi institut izbornog prava – pravo kontrole izbora. „To je institut organizovanog praćenja i posmatranja toka izbora od strane domaćih i stranih posmatrača. Posmatrači nadgledaju izborni proces, ali ne učestuju u njemu” (Pajvančić 1999, 141). Prema stavu VK, posmatranjem izbora se obezbeđuje dokaz da li je izborni proces regularan ili ne. Postoje tri grupe posmatrača: nacionalni partijski posmatrači, nacionalni nepartijski posmatrači i internacionalni (nepartijski) posmatrači. Posmatranje naročito treba da se fokusira na to da li organi poštuju neutralnost. Kao što je već pomenuto, austrijskim zakonom su predviđeni internacionalni posmatrači, dok slovenački obuhvata i nacionalne stranačke i nestranačke posmatrača. S druge strane, u Srbiji zakon ne spominje posmatrača izbora. Kao nezavisni posmatrač izbora postoji nevladina organizacija CRTA, ali nijedan zakon ne ostavlja prostora da neka organizacija zvanično učestvuje kao posmatrač izbora. U tom slučaju, mogao bi se i obzir uzeti predlog CeSID-a<sup>14</sup>, prema kojem, umesto rada organa za sprovođenje izbora u proširenom sastavu (koji zakonom nije dovoljno uređen), izborne liste predlažu članove koji bi posmatrali rad organa, a u radu ne bi učestvovali. Važnost kontrole izbora je u tome što se ona ne čini na dan izbora nego tokom čitavog izbornog procesa, dakle prati rad organa, izbornu kampanju i drugo. Pravno regulisanje položaja posmatrača izbora u Srbiji značajno bi doprinelo nezavisnosti i legitimnosti izbora.

---

<sup>14</sup> Preporuke za izmenu izbornog zakonodavstva u Srbiji, <http://www.cesid.rs/wp-content/uploads/2020/11/Preporuke-za-izmenuizbornog-zakonodavstva-u-Srbiji.pdf>, poslednji pristup 10. 10. 2022.

#### 4. ZAKLJUČAK

Na osnovu ove analize možemo izneti nekoliko zaključaka. Pre toga treba napomenuti da su Austrija i Holandija demokratije sa dužom tradicijom i stabilnijim političkim sistemom, tako da rešenja koja na prvi pogled nisu idealna u praksi funkcionišu dosta dobro. Zbog toga bi u nekoj novijoj analizi trebalo predstaviti i efektivno funkcionisanje normi u realnom političkom životu, a ne samo njihovu normativnu vrednost. Prvo, po pitanju sastava organa, može se reći da je Slovenija uvela bolje rešenje odlučivši da u centralnu izbornu komisiju bira sudije Vrhovnog suda, te tako doprinela većoj nezavisnosti organa, u odnosu na Srbiju. Holandija ima najjednostavniji način izbora organa, koji je možda i najefikasniji. Kao što je napomenuto, srpsko izborno zakonodavstvo, a naročito Zakon o lokalnim izborima, ostavljaju mnogo mesta za zabunu, a potencijalno i za zloupotrebu. Kada bi odredbe zakona bile preciznije a proces izbora članova organa malo jednostavniji, mogla bi da se poveća efikasnost, ali i nezavisnost rada organa. Na kraju, Austrija daje najviše mogućnosti posmatračima izbora da kontrolišu izborni proces jer predviđa i nacionalne ali i internacionalne kontrole izbora, koji obezbeđuju veliku pravilnost izbornog procesa.

Uzevši u obzir te činjenice, možemo izneti nekoliko predloga budućem zakonodavstvu, kako bi se što više doprinelo nezavisnosti i delotvornosti izbornog procesa. Jedan od predloga bi bio da se, po ugledu na Sloveniju, ali i Austriju, u sastav Republičke izborne komisije biraju sudije. S obzirom na to da je Srbija reformisala sudstvo, što bi trebalo da doprinese njegovoj većoj nezavisnosti, moglo bi se očekivati da će učešće sudija u izbornom procesu doneti poboljšanje. Na primer, Vrhovni savet sudstva bi mogao da predloži sudije koje bi vršile funkciju predsednika i zamenika predsednika RIK, a da Narodna skupština izabere jednog od predloženih kandidata i imenuje sve ostale članove te komisije. S druge strane, trebalo bi uvesti institut kontrolorā izbora, koji bi samo posmatrali rad organa za sprovođenje izbora i sam izborni proces. To bi se moglo učiniti na dva načina: biranjem posebnog odbora, koji poznaje holandsko zakonodavstvo (iako je pitanje da li bi dobro funkcionisalo, s obzirom na nivo demokratije u Srbiji) ili da, ukoliko bi bio prihvaćen predlog CeSID-a, umesto članova komisija u proširenom sastavu, političke stranke biraju kontrole izbora, što bi bilo slično rešenju slovenačkog zakonodavca.

Na kraju, s obzirom na činjenicu da je promena u srpskom izbornom zakonodavstvu poslužila kao inspiracija za pisanje ovog rada, treba izneti nekoliko zaključaka o njoj. Ona je donela mnoga poboljšanja u odnosu na stara rešenja, ali nažalost, iako su dugo očekivane, nisu se dogodile suštinske promene. „Đavo se krije u detaljima” – u izbornim sistemima nema trivijalnih promena. Proces izborne reforme institucionalno treba locirati u parlament, uz široko učešće relevantnih resora vlade, stručne javnosti, nevladinih organizacija i dobre usluge OEBS-a i institucija EU. Taj parlamentarni forum bi trebalo da napravi plan sveobuhvatne izborne reforme u svim segmentima, od tehničkih do suštinskih, da se ne bi dogodilo, po ko zna koji put, da vreme opet potroši ideje (Jovanović 2006, 231). Mnogi autori su iznosili različite predloge za promenu zakona, a kada je ona konačno stupila na snagu, nije ispoštovan zahtev da se novi zakon ne primeni odmah. Tako bi se otklonila sumnja da reformatori podešavaju izborni sistem za sebe, a protiv političkih rivala (Jovanović 2006, 231). Ipak, sumnja je ostala, a ostaje i da sačekamo narednu promenu, sa nadom da će ona doći za manje od dvadeset godina i da će ostaviti mnogo manje prostora za kritiku i poboljšanje.

## LITERATURA

1. Alvarez, Michael, Hall Thad. 4/2006. Controlling Democracy: The Principal-Agent Problems in Election Administration. *The Policy Studies Journal* 34: 491–510.
2. Brezovšek, Marjan. 2020. Lokalne volitve 2018: refleksija in/ali avtonomija. *Lokalna demokracija v Sloveniji: Značilost lokalnih volitev 2018*. Ljubljana: Fakultet za družbene vede Univerza u Ljubljani: 33–52.
3. CeSID. Preporuke za izmenu izbornog zakonodavstva u Srbiji. <http://www.cesid.rs/wp-content/uploads/2020/11/Preporuke-za-izmenuizbornog-zakonodavstva-u-Srbiji.pdf>, poslednji pristup 10. oktobra 2022.
4. Grohma, Paul, Lidauer Michael, Rabitsch Armin. 26 2018. Vorschläge für eine Reform des österreichischen Wahlrechts. *Journal für Rechtspolitik*: 13–24
5. Jovanović, Milan. 2006. *Izborni sistem Srbije: predlozi i kako menjati? Kako do boljeg izbornog sistema*. Beograd: Socijaldemokratski klub i Centar za slobodne izbore i demokratiju.
6. Kortmann, Constantijn, Eert Paul Bovend. 2018. *Constitutional Law in the Netherlands*. The Netherlands: Kluwer Law International BV.

7. Marinković, Tanasije. 2019. *Rasprava o pravu na slobodne izbore*. Beograd: Dosije studio.
8. Marković, Đorđe. 2022. *Freedom of election – new legislation in Republic of Serbia, Protection of human rights and freedoms in light of international and national standards*. Priština: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini: 185–210.
9. Pajvančić, Marijana. 2008. *Izbornopravo*. Novi Sad: Graphica academica.

WHO COUNTS THE VOTES?  
(normative analysis of the the electoral administration –  
Austria, the Netherlands, Slovenia and Serbia)

*Summary*

Right to vote was written in the first documents of a constitutional nature – declarations of the rights of citizens, as one of the basic rights. It can only be achieved in free and legitimate elections, which must be conducted by the electoral authorities, which will enable citizens to fully enjoy this right. These authorities should be impartial and independent, and this can only be achieved if their composition includes legal and political experts, people who have experience in the implementation of the legal process. Crucial is that such people are elected impartially and on the basis of expertise, because only such people can perform this important function. It is necessary to emphasize the independence and qualification of these bodies, because the future of the citizens and the state depends on the legitimacy of the elections.

Key words: *electoral law, electoral administration, election commissions, electoral committees, Venice Commission*





Beatriz Calado de Sousa\*

## WHAT DO *JUS COGENS* NORMS DO FOR THE INTERNATIONAL COMMUNITY?

*This paper aims to delve into the qualities and content of norms of general international law classified as peremptory (jus cogens). To do so, three questions will be answered: (i) how does jus cogens arise, (ii) how is jus cogens changed and eliminated and (iii) what is jus cogens “utility”? The first question will be answered by adopting a two-stage formal criterion, based on the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties. In this section, it will be demonstrated that jus cogens may have trivial content. Next, it will be argued that the process of modification and elimination of jus cogens depends to a great extent on the non-verification of the necessary conditions for its emergence. Finally, the “utility question” will deal with the alleged constitutionalist function of jus cogens and its relevance, namely by limiting the power of the States and strengthening the rule of law.*

**Keywords:** *International law, Jus cogens, Peremptory norms of general international law, Vienna Convention on the Law of Treaties.*

### 1. INTRODUCTION

The concept of peremptory norms of general international law (*jus cogens*) has been highly disputed among scholars and legal practitioners (see, for example, Focarelli 2008; Gülgeç 2017; Hameed 2014; Kolb 2015; Linderfalk 2013). In his 1990 essay, D’Amato (1990, 5) posed three questions that scholars should answer to arrive at a theory of peremptory norms of international law that would be “just right”. To do so, the author claims, one had to explain (i) what the utility of the set of norms classified as *jus cogens* is – “utility question” – (ii) how

---

\* Undergraduate Law Student, University of Lisbon, School of Law, [beatrizcaladosousa@gmail.com](mailto:beatrizcaladosousa@gmail.com).

such norms arise – “emergence question” – and, once they exist, (iii) how international law can modify them or get rid of them.

This paper aims to delve into the qualities and content of norms of general international law classified as peremptory, with the aid of the recent work of the International Law Commission (ILC) (2022, 10–90) on jus cogens.

As said, D’Amato raises, first, the question about the utility of jus cogens norms; only then does he bring up the “emergence question”, followed by the need to know how international law can modify and eliminate these norms from the legal order. The answer to the very same questions will not, however, follow the order in which they were invoked. Since the concept of “utility” will be approached from a strictly normative and positivist point of view, there is no point in discussing the normative utility of something that may not even exist. So, firstly, the issue of emergence will be addressed, considering jus cogens as legal norms; secondly, we will focus on the problem of changing and eliminating these norms from the legal system. Only after that will the utility of peremptory norms of international law be covered.

First, the “emergence question,” as Jovanović (2019, 111) names it, will be answered by adopting a two-stage formal criterion, grounded in Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT).

Notwithstanding the moral values that one may claim to be associated with the content of norms characterized as jus cogens, the main argument to be made on the subject of “emergence” is that for peremptory norms to be identified, there must be (1) (valid) sources of law from which general norms of international law can primarily emerge from (and it will be argued the existence of such sources); and (2) the international community of States as a whole must accept and recognize these norms as non-derogable (and it will be argued that it can be so and that one can find evidence of that acceptance and recognition based on social facts, though without committing to any particular reason that explains why States would do so).<sup>1</sup>

Second, the issue related to the normative utility of jus cogens will deal with the alleged constitutionalist function of peremptory norms of international law and its purported relevance, namely by

---

<sup>1</sup> Despite their possible hierarchical value, the mere fact that States accept these norms as non-derogable does not mean that they are non-derogable. The chance of derogation (and of defeasibility, as a property of norms) is not dependent on the will of the authorities acting on behalf of States (see Lopes 2014, 226).

limiting the power of the States and strengthening the rule of law. On this issue, the norms expressed in Art. 53 and 64 of the VCLT will be addressed as secondary norms (see Hart 1961, 94), as they state the following legal consequences: (i) the voidness of a treaty if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law and (ii) the voidness and end of a treaty if a new peremptory norm of general international law emerges and conflicts with the treaty. It will be discussed whether these norms present norm-hierarchy criteria and if that is sufficient to make a parallel with domestic law constitutionalism.

One final remark will be made regarding the utility arising from the classification of peremptory norms of international law, considering that their subject reflects the fundamental values and interests of the international community. It will be argued that, in this sense, little or no utility can be drawn from the classification itself. This claim does not have the purpose to deny the moral substrate that is associated with *jus cogens*. It simply intends to clarify that the moral function can be fully ensured just by the first step presented on the emergence process as necessary to identify peremptory norms. This would be the case of some customary norm that emerged grounded on some moral value. Moreover, one can also think about the case of some human rights that are not considered as having non-derogable character, or about moral rights that do not emerge from any valid source of law. Albeit not yet classified as *jus cogens* – precisely because they respectively fail steps (2) and (1) of the identification process – one cannot deny their fundamental role in the moral guidance of the international community. If ever the two-step criterion is satisfied, no greater legal utility arises from the norm's emergence of moral background. From the classification as peremptory norms comes no subject-matter innovation.

## 2. THE “EMERGENCE QUESTION”

In this section, the question “How does a norm of *jus cogens* arise?” will be answered. Specifically, the following topics will be addressed: (i) the formal criterion for the identification of peremptory norms of international law, grounded in Art. 53 of the VCLT, and (ii) the discussion on the possibility of *jus cogens* of trivial content.

The 2022 report of the International Law Commission on the work of the seventy-third session and, specifically, the “[t]ext of the

draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law” states that “[a] peremptory norm of general international law (*jus cogens*) is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”<sup>2</sup>. This is also the definition provided by Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties<sup>3</sup>.

From this definition, it is going to be argued that it is possible to extract a strictly formal identification criterion of *jus cogens*, which is divided into two stages. A peremptory norm of international law is:

- A norm of general international law<sup>4</sup>;
- Accepted and recognized<sup>5</sup> by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

The first condition for determining that a norm is peremptory is to identify a norm of general international law, which arises from (valid) sources of international law<sup>6</sup>. This is a key point to deny a purported “moral source” of *jus cogens*<sup>7</sup>. The general sources of interna-

---

<sup>2</sup> Also, there is now a non-exhaustive list of peremptory norms of international law identified by the Commission, which includes the prohibition of aggression, the prohibition of genocide, the prohibition of crimes against humanity, the basic rules of international humanitarian law, the prohibition of racial discrimination and apartheid, the prohibition of slavery, the prohibition of torture, and the right of self-determination.

<sup>3</sup> There are other norms of the Convention that address the topic of *jus cogens*, such as Art. 64 and 71.

<sup>4</sup> From the International Court of Justice (I. C. J.) perspective, norms of general international law are “those norms of international law that must have equal force for all members of the international community” (see I.C.J. Reports 1969, 3, para. 63).

<sup>5</sup> Those terms have their origin in Art. 38 of the Statute of the International Court of Justice, and apply, respectively, to custom, and treaties.

<sup>6</sup> The term “sources” has been criticized, mainly because of the multiple meanings of the term, which can lead to confusion between the binding and non-binding “sources” (see Kelsen 1960, 262–63). For the purposes of this paper, “sources” are the materials from which legal norms are formally derived. As Raz (1979, 47) states: “[a] law has a source if its contents and existence can be determined without using moral arguments (but allowing for arguments about people’s moral views and intentions, which are necessary for interpretation, for example)”.

<sup>7</sup> For that, one must accept that sources of law are not to be confused with moral sources, although there may be legal norms that deal with the same content as moral norms, as well as legal norms “inspired” by morals.

tional law have been considered treaties and customary international law (see, for example, d'Aspremont 2018)<sup>8</sup>. Therefore, the first condition is verified by the existence of a norm of general international law that arises from one of those sources (see Shaw 2017, 94).

The second step requires that the norm must be accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character. It seems not odd to admit that (i) this acceptance and recognition may happen, and (ii) that such acts of acceptance and recognition can be empirically attested – however, the reason that explains why States do so (e.g. based on an officials' moral belief) is not relevant for the determination of a norm as *jus cogens*.

According to ILC's report (2022, 40), such acceptance and recognition may take a wide range of forms of evidence, such as “public statements made on behalf of States; official publications; government legal opinions; diplomatic correspondence; constitutional provisions; legislative and administrative acts; decisions of national courts; treaty provisions; resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference; and other conduct of States”.

One needs also to be precise in what is meant by “the international community of States as a whole.” While it seems clear that the evidence of acceptance and recognition is only meaningful if it is shown by States and no other legal subjects, the scope of “as a whole” needs to be clarified: the expression is only meant to emphasize the idea of community and collective. Therefore, it has been understood that not all States need to accept and recognize the norm as non-derogable, as long as a large majority does<sup>9</sup>.

### 3. JUS COGENS WITH TRIVIAL CONTENT

It is debated whether a peremptory norm of international law can have trivial content, as they “reflect and protect fundamental val-

---

<sup>8</sup> And also “general principles of law”, but it cannot be that way: general principles of law are norms, not sources of law.

<sup>9</sup> As Jovanović (2019, 111) addresses, otherwise, “[t]he emergence of a *jus cogens* norm, whose purported function is to put limits on the state's sovereign will as the source of international law-making, would eventually depend on the robustly expressed will of those very states, and all of them” (see, also, International Law Commission 2022, 40).

ues of the international community” (see, for example, Hameed 2014, 68–70)<sup>10</sup>. It seems that this hypothesis cannot be ruled out.

If, as stated, for the identification of norms as *jus cogens* it is only necessary to fulfil the formal two-step criterion presented above, then, theoretically, it is conceivable to have a peremptory norm of international law with such trivial content: it is enough that legal officials (fundamentally, agents who are authorized to act on behalf of the States) recognize any norm of general international law as having peremptory character. If that is true, the concrete content of a norm is neither a necessary condition nor a sufficient condition for its classification as *jus cogens*.

In practice, however, it is not surprising that States may understand that peremptory norms can only be those that reflect the fundamental values of the international community. If so, because States believe that only such matters can be considered *jus cogens*, they will only accept and recognize norms that deal with those matters as *jus cogens*. So, these norms will constitute the main type of *jus cogens* norms. But that is contingent; theoretically, *jus cogens* may have any content.

#### 4. “CHANGING” AND “ELIMINATING” PEREMPTORY NORMS OF INTERNATIONAL LAW

This section intends to answer the question: Once one [peremptory norm of general international law] arises, how can international law change it or get rid of it? (D’Amato 1990, 5).

In this context, it will be argued that “changing”<sup>11</sup> a *jus cogens* norm will always imply that that concrete norm is no longer identified as *jus cogens*. Given the stated *jus cogens*’ creation process, it seems that the “change”, if it occurs, implies that the norm (N1) is de-characterized as being *jus cogens* and that this “change” implies that another norm (N2) becomes to be identified as *jus cogens*. This can happen in at least two ways: i) if the community of States interprets N1’s legal

---

<sup>10</sup> As stated by International Law Commission (2022, n. 18), “[p]eremptory norms of general international law (*jus cogens*) reflect and protect fundamental values of the international community. They are universally applicable and are hierarchically superior to other rules of international law”.

<sup>11</sup> In fact, “changing” presupposes a relationship between norms, whereas N2 substitutes N1, since a different interpretation of the N1 provision implies a new norm and not an N1 modification in itself.

provision differently, thus emerging N2, and meanwhile comes to accept and recognize that N2 is non-derogable, or ii) if another norm of equal status, grounded on a different legal provision from N1, entails its removal from the legal system.

As for the question of elimination of *jus cogens* norms, it will suffice that one of the two necessary conditions for its identification no longer verifies: either that the norm accepted and recognized by the States no longer belongs to the normative system, or that the States no longer accept and recognize this norm as non-derogable.

## 5. THE “UTILITY QUESTION”

Finally, this section intends to answer the question: What is the utility of a norm of *jus cogens* (apart from its rhetorical value as a sort of exclamation point) (D’Amato 1990, 5)?

It will be argued that there is, indeed, utility in the existence of peremptory norms of international law. The issue is going to be addressed regarding the idea of the normative utility of *jus cogens* based on Art. 53 and 64 of the VCLT<sup>12</sup>.

The norms expressed in Art. 53 and 64 of the VCLT seem to be characterized as secondary rules (see Hart 1961, 94), as they state the following legal consequences:

- The voidness of a treaty if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law and
- The voidness and end of a treaty if a new peremptory norm of general international law emerges and conflicts with the treaty.

Accordingly, Art. 53 determines that the validity of treaty norms depends on their conformity with peremptory norms of general international law and that the legal consequence of such invalidity is the voidness of the treaty; on its side, Art. 64 determines that, if the emergence of a subsequent norm of *jus cogens* conflicts with an already existing treaty norm, that implies the voidness of the treaty and its removal from the legal system. The consequence of these norms seems to admit that *jus cogens* norms have a status of superior hierarchy concerning treaty norms.

---

<sup>12</sup> See, also, Art. 71, of the VCLT.

On this topic, it has been discussed whether peremptory norms of general international law have a “constitutionalist function” (Jovanović 2019, 116), since *jus cogens*, such as constitutional norms might restrain the validity of other norms.

Some constitutional norms have indeed the status of superior hierarchy since there are norms from which their validity depends on those higher norms, either because constitutional norms may define the conditions for the emergence of such norms, or because there is a third norm that establishes the higher status of a constitutional norm. The same hierarchy seems to happen with peremptory norms of international law. Art. 53 and 64 of the VCLT confer to peremptory norms of international law the status of a higher law: it is established that a treaty norm cannot contradict a *jus cogens* norm<sup>13</sup>.

Since that norm-hierarchy criterion exists, *jus cogens* norms may have a relevant utility for the international rule of law: the sovereignty and will of States, at the time of the treaty’s conclusion, is limited by *jus cogens* norms. The existence of a treaty is dependent on its conformity with peremptory rules of international law that may arise.

Finally, one last remark will be made regarding the utility arising from the classification of peremptory norms of international law, considering that their subject might reflect, as seen, fundamental values and interests of the international community.

It seems important to stand out that, if one commits to the formal-step criterion presented, little or no utility, aside from the formal one, can be drawn from the classification of a norm as *jus cogens* itself. It has been already conceded that *jus cogens* may have a moral substrate and that they can reflect fundamental values. The point to be made here is to clarify that the moral or “fundamental values” can be fully ensured just by the first step presented on the emergence process as necessary to identify peremptory norms: thus, there comes no content innovation from the classification of a peremptory norm as such, since the alleged “fundamental” or “moral” value is already part of the legal system, by the mere existence of the norm of general international

---

<sup>13</sup> Strictly speaking, it cannot be that the treaty norms are the ones that confer this status. The understanding that the norms conferring this status are of customary source seems to be the one to support. Clarifying this issue and highlighting the difference between normative superiority and primacy of application, when it comes to the relation between *jus cogens* and customary law, see Gülgeç (2017, 73–115).



law – for example, it could be so if one thinks about the case of some customary norm that emerged grounded on a certain moral value.

Moreover, one can think about human rights that are not considered as having non-derogable character, or about moral rights that do not emerge from any valid source of law: albeit not being yet classified as *jus cogens* – precisely because they respectively fail step (2) and (1) of the identification process – one cannot deny that those norms may have a fundamental role in moral guidance of the international community. If ever the two-step criterion is satisfied, no greater utility, besides the hierarchical one, arises. From the classification as peremptory norms comes no subject-matter innovation.

## 6. CONCLUSION

This paper attempted to address and clarify some of the problems raised by *jus cogens*, as well as to highlight the role that these norms can have for international law. It has answered the three questions posed by D'AMATO: the question of emergence, the question of revision, and the question of the utility of peremptory norms of international law.

The conclusions drawn are that:

A formal criterion for identifying *jus cogens* norms can be drawn from Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties;

The two conditions for the identification of a peremptory norm of general international law are the existence of a norm of general international law and the recognition or acceptance by the States that this norm is non-derogable;

The criterion presented, theoretically, allows for the existence of *jus cogens* with trivial content;

It is possible to “change” and “eliminate” this type of norm from the legal system;

Changing a peremptory norm of general international law seems to imply its removal from the normative system because it implies its de-characterization as *jus cogens*. It is understood that this process occurs in a relationship between norms (N2 replaces N1);

For a peremptory norm of general international law to be removed from the legal system, it is sufficient that one of the two conditions for its identification no longer exists;

The utility that is derived from the existence of *jus cogens* norms has a normative character and comes from the fact that there are norms that consider them hierarchically superior to other norms;

The hierarchical superiority of the *jus cogens* norms allows for a constraint on the sovereignty of the will of States when making international treaties.

## REFERENCES

1. D'Amato, Anthony. 1/1990. It's a Bird, It's a Plane, It's *Jus Cogens!*. *Connecticut Journal of International Law* 6: 1–6.
2. D'Aspremont, Jean. 2018. *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford: Oxford University Press.
3. Evans, Malcolm D. 2003. *International Law*. Oxford: Oxford University Press.
4. Focarelli, Carlo. 4/2008. Promotional *Jus Cogens*: A Critical Appraisal of *Jus Cogens'* Legal Effects. *Nordic Journal of International Law* 77: 429–459.
5. Gülgeç, Yahya. 1/2017. The problem of *jus cogens* from a theoretical perspective. *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi* 66: 73–115.
6. Hameed, Asif. 1/2014. Unravelling the mystery of *Jus Cogens* in International Law. *The British Yearbook of International Law* 84: 52–102.
7. Hart, Herbert L. A. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
8. International Law Commission. 2022. Report of the International Law Commission, Seventy-third session (18 April–3 June and 4 July–5 August 2022).
9. Jovanović, Miodrag. 2019. *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
10. Kelsen, Hans. 2019. *Reine Rechtslehre*. Coimbra: Almedina.
11. Klabbers, Jan. 2013. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
12. Kolb, Robert. 2015. *Peremptory International Law – Jus Cogens*. Oxford: Hart Publishing.
13. Linderfalk, Ulf. 3/2013. The Source of *Jus Cogens* Obligations – How Legal Positivism Copes with Peremptory International Law. *Nordic Journal of International Law* 82: 369–389.

14. Linderfalk, Ulf. 5/2017. The Effect of *Jus Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences? *The European Journal of International Law* 18: 853–871.
15. Lopes, Pedro Moniz. 2014. Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas [photocopied]. Lisboa. Universidade de Lisboa.
16. Orakhelashvili, Alexander. 2006. *Peremptory norms in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
17. Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law – Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press.
18. Shaw, Malcolm. 2017. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.



Andelija Todić\*

## PRIMENA ČLANA 4. EVROPSKE KONVENCIJE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA – IZMEĐU PRINUDNOG RADA I TRGOVINE LJUDIMA

*Evropska unija je slučaj stotine Vijetnamaca pristiglih u Srbiju da bi radili u kineskoj fabrici „Linglong” prepoznala kao prinudni rad i potencijalnu trgovinu ljudima sa ciljem radne eksploatacije. Slučaj i pomenuto evropsko viđenje otvaraju šire pitanje. Kako kvalifikovati tu situaciju – kao prinudni rad, trgovinu ljudima ili prinudni rad i trgovinu ljudima? Odgovarajući na to pitanje, autorka uočava jasnu protivrečnost u shvatanjima odnosa prinudnog rada i trgovine ljudima u instrumentima Međunarodne organizacije rada, s jedne strane, i u instrumentima Ujedinjenih nacija, Saveta Evrope i Evropske unije, s druge strane. Metodom konceptualne analize, autorka pokušava da utvrdi gde je (i da li uopšte postoji) granica između ta dva pojma, te zaključuje da suština pitanja nije u čemu su njihove razlike nego kada ih treba razlikovati, ističući posebno rezon Evropskog suda za ljudska prava da umesto sporova o kvalifikaciji pojmova prioritet bude potreba da se zaštite žrtve kršenja člana 4. Evropske konvencije.*

*Ključne reči: Linglong, prinudni rad, trgovina ljudima, radna eksploatacija, član 4. Evropske konvencije*

### 1. BEZNAĐE NEVIDILJIVIH

Trgovina ljudima je poslednjih godina postala jedna od naj-profitabilnijih pojava na međunarodnoj sceni koja je, ipak, po visini ostvarenog profita iza trgovine drogom i oružjem (Petrović 2012, 67). Podaci Kancelarije Ujedinjenih nacija za pitanja droge i organizovanog kriminala (UNODC) iz Globalnog izveštaja o trgovini ljudima za 2020. godinu ilustruju da u centralnoj i jugoistočnoj Evropi vrbovanje jedne

---

\* Studentkinja doktorskih akademskih studija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, [andjelijatodic@gmail.com](mailto:andjelijatodic@gmail.com).

žrtve trgovine ljudima radi seksualne eksploatacije trgovcima donosi profit jednak prodaji između 80 i 100 grama metamfetamina ili prodaji jednog običnog pištolja na ilegalnom tržištu vatrenim oružjem. Suprotno popularnom mišljenju, Fajngold ukazuje na to da mnoge organizacije i autori smatraju da je radna eksploatacija daleko rasprostranjenija od seksualne, čemu u prilog govori i činjenica da je tržište rada mnogo šire od tržišta seksualne industrije (Feingold 2009, 28). O tom mišljenju, pak, ne postoji međunarodni konsenzus.<sup>1</sup>

Poslednja istraživanja Međunarodne organizacije rada (MOR) o prinudnom radu objavljena su 2014. godine i svedoče o tome da je oko 21 milion ljudi širom sveta izložen prinudnom radu te da se na taj način generiše oko 150 milijardi dolara profita godišnje.<sup>2</sup> Rad može biti iznuden i postupcima države i delovanjem privatnih lica. Swebston (Swebston 2014, 3) smatra da iznuda rada od privatnih aktera može biti olakšana činjenjem ili nečinjenjem države. Pojedina preduzeća (bez obzira na veličinu) koja posluju u radno intenzivnim i neuređenim sektorima ili sektorima u kojima je inspekcija rada otežana ili nemoguća, poput poljoprivrede, građevinarstva i rada u domaćinstvima, povećavaju svoj profit eksploatacijom nezaštićene radne snage. To je opasan razvoj situacije koji uzrokuje snažno slabljenje radničkih prava u pogledu plata, dužine radnog vremena i uslova i, s druge strane, narastanje zloupotrebljivačke uloge posrednika koji kontroliše ne samo pristup radu nego i pružanje smeštaja i prevoza do radnog mesta, za šta naplaćuje nerealne troškove (Rizvo, Mujanović 2014, 48–49).

I Republika Srbija se suočila sa tim problemom. U izveštajima domaćih organizacija civilnog društva (OCD) otkrivena je priča o više stotina radnika poreklom iz Vijetnama koji su na proleće 2021. godine pristigli u našu državu u potrazi za boljim životom. Angažovani su da rade u kineskoj fabrici automobilskih guma „Linglong”, po osnovu ugovora o radu sačinjenih na engleskom jeziku, koji većina Vijetnamačica ne poznaje.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Jedan izveštaj Evropske komisije o registrovanim žrtvama trgovine ljudima u zemljama članicama Evropske unije (EU) kao najzastupljeniji oblik iskorišćavanja navodi seksualni (videti Knežević, Božić, Nikač 2017).

<sup>2</sup> Gledajući geografsku rasprostranjenost, prinudni rad je najzastupljeniji u Aziji i Pacifiku. Taj deo sveta obuhvata  $\frac{3}{4}$  ukupnog broja žrtava prinudnog rada, a zanimljivo je da je svega 10% tih žrtava seksualno eksploatisano (videti Belsler, de Cock, Mehran 2005).

<sup>3</sup> Videti Zahtev za hitnu reakciju nadležnih institucija u slučaju potencijalne trgovine ljudima u cilju radne eksploatacije radnika iz Vijetnama, Nевladina organizacija ASTRA.

Civilno društvo je u tom slučaju prepoznalo mnoge indikatore trgovine ljudima i ukazalo na njih u svojim izveštajima. Kada su stigli u Srbiju, radnici su smešteni u barake nadomak Zrenjanina, a pasoše su predali „na čuvanje” kompaniji koja ih je angažovala. Bez ličnih dokumenata, u stranoj zemlji čiji jezik ne poznaju, zatekli su se, ocenjuje OCD, u izuzetno neuslovnom grupnom smeštaju koji ne ispunjava osnovne higijenske i sanitarne standarde, bez grejanja i dovoljno pijaće vode, bez pristupa adekvatnoj ishrani i toploj odeći i obući. Uslovi obavljanja rada procenjeni su kao nebezbedni; radi se preko 200 sati mesečno, a kazne za svaki vid „nediscipline” su „drakonske”. Osim pretnji i zastrašivanja od poslodavca, odredbe ugovora o radu su takve da radnici koji to žele ne mogu da prekinu sa obavljanjem rada i vrata se svojim kućama. Naime, iako su im ugovori zaključeni na period od 12 meseci, na njima nije naznačen datum početka obavljanja rada, a sadrže i odredbu da će u slučaju prekida obavljanja posla pre isteka roka od 12 meseci radnici sami morati da snose troškove povratka u Vijetnam. Čak i kada bi im finansijska sredstva to dozvolila, jasno je da je povratak neizvodljiv, imajući u vidu činjenicu da radnici nisu u posedu svojih ličnih dokumenata. Pokušaji da uspostave kontakt sa najbližom vijetnamskom ambasadom u Mađarskoj takođe su bili bezuspešni.<sup>4</sup>

Nekoliko nedelja nakon što je šira javnost upoznata sa ovim slučajem (krajem prethodne godine), reagovao je i zaštitnik građana Republike Srbije (koji obavlja i poslove Nacionalnog mehanizma za prevenciju torture) koji je obišao radnike, razgovarao sa njima i podstakao proces izmeštanja većine radnika u funkcionalnije zgrade. Istakao je i da se pasoši radnika čuvaju u upravnoj zgradi zbog toga što se najbliže predstavništvo Vijetnama kome bi mogli da se obrate u slučaju da izgube lična dokumenta nalazi u Rumuniji, te da radnici pasoše uzimaju na revers. Ipak, po ličnom mišljenju ombudsmana, elemenata potencijalne trgovine ljudima nije bilo. Govoreći o neuslovnosti smeštaja kao indikatoru trgovine ljudima, ombudsman je zauzeo stav da je reč o spekulaciji koja nema utemeljenje u dokazima te da dalje bavljenje slučajem treba prepustiti nadležnom tužilaštvu.

Razumljivo je zašto je slučaj, koji je u nekim medijima nazivan i slučajem „Beznađe nevidljivih” i o kojem su domaće OCD i ombudsman imali pretežno oprečne stavove, privukao pažnju i Evropske unije (posebno imajući u vidu status Srbije kao zemlje kandidata za članstvo

---

<sup>4</sup> Videti Izveštaj – Uslovi života i rada vijetnamskih radnika na gradilištu fabrike Linglong, Nevladina organizacija ASTRA.

u EU). U decembru prošle godine Evropski parlament je usvojio Rezoluciju o ljudskim pravima, demokratiji i vladavini prava u Srbiji, u kojoj se, između ostalog, izražava velika zabrinutost zbog navodnog prinudnog rada, kršenja ljudskih prava i potencijalne trgovine ljudima sa ciljem radne eksploatacije.<sup>5</sup>

Slučaj „Linglong” i citirano evropsko viđenje otvaraju jedno znatno šire pitanje. Kako bismo kvalifikovali tu i njoj slične situacije – kao prinudni rad, trgovinu ljudima ili prinudni rad i trgovinu ljudima? Da bismo odgovorili na to pitanje, razmotrićemo najpre relevantni pravni okvir, kako međunarodni i regionalni, tako i zakonodavna rešenja pojedinih zemalja. Zatim ćemo u trećem poglavlju predstaviti član 4. Evropske konvencije o ljudskim pravima, koji zabranjuje ropstvo, ropски položaj, prinudni ili obavezni rad. Prikazaćemo, potom, kako Evropski sud za ljudska prava u svojoj praksi primenjuje taj član; i to tako što ćemo analizirati tri grupe slučajeva: one koji se tiču ropskog položaja i prinudnog rada, one koji se tiču prinudnog rada i trgovine ljudima sa ciljem seksualne eksploatacije i one koji se tiču prinudnog rada i trgovine ljudima sa ciljem radne eksploatacije. Zatim ćemo se u četvrtom poglavlju osvrnuti na stavove doktrine o tom pitanju, da bismo, konačno, u zaključku ovog rada pokušali da utvrdimo gde je (i da li uopšte postoji) granica između prinudnog rada i trgovine ljudima.

## 2. PRINUDNI RAD I/ILI TRGOVINA LJUDIMA – ŠTA KAŽU MEĐUNARODNI, REGIONALNI I NACIONALNI INSTRUMENTI?

### 2.1. Od ropstva i svetskih ratova

U Konvenciji o ropstvu, koju je Društvo naroda donelo davne 1926. godine, ropstvo se definiše kao „status ili stanje osobe nad kojom se vrše bilo koja ili sva ovlašćenja koja pripadaju pravu svojine”.<sup>6</sup> Države ugovornice tog dokumenta saglasile su se da preduzmu sve neophodne mere da spreče da se obavezni ili prinudni rad razvije u stanja koja nalikuju ropstvu.

---

<sup>5</sup> European Parliament Resolution of 16 December 2021 on forced labour in the Linglong factory and environmental protests in Serbia (2021/3020(RSP)).

<sup>6</sup> Slavery Convention or the Convention to Suppress the Slave Trade and Slavery, League of Nations, Treaty Series, vol. 60, 25 September 1926, Art. 5.



Nakon Konvencije o ropstvu, Društvo naroda je zahtevalo od MOR-a da donese Konvenciju o prinudnom radu, sa idejom da ona bude zasnovana na premisi da je prinudni ili obavezni rad u doba kolonijalizma mogući prethodnik ropstva, iako različit od njega (Swepston 2014, 6). Konvencija o prinudnom radu MOR-a br. 29 iz 1930. godine najstariji je međunarodni instrument koji sadrži i danas aktuelnu definiciju prinudnog ili obaveznog rada, definišući ga kao „sav rad ili službu koje jedna osoba obavlja pod pretnjom bilo kakve kazne i za koje se rečena osoba nije prijavila dobrovoljno”.<sup>7</sup>

Iz Konvencije o ropstvu može se zaključiti da se prinudni ili obavezni rad smatraju manje ozbiljnim fenomenima, lakšim oblicima ropstva, zato što, ukoliko se ne preduzmu neophodne mere, oni mogu prerasti u ropstvo. Konvencija o prinudnom radu, pak, prinudni ili obavezni rad u kolonijalizmu vidi kao moguće prethodnike ropstva. Dakle, početkom prošlog veka prinudni ili obavezni rad su tumačeni kao pojave koje mogu prerasti u ropstvo, koje se gradacijski smatralo najtežim stanjem kršenja ljudskih prava u tom lancu.

Konvencijom MOR-a o ukidanju prinudnog rada br. 105 iz 1957. godine nije redefinisao koncept prinudnog rada, ali je to veoma specifičan instrument kojim je, umesto opšte zabrane, zabranjena upotreba prinudnog ili obaveznog rada u neke posebne svrhe.<sup>8</sup>

Konvencija o suzbijanju trgovine ljudima i eksploatacije prostitucije drugih iz 1949. godine referiše o trgovini ljudima kao „pripadajućem zlu” fenomenu prostitucije.<sup>9</sup> U to vreme trgovina ljudima se u teoriji i praksi još uvek nije na adekvatan način razdvajala od prostitucije.

---

<sup>7</sup> Forced Labour Convention (Convention No. 29), International Labour Organisation, 28 June 1930, Art. 2.

Definicija prinudnog rada iz 1930. godine ne odlikava debate koje su vođene pri izradi Konvencije, a ticale su se situacija u kojima radnik dobrovoljno pristane na ugovor o radu da bi se kasnije ispostavilo da su priroda i uslovi posla drugačiji i da je radnik zapravo bio obmanut od poslodavca. I pored neusvojenih sugestija da se u definiciju prinudnog rada uključi i stanje kad radnik ne može dobrovoljno da se povuče sa nekog posla, koncept prinudnog rada se, ipak, mora tumačiti u svetlu savremenog sociološkog i istorijskog konteksta jer glavni akter eksploatacije, kao što smo u uvodu istakli, više nije država nego su to privatni subjekti. Videti Ollus 2015.

<sup>8</sup> Abolition of Forced Labour Convention (Convention No. 105), International Labour Organisation, 25 June 1957.

<sup>9</sup> Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, United Nations, Treaty Series, vol. 96, 2. December 1949.

Neizostavno je u svakoj priči o instrumentima međunarodnog prava ljudskih prava osvrnuti se i na tzv. Međunarodnu povelju o pravima, odnosno na Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima Ujedinjenih nacija iz 1948. godine (Deklaracija UN), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (MPGPP) i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (MPESKP), oba iz 1966. godine. Deklaracija UN zabranjuje prinudni rad formulacijom da se niko ne sme držati u ropstvu ili potčinjenosti te da su ropstvo i trgovina robljem zabranjeni u svim oblicima.<sup>10</sup> MPGPP sadrži gotovo identičnu formulaciju i propisuje: „Niko se ne sme držati u ropstvu; ropstvo i trgovina robljem su zabranjeni u svakom obliku. Niko se ne može držati u potčinjenosti.”<sup>11</sup> S druge strane, odredbama MPESKP garantuje se pravo na rad i zabranjuju radna eksploatacija i prinudni rad.<sup>12</sup>

Deset godina pre tih međunarodnih paktova, Ujedinjene nacije su donele i Dopunsku konvenciju o ukidanju ropstva, trgovine robljem i ustanova i prakse sličnih ropstvu. Tom konvencijom države ugovornice su se obavezale da preduzmu sve izvodljive i neophodne zakonodavne i druge mere da iskorene dužničko ropstvo, kmetstvo, različite oblike prinudnog braka i eksploataciju i prinudni rad osoba mlađih od osamnaest godina.<sup>13</sup> Uočavamo da se kao objekat zaštite u slučaju prinudnog rada javljaju samo deca, što znači da je garantovana zaštita žrtava, ipak, bila samo parcijalna. Ujedinjene nacije su 1990. godine usvojile i Konvenciju o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica, kojom se zabranjuju ropstvo ili položaj sličan ropstvu i prinudni ili obavezni rad.<sup>14</sup>

Instrumenti UN, i pored eksplicitnih zabrana ropstva, prinudnog rada i trgovine ljudima, čini se, nisu u većoj meri doprineli razgraničenju tih pojmova.

<sup>10</sup> Universal Declaration of Human Rights, United Nations, 10 December 1948, Art. 4.

<sup>11</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations, Treaty Series, vol.993, 16 December 1966, Art. 8

<sup>12</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, United Nations, Treaty Series, vol.993, 16 December 1966, Art. 6.

<sup>13</sup> Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, United Nations, Treaty Series, vol. 266, 7 September 1956.

<sup>14</sup> International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, United Nations, Treaty Series, vol. 2200, 18 December 1990, Art. 11. Uočavamo da je reč o istoj zabrani kao u članu 4. EKLJP. Zanimljivo je da Republika Srbija nije ratifikovala Konvenciju o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica.

## 2.2. Do Palerma i Saveta Evrope

Pred sam početak novog milenijuma, krajem 2000. godine, u gradu Palermu u Italiji postavljeni su temelji novom shvatanju trgovine ljudima, koje je brzo postalo i opšteprihvaćeno. Doneta je Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala, kao globalni odgovor na globalni problem. Krivična dela su prešla granice, pa su i zakoni morali da učine isto to. Neprijatelji razvoja ljudskih prava su iskoristili plodove globalizacije u svrhe eksploatacije, pa su i branitelji ljudskih prava morali da upotrebe ista oružja, ali u svrhe borbe protiv organizovanog kriminala, korupcije i trgovine ljudskim bićima.<sup>15</sup> Do te prekretnice, međunarodna zajednica se fenomenom trgovine ljudima uglavnom bavila u kontekstu prostitucije i iregularnih migracija (Foor 2010, 87).

Uz Konvenciju UN o transnacionalnom organizovanom kriminalu doneta su i tri dopunska protokola, a za nas je najvažniji Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom, poznatiji kao Palermo protokol.<sup>16</sup> Taj protokol sadrži revolucionarnu definiciju trgovine ljudskim bićima i određuje je kao vrbovanje, prevoženje, prebacivanje, skrivanje i primanje lica (*radnja*), pretnjom silom ili upotrebom sile ili drugih oblika prisile, otmice, prevare, obmane, zloupotrebe ovlašćenja ili teškog položaja ili davanja ili primanja novca ili koristi da bi se dobio pristanak lica koje ima kontrolu nad drugim licem (*sredstvo*), sa ciljem eksploatacije. Eksploatacija obuhvata, kao minimum, eksploataciju prostitucije drugih lica ili druge oblike seksualne eksploatacije, prinudni rad ili službu, ropstvo ili odnos sličan ropstvu, sluzenje ili uklanjanje organa (*svrha*). Definicija trgovine ljudima u Palermo protokolu obuhvata, dakle, tri elementa: radnju, sredstvo i svrhu, i propisuje minimalni standard koji ne sprečava države da usvoje strože definicije.

Kada je reč o upotrebi sile ili prinude pri definisanju trgovine ljudima sa ciljem prinudnog rada, jasno je da je kontekst u kome se ovde govori o prinudnom radu dosta drugačiji od onog iz MOR-ovih konvencija iz 1930. i 1957. godine. Palermo protokol posmatra prinudni rad kao posledicu trgovine ljudima, pojavu koja se odvija u okvi-

---

<sup>15</sup> Convention against Transnational Organized Crime, United Nations, Treaty Series, vol. 2225, 15 November 2000. Citiran je pasus iz Uvoda (Foreward).

<sup>16</sup> Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, United Nations, Treaty Series, vol. 2237, 15 November 2000.

rima pretnje od transnacionalnog organizovanog kriminala i zaštite granica od tih kriminalnih aktivnosti i iregularnih migracija. S druge strane, Komitet eksperata MOR-a je 2007. godine razmatrao prinudni rad onako kako je definisan konvencijama iz 1930. i 1957. godine, u kontekstu globalnog fenomena trgovine ljudima, i zaključio da su trgovina ljudima i posledična eksploatacija žrtava trgovine ljudima podređeni prinudnom radu (Ollus 2015, 235).

Pet godina nakon Palermo protokola, 2005. godine, Savet Evrope, vodeća međunarodna organizacija u oblasti zaštite ljudskih prava koja okuplja evropske države, doneo je Konvenciju o borbi protiv trgovine ljudima.<sup>17</sup> U toj konvenciji se trgovina ljudima definiše na isti način kao u Palermo protokolu. Stavlja se veliki akcenat na zaštitu žrtava trgovine ljudima i propisuje obaveza država da sarađuju sa relevantnim akterima kako bi žrtve bile identifikovane i kako bi im se, po potrebi, izdala boravišna dozvola. Takođe, ukoliko nadležni organi imaju opravdan razlog za sumnju da je neko lice bilo žrtva trgovine ljudima, to lice ne može biti udaljeno sa teritorije države u kojoj boravi dok se ne okonča postupak identifikacije žrtava. Bitna je i odredba da se po prijavi tog krivičnog dela dalji postupak odvija u skladu sa unutrašnjim pravom članice u kojoj je krivično delo izvršeno.<sup>18</sup> Prema toj konvenciji, trgovina ljudskim bićima može da postoji čak i u slučajevima kada je granica pređena legalno, a prisustvo na nacionalnoj teritoriji je zakonito.<sup>19</sup> Za razliku od pomenutih međunarodnih instrumenta, uočljivo je da se u Konvenciji Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima ne definiše prinudni rad.

Osim Saveta Evrope, ne možemo zanemariti legislativnu aktivnost koju na tu temu ima EU. Pre svega, u Povelji o osnovnim pravima EU, u članu 5, naslovljenom „Zabrana ropstva i prinudnog rada“, eksplicitno se zabranjuju ropstvo, ropski položaj, prinudni ili obavezni rad, kao i trgovina ljudima.<sup>20</sup> Takođe, EU je usvojila i nekoliko važnih direktiva u toj oblasti. Najvažnija je Direktiva 2011/36/EU u kojoj se trgovina ljudima definiše kao vrbovanje, prevoz, prevođenje, skrivanje ili primanje osoba, uključujući razmenu ili prenos kontrole nad tim osobama, upotrebom pretnje, sile ili nekog drugog oblika prisile, otmicom,

<sup>17</sup> Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Council of Europe, 16 May 2005, Art. 10.

<sup>18</sup> *Ibid.*, Art. 15.

<sup>19</sup> *Ibid.*, Art. 12.

<sup>20</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union, European Union, Official Journal of the European Union, C83, vol. 53, 18 December 2000.

obmanom, prevarom, zloupotrebom vlasti ili položaja bespomoćnosti, davanjem ili primanjem plaćanja ili koristi da bi se dobio pristanak osobe koja ima kontrolu nad drugom osobom, a u svrhu eksploatacije. Pod eksploatacijom se podrazumevaju najmanje eksploatacija prostitucije drugih ili drugi oblici seksualne eksploatacije, prinudni rad ili usluge, uključujući prosjačenje, ropstvo ili prakse slične ropstvu, služenje ili eksploataciju sa ciljem vršenja krivičnih dela ili uklanjanje organa.<sup>21</sup> Interesantno je to što se pominje prinudno prosjačenje koje se shvata kao oblik prinudnog rada ili prinudnih usluga, i to onako kako su ti pojmovi određeni u Konvenciji MOR-a br. 29 iz 1930. godine. Prema Direktivi, eksploatacija prosjačenja i korišćenje eksploatisane osobe u svrhe prosjačenja predstavlja trgovinu ljudima samo ako postoje i svi elementi prinudnog rada ili prinudne službe. Iz toga možemo zaključiti da je prosjačenje podvedeno pod širi okvir prinudnog rada, a on pod još širi okvir trgovine ljudima.

Dakle, jasna je protivrečnost u shvatanjima odnosa prinudnog rada i trgovine ljudima u instrumentima MOR-a, s jedne strane, i instrumentima UN, Saveta Evrope i EU, s druge strane. Dok MOR shvata trgovinu ljudima kao posledicu prinudnog rada, UN vidi prinudni rad kao posledicu trgovine ljudima. Za MOR, prinudni rad je širi pojam pod čije se okvire podvodi trgovina ljudima, a za UN, Savet Evrope i EU eksploatacija u vidu prinudnog rada jedna je od mogućih *svrha* trgovine ljudima, dok je *svrha* sama po sebi, pak, jedan od tri obavezna elementa fenomena trgovine ljudima.

### 2.3. Nacionalna rešenja – domaća i uporedna

Republika Srbija je zemlja porekla, tranzita i destinacije žrtava trgovine ljudima. Izveštaji domaćih OCD pokazuju da je u poslednjih petnaest godina primetan trend porasta interne, odnosno unutargranične trgovine ljudima. Dakle, među identifikovanim žrtvama preovlađuju domaće državljanke i državljani. Ipak, od kulminacije izbegličke krize 2015. godine drastično je porastao broj migranata, tražilaca azila i izbeglica na teritoriji naše zemlje. Uprkos oscilacijama na godišnjem nivou, istraživanja pokazuju da je najveći broj tražilaca azila u Srbiji poreklom iz Avganistana, Iraka i Sirije. Statistički gledano, broj muškaraca daleko premašuje broj žena, i to od 2,5 do 5 puta više muš-

---

<sup>21</sup> Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, Art. 2.

karaca nego žena (Perišić 2019, 47). Zbog ranjivog položaja u kome se te kategorije lica nalaze, one su neretko izložene i raznim vrstama eksploatacije.<sup>22</sup>

Najvišim pravnim aktom u Republici Srbiji, Ustavom, članom 26, zabranjuju se ropstvo, položaj sličan ropstvu, svaki oblik trgovine ljudima i prinudni rad. Pod prinudnim radom u Ustavu se smatra seksualno ili ekonomsko iskorišćavanje lica koje je u nepovoljnom položaju. Ustav naše zemlje je specifičan u odnosu na pomenute međunarodne i regionalne instrumente po tome što u odredbi koja se odnosi na zabranu ropstva, položaja sličnog ropstvu i prinudnog rada eksplicitno pominje i trgovinu ljudima. Takav pristup se može, doduše, uočiti i u Povelji o osnovnim pravima EU.

Krivični zakonik Republike Srbije u članu sa simboličnim izgledom rednog broja 388 (tri para okova, od kojih je prvi otključan) inkriminiše trgovinu ljudima. Definicija je gotovo identična sa onom iz Palermo protokola, uz nekoliko sitnih, ali bitnih razlika. Naš Krivični zakonik kao *sredstvo* pominje i zadržavanje ličnih isprava. Zanimljivo je, u tom kontekstu, i Bejlsovo (*Kevin Bales*) citiranje jednog brazilskog istraživača koji tvrdi da onog momenta kad se osobi oduzmu lična dokumenta „radnik je mrtav kao građanin, a rob je rođen” (Logan, Walker, Hunt 2009, 6). Kada je reč o elementu *svrhe*, određenje u Krivičnom zakoniku je ponovo šire od spiska iz Palermo protokola. Tako se u Krivičnom zakoniku kao ciljevi navode vršenje krivičnih dela, prosjačenje (koje se navodi i u Direktivi 2011/36/EU), upotreba u pornografske svrhe i korišćenje u oružanim sukobima. Vrlo je interesantno da se u Krivičnom zakoniku naše zemlje uspostavljanje ropskog ili njemu sličnog odnosa navodi kao jedan od ciljeva vršenja tog krivičnog dela, odnosno, tumačeno u skladu sa Palermo protokolom, ropški položaj se posmatra kao element *svrhe* u krivičnom delu trgovine ljudima. To bi značilo da naš zakonodavac trgovinu ljudima vidi kao širi pojam od ropskog položaja.

Mijalković (2007, 103), analizirajući zakonska rešenja pojedinih (uglavnom susednih) zemalja, zaključuje da u većini država danas postoji posebno krivično delo trgovina ljudima (npr. član 186. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine), što ističe kao bitan pomak u odnosu na raniji period kada je pomenuto delo bilo sadržano u više drugih,

---

<sup>22</sup> Sudska praksa za 2019. godinu je, nažalost, zabeležila i slučaj krivičnog dela silovanja izvršenog prema maloletnom migrantu bez pratnje. Videti presudu 1K-45/19 Višeg suda u Sremskoj Mitrovici.

posebnih krivičnih dela, poput prostitucije, podvođenja, zasnivanja ropskog odnosa i slično (npr. Kazneni zakon Republike Hrvatske je nekada sankcionisao krivično delo trgovina ljudima i ropstvo). Mijalković zapaža da su neke zemlje potpuno preuzele određenje iz Palermo protokola (npr. član 418a. Krivičnog zakona Makedonije), druge su ga modifikovale, a neke su se samo delimično usaglasile s Protokolom. Dalje, Mijalković uočava da je *svrha* radnje izvršenja krivičnog dela trgovina ljudima dugo vremena bila samo seksualna eksploatacija (npr. Krivični zakonik Republike Srpske je ranije sankcionisao samo trgovinu ljudima radi vršenja prostitucije), dok danas neki pozitivnopravni propisi, osim opšteg krivičnog dela trgovina ljudima, eksplicitno inkriminišu i druge vidove eksploatacije (npr. krivično delo „trgovanje dijelovima ljudskog tijela i ljudskim zamecima” iz člana 107. Kaznenog zakona Hrvatske). Zatim, u nekim zemljama je krivično delo trgovina ljudima sankcionisano Krivičnim zakonom (npr. član 192. Krivičnog zakona Mađarske), u nekim je inkriminisano drugim zakonima (npr. Zakonom o strancima u Belgiji), dok se neke zemlje mogu pohvaliti i posebnim zakonima koji se odnose isključivo na trgovinu ljudima i zaštitu žrtava trgovine ljudima (npr. Zakon za zaštitu žrtava trgovine ljudima u Americi).

### 3. IZMEĐU PRINUDNOG RADA I TRGOVINE LJUDIMA – PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

#### 3.1. O članu 4. Evropske konvencije o ljudskim pravima

Evropski sud za ljudska prava tumači Evropsku konvenciju o ljudskim pravima zajedno sa Konvencijom Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, u harmoniji sa instrumentima za borbu protiv ropstva i trgovine ljudima UN i instrumentima MOR-a, kako bi obuhvatio širok spektar svih oblika ropstva modernog doba.

Član 4. Evropske konvencije o ljudskim pravima glasi:

1. Niko se ne sme držati u ropstvu ili ropskom položaju.
2. Ni od koga se ne može zahtevati da obavlja prinudni ili obavezni rad.
3. Za svrhe ovog člana izraz „prinudni ili obavezni rad” ne obuhvata:

- a) rad uobičajen u sklopu lišenja slobode određenog u skladu sa odredbama člana 5. ove konvencije ili tokom uslovnog otpusta;
- b) službu vojne prirode ili, u zemljama u kojima se priznaje prigovor savesti, službu koja se zahteva umesto odsluženja vojne obaveze;
- c) rad koji se iziskuje u slučaju kakve krize ili nesreće koja pretila opstanku ili dobrobiti zajednice;
- d) rad ili službu koji čine sastavni deo uobičajenih građanskih dužnosti.

Iako ropstvo i ropški položaj nisu definisani Konvencijom, Evropski sud za ljudska prava u svojim odlukama o njima referiše u svetlu značenja iz Konvencije o ropstvu iz 1926. godine (*Siliadin protiv Francuske*, st. 122)<sup>23</sup> i Dopunske konvencije o ukidanju ropstva, trgovine robljem i ustanova i prakse sličnih ropstvu iz 1956. godine (*C. N. i V. protiv Francuske*, stav 90).<sup>24</sup>

Evropski sud ropški položaj smatra za naročiti oblik ropstva, koji se od njega razlikuje manje u karakteru, a više u stepenu. Iako predstavlja stanje ili položaj i čini „ozbiljan oblik uskraćivanja slobode”<sup>25</sup>, ne sadrži karakteristične crte vlasništva kao ropstvo. Dakle, ropški položaj se shvata kao položaj u kome osoba mora živeti i raditi na imovini druge osobe i obavljati izvesne delatnosti za nju (bilo plaćeno ili neplaćeno), ali bez mogućnosti da svoje stanje promeni (*C. N. i V. protiv Francuske*, stav 90).

Takođe, u članu 4. se zabranjuje prinudni rad ili obavezni rad, ali se pritom ne definišu. Slično kao i sa ropstvom i ropškim položajem, prilikom određenja prinudnog ili obaveznog rada autori Evropske konvencije imali su u vidu određenja iz drugih međunarodnih instrumenata, konkretno Konvencije MOR-a br. 29 iz 1930. godine (*Van der Mussele protiv Belgije*, stav 32).<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> *Siliadin v. France*, European Court of Human Rights, application no. 73316/01, judgment from 26 October 2005.

<sup>24</sup> *C. N. and V. v. France*, European Court of Human Rights, application no. 67724/09, judgment from 11 January 2013.

<sup>25</sup> *Van Droogenbroeck v. Belgium*, European Court of Human Rights, application no. 7906/77, judgment from 24 June 1982, par. 58.

<sup>26</sup> *Van der Mussele v. Belgium*, European Court of Human Rights, application no. 8919/80, judgment from 23 November 1983.



Kada je, pak, reč o služenju, ono nije eksplicitno pomenuto u članu 4, ali je u pomenutom slučaju *Van der Mussele protiv Belgije* iz 1983. godine Evropski sud za ljudska prava zaključio da rečima „prinudni rad” koje su korišćene u članu 4. Evropske konvencije treba dati široko značenje koje obuhvata i koncept prinudne službe.

### 3.2. Strazburške odluke u slučajevima koji se tiču člana 4: ropski položaj i prinudni rad

Evropski sud je 2005. godine odlučivao u slučaju *Siliadin protiv Francuske* koji se tiče maloletne devojke Siliadin koja je iz Toga pristigla u Francusku sa obećanjem da će se tu školovati, a umesto toga završila je kao posluga u jednom privatnom domaćinstvu u Parizu. Pasoš joj je oduzet i nekoliko godina je radila po 15 sati dnevno, bez naknade i prava na slobodne dane. Ona se u predstavci Sudu pozvala na povredu člana 4. i na to da je držana u kućnom ropstvu. Osam godina kasnije Sud je doneo odluku i u slučaju *C. N. i V. protiv Francuske* koji se ticao dve sestre, maloletne siročadi iz države Burundi, koje su bez ikakve nadoknade obavljale kućne poslove u domaćinstvu svojih rođaka u Francuskoj.

U odlučivanju u ta dva slučaja Sud je zauzeo gotovo identičan pristup. Primenjujući Konvenciju o ropstvu, u slučaju *Siliadin protiv Francuske* utvrdio je da se nije radilo o ropstvu jer nad Siliadin „nije stvarno vršeno pravo pravnog vlasništva čime bi ona bila svedena na status objekta”. Ali je utvrđeno da je Siliadin držana u ropskom položaju i da je bila žrtva prinudnog rada. Ropski položaj je ovde shvaćen ne samo kao obaveza obavljanja usluga za drugog nego i kao obaveza da „sluga” živi na tuđem imanju bez mogućnosti da to svoje stanje promeni. Kada je reč o utvrđenom postojanju prinudnog rada, osvrtnjem na Konvenciju MOR-a br. 29, za Sud je bilo značajno da je, iako nije postojala pretnja kaznom u klasičnom smislu, podnositeljka predstavke bila adolescentkinja koja je nezakonito boravila na stranoj teritoriji, u strahu od hapšenja, bez sredstava da živi bilo gde drugde izvan domaćinstva u kome je radila, što je sve zajedno njen položaj činilo dovoljno ranjivim da bi se uslov pretnje kaznom mogao smatrati ispunjenim.

U slučaju *C. N. i V. protiv Francuske*, kod starije sestre Sud je našao, pre svega, povredu člana 4. jer je ona bila žrtva prinudnog ili obaveznog rada koji je obavljala pod pretnjom kazne povratka u Burundi. Osim toga, našao je i da je starija sestra bila držana u ropskom

položaju jer je osećala da je njena situacija nepromenljiva i da je malo verovatno da će se promeniti. Ključ za razlikovanje ropskog položaja i prinudnog rada bio je osećaj žrtve da joj je stanje trajno i da je slabo verovatno da će se promeniti.

Kulen (Cullen 2006, 591–592) smatra da se Sud u slučaju *Siliadin protiv Francuske* držao standardnog razlikovanja između ropstva i prinudnog rada, a da je ropški položaj iskoristio kao novi koncept kojim se označava stanje koje se ne može kvalifikovati ni kao ropstvo ni kao prinudni rad. U presudi *C. N. i V. protiv Francuske* se, pak, ropški položaj posmatra kao specifičan oblik prinudnog ili obaveznog rada, odnosno „teži oblik” prinudnog ili obaveznog rada.

Presudom u slučaju *Siliadin protiv Francuske* utvrđeno je da Krivični zakonik koji je u to vreme bio na snazi u Francuskoj nije bio dovoljna zaštita za Silijadin jer nije inkriminisao ropstvo i ropški položaj, te je to prva presuda u kojoj je ustanovljena pozitivna obaveza za jednu državu da promeni svoje zakonodavstvo kako bi ono efikasnije štutilo potencijalne žrtve. I u slučaju *C. N. i V. protiv Francuske* Sud je došao do identičnog zaključka, te je ispunjenje te pozitivne obaveze iznova naloženo Francuskoj. Sud je u potonjem slučaju našao i da kad je reč o mlađoj sestri nije došlo do povrede člana 4.

Dok se u prethodna dva slučaja mogu izvući paralele i u činjeničnom stanju i, u velikoj meri, u odluci i rezonu Suda o odnosu ropskog položaja i prinudnog rada, drugačija je presuda u slučaju *C. N. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 2012. godine. Podnositeljka predstavlke je bila punoletna žena iz Ugande koja se žalila da je u kući u kojoj je radila kao negovateljica u Ujedinjenom Kraljevstvu bila izložena ponašanju koje konstituiše povredu člana 4. Sud je presudio da je član 4. povređen, ali nije ulazio u određenje položaja žrtve gde *C. N.* kao ropskog položaja. Za utvrđenje povrede zabrane ropstva i prinudnog ili obaveznog rada Sudu je bilo dovoljno da ustanovi da je Ujedinjeno Kraljevstvo prekršilo svoju pozitivnu obavezu da sprovede efikasnu istragu u situaciji gde su državni organi imali opravdan osnov za sumnju da se gđa *C. N.* nalazi u položaju koji nalikuje ropskom.<sup>27</sup> Nemogućnost sprovođenja efikasne istrage proizašla je iz neadekvatnog britanskog krivičnog zakonodavstva, koje u tom trenutku nije prepoznavalo kao posebna krivična dela ropstvo, ropški položaj i prinudni ili obavezni rad. Inkriminisana dela, poput trgovine ljudima,

<sup>27</sup> *C.N. v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, application no. 4239/08, judgment from 13 November 2012, para. 72–73.

otmice, teške telesne povrede, napada, ucene, uznemiravanja itd., gđi C. N. nisu mogla pružiti adekvatnu zaštitu. Dakle, u obrazloženju Suda se navodi da je usled prekršenih pozitivnih obaveza države došlo do povrede člana 4. Značajno je da je Sud istakao da je služenje u domaćinstvu posebno krivično delo, koje se razlikuje od trgovine ljudima i podrazumeva kompleksan set dinamike, koji uključuje i otvorene, ali i suptilnije oblike prinude.

### 3.3. Strazburške odluke u slučajevima koji se tiču člana 4: prinudni rad i trgovina ljudima sa ciljem seksualne eksploatacije

Otac mlade devojke Oksane Rantseve iz Rusije podneo je predstavku Evropskom sudu za ljudska prava povodom slučaja koji se ticao smrti njegove ćerke koja je nastupila na Kipru. Gđica Rantsev je na teritoriju Kipra ušla iz Rusije, koristeći tzv. umetničku vizu i verujući da će raditi kao igračica u kabareu. Umesto toga, završila je u kandžama seksualne eksploatacije. Iako je kiparska policija posumnjala u kakvom se položaju nalazi gđica Rantsev, nije preduzela nikakve mere da joj se kao potencijalnoj žrtvi trgovine ljudima pruži pomoć nego je prepuštena na milost i nemilost svom eksploatatoru. Poginula je iskačući kroz prozor stana u koji ju je smestio njen trgovac.<sup>28</sup> Sud je u slučaju *Rantsev protiv Kipra i Rusije* bio stava da su ropstvo i trgovina ljudima slični fenomeni kada se nad nekom osobom vrše prava koja su odraz vlasničkih prava te da trgovci ljudima tretiraju ljudska bića kao robu koja se kupuje i prodaje te izlaže prinudnom radu. Dakle, Sud ovde rezonuje da je prinudni rad posledica trgovine ljudima. Još jedan izuzetno bitan rezon Suda u tom „slučaju-presedanu” jeste da trgovina ljudima ulazi u okvire člana 4, odnosno zabrane ropstva i prinudnog ili obaveznog rada. Povreda člana 4. je ustanovljena u kontekstu prekršene pozitivne obaveze Kipra da uspostavi adekvatan pravni i administrativni okvir za suzbijanje trgovine ljudima i da preduzme operativne mere (odnosno obavezu sprovođenja istrage) da se gđica Rantsev zaštiti od trgovine ljudima, uprkos postojanju okolnosti koje su ukazivale na opravdanu sumnju da je ona žrtva trgovine ljudima. Član 4. je takođe bio povređen i (ne)postupanjem Rusije koja nije preduzela neophodne mere da utvrdi okolnosti regrutovanja gđice Rantsev.

---

<sup>28</sup> *Rantsev v. Cyprus and Russia*, European Court of Human Rights, application no. 25965/04, judgment from 7 January 2010.

Sa tim slučajem-presedanom upoređićemo dva slična slučaja u kojima su žrtve bile izložene seksualnoj eksploataciji.

Slučaj *L. E. protiv Grčke* iz 2016. godine ticao se žene iz Nigerije koja se pod prinudom bavila prostitucijom u Grčkoj, a zvanično joj je priznat status žrtve trgovine ljudima sa ciljem seksualne eksploatacije. Tu uočavamo prvu (rekli bismo, pozitivnu) razliku od odnosu na slučaj Rantsev. Ipak, za dobijanje tog statusa L. E. je morala da čeka devet meseci od prijavljivanja slučaja.<sup>29</sup> Sud je ustanovio povredu člana 4, odnosno zabrane prinudnog ili obaveznog rada, pozivajući se na prekršenu pozitivnu obavezu Grčke da sprovede efikasnu istragu. Identična pozitivna obaveza (ali bliskog Kipra) prekršena je i u slučaju gđice Rantsev. Utvrđeno je da je istraga u slučaju gđice L. E. bila vođena manjkavo, a i da je prekršena obaveza koja se tiče procesnih garancija s obzirom na kašnjenja u postupku i nepoštovanje prava na suđenje u razumnom roku, te su ovde ujedno nađene i povrede prava na pravično suđenje i prava na pravni lek. U slučaju L. E. Sud je ponovio princip ustanovljen u slučaju Rantsev – da trgovina ljudima (sa ciljem seksualne eksploatacije) spada u domašaj člana 4. Evropske konvencije kojim se zabranjuje prinudni ili obavezni rad.

Drugi slučaj je iz novije sudske prakse i našeg komšijskog okruženja – *S. M. protiv Hrvatske* iz 2020. godine. Gđa S. M. iz Hrvatske žalila se na policijski tretman nakon što je prijavila da je žrtva trgovine ljudima i prinudne prostitucije. Pozicija gđe S. M. je bila naročito teška s obzirom na činjenicu da je osoba koja ju je eksploatisala bio policijski službenik, dok je ona od desete godine boravila po domovima socijalne zaštite i poverovala je svom zlostavljaču da će joj pružiti pomoć.<sup>30</sup> Lako je uočiti sličnosti u ranjivom položaju gđice Rantsev i gđe S. M. Sud je smatrao da je član 4. primenjiv na slučaj *S. M. protiv Hrvatske* jer su postojale bitne karakteristike trgovine ljudima i prinudne prostitucije poput zloupotrebe nečijeg ranjivog položaja, prinude, obmane i prijema. Sud je i ovde našao povredu člana 4, odnosno zabrane prinudnog rada, jer hrvatske vlasti nisu preduzele neophodne mere da istraže slučaj potencijalne prinudne prostitucije. I po treći put vidimo ponovljeni obrazac pronalaženja povrede pozitivne obaveze države da sprovede efikasnu istragu u slučajevima u kojima postoje okolnosti koje opravdano ukazuju na situaciju trgovine ljudima.

<sup>29</sup> *L. E. v. Greece*, European Court of Human Rights, application no. 71545/12, judgment from 21 January 2016.

<sup>30</sup> *S. M. v. Croatia*, European Court of Human Rights, application no. 60561/14, judgment from 3 December 2018.

### 3.4. Strazburške odluke u slučajevima koji se tiču člana 4: prinudni rad i trgovina ljudima sa ciljem radne eksploatacije

Ovu priču ćemo otvoriti slučajem u kome nije pronađena povreda člana 4. *J. i drugi protiv Austrije* je slučaj presuđen 2017. godine u kome je Evropski sud za ljudska prava razmatrao predstavku tri radnice sa Filipina koje su tvrdile da su u odnosu na njih prekršeni stavovi 2. i 3. člana 4. Evropske konvencije. Dakle, pozivale su se na povredu zabrane ropstva i ropskog položaja i zabranu prinudnog ili obaveznog rada, i to konkretno na povredu pozitivne obaveze Austrije da sprovede efikasnu istragu u slučaju u kojem je postojala opravdana sumnja da je reč o ponašanju koje može konstituisati povredu člana 4. Navele su da su im poslodavci (poreklom iz Ujedinjenih Arapskih Emirata) za koje su obavljale rad, tokom tranzitnog boravka od nekoliko dana u Austriji, oduzeli pasoše, primorali ih da rade veliki broj sati bez isplate dogovorenih naknada, zaključavali u hotelske sobe, ograničavali komunikaciju te podvrgavali verbalnom, a nekada i fizičkom nasilju.<sup>31</sup> Podnositeljke su istakle da je trebalo da austrijske vlasti, kada su postale svesne situacije koja se odvijala u Beču, istraže i eksploataciju pretrpljenu pre ulaska na austrijsku teritoriju, odnosno u Dubaiju, koja se ogledala u regrutovanju, obmani i transportu sa Filipina u UAE, kao i eksploataciji koja se tamo desila. Domaći sudovi su zaključili da Austrija nema univerzalnu nadležnost da razmatra to pitanje jer je reč o postupanju stranih državljana na stranoj teritoriji i da su raniji pokušaji uspostavljanja međunarodne pravne saradnje sa UAE bili bezuspešni. Prilikom donošenja odluke Evropski sud je referisao i na međunarodne i regionalne instrumente i ponovio već citirane pozitivne obaveze koje države imaju u pogledu člana 4. Evropske konvencije. Sud je zaključio da je Austrija poštovala svoju pozitivnu obavezu identifikacije i pružanja podrške podnosiocima predstavke kao žrtvama trgovine ljudima i pozitivnu obavezu sprovođenja adekvatne istrage te nije pronađena povreda člana 4. Taj slučaj Sud je okarakterisao kao trgovinu ljudima, a ne kao prinudni rad, rezonujući da dva do tri dana, koliko su podnositeljke bile izložene opisanom ponašanju u Beču, nisu bila dovoljna da bi se moglo govoriti o prinudnom radu. Moguće je da je takav stav Suda bio zasnovan i na merama koje je Austrija preduzela kako bi pomogla žrtvama (finansiranje neprofitnih organizacija

---

<sup>31</sup> *J. and Others v. Austria*, European Court of Human Rights, application no. 58216/12, judgment from 17 April 2017.

koje su pomogle žrtvama, angažovanje specijalno obučениh istražitelja za ispitivanje osnovanosti navoda da je reč o trgovini ljudima, odobravanje podnositeljicama predstavke posebnih boravišnih i radnih dozvola itd.).

Iste godine Evropski sud je odlučivao i u slučaju *Chowdury i drugi protiv Grčke*.<sup>32</sup> Četrdeset dva državljana Bangladeša regrutovana su za rad u Grčkoj na farmama jagoda, bez radnih dozvola. Poslodavci im nisu isplaćivali naknade, a bili su primorani da obavljaju rad u izuzetno teškim uslovima i pod nadzorom naoružanih čuvara. Evropski sud je ovde ustanovio povredu člana 4. u smislu povrede zabrane prinudnog ili obaveznog rada, konstatujući da Grčka nije zaštitila radnike. Naročito je bitno što je Sud taj slučaj okarakterisao kao trgovinu ljudima i prinudni rad i precizirao da je eksploatacija putem rada jedan od aspekata fenomena trgovine ljudima. Za razliku od prethodnog slučaja, ovde su pronađene povrede pozitivnih obaveza države da uspostavi pravni i regulatorni okvir koji sprečava trgovinu ljudima i eksploataciju njihovog rada te štiti žrtve, kao i obaveze države da sprovede efikasnu istragu i kazni lica odgovorna za trgovinu ljudima.

Dakle, dok je u slučaju *J. i drugi protiv Austrije* Evropski sud vrlo rigorozno postupao, dajući gotovo nerazumno veliki značaj vremenskom trajanju eksploatacije, iste te godine u slučaju *Chowdury i drugi protiv Grčke* čitamo presudu koja naglašava težinu eksploatacije prinudnog rada koji podvodi pod okvire šireg pojma trgovine ljudima (tako dajući argument u prilog tvrdnji da Savet Evrope podržava shvatanje Ujedinjenih nacija o prinudnom radu kao posledici trgovine ljudima).

Zaključićemo paletu strazburških odluka jednim od novijih slučajeva koje je Sud razmatrao, a to je *V. C. L. i A. N. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 2021. godine.<sup>33</sup> U tom slučaju su dva maloletna vijetnamska radnika, otkrivena da obavljaju baštovanske poslove u fabrici kanabisa u Ujedinjenom Kraljevstvu, optužena za krivična dela koja se tiču droga, a potom su se, postupajući po savetu svog zastupnika, i izjasnili kao krivi, bez prethodne procene situacije koja je ukazivala na trgovinu ljudima. Nakon osuđujućih presuda, nadležne britanske institucije su shvatile da su ta dva lica bila žrtve trgovine ljudima. U predstavci Evropskom sudu, nakon iscrpljivanja domaćih pravnih lekova, oni su se žalili na povredu člana 4. Evropske konvencije. Sud je

<sup>32</sup> *Chowdury and others v. Austria*, European Court of Human Rights, application no. 21884/15, judgment from 30 March 2017.

<sup>33</sup> *V. C. L. and A. N. v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, application no. 77587/12 and 74603/12, judgment from 5 July 2021.

ispitivao da li je krivičnim gonjenjem žrtava odnosno potencijalnih žrtava trgovine ljudima povređen član 4. Pozivajući se na slučaj *S. M. protiv Hrvatske*, ponovio je da trgovina ljudima spada u domašaj člana 4, te da u skladu sa principom usvojenim u slučaju *Rantsev* nije neophodno kvalifikovati položaj u kome su se našli podnosioci predstavke kao ropstvo, ropski položaj, prinudni ili obavezni rad. Sud je, stoga, zaključio da je Ujedinjeno Kraljevstvo prekršilo svoju pozitivnu obavezu predviđenu članom 4. da preduzme operativne mere da zaštiti maloletne podnosiocima predstavke. Dakle, i u tom vrlo svežem slučaju Evropski sud je pokazao da mu je za pronalaženje povrede člana 4. dovoljno da se utvrdi da su prekršene pozitivne obaveze država, bez detaljnijeg ulaženja u pitanje razgraničenja koncepta prinudnog rada i trgovine ljudima.

Specifičnost slučaja *V. C. L. i A. N. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* je u činjenici da, iako su zatečeni u okolnostima koje su ukazivale na postojanje trgovine ljudima, podnosioci predstavke su krivično gonjeni i zatim osuđeni, a drugostepeni britanski sud tu odluku nije preinačio ni nakon što je žrtvama garantovan zvanični status. Ta presuda je značajna i kao prva u kojoj je Evropski sud odlučio da žrtve trgovine ljudima ne mogu biti krivično odgovorne za dela koja počine kao posledice eksploatacije, što je jedna od bitnijih pobeda izvojevanih za žrtve trgovine ljudima u 2021. godini.

#### 4. PRINUDNI RAD I TRGOVINA LJUDIMA U TEORIJI I PRAKSI – SPECIFIČNI ILI OBUHVATAJUĆI POJMOVI?

Evropska konvencija o ljudskim pravima u članu 4. zabranjuje ropstvo, ropski položaj i prinudni ili obavezni rad. Ostavljajući za trenutak po strani fenomen trgovine ljudima, ukažimo na to da je u teoriji otvoreno pitanje razlikovanja stavova 1. i 2. člana 4. Evropske konvencije, odnosno pitanje veze između ropstva i ropskog položaja, s jedne strane, i prinudnog i obaveznog rada, s druge strane. Morman (Moerman 2010, 109) postavlja pitanje da li su ropstvo i ropski položaj gradacijski ozbiljniji fenomeni od prinudnog i obaveznog rada. Ili je ropstvo najozbiljnija povreda člana 4, a obavezni rad „najblaža“?

Ključna razlika između ta dva stava navodi se u samoj Evropskoj konvenciji, u članu 15, koji se tiče odstupanja u vanrednim okolno-

stima, odnosno ograničenja ljudskih prava. Naime, u članu 15. jasno se kaže da odstupanja od člana 4. stava 1, odnosno zabrane držanja lica u ropstvu ili ropском položaju, nisu dopuštena, ni u vanrednim okolnostima (rat ili druga javna opasnost koja pretpostavlja opstanku nacije). Za razliku od zabrane ropstva i ropског položaja koja ima karakter apsolutnog prava, zabrana prinudnog ili obaveznog rada nema karakter apsolutnog prava te podleže ograničenjima u slučajevima iz člana 15. stav 1. Evropske konvencije

I Morman smatra da dominira stav da „ropstvo i ropски položaj” i „prinudni ili obavezni rad” ne mogu biti posmatrani kao ekvivalentni pojmovi, te ističe da je to mišljenje izraženo još u slučaju *W., X., Y. i Z. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1997. godine i zapaža da ga podržavaju i poznati pravni pisci Džejkobs (Jacobs) i Vajt (White). Oni analiziraju formulaciju stava 1. člana 4. „Niko se ne sme držati u ropstvu ili ropском položaju” kao da ukazuje na pitanje statusa, a stav 2. član 4. „Ni od koga se ne može zahtevati da obavlja prinudni ili obavezni rad” formulisan je tako kao da je njegov cilj zaštita ljudi koji se nalaze na slobodi, a isključuje „rad uobičajen u sklopu lišenja slobode”.

Analizirani slučajevi *Siliadin protiv Francuske* i *C. N. i V. protiv Francuske* pokazuju da je Evropski sud pronašao da su žrtve bile ujedno i u situaciji ropског položaja i u situaciji prinudnog ili obaveznog rada, ali da su ti pojmovi, ipak, različito shvaćeni. Tako, Sud ropски položaj povezuje sa osećajem žrtve da se nalazi u nepromenljivoj situaciji, a prinudni rad sa radom koji se obavlja pod pretnjom kazne.

Član 4. Evropske konvencije ne sadrži zabranu trgovine ljudima. Međutim, ta konvencija, koja je doneta davne 1950. godine, posmatra se kao živi instrument i tumači u skladu sa današnjim uslovima.<sup>34</sup> Konvencija živi u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Počev od slučaja *Rantsev protiv Kipra i Rusije* koji je presuđen 2010. godine, Sud zauzima stav da trgovina ljudima, shvaćena u kontekstu Palermo protokola UN i Konvencije za borbu protiv trgovine ljudima Saveta Evrope, spada u okvire člana 4. Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Autorica Vladislava Stojanova (Stoyanova 2012, 172) zapaža da ukoliko trgovina ljudima spada pod član 4, to znači da on ne obuhvata

<sup>34</sup> Genijalnost Evropske konvencije je upravo u evolutivnom tumačenju – ona je zaista živ i dinamičan instrument. Pokazala je sposobnost da evoluira u svetlu društvenog i tehnološkog razvoja. Konvencija je dokazala da je sposobna da raste sa društvom. Jedan od najpoznatijih principa sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava je doktrina „živog instrumenta”. Ta doktrina izražava princip da se Konvencija tumači „u skladu sa današnjim uslovima”, da se razvija kroz tumačenja Suda.



samo ropstvo, ropski položaj i prinudni i obavezni rad nego i „eksploataciju”, koja je element svrhe u trgovini ljudima. Naravno, da bi trgovina ljudima postojala, osim „eksploatacije” kao *svrhe*, moraju da postoje i određene *radnje* i *sredstva*. Time je, smatra Stojanova, materijalni obuhvat člana 4. proširen i na eksploataciju. Ipak, to znači da članom 4. neće biti pokrivena svaka eksploatacija nego samo ona koja se odnosi na radnje vrbovanja, prevoženja, prebacivanja, skrivanja i primanja lica putem sredstava prinude ili obmane. Stojanova dalje otvara pitanje zašto bi eksploatacija shvaćena kao element *svrhe* trgovine ljudima bila prioritizovana u odnosu na bilo koju drugu vrstu eksploatacije. U kontekstu koji Stojanova ovako postavlja, osvrnućemo se ponovo na shvatanje MOR-a da je trgovina ljudima samo podskup eksploatacije rada. Stojanova ističe da je to shvatanje veoma usko i da ne odražava činjenicu da je trgovina ljudima težak oblik radne eksploatacije koji se značajno razlikuje od drugih oblika eksploatacije u vidu malih zarada ili blažih formi psiholoških pretnji poput prestanka radnog odnosa ili zabrane budućeg zaposlenja (videti Foor 2010, 94).

Iz analiziranih slučajeva, Morman izvlači zaključak da je jasno da Sud u Strazburu, odlučujući o povredi člana 4, nije smatrao da je neophodno kvalifikovati da li postupanje na koje se podnosilac predstavke žali predstavlja „ropstvo”, „ropski položaj” ili „prinudni i obavezni rad”. Štaviše, u obrazloženju utvrđenih povreda člana 4. Sud se uglavnom pozivao na prekršene pozitivne obaveze država da uspostave pravni i administrativni okvir koji potencijalnim i prepoznatim žrtvama pruža adekvatnu zaštitu, kao i obaveze sprovođenja efikasne istrage u situacijama u kojima postoji opravdana sumnja da se lice nalazi u okolnostima koje konstituišu povredu člana 4. Takav rezon smo videli u presudama *C. N. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *Rantsev protiv Kipra i Rusije*, *L. E. protiv Grčke*, *S. M. protiv Hrvatske*, *Chowdury i drugi protiv Grčke* i *V. C. L. i A. N. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.

Bliže analizirajući uticaj povređenih pozitivnih obaveza države na kvalifikaciju stanja na koje su se podnosioci predstavki žalili, zaključujemo sledeće. Najpre, u slučaju *J. i drugi protiv Austrije*, u kojem nisu pronađene povrede pozitivnih obaveza država, nije pronađena ni povreda člana 4, te nije bilo reči ni o daljoj kvalifikaciji ponašanja na koje su se podnosioci žalili. U slučajevima *Siliadin protiv Francuske* i *C. N. i V. protiv Francuske* Sud je pronašao da su žrtve bile ujedno i u situaciji ropskog položaja i u situaciji prinudnog ili obaveznog rada, ali su ti pojmovi različito shvaćeni. Tako, Sud ropski položaj povezuje sa

osećajem žrtve da se nalazi u nepromenljivoj situaciji, a prinudni rad sa radom koji se obavlja pod pretnjom kazne. U oba slučaja povređena je pozitivna obaveza države da uspostavi odgovarajući pravni i administrativni okvir koji bi adekvatno štutio žrtve. U slučajevima *C. N. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *L. E. protiv Grčke*, *S. M. protiv Hrvatske* i *V. C. L. i A. N. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* Sud je utvrdio da su države prekršile pozitivnu obavezu sprovođenja adekvatne istrage, odnosno obavezu preduzimanja operativnih mera, što je bilo dovoljno i da pronađe povredu člana 4, ne ulazeći u određenje položaja u kome su se našli podnosioci predstavljeni. U slučajevima *Rantsev protiv Kipra* i *Rusije* i *Chowdury i drugi protiv Grčke* Sud je utvrdio da su države prekršile obavezu uspostavljanja pravnog i administrativnog (regulatornog) okvira, kao i obavezu efikasnog sprovođenja istrage, odnosno preduzimanja operativnih mera. U revolucionarnom slučaju *Rantsev* opisano ponašanje je kvalifikovano kao trgovina ljudima, te je zaključeno da ona spada u okvire člana 4. Slučaj *Chowdury i drugi protiv Grčke* Sud je okarakterisao kao trgovinu ljudima i prinudni rad i precizirao da je eksploatacija putem rada jedan od aspekata fenomena trgovine ljudima.

Sa tumačenjem Natalije Olus (Natalia Ollus 2015, 238) mogli bismo se saglasiti. Naime, ona smatra da su trgovina ljudima i prinudni rad blisko povezani fenomeni koji se delimično i preklapaju, ali ne obuhvataju jedan drugi. Činjenica je da su sredstva kojima se osoba dovodi u situaciju da bude žrtva trgovine ljudima (pretnja, sila, obmana, zloupotreba ranjivog položaja) i sredstva kojima se iznuđuje prinudni rad pod pretnjom kazne (pretnja, prinuda, korišćenje zavisnog položaja osobe) delimično ista. Međutim, kako prinudni rad može postojati bez trgovine ljudima tako i trgovina ljudima može postojati bez prinudnog rada. U savremenoj evropskoj perspektivi, i trgovina ljudima i prinudni rad odvijaju se u kontekstu eksploatacije (uglavnom migrantskog) rada. Zbog nasilnih i eksploativnih situacija regrutovanja i zapošljavanja, najgori oblici zloupotrebe mogu ispuniti uslove da budu smatrani krivičnim delom trgovina ljudima sa ciljem prinudnog rada. Zbog toga je, smatra Olus, imperativ posmatrati trgovinu ljudima sa ciljem prinudnog rada i kao krivično delo i kao pitanje radnog prava. U tom kontekstu je zanimljivo i shvatanje Klare Skrivankove (Klara Skrivankova 2014, 4) da je dostojan rad sfera intervencije radnog prava, trgovina ljudima sfera intervencije krivičnog prava, a prinudan rad sfera mešovitih intervencija.

Iako se čini da Evropski sud za ljudska prava više naginje ka stanovištu da je prinudni rad posledica trgovine ljudima, što zapažamo i

u presudi u slučaju *Chowdury i drugi protiv Grčke* u kojoj se navodi da je eksploatacija putem rada jedan od aspekata trgovine ljudima, ipak se ne bi moglo zaključiti da je sudska praksa u tom pitanju konzistentna. To je očigledno i iz presude *J. i drugi protiv Austrije*, u kojoj je predmetno ponašanje okvalifikovano kao trgovina ljudima jer nije ispunjavalo uslov dovoljno dugog trajanja da bi bilo smatrano prinudnim radom.

## 5. ZAKLJUČAK

Kako piše Bejls, „Moderno ropstvo je poput nove bolesti protiv koje vakcina ne postoji... A ta se bolest širi. Rastom modernog ropstva povećava se svakoga dana i broj žrtava. Suočavamo se sa epidemijom ropstva koja je putem globalne ekonomije direktno povezana i sa životima svakoga od nas.”<sup>35</sup>

Ni na početku 2023. godine slučaj *Linglong*, koji je otvorio centralno pitanje ovog rada, čini se, nije dobio svoj epilog. Naime, radnici su nastavili sa pokušajima štrajka radi isplate zaostalih zarada, civilno društvo je ostalo čvrsto na stavu da reakcija nadležnih institucija nije bila adekvatna, a pojavili su se i navodi da će većina radnika biti vraćena u Vijetnam. Iz beogradske Kancelarije visokog komesara za ljudska prava UN poručeno je da Srbija još nije izvestila Kancelariju visokog komesara za ljudska prava UN u Ženevi o navodima vijetnamskih radnika o nehumanim uslovima boravka i rada na gradilištu kineske fabrike „Linglong” u Zrenjaninu, dok su Kina i Vijetnam to uradili.

Dok moderno ropstvo i najgori vidovi eksploatacije nezaustavljivo haraju svetom, međunarodna zajednica i dalje ne postiže konsenzus o pitanju čije je shvatanje „ispravno” – shvatanje Ujedinjenih nacija, Saveta Evrope i Evropske unije da je prinudni rad posledica trgovine ljudima i da se može podvesti pod pojam trgovine ljudima ili shvatanje Međunarodne organizacije rada da je trgovina ljudima posledica prinudnog rada koji kao širi pojam u sebi sadrži i fenomene eksploatacije odnosno trgovine ljudima. Na osnovu svega izloženog u ovom radu, čini se da je najlogičnije shvatiti te pojmove kao zasebne fenomene, koji, iako često duboko isprepletani, ipak mogu da postoje jedan bez drugog i da, kao takvi, zahvaljujući svojim specifičnostima, budu kvalifikovani. Ipak, to ne znači da možemo da zanemarimo shvatanje koje zastupaju neki autori da iako je nesporno bitno da države u praksi pra-

---

<sup>35</sup> Videti LeBaron 2016.

ve razliku između ovih pojmova kada se pozivaju na član 4. Evropske konvencije, previše oštro razlikovanje može biti prepreka zaštiti ljudskih prava u budućim slučajevima (Cullen 2006, 591–592).

Kako ističe Marja Pavilajnen (Marja Paavilainen 2015, 158–159), možda se pitanje razlikovanja prinudnog rada i trgovine ljudima ne odnosi na to u čemu su te razlike nego kada ih treba razlikovati. U nekim situacijama trgovina ljudima se posmatra kao proces, a prinudni rad je posledica situacije na radnom mestu. Ipak, zapažamo da iako neke žrtve završe u situaciji prinudnog rada kroz trgovinu ljudima, neke u taj položaj dospeju drugim kanalima. Zavisno od regulative, jasno je da se iste situacije mogu pravno tretirati drugačije. Uočili smo da, kada odlučuje u slučajevima koji se tiču člana 4, Evropski sud za ljudska prava ne nalazi da je neophodno da prethodno kvalifikuje ponašanje na koje se podnosioci predstavke žale kao na ropstvo, ropski položaj, prinudni rad, obavezni rad ili trgovinu ljudima. U svakom slučaju, bez obzira na izabrani legislativni pristup, organi svake države moraju imati jasne instrukcije kako da primene sopstveno nacionalno zakonodavstvo i kako da prepoznaju slučajeve prinudnog rada ili trgovine ljudima. Dakle, konfuzije u shvatanju koncepata prinudnog rada i trgovine ljudima moraju se razjasniti kako se ne bi ugrozili identifikacija žrtava, adekvatna istraga i procesuiranje.

O stavu koji je Evropski sud u analiziranim slučajevima zauzimao u vezi sa zaštitom žrtava mnogo se može zaključiti i iz dela koji se tiče prava na odštetu žrtava. Izuzimajući slučaj *J. i drugi protiv Austrije* u kome nije nađena povreda člana 4, u svim ostalim slučajevima Sud je garantovao pravo na naknadu sudskih i ostalih troškova. Osim u slučaju *C. N. i V. protiv Francuske*, u kome podnosioci predstavke nisu ni podneli takav zahtev, kao i u slučaju *S. M. protiv Hrvatske*, gde je zahtev za naknadu tih troškova odbijen. U svim analiziranim slučajevima u kojima je pronađena povreda člana 4. žrtavama je Sud garantovao i pravo na naknadu materijalne, odnosno nematerijalne štete. Izuzetak je slučaj *Siliadin protiv Francuske*, u kome Sud nije dosudio naknadu štete žrtvama jer takav zahtev u predstavi nije ni podnet. Od svih analiziranih slučajeva, najviši iznos naknade štete dosuđen je u slučaju *C. N. i V. protiv Francuske* i iznosi 30.000 evra.

Naposletku, citiraćemo stav koji je Evropski sud zauzeo u slučaju *S. M. protiv Hrvatske* da se nalaženjem da je postojao „prinudni ili obavezni rad”, shvaćen u kontekstu člana 4, nastoji da se pruži zaštita od svakog vida ozbiljne eksploatacije, bez obzira na to da li okolnosti

konkretnog slučaja ukazuju na postojanje trgovine ljudima, te da takvi slučajevi mogu sadržati elemente ropstva ili ropskog položaja, ali se mogu ticati i povrede nekog drugog člana Konvencije. Takav rezon Suda, dakle, umesto sporova o kvalifikaciji pojmova na prvo mesto stavlja potrebu da se zaštite žrtve potencijalnih kršenja člana 4. Evropske konvencije.

## LITERATURA

### Monografije i članci

1. Cullen, Holly. 3/2006. Silliadin v. France: Positive Obligations Under Article 4 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review* 6: 585–592.
2. Foor, Brittany. 1/2010. Human Trafficking and Forced Labour: A Recommendation. *The Groove City College Journal of Law and Public Policy*: 87–98.
3. LeBaron, Genevieve. 1/2016. Slavery, Human Trafficking and Forced Labour: Implications for International Development. *The Palgrave Handbook of International Development*: 381–398.
4. Logan, T. K., Robert Walker, Gretchen Hunt. 1/2009. Understanding Human Trafficking in the United States. *Trauma, Violence & Abuse* 10: 3–30.
5. Mijalković, Saša. 1/2007. Određenje trgovine ljudima u međunarodnom i uporednom pravu. *Strani pravni život* 99: 99–114.
6. Moerman, Jochen. 1–2/2010. A Critical Analysis of the Prohibition of Slavery and Forced Labour Under Article 4 of the European Convention on Human Rights. *Inter-American and European Human Rights Journal* 3: 86–114.
7. Ollus, Natalia. 2015. Regulating Forced Labour and Combating Human Trafficking: the Relevance of Historical Definitions in a Contemporary Perspective. *Crime, Law and Social Change* 63: 221–246.
8. Paavilainen, Marja. 5/2015. Towards a Cohesive and Contextualised Response: When Is It Necessary To Distinguish Between Forced Labour, Trafficking In Persons And Slavery. *Anti Trafficking Review*: 158–161.
9. Perišić, Natalija. 1/2019. Domestic Violence against Immigrant Women in Transit – The Case of Serbia. *Temida – časopis o viktimizaciji, ljudskim pravima i rodu* 22: 39–58.
10. Belser, Patrick, Michaelle de Cock, Farhad Mehran. 2005. *ILO Minimum Estimate of Forced Labour in the World*. Geneva: International Labour Office.

11. Petrović, Dragana. 1/2012. Nacionalna zakonodavstva u svetlu harmonizacije sa međunarodnim standardima za eliminisanje trgovine ljudima. *Strani pravni život*: 66–86.
12. Rizvo, Samir, Eldan Mujanović. 1–2/2014. Trgovina ljudima radi eksploatacije radne snage: političke dileme. *Časopis za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije* 14: 39–58.
13. Stoyanova, Vladislava. 2/2012. Dancing on Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in Rantsev case. *Netherlands Quarterly of Human Rights* 30: 163–194.
14. Knežević, Saša, Vanda Božić, Željko Nikač. 76/2017. Globalni i regionalni aspekt pravnog i institucionalnog okvira za suzbijanje trgovine ljudima. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 56: 295–317.
15. Swepston, Lee. 2014. *Forced and Compulsory Labour in International Human Rights Law*. Working paper. Geneva: International Labour Organisation.

### Internet i ostali izvori

1. Feingold, David A. 2009. Think Again: Human Trafficking. Foreign Policy. <https://foreignpolicy.com/2009/10/20/think-again-human-trafficking/>, poslednji pristup 12. aprila 2023.
2. Izveštaj: Uslovi života i rada vijetnamskih radnika na gradilištu fabrike Linglong. <https://www.astra.rs/zahtev-za-hitnu-reakciju-nadleznih-insiticija-u-slucaju-potencijalne-trgovine-ljudima-u-cilju-radne-eksploatacije-radnika-iz-vijetnama/>, poslednji pristup 12. aprila 2023.
3. Skrivankova, Klara. 2014. Forced Labour in the UK. Joseph Rowntree Foundation. <https://www.jrf.org.uk/report/forced-labour-united-kingdom>, poslednji pristup 14. aprila 2023.
4. Zahtev za hitnu reakciju nadležnih institucija u slučaju potencijalne trgovine ljudima u cilju radne eksploatacije radnika iz Vijetnama. <https://www.astra.rs/zahtev-za-hitnu-reakciju-nadleznih-insiticija-u-slucaju-potencijalne-trgovine-ljudima-u-cilju-radne-eksploatacije-radnika-iz-vijetnama/>, poslednji pristup 12. aprila 2023.

APPLICATION OF ARTICLE 4 OF THE EUROPEAN  
CONVENTION IN THE CASE LAW OF THE  
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS –  
BETWEEN FORCED LABOR AND HUMAN  
TRAFFICKING

*Summary*

The European Union perceived the case of hundreds of Vietnamese working in the Chinese factory „Linglong” in Serbia as forced labor and potential human trafficking for the purpose of labor exploitation. This case and European interpretation imply a deeper issue. How to qualify this situation – as forced labor, human trafficking or forced labor and human trafficking? Answering this question, the author observes a contradiction in the understanding of the relationship between forced labor and human trafficking in the instruments of the International Labor Organization, on one side, and the instruments of the United Nations, the Council of Europe and the European Union, on the other side. Using the method of conceptual analysis, the author tries to determine the border between these concepts (and whether it even exists), concluding the key is not in the differences between the terms, but in when it is necessary to distinguish them, emphasizing the reasoning of the European Court of Human Rights – instead of disputes about qualifications, priority should be given to protecting victims of violations of Article 4 of the European Convention.

Key words: *Linglong, forced labor, human trafficking, labor exploitation, Article 4 of the European Convention*





Mina Čeperković\*

PRAVNE PRAZNINE KAO ANOMALIJA  
PRAVNOG SISTEMA – RAZMATRANJE POJMA  
I PRIRODE PRAVNIH PRAZNINA

*Razvojem ljudskog društva nastaju nove društvene situacije kojima pravo često ostaje nedoraslo te se, stoga, javlja i potreba njihovog normiranja. Druga mogućnost je da je zakonodavac nevešt, da se prilikom normiranja određenih odnosa služio neodređenim izrazima ili da je, iz različitih razloga, propustio da te odnose normira. Tako u pravu nastaju pravne praznine, koje treba analizirati i popuniti, naročito zbog toga što se od prava očekuje da normira one odnose koji omogućavaju i olakšavaju društveno funkcionisanje. Neophodno je, dakle, izložiti celovit teorijski pristup problematici postojanja pravnih praznina sa stanovišta pravne teorije. Posebnu pažnju treba posvetiti i popunjavanju pravnih praznina. Međutim, kako to nije predmet ovog rada, naglasićemo samo nužnost rešavanja tog pitanja.*

*Ključne reči: Pravne praznine, tumačenje prava, pravna teorija, popunjavanje pravnih praznina, filozofija prava*

## 1. UVOD

*„Pravnih praznina mora biti jer je život uvek složeniji od prava, a naročito zato što se on uvek brže razvija i menja nego pravo. Pravo po pravilu tapka za životom.”*

Radomir Lukić

Radi potpunijeg razumevanja značaja teme koja se u radu razmatra, treba već na početku objasniti pravo i njegovu ulogu u društvu. Ne samo pravnicima, već i laicima, jasno je da pravo teži regulaciji svih

---

\* Autorica rada je studentkinja druge godine osnovnih akademskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: [minaceperkovic@gmail.com](mailto:minaceperkovic@gmail.com).

segmenata društvenog života. Ipak, neretko se dešava da, iz različitih razloga, pravo ne uspe u tome. Primera radi, odnosi za koje se pretpostavlja da bi ih bolje uredili subjekti kojih se oni tiču prepušteni su slobodnom regulisanju tih subjekata, a pravo ih reguliše supsidijarno. Kako je već napomenuto, nije retkost da i oni odnosi koje bi pravo trebalo da reguliše primarno ne budu regulisani uopšte ili budu regulisani delimično. Naime, iako „pravo ili, tačnije rečeno, pravna sfera predstavlja jednu od najvažnijih i najsloženijih sfera društvenog života civilizovanih političkih zajednica” (Stanković 2001, 240), ono nije onipotentno. Pravo neretko propušta da reguliše sve društvene situacije koje bi trebalo da uredi jer „iluzija je smatrati da kodifikovana pravila ne sadrže praznine i da je život i važeće pravo samo ono što je u zakonu napisano” (Spaić 2020b, 197). Tako, upravo zbog „neizbežnog lakunoznog karaktera pravnog poretka” (Spaić 2020b, 199) nastaju „anomalije”<sup>1</sup> pravnog sistema koje se u pravnoj nauci i pravnoj praksi nazivaju pravnim prazninama. Njihovo postojanje u pravnom sistemu ima negativne posledice pa ćemo, upravo zato, insistirati na neophodnosti njihovog popunjavanja kako bi se eliminisale iz pravnog sistema.

One, pre svega, izazivaju pravnu nesigurnost. Značaj konstatovanog problema najlakše je shvatiti ako razmotrimo šta norme pravnog sistema znače za subjekte prava. Karl Luelin (Karl Llewellyn) zagovara stanovište da svaka društvena grupa ima svoje osnovne potrebe koje pravni sistem reguliše, osiguravajući na taj način da ta grupa opstane, s jedne strane, i obezbeđujući rešenja za potencijalne sukobe koji bi u takvoj grupi potencijalno nastali, s druge strane. Smatra da je uloga prava i da, osim što obezbeđuje način rešavanja tih sukoba, istovremeno omogućava konstituisanje i priznavanje autoriteta u pomenutoj grupi (primerice Ustav) (Harris 2007, 3–4). Robert Samers (Robert Summers) definiše pet mogućih načina kojima se, putem prava, implementiraju socijalne politike: upotreba prava sa ciljem eliminisanja sukoba među članovima društva, kao mehanizma kojim se zabranjuju i procesuiraju nepoželjna ponašanja, kao načina da se propagiraju određena njime definisana ponašanja, upotreba prava sa ciljem upravljanja raznovrsnim javnim dobrima i, konačno, radi pružanja potpore određenim odnosima među članovima društva (Harris 2007, 4). Imajući sada na umu ta dva gledišta i činjenicu da subjekti prava u najvećem broju slučajeva postupaju onako kako norme pravnog sistema

---

<sup>1</sup> Anomalija je termin korišćen u: Nenadić, Bosa, Agneš Kartag-Odri, Katarina Manojlović-Andrić 2008, 669–691.

nalažu, sasvim je jasno da je postojanje pravne praznine veoma važan problem. Samo postojanje praznina, dakle, ima direktne posledice na, u ovom slučaju neregulisanje pojedinih društvenih odnosa. Primerice, „današnja Srbija ima aljkavije uređeno građansko pravo od devetnaestovekovne Srbije, pa tako postoje neke pravne oblasti koje ni dandanas nisu uređene propisom donetim posle oktobra 1946. godine, pre svega u oblasti stvarnog prava” (Živković 2014, 182). Naime, u XXI veku u Srbiji na lične službenosti se primenjuju odredbe Srpskog građanskog zakonika, od čijeg je donošenja prošlo čak 178 godina. Iako ta pravila i sada u izvesnom smislu odgovaraju potrebama modernog društva, nesporno je da bi kodifikacija kojom bi, bez praznina, bile detaljnije uređene lične službenosti nesumnjivo uticala na povećanje pravne sigurnosti.

Nastanak pravnih praznina teorija i filozofija najčešće objašnjavaju dinamičnošću društvenog života. Odnosi koji su bili normirani iščezavaju, a istovremeno se javlja potreba da se regulišu novi društveni problemi i situacije, pa tako društvene promene uslovljavaju promenu zakona i podzakonskih akata. *Exempli causa*, u pravnoj teoriji je prvo vladalo mišljenje da su subjekti prava fizička lica, a onda se razvilo mišljenje da se status subjekta prava priznaje i organizacijama koje nisu fizička lica, ali su sastavljene od njih. Krug subjekata prava se širi i danas, te su određena prava priznata i životinjama, samo se vodi polemika o njihovom obimu.

Ta podela subjekata prava dugo je bila dominantna i činila se dovoljnom. Međutim, u ovom veku razmatra se i četvrta kategorija subjekata prava – virtuelni lik (Mitrović, Trajković 2011, 28–42). Razmatranja dosad nepoznatih entiteta kao potencijalnih subjekata prava uslovljena su informaciono-tehnološkim razvojem. Radi unapređivanja poslovnog saobraćaja, koji se sada odvija i u računarskoj stvarnosti, značajni su postali virtuelni likovi koji proizvode pravne posledice i u virtuelnoj i u realnoj stvarnosti. Zbog toga se i javila praktička potreba definisanja njihove pravne prirode.

Drugi primer koji odražava dinamičnost društvenog života u odnosu na statičnost pravnog poretka jeste situacija iz osamdesetih godina prošlog veka, kada se proširila primena ljudskog embriona, koji se od tada koristi ne samo u svrhu veštačke inseminacije već i u medicinskim istraživanjima. Zbog toga su otvorena mnoga etička i pravna pitanja, a najznačajnije se ticalo dozvoljenosti takvih oglada na čovečjem embrionu. Dilema je sledeća – da li se prema embrionu treba odnositi

kao prema stvari ili kao prema ljudskom biću? Dilema o kojoj govorimo uzrokovala je izgradnju zasebnog zakonodavstva o veštačkom oplodjenju žena u razvijenijim zemljama (Radišić 1992, 221–238). To su samo neka od mnogih pitanja iz pravnog života čija je regulacija bila neophodna usled nastanka novih društvenih okolnosti te neminovnog postojanja praznina u tadašnjem zakonodavstvu.

Klaudija Irti (Claudia Irti) u svom radu „The Problem of Legal Gaps” (Irti 2014, 157–179) klasifikovala je mnoge probleme koji su se javljali povodom pitanja pravnih praznina: „tipološki problem”, koji se odnosi na potrebu definisanja pojma pravne praznine, „ontološki problem”, odnosno različita mišljenja o kompletnosti pravnog sistema sa ciljem da potvrde ili ospore postojanje pravnih praznina, „metodološki problem”, povodom kojeg se razmatraju metode koje tumač prava koristi sa ciljem njihove integracije, i „fenomenološki problem”, u kojem se praznine posmatraju kao varijable zavisne od načina tumačenja.

U ovom radu ćemo: 1. objasniti pojam pravnih praznina i razmotriti pitanje njihovog postojanja; 2. izložiti klasifikacije pravnih praznina prisutnih u našoj i inostranoj literaturi; 3. kritički razmotriti različite klasifikacije pravnih praznina da bismo konačno 4. izložili perspektivu iz koje smatramo da treba razmatrati problem pravnih praznina.

## 2. POJAM PRAVNE PRAZNINE

Kada tumači pravo, tumač pretpostavlja da je tvorac norme „idealna”, odnosno da savršeno poznaje društvo i njegove potrebe, mogućnosti prava u regulisanju društvenih odnosa i ostvarivanju društvenih interesa, zatim ceo postojeći sistem prava, tehniku njegovog stvaranja i primene, te da pritom potpuno pravilno logički razmišlja. Ta pretpostavka u izvesnom smislu znači i savršenost prava koje je takav normotvorac stvorio. Ipak, ova konstatacija ne odgovara stvarnosti. Tvorac pravne norme nije savršen, te su stoga nedostaci, greške pa i praznine sasvim izvesni (Lukić 1979, 125).

Ipak, o pitanju postojanja pravnih praznina u literaturi postoje oprečna mišljenja, te je nužno, pre svega, objasniti postoje li one uopšte. Naime, iako su zamisliva i druga gledišta o toj dilemi, razmotrićemo samo dva osnovna, od kojih jedno negira njihovo postojanje, dok drugo zauzima stav da je sasvim izvesno da će one postojati.

## 2.1. Šta pravne praznine nisu?

Od pravnih praznina treba razlikovati društvene odnose o kojima pravo sa namerom „ćuti“, za koje koristimo termin pravno slobodan prostor. To su slučajevi kada treba proceniti da li je za društvo korisnije da konkretan društveni odnos ne bude regulisan opštom ili pojedinačnom normom (Mitrović 2010, 472). Odnosno, situacije za koje zakonodavac proceni da ne treba da ih normira. Razlika postoji i između pravnih praznina i pravnih standarda, odnosno pojmova „koji menjaju svoju konkretnu sadržinu zavisno od svakog konkretnog slučaja“ (Vasić, Jovanović, Dajović 2021, 221). Kako nije moguće unapred predvideti ponašanje koje će se zahtevati u svakom pojedinačnom slučaju, od odnosnog subjekta se zahteva da se ponaša saobrazno ponašanju prosečnog čoveka. Nadležni organ će proceniti koje je to ponašanje koje se zahteva imajući u vidu pojedinosti konkretnog slučaja. *Ergo*, konkretna obaveza koja se zahteva nije određena pravnim standardom ali je određiva.

Iako se u domaćoj literaturi javljaju gledišta da su pravni standardi jedna vrsta pravnih praznina, sa takvim mišljenjem se nije moguće složiti. Ne bi bilo ispravno reći ni da pripadaju pravno slobodnom prostoru jer pravo određeni odnos na izvestan način njima ipak reguliše. Pravnicima je možda najpoznatiji primer „dobrog domaćina“. Zavisno od stvari koja je dobrom domaćinu ostavljena na čuvanje, on će postupati drugačije. Nešto složenija sintagma sadržana je u normi u Zakonu o javnom redu i miru Republike Srbije: „ko se bavi vraćanjem, proricanjem, tumačenjem snova ili *sličnim obmanjivanjem na način koji uznemirava građane* ili *narušava javni red i mir* – kazniće se...“<sup>2</sup> (istakla M. Č.). Kako vidimo, nije precizno određeno na koja ponašanja se odnosi sintagma „slično obmanjivanje“, koji je to „način koji uznemirava građane“ i „narušava javni red i mir“. To će proceniti sudije saobrazno konkretnim okolnostima slučaja koji imaju da reše. Odnosno, državni organi u ovom slučaju procenjuju da li osoba svojom radnjom narušava javni red i mir i koje se ponašanje može kvalifikovati kao obmanjivanje građana. Drugim rečima, pravni standardi su namerno neodređene jezičke formulacije kojima zakonodavac ostavlja prostor za donošenje odluke na osnovu diskrecione ocene nadležnog državnog organa. Zbog toga društvene odnose na koje se te formulacije odnose ne možemo smatrati pravnim prazninama.

---

<sup>2</sup> Zakon o javnom redu i miru, *Službeni glasnik RS* 6/2016 i 24/2018, čl. 15. st. 1.

## 2.2. Šta pravne praznine jesu?

U domaćoj literaturi autori najčešće polaze od definicije pravnih praznina Radomira Lukića da one predstavljaju „društvene odnose koji nisu regulisani pravom iako bi zbog društvenog interesa trebalo da jesu” (prema Mitrović 2010, 472). Kako građansko pravo u Republici Srbiji nije kodifikovano, kao ilustraciju definicije možemo uzeti bilo koji od mnogobrojnih primera iz pravnog života. Naime, u slučaju građenja na tuđem zemljištu, Zakonom o osnovama svojinskopравnih odnosa (u daljem tekstu ZOSPO) regulisane su tri situacije: kada je gradilac nesavestan a vlasnik zemljišta savestan, kada je vlasnik zemljišta nesavestan a gradilac savestan i kada su obojica savesni. Ipak, ZOSPO propušta da reguliše situaciju kada su i gradilac i vlasnik zemljišta nesavesni. Tu pravnu prazninu je moguće popuniti analognom primenom rešenja situacije kada su obojica savesni, ali treba imati u vidu da je nesavesnost gradioca uzročna, dok je nesavesnost vlasnika zemljišta posledična pa je, tako, rešenje privremeno i neadekvatno.

Neki od društvenih odnosa „koji pravom nisu regulisani ali bi zbog društvenog interesa trebalo da budu” ne predstavljaju nužno problem jer je sudska praksa našla rešenja primenom analogije, što ne znači da te odnose nije neophodno regulisati. *Exempli causa*, srpsko pozitivno pravo ne sadrži odredbe o tome koja deca će se smatrati vanbračnom. Primenom *argumentum a contrario* sa normama o bračnom očinstvu, vanbračna deca su ona koja nisu rođena u braku svojih roditelja ili u roku od 300 dana od dana prestanka tog braka smrću muža majke. Ili, pravo na tužbu radi osporavanja bračnog očinstva ne prelazi na naslednike, ali naslednici mogu da nastave spor pokrenut tužbom sa ciljem da se utvrdi da je postojao osnov za osporavanje bračnog očinstva. Problem proizilazi iz toga što nije precizirano da li je to pravo priznato samo zakonskim ili i testamentalnim naslednicima.

## 2.3. Postoje li uopšte pravne praznine?

Iako je danas teško zamisliti pravni sistem koji nema praznina, sredinom XIX veka bilo je dominantno gledište o zaokruženosti pravnog sistema. Naime, dve pravne škole – pojmovne jurisprudencije i zakonskog pozitivizma – zastupale su stanovište o zatvorenom sistemu normi, ustanova i pojmova. Zadatak sudije je da supsumpcijom iz norme izvede rešenje.

Rešenje konkretnog slučaja sadržano je, dakle, u pravnom sistemu, pravnih praznina nema, nema ni vanpravnih kategorija poput, recimo, morala i, što je još važnije, sudija ne stvara pravo. Zadatak nauke je, pre svega, da iz postojećih principa, pojmova i pravila izvede nove i da ih poveže u sistem te da njihovom jasnoćom isključi samovolju sudije (Stanković, Vodinelić 2007, 275). Herman Kantorovič (Hermann Kantorowicz), nemački pravnik i oponent takvog načina rasuđivanja, ipak kaže sledeće: „Samo se jurisprudencija, sasvim sama, usled svoje tobože sistematske potpunosti, pouzdaje u to da može da reši svaki stvarni i svaki zamišljeni problem, pa tu sposobnost zahteva čak i od poslednjeg od svojih pristalica” (Kantorovič 2006, 15–16). Kantorovič nastavlja ironično, označavajući nadržilekara i dogmatskog pravnika kao „fatalne pobratime”.

Među domaćim pravnim teoretičarima, istaknuti pripadnik škole pojmovne jurisprudencije bio je Živojin Perić. Povodom ovog pitanja zauzima jasan stav: „Sudija, za jedno kraće ili duže vreme po kodifikaciji, nije ništa drugo do jedan običan posrednik između zakonodavca i pojedinca (parničara), kojima ima, kao neki fonograf, samo da ponovi reči zakonodavčeve” (Simić 1979, 319). U ovom slučaju se samo nameće pitanje: šta kada zakonodavčevih „reči” nema? Odgovor na pitanje izostaje jer Perić negira ne samo postojanje pravnih praznina *ab initio* već i onih koje bi kasnije nastale. Smatrajući da je zakonodavac nepogrešiv, branio je fikciju o zakonodavcu kao nekom višem, savršenom biću. On ne samo da poznaje i normira sve odnose u društvu već njegova volja determiniše postojeće pa i one buduće odnose zato što je zakonodavac „biće koje prozire u budućnost”, odnosno ima „moć vidovitosti” (Simić 1979, 331). Govori o opštim principima i duhu zakona koji su „ključ” rešenja situacija u kojima zakonodavac „čuti”. Dakle, posao sudije je jednostavan, on ne stvara pravo nego sprovodi volju zakonodavca, praznina nema već „samo treba umeti tražiti i umeti naći”. U zakonskom tekstu se nalaze odgovori na sve potencijalne dileme. Grigorije Geršić zauzima isto stanovište.

Ipak, stanovišta o potpunosti pravnog sistema, vidovitom zakonodavcu i sudiji koji mehanički presuđuje ubrzo su napuštena. Pravna misao nastavlja da se razvija u drugom pravcu. Rudolf Jering (Rudolf Ihering) bio je prvi čija su se gledišta kosila sa mišljenjima pripadnika škole pojmovne jurisprudencije. Zatim, osamdesetih godina XIX veka, Bedan (Charles Beudant), Bifnoar (Bufnoir), Labe (Labbé) i Salej (Raymond Saleilles) zastupaju stanovište o neminovnom postojanju

pravnih praznina jer je društveni život nemoguće potpuno regulisati pravnim normama. U to vreme, 1899. godine, objavljeno je delo Fran-  
soa Ženija (Francois Gény) „Načini tumačenja i izvori u pozitivnom  
privatnom pravu”, kojim je otpočela nova era u pravnoj nauci. Ženi  
je oborio teoriju o zatvorenosti i samodovoljnosti formalnog poretka,  
ukazao na zabludu o svemoći zakonodavca i naglasio da je neophodno  
da pravo izađe iz svojih okvira (Simić 1975, 139–145).

Kao reakcija na školu pojmovne jurisprudencije, u Nemačkoj se  
razvijaju škola interesne jurisprudencije i pokret slobodnog prava. Pri-  
padnici tih škola smatraju da sudija ne može da reši sporni slučaj sup-  
sumpcijom već ispitujući cilj norme i rekonstruišući zakonodavčevo  
vrednovanje koje je izvršio. Rešenje sporne situacije može da sprovede  
i uprkos „slovu zakona” ako je pravna norma preuska ili ima nedosta-  
taka. Pojmovi su često neodređeni, a pravnu normu posmatraju kao  
proizvod interesa koji su u sukobu (Stanković, Vodinelić 2007, 276).  
Kantorovič (Kantorovič 2006, 7), osnivač škole slobodnog prava, prav-  
nika pripadnika škole pojmovne jurisprudencije predstavlja krajnje  
ironično: „Viši državni činovnik sa akademskim obrazovanjem sedi u  
svojoj sobici naoružan samo jednom mašinom za mišljenje, naravno,  
jednom od najizvršnijih. Jedini nameštaj te sobice jeste jedan zeleni sto  
na kojem pred njim leži državni zakonik. Čovek mu dade kakav bilo  
slučaj, stvarni ili samo izmišljeni, i shodno svojoj dužnosti on će biti  
kadar da pomoću čisto logičkih operacija i jedne tajne tehnike, samo  
njemu shvatljive, s apsolutnom egzaktnošću pokaže rešenje koje je za-  
konodavac prethodno odredio u zakoniku.” Pripadnici tog pokreta in-  
sistiraju na postojanju pravnih praznina u zakonskim tekstovima, isti-  
čući da je pravo nepotpuno, odnosno da „nema manje praznina nego  
reči”. Smatrali su i da dogma o nepostojanju praznina ugrožava pravnu  
sigurnost jer omogućava „sudijama da potajno unesu u svoje odluke  
subjektivne vrednosne sudove” (Tucak 2019, 693).

Hans Kelzen (Hans Kelsen), austrijski pravnik i pravni filozof,  
ipak negira postojanja pravnih praznina. Kelzen (Kelzen 2007, 69)  
smatra da pravne praznine pretpostavljaju postojanje spora koji se ne  
može rešiti usled nedostatka pravne norme koja bi taj odnos regulisala.  
On, međutim, smatra da takav spor ne postoji. Naime, u pravnom spo-  
ru postoje dve stranke, od kojih jedna nešto traži od druge, međutim,  
ako se od jedne stranke primerice zahteva neko ponašanje koje nije  
normirano, onda sledi da ta stranka ima „pravom zajemčenu slobodu”  
da se ne ponaša na način na koji se od nje zahteva; tada govorimo o



„negativnoj normi koja se primenjuje u odluci kojom se odbija zahtev usmeren na ponašanje koje nije učinjeno obavezom”. Da pojednostavimo, „sve što nije izričito zabranjeno, dozvoljeno je”, odnosno, što pravo misli ono to i kaže. Do istog zaključka dolazi i Gustav Radbruch (Gustav Radbruch). Recimo da neko lice neovlašćeno ulazi u komšijsko dvorište, iako mu je komšija izričito rekao da to ne radi. Tada između njih dvojice nastaje spor u kome komšija čije je imanje zahteva nečinjenje. U slučaju da u važećem pravu ne postoji norma koja takvo ponašanje zabranjuje, odnosno ne obavezuje drugog komšiju na nečinjenje, u skladu sa Kelzenovim gledištem opravdano možemo zaključiti da je takvo ponašanje komšije implicitno dozvoljeno, pa je na taj način zaista moguće rešiti eventualne sporove koji bi nastali. Ipak, takvo gledište se čini pojednostavljenim. Kako pravne praznine podrazumevaju potrebu rešavanja pitanja u nastalim sporovima povodom kojih, usled prirode neregulisanog pitanja, nije moguće samo ne postupiti kako se zahteva jer se često ne zahteva ništa te je regulacija datog pitanja neophodna.

*Exempli causa*, Osnovnim zakonom o braku iz 1946. godine bilo je dozvoljeno sklapanje braka osobama mlađim od 18 godina, ali nije bila propisana najniža starosna granica maloletnih lica koja žele da sklope brak (Draškić 2019, 38). Iako se čini malo verovatnim da će sudija koji odlučuje o zahtevu za sklapanje braka podnetom od maloletnog lica smatrati da je moguće uzeti u obzir svako godište koje podrazumeva u izvesnoj meri razvijenu sposobnost rasuđivanja, sledeći prethodno izložena gledišta, čini se da bi sudija koji ne dozvoli brak mlađem maloletniku delovao *contra legem*. Neophodno je, ipak, naročito zbog toga što su u pitanju maloletna lica, kao što to današnja zakonodavstva čine, propisati najnižu starosnu granicu maloletnika koji pre punoletstva želi da sklopi brak.

Razmotrimo i sledeću situaciju: prema istom Osnovnom zakonu o braku (čl. 56. st. 2), pravo na tužbu za razvod braka ima ona strana čijom krivicom nisu nastali poremećeni bračni odnosi. Kako supružnik čijom su krivicom poremećeni bračni odnosi nastali nije mogao da zatraži razvod braka, a drugi supružnik iz različitih razloga tu mogućnost nije želeo da koristi, to je u praksi imalo za posledicu da su brakovi *de iure* i dalje postojali i nisu mogli da se razvedu, ali nisu postojali *de facto* zbog potpunog prekida bračnog odnosa supružnika, te su onda jedan ili oba supružnika živeli sa drugim partnerom u vanbračnoj zajednici. Takvi brakovi, usled njihovog sve većeg broja, nazvani su mrtvim brakovima, a ujedno se javila potreba normiranja tog

odnosa tako da i krivom bračnom drugu bude omogućeno pravo na tužbu za razvod braka (Draškić 2019, 40).

U radu se staje na stranu stanovišta koje je u pravnoj teoriji preovladalo – da pravne praznine svakako postoje i polazi od, već pomenute, Lukićeve definicije. Reč je, dakle, o društvenim odnosima koji pravom nisu regulisani iako postoji društvena potreba za njihovim normiranjem.<sup>3</sup>

#### 2.4. Pravne praznine u krivičnom pravu

Pre nego što razmotrimo argumente oba ova stanovišta, treba napomenuti da je dominantan stav da se o postojanju pravnih praznina uopšte ne raspravlja u krivičnom pravu, zbog čega je potrebno, dođuše kratko, objasniti (ne)mogućnost njihovog pojavljivanja.

Krivičnim pravom su propisana krivična dela i sankcije za njih kojima se štite najznačajnije vrednosti jednog društva. Međutim, kako su krivične sankcije najteže sankcije svakog pravnog sistema, javlja se potreba da se zakonom, koliko je to moguće, precizno regulišu granice kažnjavanja kako bi se osigurala pravna sigurnost odnosnih subjekata datog pravnog sistema. To se postiglo uvođenjem načela zakonitosti, koje je poznatije i kao načelo *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. To načelo znači da niko ne može da bude kažnjen za delo koje, pre nego što je učinjeno, nije bilo propisano zakonom kao krivično delo i za koje nije bila propisana odgovarajuća kazna. Ergo, subjekti prava mogu biti kažnjeni samo za ono delo koje je kao kažnjivo bilo propisano zakonom u vreme kada je učinjeno. Na taj način, pravni poredak štiti građane krivičnim pravom, ali i od krivičnog prava. Građani se štite od arbitrarnog ponašanja sudskih organa, a onemogućava se i kažnjavanje na osnovu retroaktivnog, nedovoljno određenog ili nepostojećeg zakona (Simović, Simović 2013, 23–41).

Ipak, i pored svega prethodno rečenog, valja se zadržati na stanovištu da u krivičnom pravu nema pravnih praznina. Govoreći o pretpostavci njihovog nepostojanja, Đorđe Tasić (1938, 58) svoje gledište iznosi na jednostavnom primeru. Konstatujući da je tadašnji krivični

---

<sup>3</sup> Ipak, treba napomenuti i da je nemoguće braniti tvrdnju da one postoje u odnosu na celokupan pravni sistem. Predviđajući mehanizme njihovog popunjavanja, pravni sistemi država praktično isključuju mogućnost nedostatka norme. To ne znači da pravne praznine ne postoje u odnosu na određeni deo tog sistema kao što je zakon, podzakonski akt ili ustav. Videti Stefanović 2013.

zakonik normirao krađu čaše kao delikt koji je bio kažnjavan odgovarajućom sankcijom, napominje da se bacanje te iste tuđe čaše u vodu nije tretiralo kao delikt a jasno je da on to svakako jeste. Neregulisanje tog delikta, dakako, jeste pravna praznina. Onda čitaocu predočava dilemu: ako praznine u krivičnom pravu ne postoje, da li to onda znači da je bacanje tuđe čaše u vodu dozvoljeno iako je očigledno da je u pitanju delikt?

Tasić na netipičnom primeru iznosi poentu ove celine rada. Kako nije moguće predvideti sve buduće situacije koje će biti potrebno normirati, nužno je prihvatiti postojanje praznina i u ovoj grani prava. Praznine su neminovne u pravnom sistemu jer, kao što je mnogo puta ponovljeno, društveni život nije statičan, a njegovim razvijanjem nastaju i novi *neregulisani* problemi koje zakonodavac treba da prepozna i normira.

Društveni odnosi su u toj meri kompleksni da, čak i sada u XXI veku, kada su pravni sistemi izgrađeni, iskrsavaju novi odnosi. Pa tako, u „digitalnom dobu” tehnologija nam pruža širok dijapazon mogućnosti koje nam olakšavaju život, ali, isto tako, ona povećava rizik od pojave novih krivičnih dela izvršenih putem tehnologije. Tako se pojavila osvetnička pornografija.<sup>4</sup> Problem se javlja jer Krivičnim zakonom ona nije normirana, kao doskoro ni krivično delo proganjanja. U takvim slučajevima u krivičnom pravu se primenjuje analogija, pa se tako žrtva može pozvati na čl. 144. (neovlašćeno fotografisanje) i čl. 145. (neovlašćeno objavljivanje i prikazivanje tuđeg spisa, portreta i snimka), odnosno članove koji se odnose na krivična dela protiv imovine. Načelno, osvetničku pornografiju je moguće podvesti pod pomenute norme, ali je priroda tog dela drugačija. Kao vid digitalnog nasilja, ona je u porastu, a pažnju javnosti je privukla nakon otkrivanja Telegram grupa.<sup>5</sup> Potreba za posebnim normiranjem u vidu krivičnog dela, kao što je slučaj u nekim drugim državama, sasvim je izvesna, ali je prethodno neophodno ustanoviti da pravna praznina postoji i da treba da bude popunjena radi sankcionisanja nasilnika i pružanja adekvatne zaštite žrtvi.

---

<sup>4</sup> „Osvetnička pornografija je svako neovlašćeno snimanje, ali i neovlašćeno deljenje, kao i pretnje deljenja eksplicitnog sadržaja sa seksualnim karakterom za koje je data saglasnost za snimanje ali ne i za distribuciju istog.” BBC. 2021. Digitalno nasilje i Telegram: Osvetnička pornografija i zloupotreba intimnih snimaka – i kako se zaštititi. <https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-56383660>, poslednji pristup 17. jula 2022.

<sup>5</sup> Opširnije o pojmu videti na: B92. 2021. Nova „Telegram” grupa sa slikama nagih žena uznemirila je javnost. <https://www.b92.net/video/zivot/nova-telegram-grupa-sa-slikama-nagih-zena-uznemirila-je-javnost-1853771>, poslednji pristup 19. avgusta 2022.

Pomirenjem dva zahteva, od kojih je jedan potreba sankcionisanja situacija sličnih ovim koje smo razmotrili, a drugi je poštovanje načela zakonitosti, u krivičnom pravu je u slučaju pojave praznina ipak dozvoljena analogija, uz opreznost i poštovanje propisanih pravila njene primene.

### 3. KLASIFIKACIJE PRAVNIH PRAZNINA

Pre izlaganja o klasifikacijama pravnih praznina koje su zastupljene u teoriji prava, treba napomenuti da se klasifikacije ne isključuju međusobno. Naime, neki primeri pravnih praznina mogu biti klasifikovani u više grupa, koje će biti objašnjene.

#### 3.1. Početne i naknadne pravne praznine

Osnovna podela pravnih praznina koju najčešće srećemo u pravnoj teoriji jeste prema vremenu nastanka – na početne i naknadne.<sup>6</sup> *Početne praznine* nastaju u trenutku stvaranja pravne norme zbog previda njenog tvorca. Prilikom regulisanja postupka prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama, srpski zakonodavac propisuje da se prekid trudnoće bremenite žene starije od 16 godina obavlja samo na njen zahtev, a ako je bremenita žena mlađa od 16 godina, osim njenog zahteva, kumulativno je neophodna i pismena saglasnost njenog zakonskog zastupnika (Vuković 2015, 229–241). Kada bi zakonodavac propustio da reguliše taj uslov, susreli bismo se sa početnom pravnom prazninom.

Nakon donošenja pravne norme, a usled nastajanja društvenih odnosa koje normotvorac u trenutku stvaranja norme nije mogao da predvidi, nastaju *naknadne pravne praznine*. Pitanje koje se otvorilo u građanskom pravu povodom ljudskih leševa poslužiće nam za razjašnjavanje te vrste praznina. Naime, napretkom medicine, pojavila se dilema da li se i pod kojim uslovima leš i delovi čovečjeg tela mogu smatrati stvarju u građanskopravnom smislu. Odgovor na to pitanje je pozitivan ako postoji punovažan pravni osnov za njihovo prisvajanje. Dalje, u pogledu prisvajanja leša kao celine, omogućeno je da njime testamentarno raspolaže umrli za vreme svog života ili članovi njegove

---

<sup>6</sup> U literaturi srećemo i podelu na primarne i sekundarne pravne praznine. Tvorac te podele je Đorđe Tasić, a ona suštinski odgovara podeli na početne i naknadne.

porodice ako se umrli nije tome protivio tokom svog života. Međutim, zakonodavac nije propisao uslove pod kojima je članovima porodice omogućeno takvo raspolaganje i kojim redosledom, koji je značajan naročito ako se neki od članova porodice protivi, dok je drugi recimo saglasan.<sup>7</sup>

### 3.2. Zakonske i ustavne pravne praznine

S obzirom na materiju neregulisanog društvenog odnosa, pravne praznine delimo na *zakonske* i *ustavne*.<sup>8</sup> Treba odmah napomenuti da praznine o kojima će nakon ove podele biti reči takođe mogu biti u zakonu, pa su u izvesnom smislu one ujedno i zakonske pravne praznine.

U pogledu *zakonskih pravnih praznina*, razmotrićemo u pravnoj teoriji sve češće nedoumice u vezi sa zaveštanjem sačinjenim putem video-zapisa. Naime, savremeni svet odlikuju ubrzan razvoj informacionih tehnologija i sve veći broj tehničkih dostignuća, pa se javila dilema da li zaveštanje putem video-zapisa treba da bude poseban oblik zaveštanja (Kaščelan 2011, 255–272), imajući u vidu da se do sada koristio samo kao dodatak postojećim punovažnim formama. Takvi stavovi se potkrepljuju argumentima da video-zapis testatoru pruža mogućnost da objasni određene reči ili fraze korišćene u testamentu i na taj način izbegne da ih sudija pogrešno protumači. Ipak, takav način testamernog raspolaganja omogućava i različite vrste zloupotreba i malverzacija, ali je izvesno da će se u praksi sve više javljati slučajevi korišćenja video-zapisa prilikom sačinjavanja testamenta, pa deluje da je pitanje vremena kada će zakonom biti regulisano kao samostalna forma.

Treba naglasiti da je pojava *ustavnih pravnih praznina* pogubnija za pravni poredak zbog prirode materije koja se tim aktom reguliše. Prvo naglašavamo da se u Ustavu javljaju članovi koji određeno pitanje ne regulišu u Ustavu već upućuju na zakon. U skladu sa Lukićevom definicijom, od koje se u radu polazi, njih ne smatramo prazninama naprosto zato što norma postoji, samo upućuje na zakon. Shodno tome, korektnom smatramo sledeću definiciju ustavnih praznina: ustavne

---

<sup>7</sup> Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS* 25/2019, čl. 210. st. 1. i 3.

<sup>8</sup> Podela na zakonske i ustavne pravne praznine nekada se određuje kao podele pravnih praznina na „osnovu akta u kom se nalaze”. Međutim, ako sledimo definiciju koju smo prihvatili u radu, da su pravne praznine društveni odnosi, jasno je da se, u strogom smislu, pravna praznina ne može „naći” u pravnom aktu. Moguće je samo da se pravnim aktom reguliše ili ne reguliše neki društveni odnos.

praznine su društveni odnosi koji se smatraju ustavnom materijom, a koji nisu regulisani ustavom.

*Ergo*, sada već ne govorimo o bilo kom društvenom odnosu već o ustavnom odnosu uspostavljenom između ustavnih institucija. U slučaju kada taj odnos nije regulisan zakonom, a u Ustavu se na zakon upućuje, govorimo o zakonskim pravnim prazninama. U Ustavu Republike Srbije ima više primera te vrste „praznina”: „O Narodnoj skupštini donosi se zakon” ili „O predsedniku Republike donosi se zakon”.<sup>9</sup> Prosto, kada govorimo o normiranju Ustavom, zahvalnije je normirati okvirno, a onda određene odnose u pojedinostima normirati zakonom. Primerice, u Ustavu Švajcarske su postojale norme kojima se reguliše prekrivanje lica, sada te norme nisu u Ustavu, ali to smatramo adekvatnim primerom odnosa koje Ustav ni ne treba da normira. Baš zato mislimo da je u izvesnom smislu i neizbežna pojava određenih praznina, delom zbog ovakvog načina normiranja, a delom i zato što sam ustavotvorac ne može da predvidi sve potencijalne situacije koje se mogu javiti (naravno, jedna od mogućnosti je i da je sam ustavotvorac nevest, ali u to nećemo dalje zalaziti).

### 3.3. Prave i neprave pravne praznine

*Prave pravne praznine* nastaju usled regulisanja složenog društvenog odnosa i istovremenog propuštanja da se neki njegov sastavni deo reguliše. Recimo, Zakonom o nasleđivanju Srbije iz 1961. godine regulišu se način i uslovi pod kojima se sastavlja vojnički testament (Babić 1994, 388–404). Međutim, Zakon se tu zaustavlja i ne predviđa način postupanja sa testamentom sastavljenim na taj način. U tom slučaju, mogu se primenjivati odredbe koje se odnose na čuvanje redovnog testamenta, ali treba imati u vidu da je taj oblik poslednje izjave volje sastavljen u neredovnim okolnostima, naročito imajući u vidu da se vojnik u ratu može suočiti sa nepredviđenim okolnostima te je, stoga, sasvim izvesno da pitanje njegovog deponovanja pravom treba zasebno regulisati.

Nešto noviji primer tog tipa pravnih praznina nalazimo u Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o matičnim knjigama, koji je Narodna skupština Republike Srbije usvojila 2018. godine (Draškić 2019, 89–90). Naime, u postojeći tekst zakona uneta je odredba kojom je omogućeno da se u matičnu knjigu rođenih nadalje upisuje podatak o promeni pola na osnovu rešenja opštinske/gradske uprave u či-

<sup>9</sup> Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006 i 115/2021, čl. 110. i 121.

joj je nadležnosti vođenje matičnih knjiga. Međutim, osim pomenute norme, ne postoji druga norma koja bi na potreban način detaljnije regulisala to pitanje, recimo, kakve uslove treba da ispuni osoba koja želi da promeni pol, kakve su pravne posledice te promene, kakva je medicinska dokumentacija neophodna, postoje li pravne prepreke koje bi osobi koja želi da promeni pol onemogućile da to učini... Zbog toga su lokalni upravni organi u obavezi da ta i slična pitanja rešavaju snalazeći se i procenjujući posebno svaki slučaj koji se pred njima pojavi.

*Neprave pravne praznine* nastaju neregulisanjem čitave jedne oblasti društvenih odnosa opštim normama. U literaturi, mnogi pisci takve slučajeve ne priznaju za pravne praznine, pa se one zato i zovu neprave pravne praznine. Međutim, u radu se zauzima stanovište pojedinih kritičara da su one moguće i da bi trebalo da budu priznate kao praznine (Lukić 1961, 148). Mogući razlog nastajanja tog tipa praznina je nepotpunost pravnih sistema koji su još u razvoju, a koje Lukić naziva „mlada prava”. Ipak, taj vid praznine se može javiti i iz drugačijih razloga. Primerice, jedna od opcija u regulisanju začeca je i voljna sterilizacija. Prednosti tog vida kontracepcije su nemerljive (Rašević 2002, 15–33), ipak u Srbiji ne postoji zakonska regulativa te pojave, iako se ona sprovodi u ginekološkim klinikama (Milošević 2021, 159). Zato je neophodno zakonski regulisati takav vid kontracepcije, propisivanjem procedure za izvođenje postupka, njene cene i uslova koje lice koje želi da ona bude sprovedena mora da ispunjava. Naročito ako imamo u vidu da je pitanje voljne sterilizacije ne samo regulisano u uporednom pravu već da ona predstavlja i kontraceptivni metod broj jedan u svetu (Rašević 2002, 15–33).

### 3.4. Normativne, tehničke i vrednosne pravne praznine

Moguća je i podela pravnih praznina zavisno od toga koji deo norme nedostaje. Tako možemo govoriti o tehničkim i vrednosnim prazninama. *Tehničke* pravne praznine javljaju se u dva slučaja, kada nedostaju dispozicija ili sankcija norme ili, u drugom slučaju, zbog neodređenosti i nejasnosti pojmova u dispoziciji ili sankciji (recimo, prilikom korišćenja pravnih standarda – najbolji interes, očigledna nepravda, znatno uvećanje vrednosti, opšta podobnost i njima slični).

*Vrednosne* praznine su rezultat ličnog suda jednog ili više pravnih subjekata da pravni sistem tom normom određeni odnos uređuje na nepravedan način te da normu treba uskladiti sa vrednosnim poimanjem subjekata. Te praznine objašnjava i Kelzen, ali ih svodi na tehničke,

objašnjavajući ih na sledeći način: izraz praznina navodi na obmanu da odluka logički nije moguća već da je reč o situaciji kada arbitar koji na konkretan slučaj treba da primeni zakon već postojeću normu zamenjuje novom. To su slučajevi za koje smatra da bi zakonodavac, da je na taj slučaj rezonovao, postupio drugačije nego što kaže slovo zakona. „Prema tome, takozvana 'praznina' nije ništa drugo nego razlika između pozitivnog prava i jednog poretka koji se smatra boljim, pravednijim, ispravnijim” (Kelzen 2007, 69), odnosno tehnička praznina je „razlika između pozitivnog prava i poželjnog prava” (Kelzen 2007, 70).

Međutim, smatramo da je pogrešno vrednosne „praznine” smatrati pravnim prazninama jer one to nisu. Sa tim stanovištem se slažu i domaći teoretičari, koji smatraju da se u slučaju vrednosnih „praznina” radi o pravno-političkom stavu koji negativno vrednuje pravnu normu, a ne pravnu prazninu (Nenadić, Kartag, Andrić 2008, 675). Ovde ćemo to objasniti ovako – pre svega, ranije smo objasnili šta pravne praznine znače, a ova vrsta „praznina” se ne uklapa u definiciju datu u radu jer norma kojom je dati odnos regulisan postoji, a sasvim je drugo pitanje da li način na koji je taj odnos regulisan odnosno subjekti smatraju adekvatnim. Dalje, kada bismo rezonovali na taj način, sigurnost koju pravni poredak jemči bila bi dovedena u pitanje jer bismo na taj način, načelno, svako rešenje određenog pitanja koje pravo ponudi mogli da osporavamo i krojimo shodno subjektivnoj proceni.

Navešćemo i primer vrednosne „praznine”. Ranije se u srpskoj nauci krivičnog prava nije prihvatila mogućnost da maloletno lice da krivičnopravno relevantan pristanak na povredu ne samo ličnog već bilo kog pravnog dobra. Intuitivno se možemo složiti da bi mnogima takvo zakonsko rešenje moglo delovati nepravedno iako je ono tada bilo odraz shvatanja da se samo od roditelja odnosno državnog organa može očekivati da adekvatno procenjuju interes maloletnika (Vuković 2015, 229–241).<sup>10</sup> Još jedan primer te vrste praznina nalazimo u slučaju *Riggs vs. Palmer*. Naime, pre više od jednog veka u SAD, podignuta je tužba protiv testamentarnog naslednika Elmera (Vasić, Jovanović, Dajović 2021, 356), koji je istovremeno bio i ubica zaveštaoca, svog dede Frensis. Tužilje su bile pokojnikove ćerke, koje su smatrale da ubica ne bi trebalo da nasledi svoju žrtvu, te su zahtevale da se Elmer liši nasledstva. Tadašnji Zakon o nasleđivanju države Njujork sadržao je normu prema

---

<sup>10</sup> Kasnije su se probili stavovi da lekar ne može da zanemari volju maloletnog lica, koji su usloveli promenu vladajućeg narativa, pa sada dominiraju shvatanja koja maloletnom licu dopuštaju da dâ krivičnopravno relevantan pristanak.



kojoj se nečija „poslednja volja” može izmeniti samo u slučajevima propisanim zakonom, među kojima se nije nalazio onaj na kome su tužilje zasnovala svoju tužbu. Elmer je ipak lišen nasljedstva, ali se u radu staje na stanovište sudije Greja koji je dao izdvojeno mišljenje u izreci presude. Naime, mislimo da sudija ispravno primećuje da je takav način presuđivanja direktno odstupanje od zakona, čije slovo, makar načelno, treba poštovati, naročito kada je određeno pitanje normirano institutom *numerus clausus*. Iako se može braniti stanovište da zakonsko rešenje nije u skladu sa pravičnošću, ne treba izgubiti iz vida da je takav način rešavanja sporova pretnja po stabilnost koju pravni poredak pruža.<sup>11</sup>

Rikardo Gvastini (Riccardo Guastini) takođe govori o tehničkim i vrednosnim pravnim prazninama, ali navodi da postoje i normativne pravne praznine. *Normativne praznine* nastaju kada zakonodavac, iako je uredio niz činjeničnih stanja, ipak propusti da uredi jednu ili pak više njihovih mogućih kombinacija (Gvastini 2019, 367–371). Radi jednostavnijeg objašnjenja, navešćemo kao primer tri hipotetičke norme pomoću kojih Gvastini objašnjava koncept normativnih praznina.

N1: Državljeni su dužni da plate porez na dohodak.

N2: Porez na dohodak nije dužan da plati onaj ko nema prebivalište na teritoriji države.

N3: Porez na dohodak nije dužan da plati onaj ko nema posao.

Na primeru možemo da uočimo da te tri norme uređuju određena činjenična stanja, međutim, kombinacijom tih činjeničnih stanja dobijamo činjenična stanja koja nisu normirana. Samo neka od njih su: nezaposleni državljanin sa prebivalištem, zaposleni državljanin sa prebivalištem, nezaposleni državljanin bez prebivališta, zaposleni državljanin bez prebivališta i sl.

### 3.5. Praznine nedovoljnosti, praznine nekonzistentnosti, praznine neodređenosti

Pojedini autori podelu prave na praznine koje se javljaju u važećem pravu ili one u skupu normi prilikom tumačenja važećeg prava nekom od tradicionalnih metoda tumačenja (Peczenik 2008, 18). Prva

---

<sup>11</sup> Sa takvim gledištem slaže se i Radbruch, prema čijem mišljenju bi pravna sigurnost bila približna nuli kada bi svako mogao da porekne validnost zakona samo zato što mu ne deluje ispravno u poređenju sa njegovim moralnim uverenjima. Smatrajući da, u tom slučaju, pozitivno pravo ne bi postojalo, Radbruch zaključuje da pozitivno pravo ima prednost u odnosu na pravdu, odnosno da zakone moramo da poštujemo i po cenu toga da nam se doimaju nepravednim (Somek 2021, 60).

grupa pravnih praznina se dalje deli na četiri potkategorije: one koje nastaju u slučajevima kada zakon propusti da određeni odnos reguliše (praznine nedovoljnosti, *insufficiency gap*), kada pravo određeni slučaj normira na logički nedosledan način (praznine nekonzistentnosti, *inconsistency gap*), kada je određeni slučaj regulisan na nejasno ili dvosmisleno (praznine neodređenosti, *indeterminacy gap*) i kada je određeni slučaj regulisan na moralno neprihvatljiv način (aksiološke praznine, *axiological gaps*<sup>12</sup>). Kao primer za prvu grupu praznina uzećemo Buliginov (Eugenio Bulygin) i Akauronov (Achaurren) hipotetički slučaj (Peczenik 2008, 19) – zamislimo da je (1) normom propisano da je vraćanje imovine obavezno ako je sticalac savestan, prenos se vrši uz naknadu a prenosilac je nesavestan, (2) povraćaj imovine je obavezan ako se vrši bez naknade. Sada ćemo pretpostaviti da je prenosilac savestan, prenos je izvršen uz naknadu, ali je sticalac nesavestan. U tom slučaju se nameće pitanje da li je restitucija imovine obavezna. Posebna vrsta prve grupe normi su tzv. istinske ili prave praznine (*genuine gaps*), koje će takođe biti objašnjene na hipotetičkom primeru. Recimo da je zakonom propisano da sudije moraju biti izabrane, ali zakon ne kaže ko ih bira i na koji način. U domaćoj literaturi ta vrsta praznina bi bila klasifikovana kao prave pravne praznine, o kojima je već bilo reči. Primer za drugu grupu praznina (*inconsistency gap*) ujedno je i razlog obraćanja poverenika za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti ministarki pravde kako bi ministarstvo preuzelo adekvatne mere radi otklanjanja nekonzistentnih normi u pojedinim zakonima u vezi sa zaštitom podataka o ličnosti.<sup>13</sup> Naime, prema Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti, zdravstveni podaci spadaju u kategoriju podataka koji se mogu obrađivati samo na osnovu slobodno datog pristanka ili ako je to zakonom izričito propisano. Dalje, Zakonom o pravima pacijenata jemči se pravo na poverljivost ličnih podataka i propisuje obaveza njihovog čuvanja, od koje oslobađa odluka suda ili pristanak pacijenta. Međutim, Zakonikom o krivičnom postupku propisano je generalno ovlašćenje za prikupljanje podataka koje tužilac može da prikupi sam ili posredstvom policije. Postavlja se pitanje da

<sup>12</sup> U domaćoj literaturi, o čemu je već raspravljano u radu, nazivaju se vrednosnim prazninama.

<sup>13</sup> Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti. 2017. Poverenik traži da Ministarstvo pravde preduzme mere za otklanjanje kontradiktornih zakonskih rešenja. <https://www.poverenik.rs/sr-yu/saopstenja/2677-poverenik-tra%C5%BEi-da-ministarstvo-pravde-preduzme-mere-za-otklanjanje-kontradiktornih-zakon-re%C5%A1enja.html>, poslednji pristup 1. avgusta 2022.

li podatke o ličnosti medicinski radnici daju na zahtev tužilaštva ili ih mogu dati samo uz pristanak pacijenta/na osnovu odluke suda.

Najzad, u pogledu treće grupe pravnih praznina (*indeterminacy gap*), određeni autori postavljaju pitanje da li se one mogu uopšte smatrati prazninama, budući da normiraju određeni odnos. Stanovište tih autora bi se moglo braniti sledećim argumentom: pošto zakonodavac nije u stanju da predvidi sve potencijalne osobenosti konkretnih slučajeva, odnose mora da normira na način na koji je to tim normama urađeno, često koristeći pravne standarde ili služeći se neodređenošću jezika. Navedimo i primer: Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima sadrži normu (čl. 21): „Vozač je dužan da... vozilo drži na takvom odstojanju i rastojanju od drugih vozila, odnosno učesnika u saobraćaju, da ne izaziva opasnost i ne ometa druge učesnike u saobraćaju”.<sup>14</sup> U istom zakonu (čl. 22. st. 1) kaže se da „predmet, odnosno materija koja može da ugrozi, odnosno ometa bezbednost saobraćaja, ne sme se nalaziti na putu”.<sup>15</sup> Iz takve zakonske formulacije nije jasno o kakvim predmetima je reč, na koji način taj predmet ne sme da ometa saobraćaj i koji je intenzitet ometanja saobraćaja koji bi bio sankcionisan. Nije jasna ni zakonska formulacija člana 21, upravo zato što nije moguće unapred odrediti rastojanje koje neće predstavljati opasnost za druge učesnike u saobraćaju. Na sva ta pitanja, u slučaju spora, odgovaraju sudije procenjujući osobenost svakog konkretnog slučaja. Još jedan primer te vrste praznina nalazi se u Zakonu o Vojsci Srbije i glasi: „Na službu u Vojsci Srbije u svojstvu profesionalnog vojnog lica mogu se, ukoliko *potrebe službe zahtevaju* (istakla M. Č.), bez javnog konkursa primiti civilno lice na službi u Vojsci Srbije i državni službenik i nameštenik zaposleni u Ministarstvu odbrane”.<sup>16</sup> Iz norme je jasno da je moguće primiti lice u službu u svojstvu profesionalnog vojnika bez javnog konkursa, ali je sintagma „*potrebe službe*” potpuno neodređena. Zakonodavac pribegava takvom načinu normiranja jer prosto nije

<sup>14</sup> Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima, *Službeni glasnik RS* 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 – odluka US, 55/2014, 96/2015 – dr. zakon, 9/2016 – odluka US, 24/2018, 41/2018, 41/2018 – dr. zakon, 87/2018, 23/2019 i 128/2020 – dr. zakon, čl. 21.

<sup>15</sup> Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima, *Službeni glasnik RS* 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 – odluka US, 55/2014, 96/2015 – dr. zakon, 9/2016 – odluka US, 24/2018, 41/2018, 41/2018 – dr. zakon, 87/2018, 23/2019 i 128/2020 – dr. zakon, čl. 22. st. 1.

<sup>16</sup> Zakon o Vojsci Srbije, *Službeni glasnik RS* 116/2007, 88/2009, 101/2010 – dr. zakon, 10/2015, 88/2015 – odluka US, 36/2018, 94/2019 i 74/2021 – odluka US, čl. 45. st. 1.

jasno koje će sve situacije zahtevati takav način primanja u službu, pa je bolje da postoji norma, makar i neodređena, jer se, s jedne strane, na taj način izbegava naknadna praznina, dok se, s druge strane, otvara mogućnost da se pod normu podvede veliki broj situacija za koje se proceni da ih „potrebe službe” zahtevaju. Dakle, upravo iz razloga što zakonodavac nije u stanju da predvidi sve potencijalne osobenosti konkretnih slučajeva, odnosno šta će oni zahtevati, odnose mora da normira na način na koji je to tim normama urađeno.

#### 4. KRITIČKI POGLED NA KLASIFIKACIJE PRAVNIH PRAZNINA

Sa ciljem što kompletnijeg izlaganja problematike pravnih praznina, u delu o klasifikaciji pravnih praznina navedene su i praznine koje nastaju kada je norma nedovoljno jasna ili kada su dve norme (ili više njih) u sukobu. Međutim, u radu se zauzima stanovište da su pravne praznine oni društveni odnosi koji pravom uopšte nisu regulisani i oni koji na izvestan način jesu regulisani, ali delimično. Smatramo, takođe, da treba napraviti razliku između neodređenog/nejasnog regulisanja nekog odnosa i njegovog delimičnog regulisanja. Stoga zauzimamo stav, različit od navedenih podela, da odnosi regulisani na neodređen način nisu pravne praznine. Najčešće su to norme koje odnose normiraju na opšti način, te se slažemo da zato i nisu jasne i da je njihovo rešavanje pitanje koje se tiče tumačenja prava. Takav način regulisanja može predstavljati problem, ali onaj koji izaziva zakonodavac iz različitih razloga. Međutim, dotični odnos ipak jeste regulisan. Nije, dakle, isto kada zakon „kaže” da je moguće promeniti pol u izvodu iz matične knjige rođenih, ali ne „kaže” pod kojim uslovima ili na koji način, ili kada, recimo, pravni poredak ostavi sudiji da proceni da li bi izdržavanje punoletnog lica od roditelja koji vrše roditeljsko pravo i posle navršениh 18 godina života predstavljalo „očiglednu nepravdu za roditelje”.

Kako je do sada više puta ponovljeno, zakonodavac ne može da predvidi sve buduće slučajeve povodom kojih će nastati sporovi, sa svim njihovim pojedinostima. Zakon mora u izvesnom smislu da bude neodređen upravo zato što opšti pravni akt i treba da se odnosi na neodređen broj slučajeva, a da opet ostavi prostora za sve njihove pojedinosti. Zakonodavci su i ranije pokušavali da normiraju sve pojedinačne slučajeve sa ciljem ograničavanja diskrecione vlasti sudije, a ti pokušaji pokazali su se neuspešnim i kolokvijalno rečeno „na duže

staze” neodrživim. Primerice, nemački Građanski zakonik je pokušao da uredi sve zamislive slučajeve sa svim njihovim pojedinostima. Iako, *prima facie*, takav način normiranja deluje zahvalnije jer smanjuje broj nedoumica prilikom tumačenja u praksi, ipak u budućnosti, kada se pravne praznine neminovno pojave, sudije ih teže popunjavaju takvim normiranjem jer ne postoji pravilo kojim bi se rešio sporni odnos niti zajedničko više pravilo. Kako je kazuistika neminovno uvek nepotpuna, zakonodavac je prilikom izrade tog zakonika ipak morao da uvede izvestan broj generalnih klauzula koje bi se primenjivale u rešavanju konkretnih slučajeva, baš iz razloga što se u praksi pokazalo da je slovo zakona nedovoljno (Stanković, Vodinelić 2007, 26). Stoga je moguće reći da je neodređenost u izvesnom smislu neophodnost kojoj zakonodavac mora da pribegne.

*Exempli causa*, razmotrićemo normiranje sticanja službenosti na osnovu sudske odluke. Većina stranih građanskih zakonika omogućava sudu da ustanovljava službenosti, ali sudije istovremeno vezuje predviđanjem slučajeve van kojih se one ne mogu ustanoviti sudskom odlukom. Takvo rešenje može da bude zadovoljavajuće pod uslovom da zakonodavac može da pruži sveobuhvatnu listu slučajeva koji zahtevaju ustanovljavanje službenosti nezavisno od volje vlasnika poslužnog dobra. To, međutim, nije moguće jer je život dinamičniji od prava, društvo napreduje i menja se, a kako zakonodavac nije u stanju da predvidi slučajeve koji će iskrsnuti, rešenje nije adekvatno, a sudija ne može da ga ispravi jer je ograničen zakonom pa bi svako njegovo delovanje suprotno pravnoj normi bilo *contra legem*, naročito zbog toga što je u pitanju normiranje *numerus clausus*-om. Adekvatnije rešenje pruža Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima SFRJ: „Odlukom suda ili drugog državnog organa stvarna službenost ustanovljava se kada vlasnik povlasnog dobra u celini ili delimično ne može koristiti to dobro bez odgovarajućeg korišćenja poslužnog dobra, kao i u drugim slučajevima određenim zakonom.” Takvim normiranjem zakonodavac je omogućio opštost zakona u toj meri da se može primeniti na sve buduće slučajeve, nije ograničio sudiju, a sama norma sadrži smernice na osnovu kojih sud može da proceni postoji li realna potreba koja nalaže ustanovljavanje takve vrste službenosti (Stanković, Orlić 2014, 196–197). Na taj način su izbegnute i naknadne pravne praznine koje bi neminovno nastale iskrsavanjem novih društvenih situacija. Drugim rečima, iako takvo normiranje smatramo prazninom u datom trenutku, mnogo je značajnije to što svojom opštošću omogućava fleksibilnost i slobodu procenjivanja shodno pojedinostima spornih slučajeva.

*Ergo*, smatramo da ako bi se takvi slučajevi klasifikovali kao praznine, zahvalnije bi bilo nazvati ih *nužnim pravnim prazninama*, upravo zbog toga što je neophodno da postoje.

Treba imati na umu i da brojni autori smatraju da je predstava o pravnoj egzaktnosti zasnovana na pogrešnom shvatanju prava (Frank 1949, 6). Naime, američki pravni teoretičar Džerom Frenk (Jerome Frank) govori o tome da je pravni sistem bio, jeste i biće neodređen i promenljiv upravo zato što normira ljudske odnose u njihovim najkomplikovanijim aspektima. Zastupa stanovište da, čak i u društvu koje je relativno statično, ljudi nikada nisu uspeli da formiraju set pravila koji bi bio takav da su njime unapred predviđeni svi potencijalni pravni sporovi i rešenja za njih. Tvrdnja je neosporna jer, iako je pokušavano, zakonodavac nije u stanju da predvidi sve moguće kombinacije događaja, pa je neminovno da će se pojaviti situacije koje uopšte nisu razmatrane u trenutku donošenja pravila. „Kada se ljudski odnosi svakodnevno menjaju, pravni odnosi ne mogu biti izraženi u trajnijoj formi” (Frank 1949, 6). Upravo konstantno razvijanje i usložavanje društvenih odnosa zahtevaju određenu fleksibilnost pravnog sistema – „znatan deo zakonske nejasnosti nije nesrećna okolnost: već je od ogromne društvene vrednosti” (Frank 1949, 7).

Zato smatramo da je najkorektnija Lukićeva definicija o pravnim prazninama data na početku, dakle, da su to društveni odnosi koji pravom nisu regulisani, ali postoji društvena potreba za njihovim regulisanjem. Smatramo da su mnogobrojne klasifikacije pravnih praznina rezultat različitih percepcija o tome šta pravna praznina jeste. Pritom, o tome nije ni moguće raspravljati sve dok se pravna teorija ne usaglasi o zajedničkim kriterijumima za klasifikovanje pravnih praznina jer je jedina rasprava koja će imati smisla ona koja polazi od barem elementarnog saglasja o osnovnim karakteristikama pojma koji se pokušava teorijski objasniti. Kako je to Dworkin rekao, „mi možemo diskutovati o tome koliko knjiga ja imam na polici jedino ako se, makar okvirno, složimo oko toga šta knjiga jeste” (Dworkin 1986, 45).

## 5. ZAKLJUČAK

U prethodnim redovima smo videli da ne postoji saglasnost o najvećem broju pitanja u vezi s pravnim prazninama. Teoretičari se ne slažu u tome zašto pravne praznine nastaju, koje vrste pravnih praznina postoje, kako pravne praznine treba popunjavati i dr.

Najznačajnije pitanje koje nam, čini se, može pomoći i u rešavanju ostalih problema u vezi s pravnim prazninama jeste pitanje razloga zbog kojih pravne praznine nastaju. U ovom radu se ne možemo podrobnije baviti tim problemom, ali možemo naznačiti smer za dalja razmatranja.

Postoji više razloga zbog kojih pravne praznine nastaju. Naime, moguće je da je zakonodavac nevest, kada se prilikom normiranja društvenih odnosa neka situacija „zaboravi”, pa je u tom slučaju „moguće zamisliti redaktora koji će da uzvikne nešto kao 'uff' kada mu se ukaže na previd” (Fuller 2001, 101), ili u slučajevima kada zakonodavac određeni društveni odnos nije regulisao jer nije mogao da ga predvidi.

Osim toga, jedan od mogućih razloga nastajanja pravnih praznina je i promenljivost odnosa koje pravo treba da normira. Stvarnost nije i ne može da bude statična, ona se neprekidno menja pa objektivno pravo predstavlja njenu osiromašenu sliku (Stanković, Vodinić 2007, 36). Pravo nije potpuni onipotentni sistem sa odgovorom na svaki spor koji nastane. Kako reče Obren Stanković, „laici tako i zamišljaju pravo i primenu prava, pomalo kao zbirku rešenih zadataka iz matematike koju treba dobro naučiti, kao nekakvu kartoteku u kojoj izvežbani činovnik ima samo da pronađe listić sa gotovim odgovorom” (Stanković, Vodinić 2007, 36).

Konstatovanje da pravne praznine postoje, a onda i njihovo klasifikovanje, veoma je značajno, ali nam sama činjenica da praznine postoje nameće dodatno pitanje. Naime, ako pravne praznine postoje i tako su česte u pravnom sistemu, postoji li način da se izbegnu ili su one datost sistema te ih treba popuniti? Opet, ako ih nije moguće izbeći, ko je ovlašćen i na koji način da ih popuni?

U pogledu tog pitanja, slažemo se sa Gvastinijem (Guastini 2019, 370), koji staje na stanovište da pravne praznine slede tumačenje a ne prethode mu. *Ergo*, ako tumačenje u izvesnim slučajevima proizvodi pravne praznine, ono dakako može i da ih izbegne. U tom slučaju, pred sudijom su, načelno, dve mogućnosti. Odlučiće da činjenično stanje spada u područje primene neke određene norme i u tom slučaju praznine nema ili će zaključiti da ne postoji norma koju je moguće primeniti na dato činjenično stanje, a to znači da praznine svakako ima. Za nas je naročito značajan slučaj kada se postojanje praznine konstatuje, a ne može se izbeći, ne zato što je stvorena tumačenjem već zbog neizbežne nepotpunosti pravnog poretka. Da zaključimo, u

takvim slučajevima, neophodno je upotpuniti pravo ili, kako je to Guastini rekao (Guastini 2019, 372), stvoriti novo pravo. Stvaranje novog prava povodom određenih društvenih odnosa je, i time završavam, pojmovno različito od tumačenja prava jer u tom slučaju govorimo o pravnom konstruisanju. Ipak, svaka dalja razrada te teme prevazišla bi granice ovog rada, pa ćemo je izbegnuti.

## LITERATURA

1. Babić, Ilija. 3–4/1994. Vojnički testament. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 42: 388–404.
2. Vasić, Radmila, Miodrag Jovanović, Goran Dajović. 2021. *Uvod u pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
3. Vuković, Igor. 9/2015. Nedozvoljen prekid trudnoće (član 120 Krivičnog Zakonika) i pristanak maloletnog lica. *Pravni život* 28: 229–241.
4. Guastini, Riccardo. 2019. *Sintaksa prava*. 3. izdanje. Zagreb: Naklada Breza.
5. Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
6. Draškić, Marija. 2019. *Porodično pravo i prava deteta*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
7. Živković, Miloš. 2014. Srpski građanski zakonik – 170 godina. 181–194. *Uređenje ličnih službenosti u Srpskom građanskom zakoniku* (ur. Polojac, Mirković, Đurđević). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
8. Irti, Claudia. 29/2014. A Short Introduction to „The Problem of Legal Gaps”. *Tulane European and Civil Law Forum*: 157–179.
9. Kaščelan, Balša. 1/2011. Nedoumice u vezi sa zaveštanjem sačinjenim putem video zapisa. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 59: 255–272.
10. Kantorovič, Herman. 2006. *Borba za pravnu nauku*. Beograd: Dosije.
11. Kelzen, Hans. 2007. *Čista teorija prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
12. Lukić, Radomir. 1961. *Tumačenje prava*. Beograd: Savremena administracija.
13. Lukić, Radomir. 1979. *Metodologija prava*. 2. izdanje. Beograd: Naučna knjiga.
14. Milošević, Olgica. 2021. *Pravna zaštita reproduktivnog zdravlja kao ličnog dobra*. Doktorska disertacija. Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu.



15. Mitrović, Dragan, Marko Trajković. 2/2011. Može li virtuelni lik da bude subjekt prava? *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 59: 28–42.
16. Mitrović, Dragan. 2010. *Teorija države i prava*. Beograd: Dosije studio.
17. Nenadić, Bosa, Agneš Kartag-Odri, Katarina Manojlović-Andrić. 14/2008. Problematika pravnih praznina u ustavnoj jurisprudenciji; primer Republike Srbije. *Pravni život* 57: 669–691.
18. Radišić, Jakov. 4/1992. Eksperimenti na čovečjem embrionu koji je stvoren *in vitro* – granice dopuštenog. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 40: 221–238.
19. Rašević, Mirjana. 1–4/2002. Voljna sterilizacija u Srbiji: Nazadovoljena potreba? *Stanovništvo* 40: 15–33.
20. Spaić, Bojan. 2020a. *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
21. Spaić, Bojan. 2020b. *Tumačenje prava u okviru hermeneutike Emilija Betti-ja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
22. Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.
23. Stanković, Obren, Vladimir Vodinelić. 2007. *Uvod u građansko pravo*. Beograd: Nomos.
24. Somek, Alexander. 2021. *Knowing What the Law Is*. Oxford: Hart Publishing.
25. Stanković, Vladeta. 1–4/2001. Integralna misao o pravu i državi. *Anali Pravnog fakulteta* 49: 239–254.
26. Simić, Miroljub. 15/1975. Uloga sudije u tumačenju prava (neka pitanja teorije tumačenja prava). *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*: 139–145.
27. Simić, Miroljub. 19/1979. Teorija tumačenja prava Živojina M. Perića. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*: 319–337.
28. Simović, Miodrag, Simović Vladimir. 2014. Pojam i značenje načela legaliteta u krivičnom pravu. Zbornik radova sa Međunarodne naučne konferencije „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?": 23–41.
29. Stefanović, Zlatko. 1/2013. Identifikacija pravnih praznina. *Pravni zapisi* 4: 5–26.
30. Tasić, Đorđe. 1938. *Uvod u pravne nauke – Enciklopedija prava*. Beograd: SOKO.
31. Tucak, Ivana. 5–6/2019. Pravna misao Hermanna U. Kantorovicza i vrijeme nacionalsocijalizma. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* 69: 681–714.
32. Fuller, Lon. 2001. *Moralnost prava*. Beograd: Dosije.
33. Frank, Jerome. 1949. *Law and the modern mind*. London: Stevens & sons limited.

34. Peczenik, Aleksander. 2008. *On Law and Reason. Volume 8*. Berlin: Springer.
35. Phil, Harris. 2007. *An Introduction to Law. Volume 7*. Cambridge [etc.]: Cambridge University Press.

## LEGAL GAPS AS AN ANOMALY OF THE LEGAL SYSTEM – CONSIDERATION OF THE TERM AND NATURE OF LEGAL GAPS

### *Summary*

With the development of human society, new social situations arise in which the law often needs to be revised, and, therefore, the need to regulate legal gaps arises. Another possibility is that the legislator is unskilled, that he used vague terms when standardizing certain relations, or that, for various reasons, he failed to standardize those relations. Thus, legal gaps arise in law, which need to be analyzed and filled, especially since the law is expected to regulate those relationships that enable and facilitate social functioning. Therefore, it is necessary to present a thorough theoretical approach to the problem of the existence of legal gaps from the point of view of legal theory. Particular attention should be paid to filling legal gaps; however, as this is not the subject of this paper, we will only emphasize the necessity of solving this issue.

Key words: *Legal gaps, Legal interpretation, Legal theory, Filling legal gaps, Philosophy of law*