

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
SRPSKO PRAVO I MEĐUNARODNE SUDSKE INSTITUCIJE

INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW
THE SERBIAN LAW AND THE INTERNATIONAL
JUDICIAL INSTITUTIONS

Tematski zbornik radova
SRPSKO PRAVO I MEĐUNARODNE SUDSKE INSTITUCIJE

Izdavač
INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
Beograd, Terazije 41
Tel/fax: (381) 11 32 32 611
www.comparativelaw.info

Priredio
Dr Jovan Ćirić

Recenzenti
Dr Dragan Prlja
Dr Aleksandra Rabrenović

Tehnički urednik
Časlav Bjelica

Štampa
GORAGRAF, Beograd,

Tiraž
300 primeraka

ISBN:

Institut za uporedno pravo iz Beograda, u periodu 2006-2010 je kod Ministarstva za nauku Republike Srbije radio projekat 149023 D – „Pravo SCG i međunarodne sudske institucije“. Ova knjiga je, kao i druga izdanja Instituta za uporedno pravo, nastala upravo u vezi sa radom na tom projektu

SRPSKO PRAVO
I MEĐUNARODNE
SUDSKE INSTITUCIJE

Priredio:
Dr Jovan Ćirić

THE SERBIAN LAW AND
THE INTERNATIONAL
JUDICIAL INSTITUTIONS

Edited by:
Jovan Ćirić, PhD

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
Beograd, 2009.

INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW
Belgrade, 2009.

SADRŽAJ

O SRPSKOM PRAVU I MEĐUNARODNIM SUDSKIM INSTITUCIJAMA	
- REČ UNAPRED.....	9
<i>Prof. dr Boris Krivokapić</i>	
MEĐUNARODNO SUDSTVO DANAS	15
<i>Mr Mario Reljanović</i>	
PRISTUP REPUBLIKE SRBIJE MEĐUNARODNIM SUDSKIM	67
<i>Mr Jelena Ostojić</i>	
SRBIJA I MEĐUNARODNI SUD PRAVDE: SAVETODAVNO MIŠLJENJE O JEDNOSTRANO PROGLAŠENOJ NEZAVISNOSTI KOSOVA	87
<i>Prof.dr Vladimir Čolović</i>	
STALNI ARBITRAŽNI SUD	101
<i>Dr Zoran Radivojević</i>	
MEĐUNARODNA ARBITRAŽA	123
<i>Mr Katarina Jovičić</i>	
MEĐUNARODNA TRGOVINSKA ARBITRAŽA: RAZLOZI PONIŠTENJA ARBITRAŽNIH ODLUKA.....	161
<i>Dr Aleksandra Čavoški</i>	
<i>Mr Ana Knežević-Bojović,</i>	
PRETHODNO PITANJE PRED EVROPSKIM SUDOM PRAVDE.....	185
<i>Doc. dr Snežana Stojanović</i>	
ULOGA EVROPSKOG SUDA PRAVDE U STVARANJU KOMUNITARNOG PORESKOG PRAVA	213
<i>Dr Ivanka Spasić</i>	
ZLOUPOTREBA DOMINANTNOG POLOŽAJA I STVARANJE MERGERA U PRAVU KONKURENCIJE EU I SRBIJE (<i>pozitivni propisi i case law</i>)	231

Mr Vesna Ćorić Erić,

THE ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE IN SHAPING CERTAIN ASPECTS OF THE AUDIOVISUAL MEDIA FRAMEWORK. 251

Dr Slavoljub Carić

IZVRŠAVANJE PRESUDA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA (neka iskustva) 267

Mr Milica V. Matijević

OD SVEOBUHVATNIH REFORMI DO PRIVREMENOG REŠENJA: PROTOKOL BR. 14 BIS UZ EVROPSKU KONVENCIJU ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA. 291

Dr Monika Milošević

SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU-ČLAN 6. STAV 1. EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA 311

Dr Jovan Ćirić

PRETPOSTAVKA NEVINOSTI I EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA. . . . 321

TABLE OF CONTENTS

ON SERBIAN LAW AND INTERNATIONAL COURTS	
- FOREWARD	9
<i>Prof. dr Boris Krivokapić</i>	
INTERNATIONAL JUDICIARY TODAY	15
<i>Mario Reljanović, LL.M</i>	
ACCESS OF SERBIA TO THE INTERNATIONAL JUDICIAL INSTITUTIONS.....	67
<i>Jelena Ostojić, LL.M</i>	
SERBIA AND INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: ADVISORY OPINION ON UNILATERAL PROCLAMATION OF INDEPENDENCE OF KOSOVO	87
<i>Prof. Vladimir Čolović</i>	
PERMANENT COURT OF ARBITRATION.....	101
<i>Zoran Radivojević, PhD</i>	
THE INTERNATIONAL ARBITRATION.....	123
<i>Katarina Jovičić, LL.M</i>	
INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: THE GROUNDS FOR ANNULMENT OF ARBITRAL AWARDS.....	161
<i>Aleksandra Čavoški, PhD</i>	
<i>Ana Knežević – Bojović, LL.M</i>	
PRELIMINARY RULLING BEFORE EUROPEAN COURT OF JUSTICE.....	185
<i>Snežana Stojanović, PhD</i>	
THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE – THE ROLE IN THE CREATION OF THE COMMUNITY TAX LAW	213

Ivanka Spasić, PhD

ABUSE OF THE DOMINANT POSITION AND MERGER CONTROLE
IN THE EU AND SERBIAN COMPETITION LAW
(*Material Law and Case Studies*) 231

Vesna Ćorić Erić,LLM

THE ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE
IN SHAPING CERTAIN ASPECTS OF THE AUDIOVISUAL
MEDIA FRAMEWORK 251

Slavko Carić, PhD,

EXECUTION OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS
(some experiences) 267

Milica V. Matijević M.A.

FROM THE FAR-REACHING REFORMS TO THE TEMPORARY
SOLUTION: PROTOCOL NO. 14 BIS TO THE EUROPEAN
CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 291

Monika Milošević, PhD

RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME – ARTICLE 6.
PARAGRAPH 1 OF THE EUROPEAN CONVENTION
ON HUMAN RIGHTS 311

Jovan Ćirić; PhD

PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE EUROPEAN COURT ON
HUMAN RIGHTS 321

O SRPSKOM PRAVU I MEĐUNARODNIM SUDSKIM INSTITUCIJAMA

REČ UNAPRED

Bio je februar 2007. godine, maglovit, prohladan dan. Bili su puni kafići u Sarajevu i Beogradu, kafići puni ljudi koji su pomno pratili jedan televizijski prenos. Samo dvadeset godina ranije, slučajni prolaznik bi rekao da to Sarajlije i Beograđani prate prenos neke važne fudbalske utakmice i zdušno navijaju za Safeta Sušića i Dragana Stojkovića. I zaista, 1987. godine to bi bilo tako, ali, onda su počele da se dešavaju neke stvari koje niko nije mogao ni da nasluti. Najpre je počelo upravo na fudbalskim utakmicama. Najpre da se zviždi zajedničkoj himni, onda je na Poljudu zapaljena zastava zajedničke države, onda se desila utakmica Zvezde i Dinama u Maksimiru, da bi na kraju sve postalo više nego tragično. Desetine hiljada ljudi bez domova, isto toliko uplakanih majki u crnini, da bi na kraju uvažene sudije u togama u tom televizijskom prenosu izricale presudu povodom tužbe BiH protiv Jugoslavije. Presudu kojom na kraju krajeva niko nije bio sasvim zadovoljan. Da li je neko 1987. ili 1984. kada je goreo olimpijski plamen u Sarajevu sve to mogao da zamisli? Možda neko iz te tzv. međunarodne zajednice, koja je tog februarskog dana 2007. godine izricala presudu, možda je taj neko znao, ili bar mogao pretpostaviti. Svakako su mogli i morali znati šta će prouzrokovati priznavanje otcepljenih republika bivše SFRJ. Ali svi oni obični, dobri ljudi iz Sarajeva i Beograda, koji u najvećem broju pre toga nisu čuli ni za Hag, ni za Holandiju, a ponajmanje za nekakav Međunarodni sud pravde u Hagu, nisu mogli da pretpostave šta će se sve u bliskoj budućnosti događati na „brdovitom Balkanu“.

Zanimljivo je i to da vrlo veliki broj čak i školovanih pravnika, lekciju o međunarodnim sudskim institucijama, nije baš na najtemeljniji način pripremao tokom svojih redovnih studija. Jeste se za međunarodno pravo interesovao značajan broj studenata i u Srbiji i u drugim zemljama bivše SFRJ, ali, to su dobrim delom bili oni koji su mislili da će im to omogućiti nekakvu, uvek primamljivu diplomatsku karijeru. Niko nije mogao slutiti

da će međunarodno pravo i odluke međunarodnih sudova postati toliko značajne za naše unutrašnje pravo i naš svakodnevni život. I odjedanput je jedan grad za koji znatan broj ljudi nije znao da je glavni grad Holandije, jer su ljudi mislili da je to na primer Amsterdam, postao toliko važan u našim životima. Pojavio se najpre strah da ćemo morati plaćati ratnu odštetu za nešto za šta nismo krivi. Onda se pojavio i revolt i nerazumevanje i neverica i čitav niz negativnih emocija. Sudi se čitavom jednom narodu, čak tri njegova predsednika su se pojavila na optuženičkoj klupi. Drugi su uporno ponavljali da se ne sudi kolektivitetu, već pojedincima odgovornim za najstravičnije zločine. Ipak, jedni su oslobođani u nedostatku dokaza, a drugima je kazna pod vrlo čudnovatim okolnostima u drugom stepenu čak i utrostručavana. Komandana odgovornost, odgovornost za drugoga, objektivna odgovornost u krivičnom pravu, to su postale teme, aktuelne i za običan svet, a kamoli za pravnike. Nije u pitanju samo tzv. Haški *ad-hoc* tribunal, u pitanju je čitav sistem, čitava mreža različitih međunarodnih sudskih institucija, čije odluke imaju značaja za život ne malog broja običnih ljudi iz sarajevskih i beogradskih kafića. Iznenada i sasvim neočekivano, međunarodno pravo i odluke međunarodnih sudova, banule su u svakodnevnim životima običnih ljudi na Balkanu.

Ima li dakle jačeg razloga da se pozabavimo tematikom međunarodnih sudskih institucija, mi iz zemlje Srbije, mi koji smo bili tuženi pred Međunarodnim sudom pravde u Hagu, mi koji smo bili i u ulozi tužioca pred istim tim sudom, mi čiji su vrhovni vojni i politički lideri bili optuženi pred *ad-hoc* tribunalom iz Haga, mi, koji smo na kraju pomoć i savetodavno mišljenje u vezi Kosova, potražili pred Međunarodnim sudom pravde u Hagu. Toga smo se posla mi u Institutu za uporedno pravo iz Beograda upravo latili i pokušali da i kroz mnoge druge članke i monografije, a prvenstveno u ovom tematskom zborniku radova, približimo međunarodne sudske institucije našoj pravničkoj javnosti, koja je često, često i s razlogom, bila skeptična prema raznim međunarodnim sudovima i međunarodnom pravu uopšte.

Najveći deo našeg interesovanja posvećen je trima sudovima. Međunarodnom sudu pravde u Hagu, zatim Evropskom sudu pravde iz Luksemburga, kao i Evropskom sudu za ljudska prava iz Strazbura. Smatrali smo da su to tri najznačajnije i najinteresantnije međunarodne sudske institucije, ali, čitalac u ovoj knjizi može pronaći još ponešto i o nekim drugim sudskim institucijama.

O Međunarodnom pravu se, naročito u Srbiji, uglavnom govori na dva dijametralno suprotna načina. Jedni o njemu govore u superlativima, drugi odmahuju glavom, navodeći čitav niz primera, naročito iz naše novije

istorije, kada su međunarodno pravo i odluke međunarodnih sudova bile izraz političkog mešetarenja i onoga za šta govorimo „sila iznad prava“. Ali, zar se i u domaćem pravu ne događa, čini se i previše često, da lokalni silnici, bez obzira ko su i kako se zovu, budu iznad prava i nije li uopšte svako ko danas, u današnje vreme uopšte studira pravo, jedan svojevrsni Don Kihot, koji se još uvek nije oslobodio iluzija i juriša na vetrenjače?

Sa druge strane, presude Suda u Strazburu, ipak nisu „vetrenjače“, već su vrlo realne, sa realnim posledicama i država koja je ratifikovala Evropsku Konvenciju o ljudskim pravima, mora poštovati te presude i prilagođavati se njima. Makar samo zbog toga, presude i tog suda u Strazburu, kao i drugih sudova o kojima se ovde u ovoj knjizi raspravlja, moraju se poštovati. Otuda i ova knjiga sa vrlo različitim temama, od savetodavnog mišljenja povodom proglašenja nezavisnosti Kosova, do pretpostavke nevinosti u krivičnim postupcima. Što bi se reklo, za svakog po nešto, od svega pomalo. Nadamo se međutim ne u onom negativnom smislu površnosti, kako to inače zna da bude kada se radi i o Srbiji i o pravu uopšte.

*Dr Jovan Ćirić,
Institut za uporedno pravo,
Beograd, 2009.*

ON SERBIAN LAW AND INTERNATIONAL COURTS

FOREWORD

It was February 2007, a chilly, cloudy day. Coffee shops in Sarajevo and in Belgrade were full – full of people attentively watching a TV broadcast. Only twenty years before, an accidental passer-by would have said that the people in Sarajevo and Belgrade were watching an important football game and cheering for Safet Sušić and Dragan Stojković. Indeed, that would have easily been true in 1987; but then, things started to happen that no one could have foreseen. And they started out on football matches. First, the national anthem was whistled at, then the country flag was set on fire on Poljud, and finally, there was the Red Star-Dinamo game in Maksi-

mir. After that, things became truly tragic. Tens of thousands of people have lost their homes, thousands of crying mothers were left wearing mourning clothes, and at the very end, honourable justices wearing togas pronounced, on air, their judgment regarding the Bosnia and Herzegovina action against Serbia – that being the above television broadcast. This judgment, ultimately, satisfied no one. Could have someone imagined that in 1987, or in 1984, when the Olympic flame was burning in Sarajevo? Perhaps someone from the so-called international community, which pronounced the judgment on that February day in 2007, had known, or could have foreseen it. They certainly could and must have known the consequences of recognition of separated former SFRY republics. But the common people, the good men and women from Sarajevo and Belgrade, most of whom have never before even heard of the Netherlands, let alone The Hague and the International Court of Justice seated in it, they most certainly could not have foreseen the impending events in the Balkans.

It is a curious fact that even a considerable number of educated lawyers have failed to thoroughly learn the lessons on international courts during their studies. It is true that a number of students in Serbia and other former SFRY countries were interested in international law, but most of them were hoping for an attractive carrier in diplomacy. No one could have assumed that international law and the decisions of international courts would have such an important bearing on our internal law, and, indeed, our everyday life. And all of a sudden, a city very few people had known to be the capital of the Netherlands (assuming it was Amsterdam) became ever so important in our lives. First there was the fear from having to pay war damages for something we were not guilty of. Then there was protest, disbelief and a whole set of negative emotions. The entire nation was on trial, with as much as three of its presidents being charged. Others kept repeating that it was not the nation that was on trial, but rather the individuals who have committed the most hideous crimes. However, some were released due to lack of evidence, whilst the sanctions for others were even tripled in the appeals procedure, under most peculiar circumstances. Command responsibility, responsibility for other, *mens rea* in criminal law, have all become topical issues for the lawyers and general public alike. This is not only a question of the so-called Hague *ad hoc* tribunal, it a question of a system, a network of various international courts the decisions of which have a bearing on the lives on many people sitting in Belgrade and Sarajevo coffee shops. All of a sudden, quite unexpectedly, international law and decisions of international courts have intruded the lives of common people in the Balkans.

Is there, therefore, a better reason for dealing with the issue of international court institutions, for us, from Serbia, who were prosecuted before the International court of Justice in the Hague, for us, who were also prosecutors before the same court, for us, whose military and political leaders were accused before the *ad hoc* Hague tribunal, for us, who are seeking aid and advisory opinion regarding Kosovo from the International court of Justice in The Hague? This is the task that the researchers of the Institute of Comparative Law in Belgrade have undertaken, trying to inform our jurists about international courts, through a number of papers and monographs, and primarily by means of this publication, bearing in mind that these jurists were, often with just cause, habitually sceptical towards international courts and international law in general.

Most of our research is dedicated to three international courts – the International Court of Justice in The Hague, the European Court of Justice in Luxemburg and the European Court of Human Rights in Strasbourg. We believe that these are the three most important and most interesting international court institutions, but, a careful reader will be rewarded also with information on other judicial or quasi-judicial institutions

In Serbia, international law is spoken of in two completely opposite manners. There are those who admire it, and those who disapprove of it, listing a series of examples, mainly from our recent history, where international law and decisions of international courts were an expression of political interference and of what we call “force above law”. But, is it not true that in national law, almost too often, local influentials also turn out to be above the law, and is it not true that all those who study law today are somewhat of a Don Quixote, charging at windmills, still not free from illusions?

On the other hand, the judgments of the court in Strasbourg are not “windmills” – they have very real consequences, and a state that has ratified the European Convention on Human Rights must observe these judgments and adjust to them. If it is only for that, the decisions of the court in Strasbourg, and of other courts discussed in this book, must be observed. This is why this book covers a range of varied topics, from advisory opinion regarding the declaration of Kosovo independence, to presumption of innocence in criminal proceedings. One could say – there something in it for everyone. We hope, however, not in the negative, superficial sense, all too often customary when it comes to Serbia and law in general.

*Jovan Ćirić, Ph.D.
Institute of Comparative Law
Belgrade, 2009.*

Prof. dr Boris Krivokapić
Fakultet za državnu upravu i administraciju,
Univerzitet megatrend, Beograd

MEĐUNARODNO SUDSTVO DANAS

Često se može čuti da je međunarodno sudstvo nedovoljno razvijeno i, što je još važnije, da ono nije obavezno, već je fakultativno. S tim u vezi ukazuje se na to da u međunarodnoj zajednici nema centralizovanog sudskog sistema, da se države mogu podvrći nadležnosti međunarodnog suda samo ako na to izričito pristanu i sl. No naše vreme zahuktale sveopšte globalizacije, dovelo do znatnih promena u svim sferama života, pa i ovoj. Mada je u načelu međunarodno sudstvo i danas fakultativno, u međuvremenu je došlo do krupnih promena. Međunarodnih sudova je sve više i oni imaju sve jaču ulogu. To je sasvim razumljivo kada se ima da je u sve više glavnih subjekata međunarodnog prava – država i međunarodnih organizacija, da se pojavljuju neki novi subjekti međunarodnog prava, da se, donekle i zbog toga beleže sasvim nove vrste međunarodnih sporova i dr.

Velika brojnost i šarolikost međunarodnih sudova sugerise da bi za njihovo bolje i potpunije razumevanje bilo uputno izvršiti određene podele i svrtati ih u odgovarajuće kategorije. To je i prilika da se prikažu ne samo najvažniji, već i neki od manje poznatih ali iz nekog razloga naročito zanimljivih međunarodnih sudova. U skladu s tim, rad predstavlja pokušaj ukazivanja na neke od najzanimljivijih podela odn. vrsta međunarodnih sudova (univerzalni i regionalni; sudovi za rešavanje sporova i (kazneni) krivični; sudovi opšte nadležnosti i specijalizovani; sudovi za države i ostali; institucionalizovani međunarodni sudovi i izabrani sudovi (arbitraže); stalni i privremeni sudovi; međunarodni sudovi u pravom smislu reči i mešoviti sudovi; itd. U okviru ovih, izvršene su dalje podele.

Primećujući još jednom da su se međunarodni sudovi neverovatno razvili i po broju, i po vrsti, i u organizacionom smislu, i u vezi sa ulogom koju imaju u međunarodnoj zajednici, autor u okviru zaključnih razmatranja ukazuje i na određene probleme i perspektive međunarodnog sudstva.

Ključne reči: međunarodni sudovi; razvoj sudova po broju i vrsti; perspektive međunarodnog sudstva;

Dugo vremena je važno, a i danas se ponekad sreće tvrđenje da jednu od karakteristika međunarodnog javnog prava (po kojoj se, pored ostalog, ono razlikuje od unutrašnjeg prava) predstavlja činjenica da je međunarodno sudstvo nedovoljno razvijeno i, što je još važnije, da ono nije obavezno, već je fakultativno. S tim u vezi ukazuje se na to da u međunarodnoj zajednici nema centralizovanog sudskog sistema, da se države mogu podvrći nadležnosti međunarodnog suda samo ako na to izričito pristanu i sl.

I zaista, ako se osvrnemo unazad, praktično sve do pre nekoliko decenija stanje stvari moglo bi se uklopiti u tu sliku. To je bio odraz viševekovne prakse u kojoj su, s jedne strane, glavni, a i jedini subjekti međunarodnog prava, bile suverene države, a sa druge, relativno doskora uz šaćicu institucionalizovanih univerzalnih sudova i jedan broj takvih pokušaja na regionalnom planu, zapravo i nije bilo ozbiljnijih međunarodnih sudova. U svakom slučaju, ne stalnih.

No, tempo života sve više se ubrzava. Prvi pomaci su učinjeni već početkom XX v. (Stalni arbitražni sud, Centralnoamerički sud), zatim u vremenu između dva svetska rata (naročito Stalni sud međunarodne pravde, administrativni sud Međunarodne organizacije rada i sl.) i po okončanju Drugog svetskog rata (Međunarodni sud pravde, vojni krivični sudovi u Nirnbergu i Tokiju, sve veći broj regionalnih sudova i dr.).

Posebno je naše vreme zahuktale sveopšte globalizacije nakon kraja Hladnog rata krajem 80-ih godina prošlog veka, dovelo do znatnih promena u svim sferama života, pa i ovoj. Mada je u načelu međunarodno sudstvo i danas fakultativno¹ u međuvremenu se mnogo toga promenilo. Međunarodnih sudova je sve više i oni imaju sve jaču ulogu.

Danas su kao nikada do sada porasli i broj i vrste raznih međunarodnih sudova. To je sasvim razumljivo kada se ima da je u sve više glavnih subjekata međunarodnog prava – država i međunarodnih organizacija, da se pojavljuju neki novi subjekti međunarodnog prava, da se, donekle i zbog toga beleže sasvim nove vrste međunarodnih sporova i dr. Uz to postoji i sve veći broj raznih tzv. kvazisudskih tela i organa, koji istina, nisu pravi sudovi (nemaju pravo da donose pravno obavezujuće presude) ali na razne na-

¹ U smislu da u krajnjoj liniji ipak i dalje zavisi od volje država. No to je razumljivo samo po sebi kada se ima u vidu da su one još uvek najvažniji kreatori i subjekti međunarodnih odnosa i međunarodnog prava. Stoga je i razumljivo da osnivanje i funkcionisanje međunarodnih sudova (ne odlučivanje u konkretnom predmetu, već rad uopšte) zavise od volje država, njihove spremnosti da takve sudove, osnuju, priznaju i finansijski i na druge načine pomognu. Uostalom, od koga bi pa trebalo da zavisi sve to ako ne od država?

čine služe utvrđivanju istine i ispravljanju nepravde odn. korigovanju nezakonitog i uopšte neprihvatljivog stanja.

Velika brojnost i šarolikost međunarodnih sudova sugeriše da bi za njihovo bolje i potpunije razumevanje bilo uputno izvršiti određene podele i svrtati ih u odgovarajuće kategorije. Iako svesni svih mogućih manjkavosti takvog poduhvata, ovde ćemo ipak pokušati da ukažemo na neke od najzanimljivijih podela odn. vrsta međunarodnih sudova.²

I. UNIVERZALNI I REGIONALNI SUDOVI

Prva podela je na one sudove koji su univerzalni (svetski, globalni) tj. koji su u načelu otvoreni svim državama i, zavisno od slučaja, drugim subjektima iz čitavog sveta i nadležni za predmete iz čitavog sveta i one koji su regionalni odn. na određeni način ograničeni na odnose u okviru datog užeg područja.

Primeri univerzalnih sudova su Međunarodni sud pravde, Stalni arbitražni sud, Međunarodni sud za pravo mora, Međunarodni krivični sud itd. Među najpoznatije regionalne sudove spadaju: Evropski sud za ljudska prava, Sud pravde evropskih zajednica, Međuamerički sud za ljudska prava, Karipski sud pravde i sl.

Kada je reč o univerzalnim sudovima, otvorenost svim državama odn. zavisno od slučaja, i drugim subjektima iz čitavog sveta, ne znači, da su nadležnost takvog suda priznale sve države odn. da je on i zaista nadležan za sve države odn. druge subjekte, već da nastoji to da bude.³ Takođe, i regionalni sudovi nisu samim tim nadležni za sve države odnosnog regiona, već samo za one koje su na utvrđeni način prihvatile njihovu nadležnost.

² Život je, razume se, mnogo složeniji od bilo kakvih teoretisanja, tako da se mnoge pojave jednostavno ne uklapaju u kalupe, ma kako elastični oni bili. Čitalac će i sam primetiti da su neke podele zaista vrlo relativne i da bi određeni sudovi mogli biti svrstani i na drugačiji način. Tako npr. Stalni administrativni sud sa puno osnova može da se izlaže i kao jedan od arbitražnih sudova, ali i kao jedna vrsta institucionalizovanih sudova, pa i poseban vid međunarodnog suda pravde. Uostalom i sama međunarodna arbitraža može se izlagati na razne načine, što je posledica činjenice da postoje i stalni izabrani sudovi ali i takvi sudovi *ad hoc*, da se arbitraža može ugovoriti unapred za sve sporove određene vrste, ali i samo za dati spor itd.

³ Ovo na isti način na koji se univerzalnim nazivaju odgovarajući međunarodni ugovori odn. međunarodne organizacije iako u praksi nijedan ugovor ne obuhvata sve države sveta kao što nisu sve države ni u članstvu UN i drugih univerzalnih međunarodnih organizacija.

Ovo je ujedno dobar primer koji ilustruje da podela međunarodnih sudova ne može uvek biti dosledno ostvarena. Tako ostaje otvoreno pitanje da li univerzalnost međunarodnog suda treba ceniti s obzirom na to ko ga je osnovao, ko ga priznaje ili na koga se njegova nadležnost odnosi? Različiti odgovori na ova pitanja vode i različitom poimanju, a time svrstavanju pojedinih sudova.⁴

Najstariji univerzalni institucionalizovani sud, koji, uzgred, i danas funkcioniše, je Stalni arbitražni sud, osnovan haškom Konvencijom o mirnom rešavanju međunarodnih sporova (1899) odn. revidiranom Konvencijom (1907). O njemu će više reči biti kasnije.

Prvi regionalni sud opšte nadležnosti (široke jurisdikcije) bio je Centralnoamerički sud pravde (eng. *Central American Court of Justice*, šp. *Corte de Justicia Centroamericana*) koji je odgovarajućim Ugovorom iz Vašingtona, potpisanim 20.12.1907. osnovalo pet država Srednje Amerike. Funkcionisao je između 1908. i aprila 1918, imao sedište u Kostariki i doneo svega 10 odluka.⁵

⁴ Tako npr. nije jednostavno reći da li su Haški tribunal za bivšu Jugoslaviju ili Međunarodni krivični tribunal za Ruandu univerzalni međunarodni sudovi? Razlog u prilogu tvrdnje o njihovoj univerzalnosti je svakako to što ih je osnovala najvažnija svetska organizacija (UN) koja i inače suštinski podržava njihov rad (finansiranje, obezbeđenje materijalnih uslova za rad, izbor sudija i dr.). S druge strane, pošto je nadležnost ovih tela u prostornom smislu ograničena samo na bivšu SFR Jugoslaviju i Ruandu (u ovom drugom slučaju i susedne zemlje) oni bi se isto tako mogli smatrati i regionalnim, pa čak i lokalnim.

Ova dilema je još izraženija kod raznih vidova tzv. mešovitih krivičnih sudova, kakvih je u novijoj praksi sve više. Neki od njih imaju jasne elemente univerzalnosti - osnivaju se međunarodnim ugovorom odnosne države sa Ujedinjenim nacijama, a u izvesnim slučajevima čak samo odlukom privremene uprave UN za dato područje), u njima je izražen međunarodni faktor u licu sudija i tužilaca iz raznih delova sveta, sude za teške povremene međunarodnog humanitarnog prava kako su one definisane opštim međunarodnim pravom itd.). Ipak, ne samo da to nisu pravi univerzalni sudovi, već nisu ni u potpunosti međunarodni sudovi, pošto je na razne načine prisutan i domaći faktor – nadležnost samo za događaje koji su se u određenom periodu odigrali u datoj zemlji, učesće i domaćih sudija i tužilaca (u nekim slučajevima, čak dominantno), primena i domaćeg prava (uz međunarodno ili čak samo domaćeg) itd.

⁵ Ugovor o osnivanju Suda zaključen je na samo 10 godina i nakon isteka tog perioda nije obnovljen. Na gašenje Suda uticale su najverovatnije određene slabosti ugrađene u njegovu organizaciju i način rada – sudije (ukupno pet, iz svake države članice po jedan) bile su pod uticajem vlada država članica, sudu je za to doba data previše široka nadležnost, a uz to nije na zadovoljavajući način bio uređen i niz pitanja vezanih za sam postupak. Ipak, osnivanje Suda bilo je veliki događaj, koji je svakako pozitivno delovao na pojavu i razvoj drugih međunarodnih sudova.

II. SUDOVI ZA REŠAVANJE SPOROVA I KAZNENI (KRIVIČNI) SUDOVI

Kao što se, uslovno rečeno, svi sudovi u državama mogu grubo podeliti na građanske i krivične, tako isto se slična podela može izvesti i na međunarodnom planu. Ova podela za osnov ima osnovnu funkciju sudskog tela.

1. Sudovi za rešavanje sporova

Većina međunarodnih sudova stvorena je, namenjena, nadležna i osposobljena za rešavanje sporova, mahom sporova između država, ali, zavisno od slučaja, i između država i nekih drugih subjekata odn. između utvrđenih nedržavnih subjekata. U ovu kategoriju ulaze raznovrsne međunarodne arbitraže, razni međunarodni sudovi pravde, međunarodni sudovi za ljudska prava, administrativni sudovi međunarodnih organizacija i sl. Za pravo, ogromna većina međunarodnih sudova spada u ovu grupu. Njihovu osnovnu zajedničku karakteristiku predstavlja to da se radi o međunarodnim telima koja raspravljaju odgovarajući međudržavni ili drugi međunarodni spor (pravni spor koji iz nekog razloga prevazilazi okvire jedne zemlje) i na osnovu međunarodnog prava donose presudu koja je obavezna za strane u sporu. Uz to, ovi sudovi često vrše i druge funkcije kao što su davnje savetodavnih mišljenja, tumačenje određenih međunarodnih ugovora odn. drugih međunarodnopravnih dokumenata i sl.

2. Međunarodni krivični sudovi

S druge strane, sve je veći broj onih sudova koji služe utvrđivanju individualne krivične odgovornosti i na toj osnovi kažnjavanju učinilaca najteži međunarodnih krivičnih dela. Takvi sudovi su formirani i formiraju se kako za pojedinačne situacije (razni *ad hoc* međunarodni krivični sudovi, mešoviti krivični sudovi) tako i kao u načelu sudovi opšte odn. univerzalne nadležnosti (stalni Međunarodnih krivični sud).⁶

⁶ Više o raznim aspektima razvoja međunarodnog krivičnog sudstva: Bassiouni Cherif: Bassiouni Cherif: Introduction to International Criminal Law, Transnational Publisher Inc., Ardsley, New York 2003, pp. 387-494; Kaseze Antonio: Međunarodno krivično pravo, Beograd 2005, str. 385-427; 524-539; Stojanović Zoran: Međunarodno krivično pravo, Beograd 2006, str. 169-197; Meron Teodor: Međunarodno pravo čovečnosti potiče iz davnina, Beograd 2004, str. 204-211. i (hronološkim redom): Avramov Smilja: Međunarodno krivično pravo i Povelja UN, *Anali Pravnog fakulteta u*

Iako prosta logika kazuje da je takvih primera moralo biti i ranije, smatra se da je prvi međunarodni krivični sud osnovan 1474. godine. To je bio *ad hoc* krivični forum, sastavljen od 28 sudija iz raznih gradova–državica Alzasa, Nemačke i Švajcarske radi suđenja za ono što se danas naziva zločinom protiv čovečnosti. Konkretno, guverner okupiranog grada Brajzaha lišen je plemstva i osuđen na smrt zbog ubistava, silovanja, zlostavljanja, nezakonite konfiskacije privatne imovine i drugih zlodela koja su po njegovom naređenju izvršila lica pod njegovom komandom u vreme kada nije bilo neprijateljstava.⁷

Ako bi se sa dosta osnova moglo prigovoriti da se ovde radilo o relativno izolovanom primeru te da je u pitanju bio ne samo sud za dati slučaj (*ad hoc*), već za “datog čoveka”, ove primedbe ne stoje kada je u pitanju praksa XX veka.

Prvo su, odmah po okončanju Drugog svetskog rata, u kome su ne samo stradale ogromne žrtve, već je izvršeno mnogo ratnih i sličnih zločina, formirana dva međunarodna vojna suda koji su na procesima u Nirnbergu⁸ i Tokiju sudili glavnim ratnim zločincima Nemačke i Japa-

Beogradu 5/1994, str. 479-497; Stojanović Zoran: Međunarodni krivični sud: sukob prava i politike, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 1/1997, str. 23-28; Radulović Drago: Međunarodno krivično pravo, Podgorica 1999, str. 39-51; Кудрявцев В.Н. (ред.): Международное уголовное право, Москва 1999, стр. 205-216; Лукашук И.И., Наумов А.В.: Международное уголовное право, Москва 1999, стр. 82-111; Kittichaisaree Kriangsak: International Criminal Law, Oxford Univ. Press, 2001, pp. 17-27; Zolo Danilo: Invoking Humanity, London – New York 2002, pp. 102-132; Škulić Milan: Istorijski osvrt na međunarodno krivično pravosuđe i osnovne odlike postupka pred stanim Međunarodnim krivičnim sudom, *Prvi međunarodni naučni skup: «Relevantna pitanja međunarodnog krivičnog prava»*, Tara 2003, str. 77-112; Škulić Milan: Međunarodni krivični sud, Beograd 2005, str. 23-161; Nogo Sreto: Saradnja sa međunarodnim krivičnim sudovima, Beograd 2005, str. 95-129; Ristivojević Branislav: Razvoj međunarodnog krivičnog prava, *Pravni život* 9/2008, str. 667-681.

⁷ Plemić Peter fon Hagenbah (*Peter von Hagenbach*), guverner okupiranog grada Brajzaha (*Briesach*) proglašen je krivim za navedena zlodela koja su po njegovom naređenju izvršila lica pod njegovom komandom. Nije mu pomoglo to što se pravdao da su navedeni akti izvršeni po naređenju njegovog gospodara Šarla Burgunskog (*Charles, the Duke od Burgundy*). Više o tom slučaju: Schwarzenberger Georg: *International Law as Applied by Courts and Tribunals*, London 1968, pp. 462-466.

⁸ O Nirnberskom procesu vidi, pored ostalog: Vladan Vasilijević: Suđenje pred Međunarodnim vojnim sudom u Nirnbergu i razvoj međunarodnog krivičnog prava, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* 3/1971, str. 305-332; Marković Milan D.: Nirnbersko suđenje – primena novih načela u međunarodnom krivičnom pravu, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* 2/1973, str. 173-185, reprintovano u: Lopičić Đorđe (prii.): *Međunarodno krivično pravo*, Beograd 2006, str. 419-431.

na. Zatim je, početkom 90-ih godina prošlog veka Savet bezbednosti UN formirao dva *ad hoc* međunarodna krivična tribunala za suđenje licima odgovornim za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava počinjene u sukobima u bivšoj Jugoslaviji⁹ i Ruandi.¹⁰ Najzad, nedugo zatim, pojavili su se i razni oblici mešovityh krivičnih sudova, sa određenim međunarodnim i nacionalnim elementima (mešoviti sastav sudija i tužilaca, primena delom međunarodnog, a delom unutrašnjeg

⁹ Literatura o Haškom tribunalu i njegovom radu je ogromna. Pored ostalog vidi (hronološkim redom): Shraga Daphna, Zacklin Ralph: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *European Journal of International Law* 1/1994, pp. 360-380, www.ejil.org/pdfs/5/1/1248.pdf; Vukasović Vid: International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Međunarodni problemi* 1/1994, str. 9-22; Vasilijević Vladan: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: a Challenge to the World Community and a Conformation of the Value of its Legal Order, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* 1-2/1994, str. 33-57; Fenrick W.J.: Some International Law problems related to prosecution before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 6/1995, pp. 103-125; Vasilijević Vladan A. (ur.): Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju: karakteristike i procedure, Beograd 1996; Milojević Momir: Osnivanje međunarodnog krivičnog suda, *Međunarodno krivičnoppravna pitanja i Haški tribunal*, ur. S. Taboroši, Beograd 1997, 91-114; Vasilijević Vladan: Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju i kažnjavanje za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava, u *Humanitarno pravo - savremena teorija i praksa*, ur. K. Obradović, Beograd 1997; str. pp. 365-421; Robinson Partick L.: Ensuring Fair and Expeditious Trials at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *European Journal of International Law* 3/2000, pp. 569-589, www.ejil.org/pdfs/11/3/543.pdf; Ackerman J.E., O'Sullivan E.: Praksa i procedura Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju, Sarajevo 2002; Jovanović Ivan: Rad Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju, saradnja sa Srbijom i Crnom Gorom, suđenja za ratne zločine pred domaćim pravosuđem, *Godišnjak Udruženja za međunarodno pravo Srbije i Crne Gore* 2000-2003, Beograd 2004, str. 187-222; Bandović Igor (prior.): Rad Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju i domaćih sudova za ratne zločione, Beograd 2005; i dr. Zvanični sajt Tribunala je: <http://www.un.org/icty/>.

¹⁰ Više o tom sudu i samom genocidu u Ruandi (hronološkim redom): Shraga Daphna, Zacklin Ralph: The International Criminal Tribunal for Rwanda, *European Journal for International Law* 4/1996, pp. 501-518, www.ejil.org/pdfs/7/4/1390.pdf; Akhavan Payam: The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment, *American Journal of International Law* 3/1996, pp. 501-510; Krivokapić Boris: Međunarodni krivični tribunal za Ruandu, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* 1/1997, str. 73-89; Chris Maina Peter: The International Criminal for Rwanda: bringing the killers to look, *International Review of the Red Cross* No. 321/1997, pp. 695-704, <http://209.85.129.132/search?2=cache:DFa5pumjZ1sJ:www.icrc.org/Web/eng/siteeing0.nsf/html/57JNZ8+Meron+American+Journal+of+International+Law+vol.+89+1995&cd=6&hl=en&ct=clnk&client=firefox-a>. Zvanična Internet adresa Tribunala je: <http://69.94.11.53/>.

prava i sl.). Neki od njih u osnovi predstavljaju domaće sudove sa stranim osobljem (situacija na Kosovu i Metohiji, u Bosni i Hercegovini) odn. internacionalizovane domaće sudove Istočni Timor, Kambodža), ali zato kod drugih prevlađuju međunarodni elementi tj. su poseban vid međunarodnih sudova (npr. sudovi za Sijera Leone, Liban).¹¹

Međutim, svi napred pomenuti međunarodni krivični sudovi su sudovi *ad hoc*, dakle samo za dati slučaj. Stoga je daleko najveći uspeh u ovoj materiji postignut potpisivanjem 1998. godine tzv. Rimskog statuta, kojim je osnovan stalni Međunarodni krivični sud. Statut je stupio na snagu 1.7.2002. g., a Sud je počeo sa radom marta 2003. Prvo suđenje počelo je 26.1.2009.¹² Sam podatak da je do sredine 2009. godine nadležnost Suda priznalo 108 država, predstavlja dobru garanciju za predviđanje da će jednog dana, možda već za desetak godina, to učiniti i preostale države, uključujući one koje u ovom času predstavljaju ozbiljnu opoziciju tom organu.

¹¹ Više o svemu vidi: Bassiouni Cherif: *op. cit.*, pp. 545-581; Kaseze Antonio: *op. cit.*, str. 404-409; i (hronološkim redom): Suzannah Linton: Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice, *Criminal Law Forum* 12/2001, pp. 185-246, www.jsmp.minihub.org/index2.htm; Burke-White William W.: A Community of Courts: Towards a System of International Criminal Law Enforcement, *Michigan Journal of International Law* vol. 24:1, 2002, pp. 2-101, www.jsmp.minihub.org/index2.htm; Chesterman Simon: Justice Under International Administration: Kosovo, East Timor and Afganistan, *An International Peace Academy Report* (September 2002), pp. 1-16, www.jsmp.minihub.org/index2.htm; Cassese Antonio: Mixed Courts and Tribunals Trying International Crimes, as an Alternative to Other Options for Fighting Impunity, pp. 111-124, u: M. Delević Đilas i V. Đerić (ur.): *O međunarodnom i narodnom – eseji u čast Vojina Dimitrijevića*, Beograd 2003; De Bertodano Sylvia: Current Developments in Internationalized Courts, *Journal of International Criminal Justice* 1/2003, pp. 226-244, www.jsmp.minihub.org/index2.htm; Katzenstein Suzanne: Hybrid Tribunals: Searching for Justice in East Timor, *Harvard Human Rights Journal* 6/2003, pp. 245-278, www.jsmp.minihub.org/index2.htm; Jovanović Ivan: "Kreativni" razvoj međunarodnog krivičnog prava: hibridni sudovi za Istočni Timor, Kambodžu i Sijera Leone, *Godišnjak Udruženja za međunarodno pravo za 2006*, Beograd 2007, str. 273-310; i tamo navedenu literaturu.

¹² Više o ideji stalnog međunarodnog krivičnog suda i postojećem stalnom Međunarodnom krivičnom sudu: Škulić Milan: Međunarodni krivični sud, *op. cit.*, str. 156-577; Bassiouni Cherif: *op. cit.*, pp. 495-544; Radulović Drago: *op. cit.*, str. 125-184; Лукашук И.И., Наумов А.В.: *op. cit.*, стр. 96-111; i (hronološkim redom): Vasilijević Vladan: Međunarodni krivični sud, Beograd 1968; Блищенко И.П.: *Международный уголовный суд*, Москва 1998, 239 стр.; Kittichaisaree Kriangsak: *op. cit.*, pp. 27-38.

Opšte uzev, kada je reč o međunarodnim krivičnim sudovima, u perspektivi se može očekivati da će oni dobiti još veći značaj, s tim što bi (naročito formiranjem regionalnih krivičnih sudova) jednog dana mogao i da nastane čitav sistem, koji bi podrazmevao da određena međunarodna krivična dela sude u prvom stepenu nacionalni sudovi država ili neki *ad hoc* mešovitih odn. regionalnih međunarodnih krivičnih sudova, a u krajnjoj instanci – Međunarodni krivični sud.

III.SUDOVI OPŠTE NADLEŽNOSTI I SPECIJALIZOVANI SUDOVI

U okviru sudova koji služe rešavanju sporova moguće je izvršiti dalju podelu s obzirom na to da li je reč o sudovima opšte nadležnosti tj. onima koji služe rešavanju širokog spektra sporova iz raznih oblasti društvenih odnosa (u krajnjoj liniji svih sporova čije rešavanje im povera država i drugi ovlašćeni subjekti međunarodnog prava) ili o sudovima koji su specijalizovani za određene vrste sporova.

1.Sudovi opšte nadležnosti

Sudovima opšte nadležnosti mogli bi se uslovno nazvati razni međunarodni sudovi pravde. Naime, mnogi međunarodni sudovi u svom zvaničnom ili nezvaničnom nazivu imaju označenje da se radi o sudu pravde. Iako su, iz razumljivih razloga, poređenja vrlo teška, a time i utvrđivanje nekih opštih karakteristika, uz sve rizike moglo bi se primetiti da se ova tela po pravilu osnivaju višestranim međunarodnim ugovorom (i to najčešće ugovorom o osnivanju neke važne međunarodne organizacije ili drugog oblika institucionalizovane saradnje država) i da su u osnovi deo neke međunarodne organizacije tj. da predstavljaju nje ne najvažnije sudske organe. I najzad – ovi sudovi mahom imaju opštu nadležnost, tj. mogu da raspravljaju sve ili vrlo razločite sporove tj. nisu specijalizovani za samo neku materiju. Tačnije, njihova nadležnost se po pravilu odnosi na sve sporove u vezi sa tumačenjem i primenom ugovora o osnivanju odnosno međunarodne organizacije odn. druge odgovarajuće sporove. Međutim, u sudove opšte nadležnosti svrstavamo i sve one druge međunarodne sudove koji su nadležni za rešavanje svih sporova koje pred njih iznesu i drugi ovlašćeni subjekti međunarodnog prava. Uz to, opšte uzev, ovi sudovi često imaju i neke druge nadležnosti kao što su davanje savetodavnih mišljenja, raznih tumačenja i sl.

1. Stalni sud međunarodne pravde

Prvi stalni međunarodni sud opšteg značaja bio je Stalni sud međunarodne pravde (eng. *Permanent Court of International Justice*).¹³ Osnovan je 1921. na osnovu čl. 14. Pakta Društva naroda, sa sedištem u Hagu (Holandija). Premda nezavisan, bio je tesno povezan sa sistemom Društva naroda, što se videlo i po tome što su sudije birali Savet i Skupština Društva naroda.¹⁴ Bio je nadležan za sve sporove koje strane u sporu (države) iznesu pred njega i da na zahtev Saveta ili Skupštine Društva naroda daje savetodavna mišljenja. Samo su države mogle biti strane u sporu pred Sudom. Prvi put se sastao februara 1922. a faktički je prestao da radi 1940. kada su Nemci okupirali Holandiju. Formalno je rasformiran 18.4.1946. rezolucijom Skupštine Društva naroda, nakon što su sve sudije podnele ostavku. Istog dana održana je i prva svečana sednica novog Međunarodnog suda pravde (organa Ujedinjenih nacija) koji je u osnovi preuzeo njegove funkcije. Uz doprinošenje svetskom miru putem rešavanja konkretnih sporova i davanja savetodavnih mišljenja¹⁵ uloga ovog tela je veoma važna i zbog činjenice da je ono poslužilo kao uzor za modeliranje Međunarodnog suda pravde.

2. Međunarodni sud pravde

Iz mnogo razloga, a u svakom slučaju i zbog toga što je glavni sudski organ Ujedinjenih nacija, daleko najvažniji od ovih sudova je Međunarodni sud pravde (engl. *International Court of Justice - ICJ*) formiran posle Drugog svetskog rata kao neka vrsta nastavljača Stalnog suda međunarodne pravde. Relevantna pitanja koja se tiču sastava, nadležnosti i rada Suda uređena su njegovim Statutom, koji čini sastav-

¹³ Više o Sudu: <http://www.icj-cij.org/icjwww/>, <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/index.htm>. Takođe: Godevac Anka: Principi i pravila međunarodnog prava koji se izlučuju iz jurisprudencije Stalnog suda međunarodne pravde, Beograd 1932; Pržić Ilija A.: Novo međunarodno pravo, Beograd 1934, str. 99-187; Novaković Mileta: Osnovi međunarodnoga javnoga prava, knjiga II, Beograd 1938, str. 180-196.

¹⁴ Prvobitno je bilo 10 sudija, uz još 5 zamenika, sve dok amandmanom Statuta iz 1929. broj sudija nije povećan na 15.

¹⁵ Za vreme svog postojanja Sud je izrekao 31 presudu i dao 27 savetodavnih mišljenja. Ove odluke i danas su predmet proučavanja i citiranja, kako od strane pravne nauke, tako i u raznim međunarodnim sporovima.

ni deo Povelje UN, određenim odredbama same Povelje UN i Pravilima Suda.¹⁶

O ovom sudu sve je uglavnom dobro poznato. Ipak, valja podsetiti da se on sastoji od 15 nezavisnih sudija izabranih u ličnom svojstvu na 9 godina od strane Generalne skupštine i Saveta bezbednosti UN sa liste koju su predložile nacionalne grupe. Nadležan je da mirnim putem rešava sporove između država i da daje savetodavna mišljenja o pravnim pitanjima koja mu postavljaju za to ovlašćeni organi UN i međunarodne organizacije.¹⁷ Stranke u sporu pred Sudom mogu biti samo države.¹⁸ Sud je nadležan za sve sporove koje države iznesu pred njega, pod uslovom da su obe strane u sporu prihvatile njegovu nadležnosti.

Prema čl. 38/1 Statuta, Sud primenjuje: a) međunarodne konvencije, bilo opšte ili posebne, kojima se ustanovljavaju pravila izričito priznata država u sporu; b) međunarodni običaj, kao dokaz opšte prakse prihvaćene kao pravo; c) opšta pravna načela priznata od civilizovanih naroda; d) kao pomoćno sredstvo, sudske odluke i doktrinu najpozvanijih stručnjaka javnog prava raznih naroda. Ako strane u sporu na to pristanu, Sud je (čl. 38/2) ovlašćen da spor rešava i *ex aequo et bono* (na bazi pravičnosti).

Spor se može rešiti presudom, povlačenjem tužbe ili poravnanjem. Presuda ima obaveznu snagu, ali samo prema stranama u sporu i u odnosu na konkretan slučaj. Ako neka strana u sporu ne ispuni obaveze koje na njoj leže prema presudi Suda, druga strana može da se obrati Savetu bezbednosti UN koji može, ako smatra potrebnim, da da preporuke ili odluči o merama koje treba preduzeti da bi se presuda izvršila (čl. 94/2 Povelje UN).¹⁹

¹⁶ Literatura o Međunarodnom sudu pravde je, sasvim razumljivo, ogromna i pokriva vrlo različita pitanja. Ovde upućujemo samo na (hronološkim redom): Andrassy Juraj: Međunarodno pravo, Zagreb, 1978, str. 511-525; Degan V.-Đ.: Međunarodno pravo, Rijeka 2000, str. 753-767; Etinski Rodoljub: Međunarodno javno pravo, Novi Sad 2002, str. 502-530; Shaw Malcolm N.: International Law: Cambridge 2003, pp. 959-1005; Bennett LeRoy A., Oliver James K.: Međunarodne organizacije, Zagreb 2004, str. 165-177; Kreća Milenko: Međunarodno javno pravo, Beograd 2007, str. 515-538.

¹⁷ Generalna skupština i Savet bezbednosti mogu tražiti od Suda mišljenje o svakom pravnom pitanju. Drugi organi UN i specijalizovane agencije, mogu tražiti savetodavno mišljenje o pravnim pitanjima iz svoje nadležnosti, ali samo ako ih na to ovlasti Generalna skupština.

¹⁸ Države koje su prihvatile Statut Suda mogu da se obraćaju Sudu uvek kada to žele, a ostale pod uslovima koje određuje Savet bezbednosti. Svi članovi UN su istovremeno strane Statuta Suda, a druge države to mogu postati pod uslovima koje u svakom pojedinom slučaju određuje Generalna skupština UN na preporuku Saveta bezbednosti.

¹⁹ U praksi, čak i kada nisu zadovoljne presudom, države je izvršavaju u dobroj veri, jer bi suprotno postupanje veoma škodilo njihovom ugledu.

Mada mu se prigovara da je njegova nadležnost fakultativna (potrebno je da države na neki od propisanih načina daju svoj pristanak) praksa pokazuje da mu se države obraćaju sve više, a sa druge strane, činjenica je da se njegova nadležnost sve češće ugovara raznim višestranim i dvostranim sporazumima. Uz to, u stalnom porastu je i broj država koje su dale izjavu saglasno čl. 36/2 Statuta Suda (tj. prihvatile fakultativnu klauzulu o njegovoj nadležnosti).²⁰ Maja 2009. g. ovom klauzulom vezano je 65 država.²¹

Sedište je u Hagu (Holandija), a Internet adresa: <http://www.icj-cij.org/>.

3. Regionalni sudovi pravde

Slični sudovi postoje i u regionalnim okvirima. Štaviše, u skladu sa sve raznovrsnijim oblicima povezivanja država, takvih sudova je sve više. Iako svaki od njih ima svoje osobenosti, opšte uzev može se primetiti da su oni najčešće obrazovani odgovarajućim ugovorom o osnivanju odnosno međunarodne organizacije i imaju nadležnost da raspravljaju sva sporna pitanja koja iz tog proizlaze. Među najvažnije takve sudove spada Evropski sud pravde,²² Sud pravde Beneluksa,²³ Centralnoamerički sud pravde,²⁴ Karip-

²⁰ Prema toj odredbi države stranke Statuta “mogu u svako doba izjaviti da priznaju obaveznu nadležnost Suda *ipso facto* i bez posebnog sporazuma, prema svakoj drugoj državi koja primi istu obavezu, u svim pravnim sporovima koji se odnose na: a) tumačenje nekog ugovora; b) svako pitanje međunarodnog prava; c) postojanje bilo koje činjenice koja bi, ako se utvrdi, predstavljala kršenje neke međunarodne obaveze; d) prirodu ili obim obeštećenja zbog kršenja neke međunarodne obaveze.”

²¹ Pregled tih država na: <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3>.

Vredi posebno istaći da je samo od 2000. do sredine 2009. g. obaveznu nadležnost Suda prihvatilo novih 12 država (među njima i tako važne zemlje kao što su npr. Ujedinjeno Kraljevstvo, Nemačka, Japan, Australija i dr.) što ukazuje da je broj država koje se odlučuju na ovaj korak u stalnom porastu.

²² Sud se uobičajeno tako naziva, mada je njegov pravi naziv Sud pravde evropskih zajednica (eng. *Court of Justice of the European Communities*). Više o Sudu na njegovoj zvaničnoj internet adres: *European Court of Justice*, <http://europa.eu.int/cj/en/index.htm>.

²³ *Court of Justice of the Benelux Economic Union*. Više o tome: <http://www.benelux.be/>, <http://www.pict-pcti.org/courts/beneluxCJ.html>.

²⁴ Ovdje se misli na sud koji je sa istim imenom kao onaj koji funkcionisao na početku XX v. i zatim se ugasio, osnovan posle Drugog svetskog rata, u okviru Organizacije centralnoameričkih država stvorene 1951.g. Sud (eng. *Central American Court of Justice*, šp. *Corte Centroamericana de Justicia*) osnovan je 1962.g. ali je tek u novije vreme, jačanjem integracionih procesa između ovih država posle 1991.g. počeo da dobija veći značaj. Više: <http://www.pict-pcti.org/courts/CACJ.html>.

ski sud pravde,²⁵ Sud pravde Andske zajednice,²⁶ Istočnoafrički sud pravde,²⁷ Sud pravde zajedničkog tržišta istočne i južne Afrike²⁸ i dr. Relativno skoro može se očekivati i pojava nekih drugih važnih sudova ovog tipa, kao npr. Suda pravde Afričke unije,²⁹ Međuameričkog suda pravde³⁰ i sl.

Neki od ovih sudova se donekle razlikuju od onoga što se uobičajeno podrazumeva pod sudom pravde, a u svakom slučaju nisu isto što i Međunarodni sud pravde UN, samo u regionalnim okvirima. Tako jedan od najvažnijih sudova ove vrste, *Evropski sud pravde*, pre svega ima unekoliko uže postavljenju nadležnost, utoliko što ne rešava sve međunarodnopravne sporove (npr. povodom kršenja bilo kakvih konvencija) već samo one koji nastaju povodom primene i/ili tumačenja prava Evropske unije. I pored toga, on nesumnjivo rešava pravne sporove i to vrlo različite tematike, te to i daje za pravo da ga smatramo međunarodnim sudom opšte nadležnosti. S druge strane, za razliku od Međunarodnog suda pravde, Evropski sud pravde ne rešava samo sporove između država (članica Evropske unije). Njegova nadležnost je znatno šire postavljena i osim rešavanja sporova i davanja savetodavnih mišljenja obuhvata naročito kontrolu zakonitosti akata koje donose organi Evropske unije (tj. kako mnogi primećuju, odgo-

²⁵ Eng. *Caribbean Court of Justice*. Više o njemu na njegovom zvaničnom sajtu: <http://www.caribbeancourtofjustice.org/>.

²⁶ *Andean Community Court of Justice*. To je sudsko telo Andske zajednice, kako se nazva jedan vid integracije zemalja Latinske Amerike, stvoren radi saradnje u domenu socijalni i političkih pitanja, zaštite prirode, spoljnih odnosa, privrede i trgovine i uopšte tešnjeg povezivanja zemalja ovog područja. Sredinom 2009. g. Sud ima 4 sudije, od kojih svaki predstavlja jednu od država članica koje su priznale njegovu nadležnost (Bolivija, Ekvador, Kolumbija, Peru). Stara se tumačenju i primeni prava Anske zajednice. Sedište mu je u Kitou, glavnom gradu Ekvadora. Više na: www.comunidadandina.org/ingles/sai/structira_4.html.

²⁷ *East-African Court of Justice*, <http://www.eac.int/eacj.html>.

²⁸ *Court of Justice of the Common Market for Eastern and Southern Africa*, http://actrav.itcilo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/blokit/comesa.htm#COMESA_institutions.

²⁹ Sud pravde Afričke unije (eng. *Court of Justice of the African Union*) predviđen je odgovarajućim protokolom, usvojenim još 2003. g., koji, međutim, još nije stupio na snagu. Sudu, čije bi sedište trebalo da bude u Aruši (Tanzanija) namenjena je uloga glavnog sudskog organa Afričke unije sa zadatkom da rešava sporove u vezi sa tumačenjem ugovora (prava) Unije. Postoji, međutim, i opcija da se umesto formiranja ovog tela osnuje Sud pravde i ljudskih prava (*Court of Justice and Human Rights*) koji bi imao dva ogranka – jedan bi se bavio opštim pitanjima (vršio funkciju suda pravde) a drugi bi preuzeo nadležnosti postojećeg Afričkog suda za ljudska prava i prava naroda.

³⁰ Postoje inicijative da se Pravni komitet (eng. *Juridical Committe*) Organizacije američkih država pretvori u međunarodni sud pravde te organizacije (*Inter-American Court of Justice*).

vara uloži neke vrste ustavnog suda Unije) i sudski nadzor nad radom organa Unije odn. nad sprovođenjem prava Evropske unije i njegovom jednoobraznom primenom. Zbog toga pravo pojavljivanja pred Sudom nemaju samo države članice, već i glavni organi Unije i, u određenim situacijama, pravna, pa čak i fizička lica.³¹

4. Ostali sudovi opšte nadležnosti

Sudovima opšte nadležnosti mogu se, međutim, smatrati i neki sudovi koji u svom nazivu nemaju izričito pominjanje da je reč o sudu pravde kao npr. Sud Evropske zone slobodne trgovine (EFTA)³² uključujući i sudove koji su, štaviše osnovani izvan okvira određene međunarodne organizacije.

Na univerzalnom planu dobar primer je Stalni arbitražni sud (eng. *Permanent Court of International Justice*)³³ osnovan Konvencijom o mirnom rešavanju međunarodnih sporova, usvojenom na Prvoj haškoj mirovnoj konferenciji (1899) i zatim revidiranom na Drugoj haškoj konferenciji (1907). Uprkos svom nazivu taj sud, sa sedištem u Hagu, nije u pravom smislu reči stalni sudijski kolegijum, već je zapravo lista sudija (arbitara) koja služi za obrazovanje *ad hoc* arbitraža čije funkcije se prostiru samo na konkretan spor i prestaju presuđenjem tog spora.³⁴ Ipak, to ne samo da je

³¹ Kao što se i može očekivati, literatura o Sudu je ogromna. Pored ostalog vidi (hronološkim redom): Hartley T.C.: Osnovi prava Evropske zajednice, Sarajevo 1998, str. 57-91; Misita Nevenko: Osnovi prava Evropske unije, Sarajevo 2002, str. 485-621; Magiera Zigfrid, Bec Ramona: Evropski sud pravde, u: Vajdenfeld Verner, Veselj Wolfgang (ur.): *Evropa od A do Š*, Beograd 2003, str. 143-147; Ilić – Gasmir Gordana, Reforme Evropske unije, Beograd 2004, str. 112-155; Čavoški Aleksandra, Knežević-Bojović Ana, Popović Dušan: Evropski sud pravde, Beograd 2006; Čavoški Aleksandra: Pravosudni sistem Evropske Unije u svetlosti Reformskog ugovora, *Strani pravni život* 1/2009, str. 87-110. i tamo navedenu literaturu.

³² Više: *EFTA Court*, <http://www.eftacourt.lu/>.

³³ Vidi, pored ostalog (hronološkim redom): Hamilton P., Requena H.C., van Scheltinga L., Shifman B. (eds.): *The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and Dispute Resolution*; Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1999; Iličić Dragana: Stalni arbitražni sud u Hagu, *Pravni život* 12/2003, str. 393-404.

³⁴ Lista je sastavljena od po najviše 4 predstavnika svake ugovorice, imenovana na 6 godina među licima priznatih stručnih i moralnih kvaliteta. Sudije nisu stalno zaposlene u Sudu, već i dalje normalno obavljaju svoju profesionalnu delatnost, a sude samo po potrebi. Kada se strane u sporu slože da spor poveru Sudu, one mogu sporazumno odrediti arbitre sa postojeće liste. Ukoliko ne uspeju da se dogovore oko toga, svaka strana imenuje po 2 arbitra od kojih samo jedan može biti njen državljanin, a oni onda biraju još jednog sudiju koji će ujedno biti predsednik.

bio prvi globalni mehanizam za rešavanje međudržavnih sporova, već je, za razliku od *ad hoc* arbitraža od samog početka imao elemente stalnosti koji su se ogledali u stalnom sedištu u Hagu i postojanju dva stalna glavna organa.³⁵

U prošlosti je Sud odlučivao u nekoliko važnih međudržavnih sporova, ali je zatim, posle Drugog svetskog rata, njegov značaj naglo opao. Zapravo dugo vremena poslednja presuda koju je Sud izrekao bila je ona iz 1956. g. u francusko-grčkom sporu (*Administration of Lighthouses*), iniciranoj još daleje 1931. godine. Tek u novije vreme ovaj organ doživeo je jednu vrstu preporoda,³⁶ o čemu će nešto više reći biti kasnije.

5. Specijalizovani sudovi

Pored stalnih međunarodnih sudova relativno opšte nadležnosti postoje i stalni sudovi, sa unapred izabranim sudijama, koji su, međutim, specijalizovani za neku tačno utvrđenu oblast - pravo mora, ljudska prava, sporove međunarodnih službenika sa međunarodnim organizacijama u kojima su zaposleni itd. Ovi sudovi se po pravilu osnivaju međunarodnim ugovorom, kojim se i preciziraju njihova nadležnost, sastav, postupak, način rada i sl.

Treba očekivati da će brojnost i značaj ovih tela tokom vremena sve više rasti i to kako na univerzalnom, tako i na regionalnom nivou. Zapravo to je u neku ruku i poželjno jer bi se time ne samo mirnim putem rešili brojni sporovi (od kojih bi neki inače mogli da prerastu u ozbiljne konflikte) već istovremeno rasteretio Međunarodni sud pravde odn. drugi sudovi opšte nadležnosti. Pojavu novih takvih sudova ćemo verovatno pratiti uporedo sa sve većim povezivanjem sveta i sa novim prodorima u nauci, tehnici i dr. koji će po logici stvari otvoriti i čitav niz novih vrsta sporova. Tako npr. skoro je izvesno da će se uporedo sa daljim istraživanjem i osvajanjem kosmosa pre ili kasnije javiti potreba za osnivanjem nekakvog specijalizovanog međunarodnog suda koji bi pokrio tu materiju, slično onome kako je to učinjeno u pogledu prava mora osnivanjem Međunarodnog suda za pravo mora.

³⁵ To su *Upravni savet*, koji sačinjavaju diplomatski predstavnici država ugovornica akreditovani u Holandiji, a predsedava mu holanski ministar inostranih poslova i *Međunarodni biro* (sekteraritat) na čelu sa Generalnim sekretarom.

³⁶ Pregled svih presuđenih predmeta vidi na: www.pca-cpa.org/upload/files/ConsolidatedAnnexes.pdf.

Specijalizovani sudovi imaju tu prednost što se sudije i drugo osoblje u principu regrutuju iz redova lica koja uz opšta, imaju i posebna pravnička, a eventualno i neka druga znanja i saznanja. Oni omogućavaju da se slični sporovi raspravljaju na jednom mestu, što opet olakšava i razvoj odgovarajuće usklađene prakse. Takođe, ako se tako želi, može se omogućiti da se nezadovoljna strana obrati nekom drugom, višem sudu u prvom redu Međunarodnom sudu pravde. S druge strane, jasno je da bi osnivanje ovih sudova moralo da bude racionalno, samo u meri u kojoj se u praksi javlja potreba za njima.

Ovde će biti uzkazano na samo neke od najvažnijih specijalizovanih sudova.

6. Međunarodni sud za pravo mora

Međunarodni sud za pravo mora (eng.: *International Tribunal for the Law of the Sea*)³⁷ je univerzalni (svetski) specijalizovani sud, osnovan Konvencijom UN o pravu mora (1982) kao jedno od sredstava za rešavanje sporova o tumačenju ili u primeni Konvencije. Sud se sastoji se od 21 nezavisnog sudije, izabranih tajnim glasanjem na 9 godina među licima koja poseduju visoke moralne i stručne kvalitete i predstavljaju glavne pravne sisteme sveta. Osnovna pitanja organizacije i rada Suda uređena su njegovim Statutom (Aneks VI uz Konvenciju UN o pravu mora).

Kao strane u postupku pred Sudom mogu se pojaviti kako države, tako i drugi subjekti (međunarodne organizacije, pravna i fizička lica). Sud sudi na osnovu Konvencije o pravu mora i drugih pravila međunarodnog prava koja nisu u suprotnosti sa njom, a kada se strane o tome slože, može suditi i *ex aequo et bono*. Presuda je konačna i obavezna za stranke. Njegovo sedište je u Hamburgu (Nemačka).³⁸

7. Sudovi za ljudska prava

Iako još uvek nema univerzalnog (svetskog) suda za ljudska prava, takvi sudovi su izgrađeni i uveliko zaživeli u regionalnim okvirima. To su Evropski sud za ljudska prava, Međuamerički sud za ljudska prava i Afrič-

³⁷ Više vidi: Shaw Malcolm N. *op. cit.*, pp. 1005-1010, Rudolf Davorin: Enciklopedijski rječnik međunarodnog prava mora, Split 1989, str. 200-201; Avramov Smilja, Kreća Milenko: Međunarodno javno pravo, Beograd 1999, str. 590-592.

³⁸ Više o tom sudu na njegovoj internet adresi: <http://www.itlos.org/content.html>.

ki sud za ljudska prava i prava naroda. Osnovani su odgovarajućim višestranim regionalnim međunarodnim ugovorima.³⁹

1. Evropski sud za ljudska prava. - Evropski sud za ljudska prava (eng. *European Court of Human Rights*) je stalni sudski organ osnovan Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (4.11.1950) poznatijom pod imenom Evropska konvencija o ljudskim pravima. Organizacija, nadležnost i funkcionisanje Suda uređeni su Konvencijom (čl. 38-56), dok su postupak i druga važna pitanja regulisani Pravilima Suda, donetim, na osnovu čl. 55. Konvencije, od strane samog Suda.⁴⁰

Sud se sastoji od onoliko sudija koliko ima članova Konvencije, s tim da ista država ne može imati u njegovom sastavu više od jednog svog državljanina. Članove Suda bira Parlamentarna skupština Saveta Evrope većinom glasova, sa liste lica nominovanih od svake članice Saveta Evrope (svaka članica predlaže 3 kandidata od kojih su bar 2 njeni državljani). Sudije se biraju na period od 6 godina i mogu se ponovo birati. Sud na Opštoj sednici bira svog predsednika, dva potpredsednika i predsednike odeljenja na period od 3 godine.

Postupak pred Sudom mogu pokrenuti države (jedna protiv druge), nevladine organizacije, grupe lica, pa čak i pojedinci, koji tvrde da su žrtve povrede prava ustanovljenih Konvencijom ili protokolima uz nju, učinjene od strane neke ugovornice

Sud razmatra predmete iz svoje nadležnosti u odborima, (raspravnim) većima i Velikom veću. Odbori, sastavljeni od po 3 sudije, ispituju u prethodnom postupku dopuštenost predstavljeni. Raspravna veća, sastavljena od 7 sudija (među kojima su *ex officio* predsednik odnosno odeljenja i nacionalni sudija države u pitanju, dok ostale određuje predsednik odeljenja) odlučuju o predmetu tako što, ako je potrebno prethodno raspravljaju o

³⁹ Evropska konvencija o ljudskim pravima (1950) sa kasnijim protokolima uz nju, Američka konvencija o ljudskim pravima (1969) i Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda (1981).

⁴⁰ Literatura o Evropskom sudu za ljudska prava je ogromna. Pored ostalog vidi (hronološkim redom): Paunović Milan: *Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd 1993; Etinski Rodoljub: *op. cit.*, str. 308-335; Vranjanac Dušan: *Evropski sud za ljudska prava*, Beograd 2002; Paunović Milan, Carić Slavoljub: *Evropski sud za ljudska prava – osnovna načela i tok postupka*, Beograd 2006; Đurić Bojan (ur.): *Zbirka odluka o ljudskim pravima (V) – presude Evropskog suda za ljudska prava i pitanjima koja se odnose na slobodu i bezbednost ličnosti*, Beograd 2007; Rid Karen: *Evropska konvencija o ljudskim pravima – vodič za praktičare*, t. 1-2, Beograd 2007; Paunović Milan, Krivokapić Boris, Krstić Ivana: *Paunović Milan, Krivokapić Boris, Ivana Krstić: Osnovi međunarodnih ljudskih prava*, Beograd 2007, str. 69-74. i tamo navedenu literaturu.

prihvatljivosti predstavke (ovo ako odbor odluku o prihvatljivosti nije doneo jednoglasno) a zatim o meritumu (suštini spora).

Veliko veće, sastavljeno od 17 sudija odlučuje i o pojedinačnim predstavkama i o međudržavnim sprovedima, ali samo onda kada mu veća Suda ustupe nadležnost ocenivši da je u predmetu koji razmatraju pokrenuto neko ozbiljno pitanje od značaja za tumačenje Konvencije ili protokola uz nju, ili ako rešenje pitanja pred većem može da dovede do rezultata koji nije u saglasnosti s nekom prethodno donetom presudom Suda. Dodatni uslovi su (čl. 30 Konvencije) da veće nije donelo presudu i da se ovom ustupanju nadležnosti ne protivi nijedna od strana u sporu. Veliko veće odlučuje o predstavkama kada mu veća ustupe nadležnost na opisani način ili kada, u posebnim slučajevima, u roku od 3 meseca od donošenja presude, neka od strana zahteva da se predmet iznese pred Veliko veće, a taj zahtev prihvati kolegijum od 5 sudija Velikog veća, procenivši da se predmet tiče nekog značajnog pitanja vezanog za tumačenje Konvencije ili ozbiljnog pitanja od opšte važnosti (čl. 43. Konvencije). Tu se Veliko veće pojavljuje kao neka vrsta suda druge instance.

Presuda Velikog veća je uvek pravosnažna, a presuda raspravnog veća: (a) kada strane u sporu izjave da neće zahtevati da se predmet iznese pred Veliko veće, (b) po isteku 3 meseca od donošenja presude, ako se u tom periodu ne zatraži da se predmet iznese pred Veliko veće i (c) kada kolegijum od 5 sudija Velikog veća odbije zahtev za obraćanje Velikom veću. Pravosnažna presuda se objavljuje.

Presude Suda su obavezne i države ugovornice su dužne da im se povinuju u svakom predmetu koji se njih tiče. Pravosnažna presuda Suda dostavlja se Komitetu ministara koji nadgleda njeno izvršenje (čl. 46. Konvencije).

Za prvih 15 godina svog rada (1959-1973) Sud je doneo ukupno 17 presuda, a u narednih 20 godina (1974-1993) - čak 431. Iz godine u godinu broj predmeta pred Sudom je u velikom porastu i to iz raznih razloga – zbog znatnog povećanja broja država članica Kovencije (od kojih su neke sa velikim broje stanovnika), zbog širenja svesti kod ljudi da imaju pravo da i ovim putem traže zaštitu svojih prava i sl. Broj predstavki porastao je sa 5.279 u 1990.g., na 10.335 u 1994, 18.164 u 1998, 34.546 u 2002, a raste i dalje.⁴¹ Na dan 31.12.2008. u postupku pred Sudom bilo je 97.300

⁴¹ Protocol No 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention - Explanatory Report, p. 1, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>.

predmeta,⁴² s tim da neke procene govore da će do 2010. taj broj dostići oko 250.000 tj. biti skoro utrostručen.⁴³ Čak oko 90% predstavki biva odbaćeno zbog neprihvatljivosti.⁴⁴ Sud godišnje donese oko 1.900 presuda (1881 presuda 2008).⁴⁵

Osim funkcije da sudi sporove, Sud je ovlašćen da vrši i savetodavnu ulogu. On na zahtev Komiteta ministara Saveta Evrope može da daje savetodavna mišljenje o pravnim pitanjima koja se tiču tumačenja Konvencije i protokola uz nju (čl. 47-49. Konvencije).⁴⁶

⁴² Od toga se 57% ticalo samo 4 države – Rumunije, Rusije, Turske i Ukrajine. Nav. prema: Draft Protocol No. 14 bis to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, COE Parliamentary Assembly Doc. 11879, 28 April 2009, <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs09/EDOC11879.pdf>, p. 4.

⁴³ Lord Woolf, McKenzie M., MacMahon P., O’Cinneide C., Clarke L.: Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights; Council of Europe, December 2005, pp. 4, 8, www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/40C335A9-F951-401F-9FC2-241CDB8A9D9A/0/LORDWOOLFREVIEWONWORKINGMETHODS.pdf.

⁴⁴ Protocol No 14 to the Convention... *cit.*, p. 2.

⁴⁵ Za statistiku rada Suda vidi; European Court of Human Rights Statistics 2008 (sve brojke date uz zaokružjenje na 50) www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/A63F2A14-2C68-41F3-BFEF-49D3BF9D8C63/0/Statistics2008c.pdf.

⁴⁶ Pošto je Sud zagušen predmetima, u novije vreme preduzeti su koraci da se poveća njegova efikasnost. Protokol 14 (2004) predviđa, pored ostalog dodatni kriterijum za prihvatljivost predstavki (ozbiljnost štete pričinjene podnosiocu predstavke); prenosi sa tročlanog veća na sudiju pojedinca proglašavanje očigledno neprihvatljivih predstavki neprihvatljivim i istovremeno proširuje nadležnost tročlanog veća pravom da uz proveru prihvatljivosti predstavki odlučuje u određenim predmetima (onima koje se tiču pitanja tumačenja i primene Konvencije koja su pokrivena ustaljenom praksom Suda) odlučuje o suštini stvari, čime se omogućava da se sedmočlano veće rastereti kako bi se posvetilo važnijim predmetima; uvodi novi mehanizam prema kojem Komitet ministara Saveta Evrope može da traži od Suda tumačenje presude, ali i odgovor na pitanje da li je određena država propustila da izvrši presudu; u cilju jačanja nezavisnosti i nepristrasnosti Suda produžuje mandat sudija sa 6 na 9 godina i ukida mogućnost ponovnog izbora; omogućava da i Evropska unija kao takva postane članica Konvencije; i dr. Protokol još nije stupio na snagu, a to će se dogoditi onda kada ga, kao što je uslov, ratifikuju sve države (nije ga ratifikovala još jedino Rusija, ali je i to dovoljno da ne stupi na snagu). Više: Radivojević Zoran: Protokol broj 14 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava, *Strani pravni život* 1-2/2005, str. 181-194.

S obzirom na to odbijanje ratifikacije od strane parlamenta Rusije sprečava stupanje na snagu Protokola 14, sredinom 2009.g. pripremljen je kao prelazno rešenje Protokol 14bis (2009). On preuzima najosnovnije solucije Protokola 14, pre svega širenje nadležnosti sudije pojedinca kao i širenje nadležnost veća trojice sudija. Ova rešenja imaju za cilj da ubrazaju postupak i omoguće Sudu da se izbori sa ogromnim brojem predmeta. Protokol 14bis će prestati da važi ovog časa kada stupi na snagu Protokol 14. Više: Draft Protocol No. 14 bis to the Convention..., *cit.*

Troškove suda snosi Savet Evrope (čl. 50. Konvencije). Sedište Suda je u Strazburu (Francuska).⁴⁷

2. Američki sud za ljudska prava. – ovaj organ, čiji je zvaničan naziv Međumerički sud za ljudska prava (*Inter-American Court of Human Rights*) predstavlja deo sistema zaštite ljudskih prava koji je razvijen na američkom kontinentu.⁴⁸ Osnovan je Američkom konvencijom o ljudskim pravima (1969, stupila na snagu 1978). Sastoji se od 7 sudija, koji su državljani država članica Organizacije američkih država (OAD) i koji se biraju na osnovu svojih ličnih kvaliteta kao pojedinci među pravnicima najvišeg moralnog autoriteta i priznate stručnosti u oblasti ljudskih prava, i kao ličnosti koje imaju kvalifikacije za obavljanje najviših sudskih funkcija u skladu sa zakonom države čiji su državljani ili države koja iz predlaže kao kandidate. Bira ih, tajnim glasanjem, Generalna skupština OAD sa liste koju su predložile države članice Konvencije. Biraju se na šest godina, uz mogućnost još jednog izbora i uvažavanje pravila da u sastavu Suda ne mogu biti dva državljana iste države (čl. 52-54. Konvencije).⁴⁹

Samo države članice i Međumerička komisija za ljudska prava imaju pravo da podnose sudu slučajeve na rešavanje i to tek kada je prethodno iscrpen postupak pred Komisijom, predviđen čl. 48. i 50. Konvencije. Sud može da daje i savetodavna mišljenja i to na zahtev ne samo članica Američke konvencije o ljudskim pravima, već i država članica Organizacije američkih država koje nisu članice Konvencije. Sedište mu je u San Hozezu u Kostariki.⁵⁰

3. Afrički sud za ljudska prava. – puni naziv ovog tela je Afrički sud za ljudska prava i prava naroda (*African Court of Human and Peoples' Rights*). Osnovano je posebnim protokolom uz Afričku povelju o ljud-

⁴⁷ Više o Sudu na njegovoj Internet adresi: <http://www.echr.coe.int/>.

⁴⁸ Nešto više o tome (hronološkim redom): Janča Dejan: Razvoj sistema međunarodne zaštite prava čoveka na američkom kontinentu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad 1972, str. 257-272; Buergenthal Thomas: The Inter-American System for the Protection of Human Rights, in: T. Meron (ed.): *Human Rights in International Law*, Oxford 1984, pp. 439-493; Shaw Malcolm N.: *op. cit.*, pp. 354-362; Paunović Milan, Krivokapić Boris, Krstić Ivana: *op. cit.*, str. 79-81.

⁴⁹ Ako je sudija državljanin bilo koje od država koje su strane u slučaju koji se rešava, on zadržava pravo da postupa u tom predmetu, s tim da bilo koja druga država koja je strana u tom predmetu može imenovati po svom izboru lice koje vrši funkciju *ad hoc* sudije.

⁵⁰ Više o Sudu na njegovoj Internet adresi: <http://www.oas.org/oaspage/human-rights.htm>.

skim pravima i pravima naroda (1981), koji je stupio na snagu 25.1.2005. Ubrzo nakon toga (22.1.2006) izabrane su prve sudije (njih 11) i Sud je počeo sa radom. Njegovo sedište je u Aruši (Tanzanija).⁵¹

8. Administrativni sudovi

Administrativnim sudovima nazivaju se specijalizovani međunarodni sudovi koji rešavaju sporove između međunarodnih organizacija i njihovih službenika.⁵² Potreba za njima javila se kako zbog naglog porasta broja međunarodnih organizacija i njihovih službenika, tako i zbog uočene opasnosti da bi zbog posebnog pravnog položaja međunarodnih organizacija (koji uključuje odgovarajuće imuniteta) njihovi službenici u pogledu svojih sporova sa organizacijom mogli da ostanu bez sudske zaštite.⁵³

Osnovna pravila o međunarodnim administrativnim sudovima obično se svode na sledeće. Sudije su lica različitih državljanstava. Po pravilu primenjuje se unutrašnje pravo odnosne organizacije (njeno tzv. "unutrašnje administrativno pravo" koje, pored ostalog obuhvata uslove konkretnog ugovora o zapošljavanju, odgovarajuće pravilnike o osoblju, administrativne instrukcije i sl.)⁵⁴ a postupak ima dve faze - pismenu i usmenu, u okviru koje je u cilju dopune pismene dokumentacije dozvoljeno saslušavanje svedoka i istupanje pravnog zastupnika. Tužilac mora da dokaže da je pre podnošenja tužbe iscrpeo sva predviđena pravna sredstva u okviru organizacije koja ga je navodno oštetila. Administrativni sud odlučuje presudom.

Premda i mnoge druge međunarodne organizacije imaju svoje administrativne (službeničke) sudove, posebno su zanimljivi Administrativni sud UN⁵⁵ i Administrativni sud Međunarodne organizacije rada⁵⁶ (osnovan još

⁵¹ Više o Sudu na njegovoj zvaničnoj Internet adresi: http://www.aict-cia.org/courts_conti/achpr/achpr_home.html, kao i na: <http://www.pict-pcti.org/courts/ACHPR.html>.

⁵² Nešto više o administrativnim sudovima: Račić Obrad, Dimitrijević Vojin: Međunarodne organizacije, Beograd 1980, str. 196-198.

⁵³ Tako npr. zbog privilegija i imuniteta koje uživa Organizacija ujedinjenih nacija, njeni službenici u vezi sa svojim sporovima iz radnog odnosa ne mogu je tužiti pred nacionalnim sudovima država (pa ni države svog državljanstva ili države sedišta OUN) a sa druge strane ne mogu ostvariti zaštitu svojih prava ni pred Međunarodnim sudom pravde, pošto pred njim ni pojedinci, ali ni međunarodne organizacije ne mogu biti strane u sporu (on sudi samo sporove između država).

⁵⁴ Račić Obrad, Dimitrijević Vojin: *op. cit.*, str. 198.

⁵⁵ *United Nations Administrative Tribunal*, vidi: http://untreaty.un.org/UNAT/main_page.htm.

⁵⁶ *Administrative Tribunal of the ILO*, <http://www.ilo.org/public/english/tribunal/>.

1927. godine). Ovo ne samo zbog naročito značaja odnosnih međunarodnih organizacija, već i zbog činjenice da te sudove na osnovu posebnih aranžmana koristi i niz drugih međunarodnih organizacija (specijalizovane agencije UN, ali i neke druge organizacije).

Osim dva pomenuta administrativna suda niz sličnih tela postoji i pri nekim drugim međunarodnim organizacijama, i to kako onima univerzalnog karaktera (npr. administrativni sudovi Svetske banke⁵⁷ ili Međunarodnog monetarnog fonda⁵⁸), tako i pri najrazvijenijim regionalnim organizacijama – npr. Službenički sud Evropskih zajednica,⁵⁹ Administrativni sud Organizacije američkih država⁶⁰ i dr.

Ono što je naročito bitno istaći je činjenica da su administrativni sudovi – međunarodni sudovi, iako ne rešavaju sporove između glavnih subjekata međunarodnog prava.

Dobar primer predstavlja najvažniji takav sud - Administrativni sud Ujedinjenih nacija (*United Nations Administrative Tribunal*). To je međunarodni organ osnovan 1949. godine, sa zadatkom da rešava pravne sporove između Organizacije ujedinjenih nacija i njenih službenika.

Delatnost Suda uređena je Pravilnikom i Statutom. Sud nije potčinjen Generalnoj skupštini UN, već je nezavisan sudski organ sastavljen od 7 članova različitog državljanstva, izabranih na 3 godine. Nadležnost Suda ograničena je samo na one sporove OUN i njenih službenika koji se tiču zakonitosti administrativnih odluka. Sudu se može obratiti samo oštećeni službenik, a ne i sama Organizacija, kojoj u odnosu na njene službenike stoje na raspolaganju druga sredstva.

Sud odlučuje presudom, kojom usvaja ili odbija tužbeni zahtev. Presude su konačne i ne mogu se napadati žalbom. Izuzetno, oštećeni službenik i Generalni sekretar UN mogu pokrenuti postupak za reviziju ali samo u nekom od sledećih slučajeva: a) ako Sud prekorači svoju nadležnost, b) ako prekrši pravila koja proizlaze iz Povelje UN i c) ukoliko povredi pravila postupka. Zahtev se upućuje posebnom Komitetu za zahteve za reviziju presuda Administrativnog suda (eng. *Committee on Applications for Review of Administrative Tribunal Judgements*) osnovanom 1955. rezolucijom Generalne skupštine UN br. 957 (X). Komitet je ovlašćen da od Međunarodnog suda pravde traži savetodavno mišljenje, koje u tom slučaju ima obaveznu snagu.⁶¹

⁵⁷ *World Bank Administrative Tribunal*, <http://www.worldbank.org/tribunal>.

⁵⁸ *IMF Administrative Tribunal*, <http://www.imf.org/external/imfat/>.

⁵⁹ *Civil Service Tribunal*, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/T5_5230/presentation.

⁶⁰ *Administrative Tribunal of the OAS*, <http://www.oas.org/tribadm/>.

⁶¹ Više o ovom organu na njegovoj internet adresi: <http://untreaty.un.org/ola-internet/unat.html>.

9. Ostali specijalizovani sudovi

Postoje i neki drugi specijalizovani sudovi – oni koji se bave rešavanjem ekonomskih sporova između država članica određene međunarodne organizacije, finansijskim pitanjima odnosno međunarodne organizacije, rešavanjem trgovinskih sporova (posebno takva tela specijalizovana za određene vrste sporova)⁶² i sl.

U tom smislu kao dovoljno ilustrativni primeri mogu se pomenuti Evropski finansijski sud Evropske unije, Ekonomski sud Zajednice nezavisnih država,⁶³ razne međunarodne trgovinske arbitraže (takve arbitraže u užem smislu),⁶⁴ Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova i dr.

Tako npr. Evropski finansijski sud (eng. *European Court of Auditors*, poznat i kao Sud za budžetsku kontrolu odn. Evropski računovodstveni sud) je organ Evropskih zajednica, osnovan Ugovorom o izmenama finansijskih propisa (1975) radi sprečavanja i borbe protiv prevara i finansijskih zloupotreba u Zajednici. Ugovorom o Evropskoj uniji (Ugovor iz Maastrichta, 1992) Sud je dobio status organa Evropske unije. Sastoji se od 15 članova i ima sedište u Luksemburgu. Njegova osnovna funkcija je da vrši eksternu revizijsku kontrolu svih prihoda i rashoda institucija Unije, garantuje zdravo finansijsko upravljanje i omogućava Evropskom parlamentu da odobri izvršenje budžeta.⁶⁵

S druge strane, Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova (eng. *International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID*)

⁶² Npr. Londonska pomorska arbitraža koja se bavi rešavanjem sporova iz ugovornih odnosa u vezi sa brodovima.

⁶³ Eng.: *Economic Court of Commonwealth of Independent States*, rus.: *экономически? Суд Содружества Независимых Государств*. Sud je nadležan za rešavanje sporova koji proizlaze iz ekonomskih obaveza država članica i drugih sporova iz njegovog delokruga koji strane iznesu pred njega, kao i za tumačenje ugovor ili drugih akata Zajednice u materiji ekonomskih pitanja. Više o Sudu na njegovoj zvaničnoj Internet adresi: www.sudnsg.org/, kao i na: <http://www.worldcourts.com/cis/eng/index.htm>.

⁶⁴ Tj. one koje su zaista međunarodne odn. nisu pod jurisdikcijom ni jedne posebne države (pa ni one u kojoj im je sedište), ostavljajući time po strani one arbitraže koje u svom nazivu imaju reč “međunarodna”, ali su u osnovi “internacionalizovani” nacionalni organi.

⁶⁵ Više o ovom organu na njegovom zvaničnom sajtu: <http://eca.europa.eu/portal/page/portal/about>, kao i: Hartley T.C.: *op. cit.*, str. 90; Misita Nevenko: *op. cit.*, str. 623-627; Magiera Zigfrid, Bec Ramona: *Evropski finansijski sud*, u: Vajdenfeld Verner, Veself Wolfgang (ur.): *Evropa od A do Š*, Beograd 2003, 126-128; Bukvar evropskih integracija, Beograd 2004, str. 14;

je autonomna međunarodna ustanova osnovana Konvencijom za rešavanje investicionih sporova između država i državljana drugih država (1965) čiji se osnovni zadatak sastoji u obezbeđenju uslova za rešenje međunarodnog investicionog spora između države i stranih investitora putem mirenja i arbitraže. Centar spada u tzv. Grupu Svetske banke (eng. *World Bank group*). Njegovo sedište je u Vašingtonu.⁶⁶

Opšte uzev i međunarodni krivični sudovi bi se mogli smatrati specijalizovanim međunarodnim sudovima. Ipak, njihove specifičnosti u odnosu na ostale međunarodne sudove (one koji rešavaju odgovarajuće sporove, a ne utvrđuju individualnu krivičnu odgovornost i na toj osnovi izriče krivične sankcije) su takve da zaslužuju da se posmatraju kao posebna vrsta međunarodnih sudova, što je uostalom u ovom radu i učinjeno.

IV. SUDOVI ZA DRŽAVE I OSTALI SUDOVI

U prošlosti, u vreme klasičnog međunarodnog prava samo su države bile subjekti tog prava. Takvo stanje trajalo je vekovima. Stoga je i razumljivo da su se u načelu samo one mogle pojavljivati kao strane u sporu pred međunarodnim sudom. Uostalom, takva je situacija i danas kada je u pitanju Međunarodni sud pravde, dakle glavni sudski organ Ujedinjenih nacija.

Međutim, sve je više i onih sudova pred kojima se mogu pojavljivati i razni drugi subjekti, kao što su međunarodne organizacije, multinacionalne korporacije i sl. (npr. nova praksa Stalnog arbitražnog suda) razne grupe, pa čak i pojedinci. Pored ostalog, međunarodne organizacije, koje su uz države glavni subjekti međunarodnog prava, ne mogu biti strane u sporu pred Međunarodnim sudom pravde UN, ali im to ne brani da se pojavljuju u toj ulozi u sporovima pred arbitražnim i nekim drugim sudovima. Kada je reč o pojedincima, oni se mogu pojavljivati kao okrivljeni u postupcima pred međunarodnim krivičnim sudovima, ali i kao tužioci pred određenim međunarodnim sudovima (u prvom redu pred specijalizovanim sudovima za ljudska prava ili pred administrativnim sudom neke međunarodne organizacije). Ovo rešenje (mogućnost da se pojedinac pojavi u postupku pred međunarodnim sudom) ponajbolje ilustruje kvalitetne prome-

⁶⁶ Više o ovom telu na njegovoj zvaničnoj Internet adresi: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>. Tekst Konvencije dostupan je na: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf. Godišnji izveštaji Centra o njegovom radu mogu se naći na: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports#>.

ne koje su se dogodile u poslednjih nešto više od pola veka - ranije je takvo nešto bilo praktično nezamislivo jer se kosilo sa shvatanjem država kao suverenih jedinki i jedinih subjekata međunarodnog prava.

V. INSTITUCIONALIZOVANI MEĐUNARODNI SUDOVI I IZABRANI SUDOVI (ARBITRAŽE)

Neki međunarodni sudovi osnivaju se i funkcionišu kao takvi, s tim da strane u konkretnom sporu nemaju neposredan uticaj na njihov sastav i način rada. Po pravilu to su stalni međunarodni sudovi, mada to ne mora biti tako. Mogući su, naime, i privremeni sudovi koji se osnivaju, organizuju i vrše svoje funkcije nezavisno od volje strana o čijim pravima i interesima se radi.

Tokom čitave istorije javljali su se razni oblici izabranih sudova (arbitraža) koji su presuđivali sporove između raznih društava (država).⁶⁷ Stoga se i pored međusobnih razlika u načelu svi mogu obuhvatiti pojmom međunarodna arbitraža (eng. *international arbitration*).⁶⁸ U osnovi to je način mirnog rešavanja međunarodnih sporova koji se sastoji u iznošenju spora pred sudije (arbitre), koje su parnične strane (države i drugi subjekti međunarodnog prava) sporazumno izabrale. U ulozi arbitra može se pojaviti kolegijalni organ (arbitražno veće) ili arbitar pojedinac (u prošlosti naročito: ugledni vladar treće države, najviši sveštenik i sl.).

U pitanju je vrlo stara ustanova koje svoje korene vuče još iz daleke prošlosti, zapravo od prvih zabeleženih međudržavnih sporova i pokušaja da se oni okončaju mirnim putem. Tako je poznato da su još u IV milenijumu pre naše ere, sumerski gradovi Lagaš i Uma postigli sporazum na osnovu kojeg je Mesalim, kralj Kiša (i po svemu sudeći vladar čitavog područja, čiju su vlast priznavala oba zavađena grada) povukao granicu izme-

⁶⁷ O raznim pitanjima iz ove materije vidi (hronološkim redom): Rivijer Alfons: Osnovi međunarodnoga prava, knjiga II, Beograd 1898, str. 180-201; Moa Marsel: Osnovni pojmovi međunarodnog javnog prava, Beograd 1925, str. 251-261; Le Fir Luj: Međunarodno javno pravo, Beograd 1934, str. 530-550; Novaković Mileta: *op. cit.*, str. 133-179; Rhyne Charles S.: *International Law*, Washington 1971, pp. 265-277, 288-301; Račić Obrad: Arbitraža u međunarodnom javnom pravu, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* 1-2/1998, str. 38-59; Degan V.-Đ.: *op. cit.*, str. 739-750; Shaw Malcolm N.: *op. cit.*, pp. 951-959; Radivojević Zoran: Pravna sredstva protiv arbitražne presude u međunarodnom javnom pravu, *Godišnjak Udruženja za međunarodno pravo 2004-2005*, Beograd 2006, str. 61-81.

⁶⁸ Od francuskog *arbitrage*, od latinskog *arbitrium* - odluka po svojoj volji, odlučivanje, od takođe latinskog *arbitr* - sudija, posrednik.

đu njih i obeležio je stelom (u ovom slučaju – stub, neka vrsta graničnog belega). Taj sporazum je najstariji poznati ugovor o arbitraži. Iako nema jedinstvenog stava o tome kada je on sporazum postignut, što je i razumljivo s obzirom na to da se radi o davno prošlim vremenima u kojima je teško precizno datiranje, pa i upotrebom metoda C14, smatra se da se to odigralo između 3100. i 2500. godine pre n.e.⁶⁹

Ustanova izabranog suda, kao načina mirnog rešavanja međudržavnih sporova korištena je, međutim, i u drugim antičkim zajednicama. Poznato je da je da su u VI v. pre n.e. stare kineske države, radi ujedinjenja u borbi protiv Huna, zaključile sporazum o nenapadanju koji je predviđao jednu vrstu arbitražnog rešavanja međusobnih sporova.⁷⁰

Sačuvani su i dokazi o najmanje 46 arbitražnih odluka donetih između 300. i 100. g. pre n.e. u Staroj Grčkoj. Zavisno od slučaja tu su se u ulozi arbitra pojavljivali defijsko proročište, treće države, ali i ugledni pijedinci (Periandar, Temistoklo, Filip Makedonski i dr.). Kao način mirnog rešavanja sporova arbitraža je i unapred predviđana ugovorima zaključenim između grčkih država-gradova (npr. ugovori između Atine i Sparte iz 445. 421. g. pre n.e.).

Kada je uloga arbitra poveravana nekoj trećoj državi, ona je obično arbitražnu vlast delegirala grupi svojih građana, izabranih žrebom. Posle peloponeskih ratova, grčke državnice, nepoverljive jedna prema drugoj, u potrazi za objektivnim sudijom svojih sporova počele su da se obraćaju svom bivšem neprijatelju – caru Persije. Posle makedonskih osvajanja u sporovima između grčkih država najčešće je arbitrirao makedonski car, a nakon potpadanja pod vlast Rima – rimski senat.⁷¹

Arbitraža se javlja i u drugim epohama i na drugim prostorima – ona je, pored ostalog, poznata u srednjovekovnoj Evropi (tako je npr. 1298. pa-

⁶⁹ Po nekim izvorima, to se zbilo znatno kasnije, tek oko 2100 g. pre n.e. Više o svemu i uopšte arbitraži u dalekoj prošlosti: Krivokapić Boris: *Međunarodno pravo – koreni, razvoj, perspektive*, Beograd 2006, str. 26-28.

⁷⁰ Pored ostalog, u Kini je 546. godine je na jednoj vrsti međunarodnog skupa sklopljen ugovor o mirnom rešavanju sporova putem arbitraže Левин Д.Б.: *Истори? международного права*, Москва 1962, стр. 11.

⁷¹ Ulogu arbitara često su vršili rimski legati (poslanici), koji su na osnovu ovlašćenja dobijenog od Senata, na licu mesta rešavali sporna pitanja, o čemu su podnosili izveštaj Senatu po povratku u Rim. Više o tome vidi: Левин Д.Б.: *op. cit.*, стр. 14, Митина С.И.: Митина С.И.: *Формы международного судопроизводства в эллинистическую эпоху*, u: *Zbornik radova sa naučne konferencije «Funkcionisanje pravnog sistema Republike Srbije»*, Niš, 18. maj 2006, izd. Pravni fakultet u Nišu, Niš 2006, str. 151-152. i tamo navedenu literaturu.

pa Bonifacije VIII bio arbitar u sporu između Filipa Lepog i Ričarda Lavljeg Srca).

U XVII-XVIII v. dolazi do pada uloge arbitraže (zbog tadašnjeg shvaćanja pojma suverenosti, slabljenja duhovnih veza i dr.) ali ona jača već krajem XVIII v. i prisutna je sve do naših dana.⁷² U ulozi arbitara pojavljivale su se treće države, ali i istaknuti pojedinci (npr. predsednik Francuske Republike u sporu između Engleske i Portugalijske 1875, ruski car u sporu između Francuske i Holandije 1891, predsednik Argentine u sporu između Bolivije i Perua 1909. i dr.). U XIX veku posredstvom međunarodne arbitraže rešeno je oko 50 međunarodnih sporova. To je dovelo do jačanja pokreta za uvođenje obavezne arbitraže, što je, pored ostalog, rezultiralo osnivanjem na Prvoj haškoj mirovnoj konferenciji (1899) Stalnog arbitražnog suda (eng. *Permanent Court of Arbitration*), koji postoji i danas. U periodu posle Prvog svetskog rata zaključen je veliki broj dvostranih ugovora koji su predviđali arbitražu kao način mirnog rešavanja sporova. Pored ostalog, nju je poznavao je i Rapalski ugovor između Italije i Jugoslavije (1920) koji je u čl. 5. predviđao da će se, ako se za tim pojavi potreba, u ulozi arbitra pojaviti predsednik Švajcarske.

Bitna osobina arbitraže je njena dobrovoljnost, što znači da se strane u sporu same dogovaraju o tome da pribegnu tom postupku. Takav dogovor može biti postignut na dva načina - bilo tako što se nakon izbivanja spora među stranama zaključuje poseban sporazum o arbitraži (arbitražni kompromis), kojim se precizira predmet spora, broj arbitara i postupak koji se ima primeniti, bilo tako što se aktivira već postojeći sporazum kojim je pre izbivanja spora (dakle, unapred) ugovorena arbitraža. Takav (već postojeći) sporazum može biti neki ugovor o mirnom rešavanju sporova, a to mogu biti i ugovori kojima se, opšte uzev, uređuju neki drugi odnosi (konzularni, trgovinski, i sl.) kada takvi ugovori sadrže odgovarajuće odredbe (tzv. arbitražne klauzule) o tome da se sporovi o tumačenju i primeni ugovora podvrgavaju arbitraži.⁷³ Ako je saglasnost o obraćanju arbitražnom sudu postignuta u vezi sa konkretnim sporom, radi se o prigodnoj odn. izolova-

⁷² U tom pogledu naročito se često pominju Ugovor o prijateljstvu, trgovini i plovidbi između SAD i Velike Britanije (tzv. *Jay Treaty*, 1794); ugovori između SAD i niza latinoameričkih država zaključeni tokom XIX v.; ugovor o arbitraži između SAD i Velike Britanije u poznatom sporu «Alabama» (1872) i dr.

⁷³ Tako npr. čl. 12/1 Konvencije o suzbijanju nezakonite otmice vazduhoplova (Hag, 1970) utvrđuje: «Svaki spor između država ugovornica, u vezi sa tumačenjem ili primenom ove konvencije, koji se ne može rešiti putem pregovora, podleže arbitraži na zahtev jedne od tih država».

noj arbitraži, a ako se odnosi na sve sporove određene vrste – o institucionalnoj odn. obaveznoj arbitraži.

Pošto je arbitraža u biti samo jedan vid međunarodnog suda i postupak pred njom je u osnovi dosta sličan postupku pred stalnim odn. institucionalizovanim međunarodnim sudovima. Strane iznose svoje zahteve, argumente i dokaze, pismeno i usmeno. Arbitri su potpuno nezavisni i rešavaju spor na bazi međunarodnog prava, ali ukoliko su se strane o tome izričito sporazumele, mogu presuditi i na osnovu pravičnosti (*ex aequo et bono*). Presuda arbitraže je obavezna za strane u sporu. U praksi, arbitražom se naziva kako sam izabrani sud, tako i postupak koji se pred njim vodi, a koji ima za cilj da dovede do razrešenja međunarodnog spora.

Prema izloženom, ako se strane o kojima je reč slože, može se formirati *ad hoc* arbitraža praktično u vezi sa svakim pravno spornim pitanjem. Takva arbitraža (prigodna arbitraža) služi razrešenju datog spora i zatim se raspušta. Pošto je reč o veoma elastičnom mehanizmu, koji uz to nudi osnovne garancije da će spor biti rešavan kompetentno i nepristrasno, nema razloga da ova ustanova ne opstane i ubuduće – sve dok uopšte bude izgleda na nastaju međunarodni sporovi.⁷⁴

Iako su stalni (institucionalizovani) međunarodni sudovi jednim delom potisnuli arbitraže, ne može se reći da su one sasvim prevaziđene. Naprotiv, uz načelnu uvek otvorenu mogućnosti pribegavanja tzv. prigodnoj arbitraži (za dati slučaj) sve veći broj i raznih vrsta institucionalizovanih arbitražnih sudova. Tu se misli na već pomenuti Stalni arbitražni sud, ali i na razne druge stalne arbitražne sudove.

Naime, u novije vreme obrazovan je niz institucionalizovanih specijalizovanih arbitražnih sudova, čiji se mesto, uloga i značaj, međusobno veoma razlikuju, ali koji svi zajedno doprinose zaokruživanju slike o međunarodnom sudstvu. Pored ostalog treba pomenuti: Sud za mirenje i arbitražu (u okviru OEBS),⁷⁵ Međunarodni arbitražni

⁷⁴ Teorijski, sve do nastanka nekakve nad-države koja bi u sebi obuhvatila one entitete koje danas nazivamo državama. Čak i tada arbitraže će verovatno opstati, samo donekle promenivši oblik.

⁷⁵ *Court of Conciliation and Arbitration*. Osnovan je 1995. Konvencijom o mirenju i arbitraži (*Convention on Conciliation and Arbitration*). Sud, sa sedištem u Ženevi (Švajcarska) predstavlja sredstvo za mirno rešavanje sporova među državama članicama, putem mirenja (koncilijacije) i arbitraže.

Do pokretanja arbitražnog postupka dolazi sorazumom između dve ili više članica Konvencije. One, međutim, mogu da nadležnost Suda priznaju kao obaveznu i unapred, za sve sporove sa državama koje su takođe dale posebnu izjavu o priznavanju ove nadležnosti (tj. na bazi reciprociteta). U tom slučaju (ako su obe strane izričito priznale

sud,⁷⁶ Međunarodni sud za arbitražu i mirenje u oblasti životne sredine,⁷⁷ Sud za arbitražu u sportu,⁷⁸ razne arbitraže i slična institucionalizovana tela za rešavanje finansijskih sporova, međunarone trgovinske arbitraže⁷⁹ i dr. Iako među ovim sudovima postoje velike razlike koje su, uostalom, uslovljene već prirodom sporova koji se pred njih iznose, svi oni imaju više ili manje izražene međunarodnopravne elemente.

Sve ukazuje da u vremenu koje je pred nama međunarodna arbitraža neće izgubiti svoj značaj. Više je razloga za takvu tvrdnju.

Pre svega, praksa pokazuje da se stari institucionalizovani sudovi (kao Stalni arbitražni sud) modernizuju i prilagođavaju novim potrebama, otvarajući se i za sasvim nove vrste sporova i nove moguće strane u sporu. Istovremeno, nastaju i sasvim novi arbitražni sudovi, posebno oni koji su specijalizovani za određene vrste pitanja.

To i ne treba da čudi, pošto arbitraža, kao izabrani sud ima određene prednosti koje će uvek biti prisutne. Strane u sporu sporazumno određuju: (1) da li će se uopšte obratiti arbitraži; (2) koja će to arbitraža biti (neka institucionalizovana ili prigodna, za dati slučaj); (3) kakav će biti sastav arbitražnog suda; (4) koje pravo treba da bude primenjeno; (5) postupak po kome će se stvar rešavati.

Iz ovih osnovnih karakteristika arbitraže, slede i neke suštine njene prednosti. Pre svega strane u sporu mogu da, posebno u naročito osetljivim

obaveznu nadležnost Suda *ipso facto*, tj. bez posebnog sporazuma o tome) arbitražni postupak može se pokrenuti i jednostranim podneskom neke od takvih država.

Postupak konstituisanja arbitražnog suda je prilično jednostavan. Unapred se sačinjava Lista arbitara, na koju svaka ugovornica imenuje po jednog arbitra i jednog zamjenika. Kad dođe do pokretanja arbitražnog postupka, arbitri koje su strane u sporu stavile na listu su *ex officio* arbitri za dati spor, s tim da pored toga Biro Suda imenuje onoliko članova Suda iz redova arbitara koliko je potrebno da njihov broj (onih koje imenuje Biro, dakle neutralnih arbitara) bude bar za jednog člana već od *ex officio* članova. Jedna od osobnosti ovog suda je i da Konvencija o njegovom osnivanju prilično precizno uredila osnovna pravila postupka, oduzimajući time takvu slobodu stranama u sporu.

Više o ovom telu, na njegovom zvaničnom sajtu: <http://www.osce.org/cca/>. Osnovni dokumenti, uključujući tekst Konvencije o osnivanju Suda, Pravila postupka Suda i dr. mogu se naći na www.osce.org/cca/13119.html.

⁷⁶ *International Court of Arbitration*, <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/>.

⁷⁷ Engl.: *International Court of Environmental Arbitration and Conciliation*, <http://iceac.sarenet.es/Ingles/Fore.html>.

⁷⁸ *The Court of Arbitration for sport*, <http://www.tas-cas.org/>.

⁷⁹ Više: Jovičić Katarina: Međunarodna trgovinska arbitraža, *Strani pravni život* 3/2008, str. 99-121.

sporovima, imaju veće poverenje u arbitražu, baš zbog toga što određuju njen sastav, pravo koje se primenjuje i postupak.⁸⁰

Strane u sporu imaju znatno veću kontrolu nad arbitražnim nego nad sudskim postupkom i na druge načine. One mogu da odbijaju da priznaju da dati spor podleže arbitraži, mogu da ne imenuju arbitre ili na drugi način onemogućće konstituisanje arbitražnog suda, mogu da ne učestvovanjem a posebno uskraćivanje informacija blokiraju rad arbitraže itd. Arbitražna presuda jeste obavezna za strane, kao i svaka sudska presuda, ali sve do njenog donošenja, strane u sporu imaju prilično širok manevarski prostor. Na prvi pogled ovo može da izgleda i kao mana, pošto ukazuje na to da, za razliku od postupka pred sudom, neka strana u sporu može da relativno lako vrši opstrukciju postupka. Iako u osnovi tačan, takav ugao gledanja ipak nije najbolji. Naime, u takvim slučajevima da nema ustanove arbitraže, odnosna strana najverovatnije uopšte ne bi ni pristala na to da spor razmatra neko treći, što bi značilo i da on lako može da se otme kontroli i umesto da se rešava mirnim sredstvima preraste u ozbiljan sukob.

U poređenju sa međunarodnim sudstvom, posebno Međunarodnim sudom pravde, kao najvažnijim svetskim sudskim organom, arbitraža ima i niz drugih prednosti. Ona je znatno više prilagođena za raspravljena spora na osnovu pravičnosti (*ex aequo et bono*), ona je pogodna za rešavanje ne samo čisto pravnih, već i onih sporova koji se ne mogu rešiti samo na bazi međunarodnog prava, kao što su sporovi o razgraničenju i razni drugi pravno-politički i slični sporovi, i dr. Pored toga, pošto međunarodne organizacije ne mogu biti strane u sporu pred Međunarodnim sudom, arbitraža može da se pokaže kao najpodesnije, a u nekim slučajevima i jedino sudsko sredstvo za rešavanje sporova međunarodnih organizacija (sporova međunarodnih organizacija sa državama ili između dveju ili više međunarodnih organizacija).

Uz sve navedneo, arbitraža je opšte uzev dosta brža (postupak kraće traje) i stoga i pravovremenija (presuda se donosi u vreme kada još ima svrhe) i jeftinija.

⁸⁰ U tom smislu osetna je razlika u smislu izražene elastičnosti npr. u poređenju sa Međunarodnim sudom pravde, čiji je sastav unapred određen (15 izabranih sudija, uz pravo strane u sporu koja nema svog sudiju u sastavu Suda da, kada ga druga strana ima, imenuje sopstevnog *ad hoc* sudiju) koji primenjuje međunarodno pravo na način utvrđen njegovim statutom i radi po pravilima postupka koja su unapred data.

VI. STALNI (INSTITUCIONALIZOVANI) I PRIVREMENI (AD HOC) SUDOVI

Neki sudovi se osnivaju da traju, da vrše svoje funkcije u nedefinisiranom vremenskom periodu (teorijski – unedogled) i u unapred neodredivom broju slučajeva. Takvi su npr. Međunarodni sud pravde, Stalni arbitražni sud, Međunarodni sud za pravo mora, Međunarodni krivični sud, Evropski sud za ljudska prava, Međuamerički sud za ljudska prava itd.

Naprotiv, ima sudova koji se osnivaju samo za presuđenje određene situacije – rešavanje nekog spora odn. utvrđivanje odgovornosti i kažnjavanje učinilaca određenih krivičnih dela u određenom vremenskom periodu i na određenom području odn. u vezi sa nekim događajem. Takve su pre svega sve tzv. prigodne arbitraže (izabrani sudovi koji se formiraju samo za određeni spor), *ad hoc* krivični tribunali i dr.

Iako na prvi pogled suprotstavljene, ove dve vrste sudova se u osnovi prožimaju i u potpunjuju. Privremeni sudovi isto kao i stalni primenjuju međunarodno pravo tj. ne mogu da razvijaju nekakvu praksu koja bi se kosila sa postojećim međunarodnopravnim poretom.⁸¹ S druge strane, njihova iskustva mogu da budu dragocena za rad stalnih međunarodnih sudskih tela. Ovo naročito onda kada su, kao npr. u materiji međunarodnog krivičnog sudstva prethodno postojali *ad hoc* sudovi, a osniva se stalan sud. Iskustva *ad hoc* krivičnih sudova su poprilično doprinela da se lakše formulišu brojna rešenja koja se tiču postupka pred stalnim Međunarodnim krivičnim sudom.

S druge strane, praksa stalnih međunarodnih sudova koja se objavljuje, prati i proučava u značajnoj je meri vodič za razne *ad hoc* sudove.

VII. MEĐUNARODNI SUDOVI U PRAVOM SMISLU REČI I MEŠOVITI SUDOVI

U užem smislu, međunarodni su samo oni sudovi koji su formirani međunarodnim dokumentom (međunarodnim ugovorom, eventualno odlukom nadležnog organa neke međunarodne organizacije), čiji su sudije međunarodne (izabrane na utvrđeni način po pravilu između lica koja nemaju državljanstvo strana u sporu odn. nemaju državljanstvo drugih glavnih

⁸¹ Čak i arbitražni sudovi, kod kojih je najvažnija autonomija volje strana u sporu, koje, pored ostalog, mogu i da ukažu sudu na pravna pravila na osnovu kojih ima da reši spor, ne mogu da presuđuju na način koji znači kršenje postojećeg međunarodnog prava.

učesnika u postupku) koji neposredno primenjuju međunarodno pravo, i dr.

Naprotiv, postoje i razni oblici mešovityh sudova, koji imaju u većoj ili manjoj meri izražene međunarodne ili nacionalne elemente. U zavisnosti od toga koji od tih elemenata preovlađuje oni se dalje obično dele na tzv. međunarodne mešovite sudove i internacionalizovane domaće sudove država.

Ova praksa je za sada prvenstveno zastupljena u materiji međunarodnog krivičnog prava gde postoje razne varijacije mešovityh odn. hibridnih krivičnyh sudova. Tu bi se uslovno mogle izdvojiti tri grupe mešovityh sudova: 1) domaći sudovi sa međunarodnim (stranim) osobljem, kao što su npr. sudska veća kakva postoje na Kosovu i Metohiji⁸² ili u Sudu Bosne i Hercegovine;⁸³ 2) internacionalizovani domaći sudovi tj. institucionalizovani sudski organi odnosno države (specijalni domaći sudovi ili specijalna sudska veća) u čijem radu u značajnoj meri učestvuju i međunarodni odn. strani kadrovi (sudije, tužioci, a eventualno i drugo osoblje), kakvi su npr. mešovity krivični sudovi za Istočni Timor⁸⁴ i Kam-

⁸² Više: Bassiouni Cherif: *op. cit.*, pp. 553-558 (s tim da autor iznosi netačne i daleko preterane podatke o žrtvama u redovima kosovskih Albanaca koje on naziva Kosovarima, dok olako prelazi preko stradanja Srba i drugog nealbanskog stanovništva); Jovanović Ivan: «Kreativni» razvoj međunarodnog krivičnog prava, *op. cit.*, str. 301-304; De Bertodano Sylvia: *op. cit.*, pp. 237-241.

⁸³ Sud, čije je sedište u Sarajevu, osnovan je 3.7.2002, odgovarajućim zakonom koji je usvojio Parlament Bosne i Hercegovine. Više o Sudu na njegovoj Internet adresi: www.sudbih.gov.ba/?opcija=sadržaj&kat=3&id=3&jezik=6.

⁸⁴ Više o mešovityom sudu za Istočni Timor i njegovom radu: Bassiouni Cherif: *op. cit.*, pp. 558-566; De Bertodano Sylvia: *op. cit.*, pp. 228-235; Katzenstein Suzanne: *op. cit.*, pp. 245-278; Linton Suzannah: Cambodia, East Timor and Sierra Leone..., *op. cit.*, pp. 202-230; Jovanović Ivan: «Kreativni» razvoj međunarodnog krivičnog prava, *op. cit.*, str. 277-286; Burke-White William W.: *op. cit.*, pp. 41-53, 61-74; i (hronološkim redom): Linton Suzannah, Reiger Caitlin: The Evolving Jurisprudence and Practice of East Timor's Special Panels for Serious Crimes on Admissions of Guilt, Duress and Superior Orders, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 4, 2001, pp. 1-48, www.jsmp.minihub.org/index2.htm; Linton Suzannah: Rising From The Ashes: The Creation Of A Viable Criminal Justice System In East Timor, *Melbourn University Law Review* 25/2001, pp. 145-173, www.austlii.edu.au/au/journal/MULR/2001/5.html; Cohen David: Seeking Justice on the Cheap: Is the East Timor Tribunal Really a Model for the Future?, *Asia Pacific Issues* 61/2002, pp. 1-8, www.jsmp.minihub.org/index2.htm; Amnesty International: Document – Indonesia/Timor Leste: International Responsibility for Justice, 14.4.2003, www.amnesty.org/en/library/asset/ASA03/001/2003/en/a9eed0a9-d70d-11dd-b0cc-1f0860013475/asa030012003en.html; Cohen David, 'Justice on the Cheap' Revisited: The Failure of the Serious Crimes Trials in East Timor, *Asia Pacific Issues* 80/2006, pp. 1-12, www.eastwestcenter.org/fileadmin/stored/pdfs/api080.pdf.

bodžu⁸⁵ i 3) međunarodni mešoviti krivični sudovi (mešoviti krivični sudovi u užem smislu) kakvi su npr. Specijalni sud za Sijera Leone⁸⁶ ili Specijalni tribunal za Liban.⁸⁷

Mešoviti sudovi nisu, međutim, specifični samo za materiju krivične odgovornosti. Već postoje i međunarodni sudovi, osnovani odgovarajućim međunarodnim ugovorom i sa nadležnošću za rešavanje međudržavnih sporova, koji su istovremeno i regionalni apelacioni sudovi, tj. najviši nacionalni sudovi država članica i to i u materiji građanskog i u materiji krivičnog prava. Takav je npr. Karipski sud pravde, koji je i regionalni međunarodni sud i istovremeno apelacioni sud (najviši nacionalni sud) karipskih država koje su prihvatile njegovu nadležnost.⁸⁸

⁸⁵ Više o ovom sudu na njegovoj zvaničnoj Internet adresi: www.eccc.gov.kh/. Takodje vidi: Bassiouni Cherif: *op. cit.*, pp. 548-552; Jovanović Ivan: «Kreativni» razvoj međunarodnog krivičnog prava, *op. cit.*, str. 287-294; Linton Suzannah: Cambodia, East Timor and Sierra Leone..., *op. cit.*, pp. 187-202; De Bertodano Sylvia: *op. cit.*, pp. 226-228.

⁸⁶ Bassiouni Cherif: *op. cit.*, pp. 566-575; Jovanović Ivan: «Kreativni» razvoj međunarodnog krivičnog prava, *op. cit.*, str. 294-301; Linton Suzannah: Cambodia, East Timor and Sierra Leone..., *op. cit.*, pp. 231-241; De Bertodano Sylvia: *op. cit.*, pp. 242-243. Više o Sudu na njegovom zvaničnom veb sajtu: *Special Court for Sierra Leone*, <http://www.sc-sl.org/>.

⁸⁷ Više o Tribunalu za Liban na njegovom zvaničnom veb sajtu: www.stl-tsl.org/action/home, kao i na: Special Tribunal for Lebanon, *Factsheet*, www.un.org/apps/news/infocus/lebanon/tribunal/factsheet.shtml; Special Court for Lebanon, www.trial-ch.org/en/international/tribunal-special-international-pour-le-liban.html.

⁸⁸ Eng. *Caribbean Court of Justice*. U pitanju je regionalna sudska ustanova Karipske zajednice i zajedničkog tržišta (*Caribbean Community and Common Market - CARICOM*), poznate pod skraćenim nazivom Karipska zajednica (*Caribbean Community*) i formirane još 1973.g. U osnovi Sud ima dvojnju ulogu. S jedne strane, on je regionalni međunarodni sud, osnovan sporazumom o tome (*Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice*) od 12.2.2001, koji je stupio na snagu 23.7.2003. U tom svojstvu ima nadležnost u vezi sa tumačenjem i primenom Ugovora o osnivanju Karipske zajednice. S druge strane, to je istovremeno i apelacioni sud karipskih država koje su prihvatile njegovu nadležnost, tj. on je najviši nacionalni sud tih zemalja i to i u materiji građanskog i u materiji krivičnog prava. Stoga bi se moglo reći i da je to regionalni apelacioni sud, što i daje za pravo da se ponekad naziva «Karipskim apelacionim sudom» (*Caribbean Court of Appeal*). Sud je počeo sa radom 2005. Njegovo sedište je u Port of Spejnu, glavnom gradu Trinidada i Tobagoa (*Port of Spain, Trinidad and Tobago*). Više o svemu na zvaničnom sajtu Suda: <http://www.caribbeancourtofjustice.org/>.

VIII. SUDOVI U OKVIRU MEĐUNARODNIH ORGANIZACIJA I OSTALI MEĐUNARODNI SUDOVI

Mnogi sudovi osnovani su i funkcionišu u okviru međunarodnih organizacija, bilo da su to sudska tela koja služe za rešavanje sporova između država članica, a uz to i davanju savetodavnih mišljenja organima međunarodne organizacije (Međunarodni sud pravde, Evropski sud pravde i dr.) bilo da služe za rešavanje sporova između međunarodnih službenika i odnosne organizacije (razni administrativni sudovi) i sl. Štaviše, u širem smislu u ovu kategoriju mogu se svrstati i oni sudovi koji služe nekoj drugoj svrsi, ali su osnovani odlukom međunarodne organizacije (npr. *ad hoc* krivični tribunali za bivšu Jugoslaviju odn. Ruandu koje je osnovao Savet bezbednosti UN). U ovom poslednjem slučaju ti sudovi se, strogo uzev, ne nalaze u okviru strukture odnosne organizacije (u navedenim primeru u okviru UN) ali su ne samo uspostavljeni odlukom njenih organa, već se finansiraju (makar većim delom) iz budžeta odnosne organizacije, uživaju njenu logističku podršku (prostorije, oprema i sl.), organi date međunarodne organizacije postavljaju sudije i drugo osoblje tih sudova itd.

Na drugoj strani su oni sudovi koji su osnovani na drugi način, najčešće međunarodnim u govorom. Takve su razne prigodne arbitraže (arbitraže za dati slučaj), ali i Stalni arbitražni sud (osnovan Haškim konvencijama 1899. odn. 1907), Međunarodni sud za pravo mora (osnovan Konvencijom UN za pravo mora, 1982), Međunarodni krivični sud (osnovan Rimskim statutom, 1998) i dr. Oni ne ulaze u sastav međunarodne organizacije, nastaju i prestaju sa radom voljom država koje su ih osnovale (čkanica odgovarajućeg međunarodnog ugovora) a ne na osnovu odluke nekog organa međunarodne organizacije i sl. Drugim rečima, mada u praksi i ovi sudovi po pravilu uživaju značajnu finansijsku, logističku i drugu podršku odgovarajuće međunarodne organizacije oni su, strogo uzev, ipak tvorevine zainteresovanih država članica, a ne same organizacije. To se npr. dobro vidi u slučaju stalnog Međunarodnog krivičnog suda, koji nije organ Ujedinjenih nacija, već nezavisan međunarodni organ koji saradjuje sa UN u skladu sa posebnim sporazumom o tome, kojim su utvrđeni osnovni principi na kojima počivaju međusobni odnosi.⁸⁹

⁸⁹ Eng.: Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations, za tekst vidi: www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/916FC6A2-7846-4177-A5EA-5AA9B6D1E96C/0/ICCASP3Res1_English.pdf. Tim sporazumom, zaključenim 2004. godine, precizirano je pravo Saveta bezbednosti da inicira pokretanje postupka kod Suda, kao i učešće UN u finansiranju tako pokrenutih postupaka

IX. SUDOVI KOJE FORMIRAJU DRŽAVE, SUDOVI KOJE FORMIRAJU MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE I ONI KOJE FORMIRAJU DRŽAVE I MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE

Mnogi međunarodni sudovi stvoreni su međunarodnim ugovorom zaključenim između država kao osnovnih subjekata međunarodnog prava. Takvi su npr. na univerzalnom nivou Međunarodni sud pravde ili Međunarodni sud za pravo mora, a na regionalnom – evropski, američkih i afrički sudovi za ljudska prava. Istovremeno postoje i sudovi koji su osnovani odlukom neke međunarodne organizacije – najpoznatiji primeri su krivični tribunali za bivšu SFR Jugoslaviju i za Ruandu, stvoreni odgovarajućim rezolucijama Saveta bezbednosti UN. Najzad, u nekim slučajevima, posebno u najnovijoj praksi, javlja se i osnivanje međunarodnih sudova (tačnije mešovitih sudova, sa izraženim međunarodnim elementima) i to na osnovu sporazuma između države u pitanju i Ujedinjenih nacija. Takvi su npr. mešoviti krivični sudovi za Sijera Leone i za Liban, osnovani odgovarajućim sporazumima potpisanim između vlada tih zemalja i Ujedinjenih nacija.⁹⁰

Način osnivanja je, s jedne strane uslovljen posebnim razlozima koji su doveli do ustanovljenja odnosnog suda, kao i funkcijama tog tela (konkretnim zadacima koje ono treba da obavi odn. obavlja). S druge strane, on utiče na razlike u pogledu same organizacije i opšteg načina rada ovih sudova. Tako npr. logično je da sud koji je osnovan međudržavnim ugovorom uživa podršku svih država članica tog ugovora (jer ga inače ne bi ni osnivale ili bi, ako bi se kasnije razočarale i predomislile, jednostavno izašle iz članstva odnosnog ugovora o osnivanju suda).⁹¹ Međutim, međunarodni sud koji je osnovan odlukom određenog organa neke međunarodne organizacije (npr. *ad hoc* krivični tribunal) ne mora obavezno da uživa punu podršku čitavog članstva organizacija, a posebno ne čitave međunarodne zajednice

⁹⁰ Sud za Sijera Leone osnovan je posebnim sporazumom o tome, potpisanim između Sijera Leonea i Ujedinjenih nacija 16.1.2002, kojem je u vidu aneksa pridodat i statut Suda. Sud za Liban nastao je na osnovu sporazuma između te zemlje i Ujedinjenih nacija potpisanog 6.2.2007. i zatim Rezolucije Saveta bezbednosti 1757 (2007).

⁹¹ To, naravno, ne znači da takav sud uživa priznanje i podršku i *svih* država sveta ili regiona. Neke od njih jednostavno ne moraju ni biti članice ugovora o osnivanju suda. Tako npr. Međunarodni sud za pravo mora je važan sudski organ samo za one države koje su ratifikovale Konvenciju UN o pravu mora (1982) i tako priznale i taj sud. Za ostale države, međutim, on strogo uzev nije relevantan.

X. MEĐUNARODNI SUDOVI I KVAZISUDSKA TELA

Uz prave međunarodne sudove, postoji i niz raznih međunarodnih tela koja vrše određenu kvazisudsku funkciju.

1. Ugovorna tela

U međunarodnoj praksi u stalnom porastu je broj tzv. ugovornih tela, čije se osnivanje predviđa odgovarajućim višestranim međunarodnim ugovorom, u svrhu praćenja načina na koji države ispunjavaju preuzete obaveze.⁹²

Obično se nazivaju komitetima, a svima im je zajedničko da su to ekspertska tela koja sačinjavaju međunarodni stručnjaci kompetentni za odgovarajuću oblast. Mada ih biraju države potpisnice odnosno ugovora, članovi komiteta obavljaju dužnost u ličnom svojstvu, a ne kao predstavnici država, što bi trebalo da bude garancija njihove nezavisnosti i objektivnosti. Uz to, oni uglavnom ne učestvuju u radu koji se tiče njihove sopstvene zemlje.

Ova praksa je naročito razvijena u materiji međunarodnog prava ljudskih prava. Tako npr. u okviru sistema Ujedinjenih nacija postoji nekoliko glavnih višestranih međunarodnih ugovora kojima je uređen vrlo širok krug pitanja iz materije ljudskih prava, s tim da je za praćenje načina ostvarivanja ugovora formirano odgovarajuće telo sastavljeno od nezavisnih eksperata. Ovi komiteti najčešće nose nazive prema ugovoru kojim su predviđeni (npr. Komitet za ukidanje rasne diskriminacije, Komitet za pra-

⁹² Nešto više: UNITED NATIONS GUIDE FOR MINORITIES: Pamphlet No. 4: *Human Rights Treaty Bodies and Complaint Mechanisms*, <http://www.unhchr.ch/html/racism/01-minoritiesguide.html>, 16 pp.; Dimitrijević Vojin: Komitet za ljudska prava, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* 1-2/1989, str. 63-75; Petrović Vesna: Međunarodni postupci za zaštitu ljudskih prava, Beograd 2001, str. 79-142, elektronsko izdanje: <http://www.bgcentar.org.yu/documents/Vesna%20Petrovic%20-%20Medjunarodni%20postupci.pdf>; Felice W.F.: The UN Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: Race and Economic and Social Human Rights, *Human Rights Quarterly* 1/2002, pp. 205-236; Dimitrijević Vojin, Jolić Jelena, Milatović Siniša, Petrović Vesna: Zaštita individualnih prava pred ugovornim telima Ujedinjenih nacija, Beograd 2003, elektronsko izdanje: <http://www.bgcentar.org.yu/index.php?p=252>; Shaw Malcolm N.: *op. cit.*, pp. 289-312; Krivokapić Boris: Zaštita manjina, istorijski razvoj, osnovna pitanja i zaštita u okviru UN, I tom trilogije *Zaštita manjina umeđunarodnom i uporednom pravu*, Beograd 2004, str. 398-401; Hanski Raija, Šajnin Martin: Najvažniji slučajevi pred Komitetom za ljudska prava, Beograd 2007; Paunović Milan, Krivokapić Boris, Krstić Ivana: Osnovi međunarodnih ljudskih prava, Beograd 2007, str. 60-63.

va deteta, Komitet protiv mučenja itd.) odn. koji u ređuje materiju iz njihove nadležnosti (Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava) s tim da se izuzetno telo predviđeno Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima naziva samo Komitetom za ljudska prava (bez bližeg određenje da se bavi samo građanskim i političkim, a ne i drugim pravima).⁹³

Konkretan sastav i nadležnost ovih tela razlikuje se od slučaja do slučaja u zavisnosti od toga šta je utvrđeno ugovorom na osnovu koga su osnovani. Opšte uzev, njihova osnova uloga se u prvom redu sastoji u tome da primaju i razmatraju izveštaje država ugovornica o načinu ostvarenja preuzetih obaveza,⁹⁴ da traže od država potrebna objašnjenja i dodatne informacije, da daju tumačenja odnosnog ugovora, opšte komentare (neku vrstu savetodavnih mišljenja), neke vrste preporuka i sl. Posebno je, međutim, zanimljivo primetiti da je sve veći broj takvih tela ovlašćen da priimaju i razmatra pritužbe (“saopštenja”, “komunikacije”, “predstavke” i dr.) koje dolaze od pojedinaca odnosno grupa, a kojima se tvrdi da je određeno

⁹³ Sredinom 2009. ukupno je 8 ugovornih tela formiranih u okviru sistema UN i stoga popularno zvanih «Ugovorna tela UN» (eng. *UN Treaty Bodies*). To su: 1) Komitet za ljudska prava (*Human Rights Committee*), 2) Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava (*Committee on Economic, Social and Cultural Rights*), 3) Komitet za ukidanje rasne diskriminacije (*Committee on the Elimination of Racial Discrimination*), 4) Komitet za ukidanje diskriminacije žena (*Committee on the Elimination of Discrimination Against Women*), 5) Komitet protiv mučenja (*Committee Against Torture*), 6) Komitet za prava deteta (*Committee on the Rights of the Child*), 7) Komitet za radnike migrante (*Committee on Migrant Workers*) i 8) Komitet za prava lica sa invaliditetom (*Committee on the Rights of Persons with Disabilities*). Svaki od komiteta u okviru svojih ovlašćenja nadgleda ostvarivanje odgovarajućeg višestranog ugovora (pakta ili konvencije) i vrši druge poverene mu funkcije.

Ova tela formirana su (hronološkim redom): 1) Međunarodnom konvencijom o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1965); 2) Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima (1966); 3) Konvencijom o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (1979); 4) Konvencijom protiv mučenja i drugog okrutnog, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (1984); 5) Konvencijom UN o pravima deteta (1989), 6) Međunarodnom konvencijom o zaštiti prava radnika migranata i članova njihovih porodica (1990) i 7) Konvencijom o pravima osoba sa invaliditetom (2007) Izuzetno, Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava nije predviđen istoimenim paktom, već ga je osnovao Ekonomski i socijalni savet UN (ECOSOC), s tim da u svemu drugom njegov status odgovara onome koji imaju ostali komiteti. U izgladu je i formiranje novih ugovornih tela, na osnovu novih višestranih ugovora.

⁹⁴ Svakim odnosnim ugovorom predviđena je dužnost ugovornica da dostavljaju periodične izveštaje u vezi sa ostvarivanjem preuzetih obaveza. Na taj način, komiteti igraju ulogu nadzornog tela koje prati kako države izvršavaju svoje obaveze preuzete odnosnim ugovorom, i, s tim u vezi, upoznaje se sa svim merama koje su potpisnice preduzele u okviru svog zakonodavstva i na druge načine.

na država prekršila ili ne sprovodi svoje obaveze preuzete odgovarajućim ugovorom. Uz to, neki od komiteta su ovlašćeni da primaju i razmatraju i pritužbe ugovornica jednih protiv drugih (dakle, države protiv države). U oba slučaja, međutim, nadležnost relevantnog komiteta postoji samo ako je država u pitanju izričito dala svoju saglasnost u tom pravcu postajući članica odnosnog fakultativnog protokola ili dajući izjavu kojom prihvata odgovarajuću fakultativnu odredbu ugovora.⁹⁵

Mada se na taj način može zapaziti određena sličnost sa međunarodnim sudovima (nezavisnost i nepristrasnost članova komiteta, postupanje po međunarodnom pravu, rešavanje spora i sl.) ugovorna tela, sasvim izvesno, nisu sudovi. Ovo već zbog toga što je njihova osnovna funkcija staranje o doslednom izvršenju obaveza koje su države preuzele odnosnim ugovorom, a ne rečavanje nekog konkretnog spora ili utvrđivanje nečije krivične odgovornosti. U skladu s tim, komiteti ne donose presude. Međutim, isto tako se ne može prevideti da oni u određenoj meri vrše i jednu vrstu kvazisudske funkcije – utvrđuju pravo činjenično stanje, nastoje da se obezbedi dosledno poštovanje prava, rešavaju sporne situacije, daju savetodavna mišljenja i sl.

Najzad, ova sličnost između ugovornih tela i međunarodnih sudova za ljudska prava iako danas samo površna, može u relativno bliskoj budućnosti da postane mnogo izraženija. Štaviše, ima već predloga da se umesto komiteta uvede jedan univerzalni (svetski) sud za ljudska prava.⁹⁶

⁹⁵ Tako npr. svaka država članica Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (1966) može shodno čl. 41. tog instrumenta priznati nadležnost Paktom ustanovljenog Komitet za ljudska prava da prima i razmatra saopštenja u kojima država ugovornica tvrdi da druga država ugovornica ne ispunjava svoje obaveze prema Paktu. Štaviše, svaka države ugovornica može prihvatiti i Fakultativni protokol uz njega i tako priznati da je Komitet za ljudska prava nadležan da prima i razmatra saopštenja koja potiču od pojedinaca koji spadaju pod njenu vlast a koji tvrde da su žrtve kršenja od strane te države ugovornice bilo kog prava navedenog u Paktu.

⁹⁶ Uz brojne pozitivne strane, postojanje sve većeg broja ugovornih tela za ljudska prava nosi sobom i sve izraženije probleme. Pre svega, nagomilavanje tih tela ima za posledicu da se njihove nadležnosti sve češće preklapaju. Istovremeno, javlja se problem usled stalnog porasta broja relevantnih ugovora koji ustanovljavaju ova tela i ujedno sve većeg broja država članica tih sporazuma (a time i broja predmeta koji se podnose na razmatranje ugovornim telima) i sastava komiteta tj. činjenice da ih čine nezavisni eksperti kojima to nije profesija i koji se povrh svega sastaju samo povremeno. U tom smislu sve češće se čuju predlozi za spajanje ovih procedura. Pored ostalog, Visoki komesar UN za ljudska prava je u Akcionom planu (2005) predložio objedinjavanje ovih tela u jednom komitetu, koji bi bio stalni organ kome bi države bile obavezne da podnose detaljne izveštaje o ostvarivanju svih relevantnih univerzalnih ugovora o ljudskim pravima i koji bi bio nadležan za individualne predstavke koje se tiču povreda ljudskih prava koje su predmet

2. Ostala kvazisudska tela

U nekim slučajevima međunarodne organizacije osnivaju tela koja su vrlo slična ugovornim telima, sem po tome što nastaju odlukoim nadležnog organa međunarodne organizacije, a ne međunarodnim ugovorom.⁹⁷

Međunarodne organizacije mogu, razume se da osnivaju i razna druga tela koja jednim delom mogu da imaju sličnosti sa izvenim oblicima međunarodnog sudstva, ali koja nisu pravi međunarodni sudovi, već u najboljem slučaju razni oblici kvazisudskog organizovanja. To važi i za razne *komisije za posredovanje i mirenje*, kakve u principu mogu da formiraju i same države, ali u praksi u sve većoj meri obrazuju upravo međunarodne organizacije. Iako služe mirnom rešenju spora, ova tela ne utvrđuju ko je kriv, ne primenjuju pravo na način na koji to čini sud, ne donose presudu. Ona samo nude neobavezne predloge za prevazilaženje postojeće situacije.

Isto važi i za razne *anketne komisije*. Na međunarodnom planu one su jedan od načina mirnog rešavanja sporova među državama. Obrazuju se na osnovu međunarodnog sporazuma ili odluke međunarodnog tela radi ispitivanja i istinitog utvrđivanja činjenica koje leže u osnovi nekog međunarodnog spora (činjenica koje su povod sporu ili su važne za njegovo rešenje). Aktom o ustanovljavanju ovih tela preciziraju se činjenice koje treba ispitati, način i rok obrazovanja komisije, obim ovlašćenja njenih članova, a po potrebi i druga pitanja (sedište komisije i sl.).

Anketna komisija može biti formirana u paritetnom sastavu (tj. od istog broja predstavnika država u sporu) ili u tzv. neutralnom sastavu (kada pored predstavnika država u sporu u njen sastav ulaze i predstavnici treće strane odn. kada su svi članovi komisije nepristrasna lica). Ove komisije mogu vršiti istragu na licu mesta, saslušavati svedoke i sl. ali samo uz prisustvo odnosno države i, po pravilu, u prisustvu njenih predstavnika. Po

više od jednog ugovora iz ove materije. Time bi se, kako se ističe, postigle znatne uštede, izgradila usklađena praksa, unapredili odgovarajući postupci, obezbedila doslednost u tumačenju, povećao značaj opštih komentara, olakšao bi se položaj onih koji tvrde da su žrtve kršenja ljudskih prava (ne bi imali dileme kom organu treba da se obrate), obezbedila bi se veća promocija i samih ljudskih prava i njihove međunarodne zaštite i sl. Drugi predloženi put je da se umesto postojećih komiteta ustanovi jedan univerzalan sud za ljudska prava, poput takvih sudova koji već postoje u regionalnim okvirima.

⁹⁷ Tako npr. Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava koji ima mnogo sličnosti na Komitetom za ljudska prava, nije nastao na osnovu samog Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, mada se bavi upravo načinom ostvarivanja tim paktom zaštićenih prava, već je stvoren odgovarajućom odlukom Ekonomskom i socijalnog saveta UN.

sprovedenom postupku komisija podnosi izveštaj u kojem saopštava činjenice do kojih je došla. Izveštaj nema karakter presude i ne vezuje strane, već im samo olakšava rešenje tako što utvrđuje činjenično stanje.⁹⁸ Pored komisija obrazovanih povodom konkretnog spora (anketne komisije *ad hoc*) moguće su i one koje se formiraju unapred i stoje na raspolagaju stranama za slučaj izbijanja spora (stalne anketne komisije).

U međunarodnoj praksi ovo sredstvo se naročito često koristi u vezi sa graničnim incidentima, ograničenim oružanim okršajima i sličnim problemima. Zahvaljujući anketnoj komisiji rasvetljen je i rešen čuveni spor između Rusije i Velike Britanije (*Dogger Bank*). Anketne komisije koristilo je i Društvo naroda. Kao deo sistema mirnog rešavanja sporova predviđa ih i Povelja UN (čl. 33/1), a našle su svoje mesto i u praksi Ujedinjenih nacija, kao npr. u slučajevima Grčke ((1947-1950), Palestine (1947), Indonezije (1949-1951), Koreje (1950), Mađarske (1957) i dr. Anketne komisije koriste i neke druge međunarodne organizacije, kao npr. Međunarodna organizacija rada (za utvrđivanje kršenja obaveza iz međunarodnih konvencija rada).

U svakom slučaju, i pored određenih površnih sličnosti, nema sumnje da anketne komisije nisu međunarodni sudovi, već samo još jedan od načina koji omogućavaju da se složene situacije koje sobom nosi život prevladaju mirnim putem u jednoj vrsti u najboljem slučaju kvazisudskog postupka.

ZAKLJUČAK

1. Razvoj međunarodnog sudstva

Čak i letimičan pogled pokazuje da su se u poslednjih stotina godina, a posebno u najnovije vreme međunarodni sudovi neverovatno razvili i po broju, i po vrsti, i u organizacionom smislu, i u vezi sa ulogom koju imaju u međunarodnoj zajednici.

Mada na pamet odmah padaju najveći i najvažniji takvi organi današnjice, istorija međunarodnog sudstva je daleko bogatija i uzbudljivija. Ni je uvek sve išlo glatko i bez problema i otpora. Mnogi pokušaji obrazovanja međunarodnih sudova završili su se, razume se, neuspehom. To važi kako za ideje i nastojanja da se organizuju neki *ad hoc* međunarodni sudovi, tako isto i za napore da se ustanove određeni stalni međunarodni sudovi.

⁹⁸ Dalje za konacno rešenje njihovog spora odnosnim stranama na raspolaganju stoje neposredni diplomatski pregovori i drugi načini mirnog rešavanja sporova.

Kada je reč o *ad hoc* sudovima dovoljno je podsetiti da iako su saveznici imali nameru da posle Prvog svetskog rata organizuju međunarodne *ad hoc* krivične sudove za suđenje najtežim zločincima Nemačke, Austro-Ugarske i Turske, do toga nije došlo.

U prilog tome može se istaći više argumenata, od kojih su verovatno dovoljni samo ovi:

- 1) međunarodnih sudova je sve više;
- 2) države u sve većem broju priznaju njihovu nadležnost;
- 3) i već postojeći sudovi se dalje razvijaju tj. prolaze kroz razne vidove reforme koje ih unapređuju, šire njihovu nadležnost, čine efikasnijim postupke pred njima i sl.

1. Povećanje brojnosti i vrsta. - Prva tvrdnja zapravo i ne zahteva nianka dodatna objašnjenja. Prosto poređenje podataka o broju međunarodnih sudova na početku XX veka, sredinom tog veka i u naše vreme pokazuje ogroman porast broja međunarodnih sudova, bilo da se formiraju u okviru odgovarajućih međunarodnih organizacija, bilo da nastaju na osnovu nekog međunarodnog ugovora.

Ono što je posebno važno – nije u pitanju samo porast broja, već se međunarodni sudovi razvijaju i u smislu nastanka sasvim novih oblika, u prvom redu novih specijalizovanih sudova – za ljudska prava, za pravo mora, za sporove u vezi sa zaštitom prirode itd. da i ne pominjemo nagli razvoj međunarodnog krivičnog sudstva krunisan pojavom stalnog Međunarodnog krivičnog suda. Stoga, ako su u prošlosti međunarodni sudovi prvenstveno služili za rešavanje međudržavnih sporova, njihova uloga je danas znatno šira i podrazumeva, opšte uzev:

- (1) rešavanje međudržavnih sporova;
- (2) rešavanje drugih međunarodnih sporova tj. sporova između država i drugih subjekata međunarodnog prava (međunarodnih odnosa) odn. sporova između takvih subjekata (bez učesća država). Nasuprot ranijem shvatanju o tome da samo države imaju procesnu legitimaciju pred njima, međunarodna sudska tela u naše vreme, zavisno od slučaja, raspravljaju i sporove u kojima se kao parnične strane pojavljuju i međunarodne organizacije, druga pravna lica, pa čak i određenoj meri i pojedinci (fizička lica). U tom smislu su posebno zanimljivi međunarodni sudovi za ljudska prava (koji daju mogućnost pojedincu da tuži državu međunarodnom sudu), administrativni sudovi (kojima može da se obrati nezadovoljni službenik i tuži međunarodnu organizaciju kod koje je zaposlen) i razne institucionalizovane arbitraže (posebno Stalni arbitražni sud). Pomaci koji su u tom pogledu ostvareni predstavljaju neverovatan korak napred u odnosu na ono što je postojalo pre samo nešto više od pola veka;

(3) odlučivanje o krivičnoj odgovornosti i kažnjavanje učinilaca najtežih međunarodnih krivičnih dela;

(4) odlučivanje o zakonitosti akata međunarodnih organizacija odn. odluka njihovih organa;

(5) davanje tumačenja odgovarajućih međunarodnih akata (npr. najviših pravnih akata odnosno međunarodne organizacije);

(6) davanje, kada posoji takvo ovlašćenje, savetodavnih mišljenja organima odnosno organizacije, a eventualno i državama i međunarodnim organizacijama;

(7) vršenje i drugih funkcija – pomaganje u iznalaženju kompromisa i vansudskog poravnanja itd.

Prema izloženom, ne samo da je sve više međunarodnih sudova i da su sve raznovrsniji, na šta utiče sve veća specijalizacija mnogih od njih, već su i njihove funkcije, a time i značaj u stalnom porastu. Tome treba dodati i postojanje čitavog niza kvazisudskih tela i organa, posebno u materiji ljudskih prava, o čemu je već bilo reči.

2.Priznavanje od strane država. - Ono što se takođe mora zapaziti je činjenica da države u sve većem broju priznaju obaveznu nadležnosti međunarodnih sudova. One to čine na razne načine. Pre svega, upravo su države te koje neposredno (međunarodnim ugovorom) ili posredno (preko međunarodne organizacije čije su članice) osnivaju nove sudove, čime na opšti način otvoreno pokazuju potrebu za tim organima i svoju spremnost da im povere određene sporove i druge predmete i poštuju njihove odluke. Misli se na to da čak i ako se u većini slučajeva i dalje traži da je država izričito priznala nadležnost nekog međunarodnog suda, sama činjenica osnivanja novog suda govori u prilog tome da ako ne sve, onda bar odgovarajući krug država oseća potrebu za takvim telom i u načelu ga prihvata. S druge strane, može se primetiti i da države na razne načine (ulaskom u članstvo odgovarajućih konvencija, prihvatanjem fakultativnih klauzula ili posebnih protokola o nadležnosti suda, izričitim davanjem izjave o prihvatanju nadležnosti odgovarajućeg suda u svim budućim sporovima, itd.) u sve većem broju prihvataju nadležnost međunarodnih sudova. Najzad, u porastu su i situacije kada države jednostavno nemaju slobodu odlučivanja o tome da li će priznati neki sud. Ovo je naročito karakteristično za *ad hoc* krivične sudove koje je osnovao Savet bezbednosti na osnovu Glave VII Povelje UN i koji su u krajnjoj liniji jednostavno morali biti prihvaćeni kao realnost od strane svih članica UN, ma šta one o njima u konkretnom slučaju mislile.

3.Reforma postojećih sudova. – Ne samo da se stalno pojavljuju novi međunarodni sudovi, već se i postojeći u sve većoj meri prilagođavaju zah-

tevim današnjice i na odgovarajući način reaguju na novonastale potrebe. To možemo zapaziti kod velikog broja međunarodnih sudova.

Tako je npr. *Stalni arbitražni sud*, najstariji institucionalizovani međunarodni sud, tokom poslednjih nekoliko godina suštinski promenio fizionomiju što mu je i omogućilo da doživi drugu mladost. Naime, nakon dužeg perioda apatije, devedesetih godina prošlog veka,⁹⁹ preduzeti su koraci kako bi se unapredilo funkcionisanje tog tela i njegova uloga prilagodila novim zahtevima prakse. Stoga je Sud otvoren za arbitražno rešavanje, mirenje i utvrđivanje činjenica ne samo u sporovima između država, već i raznim sporovima u kojima učestvuju međunarodne organizacije, druga pravna lica, pa čak i pojedinci.¹⁰⁰ U skladu sa novim pristupom, Sud je pripremio čitav niz opcionih pravila arbitraže za razne vrste sporova - za sporove između dve države, između dveju strana od kojih je samo jedna država, između međunarodnih organizacija i država, između međunarodnih organizacija i pojedinaca, za sporove koji se odnose na prirodne izvore i čovekovu sredinu, usvojio je opciona pravila mirenja za sve vrste sporova i dr. O poraslom značaju Suda svedoči ne samo činjenica da se pred njim u poslednje vreme rešava sve više sporova, uključujući i međudržavne (naročito o razgraničenju, pitanjima u vezi sa zaštitom sredine i dr.)¹⁰¹ već i to da je broj država koje su članice jedne ili obe haške konvencije o mirnom rešavanju sporova (1899. i 1907. g.) porastao sa 79 u koliko ih je bilo 31.12.1989, na 107. juna 2007. godine (od toga samo od 1.1.2000. za 18 novih članica).¹⁰²

⁹⁹ Obično se kao osnovni razlog zbog kojeg su države izgubile interesovanje za Stalni arbitražni sud navodi nastanak Međunarodnog suda pravde kao glavnog sudskog organa UN koji je na sebe preuzeo najvažnije međunarodne sporove, a takode i sve veći broj raznih regionalnih međunarodnih sudova. Ovo posebno u svetlu činjenice da je npr. Međunarodni sud pravde otvoren svim članicama Ujedinjenih nacija (danas, skoro sve države sveta) a pod određenim uslovima i nečlanicama, dok je krug članica Haških konvencija, kojima je i osnovan Stalni arbitražni sud, daleko manji.

¹⁰⁰ Precedent spora u kome je samo jedna strana bila država nađen je u sporu koji je vođen 1935. g. između Radijske korporacije Amerike (*Radio Corporation of America – RCA*) i Kine, a iz istog perioda potiče i slučaj mirenja koji se nije izričito zasnivao na haškim konvencijama iz 1899. i 1907. g.

¹⁰¹ Pregled aktuelnih sporova i novijih arbitražnih presuda vidi na: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029.

¹⁰² List of the Signatory and Contracting Powers of the Hague Conventions of 1899 and 1907 and Dates on Which the Conventions Took Effect for Each of them, [www.pca-cpa.org/upload/files/07 Annex 1 eng.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/07%20Annex%201%20eng.pdf).

Značajno se u organizacionom i svakom drugom pogledu promenio i *Evropski sud pravde* koji se od organa Evropske zajednice za ugalj i čelik razvio u okosnicu pravosudnog sistema Evropske unije, koji uključuje Sud pravde Evropskih zajednica, Prvostepeni sud i Službenički sud. Štaviše, i ovde se u dogledno vreme očekuju nove krupne promene.¹⁰³

Brojne reforme doživljavaju i drugi sudovi. U tom smislu dovoljno je ilustrativan primer *Evropskog suda za ljudska prava* koji je tokom svog postojanja doživeo razne promene, sve u cilju da se povećaju njegov značaj, uloga i efikasnost. Najnovija reforma trebalo bi da nastupi usvajanje Protokola 14, a već je delom nagoveštena Protokolom 14bis.¹⁰⁴

Uostalom, uveliko se spekulise i sa reformama koje po svemu sudeći stoje pred najvažnijim svetskim sudom – *Međunarodnim sudom pravde*. Ovo kako zbog činjenice da i same Ujedinjene nacije predstavljaju koncept koji se poprilično potrošio, tako i zbog načelnih i praktičnih momenata vezanih za sam Sud, koji ukazuju da bi on po svemu sudeći trebalo da pretrpi ozbiljnu reorganizaciju.

Stvar je u tome da je Sud ostao relativno učauren u okvirima koji su mu davno nametnuti. On je osnovan sada već prilično daleke 1945. godine, kao deo sistema koji je (očima kreatora Ujedinjenih nacija) trebalo da obezbedi svetskih mir i progres. Čitav taj koncept se, međutim, svega par godina nakon toga suočio sa ozbiljnim izazovima izazvanim prvenstveno izbijanjem Hladnog rata, ali i drugim događajima, što nije moglo da se makar delom ne reflektuje i na Sud. Štaviše, Sud je, da podsetimo još jednom, već na osnovu same Povelje UN¹⁰⁵ modeliran prema Stalnom sudu međunarodne pravde, čiji je statut napisan još pre oko 90 godina i, što je važnije i od samog proteka vremena, nastao u drugačijoj međunarodnoj zajednici, za makar delom drugačije potrebe. U međuvremenu svet se značajno promenio. Usled završetka procesa dekolonizacije, ali i raspada nekih zemalja danas postoji oko 200 država, dakle, mnogo više nego između dva svetska rata ili 1945. g. kada su osnovane Ujedinjene nacije.¹⁰⁶ Još više je porastao broj raznih međunarodnih organizacija i to kako univerzalnih, ta-

¹⁰³ Više: Čavoški Aleksandra: Pravosudni sistem Evropske Unije u svetlosti Reformskog ugovora, *op. cit.*, str. 73-85.

¹⁰⁴ O tome je već bilo reči na odgovarajućem mestu.

¹⁰⁵ Član 92 Povelje UN precizira: «Međunarodni sud je glavni sudski organ Ujedinjenih nacija. On postupa u skladu s priloženim Statutom, koji je zasnovan na Statutu Stalnog suda međunarodne pravde i čini sastavni deo ove Povelje».

¹⁰⁶ Ujedinjene nacije osnovalo je 50 država, a danas su u članstvu te organizacije čak 192 zemlje.

ko i regionalnih. Današnji svet obeležavaju i neki drugi bitni momenti, kao što su: pojava novih subjekata međunarodnog prava; nezaustavljivi procesi globalizacije; krunjenje suvereniteta država; jačanje uloge međunarodnih organizacija; sve razvijeniji oblici međunarodne ekonomske i druge integracije, uz istovremenu podelu sveta po ideološkim, ekonomskim, kulturološkim religijskim i drugim momentima; međunarodni terorizam; transnacionalni organizovani kriminal, do sada neviđeni razvoj koncepta ljudskih prava; sve veći problemi u vezi sa propadanjem prirode; i dr.¹⁰⁷

Sve to već niz godina ukazuje na potrebu reforme i samih Ujedinjenih nacija i mesta i uloge njihovih glavnih organa. Kada je reč o Sudu, jasno je da njegova osnovna funkcija treba da ostane ista, međutim, sa puno osnova mora se razmisliti da li i kako on treba da se prilagodi novim prilikama i potrebama. Pre svega, postavlja se pitanje nije li vreme da se on otvori i za druge subjekte međunarodnog prava, u prvom redu međunarodne organizacije, a ne samo države. Drugim rečima, u XXI veku, kada se očekuje da će dalje da opada značaj suverenosti država, a raste uloga drugih faktora na međunarodnoj sceni,¹⁰⁸ nema vidljivih razloga zbog kojih Sud ne bi mogao da rešava i sporove između država i međunarodnih organizacija (npr. između OUN i njenih članica?), između određenih međunarodnih organizacija (npr. OUN i neke od specijalizovanih agencija UN, između Ujedinjenih nacija i Evropske unije, između regionalnih međunarodnih organizacija i sl.) a eventualno i drugih subjekata (velikih multinacionalnih kompanija, tih kompanija i međunarodnih organizacija i sl.). Ovo sve pod pretpostavkom da je reč o sporovima koji makar delom spadaju u domen međunarodnog javnog prava.

S druge strane, čini se da bi trebalo ohrabriti traženje savetodavnih mišljenja od Suda. Podatak da je za 65 godina (od osnivanja ovog tela 1945. do 1.6.2009) savetodavno mišljenje od Suda traženo 25 puta, s tim da se Savet bezbednosti u ulozi onoga ko je tražio ovo mišljenje pojavio samo jednom (!) ilustrativan je sam za sebe.¹⁰⁹ Prosta logika ukazuje da bi npr.

¹⁰⁷ Više: Krivokapić Boris: Međunarodno pravo – koreni, razvoj, perspektive, *op. cit.*, str. 125-234.

¹⁰⁸ Više: Krivokapić Boris: Međunarodno pravo – koreni, razvoj, perspektive, *op. cit.*, str. 177-188.

¹⁰⁹ U više od pola slučajeva to mišljenje je tražila Generalna skupština, a u ostalim: Savet bezbednosti (samo jednom), Ekonomski i socijalni savet i neke od specijalizovanih agencija Ujedinjenih nacija (UNESCO, Svetska zdravstvena organizacija, Međunarodna pomorska organizacija). Savetodavna mišljenja tražena su, pored ostalog, u vezi sa izgradnjom zida na okupiranoj palestinskoj teritoriji; prijemom u članstvo UN; naknadom štete za povrede pretrpljene u službi Ujedinjenih nacija; teritorijalnim statusom Jugozapadne

Savet bezbednosti bio daleko sigurniji u pogledu zakonitosti svojih odluka, kada bi prethodno imao potvrdu o tome (u vidu savetodavnog mišljenja) od glavnog sudskog organa UN. To bi, zapravo, bila neka vrsta preventivne (sudske) kontrole rada ovog tela. Razume se, ovome bi valjalo pribegavati samo kada se radi o posebno važnim odlukama (npr. primeni prinudnih mera, tumačenju Povelje UN i sl.) i kada to opravdavaju drugi relevantni razlozi.

Vreme je da se obezbedi neka vrsta (naknadne) kontrole Suda nad radom političkih tela UN i nekih drugih međunarodnih organizacija univerzalnog karaktera.¹¹⁰ U sadašnjem trenutku ova tela, u prvom redu Savet bezbednosti u kojem su predstavnici samo 15 država (jedva 7,81% članstva UN) suštinski gledajući ne polažu račun nikome o svojim odlukama. One su zapravo rezultat podudarnosti interesa glavnih aktera (velikih sila) i postignutih političkih kompromisa, što ne znači da su uvek i zakonite sa stanovišta međunarodnog prava. Daleko veća sigurnost u tom pravcu bila bi postignuta kada bi nezadovoljnim stranama na raspolaganju stajala mogućnost da relevantne odluke ospore kod Međunarodnog suda pravde.

Takođe, posebno mesto zauzima pitanje kako postići to da se presude Suda izvršavaju bez pogovora u svakom predmetu. Kao što je poznato, prema Povelji UN garant izvršenja presuda je Savet bezbednosti.¹¹¹ U praksi države, čak i kada nisu zadovoljne presudom, izvršavaju je u dobroj veri zbog toga što bi drugačiji pristup veoma štetio njihovom ugledu. Uostalom, to su i razlozi zbog kojih se redovno izvršavaju i odluke drugih, pa i arbitražnih sudova, mada njihovo izvršenje ne garantuje Savet bezbednosti.

Međutim, šta ako ipak neka država odbije da izvrši presudu? I šta ako je to stalna članica Saveta bezbednosti UN? Ili bar država koju snažno po-

Afrike (Namibija) i Zapadne Sahare; presudama međunarodnih administrativnih sudova; troškovima određenih operacija UN; primenom Ugovora o sedištu UN; statusom izvestilaca za ljudska prava; zakonitošću upotrebe nuklearnog oružja; i konačno (2008) u vezi sa time da li je jednostrano proglašenje nezavisnosti Kosova u skladu sa međunarodnim pravom. Nav. prema: List of Advisory Proceedings referred to the Court since 1946 by date of introduction, The International Court of Justice, <http://icj-cij.org/docket/index.php?p1=38p2=4>. (1.6.2009).

¹¹⁰ Više: Račić Obrad: Međunarodni sud i ovlašćenja Saveta bezbednosti; od savetodavnog mišljenja o Namibiji do slučaja Lockerbie, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1-3/1997, str. 39-68.

¹¹¹ Ako jedna strana u sporu ne ispuni obaveze koje na njoj leže prema presudi Suda, druga strana se može obratiti Savetu bezbednosti koji može, ako smatra potrebnim, dati preporuke ili odlučiti o merama koje treba preduzeti da bi se presuda izvršila (čl. 94/2 Povelje UN).

država neka stalna članica Saveta bezbednosti? U praksi su se već pojavila dva takva slučaja koja su prošla bez posledica, ali može li se takva praksa tolerisati? Na stranu razmatranja u vezi sa pravičnošću, pravdom i sl., ali samo po sebi nameće se pitanje kako bi se neki novi slučaj odrazio ne ugled i mesto i ulogu Suda? Ali i Saveta bezbednosti? Pa i samih Ujedinjenih nacija?¹¹²

U periodu koji je pred nama moraće da budu rešena i druga pitanja koja se tiču Suda. Njegova struktura (15 sudija) po broju odgovara sastavu Saveta bezbednosti. Ako već postoje razmišljanja da se proširi krug članova Saveta bezbednosti, nije li vreme i da se, čak možda i sa više razloga, poveća i broj sudija Suda? Ovo utoliko pre što je broj predmeta kojima se on bavi u stalnom porastu, pa bi veći broj sudija, pored ostalog, doprineo i da se ti predmeti rešavaju znatno brže nego do sada.

Postoji i niz drugih mogućih pravaca razvoja ovog organa, kao npr. to da se u okviru njega otvore specijalizovana odeljenja za određene vrste sporova. No, to su već spekulacije koje izlaze iz okvira našeg neposrednog interesovanja.

2. Određeni problemi

Već sada se mogu uočiti i neki problemi u razvoj međunarodnog sudstva. S jedne strane, taj proces se, opšte uzev, odvija stihijno. Sudovi se pojavljuju na raznim nivoim, u raznim oblastima i dobrim delom se njihova nadležnost isprepliće, što daje za pravo da se već sada govori i o izvesnoj proliferaciji međunarodnog sudstva (u smislu da ga je već previše).¹¹³ Ne samo da se tako troši previše energije i sredstava, već vrlo lako može da nastane i problem međusobnog odnosa raznih sudova i njihovih presuda i drugih odluka.

Drugi problem je – kako obezbediti da se sudske odluke zaista uvek izvršavaju. Jer ako toga nema, time se automatski potkopava autoritet i sam smisao međunarodnog sudstva. Činjenica je da države, ne želeći da izađu

¹¹² Do sada su zabeležena samo dva slučaja u kojima država koja je izgubila spor nije izvršila presudu Suda: Albanija (u sporu sa V. Britanijom, *Corfu Channel case*, 1949), i SAD (u sporu sa Nikaragvom, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, 1986). U prvom slučaju posledice su izostale zato što je otpočeo hladni rat (koji je dobrim delom paralisao rad Saveta bezbednosti) a u drugom, zato što se radilo o stalnom članu Saveta bezbednosti. Više o ovim sporovima: The International Court of Justice, The Hague 1996, pp. 99-100, 123-124; Henkin L., Pugh C. R., Schachter O., Smit H.: *International Law – Cases and Materials*, St. Paul, Minn. 1993, pp. 911-918, 1257-1260.

¹¹³ Shaw Malcolm N.: *op. cit.*, pp. 1005-1010.

na rđav glas, u osnovi zaista izvršavaju sudske presude u predmetima u kojima su bile strane u sporu. Ali je isto tako činjenica da je neophodno da se izgrade i efikasni pravni mehanizmi koji će obezbediti da se odgovarajuće presude izvršavaju uvek.

Ima i drugih uočenih problema, među kojima je i činjenica da i pored toga što pravo na žalbu može označiti kao jedno od osnovnih pravnih načela koja priznaju prosvেćeni narodi, u mnogim slučajevima (u nedostatku međunarodnog suda više instance) nema zapravo prava na žalbu bilo da uopšte nema takvog pravnog leka, bilo da po žalbi odlučuje sam sud (onaj koji je i doneo napadnutu odluku).

3.Međunarodno sudstvo kao realnost

Prema izloženom, u XX veku i prvim godinama veka u kome živimo sve više se zaokružuje međunarodno sudstvo.¹¹⁴ S tim u vezi, mada to na prvi pogled može izgledati preterano, moglo bi se zaključiti da sve više otpada tvrdnja o tome da je međunarodno sudstvo fakultativno, koja ga je dugo vremena na neki način gotovo diskvalifikovala kao neku sporadičnu i uopšte skoro izuzetnu pojavu koja zavisi od dobre volje država (da li će priznati nadležnost odgovarajućeg suda ili ne).

Da više nije sasvim tako svedoči puka činjenica o sve većem broju i raznovrsnosti međunarodnih sudova. Međutim, tvrdnja da je međunarodnog sudstvo nešto skoro neobavezno, a u svakom slučaju bitno različito od sudstva u državama, otpada u novije vreme i iz drugih razloga. Naime, insistiranjem na tome da su međunarodni sudovi fakultativni želi se da se istakne da su države kao osnovni subjekti međunarodnog prava ne samo jedine vlasne da osnivaju ili ne osnivaju takva tela, već i da priznaju ili ne priznaju njihovu nadležnost. Ako je ne priznaju – sud za njih ne postoji. No, gledajući noviju istoriju, pitamo se da li je baš tako?

Pre svega, u naše vreme međunarodne sudove osnivaju ne samo države (svojim ugovorom) već i međunarodne organizacije (međunarodni *ad hoc* krivični tribunali za bivšu Jugoslaviju i Ruandu, administrativni sudovi i sl.). Uz to sve je više raznih oblika mešovitih sudova koje odgovarajućim ugovorom zajedno osnivaju međunarodne organizacije (za sada UN) i odgovarajuće države. Samim svojim postojanjem i praksom, a posebno u njih utkanim kompromisnim rešenjima, ovi mešoviti sudovi čine da se stroga podeljenost između unutrašnjih i međunarodnih sudova polako gubi.

¹¹⁴ O raznim aspektima vezanim za izgradnju međunarodnog sudstva vidi, pored ostalog: Jennings R.Y.: The Judiciary, International and National, and the Development of International Law, *International and Comparative Law Quarterly* 1/1996, pp. 1-12.

Tvrđnja o tome da je međunarodno sudstvo dobrovoljno odn. neobavezno koja se svodi na to da, pošto su države suverene jedinice, samo od njihove slobodno izražene volje zavisi da li će se podvrgnuti tome sudstvu ili ne, na prvi pogled je i dalje korektna. Ovo posebno kada se ima u vidu da i danas veliki broj međunarodnih sudova na čelu sa najvažnijim među njima – Međunarodnim sudom pravde, zahteva pristanak države da bi se pojavila kao strana u sporu. Taj pristanak može biti dat na razne predviđene načine, ali on kada su u pitanju Međunarodni sud pravde i slični sudovi mora biti dat. Drugim rečima, zaista, u mnogim slučajevima i danas država koja ne želi da se upušta u spor pred međunarodnim sudom može da izbegne tu opciju.

Međutim, valja voditi računa i o tome da su se tokom poslednjih nekoliko decenija stvari dosta promenile.

Pre svega, zapaža se stalno krunjenje suvereniteta država. Nekada nedodirljivi ideal, danas je to koncept koji se izlaže raznim teorijskim i drugim kritikama. I sama praksa ukazuje da se na suverenitet gleda donekle drugim očima i da je razvoj međunarodnog prava prešao onaj rubikon gde su države mogle da se skoro neograničeno pozivaju na svoju suverenost kako bi činile ono što je njima drago. To više nije sporno.¹¹⁵

S druge strane, sve je veći broj sudova koji ne ostavljaju državama slobodu odlučivanja o tome da li će ili neće prihvatiti njihovu nadležnost. To se naročito vidi kod onih međunarodnih sudova koji su formirani kao organi neke međunarodne organizacije ili drugog oblika institucionalizovane međunarodne saradnje. Ulaskom u organizaciju odn. drugu sličnu formu međunarodnog povezivanja, država prihvata i obaveznu nadležnost odgovarajućeg međunarodnog sudskog tela. Iako je tačno da ona i ovde u krajnjoj liniji donosi odluku o tome (jednostavno može da odluči da ne uđe u članstvo i onda dati sud nije nadležan za nju) u praksi nije sve tako jednostavno. Države su često pod političkim, ekonomskim i drugim pritiskom i nemaju mnogo prostora za slobodu odlučivanja tj. prihvataju određena rešenja u «paketu», pa tako i obavezno sudstvo. Zapravo tu treba napraviti razliku između formalnopravnih rešenja i stvarnosti. Kao što u načelu svako od nas nije dužan

¹¹⁵ Mada bi se mogli navesti i drugi primeri, verovatno najilustrativniji je vezan za materiju ljudskih prava. U ne tako dalekoj prošlosti, države nisu dozvoljavale da se na bilo koji način internacionalizuje pitanje ljudskih prava lica pod njihovom jurisdikcijom. Svako pokretanje te teme pretilo je da izazove burnu reakciju i bude označeno kao mešanje u pitanja koja se nalaze u isključivoj unutrašnjoj nadležnosti država. Danas više nije tako. Ne samo da su države dužne da na razne načine polažu račune o stanju ljudskih prava na svojoj teritoriji, već međunarodnoj zajednici u liku brojnih međunarodnih organizacija stoje na raspolaganju raznovrsni mehanizmi za kontrolu, ali i vršenje pritiska, pa i kažnjavanje u onim situacijama koje se pokažu kao neprihvatljive.

da uvede i plaća struju, vodu, telefon, TV, Internet itd. ali to ipak čini jer je savremeni život bez njih nezamisliv, tako i države u mnogim situacijama strogo uzev nisu dužne da priznaju nadležnost međunarodnih sudova, ali su u realnim okvirima zapravo skoro prinuđene na to.

I najzad, ne treba zaboraviti da međunarodni sudovi nisu više samo *međudržavni* sudovi! Sve je veći broj međunarodnih sudova pred kojima se u ulozi strane u sporu ili okrivljenog (krivični sudovi) pojavljuju i neki drugi subjekti – međunarodne organizacije, preduzeća, grupe, pa čak i pojedinci!¹¹⁶ Tačno je da međunarodne organizacije ne mogu biti strane u sporu pred Međunarodnim sudom pravde UN, ali one to itekako mogu biti pred nekim drugim međunarodnim sudovima. Tako npr. u postupku pred Stalnim arbitražnim sudom mogu da učestvuju ne samo države, već i međunarodne organizacije, ali i preduzeća, grupe, pa i pojedinci! Međunarodni sudovi za ljudska prava su, štaviše i stvoreni zato da bi pojedinci pred njima tražili i dobili zaštitu svojih ljudskih prava i sloboda od nasrtaja država. Međunarodni krivični sudovi služe utvrđivanju odgovornosti i kažnjavanju ne država, već pojedinaca – učinilaca najtežih međunarodnih krivičnih dela. I tako dalje. Dakle, za razliku od onoga što je postojalo u ne tako dalekoj prošlosti, u naše vreme međunarodni sudovi ni u kom slučaju ne mogu da se svedu samo na one sudove koji služe rešavanju sporova između država.

Uostalom, u prilog tvrdnji o izvesnom izlasku međunarodnih sudova iz nekadašnjih okvira stroge fakultativnosti dovoljno je podsetiti na to da su savremeni međunarodni krivični sudovi (i stalni, i *ad hoc*) već su uslovno rečeno rezervisali su za sebe jednu vrstu hijerarhijske nadređenosti u odnosu na unutrašnje sudove država.¹¹⁷

4. Perspektive međunarodnog sudstva

Na prvi pogled odgovor na pitanje o perspektivama međunarodnog sudstva je vrlo jednostavan. Sudbina međunarodnih sudova je neraskidivo povezana sa sudbinom čovečanstva. U meri u kojoj se opšta ljudska zajednica sve više bude ujedinjavala oko zajedničkih vrednosti, pronalazila u sebi snagu da

¹¹⁶ Ovi poslednji i u ulozi tužioca u nekoj vrsti parnice i u ulozi okrivljenog u krivičnom postupku pred međunarodnim krivičnim sudom.

¹¹⁷ Ako se i može prigovoriti da takav odnos kada je u pitanju stalni Međunarodni krivični sud i dalje zavisi od volje država (njihovog pristanka da uđu u krug članica Rimskog statuta) ta rezerva ne važi kada je u pitanju obaveza država da priznaju *ad hoc* krivične tribunale za bivšu Jugoslaviju i Ruandu i sarađuju sa njima, koja (to više niko ne spori) važi za sve države.

mirnim putem rešava sporove i druge tenzije, u toj meri će se razvijati i međunarodne institucije, među njima i razni međunarodni sudovi.

Naprotiv, svaki ozbiljan poremećaj u globalnim međunarodnim odnosima odražava se i na međunarodne sudske funkcije i odgovarajuća tela. Ipak, dugoročno gledano, nema sumnje da (sem u slučaju sveopšteg uništenja sveta) i pored određenih perioda zastoja, pa čak i koraka unazad, integracioni procesi su nezaustavljivi. To znači i da će se međunarodno sudstvo sve više razvijati.

Sva je prilika da će se u vremenu koje je pred nama popuniti određene praznine u međunarodnom sudstvu (i u organizacionom i u funkcionalnom smislu), da će se uspostaviti izvestan hijerarhijski odnos između istovrsnih međunarodnih sudova (npr. krivičnih), te da će se preciznije definisati odnos međunarodnih u unutrašnjih sudova država. Ne treba isključiti ni pojavu sasvim novih sudova, bio da su već poznati kao vrsta ali se javljaju u novim okvirima (npr. univerzalni sud za ljudska prava, po uglednu na postojeće regionalne; regionalni krivični sudovi, koji bi znatno olakšali posao Međunarodnog krivičnog suda; subregionalni sudovi za ljudska prava koji uveliko rasteretili Evropski sud za ljudska prava i druge takve sudove, i sl.) bilo da su u pitanju sasvim nove kategorije (npr. međunarodni ustavni sudovi, naročito pogodni za razne oblike naddržavnih integracija).

Ono o čemu svakako treba voditi računa je da se međunarodni sudovi (posebno krivični, ali i drugi) ne pretvore u oruđe moćnika tj. da ne postanu sredstvo manipulacije, a posebno ne nametanja volje najjačih sila sveta. Da bi se zvali sudovima oni moraju da budu u pravim smislu reči nezavisni i nepristrasni, što će u nekim slučajevima tek orati da se postigne.

Prof. dr Boris Krivokapić

Faculty of Public management and administration,
Megatrend University, Belgrade

INTERNATIONAL JUDICIARY TODAY

It can often be heard that international judiciary is insufficiently developed, and more importantly, that it is not mandatory, but optional. In this regard it could be pointed out that the international community doesn't have centralized judicial system; that countries could become subjects of

international court's jurisdiction, only if they explicitly agree to it, etc. However, time in which we live is the time of accelerated, general globalization, and it led to significant changes in all spheres of life, including this one. Generally speaking, even nowadays the international judiciary is optional, although in the meantime certain major changes have happened. That is quite understandable bearing in mind the fact that there is a growing number of main subjects of the international law-countries and international organizations; that some new subjects of the international law were made, and they led to certain new kind of international disputes etc.

Large number and diversity of international courts suggests that it would be advisable to make certain divisions and place them into appropriate categories in order to understand them better. At the same time it is an opportunity to present not only the most important but also some less known but for some reason particularly interesting international courts. Accordingly, the paper represents an attempt to point out some of the most interesting divisions or kinds of international courts (universal and regional; courts for the settlement of disputes and (penalty) criminal courts; courts of general jurisdiction and specialized courts; courts for states and others; institutionalized international courts and selected courts (arbitrations); permanent and temporary courts; international courts in the right sense of the word and mixed courts, etc. Within these, further divisions were made.

Bearing in mind that international courts have developed incredibly both by the number and the type, in organizational sense and in connection with the role they have in the international community, author in the concluding discussion points out some specific problems and perspectives of international judiciary.

Key words: *courts, development of courts by the number and type, perspective of international courts.*

Mr Mario Reljanović
Institut za uporedno pravo
istraživač-saradnik

PRISTUP REPUBLIKE SRBIJE MEĐUNARODNIM SUDSKIM INSTITUCIJAMA

Deo savremenog društva i savremenih svetskih odnosa jesu i institucije i mehanizmi za rešavanje međunarodnih sporova. Na univerzalnom i regionalnom nivou, postoji više značajnih sudskih institucija, pred kojima se mogu kao strane u postupku naći Republika Srbija ili njeni građani: Međunarodni sud pravde, Međunarodni krivični sud, Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju i Evropski sud za ljudska prava. Rad se bavi svakom od ovih sudskih institucija ponaosob, analizirajući njihovu strukturu, nadležnost i postupak, kao i odnos i sudsku praksu kada je reč o Srbiji. Na taj način se stvara slika o ukupnoj poziciji Srbije u odnosima sa međunarodnim sudskim institucijama na osnovu njenog aktuelnog međunarodnog položaja i članstva u univerzalnim i regionalnim međunarodnim organizacijama.

Ključne reči: međunarodne sudske institucije, Međunarodni sud pravde, Međunarodni krivični sud, Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju, Evropski sud za ljudska prava.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Teško je zamisliti bilo koju modernu državu u potpunoj izolaciji od ostatka sveta. XX vek bio je vek propasti izolacionizma, kao teorije na kojoj se mogu graditi međunarodni odnosi. Međutim, intenzivna interakcija među državama podrazumeva i pojavu različitih sporova i nedoumica oko (ne)izvršavanja preuzetih obaveza. Zbog toga se kao logična posledica međunarodne saradnje javljaju i mehanizmi za prevazilaženje međunarodnih sporova. Najpre stidljivo, nakon završetka Prvog svetskog rata, a potom i veoma energično i ambiciozno u drugoj polovini XX veka, u okviru među-

narodnih organizacija – univerzalnih i regionalnih – javljaju se instance koje služe za rešavanje sporova, kako u konkretnom slučaju – dakle, u odnosu na jedan međunarodni instrument, tako i u trajnom smislu – za unapred neodređeni broj slučajeva i međunarodnih instrumenata koji će tek biti zaključeni u budućnosti.

Kakva je situacija u međunarodnom sudstvu danas? Kada je reč o univerzalnim međunarodnim organizacijama, pri Ujedinjenim nacijama funkcioniše Međunarodni sud pravde. Na globalnom nivou postoji i Međunarodni krivični sud. Pored njih, u okviru sistema UN još uvek postoji i Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju. Na regionalnom – evropskom – nivou, svakako su najaktuelniji Evropski sud za ljudska prava Saveta Evrope i sudski sistem Evropske unije, u kome najzapaženiju ulogu igra Evropski sud pravde. U drugim regionima postoje i druge sudske ili kvazisudske institucije, čiji značaj nije veliki u odnosu prema evropskim državama.

Srbija nema pristup svim navedenim sudskim institucijama. Ipak, većina njih je dostupna kako državi Srbiji, tako i njenim građanima. Zbog toga se ovaj rad bavi kratkim pregledom tih sudskih institucija, kako sa organizacionog aspekta i pitanja opšte nadležnosti, tako i u konkretnom smislu sudske prakse koja je nastala u slučajevima u kojima su se Srbija ili njeni građani pojavljivali pred njima. Svaka od kratkih analiza će se osvrnuti na opšte činjenice o sudskoj instituciji, njenoj nadležnosti i postupku i praksi koja je od značaja za Srbiju.¹

2. MEĐUNARODNI SUD PRAVDE²

2.1 Opšta razmatranja

Međunarodni sud pravde naslednik je Stalnog suda međunarodne pravde koji je nastao nakon Prvog svetskog rata, kao prva stalna međunarodna sudska institucija. Iako je Međunarodni sud pravde formalno bio novi sud, po mnogim karakteristikama drugačiji od Stalnog suda, u teoriji se obično govori o njegovom kontinuitetu sa Stalnim su-

¹ Druga međunarodna kvazi-sudska tela, koja su nastala potpisivanjem međunarodnih ugovora i sličnih instrumenata i čija je svrha nadzor nad primenom istih, neće biti obuhvaćena ovim radom.

² Više o Međunarodnom sudu pravde na zvaničnoj internet prezentaciji Suda, <http://www.icj-cij.org> (01.06.2009.), kao i u: V.Čorić *et alia*, *Međunarodni sud pravde I – organizacija, postupak, slučajevi*, Beograd, 2008.

dom. Članom 7, stav 1. Povelje UN, Međunarodni sud pravde je označen kao jedan od šest glavnih organa UN.³ Sud se sastoji od petnaest sudija, koji se biraju prema precizno određenoj proceduri u dve faze. U izboru učestvuju sve države-članice UN. Sedište Međunarodnog suda pravde je u Hagu, ali on može vršiti svoje dužnosti ili zasedati i na nekom drugom mestu, kada smatra da je to poželjno. Isto se odnosi i na odeljenja Suda.⁴ Sud je u stalnom zasedanju i zaseda u punom sastavu, izuzev kada Statut predviđa drugačiju situaciju. Kvorum za rad Suda je devet prisutnih sudija.⁵ Međutim, Sud može da obrazuje i odeljenja – posebne jedinice koje će se baviti samo određenim vrstama slučajeva. Prilikom obrazovanja veća koje će suditi u određenom sporu, svaka strana može imati jednog sudiju koji je njen državljanin. Ukoliko Sud ne odredi takvog sudiju u veće, ili uvrsti državljanina samo jedna strane u sporu, ona strana koja nije predstavljena svojim državljaninom u veću može izabrati jedno lice koje je njen državljanin, da učestvuje kao *ad hoc* sudija. Ovo pravilo važi i kada se sudi u odeljenjima, odnosno u skraćenom postupku. Kada jednu stranu u sporu predstavlja više stranaka, one moraju zajednički izabrati jednog sudiju.

2.2 Nadležnost i postupak

Međunarodni sud pravde nadležan je za sporove koji nastanu između država.⁶ Ukoliko je reč o postupku davanja savetodavnog mišljenja, određene međunarodne organizacije (specijalizovane agencije Ujedinjenih nacija, kao i organi Ujedinjenih nacija) se mogu pojaviti kao strana koja traži mišljenje, a Sud je dužan da po njihovom zahtevu postupa

³ Pristupanjem Povelji UN se pristupa i Statutu MSP. SFRJ je jedna od država-osnivača UN, pa se tako zvanični prevod Statuta može naći u Zakonu o ratifikaciji Povelje UN, Sl.list DFJ 69/45. Izvodi iz tog prevoda objavljeni su u publikaciji *Međunarodno javno pravo, zbirka dokumenata*, Beograd, 2005, str. 189-198.

⁴ Članovi 22. i 26. Statuta.

⁵ Član 25. Statuta.

⁶ „Samo države mogu biti stranke u sporovima pred Sudom.“ – član 34, stav 1. Statuta. Prema stavu 2, međunarodne organizacije mogu dostavljati Sudu informacije koje su od značaja za proces koji je u toku pred Sudom; Sud, sa druge strane, može od međunarodnih organizacija tražiti obaveštenja i informacije kako smatra da mogu biti od značaja za neki od procesa koji se vode pred Sudom. Prema stavu 3, Sud može razmatrati spor koji se tiče tumačenja «ustavnog akta» neke međunarodne organizacije ili međunarodne konvencije zaključene pod njenim okriljem.

kao i po zahtevu država.⁷ Kao ni međunarodnim organizacijama, tako ni pojedincu nije u vreme stvaranja Suda bila pruženja mogućnost da se pojavi kao strana u sporu. Međutim, moguća je primena pravila supstitucije, odnosno preuzimanja zaštite interesa pojedinca od strane države čiji je on državljanin. Ukoliko pojedinac smatra da su neki njegov interes ili pravo povređeni, a ne postoji drugi način njihove zaštite, može se obratiti državi sa molbom da se ona obrati Međunarodnom sudu pravde i pokrene postupak. Supstitucija, međutim, nije adekvatno rešenje kada je reč o zaštiti prava pojedinca, jer Sud kao stranu u sporu prepoznaje isključivo državu, a interese koje ona brani isključivo kao državne interese. Zbog toga se pojedinac praktično ne pojavljuje kao strana u sporu, a odluka Suda nije upućena njemu, nego državama koje su u njemu učestvovala. Države koje pristupe Ujedinjenim nacijama automatski postaju i članice Statuta Međunarodnog suda pravde. Osim toga, države koje nisu članice UN mogu pristupiti Statutu pod uslovima koje odrede Generalna skupština i Savet bezbednosti, a koji se svode na pitanje izvršenja presuda Suda i finansiranja Suda.⁸

Nadležnost Suda može biti parnična ili savetodavna, u zavisnosti od vrste postupka koji je pokrenut. Ukoliko je neka država članica Statuta, to ne znači njen automatski pristanak na sudsko rešavanje svih sporova koje druge države (takođe članice Statuta) jednostrano pokrenu podneskom Sudu. U tom smislu, pripadnost Statutu znači mogućnost da se neki konflikt reši pred Sudom, ali se slučaj iznosi pred Sud isključivo pristankom obe strane u sporu. Takođe, nadležnost Suda se može zasnovati na činjenici da je predviđena Poveljom Ujedinjenih nacija ili važećim ugovorom ili konvencijom u slučaju spora, kao i ukoliko država jednostranom izjavom (tzv. fakultativna klauzula) prihvati nadležnost Suda. Ova izjava je validna samo pod uslovom da je i druga strana dala sličnu izjavu. Konačno, kada dođe do konkretnog spora između država, one mogu zajedničkom izjavom (koja se naziva kompromis) zasnovati nadležnost Suda za konkretan slučaj.

⁷ Član 96 Povelje UN: „1. Generalna skupština ili Savet bezbednosti mogu tražiti od Međunarodnog suda da dâ savetodavno mišljenje o svakom pravnom pitanju. 2. Drugi organi Ujedinjenih nacija i specijalizovane ustanove koje Generalna skupština može u svako doba to da ovlasti, takođe mogu tražiti od Suda savetodavno mišljenje o pravnim pitanjima u okviru njihove delatnosti.“

⁸ Pre pristupanja Ujedinjenim nacijama, Japan, San Marino, Lihtenštajn, Švajcarska i Nauru su bili članice Statuta Suda. Danas nema država koje su članice Statuta, a istovremeno nisu članice Ujedinjenih nacija.

U postupku davanja savetodavnog mišljenja ne postoje dve strane sa suprotnim interesima, već se nadležnost Suda zasniva jednostranim podneskom nadležnog organa ili institucije. Legitimaciju da podnesu Sudu neko pitanje koje bi on razmotrio imaju svi organi Ujedinjenih nacija i specijalizovane agencije koje su za to ovlašćene.

Spor pred Sudom u slučaju parnice može otpočeti dvojako: ukoliko se stranke dogovore da svoj neslaganje razreše pred Sudom, one o tome obaveštavaju Sud – tada je reč o kompromisu, zajedničkoj odluci strana u sporu. Ukoliko takvog dogovora nema, spor otpočinje podnošenjem jednostrane izjave jedne od država, tj. tužbom. Tužba se podnosi u slučajevima kada je prethodnim dogovorom Sud određen za rešavanje sporova između strana u sporu.⁹ Dalje, postoji mogućnost pokretanja nekoliko vrsta prethodnih (incidentnih) postupaka: prethodni prigovori, zahtev za donošenjem privremenih mera, podnošenje protiv-tužbe, intervencija druge države. Za sve njih je zajedničko što se javljaju pre početka pismene faze postupka, odnosno vremenski su ograničeni na period pre početka razmatranja spora. Pismena faza postupka pred Sudom sastoji se u podnošenju podnesaka i protivpodnesaka. Redosled podnošenja podnesaka i protivpodnesaka određuje Sud, kao i rok u kome se oni moraju podneti. Usmeni postupak se sastoji u saslušanju svedoka, veštaka, zastupnika, savetnika i advokata. Raspravom rukovodi predsednik Suda, a sama rasprava je po pravilu javna – Sud može odrediti drugačije ako smatra da za to postoje opravdani razlozi, ili ako stranke u sporu tako zahtevaju.¹⁰ Postupak pred većima je, kao što je već rečeno, moguć ako je reč o veću specijalizovanom za određenu vrstu spora ili ukoliko je Sud obrazovao veće koje će se baviti suđenjem u skraćenom postupku. Postupak u parnicama može se okončati trojako: donošenjem presude, povlačenjem tužbe i sporazumom stranaka u sporu. Sud donosi presudu po okončanju usmenog postupka, tajnim većanjem. Da bi presuda bila doneta, potrebno je da za nju glasa većina prisutnih sudija. U slučaju da su glasovi izjednačeni, presudan je glas predsednika Suda, odnosno sudije koji ga zamenjuje.¹¹ Presuda ima obaveznu snagu u odnosu na stranke u sporu, kao i u odnosu na stranku koja je intervenisala. U praksi Suda nije zvanično usvojena doktrina precedentnog sistema, ali se Sud uvek trudio da kod donošenja odluke ima u vidu način na koji

⁹ Kao što je već napomenuto, pristanak druge strane može doći i naknadno, njenim faktičkim upuštanjem u proces pred Sudom.

¹⁰ Članovi 45. i 46. Statuta.

¹¹ Članovi 54. i 55. Statuta.

su slična pitanja rešavana u prošlosti.¹² Presuda je konačna i bez prava žalbe, ali je ovo pravilo dvostruko ograničeno. Povodom značenja ili domašaja presude stranke se mogu obratiti Sudu za autentično tumačenje. Osim toga, ukoliko dođe do otkrivanja novih činjenica koje nisu bile poznate u trenutku izricanja presude, stranke mogu tražiti obnovu postupka.¹³

Davanje savetodavnog mišljenja manje je formalno od postupka u parnici i po pravilu znatno kraćeg trajanja. U savetodavnom postupku se mogu primenjivati pravila iz kontradiktornog postupka, ako Sud oceni da je njihova primena celishodna.¹⁴ Nakon što primi zahtev, sekretar Suda o tome obaveštava sve države koje su ovlašćene da se pojavljuju pred Sudom. Posebno obaveštenje se šalje državama i međunarodnim organizacijama za koje se smatra da mogu pružiti podatke koji bi bili značajni za davanje mišljenja Suda.¹⁵ Ako neka država smatra da poseduje informacije koje bi bile relevantne za postupak, a nije pozvana da izrazi svoje mišljenje o pitanju, može izraziti želju da podnese pismenu izjavu ili bude saslušana. Sud odlučuje da li je potrebno održati raspravu, odnosno usmeni deo postupka.¹⁶ Nakon usvajanja savetodavnog mišljenja, Sud će ga proglasiti na javnoj sednici.

2.3 Sudska praksa

Srbija, kao samostalna država ili u okviru država različitih naziva koje su postojale u toku XX veka, bila je strana u relativno malom broju slučajeva pred Sudom. Velika većina sudske prakse potiče iz devedesetih godina, kada su se SRJ (kasnije, SCG, odnosno Srbija) našle i kao tužilac i kao tuženi u slučajevima vezanim za ratne događaje na Balkanu u tom periodu.

Ipak, prvi zabeleženi slučaj potiče iz daleke 1929. godine, kada je Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca bila tužena strana u procesu pod nazivom

¹² Više o tome u: I.Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 2003, str. 20-22. Domašaj člana 59. Statuta, koji govori o efektima presude: H.Thirlway, *The International Court of Justice*, u: M.D.Evans (ur.), *International Law*, Oxford, 2003, str. 579-581.

¹³ Članovi 60. i 61. Statuta.

¹⁴ Član 68. Statuta i član 102. Poslovnika Međunarodnog suda pravde.

¹⁵ Iako se države ne mogu pojaviti kao podnosioci zahteva za davanje savetodavnog mišljenja, međunarodna organizacija ili telo Ujedinjenih nacija mogu izneti pred Sud pitanje koje se svodi na neki aktuelni pravni spor između dve ili više država. Otuda su države po pravilu jako zainteresovane za neke postupke davanja savetodavnih mišljenja koji su od značaja za njihove interese i sporenja sa drugim državama.

¹⁶ Član 105. Poslovnika.

„Slučaj isplate raznih srpskih dugova odobrenih u Francuskoj“ (poznatiji u literaturi kao *Serbian Loans Case*).¹⁷ Prema odluci Suda, KSHS je morala da isplati dugove koji su nastali usled neisplaćivanja zajmova podignutih između 1895. i 1913. godine.

Period postojanja SFRJ nije bio obeležen slučajevima pred Međunarodnim sudom pravde. Nakon raspada SFRJ i otpočinjanja ratova na njenom prostoru, pojavila su se tri nova slučaja: SRJ (SCG) protiv pojedinih NATO država, Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Hrvatska protiv Srbije.

Slučaj *SRJ protiv pojedinih NATO država*¹⁸ zapravo je činilo deset odvojenih tužbi podneti Sudu od strane tadašnje Savezne Republike Jugoslavije 1999. godine, za vreme trajanja NATO bombardovanja, pod nazivom „Legalnost upotrebe sile“. Tužbe su podnete protiv SAD, Ujedinjenog kraljevstva, Španije, Portugala, Holandije, Italije, Nemačke, Francuske, Kanade i Belgije. Tužbe protiv SAD i Španije Sud je odbacio zbog nenadležnosti već u junu 1999. godine, dok su ostale tužbe odbačene 2004. godine iz istog razloga. Ovaj slučaj je značajan ne samo za SRJ, odnosno Srbiju, već i za međunarodno pravo u celini, pre svega zbog pokušaja da se premosti očigledna praznina u međunarodnom pravu, koje ne poznaje mehanizme pozivanja na odgovornost za kršenja međunarodnog prava koje počinji međunarodna organizacija. Obzirom da je NATO ostao kao jedina regionalna vojna organizacija koja ima kapacitete kako regionalnog tako i globalnog oružanog delovanja, „Legalnost upotrebe sile“ je bila prilika da se Sud izjasni o mehanizmima koji bi mogli ograničiti samovolju njegovog delovanja i uspostavljanja efikasnih sistema odgovornosti za eventualno kršenje pravila o upotrebi sile protiv priznate suverene države. Nažalost, Sud je našao dovoljno proceduralnih argumenata da se ne upušta u razmatranje merituma slučajeva koji su bili pred njime, tako da je ova prilika propuštena a pomenuto pitanje do danas ostalo bez odgovora.

Slučaj *Bosna i Hercegovina protiv SRJ (SCG, Srbije)*,¹⁹ poznat i kao *Genocide Case*, pred Sud je postavio novi izazov. Iako je osnovna nadležnost Suda parnična, trebalo je da presudi da li je bilo kršenja Konvencije

¹⁷ *Permanent Court of International Justice*, Series A, Nos.20/21, 1929.

¹⁸ Najvažnije odluke Suda i ostali dokumenti u vezi sa ovim slučajem mogu se naći na adresama: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=yus&case=114&k=25> i <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=ypos&case=111&k=2e> (01.06.2009.).

¹⁹ Najvažnije odluke Suda i ostali dokumenti u vezi sa ovim slučajem mogu se naći na adresi: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f4&case=91&code=bhy&p3=4> (01.06.2009.).

o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948.), čija je materija prirodno zalazila duboko u međunarodno krivično pravo, pa je i sama procedura morala biti prilagođena tako da je nalikovala kvazi-krivičnom procesu. Slučaj je otpočeo 1993. godine podnošenjem tužbe BiH. Iako je SRJ 2000. godine priznala diskontinuitet sa dotadašnjom politikom insistiranja da je ona naslednica SFRJ i zatražila ponovni prijem u Ujedinjene nacije, Sud je našao da je nadležan za ovaj slučaj. Nakon duge procedure, koja je često bila opterećena političkim značajem samog ishoda procesa, Sud je 2007. godine doneo presudu kojom je utvrđeno da Srbija nije počinila genocid preko svojih organa i institucija, niti prekršila obaveze preuzete ratifikacijom Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. Istovremeno, Sud je utvrdio da je Srbija kriva što nije učinila sve što je mogla da spreči genocid koji se dogodio 1995. godine u Srebrenici, kao i zato što nije izručila osobe odgovorne za taj genocid u vreme kada su se očigledno nalazile pod njenom jurisdikcijom²⁰. Takođe, Sud je odbacio zahtev BiH za reparacijama i kompenzacijom, smatrajući da za tako nešto ne postoje uslovi i da je presuda sama po sebi dovoljna satisfakcija, imajući u vidu sve okolnosti slučaja.

Sledeći primer BiH, Hrvatska je 1999. godine takođe podnela tužbu protiv SRJ (sada Srbije) za kršenje Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. U tužbi²¹ se navodi da su jugoslovenske vlasti imale direktnu kontrolu nad svojim vojnim snagama, obaveštajnim službama i različitim oblicima paravojnih jedinica, koje su delovale na teritoriji Hrvatske u periodu 1991. do 1995. godine, i to u okolini Knina, istočnoj i zapadnoj Slavoniji i Dalmaciji, i u tom periodu počinile etničko čišćenje građana hrvatske nacionalnosti na pomenutim lokacijama. Hrvatska posebno optužuje jugoslovenske vlasti da su naredile, pomagale i podsticale građane Hrvatske srpske nacionalnosti da se 1995. godine evakušu sa područja koje su naseljavali pri „preuzimanju legitimnih državnih vlasti od strane Hrvatske“. Na taj način su jugoslovenske vlasti izvele „drugi krug“ etničkog čišćenja na tim prostorima. Kao i BiH, Hrvatska traži da se Jugoslavija proglasi krivom zbog kršenja obaveza koje je preuzela ratifikacijom Konvencije o kažnjava-

²⁰ Odnosno, kako je to formulisano u samoj presudi, „da uspostavi punu saradnju sa Haški tribunalom“ (tačka 6. izreke presude Suda).

²¹ Tužba Republike Hrvatske, kao i svi ostali podnesci i odluke Suda povodom ovog postupka, mogu se naći na internet adresi: <http://www.icj-cij.org/> (01.06.2009.).

nju i sprečavanju zločina genocida, i da se dosudi reparacija za pričinjenu štetu pojedincima i njihovoj imovini, kao i naknada štete za onespobljavanje hrvatske privrede i ugrožavanje životne okoline, na osnovu procene štete koju odredi Sud. Osim toga, Hrvatska je u tužbi istakla i neke zahteve koji danas više nisu aktuelni, kao što je hitno preduzimanje suđenja Slobodanu Miloševiću (kojem se potom sudilo u Haškom tribunalu i koji je preminuo 2006. godine), dostavljanje informacija o nestalim licima i saradnja u tom pogledu nadležnih jugoslovenskih organa sa hrvatskim organima, povraćaj otuđenih kulturnih dobara (kada je reč o ovim problemima, saradnja je uspostavljena i dala konkretne rezultate prethodnih godina), i sl.²² Ovaj slučaj je u toku i teško je reći kako će se završiti, ali postoje mišljenja da je vrlo verovatno da će ishod biti isti kao u slučaju *BiH protiv Srbije*.

Najzad, Generalna skupština UN je, na zahtev Srbije, 8. oktobra 2008. godine usvojila Rezoluciju A/RES/63/3, kojom traži savetodavno mišljenje od Međunarodnog suda pravde o legalnosti jednostrano proglašene nezavisnosti Kosova.²³ Od Suda se zahteva mišljenje da li je jednostrano proglašena nezavisnost u skladu sa međunarodnim pravom ili nije. Ovaj postupak, osim što nosi izuzetan značaj za Srbiju i razvoj njene strategije za rešavanje problema Kosova, ima i veliki značaj za međunarodno pravo u celini. Sa jedne strane, Sud će morati da odgovori na pitanje da li pravo na samoopredeljenje u savremenom, post-kolonijalnom smislu, uključuje i pravo na otcpljenje. Odgovor na ovo pitanje mogao bi da pokrene niz sličnih postupaka pojedinih teritorija širom sveta, tako da nosi i specifičnu političku težinu. Sa druge strane, Sud treba da da svoje mišljenje da li je moguće da jedna nesamoupravna teritorija pod međunarodnim patronatom jednostrano donese odluku kojom se poništava Rezolucija 1244 Saveta bezbednosti UN iz 1999. godine, prema kojoj je Kosovo i dalje u sastavu Srbije, i nad kojim ona ima (formalni) suverenitet. I ovo je pitanje koje će imati velikog odjeka na neke dalje postupke i procese sličnog karaktera koji bi se mogli dogoditi u različitim regionima.

²² Nešto više podataka o zahtevima koji su navedeni u zahtevu za pokretanje postupka i tužbi Republike Hrvatske: S.Obradović, *Sporovi Srbije i Crne Gore pred Međunarodnim sudom pravde*, u: Godišnjak udruženja za međunarodno pravo Srbije i Crne Gore 2000-2003, Beograd, 2004, str. 229-230.

²³ Dokumentacija se može naći na internet adresi: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=kos&case=141&k=21> (01.06.2009.).

3. MEĐUNARODNI KRIVIČNI SUD²⁴

3.1 Opšta razmatranja

Međunarodni krivični sud nastao je potpisivanjem tzv. Rimskog statuta, međunarodnog ugovora koji je sačinjen u okviru Ujedinjenih nacija i otvoren za pristupanje svim državama-članicama UN.²⁵ Statut je stupio na snagu 2002. godine, koja se uzima za godinu početka rada Suda. Reč je o revolucionarnom dostignuću u međunarodnom pravu, jer je u pitanju prvi međunarodni krivični sud stalnog karaktera. Kako mnogi autori ističu, Sud je nastao na temeljima iskustva koje je stečeno osnivanjem *ad hoc* tribunala za bivšu Jugoslaviju i Ruandu i predstavlja još jedan značajan iskorak u povezivanju međunarodne zajednice.²⁶ Ipak, osnivanje Suda nije naišlo na odobravanje mnogih država koje nisu spremne da jurisdikciju nad svojim vojnicima u različitim misijama u inostranstvu prepuste međunarodnom sudskom telu. Među njima su i tzv. velike sile i stalne članice Saveta bezbednosti UN – Rusija, SAD i Kina, koje ili nisu ni potpisale, ili nisu ratifikovale Rimski statut. Sa druge strane, osnivanje Suda je naišlo na odobravanje mnogih drugih zemalja, tako da je on potpisan od strane 139 država, od kojih je u 108 država i ratifikovan.²⁷

Iako se naziva sudom, Međunarodni krivični sud je zapravo tvorevina „tribunalskog tipa“, u smislu anglosaksonskog prava, jer je tužilaštvo njegov sastavni deo. Ipak, ova tvrdnja nije u potpunosti tačna, jer tužilaštvo ima značajan stepen samostalnosti i izdvojeno je iz administrativne strukture Suda. Sud se sastoji iz predsedništva, koje stoji kao glavni administrativno-operativni organ Suda, sudskih odeljenja, sekretarijata i drugih službi potrebnih za funkcionisanje Suda. Sud ima 18 sudija, koji se biraju za stalno zaposlenje u Sudu. Sudije bira Skupština država-potpisnica²⁸, što je mehanizam koji je ustanovljen kako bi se i u ovom aspektu naglasila samostalnost Suda u odnosu na bilo koji od po-

²⁴ Zvanična internet prezentacija Suda: <http://www.icc-cpi.int/> (01.06.2009.).

²⁵ To ne znači da je Međunarodni krivični sud deo sistema Ujedinjenih nacija, naprotiv reč je o nezavisnom telu koje se finansira direktno iz doprinosa država-potpisnica Statuta.

²⁶ Videti npr. P.Sands, P.Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, London, 2001, str. 384; M.Shaw, *op.cit.*, str. 238; A.Kaseze, *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, 2005, str. 402.

²⁷ Izvor: <http://www.iccnw.org/?mod=romesignatures> (01.06.2009.).

²⁸ Član 36. Statuta Međunarodnog krivičnog suda.

stojećih organa UN, ili neke druge međunarodne organizacije. Predsedništvo Suda (predsednik i dva potpredsednika) se biraju između samih sudija.²⁹

Tužilac je samostalan organ Suda, izdvojen od sudskih veća, koji se takođe bira od strane Skupštine država-potpisnica.³⁰

3.2 Nadležnost i postupak

Sud je nadležan za slučajeve genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina.³¹ Sudi se pojedincima, što je u skladu sa principom međunarodnog krivičnog prava da ne postoji kolektivna krivična odgovornost. Što se tiče uspostavljanja nadležnosti, Sud može razmatrati samo događaje koji su se desili na teritoriji država koje prihvataju Rimski statut, i to posle njegovog stupanja na snagu u konkretnoj državi. Optuženi takođe mora pripadati po nacionalnosti državi koja prihvata Statut. Država može proširiti vremenski domašaj i na period pre prihvatanja Statuta, ali je apsolutna granica takve ekstenzije 01. jul 2002. godine, kada je Statut stupio na snagu u odnosu na prvih 60 država koje su ga potpisale. Takođe, ukoliko Savet bezbednosti ukaže pažnju tužiocu na neku situaciju koja bi potencijalno mogla potpadati pod njegovu nadležnost, on može pokrenuti postupak bez obzira na nacionalnost optuženog ili mesto na kojem je zločin počinjen.³²

Tužilac može pokrenuti neki postupak na sopstvenu inicijativu, ili nakon intervencije države-potpisnice koja ukazuje na neku situaciju koja zavređuje pažnju Suda. Takođe, valja napomenuti da Sud ima komplementarnu nadležnost, odnosno da će reagovati i procesuirati samo one slučajeve koji nisu adekvatno (ili nisu uopšte) obrađeni u državama koje su nadležne za njihovo razmatranje.³³ Za vreme istrage, proces pra-

²⁹ Član 38. Statuta.

³⁰ Član 42. Statuta.

³¹ Članovi 5-9. Statuta.

³² Ovde se, nasuprot svemu što je do sada rečeno, vidi jaka veza sa Svetom bezbednosti UN, što je neke pisce navelo i na razmatranje mogućnosti zloupotrebe i politizacije ovog mehanizma. Poseban apsurd je u tome što države koje nisu potpisale Statut u Savetu bezbednosti mogu igrati značajnu ulogu u kreiranju takve prakse, kako u pozitivnom tako i u negativnom smislu (fabrikovanjem slučajeva koje će proslediti tužiocu Suda, ili sa druge strane onemogućavanjem intervencije Saveta bezbednosti u onim slučajevima koji se čine opravdanim).

³³ Članovi 11-19. Statuta.

ti posebno odeljenje Suda. Nakon što se istraga završi, slučaj se dodeljuje sudskom veću koje čini troje sudija.³⁴ Presuda koju sudsko veće donosi nije konačna, postoji pravo žalbe apelacionom veću koje sačinjava pet sudija.³⁵

3.3 Sudska praksa

Srbija³⁶, odnosno njeni državljani, još uvek nisu imali ulogu u nekom od slučajeva pred ovim sudom, koji je u toku svog kratkog postojanja do sada pokrenuo četiri procesa, i to u vezi sa situacijama u Ugandi, Kongu, Centralnoafričkoj republici i Sudanu. Obzirom da još uvek nema okončanih slučajeva, odnosno presuda, kao i da i dalje među državama koje zauzimaju značajnu poziciju u međunarodnim odnosima postoji veliki otpor prema prihvatanju nadležnosti Suda, ostaje otvoreno pitanje njegovog uticaja na buduću praksu poštovanja humanitarnog prava, ljudskih prava i međunarodnog krivičnog prava.

4. MEĐUNARODNI KRIVIČNI TRIBUNAL ZA BIVŠU JUGOSLAVIJU (HAŠKI TRIBUNAL)

4.1 Opšta razmatranja

O osnivanju i funkcionisanju tzv. Haškog tribunala (ICTY), koji je osnovao Savet bezbednosti UN da bi istražio, procesuirao i kaznio najsurovije zločine, odnosno najteža kršenja međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava počinjena na teritoriji bivše SFRJ, dosta se pisalo u različitom kontekstu – kako pozitivnom, tako i negativnom – a takav trend je zadržan i do danas, kada je mandat Tribunala pri kraju i kada se sprema njegovo konačno gašenje. Tribunal je osnovan maja 1993. godine rezolucijom Saveta bezbednosti.³⁷ Postoji veliko neslaganje među autorima da li je to pravi način da se osnuje sudska institucija, i da li neki međunarodni sud može postojati kao nezavistan organ (što je osnovna pretpostavka njegovog nesmetanog rada i faktičke snage odluka koje donosi), ako se legitimnost njegovog stvaranja crpi u ovlašćenju Saveta bezbednosti da osniva pomoćne or-

³⁴ Članovi 62-76. Statuta.

³⁵ Članovi 82-85. Statuta.

³⁶ Srbija je potpisala Statut 2000. godine, a ratifikovala ga je 2001. godine.

³⁷ U pitanju su rezolucije 808 (kojom je izražena spremnost za osnivanje jednog takvog tela) i 827 (od 25. maja 1993. godine, kojom je Tribunal i zvanično osnovan).

gane koji će se baviti određenim pitanjima od značaja za svetski mir i bezbednost? Ipak, činjenica je da mnoga osporavanja nisu smetala svim značajnijim akterima međunarodnih odnosa, uključujući i sve stalne članice Saveća bezbednosti, da se uključe u njegov rad i da ga podrže. Uz istovetan tribunal koji je osnovan za Ruandu (ICTR), ICTY je služio kao uzor potonjem stvaranju Međunarodnog krivičnog suda i u tom smislu je odigrao istorijsku ulogu u međunarodnom krivičnom pravu. Istovremeno, ICTY i ICTR su doprineli konačnoj prevazi shvatanja da masovna kršenja humanitarnog prava i ljudskih prava ne mogu biti unutrašnja stvar države, i da tamo gde države u pitanju nisu dovoljno jake da same kazne počinioce takvih zločina, međunarodna zajednica mora da reaguje i preuzme na sebe takav zadatak. U tom smislu je značaj Tribunala izuzetan, bez obzira što je tokom godina iz njega poteklo dosta politički motivisanih i neopravdanih odluka koje ne priliče nezavisnom sudskom organu kakav bi Tribunal morao da bude.³⁸ Srbija je svoju saradnju sa Tribunalom formalizovala i kroz Zakon o saradnji SCG sa Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju.³⁹

Tribunal se sastoji iz suda, tužilaštva i zajedničkog sekretarijata. Sud funkcioniše u sudskim većima, koja sude u prvom stepenu i apelacionom veću, koje presuđuje po žalbama. Sud ima maksimalno 16 stalnih sudija, od kojih se ne mogu izabrati dvojica iz iste države, i maksimalno 12 *ad litem* sudija, koji imaju ulogu rezervnih sudija u slučaju da neki od glavnih sudija mora da napusti sudsko veće u postupku. Sudsko veće izabrano da vodi jedan proces može imati maksimalno troje stalnih i šest *ad litem* sudija. Sedam sudija može da sudi u apelacionom veću, koje u svakom procesu ima pet članova.⁴⁰

Redovne sudije se biraju tako što na poziv Generalnog sekretara UN, države nominuju svoje kandidate. Između pristiglih nominacija Savet bezbednosti će izabrati sudije, na period od četiri godine. Moguće je izabrati istu ličnost u više uzastopnih mandata. *Ad litem* sudije se biraju na sličan način, ali o njihovom izboru ne odlučuje konačno Savet bezbednosti, već samo utvrđuje širu listu kandidata koje nakon toga bira Generalna skupština UN. I *ad litem* sudije se biraju na četiri godine, uz mogućnost da budu ponovo izabrane.⁴¹

³⁸ O primedbama na osnivanje i rad Tribunala videti npr. A.Kaseze, *op.cit.*, str. 395-401.

³⁹ Sl.list SRJ 18/02 i Sl.list SCG 16/03.

⁴⁰ Članovi 11. i 12. Statuta Haškog tribunala.

⁴¹ Članovi 13-13ter. Statuta.

Tužilac je Statutom Tribunala određen kao nezavisni organ odvojen od rada suda, što je u saglasnosti sa tradicijom shvatanja ovakvih zajedničkih sudsko-tužilačkih institucija. Tužilac se takođe bira na period od četiri godine, uz mogućnost reizbora. Izbor tužioca vrši Savet bezbednosti, na predlog Generalnog sekretara. Iako Statut predviđa da tužilac ima svoju kancelariju i osoblje „prema potrebi“, ne ulazi u detaljnije regulisanje njegovog rada.⁴²

4.2 Nadležnost i postupak

Haški tribunal nadležan je za procesuiranje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjenih od 1991. godine na prostorima bivše SFRJ. Tribunal razmatra više grupa zločina: teške povrede Ženevskih konvencija iz 1949. godine; kršenje običaja ratovanja; genocid; zločine protiv čovečnosti. Naročito je naglašeno da Tribunal ima personalnu jurisdikciju nad počiniocima ovih zločina, odnosno da je cilj njihovog procesuiranja da se utvrdi *individualna krivična odogovornost* za počinjenja zlodela. Takođe, naročito je naglašeno da činjenica što su pojedine osobe delovale na visokim položajima predstavljajući državu, kao što su npr. funkcije šefa države ili vlade, takva lica neće osloboditi krivične odgovornosti. Što se tiče teritorijalne i vremenske nadležnosti, Statut predviđa da se Tribunal bavi događajima koji su se desili na teritoriji bivše SFRJ, počev od 01. januara 1991. godine. U svim takvim slučajevima, Tribunal ima primat nad nadležnošću nacionalnih sudova, ali im može prepustiti slučajeve za koje smatra da mogu biti pravično procesuirani od strane nacionalnih sudova u državama u kojima su počinjeni zločini, ili država iz kojih potiču izvršioc tih zločina.⁴³

Postupci koji se vode pred Tribunalom spadaju u krivične postupke. Oni počinju istražnim radnjama tužilaštva, koje mogu voditi do podizanja optužnice. Kada se lica koja su optužena nađu u pritvoru, pokreće se sudski postupak koji se ne razlikuje mnogo od nacionalnih krivičnih postupaka. Sudsko veće donosi odluku većinom glasova, a presuda uvek sadrži pismeno objašnjenje. Kazne koje se mogu izreći su zatvorske i kreću se do doživotne kazne zatvora za najteže povrede humanitarnog prava. Osuđena lica mogu služiti kaznu zatvora u onim zemljama koje za to pokažu interesovanje. Na prvostepenu presudu se može uložiti žalba (kako optuženi, ta-

⁴² Član 16. Statuta.

⁴³ Članovi 1-9. Statuta.

ko i tužilac imaju pravo na to). Presuda apelacionog veća je konačna i takođe se donosi većinom glasova. Nakon toga, samo otkrivanje nove činjenice koja bi znatno uticala na ishod postupka da je bila poznata ranije, može voditi preispitivanju presude. Obzirom da se na takvu novu presudu može uložiti žalba, može se reći da je ona prvostepena, odnosno da otkrivanje novih činjenica značajnih za postupak može voditi do njegovog ponavljanja.⁴⁴

4.3 Sudska praksa

U toku svog postojanja, Tribunal je podigao 161 optužnicu protiv pojedinaca. Do sada je okončao procese protiv 120 lica, a procesi protiv 41 lica su u toku. Na spisku traženih osoba koje Tribunal sumnjiči za ratne zločine i druga teška kršenja humanitarnog prava i ljudskih prava su još dva imena. Od 120 lica protiv kojih je postupak završen, 11 je oslobođeno, 60 osuđeno, 13 prepušteno nacionalnim sudovima a protiv 36 lica je optužnica povučena ili su ona umrla pre okončanja postupka.⁴⁵

Teško je na potpun način sagledati uticaj prakse Haškog tribunala na Srbiju. Kao što je poznato, presude Tribunala su korišćene i u postupku *Bosna i Hercegovina protiv Srbije* pred Međunarodnim sudom pravde. Potom, aktivnosti Tribunala, kao i dokumentacija koju je sakupio se koriste u postupcima pred domaćim sudovima, naročito onim koje je Tribunal ustupio državama na suđenje. Najzad, sama saradnja sa Tribunalom i poštovanje međunarodnih obaveza koje Srbija ima u vezi sa suđenjima za ratne zločine i privođenja osumnjičenih pravdi, određuju i njen evropski integracioni put, njegovu dinamiku i uspešnost. Do svog gašenja, Tribunal će imati veliku ulogu u međunarodnim odnosima i odnos Srbije prema njemu će definisati i njen položaj u Evropskoj uniji, a i šire. Pogrešno je i opasno konstatovati da se Tribunal tiče samo onih koji su pred njime optuženi ili osuđeni, jer su države te koje mu daju podršku i potrebnu dokumentaciju za rad, i čine mogućim procesuiranje različitih zločina. Zbog svega toga Tribunal, iako stvoren kao *ad hoc* međunarodni sud oročenog trajanja i uskog domašaja, još uvek predstavlja jednu od najvažnijih sudskih instanci koje utiču na razvoj srpskog prava i pravosuđa, ali i na prevladavanje autoritarne prošlosti zajedničke za ceo region zapadnog Balkana.

⁴⁴ Članovi 18-29. Statuta.

⁴⁵ Izvor: <http://www.icty.org/sections/TheCases/KeyFigures> (01.06.2009.).

5. EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA⁴⁶

5.1 Opšta razmatranja

Evropski sud za ljudska prava nalazi se u Strazburu i nastao je kao deo regionalnog mehanizma za uspostavljanje i očuvanje standarda ljudskih prava u Evropi, pri Savetu Evrope.⁴⁷ Sud je osnovan Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja je doneta 1950. godine, a 1953. godine stupila na snagu.⁴⁸ Sud je počeo sa radom 1959. godine, i od tada je doneo više od 10 000 presuda.⁴⁹ Konvencija je menjana donošenjem različitih protokola (ukupno je doneto 15 protokola, od kojih protokoli 14 i 14bis još uvek nisu stupili na snagu). Počev od izmena iz Protokola 11, koje su stupile na snagu 1998. godine, svaki pojedinac može tužiti državu-potpisnicu za kršenje nekog prava iz Konvencije. Ovo je jedini nadnacionalni Sud na svetu kome se potencijalno može obratiti više od 800 miliona ljudi iz 47 različitih država, jer svaka država učlanjenjem u Savet Evrope prihvata i Konvenciju i dužna je da poštuje njene odredbe.

Sud ima 47 sudija – taj broj korenspodira sa brojem članica.⁵⁰ Svaka država predlaže tri kandidata za sudiju a Parlamentarna skupština Saveta Evrope između njih većinom glasova bira jednog, na šest godina. Iako je na osnovu načina izbora jasna veza sudija sa njihovim državama, oni isključivo sude u ličnom svojstvu i nisu vezani bilo kakvim instrukcijama svojih vlada.⁵¹ Sud sudi u odborima, većima ili Velikom veću. Na opštoj sednici se biraju predsednik i potpredsednici Suda, kao i sekretar i njegovi zamenici i usvaja Poslovnik Suda.⁵²

⁴⁶ Internet prezentacija Suda na adresi: <http://www.echr.coe.int> (01.06.2009.).

⁴⁷ Savet Evrope poštovanje ljudskih prava stavlja među najviše prioritete i među uslove da bi neka država bila primljena u članstvo. Videti: V.Dimitrijević, M.Paunović, *Ljudska prava*, Beograd, 1997, str. 115-123.

⁴⁸ Srbija je ratifikovala Konvenciju u sastavu DZ Srbija i Crna Gora 2004. godine.

⁴⁹ Izvor: *European Court of Human Rights – Some Facts And Figures 1959-2009*, <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/65172EB7-DE1C-4BB8-93B1-B28676C2C844/0/FactsAndFiguresEN.pdf> (01.06.2009.).

⁵⁰ Član 20. Konvencije.

⁵¹ Članovi 21. i 22. Konvencije.

⁵² Član 26. Konvencije.

5.2 Nadležnost i postupak

Nadležnost Suda je da razrešava sve predmete koji se tiču tumačenja i primene Konvencije i protokola uz Konvenciju.⁵³ Tužena strana može biti samo država; tužilac može biti država, ali i pojedinac koji smatra da su mu (ne)činjenjem organa neke države povređena prava i slobode garantovani Konvencijom.

Kada su nakon pada Berlinskog zida i sloma istočnog bloka države istočne i centralne Evrope pristupile Savetu Evrope i Konvenciji, broj slučajeva pred Sudom se dramatično uvećao. Npr, u periodu od prvih 40 godina funkcionisanja, Sud je ukupno primio oko 45 000 predstavki, da bi taj broj od 1999. godine konstantno rastao i dostigao u 2008. godini cifru od gotovo 50 000 predstavki na godišnjem nivou.⁵⁴ Zbog toga je protokolom 11 uveden efikasniji sistem suđenja, 1998. godine. Međutim, konstantan rast broja pritužbi pojedinaca zahtevao je novu reformu, pa je donet Protokol 14, koji još uvek nije stupio na snagu, a na osnovu koga će procedura ponovo biti značajnije izmenjena.⁵⁵

Prema važećoj proceduri, Sud može suditi u odboru, veću ili Velikom veću. Odbori se sastoje od troje sudija, veća od sedam, a Veliko veće od sedamnaest sudija, među kojima se nalaze i predsednik i potpredsednici Suda, kao i predsednici veća.⁵⁶ Uloga odbora je pre svega da filtrira primljene predstave, odnosno da jednoglasno eliminiše one koje ne ispunjavaju propisane zahteve da uđu u proceduru za razmatranje.⁵⁷ Sa druge strane, Veliko veće sudi samo u slučajevima kada se pred Sudom pokrene neko pitanje koje je od izuzetne važnosti za tumačenje Konvencije ili protokola uz Konvenciju, ili kada je u pitanju odluka koja neće biti u skladu sa nekom prethodno donetom odlukom Suda.⁵⁸

⁵³ Član 32. Konvencije.

⁵⁴ *European Court of Human Rights – Some Facts And Figures 1959-2009, loc.cit.* Najviše predstavki je podneto protiv Rusije, zatim slede Turska, Rumunija i Ukrajina. U poređenju sa brojem stanovnika, najviše predstavki po glavi stanovnika ima Slovenija. Sa druge strane, najviše presuda je doneto protiv Italije i Turske (podaci zaključno sa 01.01.2009. godine).

⁵⁵ Da bi Protokol 14 stupio na snagu, potrebno je da ga ratifikuju sve države-potpisnice Konvencije. Za sada to nije učinila samo Rusija.

⁵⁶ Član 27. Konvencije.

⁵⁷ Član 28. Konvencije.

⁵⁸ Član 30. Konvencije. Ujednačenost sudske prakse je jedan od osnovnih principa na kojima se zasniva rad Suda – slični slučajevi se presuđuju na isti način, kao u precedentnom sistemu. Međutim, Konvencija kao dokument donet pre više od pola veka „živi“

Ako se predstavka proglasi prihvatljivom, Sud je razmatra i eventualno sprovodi istragu. Istovremeno, Sud pokušava da dovede stranke do prijateljskog poravnjanja, ali isključivo na način koji ne bi umanjio standarde ljudskih prava i osnovnih sloboda predviđenih Konvencijom i pratećim protokolima uz Konvenciju. Sam postupak pred Sudom je javan i teče putem pismene korenspondencije, gde se stranke u sporu trude da dokažu svoje stanoviše da je kršenja bilo ili ne, podnjošenjem relevantnih dokumenata. Na osnovu toga Sud donosi odluku, koja postaje konačna nakon isteka roka od tri meseca. Sud može, ukoliko utvrdi da je bilo kršenja Konvencije ili protokola uz Konvenciju, dosuditi pravično zadovoljenje oštećenoj stranci. Ovo zadovoljenje može imati oblik restitucije, reparacije, ili druge sankcije koje smatra zadovoljavajućim obzirom na okolnosti.⁵⁹ U pomenutom roku od tri meseca stranke se mogu žaliti na presudu i zahtevati drugostepeni postupak pred Velikim većem, ali samo ako su ispunjeni prethodno navedeni uslovi – ako se radi o pitanju od velike važnosti za tumačenje Konvencije ili ukoliko se odlukom Suda prekida dotadašnja praksa u sličnim slučajevima. Odluka Velikog veća je pravosnažna danom njenog donošenja.⁶⁰

Sud može davati i savetodavna mišljenja, koja su vezana isključivo pravna pitanja koja se odnose na značenje i tumačenje Konvencije i protokola uz Konvenciju. Ovakvo mišljenje može tražiti samo Komitet ministara Saveta Evrope, koji inače ima nadzornu ulogu nad izvršavanjem presuda Suda.

5.3 Sudska praksa

„Konvencija je živi instrument koji se (...) mora tumačiti u svetlu sadašnjih uslova.“⁶¹ Zaista, kao što je Sud više puta konstatovao, njegova praksa je ogledalo pravnih sistema država-potpisnica, u društvenim uslovi-

kroz praksu Suda, tako da se ponekad dešava da Sud promeni svoje stavove o pojedinim pitanjima i da presudi različito od dotadašnje prakse, imajući u vidu izmenjene okolnosti u društvima u kojima se slučaj dogodio, kao i stalnu potrebu za unapređivanjem standarda zaštite pojedinih ljudskih prava i sloboda.

⁵⁹ Osim formalnih sankcija koje sadrži presuda, posledice odlučivanja Suda mogu biti dalekosežnije u slučajevima kada postoji niz presuda protiv neke države u vezi istog ili grupe sličnih pitanja. Tada se ona mora pozabaviti *sistemskim nedostacima* u pravnom sistemu, izvršavanju ili zaštiti od kršenja propisa koji su u koliziji sa praksom Suda i njegovim tumačenjem Konvencije i protokola uz Konvenciju, kako bi izbegla plaćanje visokih odšteta i ostale posledice presuđivanja na njenu štetu.

⁶⁰ Članovi 38-44. Konvencije.

⁶¹ Ž.Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd, 2006, str. 23.

ma koji se neprestano menjaju i razvijaju. U tom smislu treba posmatrati i odnos Srbije sa Evropskim sudom za ljudska prava, kao test fluktuirajućeg zakonodavstva, puteva i stranputica u tranziciji iz totalitarnog, u savremeni pravni sistem.

Prema dostupnim podacima (zaključno sa 19.05.2009. godine), Srbija je bila tužena država pred Sudom u 30 slučajeva. Od toga, Sud je 28 puta odlučio da je postojalo najmanje jedno kršenje Konvencije, a u nekim slučajevima i više članova Konvencije i protokola uz Konvenciju. Dva puta je Sud našao da nije bilo kršenja Konvencije.⁶² Čak 13 puta je Srbija proglašena krivom za kršenje člana 6, stav 1. Konvencije, zbog dužine trajanja postupka pred nacionalnim sudovima. 11 puta je Sud konstatovao da oštećeni nije imao pravo na efikasan pravni lek (član 13. Konvencije), a po 7 puta je konstatovano da je oštećenom uskraćeno pravo na pravično suđenje (član 6. Konvencije) i pravo na mirno uživanje imovine (član 1, Protokola I uz Konvenciju). Srbija je takođe proglašavana krivom za kršenje članova 5. (pravo na slobodu i sigurnost ličnosti), 8. (pravo na poštovanje ličnog i porodičnog života) i 10. (sloboda govora). Ako se ovi podaci uporede sa podacima koji su dostupni za druge države, može se konstatovati da Srbija ne zaostaje mnogo po standardima poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda. Struktura ustanovljenih prekršaja Konvencije je gotovo ista kod većine država. Međutim, ono što u svakom slučaju zabrinjava jeste da očigledno postoje sistemske greške u srpskom pravnom sistemu, kada je reč o trajanju sudskih procesa i pravu na delotvoran pravni lek. Ovo su nedostaci koji bi morali biti u najkraćem roku razmotreni i na adekvatan način prevaziđeni, tim pre što su isti uočeni i u zemljama u okruženju, koje su tim povodom kao reakciju na veliki broj presuda Suda unele značajne izmene u svoja zakonodavstva.

⁶² U slučaju *Bijelić protiv Crne Gore i Srbije* (predstavka 11890/05), Sud je našao da Srbija nije prekršila Konvenciju, ali Crna Gora jeste.

Mario Reljanović, LL.M

ACCESS OF SERBIA TO THE INTERNATIONAL JUDICIAL INSTITUTIONS

Part of the contemporary international society and global relations are institutions and mechanisms for solving international disputes. Both at the universal and regional level, there are several significant courts having in mind that they have jurisdiction over Serbia or its citizens: International Court of Justice, International Criminal Court, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, European Court of Human Rights. Paper deals with each of these courts, analysing their structure, jurisdiction and procedures, as well as courts' practice regarding Serbia. In that way, the picture of the relations of Serbia to international courts emerges, based on its international position and membership in universal and regional international organizations.

Key words: international judicial institutions, International Court of Justice, International Criminal Court, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, European Court of Human Rights.

Mr Jelena Ostojić

**SRBIJA I MEĐUNARODNI SUD PRAVDE:
Savetodavno mišljenje o jednostrano
proglašenoj nezavisnosti Kosova**

Jednostranim proglašenjem nezavisnosti Kosova od strane privremenih institucija samouprave u ovoj južnoj srpskoj pokrajini, ugrožen je teritorijalni integritet Srbije i prekršen njen Ustav, kao i Rezolucija 1244, Povelja Ujedinjenih nacija i ostali relevantni akti međunarodnog prava.

U cilju zaštite svog teritorijalnog integriteta i celovitosti, Srbija je odlučila da kosovsko pitanje sa političkog premesti na međunarodnopravni teren i u tom smislu je podnela Predlog rezolucije Generalnoj skupštini koja je istu i usvojila, a kojom se od Međunarodnog suda pravde traži savetodavno mišljenje o jednostrano proglašenoj nezavisnosti.

Međunarodni sud pravde će u savetodavnom postupku dati mišljenje o pitanju da li je jednostrano proglašena nezavisnost Kosova u skladu sa međunarodnim pravom. Odluka, odnosno mišljenje Suda koje sa nestrpljenjem očekuju i Beograd i Priština, iako nije pravno obavezujuće, svakako će imati veliki uticaj na budućnost Srbije i Kosova i Metohije.

***Ključne reči:** međunarodni sud pravde, savetodavno mišljenje, teritorijalni integritet, pravo na samoopredeljenje, jednostrano proglašena nezavisnost Kosova.*

**JEDNOSTRANO PROGLAŠENJE NEZAVISNOSTI
KOSOVA I METOHIJE**

Kosovski parlament je na svečanoj sednici održanoj 17.02.2008. godine usvojio Deklaraciju o nezavisnosti Kosova¹. Međutim, ovaj događaj pravilnije opisuje rečenica da su tog 17.02.2008. godine privremene insti-

¹ Tekst Deklaracije videti na: www.assembly-kosova.org/common/docs/Dek_Pav_s.pdf.

tucije samouprave na Kosovu i Metohiji donele nelegalnu odluku o jednostranom proglašenju nezavisnosti ove južne srpske pokrajine, prekršivši tako Ustav Srbije, Rezoluciju 1244 Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija kao i ostale akte međunarodnog prava.

Srbija je nakon ovog događaja zatražila hitnu sednicu Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija, sa zahtevom da se nelegalna odluka privremenih institucija na Kosovu i Metohiji poništi i stavi van snage i zaštiti teritorijalna celovitost Srbije u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija i svim pozitivnim aktima međunarodnog prava. Usledile su potom i protestne note koje je Vlada Srbije uputila vladama zemalja koje su priznale jednostrano proglašenu nezavisnost, kao i povlačenje ambasadora iz nekih od tih zemalja.

Ubrzo posle jednostranog proglašenja nezavisnosti usledio je niz poteza međunarodne zajednice, kao što su formiranje Međunarodne upravljačke grupe za sprovođenje Ahtisarijevog plana², postavljanje Pitera Fejta na mesto međunarodnog civilnog predstavnika, prenošenje nadležnosti sa UNMIK na EULEKS, koji su bili direktno suprotni Rezoluciji 1244 Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija.

Srbija se oštro usprotivila svim navedenim merama ističući da nije bilo pravnog osnova za formiranje Međunarodne upravljačke grupe, da rad EULEKS-a ne može biti zasnovan na Ahtisarijevom planu koji je Srbija odbacila i koji nikada nije usvojen od strane Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija. Misija EULEKS-a ne može zadirati u državni suverenitet i teritorijalni integritet Srbije, te u tom smislu mora biti statusno neutralna i priznata od strane Saveta bezbednosti. Suštinski to je značilo da je rekonfiguracija međunarodnog civilnog prisustva na Kosovu i Metohiji moguća samo u skladu sa Rezolucijom 1244.

Insistiranje Srbije na poštovanju Rezolucije 1244 i međunarodnog prava uopšte, dalo je rezultate usvajanjem predsedničkog saopštenja od strane Saveta bezbednosti kojim se pozdravlja izveštaj generalnog sekretara Ujedinjenih nacija Ban Ki Muna, a u kome su iznete preporuke o rekonfiguraciji UNMIK-a i raspoređivanju EULEKS-a na Kosovu i Metohiji prema sporazumu o šest tačaka sa Srbijom (koje se odnose na: policiju, carinu, pravosudni sistem, transport i infrastrukturu, administrativnu liniju i srpsko versko i kulturno nasleđe).

² Plan Martija Ahtisarija, specijalnog izaslanika Ujedinjenih nacija, koji je predstavljen 02.02.2007. godine i koji je Srbija odbacila, predviđao je tzv. "nadležan nezavisnoat" Kosova koja, između ostalog, podrazumeva pravo na pregovaranje i zaključivanje međunarodnih sporazuma, kao i pravo traženja članstva u međunarodnim organizacijama, što je u potpunosti bilo suprotno Rezoluciji 1244.

Srbija je nastavila da brani svoj principijelni stav o Kosovu i Metohiji, koristeći sva politička, diplomatska i pravna sredstva koja su joj na raspolaganju, smatrajući neodrživim argument da je Kosovo *sui generis* slučaj, jer bi to značilo njegovo tretiranje kao izuzetak od međunarodnog prava na koji se ne bi primenjivala pravila kojima se uređuju odnosi u međunarodnoj zajednici.

INICIJATIVA SRBIJE PRED GENERALNOM SKUPŠTINOM UJEDINJENIH NACIJA

Dalji naponi Srbije za očuvanjem teritorijalnog integriteta nastavljaju se pred Međunarodnim sudom pravde u Hagu. U tom smislu, 15.08.2008. godine predat je Predlog rezolucije kojim Srbija traži da Generalna skupština Ujedinjenih nacija od Međunarodnog suda pravde zatraži savetodavno mišljenje o legalnosti jednostrano proglašene nezavisnosti Kosova i Metohije.

Sam tekst rezolucije je koncipiran tako da zemlje članice Ujedinjenih nacija ne budu u situaciji da moraju da se izjašnjavaju za ili protiv političkog stava Srbije o statusu Kosova i Metohije, s obzirom da u tekstu nije sadržan nijedan politički stav, već prosto pitanje: da li je jednostrano proglašenje nezavisnosti od strane privremenih institucija samouprave na Kosovu i Metohiji u saglasnosti sa međunarodnim pravom?

Podnošenjem Predloga rezolucije Srbija je s jedne strane započela zvaničnu proceduru u Generalnoj skupštini čije je redovno zasedanje bilo u septembru, a s druge strane i jaku diplomatsku akciju u cilju prikupljanja što većeg broja glasova zemalja članica Ujedinjenih nacija, s obzirom da je za usvajanje rezolucije bila potrebna prosta većina prisutnih.

Generalni komitet Ujedinjenih nacija je doneo odluku da se na dnevnom redu Generalne skupštine nađe inicijativa Srbije o legalnosti proglašenja nezavisnosti Kosova i Metohije, nakon čega je na redovnom zasedanju Generalna skupština 08.10.2008. godine prihvatila većinom glasova³ Predlog rezolucije Srbije kojom se od Međunarodnog suda pravde traži savetodavno mišljenje o jednostrano proglašenoj nezavisnosti Kosova i Metohije.

Međunarodni sud pravde je, po prijemu zahteva Generalne skupštine za davanje savetodavnog mišljenja o jednostrano proglašenoj nezavisnosti Kosova i Metohije, pozvao sve zainteresovane države da do 17.04.2009.

³ Za rezoluciju Srbije glasalo je 77 prisutnih država, protiv je bilo 6, dok su 74 zemlje bile uzdržane.

godine dostave svoja mišljenja o ovom pitanju, što je u predviđenom roku učinilo 35 zemalja⁴. U drugoj fazi postupka, Sud je pozvao sve strane u postupku da do 17.07.2009. godine dostave dodatne pisane argumente i komentare o podnescima drugih učesnika, odnosno da repliciraju na pisane izjave drugih država. Sudije Međunarodnog suda pravde će potom razmotriti sve podneske i zakazati usmenu raspravu na kojoj će strane razmeniti argumente, nakon čega će Sud doneti odluku, odnosno usvojiti savetodavno mišljenje da li je jednostrano proglašenje nezavisnosti Kosova i Metohije u skladu sa međunarodnim pravom.

Međunarodni sud pravde je po dobijanju zahteva odlučio da se o istom razmatra u redovnoj proceduri a ne u hitnom postupku, dok za samo odlučivanje, odnosno usvajanje savetodavnog mišljenja rokovi nisu predviđeni.

MEĐUNARODNI SUD PRAVDE⁵

Međunarodni sud pravde je glavni pravosudni organ Ujedinjenih nacija sa sedištem u Hagu. Ustanovljen je Poveljom Ujedinjenih nacija u junu 1945. godine, a sa radom je počeo u aprilu 1946. godine. Statut Međunarodnog suda pravde, koji je sastavni deo Povelje Ujedinjenih nacija, zasnovan je na Statutu Stalnog suda međunarodne pravde.⁶

Sastav i organizacija Suda

Međunarodni sud pravde sastoji se od 15 nezavisnih sudija koji se biraју na devet godina uz mogućnost reizbora, s tim da se svake treće godine, u cilju osiguranja personalnog kontinuiteta u radu Suda, bira trećina sudija.

⁴ Međunarodni sud pravde je saopštio da su pisana dokumenta dostavile: Češka, Francuska, Kipar, Kina, Švajcarska, Rumunija, Albanija, Austrija, Egipat, Nemačka, Slovačka, Rusija, Finska, Poljska, Luksemburg, Libija, Velika Britanija, SAD, Srbija, Španija, Iran, Estonija, Norveška, Holandija, Slovenija, Letonija, Japan, Brazil, Irska, Danska, Argentina, Azerbejdžan, Maldivi, Sijera Leone i Bolivija.

⁵ Izvor: <http://www.icj-cij.org>.

⁶ Stalni sud međunarodne pravde kao prvi stalni međunarodni sud opšteg značaja, osnovan je pod okriljem Društva naroda 1921. godine i to na osnovu čl. 14. Pakta Društva naroda, sa sedištem u Hagu. U njegovoj nadležnosti bili su svi sporovi koje stranke (države) iznesu pred njega, kao i davanje savetodavnog mišljenja na zahtev Saveta ili Skupštine Društva naroda. Sud je faktički prestao sa radom usled izbivanja II svetskog rata, odnosno 1940. godine kada je Nemačka okupirala Holandiju. Formalno je prestao da postoji 18.04.1946. godine kada je rezolucijom Skupštine Društva naroda rasformiran, a tog istog dana je održana i prva svečana sednica Međunarodnog suda pravde koji je u osnovi preuzeo njegove funkcije.

Sudije Međunarodnog suda pravde biraju se ne kao predstavnici svojih država, već kao osobe visokih moralnih osobina koje ispunjavaju uslove za obavljanje najviših sudskih funkcija u svojoj zemlji, ili su pak priznati stručnjaci u oblasti međunarodnog prava. Prilikom njihovog izbora vodi se računa i o tome, da u Sudu u celini budu zastupljeni najvažniji oblici civilizacije kao i glavni pravni sistemi, kako je to Statutom predviđeno⁷, uz ograničenje da dvojica sudija ne mogu biti državljani iste države. Politički kriterijumi nisu zaobišli ni organizaciju Suda, tako da se za sudije uglavnom biraju državljani velikih sila stalnih članica Saveta bezbednosti.

Proces izbora sudija Međunarodnog suda pravde sastoji se iz dve sukcesivne faze:

1. Faza kandidovanja podrazumeva sistem indirektnog kandidovanja preko nacionalnih grupa pri Stalnom arbitražnom sudu⁸, odnosno preko *ad hock* nacionalnih grupa onih članica Ujedinjenih nacija koje nisu potpisnice I haške konvencije od 1907. godine, te nemaju predstavnike pri Stalnom arbitražnom sudu. Na osnovu Rezolucije Generalne skupštine 264 (III) od 08.10.1948. godine, ista prava u pogledu kandidovanja lica za sudije Međunarodnog suda pravde imaju i one države koje su stranke Statuta, a nisu članice Ujedinjenih nacija. Faza kandidovanja završava se tako što generalni sekretar Ujedinjenih nacija na osnovu primljene liste kandidata sastavlja listu po abecednom redu i dostavlja Generalnoj skupštini i Savetu bezbednosti radi konačnog izbora.

2. Faza izbora sudija Međunarodnog suda pravde obavlja se u Generalnoj skupštini i Savetu bezbednosti koji tom pitanju pristupaju nezavisno jedan od drugog, s tim da u praksi ova dva organa održavaju manje-više diskretne konsultacije.⁹ Izabranim se smatraju oni kandidati koji dobiju apsolutnu većinu u Generalnoj skupštini i Savetu bezbednosti.

Iz reda izabranih sudija biraju se predsednik i potpredsednik Suda na period od tri godine uz mogućnost reizbora. Sud takođe imenuje i sekretara, čija je funkcija s jedne strane sudska i diplomatska, a s druge

⁷ Čl. 9. Statuta Međunarodnog suda pravde

⁸ Stalni arbitražni sud osnovan je na I Haškoj mirovnoj konferenciji 1899. godine. On ne predstavlja stalni organ koji rešava sporove, već se u svakom konkretnom slučaju sa liste sudija - arbitara obrazuju *ad hock* arbitraže čije se funkcije prostiru samo na taj konkretan spor i prestaju presuđenjem istog.

⁹ Vidi šire: Brownlie, Ian: Principles of Public International Law, Oxford University Press, 2008.

strane administrativna, i koji je u statusnom pogledu izjaednačen sa pomoćnikom generalnog sekretara Ujedinjenin nacija.

Nezavisnost sudija Međunarodnog suda pravde u vršenju sudijske funkcije višestruko je obezbeđena. Sudije uživaju diplomatske privilegije i imunitete¹⁰ koji po obimu odgovaraju onima koje međunarodno pravo priznaje šefovima diplomatskih misija. Sudija ne može biti opozvan sa svoje dužnosti, osim ako je po jednodušnom mišljenju ostalih sudija, prestao da ispunjava posebne uslove.¹¹ Statutom je takođe predviđeno¹² da sudije Međunarodnog suda pravde ne mogu vršiti nikakve političke ili upravne funkcije, niti mogu u bilo kom predmetu pred Sudom nastupati kao zastupnici, savetnici ili advokati, odnosno učestvovati u rešavanju predmeta u kome su ranije učestvovali u tom svojstvu ili kao članovi državnog ili Međunarodnog suda, anketne komisije i sl.

Sud po pravilu zaseda u punom sastavu i tada kvorum čine devetorica sudija. Međutim, u cilju specijalizacije unutar samog suda po vrstama sporova, a i radi ubrzanja sudske postupka, postoji mogućnost da se uz pristanak stranaka u sporu, postupak vodi pred većima. Tako se za posebne vrste sporova (npr. radne sporove, sporove u vezi sa prevozom i prometom robe i sl.) formira veće od najmanje trojice sudija, dok Sud svake godine obrazuje i veća od petorice sudija koja sude i odlučuju u skraćenom postupku.

Međunarodni sud pravde poznaje i ustanovu *ad hock* sudije koja ukazuje na diplomatske elemente u međunarodnom pravosuđu i ima dvostruku funkciju, jer s jedne strane treba da izjednači položaj parničnih stranaka od kojih jedna ima u veću svog državljanina, dok s druge strane omogućava jednakost parničnih stranaka u situaciji kada nijedna nema svog državljanina - sudiju u veću. *Ad hock* sudije biraju se sa liste onih koji su bili kandidovani za sudije Međunarodnog suda pravde i mogu biti uključeni kako u Sud u punom sastavu, tako i u veća Suda.

Sledstveno svemu navedenom, sastav Suda nije stalan i menja se od spora do spora u zavisnosti od toga da li Sud sudi u punom sastavu ili u veću, kao i od broja sudija koji učestvuju u sporu, odnosno od faze u kojoj se postupak nalazi.

¹⁰ Privilegije i imuniteti sudija Međunarodnog suda pravde ustanovljeni su razmenom nota između predsednika Suda i ministra inostranih poslova Holandije, koja je formalno potvrđena Rezolucijom Generalne skupštine 90 (I) od 11.12.1946. godine.

¹¹ Čl. 18. Statuta

¹² Čl. 16. i 17. Statuta

Nadležnost Suda

Nadležnost Međunarodnog suda pravde kao jedna i nedeljiva, teorijski se može razlučiti na:

1. Nadležnost *ratione materiae* - prema delokrugu poslova Suda u njegovoj nadležnosti je da rešava sporove između država i daje savetodavna mišljenja o pravnim pitanjima na zahtev organa ili ustanove ovlašćenih Poveljom Ujedinjenih nacija.

2. Nadležnost *ratione personae* - kao stranke pred Međunarodnim sudom pravde mogu se pojaviti samo države koje su stranke Statuta, odnosno članice Ujedinjenih nacija (koje su prema Povelji *ipso facto* stranke Statuta), kao i ostale države ali pod uslovima koje u svakom konkretnom slučaju određuje Savet bezbednosti.

U kontekstu nadležnosti *ratione personae* treba se osvrnuti i na položaj pojedinca kao i međunarodnih organizacija. Iako se pojedinci ne mogu pojaviti kao stranke u sporu pred Međunarodnim sudom pravde, njihove interese na međunarodnom nivou može zaštititi država u skladu sa pravom supstitucije.¹³ Takođe ni procesna uloga međunarodnih organizacija nije zanemarljiva (iako ne mogu imati svojstvo stranke, Sud od njih može tražiti obaveštenja u vezi sa sporovima koji se pred njim vode), i najizraženija je u postupku davanja savetodavnih mišljenja.¹⁴

3. Nadležnost *ratione temporis*¹⁵ - predstavlja sekundarnu, odnosno izvedenu nadležnost suda koja se vezuje za nadležnost *ratione materiae* ili *ratione personae*. To znači da države putem rezervi u sporazumu o zasnovanju nadležnosti Suda, istu ograničavaju na određeni vremenski period, isključivanjem iz sudske nadležnosti sporova proizašlih iz činjenica ili situacija koje su nastale pre stupanja na snagu pomenutog sporazuma.

¹³ U praksi Međunarodnog suda pravde kao i Stalnog suda međunarodne pravde (npr. slučaj Mavromatis) bili su česti sporovi koje su države pokretale na osnovu prava da štite svoje državljane oštećene aktima druge države koji su u suprotnosti sa međunarodnim pravom, a pošto prethodno nije bilo moguće zadovoljenje u redovnom postupku. Noviji primeri su slučaj LaGrand i Arena i drugi meksički državljani. Vidi više na: www.icj-cij.org/decisions.

¹⁴ Prema čl. 96. st. 2. Povelje, Generalna skupština može ovlastiti specijalizovane agencije da od Međunarodnog suda pravde traže savetodavno mišljenje o pravnim pitanjima koja proizilaze iz njihove nadležnosti.

¹⁵ U praksi je zastupljeno ekstenzivno tumačenje nadležnosti *ratione temporis*, što znači da se polazi od pretpostavke da je Sud nadležan za sve sporove koji se pred njega iznesu ukoliko ne postoji izričita odredba.

Međunarodni sud pravde sam odlučuje o svojoj nadležnosti u konkretnom slučaju. U pitanju je tzv. nadležnost za nadležnost (*competence de la competence*), odnosno pravo organa koji raspolaže izvesnom jurisdikcijom da se izjasni o obimu svojih ovlašćenja.

Pravni osnov nadležnosti Suda zavisi od toga da li je u pitanju postupak rešavanja sporova ili savetodavni postupak. U postupku rešavanja sporova osnov nadležnosti Suda je volja stranaka, odnosno pristanak države da spor rešava Međunarodni sud pravde. Što se tiče samog davanja pristanka, postoji nekoliko slučajeva:

1. Kompromis - kada se stranke sporazumeju da za spor koji je već izbio rešenje nađu pred Međunarodnim sudom pravde.

2. Kompromisna klauzula - odredba ugrađena u ugovore i konvencije koje su na snazi, a koja predviđa jedan ili više načina mirnog rešavanja sporova, među kojima i sudski.

3. Fakultativna klauzula - prihvatanje fakultativne klauzule, odnosno čl. 36/2 Statuta predstavlja prihvatanje obavezne nadležnosti Suda prema svakoj drugoj državi koja primi istu obavezu.¹⁶ Države koje su se obavezale fakultativnom klauzulom uglavnom su to učinile uz ozbiljne rezerve kojima se iz ovako ustanovljene nadležnosti suda izuzimaju sporovi sa određenim državama (*ratione personae*), sporovi koji se tiču pitanja iz domena unutrašnjih nadležnosti (*ratione materiae*) i sporovi koji se odnose na činjenice ili situacije nastale pre određenog datuma (*ratione temporis*).

4. *Forum prorogatum* - ova ustanova poznata još u rimskom pravu, predstavlja zasnivanje nadležnosti Suda prećutnim putem u toku samog postupka, kada se država (koja u momentu nastanka spora nije priznala nadležnost Suda) upusti u dalje rešavanje spora bez isticanja prigovora nenadležnosti.

Nadležnost Međunarodnog suda pravde u postupku davanja savetodavnog mišljenja nije zasnovana na konsenzualnoj osnovi, već neposredno na Povelji Ujedinjenih nacija¹⁷ i Statutu Suda.¹⁸ To iz razloga što u postup-

¹⁶ Prema čl. 36. st.2. Statuta ovo se odnosi na sve pravne sporove koji imaju za predmet: a) tumačenje nekog ugovora; b) svako pitanje međunarodnog prava; v) postojanje bilo koje činjenice koja bi, ako se utvrdi, predstavljala kršenje neke međunarodne obaveze; g) prirodni ili obim obeštećenja zbog kršenja neke međunarodne obaveze.

¹⁷ Čl. 96. Povelje predviđa da Generalna skupština, Savet bezbednosti kao i drugi organi i specijalizovane agencije ovlašćeni od strane Generalne skupštine, mogu tražiti od Međunarodnog suda pravde savetodavno mišljenje o svakom pravnom pitanju.

¹⁸ Prema čl. 65. Statuta, Sud može dati savetodavno mišljenje o svakom pravnom pitanju na zahtev bilo kog organa ili ustanove koji su u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija ili njenim odredbama ovlašćeni da traže to mišljenje.

ku davanja savetodavnog mišljenja Sud postupa kao glavni pravosudni organ Ujedinjenih nacija, pri čemu se savetodavno mišljenje ne daje državama, niti ima obaveznu snagu. S tim u vezi, uvek je moguće o istom pitanju započeti parnicu pred arbitražnim sudom ili Međunarodnim sudom pravde, jer savetodavno mišljenje nema pravnu snagu presude.

Uprkos činjenici da savetodavno mišljenje nije obavezujuće, države i organizacije ga poštuju zbog njegove pravne zasnovanosti i autoriteta Suda, te se ne ponašaju na način koji je u mišljenju Suda označen kao suprotan Povelji ili nekom međunarodnom instrumentu.

Postupak pred Sudom

Osnovna funkcija Međunarodnog suda pravde je da rešava sporove među državama saglasno međunarodnom pravu.¹⁹ Sud može spor rešiti i primenom pravila pravičnosti (*ex aequo et bono*) ali samo ako stranke u sporu na to pristanu, što se do sada nije desilo u praksi.

Pred Međunarodnim sudom pravde mogu se voditi dve vrste postupaka: 1. Postupak u parnicama - može se pokrenuti ili saopštenjem sporazuma o ustanovljenju nadležnosti Suda ili pismenim zahtevom, odnosno tužbom. O pokrenutom sporu sekretar Suda putem dostavljanja kopije sporazuma/tužbe obavestava sve sudije i članice Ujedinjenih nacija kao i druge države ovlašćenje da se pojave pred Sudom. Parnični postupak se sastoji od pismenog (dostavljanje podnesaka, protivpodnesaka, svih dokaznih spisa i isprava) i usmenog dela (saslušanje svedoka, veštaka, zastupnika, savetnika i advokata od strane Suda). Nakon okončanja usmenog dela, odnosno rasprave, Sud se povlači kako bi tajnim glasanjem i to većinom glasova prisutnih sudija doneo presudu.²⁰ Presuda je obavezujuća samo za parnične stranke i u odnosu na konkretan spor.²¹ Ona je konačna i protiv

¹⁹ Prema čl. 38. Statuta Sud u rešavanju sporova primenjuje: a) međunarodne konvencije, bilo opšte ili posebne kojima se ustanovljavaju pravila izričito priznata od strane država u sporu; b) međunarodni običaj kao dokaz opšte prakse prihvaćene kao pravo; v) opšta pravna načela priznata od strane civilizovanih naroda; g) kao pomoćno sredstvo, sudske odluke i doktrinu najpozvanijih stručnjaka međunarodnog javnog prava raznih naroda.

²⁰ Prema čl. 57. Statuta, u slučaju da presuda ne predstavlja jednodušno mišljenje Suda, svaki sudija je ovlašćen da na javnoj sednici na kojoj se presuda čita, izloži svoje odvojeno mišljenje.

²¹ U slučaju da jedna strana u sporu ne izvrši obaveze koje joj nameće presuda, Savet bezbednosti na osnovu čl. 94. Povelje i prethodnog zahteva druge strane, može dati preporuke ili odlučiti o merama potrebnim za izvršenje presude.

nje nije dopuštena žalba. Međutim, u slučaju naknadnog otkrivanja nekih činjenica koje bi bile od odlučujućeg značaja, a koje nisu bile poznate Sudu niti stranci koja se na njih poziva, moguće je podneti zahtev za reviziju. Parnični postupak se može okončati i povlačenjem tužbe kao i poravnanjem.²²

2. Postupak za davanje savetodavnih mišljenja - pokreće se podnošenjem zahteva, odnosno dostavljanjem pismenog podneska u kome je precizno definisano pitanje o kome se traži savetodavno mišljenje i uz koje se prilaže sva dokumentacija koja može poslužiti razjašnjenju pitanja. O prijemu zahteva sekretar Suda, upućivanjem kopije istog, obaveštava sve države ovlašćene da se pojave pred Sudom. Sekretar Suda takođe obaveštava navedene države kao i međunarodne organizacije za koje Sud smatra da mogu pružiti podatke o pitanju o kome se traži savetodavno mišljenje, da svoje stavove u predviđenom roku dostave pismenim putem ili da ih iznesu na javnoj sednici koja se u tu svrhu zakazuje.²³ Države i međunarodne organizacije koje su podnele pismene ili usmene izjave mogu, u za to predviđenom roku, da dostave svoje primedbe na izjave drugih država i međunarodnih organizacija. Postupak za davanje savetodavnog mišljenja, kao i parnični postupak, poznaje pismenu i usmenu fazu, s tim što ta podela nije toliko oštra, jer je i sam postupak dosta slobodniji. Pismena faza je obično kraća i po potrebi može biti izostavljena, dok usmena faza (koja se često i ne održava) sadrži manji broj ročišta. S obzirom na činjenicu da Statut dosta šturo reguliše postupak za davanje savetodavnih mišljenja, ovde se *mutatis mutandis* primenjuju pravila parničnog postupka.²⁴ Međunarodni sud pravde je do danas dao 25 savetodavnih mišljenja o važnim pitanjima međunarodnog prava kao i o pitanjima proizašlim iz delovanja Ujedinjenih nacija.²⁵ Savetodavni postupak se okončava davanjem savetodavnog mišljenja koje se proglašava na javnoj sednici, uz prethodno obaveštenje generalnog sekretara i predstavnika članica Ujedinjenih nacija, kao i država i međunarodnih organizacija kojih se to neposredno tiče.

²² Procesno gledano, efekti presude, povlačenja tužbe i poravnanja su isti, ali u materijalnom smislu poravnanje i povlačenje tužbe ne znače i rešenje spora, kao što je to slučaj sa presudom.

²³ Čl. 66. Statuta

²⁴ Čl. 68. Statuta

²⁵ Vidi šire na: www.icj-cij.org/decisions

U IŠČEKIVANJU SAVETODAVNOG MIŠLJENJA O JEDNOSTRANO PROGLAŠENOJ NEZAVISNOSTI KOSOVA

Odluku, odnosno savetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde o jednostrano proglašenoj nezavisnosti Kosova možemo očekivati najranije polovinom sledeće godine, s obzirom na praksu Suda i na činjenicu da rokovi nisu predviđeni. Prva usmena rasprava (a možda i jedina) očekuje se u decembru ove godine. Nakon okončanja usmene rasprave Sud će početi rad na formulisanju mišljenja, u čemu učestvuje svih petnaest sudija koji odluku donose većinom glasova (8 od 15). U međuvremenu možemo razmatrati kakve će posledice imati pozitivan ili negativan odgovor Suda na pitanje postavljeno u zahtevu.

Da li će se Sud nedvosmisleno izjasniti o postavljenom pitanju ili ne, teško je predvideti s obzirom na različitu praksu Suda u tom smislu. Međutim, ukoliko bi Sud zauzeo stanovište da je jednostrano proglašenje nezavisnosti Kosova suprotno međunarodnom pravu, stvorila bi se mogućnost ponovnog otvaranja tog pitanja. Ipak, teško je očekivati da će u tom slučaju zemlje koje su priznale Kosovo poništiti svoju odluku, ali je moguće da se započnu neki novi pregovori o statusu Kosova, njegovoj eventualnoj podeli i slično. U svakom slučaju kosovsko pitanje je sa političkog prebačeno na međunarodnopravni teren, a to je jedino što je Srbija mogla da učini u cilju očuvanja svog teritorijalnog integriteta.

Međunarodnom sudu pravde dostavljeni su podnesci 35 zemalja. Podnesak je dostavio i pravni tim albanskih vlasti na Kosovu, i on se tretira kao "pisani doprinos" čime Sud pokazuje da Kosovo nema status države.

Pravni argumenti Srbije dosta su jaki. Polazeći od činjenice da Rezolucija 1244 ne dovodi u pitanje teritorijalni integritet Srbije i da je njom predviđeno rešenje statusa Kosova kroz pregovore, jednostrano proglašena nezavisnost je u potpunoj suprotnosti sa navedenim. Na strani Srbije je svakako i princip teritorijalnog integriteta, odnosno njegovo poštovanje, dok je s druge strane logično očekivati da će Kosovo insistirati na poštovanju prava na samoopredeljenje koje je priznato Poveljom Ujedinjenih nacija.²⁶

²⁶ Pravo na samoopredeljenje predstavlja jedno od osnovnih načela međunarodnog prava i suštinski označava pravo svih naroda i nacija sveta da samostalno odlučuju o svojoj sudbini. To podrazumeva niz konkretnih prava (slobodan izbor društveno-političkog i ekonomskog uređenja, pravo na oslobođenje od strane dominacije...) između ostalog i pravo na otepljenje i stvaranje nezavisne države (secesija). Iako preovlađuje mišljenje da je načelo samoopredeljenja preko Povelje Ujedinjenih nacija preraslo u univerzalno pravilo, mehanizmi za njegovu primenu još uvek nisu ustanovljeni, te ono u praksi dovodi do niza teškoća a neretko i do oružanih sukoba.

Međutim, pravo na samoopredeljenje koje kao rezultat ostvarivanja ima otepljenje je pravo naroda i to onih pod kolonijalnom ili sličnom dominacijom, a ne nacionalne manjine. U tom smislu, pravo na samoopredeljenje manjina u jednoj državi može se ostvariti preko njihovog predstavljanja u državnim institucijama kao i putem poštovanja i zaštite njihovih manjinskih prava, a nikako stvaranjem nezavisne države.

Pitanje koje je ostalo otvoreno i o kome se u javnosti uopšte ne govori jeste šta ako Međunarodni sud pravde proceni da je proglašenje nezavisnosti Kosova u skladu sa međunarodnim pravom? Takvu odluku Suda velike sile bi svakako iskoristile kao dodatni pritisak na Srbiju koja bi imala jako veliki problem u nastavku svoje borbe za očuvanje teritorijalnog integriteta. Nije nemoguća situacija da se uvažavaju argumenti Prištine da su pripadnici albanske manjine decenijama bili ugnjetavani od strane srpskih vlasti, da su njihova osnovna prava kršena, da nisu mogli učestvovati u radu državnih institucija, te da je jedini način rešenja njihovog problema nezavisna država. U prilog tome svakako će se pozvati i na priznanje od strane 58 država do sada. Zastupnici Kosova bi mogli da se pozovu i na savetodavno mišljenje Vrhovnog suda Kanade iz 1998. godine po pitanju secesije Kvebeka, u kome se navodi da je u slučaju teškog kršenja ljudskih prava koje jednom narodu onemogućavaju učestvovanje u političkom, društvenom, ekonomskom i kulturnom životu moguće zanemariti princip teritorijalnog integriteta radi obezbeđenja osnovnih ljudskih prava.²⁷ To svakako ne mora dovesti do secesije i stvaranja nove države, a pri tom treba imati u vidu i to da se u "slučaju Kvebek" radi o federalnoj jedinici, te da je u pitanju pravo naroda a ne nacionalne manjine.

Takođe treba pomenuti da se, u slučaju da Međunarodni sud pravde svojim mišljenjem potvrdi da je nezavisnost Kosova u skladu sa međunarodnim pravom, realno može očekivati dodatni pritisak separatističkih pokreta u svetu, a pogotovo u Evropi, pa čak i otvoreni sukobi.

Pred Međunarodnim sudom pravde svakako nije lak zadatak, s obzirom da se radi o pitanju poštovanja jednog od osnovnih principa međunarodnog prava, a to je princip teritorijalnog integriteta. U tom smislu se rasprava pred

²⁷ U savetodavnom mišljenju Vrhovnog suda Kanade takođe se navodi da postoje dve vrste prava na samoopredeljenje: unutrašnje i spoljno, te da narodi pravo na samoopredeljenje ostvaruju u okviru države političkim, ekonomskim, društvenim i kulturnim razvojem, što bi u slučaju Kosova mogla predstavljati suštinska autonomija i značajna samouprava u okviru Srbije, dok pravo na spoljno samoopredeljenje odnosno secesiju postoji samo u slučajevima kada se narod nalazi pod kolonijalnom vlašću ili pod stranom okupacijom.

Sudom ne može ograničiti samo na Kosovo, odnosno pitanje njegovog statusa, tako da će stav Suda imati veliki značaj. Takođe, ovo će biti odlična prilika da se analizira primena prava na samoopredeljenje koje rezultira otepljenjem, imajući u vidu da su se Ujedinjene nacije tim pitanjem zadnji put ozbiljno pozabavile u kontekstu oslobađanja bivših kolonija.

U dosadašnjoj praksi Suda kada su u pitanju teritorijalni sporovi, odluka je uvek išla u prilog zemlji kojoj je sporna teritorija i istorijski pripadala. To nas dovodi do principa *uti possidetis*²⁸ koji je u nekoliko slučajeva potvrdio Međunarodni sud pravde proglašivši ga opštim načelom, a presudom iz 1986. godine povodom spora Burkinke Faso i Republike Mali potvrdio je njegov opšti karakter.²⁹ Ovde se možemo osvrnuti i na mišljenje Badinterove arbitražne komisije po pitanju državnih granica uspostavljenih nakon raspada SFRJ po kome se njene spoljne granice i granice njenih republika moraju poštovati u skladu sa načelom *uti possidetis*, što znači da granice zatečene u trenutku raspada ne mogu biti menjane.

U iščekivanju savetodavnog mišljenja o jednostrano proglašenoj nezavisnosti Kosova, ostaje nada da će Međunarodni sud pravde uspeti da se odbrani od političkih pritisaka i da će prilikom odlučivanja presuditi pravni argumenti potvrđujući osnovna načela međunarodnog prava.

Jelena Ostojić, LLM

SERBIA AND INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: ADVISORY OPINION ON UNILATERAL PROCLAMATION OF INDEPENDENCE OF KOSOVO

Unilateral proclamation of independence of Kosovo by the temporary institutions of self - government in this suthern Serbian province, greatly endangered the sovereignty and teritorial integrity of Serbia. It has also vio-

²⁸ Načelo *uti possidetis* (lat.: kao što poseduješ) potiče iz rimskog privatnog prava i predstavlja stav da suverenitet koji u određenom trenutku postoji nad određenom teritorijom treba da ostane nedirnut i ubuduće.

²⁹ Burkina Faso v. Mali - Frontier dispute, *International Court of Justice Reports* 1986.

lated its Constitution as well as The UN Security Council Resolution 1244, United Nations Act and other relevant acts of International Law.

In order to protect its sovereignty, teritorial integrity and unity, Serbia has decided to move the Kosovo issue from political ground to the ground of International Law. For the purpose it has submitted the Resolution draft (wich requires The International Court of Justice to give its advisory opinion on this matter) to the UN General Assembly, wich adopted this draft.

The International Court of Justice shall give its opinion on whether this proclamation is in accordance whit International Law. The decision, that is. the opinion of this Court,for wich bouth Belgrade and Pristina are anxiously waiting for, though not legally binding, shell certainly have great influence on the future of Serbia and Kosovo and Metohija.

Key words: *Unilateral proclamation of independence of Kosovo; The Un Security Council Resolution 1244; The International Court of Justice; Advisory opinion*

Prof.dr Vladimir Čolović
viši naučni saradnik
Institut za uporedno pravo Beograd

STALNI ARBITRAŽNI SUD

Stalni arbitražni sud je osnovan na Haškoj konferenciji mira koja je održana 1899.godine. Njegovo funkcionisanje je uređeno dvema Konvencijama i to Konvencijom o mirnom rešavanju sporova od 29.jula 1899.godine i Konvencijom o mirnom rešavanju sporova od 18.oktobra 1907.godine. Osnivanje Stalnog arbitražnog suda je, pre svega, imalo za cilj izbegavanje sukoba i ratova između država. Međutim, države i drugi subjekti su ovom Sudu poveravali i druge vrste sporova, ekonomske i privredne. Stalni arbitražni sud rešava i sporove između međunarodnih organizacija, privatnih lica, kao i drugih subjekata. Osim toga, Stalni arbitražni sud rešava i sporove u oblasti zaštite životne sredine. Osim pomenute dve Konvencije, Stalni arbitražni sud primenjuje i Opciona pravila postupka, kao i Arbitražna pravila UNCITRAL. Može se reći da se primenjuju opšta pravila vezana za arbitražno postupanje. Stalni arbitražni sud se sastoji od administrativnog osoblja, koje je stalno zaposleno. Organi Stalnog arbitražnog suda su Administrativni savet i Međunarodni biro – Sekretarijat, na čijem je čelu Generalni sekretar. Lista arbitara je sastavljena od lica koje imenuju države članice. Svaka država članica imenuje najviše četiri lica za članove Suda za period od šest godina. Ta lica mogu biti ponovo imenovana. Praksa Stalnog arbitražnog suda je skromna. Do sada je ovaj organ rešavao nešto preko 50 sporova. Aktivnost Stalnog arbitražnog suda je povećana krajem XX veka. Republika Srbija je članica Stalnog arbitražnog suda i imenovala je četvoricu sudija, koja se nalaze na listi arbitara.

Ključne reči: arbitraža, Stalni arbitražni sud, Konvencije, države, međunarodne organizacije, lista arbitara, Administrativni savet, Međunarodni biro, UNCITRAL.

I) OSNIVANJE STALNOG ARBITRAŽNOG SUDA

1. Istorija osnivanja Stalnog arbitražnog suda

Na Haškim konferencijama mira koje su održane 1899. i 1907. godine predloženo je osnivanje jednog stalnog i obaveznog izabranog suda, što se nije dogodilo. Na prvoj Konferenciji 1899.godine trebalo je osnovati stalno sudsko telo, čemu se protivila Nemačka. Na drugoj Haškoj konferenciji 1907.godine, takođe je pokušano osnivanje ovakvog suda, ali se ni tada nije uspelo u tome. Naime, na toj Konferenciji se nisu složile oko osnivanja stalnog suda tzv.male i velike države po pitanju određivanja sudija, obzirom da sud nije mogao da ima toliko sudija, koliko ima država. Manje države nisu htele da pristanu da stalni članovi suda budu predstavnici velikih država, dok bi se predstavnici manjih zemalja birali na određeni period. Jedna od pozitivnih strana druge Haške konferencije bilo je usvajanje tzv. Porterove konvencije, koja je zabranila naplatu potraživanja silom, osim ako država dužnik ne bi pristala na arbitražu, odnosno, ako nije pristala na formiranje iste ili nije izvršila odluku arbitraže.¹

Međutim, na prvoj Haškoj konferenciji 1899.godine, osnovan je Stalni arbitražni sud (u daljem tekstu: Sud) koji ima fakultativnu nadležnost. On je, tačnije, osnovan Četvrtom konvencijom na spomenutoj Haškoj konferenciji. Iako je delatnost ovog Suda bila predmet oštih kritika, ipak je njegova praksa dala zadovoljavajuće rezultate za međunarodno pravo uopšte, a posebno za međunarodno privredno pravo². Kada kažemo zadovoljavajuće rezultate, naročito mislimo na period od zadnjih desetak godina, odnosno od kraja XX veka, pa do danas.

Na Haškim konferencijama su donete su dve Konvencije, koje uređuju osnivanje i rad Suda. Te Konvencije su: 1) Konvencija o mirnom rešavanju sporova od 29.jula 1899.godine³; i 2) Konvencija o mirnom rešavanju sporova od 18.oktobra 1907.godine⁴. Konvencija iz 1899. je zamenjena Konvencijom iz 1907. sa istim nazivom, koja, takođe, reguliše status i rad Suda. Donošenje navedenih Konvencija i osnivanje Suda doprinelo je afirmisanju pojedinih principa i međunarodnog privrednog prava, obzirom da je Sud

¹ Andrassy J., Međunarodno pravo, Zagreb 1954., str. 246

² Đurović R., Međunarodno privredno pravo, Beograd 1991., str. 173

³ 1899 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, <http://www.pca-cpa.org>

⁴ 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, <http://www.pca-cpa.org>

osnovan, pre svega, zbog sprečavanja sukoba između država⁵. To se odnosi na činjenicu da Sud rešava i one sporove koji spadaju u oblast privrede i finansija, kao i da stranke u tim sporovima ne moraju biti samo države, već i drugi subjekti. No, u vezi sa tim, mora se reći da ni same države nisu uvek poveravale ni sve svoje ekonomske i privredne sporove međunarodnoj arbitraži na rešavanje, što je rezultiralo relativno malim brojem slučajeva koji su poveravani Sudu na rešavanje. No, to nije jedini razlog za tako mali broj sporova. Drugi razlozi su vezani za status Suda, kao i za postojanje drugih međunarodnih institucija, koje rešavaju ovakve sporove. Navedene Konvencije us osnovni dokumenti Suda. Osim njih, u radu Suda se koriste i pravila postupka, donetih u okviru Suda, Arbitražna pravila UNCITRAL, zbog specifičnosti sporova i stranaka u sporu, kao i drugi akti. Sud, osim svoje osnovne uloge, organizuje i edukativne seminare i daje stipendije stručnjacima iz oblasti međunarodnog prava za usavršavanje u okviru Suda.

* * *

Osnivanje Suda predstavlja značajan događaj na javnom planu, obzirom da je njegovim osnivanjem data mogućnost da se sporovi između država rešavaju na miran način. Samim tim, u prvi plan su stavljena diplomatska sredstva kao oblik rešavanja sukoba između država. Znači, osnivanje Suda je, pre svega, imalo za cilj izbegavanje sukoba i ratova, imajući u vidu kasnije događaje. Međutim, Sud je opstao svih ovih godina i uticao je na kasnije osnivanje drugih međunarodnih sudskih organa, iako se mora istaći skromna praksa koju Sud ima do sada.

Jedno od pitanja koje se pojavljivalo i pojavljuje pred Sudom jeste pitanje teritorijalne suverenosti. To je, istorijski gledano, jedno od važnijih pitanja u međunarodnom pravu. Takođe, drugo važno pitanje koje se postavljalo pred Sudom jeste i odgovornost države. Sud je u odlukama definisao mnoge relevantne principe u tom pogledu, koji su, naročito, došli do izražaja u slučaju Radio Orient, slučaju Norwegian Claims, i sl. Ti principi su dolazili do izražaja i u sporovima, u kojima jedna od stranaka nije bila država.

2. Opšte karakteristike Suda

Sud je međuvladina organizacija koja egzistira od 1899.godine i vremenom je postala organizacija koja se nalazi na raskrsnici između međunarodnog javnog i međunarodnog privatnog, odnosno, privrednog prava.

⁵ Đurović R., nav.delo, str. 173

To znači da se pred njenim institucijama rešavaju sporovi i iz jedne i iz druge oblasti. Sud rešava sporove između država, državnih entiteta, međuvladinih organizacija i privatnih stranaka. Širok je spektar sporova koji su izneti pred Sud. U skladu sa tim usvojena su i posebna pravila postupka, koja su izborna, odnosno, neobavezna i odnose na se na različite subjekte između kojih može doći do sporova.

Svaka država potpisnica imenuje najviše četiri lica za članove Suda za period od šest godina. Ta lica postaju članovi Suda i dobijaju naziv sudije. Pred Sudom se mogu izneti svi sporovi, koji se mogu izneti pred arbitražu, osim ako države u sporu nisu zaključile poseban sporazum, kojim se predviđa osnivanje posebnog suda.⁶ Sedište Suda je u Hagu. Mesto odlučivanja Suda može biti izmenjeno samo uz saglasnost stranaka u sporu.

Godine 2009. Sud ima 109 država članica. Inače, Sud je 1998. godine brojao 86 država članica⁷. Kao što se vidi, taj broj je za jednu deceniju porastao za više od jedne četvrtine država članica u navedenoj 1998.godini. Sve države članice su potpisnice jedne ili obe Haške konvencije iz 1899., odnosno, 1907.godine. Sud ne predstavlja stalni sudijski kolegijum, već postoji lista arbitara, koja služi za obrazovanje ad hoc arbitraža, što znači da se one formiraju za konkretan spor i njihova funkcija prestaje završetkom spora. Ako se stranke ne mogu sporazumeti u vezi izbora arbitara sa liste, tada one imenuju po dva arbitra, od kojih samo jedan može biti državljanin zemlje koja ga imenuje, dok onda imenovani arbitri biraju još jednog sudiju, koji je i predsednik arbitraže.⁸ Sud je neprofitna organizacija sa malim brojem stalnog osoblja (u stalnom radnom odnosu) i sa skromnim budžetom.⁹

3. Razvoj Suda

Možemo reći, da je Sud odlučivao u niz veoma važnih sporova, naročito u zadnjih deset do dvanaest godina, ali u odnosu na očekivanja, ponovo ističemo, on nema naročiti značaj. Naročito je taj značaj opao u periodu od pedesetih do kraja devedesetih godina XX veka.

⁶ Član 21. Konvencije iz 1899.godine, <http://www.pca-cpa.org>

⁷ Krivokapić B., Međunarodno pravo – koreni, razvoj perspektive, Beograd 2006., str. 85

⁸ Krivokapić B., Leksikon Međunarodnog prava, Beograd 1998., str. 451-452

⁹ Jonkman P.J.H., Permanent Court of Arbitration, work in 1995, str. 199, Hague Yearbook of International Law, vol.8, The Hague 1995.,

Upravo krajem devedesetih godina XX veka unapređeno je funkcionisanje Suda. Sud je, tada, više bio otvoren za rešavanje sporova između ne samo država, već i između međunarodnih organizacija, drugih pravnih lica, kao i fizičkih lica¹⁰. Sud je u donošenju odluka koristio i precedente, mada, kasnije, to nije bila praksa Suda, o čemu će biti reči u okviru donošenja odluka od strane Suda. Precedent spora u vezi navedenih sporova, u kojima je država samo jedna strana u sporu, bio je spor iz 1935. godine između Radijske korporacije Amerike i Kine. Sud je, u vezi sa tim, doneo niz pravila za postupanje u arbitražnom postupku, a što se odnosilo na sporove između dve države, zatim između međunarodnih organizacija i država, između međunarodnih organizacija i fizičkih lica, kao i na sporove koji su se odnosili na čovekovu okolinu i prirodne izvore. Osim toga, doneta su Opciona pravila za mirenje u svim vrstama sporova i između svih vrsta subjekata.¹¹

Sistem mirnog rešavanja međunarodnih sporova, vremenom je dograđivan i usavršavan. Pored navedenih Konvencija i odredbe nekih drugih međunarodnopravnih akata, pre svega, Pakta Društva naroda (čl. 12. do 15) i, naročito, Povelje Ujedinjenih nacija (njeno načelo sadržano u čl. 2, t. 3), odnosno odredbe sadržane u glavi VI - 'Mirno rešavanje sporova' (čl. 33. do 38), to potvrđuju. Kako proizilazi iz citiranih međunarodnopravnih akata, sredstva mirnog rešavanja međunarodnih sporova mogu se podeliti na diplomatska (neposredni diplomatski pregovori, dobre usluge i posredovanje, anketne komisije, izmirenje, postupak pred Ujedinjenim nacijama) i sudska (međunarodne arbitraže i Međunarodni sud).¹² No, izvor regulisanja mirnog rešavanja sporova između država nalazimo u u spomenutim Haškim konvencijama iz 1899. i 1907.

4. Sudsko i arbitražno rešavanje sporova između država

Rešavanje sporova između država, bez upotrebe sile, uvek je bio cilj kome se, još uvek, teži. Osnivanje institucija za rešavanje ovih sporova zahteva i definisanje pravila koja će se primenjivati u takvim postupcima. Ugovorna pravila o mirnom rešavanju sporova postoje, uvek, kada se njima ustanovljava međunarodni sud, arbitraža ili institucija za mirno rešavanje

¹⁰ Jonkman P.J.H., nav.delo, str. 200

¹¹ Krivokapić B., nav.delo, str. 85

¹² Lukić P., Međunarodni sudski organi i njihovo učešće u rešavanju međunarodnih sporova, Vojno delo vol.46, Beograd 1994., str. 137

sporova, obzirom da se u svakom od tih slučajeva posebnih ugovorom ustanovljava osnivanje, organizacija, postupak i pravila koja se imaju primenjivati pred konkretnim forumom. Pored samih ugovora, po pravilu postoje i pravila postupka. Pored ugovora, i običaji mogu poslužiti kao izvor prava mirnog rešavanja sporova. Haške konvencije o mirnom rešavanju sporova (misli se na obe) postoje i kao običajno pravno pravilo.¹³

Danas postoji preko 20 međunarodnih sudova i pored njih još najmanje 50 međunarodnih institucija koje obavljaju sudsku ili kvazi-sudsku funkciju, ali ne ispunjavaju u potpunosti uslove da bi se mogli smatrati međunarodnim sudskim telima. Međunarodno pravosuđe predstavlja široko prihvaćen i utemeljen način mirnog rešavanja sporova, iako se međunarodna sudska tela najčešće posmatraju izolovano bez pokušaja utvrđivanja sistemskih karakteristika međunarodnog pravosuđa u celini.¹⁴

Fakultativnost, odnosno sloboda izbora načina rešavanja sporova i nužnost pristanka je očigledna kod političkih (diplomatskih) načina rešavanja sporova, pošto do njih, po pravilu, dolazi kada spor već nastane. Kod sudskih i institucionalnih, pristanak se može dati kako pre, tako i posle nastanka spora. Jedna od osnovnih karakteristika svih oblika mirnog rešavanja sporova jeste što rešenje do kojeg se dođe najčešće nije podložno daljoj kontroli. Ovo pitanje nije toliko važno u slučajevima političkih i institucionalnih načina rešavanja sporova, kada konačno rešenje nema oblik sudske, tj. obavezujuće odluke. Samo neposredno zainteresovane strane mogu pokrenuti postupak za zaštitu sopstvenih interesa i one mogu slobodno raspolagati svojim zahtevom, dok je sudu dopušteno da se kreće u granicama zahteva.¹⁵

5. Članstvo naše zemlje

Republika Srbija je članica Suda. Ona je potpisnica obe Haške konvencije. Arbitri imenovani od strane Republike Srbije su: Prof.dr Vojin Dimitrijević, Prof.dr Dobrosav Mitrović, Prof.dr Obrad Račić i Prof.dr Tibor Varadi.¹⁶ Svi navedeni arbitri su profesori Međunarodnog javnog prava, Međunarodnih odnosa, Međunarodnih organizacija, Međunarodnog privatnog prava, kao i drugih srodnih predmeta. Takođe, svi su bivši ili sadašnji profesori Pravnog fakulteta.

¹³ Đajić S., Rešavanje sporova u Međunarodnom javnom pravu, posle diplomске studije, Novi Sad, februar 2006., str.3

¹⁴ Đajić S., nav.delo, str.6

¹⁵ Đajić S., nav.delo, str.8

¹⁶ <http://www.pca-cpa.org>

II) STRUKTURA STALNOG ARBITRAŽNOG SUDA

Struktura Suda je organizovana u tri dela. Prvi deo čini Administrativni Savet, koji se stara o radu Suda i njegovom budžetu, zatim lista arbitara, koja u stvari predstavlja članove Suda, kao i Sekretarijat, koji je poznatiji kao Međunarodni biro, na čijem je čelu Generalni sekretar. Takođe, posebno se izdvaja lista arbitara za specijalizovane sporove u oblasti zaštite životne sredine i prirode. Ta lista je sastavljena od priznatih naučnika, koji se pozivaju u skladu sa pravilima Suda o zaštiti čovekove sredine. Sud ima mali broj stalno zaposlenih lica u Sekretarijatu. Taj broj je, ipak, dovoljan za obavljanje svih funkcija Suda.¹⁷

Na prvom mestu, govorićemo o Administrativnom savetu, koji se nalazi u sedištu Suda i koji se sastoji od predstavnika, koji su akreditovani od strane država članica. Na osnovu ovlašćenja koja ima, Administrativni savet je najviši organ, ako bi morali da postavljamo hijerarhiju organa. Suda Administrativnim savetom predsedava ministar inostranih poslova Holandije. Administrativni savet je ovlašćen za uspostavljanje i organizovanje Međunarodnog biroa - Sekretarijata, koji radi pod njegovim rukovodstvom i nadzorom. Administrativni savet odlučuje o svim administrativnim pitanjima, koja mogu nastati u vezi Suda. Isto tako, Administrativni savet ima puno ovlašćenje u vezi sa odlučivanjem o statusu službenika Suda. Isto tako, Administrativni savet kontroliše troškove Suda. Kворum za odlučivanje Administrativnog saveta je pet članova, ako su u pitanju odluke o finansijskim transakcijama. Odluke se donose većinom glasova. Administrativni savet je dužan da sačinjava i izveštaj o radu Suda i njegovim prihodima i troškovima. Izveštaj je dužan da dostavi državama članicama. Administrativni savet poverava finansijski nadzor Međunarodnog biroa Finansijskom komitetu, koji je sastavljen od tri člana Administrativnog saveta, koji imaju prebivalište u Hagu¹⁸.

Lista arbitara Suda sastoji se od spiska imena arbitara koje države članice Suda dostavljaju administrativnom organu Suda Sekretarijatu. Svaka država članica Suda dostavlja spisak od četiri imena lica, koja moraju imati određene kvalitete za obavljanje funkcije arbitra. Svako od tih lica mora biti odličan poznavalac međunarodnog prava, zatim mora imati stručne kvalitete, kao i visoke moralne osobine za obavljanje ove funkcije. Osim toga, ta lica moraju imati višegodišnje iskustvo, kao i da znaju strane jezike.

¹⁷ <http://www.pca-cpa.org>

¹⁸ Ilčić D., Stalni arbitražni sud u Hagu, Pojam i istorijski razvoj arbitraže, Pravni život 12/2003, Beograd 2003, str. 399

Može se desiti, a bilo je i takvih slučajeva u praksi, da više zemalja zajednički imenuje arbitre. Međutim, o tome se mora zaključiti poseban sporazum. Mandat arbitrima Suda traje šest godina, s tim da oni mogu obavljati i druge profesionalne aktivnosti (koje su obavljali do imenovanja ili neke druge) za vreme trajanja mandata. Arbitri mogu biti ponovno imenovani na isti period od šest godina. U slučaju smrti arbitra ili njegovog penzionisanja, imenovanje naslednika je regulisano u skladu sa metodima za imenovanje arbitara od strane država članica. Pored postojanja liste potencijalnih arbitara (ako budu imenovani od strane stranaka za određeni spor, pa su zato potencijalni), članovi Suda iz svake zemlje predstavljaju tzv. „nacionalnu grupu“, koja ima pravo da predloži kandidata za Međunarodni sud pravde.¹⁹

Stalni organ Suda je Međunarodni biro ili Sekretarijat na čijem je čelu Generalni sekretar. Međunarodni biro ima administrativnu ulogu, a njegov osnovni zadatak je da obavlja tehničke poslove, kao i da se stara o arhivi. Međunarodni biro je sastavljen od pravnih i administrativnih stručnjaka različitih nacionalnosti sa potrebnim iskustvom. Međunarodni biro pruža usluge registra i administrativnu pomoć sudovima i komisijama, tako da ima ulogu službenog kanala za komunikaciju i obezbeđenja dokumenata. Međunarodni biro pruža usluge koje se sastoje u istraživanju u oblasti prava, finansijskoj administraciji, zatim pruža logističku i tehničku podršku za održavanje sednica, itd. Osim toga, Međunarodni biro obavlja i funkciju posrednika između Arbitraže i država članica, zatim, stara se o prijemu i slanju pošte, daje savete, potrebna uputstva i obaveštenja, itd. Međunarodni biro je stalni organ, koji vodi administraciju, čuva sudsku arhivu i sakuplja sve podatke o međunarodnom izbornom suđenju. Međunarodni biro može ispravljati listu arbitara, ali samo uz ovlašćenje država članica. Države članice, odnosno, potpisnice Konvencija biraju sudije (1 do 5 lica) sa spiska sudija, nakon obraćanja Sudu za rešavanje spora. U vezi sa tim, Međunarodni biro pruža odgovarajuću pomoć stranama u sporu. Međunarodni biro pruža i usluge vezane za rešavanje sporova od strane Suda van teritorije Holandije²⁰. Međunarodni biro je operativni organ Suda.

Jedno od bitnih pitanja Suda je i budžet. On je skroman, što odgovara i statusu Suda, odnosno, organima koji su u njegovom sastavu. Budžet Suda čine, delom, doprinosi zemalja članica, a iznos je definisan na bazi sistema jedinica koji je definisan pravilima Poštanske unije, nevladine organizacije, koja egzistira, takođe, od 1899.godine.

¹⁹ Član 4(1) Statuta Međunarodnog suda pravde

²⁰ Ilčić D., nav.delo, str.399

III) NADLEŽNOST STALNOG ARBITRAŽNOG SUDA

Nadležnost Suda je definisana u osnivačkom aktu, odnosno Konvenciji iz 1899.godine. Nadležnost je fakultativna i zasniva se na kompromisu država članica. Države u sporu zasnivaju nadležnost arbitraže svojom voljom, a što se definiše zaključenjem arbitražnog kompromisa u kome se navode predmet spora, broj arbitara, imena arbitara, ovlašćenja koja se daju arbitrima, kao i druge činjenice. Znači, zasnivanje nadležnosti arbitraže se ogleda u zaključenju arbitražnog sporazuma, odnosno, kompromisa. Kad je u pitanju zasnivanje nadležnosti za buduće i postojeće sporove, u teoriji postoji razlika između ove dve vrste nadležnosti Suda. Jedna je institucionalna, koja se zasniva na sporazumu stranaka za sve iste vrste sporova koji mogu nastati u budućnosti, a druga je prigodna nadležnost i zasniva se za tačno određeni predmet spora. Ali, u praksi ne postoji značaj ove podele nadležnosti, tako da je ona značajna samo sa stanovišta teorije.²¹ Videćemo kasnije da i Pravila postupka predviđaju ove dve vrste nadležnosti. Ako bi prihvatili stanovište da podela između ove dve vrste nadležnosti nema značaj, napravili bi grešku iz razloga vezanih za ispunjenje formalnih uslova za zasnivanje nadležnosti, a, isto tako, ne bi imalo smisla ni razlikovanje kompromisorne klauzule i kompromisa. Smatramo da ova podela mora da postoji, bez obzira na činjenicu da strane u sporu imaju punu autonomiju kod zasnivanja nadležnosti za arbitražno postupanje.

IV) POSTUPAK PRED STALNIM ARBITRAŽNIM SUDOM

Postupak pred Sudom mogu voditi kako države, tako i drugi subjekti, koji ne moraju biti subjekti međunarodnog prava. Volja država je od izuzetnog značaja za nadležnost, a, isto tako, ona je značajna i kad je u pitanju sam postupak rešavanja predmeta spora. Sud je ovlašćen da predvidi pravila za vođenje spora, kao i da odluči o svim oblicima, redosledu i vremenu u kome svaka stranka mora zaključiti svoje argumente. Inače, veći broj ugovora predviđa primenu pravila Haške konvencije o mirnom rešavanju sporova iz 1907.godine. To znači da se može tumačiti da su ta pravila postala deo običajnog prava, obzirom na njihovo široko prihvatanje.²²

Kada strane u sporu, države članice Suda, iznesu spor pred arbitražu, tada su dužne da izaberu sa liste arbitara, one koji će voditi arbitražni postupak. No, pre toga, države u sporu su dužne da potpišu arbitražni spora-

²¹ Ilčić D., nav.delo, str.400

²² Avramov S., Kreća M., Međunarodno javno pravo, Beograd 1996., str.476

zum u obliku kompromisa, kao osnovni akt arbitražnog postupka, bez koga nema pokretanja istog. Arbitražnim sporazumom se mora detaljno odrediti i opisati predmet spora, kao i ovlašćenja arbitara, kojih se oni moraju pridržavati za vreme postupka. Stranke u sporu biraju jednog ili više arbitara sa pomenute, stalne, liste arbitara.

Postupak pred Sudom se pokreće predajom formalnog akta Međunarodnom birou, kao administrativnom organu Suda. Svi akti koji se podnose predstavljaju podneske i protivpodneske, koji moraju sadržavati činjenice koje se odnose na označenje stranaka, zahtev, pravo koje su stranke izabrale i sl. Arbitražni postupak se sastoji iz dve faze. Jedna je pismena, a druga usmena. U usmenoj fazi bi se izneli određeni dokazi i saslušala određena ovlašćena lica. U praksi je, ipak, bilo drugačije. Usmena faza je izostavljena. Ako bi tražili razlog izostavljanja ove faze, našli bi ga u poštovanju načela ekonomije postupka. Cilj svakog postupka je da se pokrene, sprovede i zaključi sa što manje troškova.²³ Tako je i kod postupka koji se vodi pred Sudom. Takođe, pristalice izostavljanja usmene faze postupka, navode i savesno korišćenje procesnih prava i zabranu zloupotrebe prava u postupku, što dolazi do izražaja u navedenoj fazi, sa čime se ne bi mogli, u potpunosti, složiti.

U slučaju održavanja usmene faze postupka, ona ima svoje karakteristike. Te karakteristike se ogledaju u odnosu sa postupcima pred drugim međunarodnim sudskim i kvazi sudskim organima. U usmenoj fazi arbitražnog postupka se pojavljuju zastupnici spornih strana, koji nemaju aktivnu ulogu u samom postupku, a što podrazumeva njihovo saslušanje u vezi samog predmeta spora, kao i u vezi davanja podataka i činjenica u vezi predmeta spora. Uloga zastupnika je ograničena, obzirom da je njihov glavni zadatak da posreduju između stranaka u postupku i arbitar, kao i organa Suda.²⁴ Isto tako, njihova uloga se ogleda i u prijemu podnesaka i slanju protivpodnesaka. Što se tiče saslušanja svedoka, veštaka, pojedinih savetnika, ako su imenovani, kao i drugih lica, ono je identično kao i pred drugim sudskim organima, bez obzira da li su oni međunarodni ili unutrašnji.²⁵

Opšte pravilo definisano Konvencijom iz 1899.godine jeste da arbitražni postupak obuhvata dve faze: preliminarno ispitivanje i raspravu. Preli-

²³ Ilčić D., nav.delo, str.401

²⁴Putney A.H., Popular Law Library, vol.12, International Law, Conflict of Laws, [www. Chestofbooks.com/society/law-Populaw-12/Chapter -II-Permanent-Court-Of-Arbitration.html](http://www.Chestofbooks.com/society/law-Populaw-12/Chapter-II-Permanent-Court-Of-Arbitration.html)

²⁵ Ibidem

mirano ispitivanje se sastoji, pre svega, u uzajamnom dostavljanu svih dokumenata koji će se koristiti u postupku. Rasprava je predviđena za usmenu komunikaciju zastupnika.²⁶

1. Pravila postupka

Sud je doneo niz pravila postupka, koji se odnose na različite subjekte između kojih nastaje spor. Ta pravila ćemo nazivati opciona. Taj termin se učinio i najprikladnijim, obzirom da se radi o pravilima koja su izborna, izabrana, odnosno, neobavezan. Znači, stranke u sporu slobodno odlučuju o njihovoj primeni. Ta Pravila su sledeća²⁷:

- 1) Opciona pravila Suda o arbitražnim sporovima između dve države. Ova pravila rešavaju sporove proizašle iz ugovora i drugih sporazuma između dve države. Mogu biti modifikovana za upotrebu u vezi sa multilateralnim ugovorima. Ova pravila imaju osnov u arbitražnim pravilima UNCITRAL.;
- 2) Opciona pravila Suda o arbitražnim sprovima između dve strane, od kojih je jedna strana država. Ova pravila su zamenila Pravila o arbitraži i mirenju u međunarodnim sporovima između dve strane, od kojih je jedna strana država iz 1962.godine. I ova pravila imaju osnov u Arbitražnim pravilima UNCITRAL. Takođe, ova pravila predviđaju autonomiju stranaka;
- 3) Opciona pravila Suda o Arbitraži koja uključuje međunarodne organizacije i države. Ova pravila se primenjuju i u sporovima između dve međunarodne organizacije;
- 4) Opciona pravila Suda o Arbitraži između međunarodnih organizacija i privatnih lica;
- 5) Opciona pravila Suda o mirenju. Osnovna svrha ovih pravila je da dovede do mirenja strane u sporu, koje su u nemogućnosti da kroz konsultacije i pregovore dođu do rešenja. Ova pravila se primenjuju bez obzira na vrstu subjekta u sporu;
- 6) Opciona pravila Suda koja se odnose na postupak koji sprovode Komisije za ispitivanje činjenica. Ova pravila se primenjuju kad se strane u sporu sporazumeju da traže pomoć od navedene Komisije. Strane u sporu mogu isključiti bilo koju odredbu iz Pravila u bilo koje vreme;

²⁶ Član 39. Konvencije iz 1899.godine, <http://www.pca-cpa.org>

²⁷ <http://www.pca-cpa.org>

- 7) Opciona pravila Suda o arbitražnim postupcima koji se odnose na zaštitu prirodnih izvora i životne sredine. Ova pravila imaju osnov u arbitražnim pravilima UNCITRAL i vode računa o autonomiji stranaka;
- 8) Opciona pravila Suda o mirenju u postupcima koji se odnose na zaštitu prirodnih izvora i životne sredine;
- 9) Vodič za prilagođavanje arbitražnih pravila Suda za rešavanje sporova koji proizlaze iz multilateralnih sporazuma i ugovora zaključenih između više stranaka.

Iako su definisana različita Opciona pravila postupka, postavlja se pitanje da li će u sporovima, koji budu izneseni pred Sud, moći da se pojave druge vrste subjekata, koji nisu predviđeni u Pravilima postupka, kao što je to slučaj sa jednim sporom, koji je sada u postupku. Da li bi bilo uputnije definisati posebna pravila u takvom slučaju ili bi, možda, trebalo definisati jednu vrstu Opcionih pravila, koja bi sadržala određena posebna pravila, koja bi važila za specifičnosti postupka u kome se, kao strane u sporu, pojavljuju različite vrste subjekata.

2. Model klauzule

Sud je definisao i Model klauzule za arbitražne postupke. Oni su definisani u skladu sa napred navedenim Opcionim pravilima postupka, odnosno, razlikuju se po subjektima između kojih se ti sporovi vode. Spomenućemo samo Model klauzule za sporove koji se vode između dve države kao stranaka u sporu, obzirom da su te klauzule iste ili slične za sve subjekte između kojih se vode sporovi. Ono što se mora reći, jeste da Model klauzule odgovaraju opštim pravilima arbitražnog postupka, odnosno, razlikuju se budući sporovi, koji nisu nastali, kada se arbitražna klauzula, odnosno sporazum o arbitraži može predvideti u osnovnom sporazumu ili ugovoru ili u posebnom sporazumu, ali pre nego što je došlo do spora. Znači, ako je spor nastao, onda se zaključuje poseban sporazum. To je u skladu sa pravilima o kompromisnoj klauzuli, koja je deo osnovnog ugovora (pre nastanka spora) i kompromisu, koji se zaključuje kad spor nastane.

Model arbitražne klauzule koje se primenjuju u vezi sa Izabranim pravilima Suda za arbitražne sporove između dve države – A. Arbitražna klauzula za buduće sporove. Ovom Model-klauzulom je predviđeno da strane u sporu mogu u bilateralnom ugovoru ili bilo kom drugom sporazumu uneti arbitražnu klauzulu koja sadrži činjenice koje se odnose na to da svaki spor koji je proizašao iz ugovora ili sporazuma može biti iznet pred arbitražu, odnosno pred Sud, koji će se voditi po Opcionim pravilima Suda.

Osim toga, strane mogu odrediti i broj arbitara, jezik koji će se koristiti u arbitražnom postupku, ovlašćenje dato Generalnom sekretaru Suda, mesto održavanja arbitražnog postupka, itd; - B. Arbitražna klauzula kod nastalih sporova.²⁸ Kad su u pitanju sporovi koji su, već, nastali, tada se zaključuje poseban sporazum. Primećujemo da Model klauzule manju pažnju posvećuju definisanju nadležnosti arbitraže u ovom slučaju, o čemu je, napred, bilo reči u negativnom smislu.

3. Arbitražna pravila UNCITRAL

Sud primenjuje i Arbitražna pravila (Model pravila) donesenih od strane Komisije UN za međunarodno trgovačko pravo – UNCITRAL 1976.godine. Ona predstavljaju otvoreni model pravila, koja će se primeniti, ako ih stranke prihvate. Ova pravila nisu detaljna i ostavljaju veliki prostor arbitrima prilikom sprovođenja postupka i odlučivanja. Definisanje i formulisanje tih pravila imalo je jedan osnovni cilj, koji se sastojao u harmonizaciji arbitražnog prava.²⁹ Osim toga, ona se široko primenjuju u postupcima pred ad hoc arbitražama. Arbitražna pravila su definisana tako, da se spor pred ad hoc arbitražama, vodi na sličan proceduralni način, kao i postupak pred institucionalnim arbitražama.³⁰ Arbitražna pravila UNCITRAL predviđaju da, ako stranke u sporu, ne bi imenovala sastav arbitraže, odnosno, kada nema dogovora o trećem arbitru, a imenovana su dva, Generalni sekretar Suda odredi organ imenovanja, koji će umesto stranaka, odrediti sastav arbitraže.

Možemo reći da je navedena Komisija UN, sastavila Arbitražna pravila koja nemaju karakter konvencije. To znači da, iako pismeno prihvaćene od stranaka, ova Arbitražna pravila nemaju snagu veću od internih zakona, za razliku od konvencija koje to imaju, ako su ratifikovane.

Radi se o neobaveznom tekstu, koji je prvenstveno namenjen uređenju ad hoc arbitražnih sudova. Preporučuje se za rešavanje sporova nastalih u međunarodnoj trgovini. Primenuju se, ako su prihvaćena sporazumom stranaka, a stranke ih mogu modifikovati.³¹ Arbitražna pravila UNCITRAL posebno uređuju: konstituisanje arbitražnog suda, izuzetice arbitara, postupak pred arbitražnim sudom, donošenje arbitražne odluke.³²

²⁸ <http://www.pca-cpa.org>

²⁹ Varadi T., Bordaš B., Knežević G., Pavić V., Međunarodno privatno pravo, Beograd 2007., str. 586

³⁰ Varadi T., Bordaš B., Knežević G., Pavić V., nav.delo, str. 595

³¹ Dore I.I., Arbitration and conciliation under the UNCITRAL rules, Martinus Nijhoff Publishers 1986., str. 69-70

³² Ibidem

Spomenućemo i Model zakon o arbitraži iz 1985.godine, donesen, ta-kođe, od UNCITRAL, zbog toga što je ovaj akt kopija jednog seta Arbitražnih pravila. Model zakon nije obavezujući, ali države, individualno, mogu usvojiti model zakon odnosno inkorporirati ga u domaće zakonodavstvo. Model zakon predviđa slična pravila, koja definišu i Arbitražna pravila. Model zakon je delimično izmenjen 2006.godine.

V) DONOŠENJE ODLUKA OD STRANE STALNOG ARBITRAŽNOG SUDA

Primena materijalnih odredaba pred Sudom je veoma specifična, a možemo reći i delikatna. To se odnosi na samu vrstu sporova koji se iznose pred Sud. Ti sporovi nisu samo pravni, već i politički, privredni, finansijski, u vezi investicija i sl., tako da je širok spektar propisa, koji se primenjuju u postupku. Jedno od veoma značajnih pitanja koje se postavlja, kod primene materijalnog prava, jeste i primena sudskih precedenata, koji predstavljaju običajno pravo. No, iako su postojala mišljenja da odluke treba zasnivati na sudskim precedentima, praksa je ta mišljenja demantovala. Izvori, koji su korišćeni u donošenju odluka, kao i koje su stranke određivale u kompromisu su bili isključivo pravni propisi, osim već spomenutih izuzetaka. No, pored propisa, arbitri su primenjivali i opšte međunarodne norme, pravna načela i princip pravičnosti.

Arbitri donose odluku primenom pravnih, na osnovu činjenica iznesenih u raspravi i to, većinom glasova. Vrlo interesantno za Sud je to što je veliki broj odluka (preko polovine) donesen od strane arbitara pojedinaca. Presude su konačne, jer protiv njih nije moguće uložiti žalbu. To je jedna od opštih karakteristika arbitražnog postupanja. Samo je jedna od institucionalnih arbitraža dvostepena, što znači da postoji i apelaciono postupanje.³³ Arbitražne odluke su obavezujuće, ali samo za stranke u sporu. Kad je u pitanju izvršenje odluka, opšte prihvaćen princip je princip dobrovoljnog izvršavanja odluka i obaveza iz izreka odluka. Objašnjenje za to treba tražiti u očuvanju međunarodnog ugleda države i održavanja dobrih diplomatskih odnosa. Znači, radi se o sličnom razlogu kao i kod «klasičnih» trgovačkih arbitraža, gde se odluke arbitraža, takođe, izvršavaju na dobrovoljnoj osnovi, obzirom na potrebu očuvanja dobre pozicije na tržištu, kao i dobrih poslovnih odnosa sa drugim privrednim subjektima.

³³ Arbitraža u Londonu

VI) SPOROVI KOJI SU VOĐENI I KOJI SE VODE PRED STALNIM ARBITRAŽNIM SUDOM

Sporovi koji su vođeni i koji se vode pred Sudom su različiti. To se odnosi i na vrstu sporova i na vrstu subjekata. Sve sporove možemo podeliti u tri grupe: - oni koji su vođeni do Drugog svetskog rata, kao i nekoliko nakon navedenog rata (vrlo retki); - oni koji su vođeni i završeni od kraja devedesetih godina XX veka od danas; i - oni koji su u postupku. Iz ovog možemo zaključiti da su postojale tri faze u radu Suda: a) period od osnivanja do Drugog svetskog rata, u kome je Sud odlučivao u većem broju sproova; b) period nakon Drugog svetskog rata, koji možemo nazvati periodom «zatišja rada Suda», kada se postavljalo pitanje njegove funkcije i njegovog statusa; i c) sadašnji period, koji se može nazvati i «novim početkom rada Suda». U pregledu navedenih sporova neće biti spomenuti svi postupci, već samo najvažniji. Isto tako, pojedinim sporovima biće posvećena veća pažnja.

1.Sporovi koji su vođeni pred Sudom

Mnogo veći broj sporova, koji su vođeni pred Sudom, beležimo u periodu pre Drugog, a naročito pre Prvog svetskog rata. Sporovi koje je Sud vodio nakon Drugog svetskog rata vezujemo za noviji period, kao što je rečeno. Poznatiji sporovi koje je Sud vodio, do Drugog svetskog rata, su sledeći:

- 1) spor između SAD i Meksika o nameni prihoda kalifornijskih zadužbina iz 1902.godine. Odlukom Suda je obavezana Vlada Meksika prema Vladi SAD;
- 2) spor između Nemačke, Velike Britanije i Italije, sa jedne strane i Venecuele, sa druge strane, o preferencijalnom tretmanu sila u Venecueli iz 1904.godine. Odluka je doneta u korist Nemačke, Velike Britanije i Italije u delu koji se odnosi na preferencijalni tretman;
- 3) spor između Nemačke, Velike Britanije i Francuske, sa jedne strane i Japana, sa druge strane, o taksama za stanovanje u Japanu iz 1905.godine;
- 4) spor između SAD i Venecuele o pomorskoj kompaniji Orinoko iz 1910.godine;
- 5) spor između Italije i Perua o posledicama ustupanja jednog potraživanja stranom pravnom licu iz 1912.godine, poznatija kao afera Kanevaro;
- 6) spor između Rusije i Turske o ruskom obeštećenju iz 1912.godine;

- 7) afera Kartaga iz 1913.godine, spor između Francuske i Italije;
- 8) spor o eksproprijaciji crkvenih dobara iz 1920.godine;
- 9) spor između SAD i Norveške o «norveškim zahtevima» iz 1922.godine;
- 10) spor između Radio Corporation iz SAD i Vlade Republike Kine iz 1935.godine.

Od 1998. godine do danas završeno je preko deset sporova u kojima su stranke bile države, kao i kompanije. Značajniji noviji sporovi, koji su vođeni pred Sudom, u zadnjoj deceniji, su sledeći:

- 1) spor između Eritreje i Jemena o teritorijalnom suverenitetu 1998 i 1999. godine. Radi se o sporu u vezi južnih ostrva u Crvenom moru. Na to rešenje se čekalo od Prvog svetskog rata. U sporu se radilo o ribolovnom režimu u navedenom području.³⁴ Sud se pozivao i na spor između Katara i Bahreina, koji je vođen pred Međunarodnim sudom pravde, u vezi slične stvari³⁵;
- 2) spor između Irske i Ujedinjenog kraljevstva Velike Britanije i Severne Irske iz 2003.godine, koji je pred Sudom pokrenut u skladu sa Konvencijom iz 1992. godine u vezi zaštite morske okoline u severoistočnom Atlantiku;
- 3) spor između preduzeća Telekom Malezija („Telecom Malaysia Berhard“) i Gane iz 2003. godine o sporu u vezi investicija, koji se vodio po UNCITRAL pravilima o arbitraži;
- 4) spor između Malezije i Singapura iz 2003.godine u vezi amelioracije u oblasti Johor;
- 5) spor između Holandije i Francuske iz 2004.godine o zaštiti Rajne od zagađenja hlorigama u skladu sa Konvencijom iz 1976.;
- 6) spor između Belgije i Holandije iz 2005. o sporu vezanom za ponovno aktiviranje železničke pruge „Iron Rhine“, koja bi povezivala belgijsku luku Antwerpen sa Nemačkom, preko pojedinih delova holandske teritorije. Sud se pozivao na ugovore iz XIX veka kojima su odobrena prava Belgiji na teritoriji Holandije. Isto tako, Holandiji su data prava u vezi insistiranja na očuvanju životne sredine, a u vezi reaktiviranja pomenute železničke trase;

³⁴ Queneudec J.P., *The Eritrea-Yemen Arbitration, Its Contribution to International Law, The Eritrea Yemen Arbitration Awards 1998-1999*, T.M.C. Asser, The Hague 2005., str.2,

³⁵ Merills J.G., *The Contribution of Permanent Court of Arbitration to International Law and to the Settlement of Disputes by Peaceful Means, The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and Dispute Resolution*, Kluwer Law International, 1999., str. 26

- 7) spor između Barabadosa i Trinidada i Tobaga iz 2006.godine, u vezi razgraničenja privrednog i epikontinentalnog pojasa između te dve države; i
- 8) spor između Eritreje i Etiopije iz 2008.godine u vezi graničnog pojasa između te dve države.Odlukom Suda se definisala 1000 kilometara dugačka granica između Eritreje i Etiopije.

Jedna od odluka Suda u predmetu arbitražnog postupka, koji se vodio između Francuske i Grčke, ticao se svetionika u području Grčke koje je, nakon 1913.godine oslobođeno od Turske. Odluka je doneta 24.jula 1956.godine i nije često spominjana u praksi. Naime, prema toj presudi «sa stanovišta međunarodnog prava, treba smatrati da je teritorija kontinentalne Nove Grčke od La Meste, uključujući i Svetu Goru, odvojena od Turske, odnosno, od Otomanskog carstva 30.maja 1913.godine, a da je pripala Grčkoj 25.avgusta iste godine, nakon jednog međubalkanskog co-imperiuma, koji je trajao oko tri meseca».³⁶

2.Sporovi koji se sada vode pred Sudom

Sporove koji su, sada, u postupku karakteriše da se u njima kao strane pojavljuju i druge vrste organizacija, osim država i kompanija. Spomenućemo samo neke od slučajeva koji su, sada, u postupku pred Sudom³⁷:

- 1) spor Eurotunel. Delimična odluka doneta je 30.januara 2007.godine od strane arbitraže koja je konstituisana u skladu sa članom 19. Sporazuma između Francuske i Ujedinjenog kraljevstva Velike Britanije i Severne Irske a koja se tiče izgradnje tunela. Sporazum je potpisan u Kanterberiju 12.02.1986.godine.
- 2) Spor Vito G. Gallo protiv Kanade;
- 3) Spor između Vlade Sudana i Sudanske Narodne Slobodne Armije u vezi razgraničenja teritorije Abyei. To razgraničenje je definisano arbitražnim sporazumom koji je deponovan kod Suda 11.jula 2008.godine.Navedeni sporazum predviđa da će se u postupku primeniti Opciona pravila za arbitražne postupke između dve strane, od kojih je samo jedna država;

³⁶ Merills J.G., nav.delo, str. 5

³⁷ <http://www.pca-cpa.org>

- 4) Spor između kompanije Centerra Gold Inc. Iz Kanade i Kumtor Gold Company iz Kirgistanu, sa jedne strane i Republike Kirgistan, sa druge strane. U ovom postupku primenjuju se arbitražna pravila UNCITRAL, a isti se vodi u skladu sa odredbama Ugovora o investicijama od 31.decembra 2003.godine, kao i po Zakonu od ulaganjima u Republiku Kirgistan.
- 5) Spor između kompanije TCW Group, Inc. i Dominican Energy Holdings, sa jedne strane i Dominikanske Republike, sa druge strane. U ovom sporu se, takođe, primenjuju arbitražna pravila UNCITRAL, a u skladu sa Sporazumom o slobodnoj trgovini između Srednje Amerike, Dominikanske Republike i SAD.

Bilo bi vrlo interesantno spomenuti još jedan slučaj, koji bi trebao da bude iznesen pred Sud. Naime, radi se o aktuelnom sporu u vezi s svojinskim pravima u mostarskom »Aluminiju«, koji treba da reši Sud. Radi se o poznatom sporu u Bosni i Hercegovini. Uslov za postupanje Suda jeste potpisivanje arbitražnog sporazuma između Vlade Federacije i predstavnika navedenog preduzeća. Čim se potpiše navedeni arbitražni sporazum, a što se očekuje, Svetska banka će od Suda zatražiti da pokrene arbitražu. Tu će arbitražu nadgledati i obrađivati troje nezavisnih arbitara koji će svoje dužnosti obavljati u Sarajevu, u razdoblju koje bi moglo trajati između šest i 24 meseca. Nećemo detaljnije govoriti o ovom sporu, obzirom da, tek, predstoji pokretanje postupka pred Sudom, ali možemo reći da se čini da će uloga Suda dobiti novu dimenziju, ako uzmemo u obzir ne samo ovaj, već i druge sporove koji su sada u postupku. Naime, preovlađuju sporovi, u kojima je jedna strana država, a druga kompanija ili neka organizacija.

VII) ZAKLJUČNA RAZMATRANJA O STALNOM ARBITRAŽNOM SUDU

Imajući u vidu da Sud postoji više od 100 godina, tačnije 110 godina, možemo reći da on nema onaj značaj koji bi morao da ima, ako uzmemo u obzir niz faktora, koji su morali da ga odrede kao jednu od najznačajnijih institucija. Tome u prilog govori da je on osnovan na Haškim mirovnim konferencijama i da je glavni cilj njegovog osnivanja bilo rešavanje sporova između država radi izbegavanja ratnih i ostalih sukoba. No, Sud nije dobio takvu ulogu, što je posledica sukoba tadašnjih velikih sila i željom istih za novim teritorijalnim podelama u svetu. To je, kasnije, rezultiralo sukobima velikih razmera. No, i pored toga, Sud je rešio niz slučajeva, veoma bitnih i pokazalo se da je njegova uloga jasnija u rešavanju sporova između država i drugih subjekata različitih vrsta, nego u sporovima

koji se vode između samih država. Otuda i primena pravila, koja se koriste i u međunarodnim trgovačkim arbitražama. Stalni arbitražni sud u Hagu odlikuje nekoliko karakteristika, vezanih kako za njegovo osnivanje, tako za njegovo postojanje i funkcionisanje:

- 1) Sud je fakultativne prirode, što znači da zasnivanje njegove nadležnosti zavisi od volje država i drugih organizacija i lica u sporu. Naravno, da bi se zasnovala nadležnost Suda, potrebno je zaključenje sporazuma, odnosno, kompromisa između navedenih subjekata;
- 2) Njegovo osnivanje je bilo iznuđeno, zbog neslaganja država oko osnivanje stalnog suda, što je, možda, i odredilo njegov kasniji razvoj. Možda, u tadašnjim uslovima, nije bilo realno očekivati osnivanje navedene institucije, ali je i osnivanje ovog Suda bio veliki korak napred za razvoj međudržavnih odnosa, bez obzira na događaje, koji su usledili na početku XX veka. Osim toga, kasniji razvoj Suda je, u velikom delu, odredilo i osnivanje Međunarodnog suda pravde;
- 3) Sud rešava i javne i privatne sporove između stranaka u sporu. Možemo reći da se, u zadnje vreme, pred Sudom pokreću postupci koji se, pre svega, tiču privrede, investicija, finansija, kao i da se vode između velikih kompanija iz više zemalja, sa jedne strane i država ili države, sa druge strane;
- 4) Sud ima veoma mali broj stalno zaposlenih. To proizlazi, pre svega, iz postojanja nevelikog iznosa sredstava koja stoje na raspolaganju Sudu. To ima svoje pozitivne i negativne strane. Negativne strane se tiču same prirode Suda i samog naziva Suda, tako da se postavlja pitanje da li mali broj lica, koja su stalno angažovana, može odgovoriti svim obavezama vezanim za servisiranje svih sporova, uključujući sve elemente, koje ti sporovi sadrže, od arbitara, pa do dostavljanja odluka svim stranama;
- 5) Obzirom na dužinu postojanja, pred Sud je izneseno veoma mali broj sporova, kao što je rečeno. No, broj sporova je naglo povećan krajem XX veka. Te sporove bi mogli podelimo u tri grupe: a) sporovi koji za predmet imaju razgraničenje između država; b) sporovi koji za predmet imaju zaštitu čovekove okoline; i c) sporovi koji za predmet imaju problem vezan za finansije i investiranje, a koji se vode između kompanija i država.
- 6) Sud, između ostalih pravila, primenjuje Arbitražna pravila UNCITRAL, koja se, pre svega, odnose na ad hoc arbitraže, iz čega sledi da je i jedna od glavnih karakteristika Suda ad hoc arbitražno postupanje; i

- 7) Mora se istaći i definisanje posebnih pravila za različite vrste postupka, u zavisnosti koje vrste subjekata se pojavljuju, kao stranke u sporu. Osim toga, predviđena su posebna pravila postupka i posebna lista arbitara i eksperata za sporove koji se odnose na zaštitu prirode i čovekove okoline.

Sud je, od osnivanja, krajem XIX veka do danas sudio različite vrste sporova. U početku su ti sporovi bili javne prirode i vodili su se između država. Danas Sud sudi različite vrste sporova između različitih subjekata, tako da se može zaključiti da Sud poseduje i karakteristike međunarodne trgovačke arbitraže. Razlog tome nije samo primena navedenih arbitražnih pravila. Postojanje Suda je neophodno, zbog postojanja specijalizovanih sporova iz različitih oblasti, koji bi se mogli izneti samo pred Sud. Činjenica je da je najvažnija karakteristika Suda i njegova pozitivna strana različitost sporova i različite vrste subjekata, koji se pojavljuju u tim sporovima.

Prof. Vladimir Čolović
senior research associate
Institute of Comparative Law, Belgrade

PERMANENT COURT OF ARBITRATION

The Permanent Court of Arbitration was established by the Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, concluded at The Hague in 1899 during the first Hague Peace Conference. The 1899 Convention was revised in 1907 at the second Hague Peace Conference. This Convention from 1907 has the same name as the 1899 Convention. The most concrete achievement of the 1899 Conference was the establishment of the Permanent Court of Arbitration – the first global mechanism for the settlement of disputes between states. But, today the Permanent Court of Arbitration provides the services for the resolution of disputes involving various combinations of states, states entities, international and intergovernmental organizations and private parties. Also, the Permanent Court of Arbitration has many commercial and investment disputes. Also, this Court provides the services for the resolution of disputes in the topic of the environment. The Permanent Court of Arbitration applies the Optional Rules of

Procedure and UNCITRAL Arbitration Rules. We can say, that the Permanent Court of Arbitration applies basic rules of the arbitration. The Permanent Court of Arbitration has a three part organizational structure consisting of an Administrative Council, a panel of independent potential arbitrators (Members of the Court) and its Secretariat known as International Bureau, headed by the Secretary General. Members of the Court are potential arbitrators appointed by member states. Each member state is entitled to nominate up to four persons. Members of the Court are appointed for a term of six years, and their appointments can be renewed. Up to now, the Permanent Court of Arbitration has about 50 disputes. The Republic of Serbia is the member of the Permanent Court of Arbitration.

Key words: *arbitration, Permanent Court of Arbitration, Conventions, states, international organizations, panel of arbitrators, Administrative Council, International Bureau, UNCITRAL.*

Dr Zoran Radivojević
redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu

MEĐUNARODNA ARBITRAŽA

Značaj međunarodne arbitraže u današnje vreme je veliki. Ovaj članak posvećen je upravo tome. U njemu autor govori o pojmu i vrstama međunarodnih arbitraža. On piše o ad-hoc i stalnim arbitražama, o fakultativnim i obaveznim arbitražama, kao i nekim drugim tipovima arbitraža. Profesor Radivojević takođe piše i o izvorima i razvoju međunarodne arbitraže, o pravilima postupanj pred međunarodnom arbitražom, kao i o pravnim sredstvima koja se mogu ulagati protiv odluka međunarodne arbitraže.

Ključne reči: međunarodna arbitraža; pojam i vrste međunarodnih arbitraža, izvori i razvoj međunarodnih arbitraža; pravna sredstva protiv odluka međunarodne arbitraže

1. Pojam i vrste arbitraže u međunarodnom javnom pravu

Arbitraža je "rešavanje sporova između država od strane sudija koje su one izabrale i na osnovu poštovanja prava. Pribegavanje arbitraži podrazumeva obavezu savesnog izvršenja presude". Ovo je tradicionalna definicija koju sadrži Prva haška konvencija o mirnom rešavanju sporova od 1907. godine¹. Savremeni razvoj i pojava novih subjekata međunarodnog prava proširili su pojam arbitraže. Osim međudržavnih sporova, arbitražom se rešavaju sporovi između država i međunarodnih organizacija ili između samih organizacija².

¹ Čl.37; za izvorni tekst: Dispute Settlement in Public International Law, Texts and Materials, compiled by K.O-Frahm-N. Wühler, Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York Tokyo, 1984, pp.5-16.

² Pošto međunarodne organizacije ne mogu biti strane u postupku pred Međunarodnim sudom pravde, arbitraža je danas osnovni, najprikladniji i najšire korišćeni način rešavanja sporova između država i međunarodnih organizacija ili između samih organizacija.

Za arbitražu je karakteristično načelo autonomije volje. Pribegavanje arbitraži zasniva se na dobrovoljnom pristanku strana u sporu. Nijedna država i međunarodna organizacija ne može biti primorana da sporove sa drugim državama ili organizacijama iznese pred arbitražu bez svog pristanka³. Pored toga, volja strana u sporu bitna je prilikom imenovanja arbitara. One imaju pravo da same izaberu lica kojima će poveriti rešenje spora. Od volje spornih strana zavisi i obim ovlašćenja izabranih sudija, jer se spor može rešiti samo u granicama koje su one odredile⁴.

Kod arbitraže spor se rešava primenom prava. To je u stvari suđenje na osnovu pozitivog međunarodnog prava⁵. Arbitraža ima zadatak da oceni iznete dokaze, utvrdi činjenice i odredi pravo koje se na njih treba primeniti. U tome je razlika između arbitraže i sredstava kod kojih se utvrđuje činjenično

To se posebno odnosi na sporove o primeni ili tumačenju ugovora koje međunarodne organizacije zaključuju međusobno ili sa državama. Više o tome: Z.Radivojević, Rešavanje sporova oko primene i tumačenja ugovora međunarodnih organizacija, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1995, br.1-3, str.133-136.

³ U savetodavnom mišljenju o pitanju Istočne Karelje iz 1923. godine Stalni sud međunarodne pravde rekao je da "nijedna država ne može biti prinuđena da bez pristanka svoje sporove sa drugom državom podvrgava posredovanju, arbitraži ili bilo kojoj drugoj vrsti mirnog rešavanja. Takav pristanak" – stoji dalje u navedenom mišljenju – "može se dati jednom za svagda u obliku slobodno preuzete obaveze, ali se isto tako može dati u pojedinim slučajevima, nezavisno od ma kakve postojeće obaveze"; C.P.J.I., *Série B*, no 5, p.27. U slučaju *Ambatielos* posleratni Međunarodni sud pravde ponovo se pozvao na "osnovni princip međunarodnog prava prema kome država nije obavezna da podvrgne svoje sporove arbitraži bez svoje saglasnosti"; CIJ, *Recueil*, 1953, p.19.

⁴ Ta volja predstavlja osnov obaveznosti buduće arbitražne presude, a istovremeno to je pravni okvir unutar koga deluje arbitražni sud. Ukoliko su ove granice preoračene njegova se presuda može pobijati. Videti: M.Novaković, *Osnovi međunarodnog javnog prava*, knjiga druga, Beograd, 1938, str.134-138.

⁵ U tom pogledu postoji *opinio communis* u našoj i stranoj doktrini međunarodnog prava: S.Avrakov-M.Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2001, str.565; R.Étinski, *Međunarodno javno pravo*, Novi Sad, 2002, str.493; B.Janković-Z.Radivojević, *Međunarodno javno pravo*, Niš, 2005, str.385; B.Krivokapić, *Leksikon međunarodnog prava*, Beograd, 1998, str.25-26; A.Magarašević, *Osnovi međunarodnog prava*, Novi Sad, 1965, str.206; J.Andrassy, *Međunarodno pravo*, Zagreb, 1976, str.503; L.Cavaré, *Le droit international public positif*, Tome II, Paris, 1969, p.262; V.Đ.Degan, *Međunarodno pravo*, Rijeka, 2000, str.739; A.Favre, *Principes du droit des gens*, Paris, 1974, p.674; V.Ibler, *Riječnik međunarodnog prava*, Zagreb, 1987, str.152; Ch.Rousseau, *Droit international public*, Tome V, *Les rapports conflictuels*, Paris, 1983, pp.305-306; H.J.Schlochauer, *Arbitration*, in: R.Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume I, 1992, pp.215-216; M.N.Shaw, *International Law*, Cambridge, 1997, p.739.

stanje bez ulaženja u pravnu stranu spora⁶. S druge strane, od arbitraže treba razlikovati načine rešavanja sporova koji nisu zasnovani na primeni prava, već na izvesnim vanpravnim merilima, kao što su razlozi oportuniteta ili praktične koristi (tzv.prijateljsko poravnanje - *amiable composition*)⁷. Arbitraži se izuzetno može poveriti da spor reši primenom načela pravičnosti (*ex aequo et bono*)⁸ ili da u nedostatku pravila međunarodnog prava sama stvo-

⁶ Takav je, recimo, slučaj sa anketom čiji je zadatak da nepristrasno utvrdi činjenično stanje na kome počivaju međunarodni sporovi. Nasuprot tome, kod mirenja (koncilijacije) spor se razmatra i sa činjenične i sa pravne strane. U oba slučaja, međutim, izveštaj koji se podnosi stranama u sporu nije obavezan i nema snagu sudske presude. Više o tome: B.Janković-Z.Radivojević, *op.cit.*, str.398-401.

⁷ Za takve slučajeve se u francuskoj doktrini koristi i naziv "règlement d'intérêts" (Ch.Rousseau, *op.cit.*, p.334), a neki pisci sa prostora bivše Jugoslavije uvode pojam "izravnjanje" (J.Andrassy, *op.cit.*, str.500-501) sa ciljem da se oni izuzmu iz pojma arbitraže shvaćene u smislu definicije iz čl.37 Haške konvencije. Međutim, s obzirom da u svakoj arbitraži strane imaju odlučujuću ulogu u definisanju osnova po kome će arbitražni sud rešiti njihov spor, u stvarnosti je nekada teško dosledno sprovesti ovo razlikovanje, pa se u delu nauke "règlement d'intérêts", "amiable composition" i "izravnjanje" smatraju specifičnim oblicima međunarodne arbitraže (V.Đ.Degan, *op.cit.*, str.739). U međunarodnoj jurisprudenciji poznato je nekoliko slučajeva takve arbitraže. Tako je u američko-britanskom sporu o lovu na foke u Beringovom moru arbitražni sud na osnovu ovlašćenja strana doneo presudu (1893. godine) koja sadrži i uredbu o budućem lovu u tom području. Na sličan način postupio je Stalni arbitražni sud u presudi donetoj (1910. godine) povodom britansko-američkog spora o ribolovu u Atlantiku. Međutim, Stalni sud međunarodne pravde u slučaju slobodnih zona u Savoji i Žeksu (1932. godine) odbio je da na zahtev Francuske i Švajcarske donese propise o budućem pravnom i ekonomskom režimu u tim zonama, uz obrazloženje da bi time izašao iz okvira svoje pravosudne funkcije (C.P.J.I., *série A*, no 17, p.162). Isti zadatak strane su zaključenjem novog kompromisa poverile specijalnom arbitražnom sudu koji je svojom presudom (1933. godine) uredio režim uvoza proizvoda slobodnih zona u Švajcarsku (Više o tome: Ch.Rousseau, *op.cit.*, p.334; J.Andrassy, *op.cit.*, p.500).

⁸ U ovom slučaju pravičnost je sredstvo da se odstrani primena prava, tj. da se spor reši suprotno pravu. Ovdje je u pitanju odbacujuća funkcija pravičnosti ili pravičnost *contra legem*. Kod te pravičnosti sporna je širina ovlašćenja arbitražnog suda da odstupi od postojećeg prava. Jedan deo doktrine stoji a stanovištu da sloboda odlučivanja *ex aequo et bono* nije neograničena, te da bi arbitru, koji je inače u donošenju odluke vezan međunarodnim pravom, bilo zabranjeno da presudi suprotno pravu. Drugo je gledište da arbitar ima mogućnost i ovlašćenje da se uz izričitu saglasnost strana u sporu oslobodi dužnosti primene pozitivnog prava kako bi izbegao nepravično rešenje. Između ovih krajnosti nalazi se stav da je sloboda odlučivanja na osnovu pravičnosti veća nego kod suđenja po pravu, ali da arbitar ne bi smeo da odstupi od imperativnih normi pozitivnog prava (Više o tome: V.Đ.Degan, *L'Equité et le Droit international*, La Haye, 1970, pp.239-240; S.Đorđević, *Pravičnost u međunarodnom pravu*, *Pravni život*, 1994, br.11-12, str.1995-1996). Praksa ne pomaže razrešenju ovog pitanja. Arbitražni sudovi, pa i same strane u sporu, imali su krajnje uzdržan stav, te do sada nije bilo nijedne presude donete *ex aequo et bono* suprotno postojećem pravu; videti: Ch.Rousseau, *Droit international public*, Tome I, Paris, 1970, pp.406-414; Z.Radivojević, *Mirenje i arbitraža ex aequo et bono*, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1996, br.1-2, str.353.

ri pravna pravila na osnovu kojih treba rešiti konkretan spor. Za takvo ovlašćenje uvek je potrebna izričita saglasnost strana u sporu.

Arbitraža rešava spor presudom koja je obavezna za strane. Po ovoj karakteristici arbitraža se razlikuje od sredstava čije korišćenje nema za posledicu obavezivanje strana na predloženo rešenje spora. Obavezna snaga arbitražne presude počiva na dvostrukom osnovu: prethodnom pristanku strana u sporu i činjenici da je ona doneta na bazi primene prava. Strane ne moraju posebno predvideti obavezu savesnog izvršenja arbitražne presude, jer je to opšte pravilo međunarodnog prava, te unosenje takve odredbe u ugovor ima samo deklarativni značaj⁹.

Nadležnost arbitraže strane ponekad ograničavaju na davanje preporuka i mišljenja o načinu rešavanja spora. U tom slučaju arbitraža se ne završava presudom, već savetom koji strane mogu da prihvate ili odbiju. Neki pisci ovo nazivaju savetodavnom arbitražom ili konsultacijama putem arbitraže¹⁰. Kako preporuke i mišljenja nemaju karakter presude, ispravnije je smatrati da se ovde zapravo ne radi o arbitraži u pravom smislu reči.

U međunarodnom pravu ne postoji jedinstveni tip arbitraže koji bi se mogao primeniti na svaki pojedinačni slučaj. Međunarodna praksa stvorila je brojne i raznovrsne oblike arbitražnog rešavanja sporova. Ipak, postoje izvesna zajednička obeležja na osnovu kojih je moguće izdvojiti nekoliko osnovnih vrsta arbitraže. U doktrini se obično povlači razlika između prigodne i stalne, fakultativne i obavezne i inokosne i kolegijalne arbitraže.

1.1. Prigodna (ad hoc) i stalna arbitraža

Arbitraža može biti stvorena samo radi rešavanja određenog spora i tada se ona obrazuje za svaki pojedinačni spor. Ovde je reč o ad hoc ili prigodnoj (izolovanoj) arbitraži. Pošto je formirana za određeni slučaj arbitraža ima privremeni karakter. Njena funkcija ograničena je na rešavanje konkretnog spora i prestaje presuđenjem tog spora. Pored toga, kod sastavljanja prigodne arbitraže strane u sporu imaju punu slobodu u izboru arbitara. U tome treba tražiti osnovni razlog¹¹ što u praksi preovlađuje ova vrsta arbitraže.

⁹ J.Andrassy, op.cit., str.500.

¹⁰ Za primere: Ch.Rousseau, Droit international public, Tome V, Paris, 1983, pp.306-307.

¹¹ Osim toga, prednosti ove vrste arbitraže su u tome što joj je cilj da se prilagodi okolnostima konkretnog slučaja i što omogućava izbor postupka koji više odgovara stranama u sporu. To ponekad može da bude ključni faktor za uspeh arbitraže. Njeni glavni nedostaci su spornost zbog odsustva unapred određene forme i eventualna nedovoljna kvalifikovanost i neiskustvo arbitara.

Stalna (institucionalna) arbitraža obrazuje se na neodređeno vreme i radi rešavanja neodređenog broja sporova. Ona se može pojaviti u dva oblika: zajedno sa prigodnom arbitražom ili samostalno kao stalni sud. U prvom slučaju unapred se određuje mogući sastav arbitražnog suda, ali se za svaki konkretan spor obrazuje ad hoc arbitraža. Tipičan primer te vrste je Stalni arbitražni sud sa sedištem u Hagu ustanovljen na Prvoj haškoj konferenciji 1899. godine. On nije stalni sud u pravom smislu reči, već predstavlja unapred sastavljen spisak ličnosti koje mogu biti birane za arbitre. Sporne strane i dalje imaju slobodu imenovanja arbitra, s tim što je njihov izbor sužen na kandidate koji se nalaze na tom spisku.

Arbitraža u obliku stalnog suda postojala bi ukoliko se izvrši izbor sudija koji će stalno zasedati i rešavati sve sporove koji se pred njih iznesu. Zbog nespremnosti država da se u većoj meri odreknu autonomije koju imaju prilikom formiranja arbitraže, Haški izborni sud je do sada malo korišćen. Iz istih razloga nisu uspeali ni pokušaji da se obrazuje stalni sud za arbitražu. Umesto toga, stvoren je Međunarodni sud pravde (ranije Stalni sud međunarodne pravde) kao glavni sudski organ Organizacije ujedinjenih nacija.

1.2. Fakultativna i obavezna arbitraža

S obzirom na vreme i način preuzimanja obaveze da se spor reši putem arbitraže povlači se razlika između fakultativne i obavezne arbitraže. Osnov ove podele nije karakter arbitraže koja je uvek fakultativna i zavisi od pristanka spornih strana. Međutim, taj pristanak može se dati za pojedini, već nastali spor ili, pak, za sporove koji se još nisu pojavili. Ova podela se, dakle, vrši prema tome kada je u odnosu na trenutak nastanka spora preuzeta obaveza pribegavanja arbitraži¹².

Fakultativna arbitraža odnosi se na slučaj kada su se strane obavezale da određeni, već postojeći spor iznesu pred arbitražu. Naziva se fakultativnom jer u momentu izbijanja spora nije postojala obaveza strana da pristupe arbitraži. Takvu obavezu strane preuzimaju dobrovoljno zaključenjem kompromisa ili posebnog sporazuma¹³. Kompromis predstavlja osnov nastanka i pravni okvir za delovanje fakultativne arbitra-

¹² U ovom smislu: N.Q.Dinh, P.Daillier, A.Pellet, op.cit., pp.871-872.

¹³ Naziv "compromis" potiče iz francuske pravne terminologije, dok se u anglosaksonskom pravu koristi izraz "special agreement".

že. Na osnovu ovog sporazuma konkretni spor se iznosi pred arbitražu, a ujedno se određuju granice za njegovo rešavanje¹⁴.

Obavezna arbitraža znači da su se strane unapred, pre izbijanja spora obavezale da pribegnu arbitražnom rešavanju. U slučaju da dođe do spora već postoji obaveza strana da se podvrgnu arbitraži i zato se ona naziva obaveznom. Takva obaveza može se preuzeti na dva načina: unošenjem klauzule u neki ugovor ili zaključenjem posebnog arbitražnog ugovora. Kompromisna (arbitražna) klauzula poavljuje se u obliku specijalne odredbe koja predviđa da će se eventualni sporovi o primeni ili tumačenju ugovora rešavati putem arbitraže. Ukoliko se arbitraža ugovori za sve sporove koji se budu pojavili u vezi sa ugovorom reč je o opštoj odredbi. Arbitražna klauzula se obično nalazi u završnom delu ugovora ili figurira kao njegov aneks¹⁵.

Poseban arbitražni ugovor sadrži obavezu strana ugovornica da određene vrste budućih sporova podvrgnu arbitražnom rešavanju. Ovaj način ugovaranja ima veći značaj u odnosu na arbitražne klauzule, pošto je cilj zaključenja ugovora ili njegov predmet regulisanja vezan za arbitražnu materiju. Ugovor koji sadrži klauzulu odnosi se na druga pitanja i samo uzgredno uređuje arbitražu. Pored toga, arbitražni ugovor predstavlja potpu-

¹⁴ Kompromis zapravo predstavlja "zakon" za arbitražu, mada je u pogledu zaključenja, delovanja i punovažnosti podvrgnut pravima koja važe za međunarodne ugovore. Haška konvencija od 1907.godine propisuje koje elemente kompromis mora ili može da sadrži. Prema čl.52 u njemu se utvrđuje predmet spora, rok za imenovanje arbitara, redosled, rokovi i oblik u kome moraju biti učinjene potrebne radnje. Osim ovih obaveznih elemenata, kompromis može da sadrži i odredbe o načinu imenovanja arbitara, o eventualnim specijalnim ovlašćenjima arbitražnog suda, kao i potrebne odredbe tehničkog karaktera o sedištu suda i radnim jezicima. I Model pravila arbitražnog postupka koji je izradila Komisija UN za međunarodno pravo daje uputstva o tome šta kompromis treba da sadrži. Kao minimalni sadržaj predviđa se: a) obaveza na arbitražu u skladu sa kojom će spor biti upućen na rešavanje; b) predmet spora i, ukoliko je moguće, tačke o kojima strane jesu, odnosno nisu postigle saglasnost i c) način konstituisanja suda i broj arbitara. Više o tome: O.Račić, Arbitraža u međunarodnom javnom pravu, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, 1998, br.1-2, str.46-47.

¹⁵ Brojni su primeri ugovora koji sadrže klauzule ove vrste. One se pre svega sreću u ugovorima nepolitičkog karaktera koji uređuju međunarodni saobraćaj, ekonomska i finansijska pitanja, saradnju, konzularne odnose, socijalno staranje, korišćenje međunarodnih reka, zaštitu stranih investicija ili granične sporove (Videti: O.Račić, op.cit., str.42-43). Zanimljivo je da se ove klauzule redovno unose u ugovore koje zaključuju Ujedinjene nacije, specijalizovane agencije i druge međunarodne organizacije međusobno ili sa državama (Više o tome: Z.Radivojević, Kompromisorne klauzule u ugovorima međunarodnih organizacija, Međunarodna politika, 1995, br.1031, str.27-29).

no samostalan instrument, dok arbitražna klauzula ima akcesorni karakter i u svemu deli pravnu sudbinu glavnog ugovora¹⁶.

Prilikom prihvatanja obavezne arbitraže može se desiti da strane, najčešće zbog odsustva jasne predstave o budućem sporu, propuste da ugovore sve pojedinosti neophodne za pribegavanje arbitraži. Kada kasnije dođe do spora biće potrebno da se ova pitanja precizno utvrde novim sporazumom. Neki arbitražni ugovori izričito predviđaju da se za svaki pojedinačni spor mora zaključiti poseban sporazum u kome će se odrediti arbitri, njihova ovlašćenja i predmet spora. Ovaj sporazum, koji se takođe naziva kompromis, ne oduzima arbitraži obavezni karakter. U pitanju je samo sprovođenje u život načelne obaveze da se budući sporovi rešavaju putem arbitraže¹⁷.

U praksi preovlađuje fakultativna arbitraža i do sada je veći broj sporova iznet na rešavanje putem kompromisa. Obavezna arbitraža se retko predviđa kao jedini način rešavanja sporova, već se pojavljuje kao alternativa diplomatskim sredstvima (najčešće mirenju) u slučaju njihovog neuspešnog korišćenja. Uz to, ova vrsta arbitraže se obično ugovora na bilateralnoj ili multilateralnoj osnovi između ograničnog broja strana ugovornica. Postoji nekoliko regionalnih konvencija koje pod određenim uslovima predviđaju obaveznu arbitražu. Na univerzalnom planu zaključen je samo jedan kolektivni ugovor¹⁸ čiji je značaj skroman zbog malog broja država ugovornica i mogućnosti da se ne prihvati u delu koji sadrži obavezu na arbitražu.

1.3. Inokosna i kolegijalna arbitraža

Prema tome da li je sastavljena od jednog ili više arbitara razlikuje se inokosna i kolegijalna arbitraža. Spor u prvom slučaju rešava pojedinac, dok se u drugom taj zadatak poverava kolektivnom telu. Kao arbitar može se pojaviti šef treće države, visoki državni funkcioner, verski poglavar, diplomatski predstavnik, nezavisna ličnost ili ugledni pravni stručnjak. Ranije se arbitraža poveravala vladarima strane zemlje ili rimskom papi koji je bio vrhovni arbitar u sporovima između hrišćanskih zemalja. Takva praksa postepeno se

¹⁶ N.Q.Dinh, P.Daillier, A.Pellet, op.cit., p.872.

¹⁷ Neki smatraju (Račić, op.cit., str.44) da to predstavlja pactum de contrahendo, odnosno da je za efektivno otpočinjanje rešavanja svakog spora koji može da nastupi potreban novi sporazum, tj. kompromis. I sami arbitražni ugovori nekada predviđaju da se za svaki pojedinačni slučaj mora sklopiti poseban sporazum u kome će se precizno odrediti imenovanje arbitara, njihova ovlašćenja sporna pitanja i predmet spora (videti, na primer, čl.1 Ugovora o arbitraži između SAD i Jugoslavije od 1929. godine; navedeno prema: J.Andrassy, op.cit., str.504, beleška br.3).

¹⁸ Generalni akt o mirnom rešavanju sporova usvojen 1928. godine. Za tekst videti: K.O-Frahm, N.Wühler, op.cit., pp. 63-71.

napušta, ali ipak ne iščezava u potpunosti¹⁹. Haška konvencija od 1907. godine izričito predviđa mogućnost da se za arbitra odredi šef države²⁰. U XX veku bilo je nekoliko primera vladarske arbitraže, s tim što je kolegijalni organ sastavljen od pravnih eksperata pripremao presude koje bi vladar samo potpisao²¹. Zato se u novije vreme kao arbitri pojedinci pojavljuju sudije, pravni savetnici ili istaknuti stručnjaci za međunarodno pravo.

Kod kolegijalne arbitraže rešenje spora može se poveriti već postojećoj instituciji, kao što su pravni fakulteti ili nacionalni sudovi. Moderniji oblik ove arbitraže predstavljaju mešovite komisije koje su prvobitno bile obrazovane na paritetnoj osnovi, tj. svaka strana u sporu imenovala je jednak broj članova (jednog ili dva) iz reda svojih državljana. Kasnije se pristupa formiranju komisija sa neparним brojem članova (tri ili pet) od kojih je jedan uvek državljanin treće države²². Ovaj član ima ulogu nadarbitra koji se uključuje u rad komisije i donosi odluku samo u slučaju nesaglasnosti nacionalnih članova²³.

Savremeni tip kolegijalne arbitraže predstavljaju sudovi sastavljeni od tri ili pet arbitara. Tročlani sud obrazuje se tako što svaka strana u sporu imenuje po jednog arbitra, najčešće svog državljanina. Trećeg, neutralnog arbitra strane biraju sporazumno i njemu se poverava funkcija predsednika²⁴. Za razliku od nadarbitra u mešovitoj komisiji, predsednik učestvuje u radu arbitraže tokom čitavog postupka, a odluke se donose većinom glasova. Kod konstituisanja petočlanog suda primenjuju se tri modela. Prema prvom, svaka strana u sporu imenuje po dva arbitra, od kojih samo jedan može biti njen

¹⁹ Za istorijski razvoj: L.Cavare, op.cit., pp.267-273; M.Novaković, op.cit., str.143-154; Ch.Rousseau, Droit international public, Tome V, Paris, 1983, pp.309-312.

²⁰ Član 54 Haške konvencije.

²¹ To je bio slučaj sa dve značajne arbitražne presude koje je u graničnim sporovima između Argentine i Čilea donela engleska kraljica (presuda od 9. decembra 1966. godine u slučaju granice na Andima i presuda od 22. aprila 1977. godine u sporu o kanalu Beagle). Oba puta presudu je zapravo izradio tim sastavljen od uglednih britanskih eksperata koje je kraljica angažovala u tu svrhu. Više o tome: N.Q.Dinh, P.Daillier, A.Pellet, op.cit., p.876.

²² U periodu od 1794. do 1914. godine obrazovano je oko 60 mešovitih komisija između evropskih i američkih država i 32 između samih američkih država. U najvećem broju slučajeva one su bile tročlane, nekoliko komisija je imalo pet članova, a samo u jednoj četvoročlanoj komisiji nije bilo nadarbitra. Za dalju analizu: Ch.Rousseau, Droit international public, Tome V, Paris, 1983, pp.313-314.

²³ N.Q.Dinh, P.Daillier, A.Pellet, op.cit., p.876.

²⁴ Za primere tročlanog suda: N.Q.Dinh, P.Daillier, A.Pellet, op.cit., p.877; L.Cavare, op.cit., pp.271-273; Ch.Rousseau, Droit international public, Tome V, Paris, 1983, pp.317-318; H.J.Schlochauer, op.cit., p.222.

državljanin. Tako izabrani arbitri zajednički biraju petog člana koji ima položaj predsjednika suda²⁵. Za drugi model karakteristično je da sporne strane same određuju po jednog arbitra, a preostalu trojicu, uključujući predsjednika, biraju zajednički²⁶. Prema trećem rešenju u arbitražni sud *ex officio* ulaze arbitri koje su strane prethodno stavile na listu, dok predsjednika i još dva arbitra sa te liste imenuje neutralno telo²⁷. U sva tri slučaja neutralni arbitri predstavljaju većinu u arbitražnom sudu, što garantuje nepristrasnost i nezavisnost u njegovom radu.

Teškoće nastaju ukoliko se sporne strane ili izabrani arbitri ne mogu sporazumeti o izboru potrebnog broja članova suda. Da bi se izbegao zastoj u konstituisanju arbitraže neki ugovori predviđaju dopunska rešenja. Ona se sastoje u tome što se nekom trećem poverava da izvrši potrebna imenovanja. To može da bude država koju strane sporazumno odrede ili, pak, svaka strana određuje po jednu državu koje onda zajednički imenuju nedostajuće arbitre²⁸. Nekada se ovaj zadatak poverava međunarodnim telima ili nepristrasnim ličnostima²⁹. Postoji čak mogućnost da se pribegne vučenju kocke ako se ne postigne saglasnost o izboru predsjednika arbitražnog suda³⁰.

²⁵ Prema Haškoj konvenciji od 1907. godine (čl.45) arbitražni sud će se obrazovati na ovaj način samo ako sporne strane ne uspeju da konstituišu arbitražu sporazumno.

²⁶ Član 22 revidiranog Generalnog akta koji, za razliku od Haške konvencije, petočlani arbitražni sud ne predviđa kao rezidualni model. Sličnu odredbu sadrži čl.20 Evropske konvencije o mirnom rešavanju sporova.

²⁷ Ovakav model predviđen je u Konvenciji o mirenju i arbitraži OEBS-a. Slično Haškoj konvenciji, i ovde se sačinjava lista arbitara na koju, saglasno čl.4 Konvencije, svaka strana ugovornica imenuje po jednog arbitra i njegovog zamenika. Između njih se bira Biro Suda sastavljen od predsjednika, potpredsjednika i tri člana. Kada se podnese zahtev za pokretanje postupka sud se prema čl.28 Konvencije obrazuje na sledeći način: a) arbitri koje su strane u sporu stavile na listu biće *ex officio* članovi suda; b) Biro Suda imenovaće "izvestan broj članova suda iz reda arbitražnih sudija kako bi broj članova koje imenuje Biro ukupno bio bar za jednog člana veći od *ex officio* članova".

²⁸ Videti čl.45 Haške konvencije, čl.23 revidiranog Generalnog akta i čl.21 Evropske konvencije o mirnom rešavanju sporova.

²⁹ To može da bude Međunarodni sud pravde, Savet bezbednosti, generalni sekretar UN ili, pak, predsednik Švajcarske konfederacije, odnosno predsednik Vrhovnog suda ove države. Tako, na primer, revidirani Generalni akt zadatak imenovanja nedostajućih članova suda poverava predsedniku Međunarodnog suda pravde, a ako je ovaj državljanin jedne od strana, onda njegovom zameniku ili najstarijem sudiji (čl.23). Slične odredbe sadrže Evropska konvencija o mirnom rešavanju sporova (čl.21) i Model pravila arbitražnog postupka Komisije UN za međunarodno pravo (čl.3).

³⁰ Prema čl.45 Haške konvencije ukoliko u roku od dva meseca ni treće države koje su strane u sporu imenovale ne postignu sporazum, svaka strana predložiće po dva kandidata sa liste članova Stalnog arbitražnog suda koji nisu njihovi državljani, a onda će se kockom konačno odlučiti koji će od tako predloženih kandidata biti predsednik suda.

2. Poreklo i razvoj međunarodne arbitraže

Iako se arbitraža kao ustanova međunarodnog prava pojavljuje tek krajem XVIII veka, njeno je poreklo mnogo starije. Tragove primene arbitraže nalazimo još u starom veku u rešavanju sporova između sumerskih i grčkih gradova. Iz perioda antičke Grčke sačuvano je više od sto tekstova ugovora sa arbitražnom klauzulom od kojih su najpoznatiji ugovor o tri-desetogodišnjem miru između Atine i Sparte iz 445. i ugovor iz Nicijasa zaključen između istih država 421. godine pre nove ere.³¹ Praksa sklapanja ovih ugovora prekida se u doba Rimske imperije čija je osvajačka politika i ideologija isključivala svaku mogućnost rešavanja sporova sa drugim narodima putem arbitraže. Njen dalji razvoj nastavlja se sredinom i krajem srednjeg veka kada je zaključen veliki broj arbitražnih ugovora, da bi u novom veku sa pojavom apsolutističkih monarhija ovo sredstvo rešavanja sporova gotovo potpuno nestalo.³²

2.1. Razvoj do Prvog svetskog rata

Nastanak moderne arbitraže vezuje se za Ugovor o prijateljstvu, trgovini i plovidbi zaključen 1794. godine između SAD i Velike Britanije (tzv. Džej ugovor) i slične ugovore sklopljene između SAD i niza država Srednje i Južne Amerike. Ovim ugovorima rešavanje sporova bilo je povereno mešovitim komisijama u kojima treba videti preteče današnjih arbitražnih sudova.³³

Drugi važan korak u razvoju arbitraže je poznati slučaj Alabama rešen u Ženevi 1872. godine. Spor je nastao povodom optužbe SAD da je Velika Britanija za vreme građanskog rata prekršila obaveze neutralne države time što je dozvolila da se u njenim lukama grade i opremaju brodovi za oružane snage južnih država. Naziv je dobio po krstarici "Alabama" koja je tokom rata potopila ili zaplenila preko 50 brodova trgovačke mornarice severnih država. Na osnovu Vašingtonskog ugovora iz 1871. godine spor je iznet pred petočlanu arbitražu koja je osudila Veliku Britaniju da SAD plate na ime naknade štete 15,5 miliona dolara. Arbitražnu presudu Engleska je u predviđenom roku od godine dana lojalno izvršila.

Ovaj spor smatra se odlučujućim za stvaranje savremene arbitraže zato što je tada po prvi put obrazovan pravi arbitražni sud u kome su veći-

³¹ O.Račić, op.cit., str.42.

³² Za istorijski razvoj: M.Novaković, op.cit., str.143-154.

³³ Ch.Rousseau, Droit international public, Tome V, Paris, 1983, pp.309-312.

nu, za razliku od mešovitih tela sastavljenih samo od predstavnika strana u sporu, činile sudije iz trećih država. Pored toga, on je pokazao da se važna pitanja i značajni politički sporovi koji ugrožavaju mir mogu rešavati putem arbitraže. Od tada se ovo sredstvo sve češće ugovara i primenjuje u praksi, te je samo u periodu od 1872. do kraja 1899. godine 86 sporova izneto na rešavanje pred arbitražu.³⁴

Značajan datum u istoriji arbitraže predstavljale su Haške mirovne konferencije na kojima je izvršena kodifikacija pravila arbitražnog postupka. Ta pravila, sadržana u konvencijama o mirnom rešavanju sporova iz 1899. (čl.15-37) i 1907. godine (čl.37-90), rezultat su višegodišnje prakse arbitražnih sudova i nacrtu usvojenih u okviru Instituta za međunarodno pravo i Interparlamentare unije. Na Haškim konferencijama pokušano je uvođenje obavezne arbitraže za sporove koji ne dovode u pitanje nacionalnu čast i vitalne interese država (na primer, sva pitanja vezana za naknadu štete ili tumačenje ugovora). Ovaj predlog potekao je od Rusije i dobio podršku tadašnjih velikih evropskih sila (Frncuske i Velike Britanije) koje su se zalagale za zaključenje opštih ugovora o arbitraži. Međutim, Nemačka se suprotstavljala svakom pokušaju prihvatanja obavezne arbitraže, dajući prednost unošenju arbitražnih klauzula u posebne ugovore.³⁵ Kako su se u to vreme sve odluke donosile na osnovu načela jednoglasnosti, umesto opšteg ugovora o obaveznom pribegavanju arbitraži, na Drugoj haškoj konferenciji usvojena je deklaracija u kojoj stoji: "Jednoglasno se priznaje načelo obavezne arbitraže i izjavljuje da se izvesni sporovi, naročito oni koji se odnose na tumačenje i primenu međunarodnih sporazuma, mogu podvrgavati obaveznoj arbitraži bez ikakvih ograničenja".³⁶

Delimičan uspeh ostvaren je i na Prvoj haškoj konferenciji osnivanjem Stalnog arbitražnog suda. Uprkos nazivu, to nije stalni sud, već spisak kandidata za sudije (arbitre) koje imenuju države ugovornice. Spisak se sastavlja tako što svaka potpisnica haških konvencija imenuje najviše 4 ličnosti priznate stručnosti za pitanja međunarodnog prava i najvišeg moralnog ugleda na vreme od 6 godina. Kada dođe do spora strane mogu sa ovog spiska izabrati arbitre kojima poveravaju rešavanje spora. Prema tome, sudije sa liste ne sude stalno, nego se nalaze na raspolaganju stranama ugovornicama za slučaj potrebe. Stalnost Haškog arbitražnog suda obezbeđuju dva organa: Stalni administrativni savet i Međunarodni biro. Stalni sa-

³⁴ L.Cavaré, op.cit., p.271-272.

³⁵ Za raspravu o tom pitanju: M.Novaković, op.cit., str.158.

³⁶ Više o tome: Le Fir, Međunarodno javno pravo, Beograd, 1934, str.543.

vet sastavljen je od diplomatskih predstavnika ugovornica akreditovanih u Holandiji i holandskog ministra inostranih poslova koji vrši funkciju predsednika. Zadatak Saveta sastoji se kontroli rada Biroa i rešavanju svih pitanja u vezi sa funkcionisanjem Suda. Međunarodni biro, na čijem se čelu nalazi generalni sekretar, predstavlja u stvari pisarnicu Suda.³⁷ Njegova je dužnost da se stara o arhivi, vodi sudsku administraciju i prikuplja sve podatke o međunarodnoj arbitraži.

Vreme nakon održavanja Haških konferencija obeleženo je pravom poplavom arbitražnih klauzula i ugovora o arbitraži. U razdoblju od 1907. do 1914. godine uneto je u različite ugovore oko 30 takvih klauzula i uključeno preko 70 arbitražnih ugovora. Kada se tom broju dodaju ranije prihvaćene obaveze, uoči prvog svetskog rata bilo je na snazi skoro tri stotine ugovora i klauzula koji su vezivali 47 država iz različitih delova sveta. U istom periodu Stalni arbitražni sud presudio je četrnaest sporova između država, dok je na američkom kontinentu do 1918. godine delovao Centralnoamerički sud pravde pred koji je izneto deset sporova.³⁸

2.2. Period između dva rata

Između dva svetska rata interesovanje država za arbitražu raste o čemu rečito svedoči nekoliko stotina u to vreme sklopljenih arbitražnih ugovora i ugovora sa arbitražnom klauzulom. Snažan podsticaj širenju arbitraže dalo je i Društvo naroda. Pored osnivanja Stalnog suda međunarodne pravde, u okviru ove organizacije usvojen je 1928. godine Generalni akt o mirnom rešavanju sporova. Tim aktom nisu uvedena nova sredstva, već je izvršena kodifikacija postojećih pravila, posebno u vezi sa arbitražom. Ovaj kolektivni ugovor, koji se često naziva i Generalni arbitražni akt, trebalo je da posluži državama kao model za rešavanje sporova sa ciljem da se svaki spor u krajnjem slučaju može podvrći arbitraži. Po pravnoj prirodi to je akt supsidijarnog karaktera koji se primenjuje samo ako se strane ne sporazumeju da spor reše na drugi način. U tom slučaju one mogu koristiti tri različita postupka: a) prethodno mirenje koje je obavezno za političke i fakultativno za pravne sporove; b) sudski postupak pred Stalnim sudom međunarodne pravde za sporove pravne prirode ukoliko se strane ne sporazumeju da spor reše pred arbitražom; v) arbitražni sud od pet članova za sporove političke prirode.³⁹ Stranama je ostavljena puna sloboda da

³⁷ Ch.Rousseau, Droit international public, Tome V, Paris, 1983, p.374-375.

³⁸ Više o tome: N.Q.Dinh, P.Daillier, A.Pellet, op.cit., p.880.

³⁹ Za tekst videti: K.O. Frahm, N.Wühler, op.cit., pp.63-71.

se obavežu na sva tri postupka ili na bilo koji od njih, pa su zbog takve elastičnosti Generalni akt do drugog svetskog rata prihvatile 23 države.

U međuratnom razdoblju ponovo je pokušano stvaranje stalnog arbitražnog suda na regionalnom planu. Vašingtonskom konvencijom iz 1923. godine predviđeno je osnivanje Centralnoameričkog međunarodnog tribunala, ali ovaj sud nikada nije počeo da radi. U isto vreme Stalnom arbitražnom sudu u Hagu povereno je na rešavanje svega šest sporova.⁴⁰

2.3. Savremeni razvoj

Period posle drugog svetskog rata nije doneo suštinske novine u odnosu na ustanovu arbitraže. Generalno posmatrano, interes država za ovo sredstvo rešavanja sporova čak značajno slabi. Ne samo da se neki raniji arbitražni ugovori ne produžavaju, već se i novi opšti ugovori o arbitraži retko zaključuju. Pored toga, nastavljena je tendencija slabog korišćenja Haškog arbitražnog suda.⁴¹ Međutim, u ovom periodu upadljivo raste broj klauzula unetih u različite ugovore koji predviđaju rešavanje eventualnih sporova o njihovoj primeni ili tumačenju putem arbitraže. U najvećem broju slučajeva radilo se o dvostranim ugovorima zaključenim u nepolitičkim oblastima međudržavnih odnosa (saobraćaj, ekonomija i finansije, konzularni odnosi, korišćenje međunarodnih reka, zaštita stranih investicija i pogranična saradnja).⁴² Kao novu pojavu treba zabeležiti široko korišćenje arbitražnih klauzula u ugovorima koje zaključuju međunarodne organizacija međusobno ili sa državama, najverovatnije zato što one ne mogu biti parnične strane u postupku rešavanja sporova pred Međunarodnim sudom pravde.⁴³

⁴⁰ Ch.Rousseau, *Droit international public*, Tome V, Paris, 1983, p.375; L.Cavaré, *op.cit.*, p.273.

⁴¹ Do kraja 90-tih godina prošlog veka pred Sud su na rešavanje izneta ukupno tri-deset i tri slučaja. Poslednje dve presude Haški arbitražni sud doneo je 1998. i 1999. godine u sporu između Eritreje i Jemena o suverenitetu na nekim ostrvima u Crvenom moru. Malo korišćenje Suda bilo je povod da generalni sekretar pokrene akciju za širenje područja njegovog delovanja. Već šezdesetih godina izmenjena su pravila postupka i omogućeno Sudu da rešava sporove u kojim je samo jedna od strana bila država. Kasnije se donose fakultativna pravila o arbitraži Stalnog suda koja uključuje međunarodne organizacije i države s jedne, i privatna lica, s druge strane, kao i pravila o arbitražnom rešavanju sporova koji se odnose na prirodne izvore i životnu sredinu. Više o tome: N.Q.Dinh, P.Daillier, A.Pellet, *Droit international Public*, Paris, 2002, p.880; R.Etinski, *op.cit.*, str.501-502.

⁴² O.Račić, *op.cit.*, str.43.

⁴³ Z.Radivojević, *Kompromisorne klauzule u ugovorima međunarodnih organizacija*, međunarodna politika, 1995, br.1031, str.27-29.

Kad je reč o višestranim ugovorima, posebno konvencijama kodifikacionog karaktera, arbitraža se redovno predviđa u kombinaciji sa mirenjem i sudskim postupkom. Klauzule ove vrste obično se unose u posebne, fakultativne protokole ili anekse kojima mogu da pristupe one strane ugoornice koje žele da se obavežu na ove načine rešavanja sporova o primeni ili tumačenju osnovnog ugovora. Nekada se arbitražne klauzule unose u integralni tekst međunarodnih konvencija, ali se i tada državama ostavlja mogućnost da stave rezerve na odgovarajuće odredbe.⁴⁴

Za posleratni razvoj arbitraže na univerzalnom planu karakteristična je aktivnost Ujedinjenih nacija u cilju izmene Generalnog akta o mirnom rešavanju sporova i kodifikacije pravila o arbitražnom postupku. Prvi zadatak ostvaren je usvajanjem revidiranog teksta Akta rezolucijom Generalne skupštine od 28. aprila 1949. godine. Njegova sadržina ostala je u osnovi ista, osim što je upućivanje na Društvo naroda i Stalni sud međunarodne pravde, koji su u međuvremenu prestali da postoje, zamenjeno Organizacijom ujedinjenih nacija i Međunarodnim sudom pravde. Tako revidirani Akt stupio je na snagu 1950. godine, ali je do danas njemu pristupio mnogo manji broj država nego uoči drugog svetskog rata.⁴⁵

Sa mnogo više očekivanja prišlo se kodifikaciji pravila arbitražne procedure. Već na prvom zasedanju Komisija za međunarodno pravo uključila je ovo pitanje u listu svojih prioriteta. Za specijalnog izvestioca imenovan je poznati francuski profesor Sel koji je pripremio nacrt konvencije o arbitražnom postupku. Taj nacrt oslanjao se na postojeća pravila arbitražne procedure, ali je sadržao i nova pravila koja obuhvataju proceduralne garancije u slučaju nesaglasnosti strana koje su se obavezale na arbitražu. Garancije su uglavnom vezane za moguću nadležnost Međunarodnog suda pravde tokom celog arbitražnog postupka, počevši od odlučivanja o tome da li postoji spor i određivanja privremenih mera, preko konstitisanja arbitražnog suda i utvrđivanja merodavnog prava, pa sve do odlučivanja o reviziji ili ništavosti donete arbitražne presude. Ovaj deo nacrta nije dobio podršku Generalne skupštine, pa je sa primedbama vraćen Komisiji. Većina država kritikovala je te odredbe zato što odstupaju od tradicionalnog shvatanja arbitraže, čineći je kvazi-sudskim obaveznim postupkom rešavanja sporova. Na predlog samog izvestioca nacrt konvencije prerađen je u Model pravila o arbitražnom postupku koji je Generalna skupština usvoji-

⁴⁴ O.Račić, op.cit., str.46-47.

⁴⁵ K.O. Frahm, N.Wühler, op.cit., pp.63-71.

la 1958. godine uz preporuku državama da se njime koriste prilikom zaključenja ugovora o arbitraži ili kompromisa.⁴⁶

Posle drugog svetskog rata došlo je do snažnog širenja arbitraže na regionalnom planu. U ovom periodu zaključeni su: Američki ugovor o mirnom rešavanju sporova (Pakt sklopljen u Bogoti 1948. godine, revidiran Protokolom iz Buenos Airesa 1967. godine), Evropska konvencija o mirnom rešavanju sporova (1957. godine) i Protokol o Komisiji za posredovanje, mirenje i arbitražu Organizacije afričkog jedinstva (1964. godine).⁴⁷ Najnoviji regionalni ugovor iz ove oblasti je Konvencija o mirenju i arbitraži Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju usvojena u Stokholmu 1992. godine.⁴⁸

3. Pravila međunarodnog arbitražnog postupka

Strane u sporu slobodne su da odrede pravila po kojima će se voditi arbitražni postupak. Ta pravila one mogu precizno utvrditi u samom arbitražnom sporazumu ili predvideti primenu odredaba o postupku iz postojećih međunarodnih konvencija⁴⁹. Kao najpogodniji model u praksi se uzimaju pravila utvrđena Haškom konvencijom o mirnom rešavanju sporova od 1907. godine⁵⁰. Potpunije i savremenije propise o arbitražnom postupku sadrži Model pravila Komisije za međunarodno pravo koji je Generalna skupština usvojila 1958. godine⁵¹ i Konvencija o mirenju i arbitraži Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju zaključena u Stokholmu 1992. godine⁵². Procesne odredbe ovih akata sačinjene su na osnovu višegodišnjeg iskustva i na veoma sistematičan način izlažu rezultate dosadašnje arbitražne prakse.

Ukoliko strane nisu predvidele posebna pravila niti uputile na već postojeće odredbe, arbitražni sud je slobodan da sam propiše postupak. Ne-

⁴⁶ Više o tome: Lj. Acimović, Povodom nacrtu Konvencije o arbitražnom postupku, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1955, str.202-211; B.Janković, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 1981, str.403-405.

⁴⁷ Za tekstove videti: K.O-Frahm, N.Wühler, op.cit., pp.94-100.

⁴⁸ Za prevedeni tekst videti: *Dokumenti KEBS 1975-1995*, Beograd, 1996, str.395-398.

⁴⁹ Institut za međunarodno pravo je još 1875. godine izradio nacrt Pravilnika o arbitražnom postupku.

⁵⁰ Čl.51-90 Konvencije.

⁵¹ Čl.12-25 Modela.

⁵² Stav 2 čl.11 i čl.29 Konvencije.

ki ugovori izričito ovlašćuju sudove da donesu sopstvena pravila procedure⁵³. Tom prilikom oni se često rukovode pomenutim konvencijama, kao i propisima o postupku stalnih sudova (na primer, Statutom i Poslovníkom Međunarodnog suda pravde). Široko i često korišćenje ovih pravila imalo je za posledicu postepeno ujednačavanje arbitražnog postupka.

Postupak pred arbitražom obično se deli na pismeni i usmeni. Pismena faza je obavezna, dok se usmeni postupak sprovodi samo ukoliko je predviđeno arbitražnim sporazumom ili ako sud odluči da je potreban. Moguća je arbitraža po kratkom postupku za sporove tehničkog karaktera. U ovom postupku sve se radnje obavljaju pismeno, usmene rasprave nema, izuzev ako je neophodno saslušati svedoke, veštake ili pribaviti naknadana obaveštenja od stranaka⁵⁴.

3.1. Pismeni postupak

Pismeni postupak sastoji se od podnošenja podnesaka (memoara), protivpodnesaka (odgovora na memoare) i eventualno odgovora na odgovore (replike i duplike)⁵⁵. Kod tradicionalne arbitraže postupak se odvijao simultano tako što je svaka strana podnosila podnesak i odgovor na podnesak suprotne strane⁵⁶. Počevši od Haških konvencija uvodi se kontradiktoran postupak: jedna strana podnosi podnesak na koji druga odgovara protivpodneskom. Nakon toga može da usledi replika i duplika, a ako se stra-

⁵³ Prema čl.74 Haške konvencije arbitražni sud "ima pravo da donese pravila postupka za vođenje spora, da odredi oblik, redosled i rokove u kojima svaka strana treba da podnese svoje konačne zaključke i da pristupi drugim formalnostima koje podrazumeva izvođenje dokaza". U istom smislu čl.12 Modela Komisije UN za međunarodno pravo određuje da je arbitražni sud "ovlašćen da, u nedostatku sporazuma između strana ili u slučaju da pravila koja su one predvidele nisu dovoljna, donese ili upotpuni pravila postupka". Tom prilikom arbitražni sud se pridržava opštih pravnih načela iz te oblasti (čl.73 Haške konvencije).

⁵⁴ Čl.86-90 Haške konvencije. U ovom postupku strane u sporu imenuju po jednog sudiju, a ova dvojica biraju trećeg. Ako se ne budu složili oko izbora trećeg koji obavlja funkciju predsednika, onda svaki predlaže dva kandidata sa liste Stalnog arbitražnog suda, pa se kockom određuje koji će od te četvorice biti predsednik. Ova vrsta arbitražnog postupka ustanovljena je radi smanjenja sudskih troškova i bržeg suđenja u sporovima gde se, naravno, takav postupak može sprovesti.

⁵⁵ Čl.63 Haške konvencije i čl.15 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo.

⁵⁶ Simultani postupak ne znači da obe strane u istom momentu podnose dokumente arbitražnom sudu. Pod tim se podrazumeva da strane mogu sekretarijatu ili drugom administrativnom telu podneti dokumente u bilo koje vreme, ali da ih ovaj organ neće uputiti arbitražnom sudu sve dok ne budu primljeni i od jedne i od druge strane.

ne slože i treći par odgovora. Ovakav redosled, koji se naziva i sukcesivni metod podnošenja dokumenata⁵⁷, danas se primenjuje i u postupku koji nije pokrenut tužbom jedne strane.

Rokove za podnošenje pismenih podnesaka mogu odrediti same strane u arbitražnom sporazumu. Ukoliko to nisu učinile rokove utvrđuje arbitražni sud. Na zahtev strana rokovi se mogu produžiti⁵⁸. Sud ima pravo da odbije prijem svakog podneska koji je podnet posle isteka roka, osim ako mu izuzetne okolnosti nalažu da postupi drugačije. U tom slučaju suprotnoj strani se mora ostaviti rok da se pismeno izjasni.

Strane u sporu predstavljaju zastupnici (agenti). Pored toga, one imaju pravo da postave potreban broj savetnika i advokata⁵⁹. Zastupnik službeno predstavlja stranu i on je posrednik između nje i arbitražnog suda. Preko zastupnika se prenose poruke i obavlja zvanična komunikacija sa suprotnom stranom. Njegov glavni zadatak je da pred sudom potvrdi ili opravda zahteve strane koju predstavlja. Savetnici i advokati samo pomažu zastupniku u radu. Izjave i radnje zastupnika ili, po njegovom odobrenju, savetnika i advokata obavezuju stranu koja ih je imenovala.

Tokom prve faze postupka strane su dužne da pismeno izlože svoje zahteve i protivzahteve. One treba da podnesu sve dokumente u prilog svojih zahteva i da ponude dokaze. Strane mogu predložiti listu svedoka i veštaka radi saslušanja ili izvođenje uviđaja na nekom mestu. Do kraja pismenog postupka treće države imaju pravo da se umešaju u spor ukoliko se radi o tumačenju višestranog ugovora čije su i one strane ugovornice⁶⁰. Sud može dozvoliti intervenciju treće države i u drugim slučajevima uz pristanak strana ili ako je to predviđeno arbitražnim sporazumom. Prema Konvenciji o mirenju i arbitraži od 1992. godine svaka država članica Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju, koja dokaže postojanje interesa pravne prirode na koji može da utiče presuda, ima pravo da učestvuje u postupku u meri u kojoj je to potrebno za zaštitu njenog interesa⁶¹.

⁵⁷ U teoriji se kao odlučujući momenat od kada ovaj metod počinje da prevladava u praksi navodi njegovo usvajanje u članovima 1 i 2 Anglo-američkog kompromisa od 8. avgusta 1910. godine (Ch.Rousseau, Droit international public, Tome V, Paris, 1983, pp.338-339). Doktrina je, međutim, i dalje podeljena u oceni prednosti metoda sukcesivne nad simultanom prezentacijom dokumenata (V.S.Mani, International Adjudication, The Hague-Boston-London, 1980, pp.107-108).

⁵⁸ Čl.63 Haške konvencije; stav 3 čl.15 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo.

⁵⁹ Čl.62 Haške konvencije; čl.14 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo.

⁶⁰ Čl.84 Haške konvencije.

⁶¹ Stavovi 3-5 čl.29 Konvencije OEBS-a.

3.2. *Usmeni postupak*

U usmenoj fazi postupka strane preko zastupnika, savetnika i advokata izlažu svoje zahteve, dopunjavaju ranije podnete dokaze i odgovaraju na pitanja suda⁶². U isto vreme izvode se dokazi saslušanjem svedoka i veštaka, čitanjem dokumentacionog materijala ili uviđajem na licu mesta⁶³. Redosled usmenih izlaganja određuje sud ako nema posebnog sporazuma. Pravilo je da prvi govori zastupnik tužioca, ali predstavnici mogu istupati po azbučnom redu strana u slučaju kada je postupak pokrenut kompromisom.

Usmenom raspravom rukovodi predsednik. Javnost je po pravilu isključena, osim ako sud uz pristanak strana ne odluči drugačije. O toku rasprave vodi se zapisnik koji potpisuju predsednik i zapisničar⁶⁴. U zapisnik se unosi svako odbijanje strane da na zahtev suda pruži objašnjenja, podnese dokumente ili dokaze⁶⁵. Nedolazak jedne strane na usmenu raspravu u načelu nije razlog za donošenje presude u korist druge strane⁶⁶. Konvencija o mirenju i arbitraži OEBS-a odstupa od tog klasičnog pravila i predviđa mogućnost izricanja presude zbog izostanka pod uslovom da se sud prethodno uverio da je nadležan i da su zahtevi strane koja učestvuje u raspravi osnovani⁶⁷. Posle zaključenja usmene rasprave sud pristupa većanju. Većanje je tajno i kao takvo ostaje i po okončanju postupka⁶⁸.

⁶² Stav 4 čl.63 Haške konvencije; stav 4 čl.15 Modela pravila Komisije za međunarodno pravo.

⁶³ Stav 1 čl.18 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo.

⁶⁴ Čl.66 Haške konvencije; čl.16 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo; stav 6 čl.29 Konvencije OEBS-a.

⁶⁵ Čl.69 Haške konvencije; stav 2 čl.17 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo.

⁶⁶ Haška konvencija čak i ne pominje mogućnost donošenja presude zbog izostanka, dok Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo to dopušta pod restriktivnim uslovima. Prema čl.25 u slučaju nepojavljivanja jedne strane kada druga strana traži da se odluči o njenim zahtevima, arbitražni sud pre donošenja presude može da ostavi dopunski rok za izjašnjavanje odsutne strane. Tek po isteku ovog roka sud donosi presudu, pošto se prethodno uverio da je nadležan i da je zahtev prisutne strane činjenično i pravno osnovan.

⁶⁷ Stav 7 čl.29 Konvencije OEBS-a.

⁶⁸ Član 78 Haške konvencije; čl.26 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo.

3.3. Presuda

Arbitražna presuda se donosi većinom glasova članova suda. Potpisuju je predsednik i zapisničar i mora biti obrazložena⁶⁹. Članovi koji prilikom glasanja ostanu u manjini imaju pravo da iznesu svoje neslaganje bez obrazloženja ili da izdvoje mišljenje⁷⁰. Presuda se čita na javnoj sednici u prisustvu članova suda i zastupnika strana⁷¹.

Od trenutka objavljivanja presuda postaje obavezna⁷². Njena obavezna snaga zasniva se na prethodno zaključenom arbitražnom sporazumu i opštem pravnom načelu *pacta sunt servanda*. Presuda ima obavezni karakter samo prema spornim stranama i za slučaj koji je rešila⁷³. Ona obavezuje i treću državu koja se umešala u spor u onom delu koji sadrži tumačenje ugovora ili se odnosi na njen interes pravne prirode⁷⁴.

Strane su dužne da presudu izvrše savesno i u potpunosti. U tom cilju one imaju obavezu da preduzimaju sve potrebne mere zakonodavnog, administrativnog, finansijskog ili sudskog karaktera. Ove mere, pored ostalog, uključuju izmene postojećih i usvajanje novih zakona i drugih propisa, obezbeđenje potrebnih materijalnih sredstava i donošenje sudskih i drugih odluka⁷⁵.

Neizvršenje arbitražne presude predstavlja međunarodni delikt i povlači odgovornost strane u sporu. Međutim, za razliku od unutrašnjih pravnih sistema, u međunarodnom pravu nema prinudnog izvršenja⁷⁶. Na Dru- goj haškoj konferenciji učinjen je pokušaj u pravcu obezbeđenja izvršenja arbitražnih presuda usvajanjem tzv. Porterove konvencije koja dozvoljava jednostranu upotrebu sile u slučaju neizvršenja presude o isplati ugovornog duga⁷⁷. Pored toga, Haška konvencija o mirnom rešavanju sporova pred-

⁶⁹ Čl.79 Haške konvencije; stav 1 čl.28 i čl.29 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo.

⁷⁰ Stav 2 čl.28 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo; stav 1 čl.31 Konvencije OEBS-a.

⁷¹ Čl.80 Haške konvencije; stav 3 čl.28 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo.

⁷² Čl.81 Haške konvencije; čl.30 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo.

⁷³ Stav 1 čl.84 Haške konvencije; stav 2 čl.31 Konvencije OEBS-a.

⁷⁴ Stav 2 čl.84 Haške konvencije; stav 4 čl.29 Konvencije OEBS-a.

⁷⁵ V.Đ.Degan, op.cit.,str.748; N.Q.Dinh, P.Daillier, A.Pellet, op.cit., p.884. Međunarodna jurisprudencija u tom pogledu ima jedinstveni stav (za pregled arbitražnih i sudskih odluka: Ch.Rousseau, *Droit international public*, Tome V, Paris, 1983, pp.353-354).

⁷⁶ L.Cavaré, op.cit., pp.316-317; N.Q.Dinh, P.Daillier, A.Pellet, op.cit., pp.883-884; Ch.Rousseau, *Droit international public*, Tome V, Paris, 1983, pp.356-359.

⁷⁷ Više o tome: Ch.Rousseau, *Droit international public*, Tome IV, Paris, 1980, pp.110-111.

videla je da se svaki spor u vezi sa izvršenjem iznosi, osim ako nema suprotne odredbe, pred sud koji je presudu doneo⁷⁸.

Značajan napredak u pogledu garantovanja izvršenja arbitražnih presuda ostvaren je u okviru Društva naroda. Prema Paktu Savet je bio ovlašćen da predlaže potrebne mere u slučaju neizvršenja presude⁷⁹. Na tu odredbu države su se pred Savetom pozvale samo jednom⁸⁰, ali do njene primene nije došlo pošto je u međuvremenu postignuto sporazumno rešenje.

Povelja Ujedinjenih nacija predviđa pravo Saveta bezbednosti da odluči o merama koje bi trebalo preduzeti ukoliko neka strana ne ispuni obavezu na osnovu presude Međunarodnog suda pravde⁸¹. Ta mogućnost, međutim, ne odnosi se na slučajeve neizvršenja arbitražnih presuda. Bez obzira na dobrovoljni karakter izvršenja, strane su do sada veoma retko odbijale da ispune obaveze koje proizilaze iz arbitražnih presuda. U odnosima između suverenih država izvršavanje presude smatra se pitanjem časti i ugleda jedne zemlje.

4. Pravna sredstva protiv međunarodne arbitražne presude

Arbitražna presuda konačno rešava spor i od trenutka objavljivanja postaje izvršna. U tom smislu Haška konvencija od 1907. godine predviđa da je presuda konačna i bez prava na žalbu⁸². Isto pravilo sadrži Statut Međunarodnog suda pravde⁸³, kao i drugi arbitražni pravilnici⁸⁴ i sporazumi⁸⁵.

⁷⁸ Čl.82 Haške konvencije.

⁷⁹ Stav 4 čl.13 Pakta.

⁸⁰ Slučaj arbitražne presude donete 1933. godine u sporu između Bugarske i Grčke oko šuma na centralnim Rodopima.

⁸¹ Čl.94 Povelje. Imajući u vidu prirodu ovlašćenja Saveta bezbednosti, nije isključeno da se u krajnem slučaju pribegne prinudnim merama radi izvršenja presude. Međutim, u dosadašnjem radu Ujedinjenih nacija nije bilo slučajeva izvršenja presuda Međunarodnog suda pravde prinudnim putem.

⁸² Čl.81 Konvencije. U istom smislu izjasnio se i Međunarodni sud pravde u slučaju *Ambatielos* ("namera strana je nužno trebala da bude da arbitražna komisija konačno odluči"; CIJ, Recueil, 1953, p.17).

⁸³ Čl.60 Statuta.

⁸⁴ Čl.32 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo; stav 3 čl.31 Konvencije OEBS-a.

⁸⁵ Takve odredbe, na primer, sadrži Ugovor o mirenju sudskom rešavanju i arbitraži između Velike Britanije i Švajcarske (čl.34) ili dva kompromisa zaključena između Francuske i SAD 1963. i 1977. godine. Za širi pregled ovih i sličnih odredaba: *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*, United Nations, New York, 1992, p.65.

Konačni karakter presude proizilazi iz činjenice da kod međunarodne arbitraže nema obavezne nadležnosti niti više instance pred kojom bi se mogla pobijati doneta presuda. Umesto hijerarhijskog ustrojstva sudova i načela višestepenog suđenja koje postoji u unutrašnjem pravu, međunarodna arbitraža zasniva se na punoj nezavisnosti organa koji odlučuju i odsustvu kontrole višeg suda nad njihovim odlukama. Donoseći presudu kojom rešava spor, arbitražni sud u isto vreme odlučuje u prvom i poslednjem stepenu.

Kao posledica takve prirode arbitraže u međunarodnom pravu nije izgrađen sistem pravnih lekova po uzoru na unutrašnje pravo. Međunarodno pravo ne samo da ne propisuje pravna sredstva protiv arbitražne presude, već, po pravilu, ne dopušta ni njihovo korišćenje. To pravilo, međutim, nema apsolutnu važnost. Na osnovu načela autonomije volje sporne strane mogu u arbitražnom sporazumu unapred predvideti pravna sredstva protiv presude. Isto to one mogu učiniti naknadno zaključenjem novog sporazuma. I konačno, neki opšti i regionalni akti o arbitražnom postupku sadrže propise o pravnim lekovima koji važe ako se strane u sporu drugačije ne dogovore⁸⁶.

U dugogodišnjoj arbitražnoj praksi i teoriji međunarodnog prava stvoreno je nekoliko osnovnih tipova pravnih sredstava protiv arbitražne presude. To su zahtev za tumačenje i ispravku presude, žalba, revizija i zahtev za poništenje presude. Za tumačenje, ispravku i reviziju obično je nadležan isti sud koji je doneo presudu, dok se žalba i zahtev za poništenje uvek podnose drugom, postojećem ili novom, arbitražnom sudu.

4.1. Tumačenje presude

Pravo suda da tumači presudu koju je izrekao vodi poreklo od poznate latinske izreke *ejus est interpretari cujus est considerare*⁸⁷. U tom pogledu nema bitne razlike između nacionalnih i međunarodnih sudova. Osobenost se javlja kod *ad hoc* arbitraže zato što je posle proteka vremena teško okupiti sud u prvobitnom sastavu. U tom slučaju tumačenje ne daje potpuno isti sud koji je doneo presudu. Ukoliko, pak, više nije moguće obnoviti sud, ne preostaje ništa drugo nego da se ustanovi novi sud ili da se tumačenje presude poveri nekom od postojećih sudova.

⁸⁶ Čl.82-83 Haške konvencije; čl.31, 33-38 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo; stavovi 3-5 čl.31 Konvencije OEBS-a.

⁸⁷ Ch.Rousseau, *Droit international public*, Tome I, Paris, 1971, p.242.

Da bi se izbegli problemi ove vrste zahtev za tumačenje treba uputiti u što kraćem roku. Model pravila o arbitražnom postupku Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno pravo predviđa rok od tri meseca od dana objavljivanja presude⁸⁸. Povodom tog zahteva sud sprovodi poseban postupak i donosi novu presudu o tumačenju svoje ranije presude (tzv. interpretativna presuda).

U teoriji je sporno da li tumačenje može da traži bilo koja strana ili samo obe zajednički. Polazeći od konsensualnog karaktera arbitraže, jedan broj starijih pisaca stajao je na stanovištu da se zahtev za tumačenje ne može podneti jednostrano, već je uvek potreban sporazum strana u sporu⁸⁹. Uporište za ovaj stav oni su nalazili u ranijoj arbitražnoj i sudskoj praksi. Tako je u slučaju Portendick pruski kralj tumačenje svoje presude uslovio zahtevom obe strane u sporu, ali je na traženje vlade Velike Britanije ipak pojasnio neke delove presude u formi zvaničnog mišljenja⁹⁰. Stali sud međunarodne pravde je sa svoje strane ocenio da, osim ako postoji formalni sporazum između strana, arbitar nije ovlašćen za tumačenje svoje presude⁹¹.

Haška konvencija o mirnom rešavanju sporova krenula je suprotim putem i predvidela opštu nadležnost suda koji je doneo presudu za sporeve o njenom tumačenju. Prema odredbama te Konvencije sporazum strana u sporu nije neophodan osim u slučaju kada one hoće da isključe nadležnost suda za tumačenje presude⁹². Sličan pristup u regulisanju ovog pitanja slede Statut Međunarodnog suda pravde i arbitražni pravilnici⁹³. Svi ovi akti predviđaju da bilo koja strana u sporu može jednostrano tražiti tumačenje presude. Odredbe o pravu svake strane da podnese zahtev za tumačenje presude sadrže i neki arbitražni sporazumi.

⁸⁸ Stav 1 čl.33 Modela. Prema stavu 2 u slučaju da je iz bilo kog razloga nemoguće izneti spor o tumačenju pred sud koji je izrekao presudu ili ako strane u roku od tri meseca ne ugovore drugo rešenje, zahtev za tumačenje presude može se podneti Međunarodnom sudu pravde.

⁸⁹ A.Mérignac, De l'autorité de la chose jugée en matière de sentences arbitrales, *Revue générale de droit international public*, 1898, p.621. Isto rešenje prihvaćeno je u stavu 3 čl.24 nacrtu Pravilnika o arbitražnom postupku Instituta za međunarodno pravo od 1875. godine.

⁹⁰ A.de la Pradelle, N.Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Tome I, Paris, 1905, p.530.

⁹¹ Savetodavno mišljenje u slučaju Jaworizina: C.P.J.I., Série B, no 8, p.38.

⁹² Čl.82 Haške konvencije.

⁹³ Čl.60 Statuta; stav 1 čl.33 Modela Komisije UN za međunarodno pravo; stav 3 čl.31 Konvencije OEBS-a

Do prvog svetskog rata sporovi o tumačenju arbitražne presude bili su prava retkost. Iz tog razdoblja, pored pomenutog slučaja Portendick, može se navesti spor Eliza između SAD i Perua koji je osoben po tome što je radi tumačenja presude mešovite komisije iz Lime obrazovana druga mešovita komisija⁹⁴.

U periodu između dva svetska rata slučajevi tumačenja presuda postaju sasvim uobičajena pojava. Posebno je bila bogata praksa mešoviti arbitražnih tribunala stvorenih mirovnim ugovorima⁹⁵. Stalni sud međunarodne pravde, takođe, je izrekao nekoliko interpretativnih presuda⁹⁶.

Ova vrsta sporova nije nepoznata ni u jurisprudenciji posleratnog Međunarodnog suda pravde. Neke zahteve za tumačenje presude Sud je odbio uz obrazloženje da se na taj način želi dobiti nova presuda o pitanjima koja nisu razmatrana u prethodnom postupku⁹⁷. S druge strane, Sud je prihvatio zahtev za tumačenje koji se nije ticao presude, već ranije datog save-
todavnog mišljenja⁹⁸.

U novijoj arbitražnoj praksi bilo je nekoliko slučajeva tumačenja presuda. Oni su rešavani pred istim sudovima koji su doneli presude, osim u sporu Laguna del Desierto kada je obrazovan novi arbitražni tribunal⁹⁹. U najpoznatijem slučaju radilo se o tumačenju presude Francusko-britanskog arbitražnog tribunala o razgraničenju kontinentalnog sloja u Lamanšu i Irskom moru. Novom presudom tribunal je odbio francuski prigovor neblagovremenosti i na zahtev vlade Velike Britanije dao tumačenje metoda koji je korišćen prilikom povlačenja linije razgraničenja¹⁰⁰.

⁹⁴ A.de la Pradelle, N.Politis, Recueil des arbitrages internationaux, Tome II, Paris, 1928, p.601.

⁹⁵ Za pregled odluka ovih tribunala: Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes, Tome I, Paris, 1922, pp.54, 118, 251 i 264; Tome II, Paris, 1923, pp.834, 851; navedeno prema: L.Cavare, op.cit., p.315.

⁹⁶ Prva je doneta 1925. godine i odnosila se na tumačenje presude iz 1924. godine o tumačenju Nejskog ugovora (C.P.J.I., Série A, no 4), dok su druge dve izrečene 1927. i 1928. godine u slučaju fabrike Chorzow (Ibid., no 11 i 13). Za njihovu dalju aalizu: Ch.Rousseau, Droit international public, Tome V, Paris, 1983, p.364.

⁹⁷ Presuda doneta u slučaju prava azila između Kolumbije i Perua: CIJ, Recueil, 1950, p.15.

⁹⁸ Savetodavno mišljenje o tumačenju mišljenja donetog 1950. godine o položaju Ju-
gozapadne Afrike: CIJ, Recueil, 1955, p.11.

⁹⁹ Presuda od 1995. doneta povodom presude iz 1994. godine; navedeno prema: N.Q.Dinh, P.Daillier, A.Pellet, op.cit., p.886.

¹⁰⁰ Više o tome: E.Zoller, Observation sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales, Annuaire français de droit international, 1978, pp.345-346.

Iz dosadašnje prakse mogu se izvesti dva uslova pod kojima zahtev za tumačenje presude može biti prihvaćen¹⁰¹. Pre svega, među stranama mora da postoji spor o značenju ili domašaju presude čije se tumačenje traži. Do toga najčešće dolazi zbog nedovoljno jasnih, nepreciznih ili dvosmislenih izraza i formulacija upotrebljenih u presudi. Pritom nije od značaja da li se zahtev odnosi na dispozitivni deo presude ili njeno obrazloženje. Drugi uslov je da predmet i cilj zahteva moraju biti ograničeni na tumačenje presude u pitanju, tj. od suda se jedino može tražiti da utvrdi njen smisao ili domašaj.

Tokom dugotrajne prakse međunarodni sudovi i arbitražni tribunali izgradili su nekoliko osnovnih principa tumačenja presude. Najznačajniji od njih su:

- a) tumačenje ne može da izađe iz okvira presude koji su određeni arbitražnim sporazumom;
- b) prilikom tumačenja sud se ograničava na ono što je predviđeno i ne može da ocenjuje činjenice koje nije razmatrao prilikom donošenja presude čije se tumačenje traži;
- c) tumačenje ne može da bude sredstvo za izmenu ili poništenje ranije presude; i
- d) interpretativna presuda ima obaveznu snagu samo ukoliko ne prelazi granice presude koja se tumači¹⁰².

4.2. Ispravka presude

Zahtev za ispravku arbitražne presude ima nekih sličnosti sa zahtevom za tumačenje. Ovo se pravno sredstvo, takođe, podnosi istom sudu koji je doneo presudu, a i rokovi za njegovo korišćenje su veoma kratki. Većina arbitražnih pravilnika određuje rok od mesec dana od objavljivanja ili saopštavanja presude. Isti rok predviđa i Model pravila o arbitražnoj proceduri Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno pravo, ali računajući od dana donošenja presude i njenog dostavljanja stranama¹⁰³. U teoriji se smatra da je reč o prekluzivnom roku posle čijeg isteka sud ne može da prihvati zahtev za ispravku¹⁰⁴.

¹⁰¹ Ch.Rousseau, Droit international public, Tome V, Paris, 1983, p.364.

¹⁰² L.Cavaré, Quelques remarques sur le recours en interprétation, Mélanges Basdevant, Paris, 1960, pp.96-113.

¹⁰³ Čl.31 Modela.

¹⁰⁴ Ch.Rousseau, Droit international public, Tome V, Paris, 1983, p.365.

Svaka strana u sporu ima pravo da traži ispravljanje donete presude. Stranke se mogu sporazumeti da zajednički podnesu takav zahtev. Međutim, za razliku od zahteva za tumačenje, sud može da izvrši ispravku presude i po sopstvenoj inicijativi (*proprio motu*)¹⁰⁵.

Svrha ovog pravnog sredstva je da se otklone očigledne greške u tekstu presude. Obično su u pitanju pogreške u pisanju ili računanju, štamparske greške i druge omaške tehničke prirode. Predmet zahteva za ispravku mogu da budu samo nedostaci u vezi sa redigovanjem teksta presude. Od suda se ne može tražiti da ispravlja greške u pogledu činjenica ili prava. Zabluda o činjenicama ili pravu može da bude od značaja samo kao razlog za reviziju ili poništenje arbitražne presude.

4.3. Revizija presude

Revizija presude arbitražnog suda u načelu nije moguća, jer se time presudi obezbeđuje autoritet konačne odluke i presuđene stvari (*res judicata*)¹⁰⁶. U suprotnom ona bi postala neobavezujući predlog koje strane u sporu mogu slobodno da menjaju.

Iako nema opšteg pravila koje predviđa mogućnost revizije, ovo pravno sredstvo nije nepoznato u međunarodnom pravu. Arbitražna presuda može se izuzetno i pod određenim uslovima revidirati. Uslovi za reviziju, stvoreni kroz dugotrajnu praksu i nepisano običajno pravo, kodifikovani su Prvom haškom konvencijom o mirnom rešavanju sporova od 1907. godine. Konvencija dopušta reviziju presude ako su je strane predvidele arbitražnim sporazumom. Revizija je moguća samo u slučaju otkrivanja neke činjenice koja do donošenja presude nije bila poznata ni sudu ni strani koja se na nju poziva. Nova činjenica mora biti takve prirode da bi odlučujuće uticala na presudu¹⁰⁷.

Sporazum strana u sporu prva je i osnovna pretpostavka da bi se moglo pristupiti reviziji presude. Bez takvog sporazuma strane ne mogu tražiti reviziju niti je sud ovlašćen da je vrši po vlastitoj inicijativi. Taj princip čvrsto je utemeljen u međunarodnoj jurisprudenciji. Kao što je istakao Stalni sud međunarodne pravde u slučaju *Jaworzyna* "ako nema formalnog sporazuma između strana arbitar ne može da menja ili revidira svoju presudu"¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Videti čl.31 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo.

¹⁰⁶ Za pregled stavova doktrine o ovom pitanju: L.Cavaré, *Le droit international public positif*, Tome II, Paris, 1969, p.312.

¹⁰⁷ Stavovi 1 i 2 čl.83 Konvencije.

¹⁰⁸ C.P.J.I., Série B, no 8, p.38.

Revizija se obično predviđa unapred prilikom zaključenja arbitražnog sporazuma. To se čini unošenjem izričite odredbe u tekst arbitražnog kompromisa. Haška konvencija ima u vidu samo ovaj način ugovaranja revizije. Međutim, sporne strane se o reviziji mogu dogovoriti naknadno zaključenjem novog sporazma. Ova druga mogućnost mnogo je ređe korišćena u praksi i njoj se pribegavalo iz razloga političkog oportuniteta ili pod diplomatskim pritiskom¹⁰⁹.

U pogledu drugog uslova za reviziju presude Haška konvencija poslužila je kao obrazac mnogim arbitražnim pravilnicima, uključujući Statut Međunarodnog suda pravde¹¹⁰, Model pravila o arbitražnoj proceduri Komisije UN za međunarodno pravo¹¹¹ i Konvenciju o mirenju i arbitraži zaključenu u okviru Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju¹¹². Svi ovi akti mogućnost revizije presude ograničavaju na otkriće nove činjenice od odlučujućeg zanačaja koja je pre izricanja presude bila nepoznata sudu i strani koja traži reviziju. Ponekad se tome dodaje zahtev da nepoznavanje činjenice nije bilo posledica nemarnosti strane koja traži reviziju.

Ovako shvaćen osnov za reviziju države su ponekad pokušavale da prošire, pozivajući se na druge razloge, kao što su donošenje presude pre nego što je stranama data mogućnost da se izjasne o meritumu ili nepresuđenje spornog pitanja u ostavljenom roku. U teoriji preovlađuje stav da u ovom i drugim sličnim slučajevima ozbiljnog kršenja pravila arbitražne procedure nema mesta reviziji, već je to razlog zbog koga se eventualno može tražiti poništenje arbitražne presude¹¹³. Posle izvesnog kolebanja i arbitražni sudovi su zauzeli stav da je revizija presude moguća i dopuštena samo u slučaju naknadnog otkrivanja nove činjenice.

Zahtev za reviziju podnosi se istom sudu koji je izrekao presudu. Kada nije moguće obnoviti sud u istom sastavu potrebna je saglasnost obe strane za obrazovanje novog suda. Ukoliko, pak, nema sporazuma o ustanovljenju novog suda, a revizija je bila unapred ugovorena, Model pravila arbitražnog postupka predviđa kao dopunsko rešenje mogućnost da svaka

¹⁰⁹ Tako, na primer, Turska je uspela da 1866. godine zaključi novu konvenciju sa ciljem da se izvrši izmena arbitražne presude koju je francuski imperator Napoleon III doneo 1864. godine u slučaju kompanije Sueckog kanala. Za druge primere: Ch.Rousseau, *Droit international public*, Tome V, Paris, 1983, pp.366-367.

¹¹⁰ Čl.61 Statuta.

¹¹¹ Čl.38 Modela.

¹¹² Stavovi 4 i 5 čl.31 Konvencije.

¹¹³ Za pregled doktrinarnih stavova: Ch.Rousseau, *Droit international public*, Tome V, Paris, 1983, pp.366-367.

strana zahtev za reviziju jednostrano uputi Međunarodnom sudu pravde¹¹⁴.

Strana koja traži reviziju presude dužna je da zahtev podnese čim sazna za nove činjenice. Krajnji rok za isticanje zahteva obično iznosi šest meseci od otkrivanja nove činjenice. Objektivni rok u kome treba podneti zahtev za reviziju određuje se arbitražnim sporazumom ili u samoj presudi. Statut Međunarodnog suda pravde i neki propisi o arbitražnom postupku predviđaju apsolutni rok zastarelosti za podnošenje ovog zahteva od deset godina od dana donošenja presude¹¹⁵. Taj se rok može smatrati običajnim pravilom arbitražne procedure¹¹⁶, osim ako sporazumom ili presudom nije drugačije određeno.

U slučaju obnove postupka arbitražni sud prvo ispituje osnovanost zahteva za reviziju. Postupak se otvara odlukom kojom sud izričito utvrđuje postojanje nove činjenice i priznaje joj značaj osnova za reviziju¹¹⁷. Pošto prihvati zahtev sud sprovodi novi postupak o meritumu presuđenog spora i taj postupak se završava donošenjem nove presude.

4.4. *Žalba protiv presude*

Konačni i obavezujući karakter arbitražne presude isključuje mogućnost njenog pobijanja ili preispitivanja od strane višeg suda. Stoga, za razliku od unutrašnjeg prava, žalba u međunarodnom pravu nije ni redovan ni dopušten pravni lek. Odredbu po kojoj protiv presude arbitražnog suda nema žalbe, pored Haške konvencije i Statuta Međunarodnog suda pravde, sadrže mnogi arbitražni pravilnici¹¹⁸. Unošenje takve odredbe u tekst arbitražnog sporazma, što se inače u praksi ponekad čini¹¹⁹, ima samo deklarativni značaj.

Međunarodna jurisprudencija, takođe, stoji na stanovištu da se protiv presude arbitražnog suda ne može izjaviti žalba. Iz prilično bogate prakse izdvajamo stav Stalnog suda međunarodne pravde u slučaju Belgijskog trgovačkog društva da su "arbitražne presude suverene i bez prava na žal-

¹¹⁴ Stav 6 čl.38 Modela.

¹¹⁵ Stav 4 čl.61 Statuta; stav 2 čl.38 Modela pravila Komisije UN za međunarodno pravo; stav 4 čl.31 Konvencije OEBS-a.

¹¹⁶ U ovom smislu: V.Đ.Degan, op.cit., str.749.

¹¹⁷ Stav 2 čl.61 Statuta Međunarodnog suda pravde; stav 3 čl.83 Haške konvencije.

¹¹⁸ Čl.81 Haške konvencije; čl.60 Statuta; stav 3 čl.31 Konvencije OEBS-a.

¹¹⁹ Za pregled takvih odredaba: L.Cavaré, *Le droit international public positif*, Tome II, Paris, 1969, pp.310-311.

bu”¹²⁰. Sa svoje strane, posleratni Međunarodni sud pravde je povodom arbitražne presude španskog kralja istakao da “on nije apelacioni sud niti je pozvan da kaže da li je arbitar dobro ili loše presudio”¹²¹.

Pravilo o nedopuštenosti žalbe na presudu arbitražnog suda nije bez izuzetaka. Od njega se može odstupiti ukoliko je podnošenje žalbe nekom drugom sudu unapred predviđeno arbitražnim sporazumom, što se čini veoma retko. Kao izuzetan primer navode se sporazumi zaključeni u Parizu 1930. godine između Mađarske, s jedne, i Rumunije, Čehoslovačke i Jugoslavije, odnosno Poljske, s druge strane. Ti sporazumi su predviđali mogućnost da strane ugovornice izjave žalbu Stalnom sudu međunarodne pravde protiv presuda mešovitih arbitražnih tribunala¹²². Povodom podnetih žalbi Haški sud je doneo dve presude u slučajevima Univerziteta Peter Pazmany i Pajzs, Czaky i Esterhazy¹²³. To su do sada jedini poznati slučajevi kada je Haškom sudu poverena funkcija apelacionog suda u odnosu na presude drugog arbitražnog tribunala.

4.5. Poništenje presude

Mogućnost poništenja arbitražne presude nije predviđena međunarodnim pravom. Nekoliko pokušaja da se to pitanje reguliše u jednom ugovoru opšteg karaktera završeno je bez rezultata. Na Prvoj haškoj konferenciji Rusija je predložila da se u Konvenciju o mirnom rešavanju sporova unese posebna odredba o razlozima ništavosti arbitražne presude. Taj predlog je odbijen uz obrazloženje da nije moguće predvideti osnove ništavosti, a da se u isto vreme ne odredi organ koji bi bio nadležan za njihovu ocenu¹²⁴.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ CIJ, Recueil, 1960, p.214.

¹²² Više o tome: A.Favre, op.cit., p.682; P.Guggenheim, *Traité de Droit international public*, Tome II, Genčve 1954, pp.176-177.

¹²³ Presude od 1923. i 1936. godine: C.P.J.I., *Série A/B*, no 61, no 68.

¹²⁴ Kao osnov za ruski predlog poslužio je čl.27 nacrtu Pravilnika o arbitražnom postupku koji je na osnovu izveštaja Goldschmidt-a usvojio Institut za međunarodno pravo 1875. godine (Projet de règlement pour la procédure arbitrale international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1877, Vol.I, pp.84-87). Sumirajući rezultate rasprave o ovom predlogu na Prvoj haškoj konferenciji, predsednik Komiteta Descamps u svom izveštaju kaže: “Komitet je stao sa ispitivanjem ovog pitanja pred teškoćama da predvidi slučajeve ništavosti, a da u isto vreme ne odredi ko će biti sudija za ocenu tog slučaja” (*Conférence internationale*, 1899, I, p.139; navedeno prema: P.Guggenheim, op. cit., p.172, note 1).

Pitanje je ponovo pokrenuto u Društvu naroda povodom predloga Finske da se Stalnom sudu međunarodne pravde poveri rešavanje sporova o valjanosti arbitražnih presuda. Komitet eksperata kome je taj predlog upućen izradio je nacrt protokola koji je predviđao nadležnost Suda da pod određenim uslovima arbitražnu presudu proglasi ništavom¹²⁵. Ovaj tekst, međutim, nije razmatran u organima Društva naroda niti je povodom nje ga doneta bilo kakva odluka.

U okviru Ujedinjenih nacija Komisija za međunarodno pravo je u nacrt konvencije o arbitražnom postupku unela poseban deo o valjanosti i ništavosti presude. Pored razloga zbog kojih se presuda može pobijati, nacrt je predviđao postupak i rokove za njeno poništenje. Centralno mesto dato je Međunarodnom sudu pravde koji bi, u odsustvu sporazuma o nadležnosti drugog suda, bio ovlašćen da na zahtev jedne od strana odlučuje o poništenju presude¹²⁶. Rasprava u Generalnoj skupštini pokazala je nespremnost država da prihvate ovakvu nadležnost Međunarodnog suda u pogledu ništavosti presude. U tome treba videti jedan od razloga što je umesto konvencije usvojen pravno neobavezujući Model pravila o arbitražnoj proceduri, uz preporuku državama da se njime koriste prilikom zaključenja arbitražnih sporazuma¹²⁷.

Neuspeh u regulisanju pitanja ništavosti arbitražne presude na terenu konvencionalnog prava dobrim je delom posledica nesklada između potre-

¹²⁵ Predlog Finske upućen je Društvu naroda 18. jula 1929. godine (Société des Nations, A, 1930, C 1, p.83; navedeno prema Ch.Rousseau, Droit international public, Tome V, Paris, 1983, p.362). Iste godine Institut za međunarodno pravo preporučio je državama da u arbitražnim konvencijama ili kompromisornim klauzulama predvide da će svi sporovi između njih nastali povodom nadležnosti arbitražnog suda ili prekoračenje ovlašćenja suda na koje se poziva jedna strana biti izneti pred Stalni sud međunarodne pravde (Annuaire de l'Institut de droit international, 1929, Tome II, p.304). Nacrt protokola koji je 1930. godine izradio Komitet eksperata Društva naroda predviđa, takođe, pravo Stalnog suda međunarodne pravde da u određenom roku rešava o nevaljanosti arbitražne presude (R.Erich, Le projet de conféré é la C.P.J.I. des fonctions d'une instance de recours, Revue de droit international et de législation comparée, 1931, pp.268-279). U istom smislu Ugovor o mirenju arbitraži i sudskom rešavanju zaključen 1932. godine između Luksemburga i Norveške određuje da svaka strana može u roku od 40 dana od objavljivanja presude da iznese pred Stalni sud međunarodne pravde novi spor o ništavosti presude (Više o tome: L.Cavaré, Le droit international public positif, Tome II, Paris, 1969, pp.231-232).

¹²⁶ Commentary on the Draft Convention on Arbitral Procedure Adopted by the International Law Commission at its Fifth Session, Un Doc. A/CN.4/2, no.1955.V.1, New York, 1955.

¹²⁷ Više o tome: B.Janković- Z.Radivojević, op.cit., str.408; O.Račić, op.cit., str.39.

be da se presuda, shvaćena kao akt kojim se na konačan i obavezujući način rešava spor, bezuslovno izvrši i mogućnosti da ona ima ozbiljne nedostatke zbog kojih bi njeno održavanje na snazi narušilo ugled arbitražnog sudstva. Nastojeći da stabilnost međunarodnog pravnog poretka dovede u sklad sa idealom pravde, veći deo doktrine i međunarodna jurisprudencija stoje na stanovištu da se arbitražna presuda u izuzetnim slučajevima može poništiti¹²⁸. Tom prilikom polazi se od stava da je presuda podvrgnuta opštim formalnim i materijalnim uslovima za punovažnost pravnog akta i da njihovo neispunjenje ima za posledicu ništavost presude¹²⁹. Izvesne razlike postoje u vezi sa određivanjem razloga zbog kojih se može pobijati valjanost arbitražne presude, kao i u pogledu organa nadležnog da presudu oglasi ništavom.

Osnovi ništavosti presude potiču iz unutrašnjih pravnih sistema odakle su preneti na teren međunarodnog prava. Neki od njih direktno vode poreklo iz rimskog prava, kao što je, recimo, načelo *extra compromissum arbiter nihil facere potest*. Drugi su preuzeti uz izmene i prilagođavanja koja nameće specifičnost međunarodne arbitraže. Tako nacrt pravilnika o međunarodnom arbitražnom postupku Instituta za međunarodno pravo navodi ove osnove ništavosti presude: nevaljanost kompromisa, podmićivanje člana suda, prekoračenje nadležnosti od strane suda i materijalnu zabludu u pogledu prava u presudi¹³⁰.

Model pravila o arbitražnom postupku Komisije UN za međunarodno pravo predviđa da se valjanost presude može pobijati zbog jednog od sledećih razloga: a) prekoračenja ovlašćenja suda; b) korupcije jednog člana suda; c) odsustva obrazloženja presude ili ozbiljnog kršenja osnovnih pravila postupka; d) ništavosti arbitražnog sporazuma ili kompromisa¹³¹. Iz toga proizilazi da se razlozi ništavosti presude uglavnom odnose na nadležnost arbitražnog suda i arbitražnu proceduru (prekoračenje ovlašćenja i

¹²⁸ E.Borel, *Les voies de recours contre les sentences arbitrales*, Recueil des cours, La Haye, 1935, Tome II, pp.5-104; Kolkey, *Attacking Arbitral Awards: Rights of Appeal and Review in International Arbitrations*, *International Lawyer*, 1988, Vol.22, pp.693-715; H.Lauterpacht, *The legal remedy in case of excess of jurisdiction*, *British Yearbook of International Law*, 1928, pp.117-121; W.M.Reisman, *Nullity and Revision*, New Haven, 1971, pp.86-87; O.Schachter *The Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions*, *American Journal of International Law*, 1960, Vol.51, pp.26-27; J.W.Warer, *Appeal in cases of alleged invalid arbitral awards*, *American Journal of International Law*, 1932, pp.132-133.

¹²⁹ N.Q.Dinh, P.Dailler, A.Pellet, op. cit., p.886; K.O.Frahm, op. cit., p.38.

¹³⁰ Čl.27 Pravilnika.

¹³¹ Čl.25 Modela.

povreda pravila postupka), ličnost arbitra (korupcija i zabluda) i arbitražni sporazum (ništavost kompromisa)¹³².

Prekoračenje ovlašćenja (*excès de pouvoir*) u praksi se najčešće navodilo kao razlog ništavosti arbitražne presude. U teoriji to se smatralo glavnim, pa čak i jedinim mogućim osnovom za poništaj presude, pri čemu se ovaj pojam shvatao mnogo šire nego u unutrašnjem pravu. Naime, u međunarodnom pravu veoma je teško povući jasnu granicu između prekoračenja nadležnosti i nenadležnosti arbitražnog suda, budući da ne postoji zakonodavac koji bi na autoritativan način izvršio podelu nadležnosti i ovlašćenja između različitih sudova. U odsustvu takvog organa odlučujući značaj ima volja strana u sporu izražena u arbitražnom sporazumu, tako da svako odstupanje, propust, nepoštovanje, pogrešno tumačenje ili kršenje njegovih odredaba od strane suda može da predstavlja prekoračenje nadležnosti¹³³.

Iz međunarodne arbitražne prakse može se izvesti nekoliko tipičnih slučajeva u kojima se tvrdilo da je sud prekoračio granice ovlašćenja određenih arbitražnim sporazumom. Do toga najpre dolazi ako je sud odlučio

¹³² U našoj literaturi se obično navode tri osnovna razloga ništavosti arbitražne presude, mada se oni različito shvataju i grupišu. Tako, na primer, M.Novaković (op. cit., str.141) podmićivanje suda, uskraćivanje prava na odbranu i prekoračenje ovlašćenja smatra osnovama ništavosti arbitražne presude, dok Avramov-Kreća (op.cit., str.573) razlikuju razloge koji se tiču nadležnosti (ništavost arbitražnog kompromisa, prekoračenje nadležnosti od strane arbitara, primena prava na koje sud nije bio ovlašćen kompromisom), razloge koji se tiču pravila postupka (povreda pravila o jednakosti strana pred sudom) i razloge koji se tiču samih arbitara (korupcija i zabluda). Neki pisci sa prostora bivše Jugoslavije (J.Andrassy, op. cit., str.510) navode četiri osnova: protivrečnost dispozitiva, korupciju sudije, nepoštovanje bitnih propisa postupka i prekoračenje ovlašćenja arbitara. U stranoj međunarodnopravnoj doktrini broj razloga ništavosti presude se kreće od samo jednog (recimo, Ch.Rousseau, *Droit international public*, Tome V, Paris, 1983, pp.326-327, koji smatra da je prekoračenje ovlašćenja arbitra jedini razlog ništavosti), preko dva (P.Guggenheim, op. cit., p.173, koji navodi nenadležnost suda i prekoračenje ovlašćenja, a L.Cavaré, *Le droit international public positif*, Tome II, Paris, 1969, pp.322-329, razlikuje nevaljanost presude u vezi sa sprovođenjem u život arbitraže i prekoračenje ovlašćenja arbitara) ili tri (N.Q.Dinh, P.Daillier, A.Pellet, op. cit., pp.886-887, koji smatraju da su ti razlozi ništavost arbitražnog kompromisa, prekoračenje ovlašćenje arbitra ili njegova korupcija), pa sve do pet (ništavost kompromisa ili ugovora o arbitraži, bitno prekoračenje nadležnosti tribunala, neobrazložena presuda, povreda bitnih pravila postupka, korupcija člana tribunala-V.Đ.Degan, op. cit., str.748; ništavost kompromisa, prekoračenje ovlašćenja arbitra, neprimena opšteg prava, prevara ili neloyalnost arbitara ili drugih učesnika u arbitraži, bitna zabluda-A.Favre, op. cit., p.682; prekoračenje ovlašćenja predviđenih kompromisom, nevaljanost kompromisa, korupcija sudije, ozbiljno odstupanje od pravila procedure, suštinska zabluda- M.Shaw, op. cit., pp.740-741).

¹³³ Ch.Rousseau, *Droit international public*, Tome V, Paris, 1983, p.329.

vao ultra petita, tj. sudio o pitanju koje mu nije podneto na rešavanje. Tako je u slučaju ostrva Aves španska kraljica Izabela II, kojoj je kompromisom između Holandije i Venecuele bilo povereno da samo reši pitanje suvereniteta nad tim ostrvom, svojom presudom odredila i pravne posledice te odluke ako se ono dodeli Venecueli¹³⁴.

Prekoračenje ovlašćenja, nadalje, postoji kada sud primeni neka druga pravila i načela, a ne ona koja su sporazumom određena kao merodavna. U slučaju severoistične granice između SAD i Kanade holandski kralj je kao arbitar odlučio da umesto jedne od dve linije navedene u kompromisu primeni treću liniju razgraničenja¹³⁵. Slični su slučajevi kada arbitar izađe iz okvira sudske funkcije i spor reši na osnovu prijateljskog poravnanja (amiable composition) bez izričitog ovlašćenja u kompromisu. Na taj način postupio je prilikom određivanja granice između Bolivije i Perua argentinski predsednik odlučivši da ne primeni pravilo uti possidetis, koje je bilo predviđeno kompromisom, već da razgraničenje izvrši na osnovu pravičnosti¹³⁶.

I konačno, prekoračenjem nadležnosti u širem smislu moglo bi se smatrati svako propuštanje ili odstupanje u primeni ili ozbiljno kršenje bitnog pravila postupka koje je predviđeno arbitražnim sporazumom. Ovde se imaju u vidu slučajevi kada arbitražna presuda ne sadrži obrazloženje, kada je doneta bez prethodnog saslušanja stranaka ili je povređeno pravilo o jednakosti strana pred sudom¹³⁷. Tako je u sporu između Kolumbije i SAD presuda koju je doneo nadarbitar, ne pruživši priliku zastupnicima strana da se izjasne o meritumu, podneta na zahtev jedne od strana novom nadarbitru na ponovno odlučivanje¹³⁸.

¹³⁴ De La Pradelle-N.Politis, Recueil des arbitrages internationaux, Tome II, Paris, 1923, pp.420-421; navedeno prema: L.Cavare, Le droit international public positif, Tome II, Paris, 1969, p.325.

¹³⁵ Ibid., Tome I, Paris, 1905, pp.395-398; navedeno prema : Ch.Rousseau, Droit international public, Tome V, Paris, 1983, p.328.

¹³⁶ A.Weiss, L'arbitrage de 1909 entre la Bolivie et le Pérou, Revue générale de droit international public, 1910, pp.118-136; P.Fiore, La sentence arbitrale du président de la République Argentine dans le conflit de limite entre la Bolivie et le Pérou, Ibid., pp.247-248; navedeno prema: L.Cavare, Le droit international public positif, Tome II, Paris, 1969, pp.327-328.

¹³⁷ Ch.Rousseau, Droit international public, Tome V, Paris, 1983, pp.328-329.

¹³⁸ De La Pradelle-N.Politis, Recueil des arbitrages internationaux, Tome II, Paris, 1923, pp.474-478.

Podmićivanje člana arbitražnog suda ili zabluda nisu tako česti razlozi pobijanja valjanosti arbitražne presude. Korupcija kao osnov ništavosti treba da sankcioniše pristrasnost sudije prilikom odlučivanja i samim tim obezbedi visoke moralne standarde u vršenju arbitražne funkcije. Podmićivanje označava radnju jedne strane u sporu koja se sastoji u davanju novca, poklona ili kakve druge koristi sudiji sa ciljem da donese presudu u njevu korist. Neki pisci korupciju izjednačavaju sa prevarom, tj. sa lažnim iznošenjem slučaja pred sud koje ima za cilj da se od njega ishodi povoljna presuda. Međutim, u slučaju naknadnog otkrivanja prevare radilo bi se o novoj činjenici koja može da dovede do revizije, a ne do poništaja arbitražne presude¹³⁹.

Zabluda arbitara ima veoma ograničeni značaj kao razlog ništavosti presude. To je posledica intelektualnih i stručnih kvaliteta članova arbitražnog suda koji garantuju svestrano sagledavanje činjenične i pravne strane spora. S druge strane, dosta složena i prilično dugotrajna arbitražna procedura svodi praktičnu mogućnost da dođe do zablude na najmanju meru.

I pored toga, u teoriji međunarodnog prava¹⁴⁰ i nekim propisima o arbitražnom postupku¹⁴¹ zabluda se navodi kao razlog za poništaj presude pod uslovom da ima suštinski (bitan) karakter i da je očigledna. Tom prilikom povlači se razlika između zablude u pogledu činjenica i zablude u pogledu prava. Prva vrsta zablude smatra se osnovom ništavosti samo ako je rezultat prevare. U suprotnom, pogođena strana u sporu može tražiti reviziju ukoliko je predviđena sporazumom ili ispravku teksta presude¹⁴². U pogledu zablude o pravu preovlađuje stav da je njeno postojanje veoma teško ustanoviti i dokazati, budući da arbitražni sud raspolaže diskrecionim ovlašćenjem da razmatra pravne aspekte spora. Stoga je tumačenje i ocena dokumenata i dokaza od strane suda bez uticaja na valjanost arbitražne presude¹⁴³. Od pravnog značaja mogla bi da bude okolnost da sud nije uzeo u obzir relevantni ugovor ili je očigledno imao pogrešnu predstavu u pogledu nekog propisa unutrašnjeg prava¹⁴⁴, ali se u dosadašnjoj praksi

¹³⁹ K.O-Frahm, op.cit., p.39.

¹⁴⁰ S.Avrarov, Međunarodno javno pravo, Beograd, 1980, str.347; A.Favre, op. cit., p.682; M.Shaw, op.cit., p.740.

¹⁴¹ Čl.27 nacrta Pravilnika o arbitražnom postupku Instituta za međunarodno pravo.

¹⁴² K.O-Frahm, op.cit., p.39.

¹⁴³ Videti stav Međunarodnog suda pravde u slučaju arbitražne presude španskog kralja: CIJ, Recueil, 1960, p.188-213.

¹⁴⁴ M.Shaw, op. cit., p.741.

strane nisu nijednom pozvale na ovu vrstu zablude kao razlog za poništaj presude.

Nevaljanost arbitražnog sporazuma starija doktrina nije smatrala posebnim osnovom ništavosti presude. Prema tada vladajućem stavu ništavost sporazuma treba da se utvrdi pre nego što bude doneta arbitražna presuda. Strane u sporu mogle su se pozivati na ništavost kompromisa samo do okončanja postupka, pa ukoliko arbitražni sud to prihvati neće biti ni presude. U suprotnom slučaju, tj. pošto je postupak sproveden i presuda doneta, važi pretpostavka da su sporne strane prećutnim putem izvršile konvalidaciju arbitražnog sporazuma¹⁴⁵.

Ovo gledište nije usvojeno od strane Instituta za međunarodno pravo koji je nevažnost kompromisa uključio među razloge za poništaj arbitražne presude¹⁴⁶. Na isti način postupila je Komisija za međunarodno pravo prilikom izrade pravila o arbitražnom postupku¹⁴⁷, tako da je danas ništavost arbitražnog sporazuma prihvaćena kao poseban razlog za pobijanje valjanosti presude. To je logična posledica činjenice da se nadležnost arbitraže zasniva na saglasnosti volja strana u sporu, te arbitražni sud neće moći da donese punovažnu presudu ukoliko između njih ne postoji valjan sporazum.

U pogledu razloga ništavosti arbitražni sporazum podčinjen je istim pravilima koja važe za sve međunarodni ugovore. U teoriji, međutim, nema produbljenih rasprava o ovim razlozima, izuzimajući problem valjanosti kompromisa koji je zaključio nenadležni organ. Uopšte uzev, po pitanju određivanja nadležnih organa za sklapanje arbitražnih sporazuma, međunarodno pravo vezano je internim pravom, jer je svakoj državi prepušteno da svojim ustavnim propisima predvidi organe koji poseduju ugovornu sposobnost i da odredi uslove za njeno vršenje. Arbitražni sporazum zaključen povredom ovih pravila i ograničenja ne smatra se valjanim, što može da ima za posledicu ništavost celokupnog postupka, uključujući i samu arbitražnu presudu¹⁴⁸.

Slučajevi pobijanja presude po osnovu zaključenja kompromisa od strane nenadležnog organa veoma su retki u međunarodnoj arbitražnoj praksi. U nekoliko starijih sporova ove vrste radilo se o nepoštovanju interne procedure za ratifikaciju arbitražnog sporazuma ili neregularnosti pu-

¹⁴⁵ K.O-Frahm, op. cit., p.39.

¹⁴⁶ Čl.27 nacrta Pravilnika o arbitražnom postupku.

¹⁴⁷ Čl.35 Modela pravila o arbitražnom postupku.

¹⁴⁸ L.Cavaré, *Le droit international public positif*, Tome II, Paris, 1969, p.263.

nomoćja predstavnika država koji su zaključili sporazum. Tako je u slučaju Južnoafričke Republike osporena valjanost presude zato što je predsjednik ove države ratifikovao arbitražni sporazum ne pribavivši prethodno pozitivno mišljenje specijalne parlamentarne komisije, koje je po ustavu bilo neophodno¹⁴⁹. U drugom do sada poznatom primeru arbitražna presuda doneta između dva švajcarska kantona oglašena je ništavom iz razloga što njihovi predstavnici nisu bili uredno ovlašćeni da zaključe kompromis¹⁵⁰.

Kao najteži problem ostaje određivanje organa koji treba da reši spor o valjanosti arbitražne presude i da je eventualno poništi. U međunarodnom pravu nema više sudske instance koja bi obavezno i autoritativno ispitivala valjanost izrečene presude, a posebno navodne razloge ništavosti ma kakve prirode oni bili¹⁵¹. U sistemu koji je zasnovan na saglasnosti spornih strana¹⁵² pitanje utvrđivanja ništavosti zavisi u krajnjoj liniji od njihove dobre volje i spremnosti da spor reše.

Najnepovoljnije rešenje je da strana koja se poziva na nevaljanost arbitražne presude sama presudu proglasi ništavom. Takvo rešenje ne samo da je suprotno načelu *nemo iudex in re sua*, već nije obavezujuće za drugu stranu, pa spor o valjanosti arbitražne presude ostaje nerešen¹⁵³. Pored toga, jednostrana ocena valjanosti bila bi suprotna samoj prirodi arbitraže, jer može da znači da presuda predstavlja samo predlog koji postaje obavezan uz naknadnu saglasnost strana u sporu¹⁵⁴.

Druga je mogućnost da isti sud koji je doneo presudu ocenjuje i njenu valjanost. Za ovo rešenje ne bi se moglo reći da je u skladu sa konceptom međunarodne arbitraže iz više razloga. Najpre, zato što nije ispravno da sam sud ispituje mane sopstvene odluke. Drugo, zbog toga što je malo verovatno da će on priznati grešku i svoju presudu oglasiti ništavom. I najzad, za ovakvo ovlašćenje suda biće potrebna zajednička odluka, tj. saglasnost obe strane u sporu, a takav pristanak se teško može očekivati od strane koja je dobila spor¹⁵⁵.

¹⁴⁹ De La Pradelle-N.Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Tome II, Paris, 1923, pp.695, 703.

¹⁵⁰ *Ibid.*, Tome I, Paris, 1905, p.274.

¹⁵¹ B.Janković-Z.Radivojević, *op. cit.*, str.138.

¹⁵² P.Guggenheim, *op. cit.*, p.174.

¹⁵³ N.Q.Dinh, P.Dailier, A.Pellet, *op. cit.*, p.887.

¹⁵⁴ K.O-Frahm, *op. cit.*, p.39.

¹⁵⁵ *Ibid.*

Treće rešenje, mnogo primerenije karakteru arbitraže, sastoji se u zaključenju posebnog sporazuma kojim se spor o ništavosti arbitražne presude upućuje na rešavanje drugom sudskom forumu. To može da bude potpuno novi arbitražni sud ili neki od stalnih sudova. Iako izuzetno retki, takvi primeri postoje u međunarodnoj praksi. Tako je u slučaju brodske kompanije Orinoco presuda nadarbitra Barage doneta 1903. godine pobijana zbog navodnog prekoračenja ovlašćenja. Na osnovu kompromisa između SAD i Venecuele zaključenog 1909. godine spor je iznet pred Stalni arbitražni sud u Hagu koji je svojom presudom od 1910. godine utvrdio nevaljanost presude nadarbitra¹⁵⁶.

Pred Međunarodni sud pravde do sada su izneta na rešavanje samo dva spora ove vrste. Prvi put to su učinile Nikaragva i Honduras na osnovu sporazuma iz 1958. godine, upućujući Haškom sudu na rešavanje spor o valjanosti presude španskog kralja od 1906. godine. U presudi koju je doneo 1960. godine Međunarodni sud nije našao da je presuda arbitra ništava po osnovu prekoračenja ovlašćenja u pogledu merodavnog prava¹⁵⁷. Drugi je bio spor Gvineje Bisao i Senegala o valjanosti presude koju je 1989. godine doneo Arbitražni sud u vezi sa određivanjem pomorske granice između ove dve države. Svojom odlukom od 1991. godine Međunarodni sud nije prihvatio stav Gvineje da je arbitražna presuda ništava zbog toga što Arbitražni sud nije odgovorio na sva pitanja postavljena u kompromisu i što ona nije doneta većinom¹⁵⁸.

Preostaje pitanje kako postupiti ukoliko ne postoji saglasnost strana da spor o valjanosti arbitražne presude reše sudskim putem. Za takve slučajeve još je u okviru Društva naroda predloženo da Stalni sud međunarodne pravde postane neka vrsta višeg suda koji bi bio nadležan da u krajnjem stepenu odlučuje o zahtevima za poništenje arbitražne presude. Iako ova ideja nije prihvaćena, posredan uspeh ostvaren je u nekim kasnije zaključnim bilateralnim ugovorima o mirenju, arbitraži i sudskom rešavanju koji ovlašćuju Stalni sud da odlučuje o ništavosti arbitražne presude na osnovu jednostranog zahteva bilo koje strane u sporu¹⁵⁹.

Isti predlog obnovljen je u okviru Ujedinjenih nacija od strane Komisije za međunarodno pravo. Prema njenom stavu, neprihvatljivo je da u me-

¹⁵⁶ G.Scelle, *L'affaire de la Orinoco Steamship Co.*, *Revue générale de droit international public*, 1911, pp.164-202; navedeno prema : Ch.Rousseau, *Droit international public*, Tome V, Paris, 1983, p.321.

¹⁵⁷ CIJ, *Recueil*, 1960, p.192.

¹⁵⁸ *Ibid.*, 1991, p.124.

¹⁵⁹ Videti belešku br.113.

đunarodnom pravu ne postoji organ i postupak za ocenu zahteva za poništaj arbitražne presude u slučajevima kada su strane propustile da se sporazumeju o tom pitanju¹⁶⁰. Zato je Komisija u svoj nacrt konvencije o arbitražnom postupku uključila posebnu odredbu koja predviđa da je Međunarodni sud pravde nadležan da donese odluku o ništavosti presude na zahtev jedne od strana u rokovima od 3 do 6 meseci pod uslovom da one nisu postigle sporazum o nekom drugom sudu¹⁶¹. Predviđen je i objektivni rok od 10 godina posle koga se više ne može tražiti poništaj arbitražne presude¹⁶². U slučaju da utvrdi postojanje razloga ništavosti Međunarodni sud donosi deklarativnu presudu koja nema za posledicu povraćaj u pređašnje stanje ili ukidanje pobijanje presude, već samo otvaranje puta za nove pregovore između strana o načinu rešavanja spora¹⁶³. Međutim, ovaj predlog Komisije nije dobio širu podršku u Ujedinjenim nacijama, pa je uključen u pravno neobavezujući Model pravila o arbitražnoj proceduri.

Na osnovu svega rečenog može se zaključiti da na planu regulisanja problema ništavosti arbitražnih presuda u međunarodnom pravu još uvek nije ostvaren suštinski napredak. To se u manjoj meri odnosi na osnove ništavosti u pogledu kojih postoji široka saglasnost u doktrini i međunarodnoj jurisprudenciji, a mnogo više na odsustvo foruma koji bi u krajnjoj instanci bio nadležan da presudu oglasi ništavom. Koreni takvog nezadovoljavajućeg stanja nalaze se izvan samog koncepta ništavosti. Njih treba tražiti u osnovnom stavu država prema arbitraži i spremnosti da svoje sporove konačno rešavaju ovim putem. Ukoliko te spremnosti nema, preostaju samo politička sredstva za rešavanje spora o valjanosti arbitražne presude. Sporovi te vrste, kao što smo videli, na sreću nisu bili tako česta pojava u međunarodnoj praksi.

¹⁶⁰ Commentary on the Draft Convention on Arbitral procedure Adopted by the International Law Commission at its Fifth Session, UN Doc. A/CN.4/92, New York, 1955, p.28.

¹⁶¹ Stavovi 1 i 2 čl.36 Modela.

¹⁶² Stav 2 čl.36 Modela.

¹⁶³ Čl.37 Modela.

Zoran Radivojević, PhD
Faculty of Law, Niš

THE INTERNATIONAL ARBITRATION

The significance of the international arbitration, nowadays is very important. This article is dedicated to that important institution. In this article, the author talks about the notion and the types of the international arbitrations. He writes about ad-hoc and permanent arbitrations, about the facultative and obligatory and some other types of the arbitration. Prof. Radivojević also writes about the origin and development of the international arbitration, about the rules of the international arbitration and about the legal remedies against the decisions of the international arbitration.

***Key words:** international arbitration; notion and types of the international arbitration; origin and development, legal remedies against the decision of the international arbitration*

Mr Katarina Jovičić
Institut za uporedno pravo
Beograd, april, 2009.

MEĐUNARODNA TRGOVINSKA ARBITRAŽA: RAZLOZI PONIŠTENJA ARBITRAŽNIH ODLUKA

Međunarodne trgovinske arbitraže pobuđuju veliko interesovanje i broj sporova koji se pred njima rešavaju svakim danom je sve veći. Mogućnost da utiču na način na koji će spor biti rešen stranke prepoznaju kao pogodnost koju imaju samo pred ovim institucijama.

Iako samostalne i nezavisne u svom radu, arbitraže ipak podležu kontroli od strane državnih sudova, koja se sprovodi u postupcima za primudno izvršenje arbitražnih odluka i njihovo poništenje. U radu se posebno razmatraju razlozi za poništenje arbitražne odluke i na početku su sistematski obrađeni oni koji su najčešći u uporednom pravu. Nakon toga, daje se prikaz rešenja sadržanih u nekoliko karakterističnih nacionalnih izvora prava kako u zemljama common law, tako i pravnim sistemima kontinentalnog prava. U grupi kontinentalnih pravnih sistema predstavljeno je i domće pravo, a poseban deo posvećen je rešenjima sadržanim u dva međunarodna izvora prava kada je o razlozima za poništenje arbitražnih odluka reč. U zaključku su izloženi stavovi do kojih se dolazi upoređivanjem pomenutih izvora prava.

Ključne reči: Međunarodna trgovinska arbitraža, Izvori prava, Arbitražna odluka, Poništenje arbitražne odluke, Razlozi za poništenje

I. UVOD

Arbitraža kao sredstvo za rešavanje međunarodnih sporova sve više privlači pažnju ne samo zbog svoje aktuelnosti, već i zbog narastajuće popularnosti. Ovo se posebno odnosi na međunarodne trgovinske arbitraže kod kojih međunarodna pravila i institucije sa zapaženim uspehom obezbeđuju pošten, neutralan, stručan i efikasan mehanizam za rešavanje teških, međunarodnih sporova.

Razlozi zbog kojih stranke odlučuju da spor povere na rešavanje međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, umesto državnom sudu, su višestruki. One, ponajpre, ugovaraju i prihvataju arbitražu da bi osigurale rešavanje spora na neutralan način, čak primenom međunarodnih ili drugih pravila, koja su nezavisna od nacionalnih prava različitih država, čijim bi sudovima rešavanje tog spora, inače, moglo pripasti. Nadalje, one nezavisnim arbitrima poveravaju rešavanje spora umesto da to prepuste sudijama državnih sudova, koje bi mogle biti pristrasne prema strankama zbog eventualne zajedničke nacionalne ili verske pripadnosti, slične kulture ili bilo kog drugog razloga. Prednost ugovaranja međunarodne trgovinske arbitraže se, pored toga, ogleda i u mogućnosti izbegavanja nesigurnosti koje redovno prate međunarodne sudske postupke, od kojih su posebno nepoželjne dugo trajanje postupka, moguće vođenje paralelnih postupaka u različitim državama, rasprava o merodavnom pravu itd. Odluke međunarodnih arbitraža se često lakše prinudno izvršavaju u inostranstvu nego što je to slučaj sa sudskim odlukama zahvaljujući nekoliko, u svetu široko prihvaćenih međunarodnih konvencija, koje predviđaju skraćene i efikasne postupke priznanja stranih arbitražnih odluka,

Okončanje arbitražnog postupka donošenjem arbitražne odluke, međutim, ne znači uvek i okončanje spornog odnosa među strankama jer je moguće, povodom iste pravne stvari, pred redovnim sudom voditi bilo postupak za prinudno izvršenje arbitražne odluke, bilo postupak za njeno poništenje. U prvom slučaju postupak pokreće stranka koja je uspela u sporu zbog toga što druga strana neće dobrovoljno da izvrši arbitražnu odluku, a u drugom slučaju postupak se vodi po zahtevu nezadovoljne stranke, koja traži poništenje arbitražne odluke.

Međunarodna trgovinska arbitraža je suverena u utvrđivanju činjeničnog stanja spora o kome rešava, zbog čega bi bilo logično da se odluke koje ona donosi mogu poništavati samo zbog proceduralnih propusta. Međutim, u praksi to nije uvek slučaj i još uvek postoje propisi po kojima je dopušteno osporavati arbitražne odluke i zbog određenih razloga materijalnopravne prirode.

U propisima koji uređuju postupak poništenja odluka međunarodnih trgovinskih arbitraža razlozi za poništenje se, po pravilu, navode taksativno a ne uopšteno. Na taj način se ograničava kontrola suda nad sprovedenim arbitražnim postupkom, što doprinosi samostalnosti arbitraže i jačanju njenog ugleda kao legitimnog organa za raspravljanje sporova.

II. RAZLOZI ZA PONIŠTENJE ARBITRAŽNIH ODLUKA

Razlozi zbog kojih se u uporednom pravu mogu poništavati arbitražne odluke su, u principu, identični razlozima za odbijanje priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka predviđenim međunarodnim ugovorima. Neki od njih su uobičajeni u izvorima prava ovog instituta, što nam daje mogućnost da ih izdvojimo i analiziramo. To su: nepostojanje ili nepunovažnost ugovora o arbitraži; povreda zakonskih ili ugovornih odredbi o sastavu ili o načinu obrazovanja arbitraže; povreda posebnih zakonskih ili ugovornih odredbi o postupku pred arbitražom, naročito o postupku odlučivanja; prekoračenje ovlašćenja datih arbitrima u pogledu predmeta spora; primena drugog nacionalnog prava a ne onog koje je ugovorom određeno; odlučivanje *ex aequo et bono* suprotno ugovoru; povreda prava stranke na iznošenje sredstava napada i odbrane; nepoštovanje pravila o zakonskom zastupanju parnično nesposobne stranke; meritum odluke protivan javnom poretku; okolnosti na kojima se može zasnovati predlog za ponavljanje postupka, i dr.¹

1) *Nepostojanje ili nepunovažnost ugovora o arbitraži*: Ovde je reč o tome da arbitražni sporazum nije zaključen, ili je zaključen, ali nije punovažan. U uporednom pravu se navedeni razlog univerzalno prihvata s tim što postoje razlike u pogledu uslova koje treba ispuniti da bi stranka mogla da se na njega poziva. Tako neka prava predviđaju da se ne može osporavati arbitražna odluka zbog nepostojanja ili nepunovažnosti ugovora o arbitraži ako se u toku trajanja postupka pred arbitražom nije postavilo to pitanje, dok druga prava ne propisuju to kao uslov za dopuštenost zahteva za poništenje.

Upoređujući oba gledišta čini se da razlozi ekonomičnosti postupka daju jače argumente za prvo shvatanje, s obzirom da stranki nije mogla biti nepoznata ta činjenica u vreme trajanja postupka pred arbitražom. Propuštajući da se pozove na ovaj nedostatak u arbitražnom postupku ona nije iskoristila mogućnost da sporno pitanje bude raspravljeno pred arbitražom, zbog čega je opravdano da snosi odgovarajuće posledice.

2) *Povreda zakonskih ili ugovornih odredaba o sastavu ili o načinu obrazovanja arbitraže*: Smatra se da je učinjena povreda pravila o sastavu arbitražnog veća ako je sudio arbitar pojedinac a zakonom, pravilnikom stalne arbitraže ili arbitražnim sporazumom je predviđeno da sudi arbitražno veće. O istoj povredi je reč i kada nije ispoštovana procedura imeno-

¹ Lista preuzeta od Poznić, B., *Pravna sredstva protiv arbitražne odluke u stranim pravima*, Spoljnotrgovinska arbitraža III, Beograd, 1966, str. 73.

vanja arbitara kod *ad hoc* arbitraže. U obrnutom slučaju, kada sudi veće a predviđeno je da sudi arbitar pojedinac, ne bi se moglo smatrati da je učinjen propust razlog za poništenje arbitražne odluke.

3) *Povreda zakonskih ili ugovornih odredbi o postupku pred arbitražom, naročito o postupku odlučivanja*: Stranke same određuju pravila procedure po kojima će arbitraža postupati tokom rešavanja spora, ali je njihova volja ograničena zabranom ugovaranja pravila suprotnih imperativnim odredbama zakona zemlje u kojoj arbitraža zaseda. Ako stranke propuste da u arbitražnom sporazumu odrede merodavno procesno pravo, to će umesto njih učiniti arbitri u skladu sa ovlašćenjima koja im u tom pogledu daje zakon, odn. pravilnik stalne arbitraže. U svakom slučaju, arbitri i ostali učesnici u postupku su dužni da poštuju određene, propisane i univerzalno priznate, standarde ponašanja koji obezbeđuju bolju zaštitu interesa stranaka i pružaju garancije za donošenje objektivnije odluke.²

4) *Prekoračenje ovlašćenja arbitara u pogledu predmeta spora*: Za razliku od napred navedenih razloga, koji su svi procesno-pravne prirode, ovde je reč o okolnosti za poništenje arbitražne odluke koja je materijalno-pravne prirode. Prekoračenje ovlašćenja arbitara u pogledu predmeta spora može biti kvalitativno, ako su arbitri sudili o zahtevu koji stranka nije stavila, ili kvantitativno, kada arbitri dosude i preko postavljenog zahteva. U praksi se najčešće događa da arbitraža presudi o zahtevu koji ne proizlazi iz odnosa koji je osnova arbitražnog sporazuma.

5) *Primena drugog nacionalnog prava a ne onog koje je ugovorom određeno*: Arbitri su dužni da spor rasprave primenom prava koje su stranke odredile u arbitražnom sporazumu, a ako one to nisu učinile, onda u skladu sa pravilnikom stalne arbitraže, ili sa zakonom. U principu, stranke su slobodne da izaberu bilo koje nacionalno pravo ili *lex mercatoria* kao merodavno za odlučivanje o meritumu i jedino ograničenje koje se u tom pogledu postavlja je ograničenje javnog poretka države u kojoj arbitraža zaseda. Kada arbitri odluče o meritumu primenom nekog drugog prava, ili *ex aequo et bono* a nemaju izričito ovlašćenje stranaka za takvo postupanje,

² Arbitražni postupak mora biti vođen u skladu sa odredbama merodavnog procesnog prava i uz obavezno poštovanje opštih principa parničnog postupka: Posebno se obraća pažnja na poštovanje principa kontradiktornosti i principa ravnopravnog tretmana stranaka u postupku, kao i na činjenicu da li su stranke uredno obavestavane o raspravi i svim drugim relevantnim činjenicama u toku trajanja postupka. Pored toga, arbitražna odluka mora biti doneta na način predviđen arbitražnim sporazumom ili merodavnim procesnim pravom, naročito u pogledu načina odlučivanja arbitara (prostom ili kvalifikovanom većinom ili jednoglasno), obrazloženja arbitražne odluke kao sastavnog dela odluke, potpisivanja originala, izvornika ili kopije arbitražne odluke itd

nezadovoljna stranka može ove okolnosti isticati kao razlog za poništenje arbitražne odluke.

6) *Odlučivanje ex aequo et bono suprotno ugovoru*: Ovo je pravilo od kojeg gotovo da nema izuzetaka u uporednom pravu.³ Svaka arbitražna odluka koja je doneta po pravičnosti a da stranke to nisu izričito ugovorile, može biti pobijana zahtevom za poništenje pred državnim sudom.

7) *Povređa prava stranke na učestvovanje u postupku i raspravljanje pred arbitražom*: Arbitraža je obavezna da svakoj stranci pruži mogućnost da u postupku preduzima sve procesne radnje kojima izražava svoje zahteve, predloge, iznosi činjenice i izjašnjava se o relevantnim pitanjima, predlozima ili zahtevima koje je iznela suprotna stranka. Ako nezakonitim postupanjem, a naročito propuštanjem dostavljanja, jednoj stranci ne bude pružena mogućnost da raspravlja pred arbitražom, onda je to povređa koja može dovesti do ništavosti arbitražne odluke ako se stranka na nju pozove i dokaže njeno postojanje.

8) *Nepoštovanje pravila o zakonskom zastupanju parnično nesposobne stranke*: Učesnici arbitražnog postupka su pre svega stranke i arbitraža, s tim što se umesto parnično nesposobne stranke, a sa dejstvom prema njoj, u postupku često pojavljuje njen zakonski zastupnik.⁴ Merodavno procesno pravo imperativnim odredbama određuje u kojim slučajevima je neophodno obezbediti zastupanje stranke u postupku, te svako nepoštovanje primene tih odredbi uzrokuje ništavost arbitražne odluke.

9) *Meritum odluke je protivan javnom poretku*: I ovo je jedan od razloga za poništenje arbitražne odluke koji je materijalnopravne, a ne procesne prirode. Zbog nedovoljne određenosti tog pojma, o kome se retko izjašnjava tekst zakona, u praksi su moguće teškoće u njegovoj primeni, ali i zloupotrebe.⁵ Međutim, i pored toga, ovaj razlog za poništenje arbitražne odluke je nužan pošto on omogućava sudu da interveniše sankcijom poni-

³ U Japanu je, na primer, do donošenja Zakona o arbitraži 2003. godine, arbitrima bilo dato diskreciono pravo da odluče da li će spor rešiti *ex aequo et bono*, nezavisno od toga da li su ih stranke ovlastile svojim arbitražnim sporazumom da tako postupe.

⁴ Merodavno pravo po kome se utvrđuje da li je stranka zastupana na odgovarajući način je najčešće *lex nationalis* ili *lex fori*.

⁵ Tipična zloupotreba ovog razloga se čini odlukama kojima se poništava arbitražna odluka zbog njene nesaglasnosti sa stranim javnim poretkom. Smatramo da sud treba da posebno usko tumači normu koja predviđa poništenje arbitražne odluke zbog povređe javnog poretka, što na prvom mestu podrazumeva da on treba da ima u vidu samo domaći javni poredak (pored zemlje u kojoj se nalazi sud pred kojim se pitanje postavlja), a ne i da procenjuje da li je povređen javni poredak zemlje čije je materijalno pravo eventualno primenjeno u arbitražnom postupku.

štenja arbitražane odluke kada su ugrožene osnovne vrednosti društva. To je posebno značajno za međunarodne trgovinske arbitraže kod kojih, zbog prisustva stranog elementa, dolazi do primene različitih nacionalnih propisa, čije norme nekada mogu biti u suprotnosti sa javnim poretkom države u kojoj je arbitražna odluka doneta ili se treba izvršiti.

10) *Okolnosti na kojima se može zasnovati predlog za ponavljanje postupka*: Ovde je reč o okolnostima koje su relevantnim procesnim zakonom predviđene kao razlozi zbog kojih se može zatražiti ponavljanje sudskog postupka okončanog pravosnažnom presudom. Te okolnosti mogu biti kako procesnopravne, tako i materijalnopravne prirode. U uporednom pravu se ovaj osnov predviđa u manjem broju nacionalnih propisa, najčešće onih koja u ovom pogledu nisu sledila primer UNCITRAL Model zakona o arbitraži.

Zakonske norme koje uređuju razloge za poništenje arbitražnih odluka su imperativne prirode i ne mogu se menjati voljom stranaka. Od ovog pravila, međutim, u uporednom pravu postoji značajan izuzetak, karakterističan za švajcarsko pravo, po kome je moguće da stranke pod određenim uslovima svojom voljom ograniče ili isključe primenu zakona kada je o ovom pitanju reč. Takav sporazum je dopušten samo ako stranke nemaju domicil, redovno boravište niti sedište u Švajcarskoj.⁶ Odredba Saveznog zakona o međunarodnom privatnom pravu iz 1987. godine kojom je ovo pitanje uređeno glasi: "Ako dve strane nemaju ni domicil, ni redovno boravište, ni sedište u Švajcarskoj, one mogu, izričitom izjavom u sporazumu o arbitraži ili u nekom kasnijem pismenom sporazumu, da isključe svaki pravni lek protiv odluka arbitražnog suda; one takođe mogu da isključe pravni lek samo zbog jednog ili više razloga navedenih u članu 190, stav 2."⁷ (član 192. stav 1). Ovim sporazumom, međutim, stranke ne mogu predvideti da se arbitražna odluka može poništavati zbog nekog razloga koji nije obuhvaćen zakonom.

⁶ Po ugledu na švajcarsko pravo postupio je i zakonodavac u Belgiji i Švedskoj, tako da se identične odredbe nalaze u belgijskom Zakoniku o parničnom postupku (član 1717. paragraf 4) i švedskom *Judicial Code* iz 1999. godine (član 51).

⁷ Član 190. stav 2. Saveznog zakona o međunarodnom privatnom pravu predviđa da konačna arbitražna odluka može biti napadnuta samo: "a) ako je arbitar pojedinac neregularno bio određen ili arbitražni sud neregularno sastavljen; b) kad se arbitražni sud pogrešno proglasio nadležnim ili nenadležnim; v) kad je arbitražni sud odlučio izvan zahteva koji su mu podneti ili kad je propustio da se izjasni o nekom od zahteva; g) kad nije bila poštovana jednakost stranaka ili njihovo pravo da se izjasne u kontradiktornom postupku; d) kad je odluka nespojiva sa javnim poretkom".

III. COMMON LAW PRAVNI SISTEMI

Za pravne sisteme *common law* je uobičajeno da propisuju nešto širi krug razloga za poništenje arbitražnih odluka nego što je slučaj sa zemljama kontinentalnog prava. Karakteristično u tom pogledu je englesko pravo i prava koja su doneta pod njegovim uticajem.

Zemlje *common law* daju i veću slobodu sudovima u postupku poništenja arbitražnih odluka nego države kontinentalnih pravnih sistema, dopuštajući im da, pod određenim uslovima, preispituju i meritum osporavane arbitražne odluke.

1. Englesko pravo

U Engleskoj je poništenje arbitražnih odluka uređeno Zakonom o arbitraži (*Arbitration Act*) iz 1996. godine. Relevantne odredbe sistematizovane su u okviru odeljka "Ovlašćenja suda u odnosu na arbitražnu odluku" (paragrafi 66. do 71), kojim se uređuju tri moguće situacije kada je o preispitivanju arbitražne odluke reč: prinudno izvršenje arbitražne odluke, poništenje arbitražne odluke i žalba zbog pogrešne primene materijalnog prava.

Poništenje arbitražne odluke je moguća posledica uspešno podnetog pravnog sredstva protiv konačne arbitražne odluke, koje stranka može uložiti:

1. kada smatra da je arbitraža bila materijalno nenadležna (§67),
2. kada smatra da je u arbitražnom postupku bilo ozbiljnih nepravilnosti koje se odnose na arbitražu, postupak ili samu arbitražnu odluku (§68), i
3. kada žalbom redovnom sudu traži od tog suda da utvrdi da je arbitraža pogrešno primenila materijalno pravo (§69).

Odredbe paragrafa 67. i 68 su imperativnog karaktera i ne mogu se menjati voljom ugovornih strana, dok su odredbe paragrafa 69. dispozitivne i dopušteno je isključenje njihove primene sporazumom stranaka.

1. *Prigovor koji se odnosi na nenadležnost arbitraže*(§67): Nezadovoljna stranka može od suda da zatraži da preispita odluku arbitraže kojom je ona odlučila o svojoj materijalnoj nadležnosti, kao i da podnese zahtev kojim traži da sud oglasi da je arbitražna odluka bez dejstva, u celini ili delimično, zbog toga što ju je donela nenadležna arbitraža. Za vreme dok traje sudski postupak po prvom zahtevu (preispitivanje odluke arbitraže o sopstvenoj nadležnosti), arbitraža može da nastavi sa arbitražnim postupkom pa čak i da donese arbitražnu odluku. Ta arbitražna odluka može se naknadno pobijati pred sudom.

Prethodni uslov koji je neophodno zadovoljiti da bi se dopustilo donošenje zahteva po osnovu ovog paragrafa je da je stranka iskoristila sva raspoloživa sredstva žalbe ili revizije u arbitražnom postupku, odnosno da je zatražila ispravku ili dopunu arbitražne odluke u skladu sa §57 Zakona.⁸

2. *Prigovor postojanja ozbiljnih nepravilnosti koje se odnose na arbitražu, postupak ili samu arbitražnu odluku (§68)*. Termin “ozbiljna nepravilnost” je zamenio ranije korišćeni termin “*misconduct*”, kojim je označavano loše vođenje arbitražnog postupka.⁹ Zakon predviđa da se pod ozbiljnom nepravilnošću podrazumevaju sledeće situacije:

- a) propuštanje arbitraže da postupi u skladu sa §33;¹⁰
- b) prekoračenje ovlašćenja arbitraže (u svakom smislu osim u smislu §67);
- c) propuštanje arbitraže da vodi postupak u skladu sa pravilima o kojima su se stranke sporazumele;
- d) propuštanje arbitraže da reši sva pitanja koja su joj poverena;
- e) ako bilo koja arbitražna ili druga institucija ili lice kojem su stranke poverile ovlašćenja u odnosu na postupak ili arbitražnu odluku prekorače svoja ovlašćenja;

⁸ Paragraf 57. Zakona o arbitraži iz 1996. godine uređuje ispravljanje arbitražne odluke i donošenje dopunske odluke za slučaj da stranke o tome ništa drugo ne predvide. U skladu sa navedenim arbitraža može na sopstvenu inicijativu ili na zahtev jedne od stranaka “(a) ispraviti arbitražnu odluku da bi se otklonile greške u pravopisu ili greške koje proističu iz slučajnog propusta ili omaške ili razjasniti arbitražnu odluku ili otkloniti svaku eventualnu dvosmislenost iz arbitražne odluke; (b) doneti dopunsku arbitražnu odluku u odnosu na bilo koji tužbeni zahtev (uključujući i zahtev za kamatu ili troškove) koji je podnet arbitraži, ali nije rešen u arbitražnoj odluci.”

⁹ U skladu sa odredbama paragrafa 23. Zakona o arbitraži iz 1950.godine, sud je mogao poništiti arbitražnu odluku ako je arbitar kriv za “*misconduct*” u najširem smislu, dakle za ponašanje ili vođenje postupka na način koji nije u skladu sa engleskim standardima i onim što se očekuje i zahteva od čestitog i odgovornog arbitra. Pored toga, do poništenja arbitražne odluke je moglo doći i kada arbitar nije kriv za lične propuste shvaćene u ovom smislu, ali postoji ozbiljno nepravilno vođenje postupka, koje je sprečilo da postupak bude pravni u smislu kako to zahteva englesko pravo. Petrović, M., *Englesko pravo o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži* u zborniku *Međunarodna trgovinska arbitraža, strana prava i zakoni*, Službeni glasnik, Beograd, 1996, str. 26.

¹⁰ Paragrafom 33. Zakona o arbitraži je predviđena opšta obaveza arbitraže da postupa pravično i nepristrasno prema strankama, dajući svakoj stranci razumno mogućnost da učestvuje u postupku. Naglašena je i dužnost arbitraže da primenjuje pravila postupka koja odgovaraju okolnostima konkretnog slučaja, izbegavajući nepotrebna odlaganja i troškove.

- f) nesigurnost ili dvosmislenost u pogledu dejstva arbitražne odluke;
- g) arbitražna odluka je doneta na osnovu prevare, ili je ona sama ili način na koji je doneta u suprotnosti sa javnim poretkom;
- h) propuštanje da se postupi u skladu sa uslovima koji se odnose na formu arbitražne odluke; ili i) svaka nepravilnost u vođenju postupka ili u arbitražnoj odluci koju prizna arbitraža ili bilo koja arbitražna ili druga institucija ili lice kojem su stranke poverile ovlašćenja u odnosu na postupak ili arbitražnu odluku.

Kada rešava o zahtevu stranke sud utvrđuje ne samo postojanje okolnosti na koje se ona poziva, već i da li su te okolnosti uticale, odnosno da li bi mogle uticati na interese podnosioca zahteva. U zavisnosti od toga sud odlučuje da li će arbitraži vratiti arbitražnu odluku radi ponovnog odlučivanja (u celini ili delimično), odluku poništiti u celini ili delimično, ili će proglasiti da ona u celini ili delimično ne proizvodi dejstvo.¹¹

I u ovom slučaju je stranka dužna da pre obraćanja sudu iskoristi sva raspoloživa sredstva žalbe ili revizije u arbitražnom postupku, odnosno da zatraži ispravku ili dopunu arbitražne odluke u smislu §57. Ona, međutim, može i bez toga podneti prigovor s pozivom na §68, ali pod uslovom da pred sudom dokaže da u vreme dok je učestvovala u arbitražnom postupku nije znala i nije uz razumnu pažnju mogla saznati za postojanje razloga na koje se u prigovoru poziva.

3. *Žalba zbog pogrešne primene materijalnog prava (paragraf 69)*. Odredbe kojima se uređuje pitanje osporavanja arbitražne odluke žalbom zbog pogrešne primene materijalnog prava predstavljaju specifičnost engleskog prava. Njima je dato pravo *High Court*-u da odlučuje o pravnim pitanjima koja se pojave u toku trajanja arbitražnog postupka, tzv. *special case*.¹² Ovo

¹¹ Paragraf 68(3) Zakona o arbitraži.

¹² Institut *special case procedure* je specifičnost engleskog prava, kojim je sudovima bilo dato pravo da sprovede nadzor nad odlukama kojima arbitraža rešava neko pravno pitanje. Ovaj institut je uveden Zakonom o arbitraži iz 1950. godine i omogućio je da *High Court*, umesto arbitara, odlučuje o pravnim pitanjima u formi *special case*. Zahtev da sud odluči o pravnom pitanju mogao je da se uputi za vreme trajanja arbitražnog postupka, u kom slučaju bi sud delovao u postupku poznatom pod nazivom *consultative case*, ili po donošenju arbitražne odluke, u tzv. *alternate award* postupku. Zahtev pred sudom su mogli podneti sami arbitri, kada ne bi bili sigurni oko rešenja nekog pravnog pitanja, ili stranke. Uslov za delovanje suda je bio da postavljeno pitanje zadovoljava određene kvalitete; ono bi moralo biti pravo, suštinsko i značajno za pravilno rešenje spora. Arbitražna odluka nije mogla biti konačna u pravnom smislu reči, odnosno nije mogla biti prinudno izvršena sve dok sud ne bi doneo odluku o pravnom pitanju na osnovu odgovarajućeg zahteva. O ovome videti detaljnije kod M. Petrović, op. cit, str. 17-18.

pravo suda je aktuelnim zakonom značajno ublaženo pošto je uređeno dispozitivnim normama i stranke se mogu dogovoriti da ovu odredbu isključe od primene. Kada one to ne učine svojim sporazumom, nezadovoljna stranka može da nadležnom sudu podnese žalbu zbog rešenja nekog pravnog pitanja koje se postavilo tokom trajanja arbitražnog postupka. Ovakva žalba se može podneti samo uz saglasnost svih stranaka u postupku, ili uz dozvolu suda (§69 stav 2).

Sud će dopustiti podnošenje žalbe samo kada utvrdi:

- da će rešavanje tog pravnog pitanja bitno uticati na prava jedne ili više stranaka;
- da je arbitraža bila zamoljena da reši to pitanje;
- da je na osnovu utvrđenih činjenica u arbitražnoj odluci odluka arbitraže o tom pitanju očigledno pogrešna ili je reč o pitanju od opšteg društvenog interesa a odluka arbitraže se može bar ozbiljno staviti u pitanje; i
- da je u datim okolnostima, uprkos sporazuma stranaka da se pitanje reši putem arbitraže, opravdano i celishodno da sud reši to pitanje.

U zahtevu za davanje dozvole za podnošenje žalbe stranka mora da navede pravno pitanje koje sud treba da reši, kao i razloge zbog kojih smatra da sud treba da dopusti žalbu. Sud, po pravilu, razmatra zahtev stranke da dopusti žalbu van rasprave, osim ako ne oceni da je ona u konkretnom slučaju potrebna. Kada sud odbije da dâ dozvolu za podnošenje žalbe, stranka se može žaliti na takvu odluku samo uz dozvolu suda.

Postupajući po ovoj žalbi sud može poništiti arbitražnu odluku u celini ili delimično,¹³ što će biti redovan slučaj ako utvrdi da bi bilo necelishodno da sporno pitanje vrati arbitraži na ponovno razmatranje.

2. Američko pravo

U američkom pravu se pitanjem poništenja odluka međunarodnih trgovinskih arbitraža bavi Savezni Zakon o arbitraži (*Federal Arbitration Act*). Ovaj zakon, usvojen 1925. godine, i danas je na snazi s tim što je u

¹³ Stav (7) paragrafa 69. Zakona o arbitraži iz 1979. godine glasi: "Po žalbi podnetoj na osnovu ovog člana, sud može svojim rešenjem a) potvrditi arbitražnu odluku, b) izmeniti arbitražnu odluku, c) vratiti arbitražnu odluku arbitraži u celini ili delimično na ponovno razmatranje s obzirom na odluku suda, ili d) poništiti odluku u celini ili delimično. Sud će koristiti svoje ovlašćenje da u celini ili delimično poništi arbitražnu odluku samo ako utvrdi da bi bilo necelishodno vratiti sporno pitanje arbitraži na ponovno razmatranje".

međuvremenu nekoliko puta menjan i dopunjavan.¹⁴ Pored saveznog zakona, države članice Federacije donose i svoje, nacionalne propise o arbitraži, kojima uređuju gotovo sva pitanja iz oblasti arbitražnog rešavanja sporova.¹⁵ One, međutim, ne mogu uređivati i postupke sudske kontrole odluka koje donose međunarodne trgovinske arbitraže, s obzirom da se ti postupci jedino i isključivo regulišu saveznim propisom.

Odredbe Saveznog zakona o arbitraži (u daljem tekstu: Zakon) koje se odnose na poništenje arbitražnih odluka su, kao i zakon u celini, prilično oskudne zbog čega su sudovi prinuđeni da pravne praznine popunjavaju primenom drugih izvora prava, najčešće sudske prakse koja ima precedentni karakter u američkom pravu.

Poništenje odluka koje donose međunarodne trgovinske arbitraže je uređeno Prvim Poglavljem Zakona, koji tom pitanju posvećuje jedan član (§10). Njime je predviđeno da svaka stranka koja je učestvovala u arbitražnom postupku ima pravo da pokrene postupak poništenja arbitražne odluke u sledećim slučajevima:

- a) Ako je donošenje arbitražne odluke obezbeđeno putem mita, prevare ili drugih nedozvoljenih sredstava;
- b) Ako su arbitri ili neki od njih bili očigledno pristrasni ili podmićeni;
- c) Ako su arbitri krivi zbog toga što su odbili da odlože raspravu mada je stranka dokazala da za to postoje opravdani razlozi, ili zbog toga što su odbili da izvedu važne dokaze bitne za rešavanje spora; ili zbog toga što su nekim drugim pogrešnim postupcima povredili prava bilo koje od stranaka;
- d) Ako su arbitri prekoračili svoja ovlašćenja, ili su tako nekvalitetno vršili svoja ovlašćenja da nisu došli do zajedničke, konačne i definitivne arbitražne odluke o predmetu spora koji im je poveren na rešavanje

¹⁴ Zakon je kodifikovan 30. jula 1947. godine, a menjan je i dopunjavan 1954, 1970, 1988. i 1990. godine.

¹⁵ Nacionalnim propisima o arbitraži se, po pravilu, uređuju postupci pred unutrašnjim arbitražama. Ti zakoni su, najčešće, doneti pod neposrednim uticajem Jednoobraznog zakona o arbitraži, koji je usvojila Nacionalna konferencija za donošenje jednoobraznih zakona 1955. godine. Međutim, u poslednjih nekoliko godina zabeležen je trend donošenja nacionalnih propisa koji uređuju međunarodne trgovinske arbitraže, i pored toga što su one regulisane Saveznim zakonom o arbitraži. Ovakve zakone već poseduju Kalifornija, Kolorado, Florida, Teksas, Merilend, Havaji, Džordžija, Severna Karolina, Ohaio, Oregon i Konektikat.

U uporednom pravu nije uobičajeno da se arbitražna odluka osporava zbog pristrasnosti ili upotrebe nedozvoljenih sredstava od strane arbitara (prva dva razloga), pošto se takvo postupanje redovno sankcioniše njihovim izuzećem. Međutim, američki savezni zakon ne poznaje institut izuzeća arbitara, zbog čega je kroz ustanovu poništenja arbitražne odluke omogućeno osporavanje arbitražne odluke u tim slučajevima.

Kada je arbitražna odluka doneta na teritoriji SAD u postupku u kome je makar jedna stranka strano lice, tada je moguće zatražiti poništaj odluke iz bilo kog razloga zbog kojeg se na osnovu Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju arbitražnih odluka može odbiti priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke. U ovim slučajevima arbitražne odluke mogu se osporavati i iz razloga pobrojanih u članu 10. Zakona, pod uslovom da to nije u suprotnosti sa Konvencijom.¹⁶

Zanimljivo je i da Zakon ne predviđa da se arbitražna odluka može poništiti zbog nenadležnosti arbitraže usled nepostojanja arbitražnog sporazuma. Ovo stoga što u američkom praksi nije uobičajeno da se takav prigovor iznosi u postupku poništenja arbitražne odluke već mnogo ranije, u sudskom postupku koji se vodi povodom tužbe kojom se traži da se stranke upute na arbitražu, odnosno da se naredi sprovođenje arbitraže.¹⁷

Odlučujući o zahtevu za poništenje sud može arbitražnu odluku samo da poništi, bez mogućnosti da raspravi i meritum spora među strankama. Izuzetno, on može radi "ostvarivanja smisla arbitražne odluke i postizanja pravičnog rešenja za stranke" doneti odluku o izmeni ili ispravci arbitražne odluke (stav 2. §11 Zakona), pa čak i da meritorno raspravi spor kada je razlog poništenja nepostojanje arbitražnog sporazuma ili nearbitrabilnost predmeta spora.

IV. KONTINENTALNI PRAVNI SISTEMI

U kontinentalnim pravnim sistemima sudovi, po pravilu, imaju samo dve opcije kada odlučuju o zahtevu za poništenje arbitražne odluke: da usvoje zahtev i ponište odluku kada nađu da za to postoje razlozi, ili da zahtev odbiju kao neosnovan. Retko se predviđa mogućnost da arbitražna

¹⁶ §208 Saveznog zakona o arbitraži.

¹⁷ Holtzmann, Howard M., *National Report - United States*, str. 137, navedeno prema Stanivuković, M., *Međunarodna trgovačka arbitraža u pravu Sjedinjenih Američkih Država* u zborniku *Međunarodna trgovinska arbitraža - strana prava i zakoni*, Službeni glasnik, Beograd, 1996, str. 134.

odluka bude vraćena arbitraži na doradu pošto se smatra da je donošenjem arbitražne odluke arbitražni postupak okončan i da je arbitar postao *functus officio*, odnosno bez ovlašćenja da i dalje sudi.

1. Francusko pravo

Odredbe kojima se u francuskom pravu uređuju arbitraže sastavni su deo Novog Zakonika o građanskom postupku (čl. 1442-1507).¹⁸ Zakonik posebno uređuje međunarodnu a posebno unutrašnju trgovinsku arbitražu i predviđa različite postupke za poništenje njihovih odluka. Članom 1492. Zakonika određeno je da je međunarodna svaka arbitraža “koja ima za predmet interese međunarodne trgovine”¹⁹ i pred francuskim sudom se mogu poništavati samo odluke koje donesu arbitraže sa sedištem u Francuskoj. Nije nužno da arbitražna odluka prethodno dobije priznanje ili egzekvaturu, iako je taj postupak predviđen zakonom.

Razlozi zbog kojih se može zatražiti poništenje odluke koju je donela međunarodna trgovinska arbitraža su isti oni koji su članom 1502. Zakonika predviđeni kao osnov za odbijanje njenog priznanja i izvršenja.²⁰ To su:

¹⁸ Odredbe Zakonika koje se odnose na arbitražu poslednji put su revidirane 1980. i 1981. godine.

¹⁹ Zakonodavac se opredelio za široko, ekonomsko poimanje pojma “međunarodna trgovina”, pod kojom podrazumeva svaku međunarodnu ekonomsku aktivnost. “Na ovaj način napušteni su pravni kriterijumi za određivanje međunarodnog karaktera arbitraže, kao što su: državljanstvo (nacionalnost) stranaka; državljanstvo arbitara; domicil, odnosno sedište stranaka i arbitara; mesto arbitraže; pravo nadležno za arbitražu i arbitražni postupak, itd. Opređeljujući se za ovaj ekonomski kriterijum, novo francusko pravo ne govori o trgovinskom karakteru arbitraže, što bi upućivalo na pojam “trgovinski” shvaćen u smislu unutrašnjeg francuskog prava (trgovinski akt ili trgovac), već govori o arbitraži koja rešava spor vezan za međunarodnu trgovinu. Rešavajući ovakav spor arbitraža dobija atribut “trgovinske”, ali ne više određen prema unutrašnjem francuskom pravu, nego prema opštim standardima međunarodne trgovine, koji obuhvataju ne samo poslove razmene i proizvodnje, već i građenje, investicije i sve druge vrste usluga, koje interesuju najmanje dve zemlje. Sve ono što je kod nas obuhvaćeno pojmom privredni posao, privredni odnos i, konačno, privredno pravo”. Mitrović, D., *Međunarodna trgovinska arbitraža u francuskom pravu*, u zborniku *Međunarodna trgovinska arbitraža, strana prava i zakoni*, Službeni glasnik, Beograd, 1996, str. 34.

²⁰ Primena člana 1502. na poništenje arbitražnih odluka je predviđena stavom 1. člana 1504. Zakonika, po kome “Arbitražna odluka doneta u Francuskoj u materiji međunarodne arbitraže, može biti predmet tužbe za poništaj u slučajevima predviđenim u članu 1502.”

1. Ako je arbitar odlučivao bez sporazuma o arbitraži ili na osnovu sporazuma koji je ništav ili je istekao;
2. Ako je arbitražni sud bio neregularno konstituisan ili arbitar pojedinac neregularno određen;
3. Ako je arbitar odlučivao ne pridržavajući se misije koja mu je bila poverena;
4. Ako nije bio poštovan princip kontradiktornosti;
5. Ako su priznanje ili izvršenje suprotni međunarodnom javnom porretku.

Zahtev za poništenje ne može se podneti ako stranka nije prethodno, za vreme trajanja arbitražnog postupka istakla odgovarajući prigovor i zatražila od arbitražnog veća da o njemu odluči. Sud će, međutim, dopustiti podnošenje i takvog zahteva pod uslovom da podnosilac dokaže da ranije nije bio svestan postojanja razloga na koje se u tužbi poziva. Navedeni uslov stoji u odnosu na sve razloge za poništenje arbitražnih odluka, osim kada se ona pobija zbog toga što je suprotna međunarodnom javnom porretku.

Da bi sud doneo odluku kojom poništava arbitražnu odluku nije neophodno da podnosilac tužbe dokaže i da je usled nedostatka na koji se u tužbi poziva pretrpeo kakvu štetu.

Ako se razlog poništenja odnosi samo na jedan deo arbitražne odluke, koji se može izdvojiti, sud će poništiti samo taj deo odluke dok će ona u svemu ostalom biti punovažna.

2. Švajcarsko pravo

Međunarodnu trgovinsku arbitražu i poništenje arbitražnih odluka u švajcarskom pravu regulišu Konkordat od 27. marta 1969. godine²¹ i Savezni zakon o međunarodnom privatnom pravu (Glava 12) od 18. decembra 1987. godine.²² Odredbe Konkordata primenjuju se supsidijerno u od-

²¹ Reč je o Interkantonalnoj arbitražnoj konvenciji (*Intercantonal Arbitration Convention*), koja je popularno nazvana Konkordat.

²² Pored ovih, izvori arbitražnog prava u Švajcarskoj su: a) arbitražni ugovor, b) pravila institucionalne arbitraže (ako je takva arbitraža ugovorena), v) međunarodne konvencije, g) arbitražni precedenti (pod uslovom da su odluke objavljene u literaturi), d) sudski precedenti i đ) pravna doktrina. U hijerarhiji izvora arbitražnog prava nacionalni propisi o arbitraži dolaze na treće mesto, iza arbitražnog ugovora i pravila institucionalnih arbitraža. Navedeno prema Ignjačević, R., *Švajcarsko pravo o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, u zborniku *Međunarodna trgovinska arbitraža, strana prava i zakoni*, Službeni glasnik, Beograd, 1996, str. 139.

nosu na odredbe Zakona iz 1987. godine i to pod uslovom da stranke primenu Zakona izričito isključe svojim arbitražnim sporazumom.²³

Međunarodnom se smatra svaka arbitraža kod koje bar jedna od stranaka u trenutku zaključenja arbitražnog sporazuma nije imala domicil niti uobičajeno boravište u Švajcarskoj.²⁴ Kada je međunarodna arbitraža zasjedala i donela odluku na teritoriji Švajcarske, postupak poništenja podleže švajcarskom pravu, odnosno pravilima određenim Saveznim zakonom o međunarodnom privatnom pravu.

Razlozi zbog kojih se može zatražiti poništenje arbitražne odluke su uglavnom procesnopravne prirode, i to su (član 190. stav 2.):

- a) Ako je arbitar pojedinac neregularno bio određen ili arbitražni sud neregularno sastavljen;
- b) Kad se arbitražni sud pogrešno proglasio nadležnim ili nenadležnim;
- c) Kad je arbitražni sud odlučio izvan zahteva koji su mu podneti ili kad je propustio da se izjasni o nekom od zahteva;
- d) Kad nije bila poštovana jednakost stranaka ili njihovo pravo da se izjasne u kontradiktornom postupku;
- e) Kad je odluka nespojiva sa javnim poretkom.

Kada se arbitražna odluka osporava zbog neregularnog izbora arbitra pojedinca ili zbog neodgovarajućeg sastava arbitražnog veća, tužba za poništenje je dopuštena samo pod uslovom da je stranka taj nedostatak istakla još u toku trajanja postupka pred arbitražom. Ako je, pak, arbitraža donela posebnu, delimičnu odluku kojom se oglasila nadležnom u konkretnom sporu, ta posebna odluka se može pobijati tužbom za poništaj u roku od 30 dana od dana njenog dostavljanja stranci, ali ne i nakon donošenja odluke o meritumu. Delimične arbitražne odluke, shodno izričitom zakonskom uređenju (član 190. stav 3. Zakona) mogu se poništavati samo zbog nepropisnog sastava arbitražnog veća ili zbog nenadležnosti arbitraže.

Nepoštovanje principa jednakosti stranaka u postupku pred arbitražom je povreda imperativnog pravila i kao takva se sankcioniše poništenjem arbitražne odluke u svakom slučaju kada se utvrdi njeno postojanje, bez obzira na činjenicu da li je stranka usled toga pretrpela kakvu štetu. U sudskoj praksi se ovaj osnov koristi i za poništavanje arbitražne odluke ko-

²³ Ovakvo rešenje posledica je negativnih iskustava u primeni KONkordata u periodu od 1969. do 1989. godine. Ignjačević, R., op. cit, str. 141.

²⁴ Član 176. stav 1. Saveznog švajcarskog zakona o međunarodnom privatnom pravu od 18.12.1987. godine.

joj nedostaje obrazloženje, nerazumljive odluke i ako nije omogućeno svim arbitrima da uzmu učešća u većanju u postupku donošenja odluka.²⁵

Odredbe o poništenju arbitražnih odluka su imperativne prirode, ali ih pod određenim uslovima stranke mogu svojom voljom isključiti od primene.²⁶ Kada one iskoriste to pravo a odluku treba prinudno izvršiti u Švajcarskoj, postupak izvršenja se sprovodi uz primenu odredbi Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka.²⁷ S obzirom da razlozi za poništenje arbitražnih odluka u švajcarskom pravu odgovaraju razlozima za odbijanje priznanja i izvršenja tih odluka predviđenim Njujorškom konvencijom o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine, stranka može pobijati arbitražnu odluku u postupku njenog prinudnog izvršenja. Na taj način se realizuje zaštita prava nezadovoljne stranke u slučajevima kada je arbitražnim sporazumom dogovoreno da se neće sprovoditi postupak poništenja arbitražne odluke.

3. Srpsko pravo

U domaćem pravu arbitraže i institut poništenja arbitražnih odluka uređuju se Zakonom o arbitraži iz 2006. godine,²⁸ uz supsidijernu primenu Zakona o parničnom postupku.²⁹ Zakon o arbitraži uređuje arbitražno rešavanje sporova pred unutrašnjim i međunarodnim arbitražama koje zasjedaju u Srbiji.³⁰ Isti postupak je predviđen za obe arbitraže, s tim što postupak pred međunarodnim trgovinskim arbitražama ima određenih specifičnosti, koje su posledica njihovog međunarodnog karaktera.³¹

U skladu sa užim konceptom poništenja arbitražnih odluka koji je prihvaćen u domaćem pravu nezadovoljna stranka može od suda da zatraži samo da tu odluku poništi, bez mogućnosti da zahtevom za poništenje posta-

²⁵ Ignjačević, R., op. cit, str. 155.

²⁶ O ovome je već bilo reči na strani 6. u radu.

²⁷ Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine

²⁸ Zakon o arbitraži, "Sl. Glasnik RS", br. 46/2006

²⁹ Zakon o parničnom postupku, "Sl. glasnik RS", br. 125/2004

³⁰ Članovi 1. i 2. Zakona o arbitraži.

³¹ Iako Zakon predviđa isti postupak za sve arbitraže koje zasjedaju u Srbiji, samo stranke pred međunarodnom arbitražom mogu da predvide da se arbitražni postupak sprovede po odredbama nekog drugog, stranog zakona. Jasno je da je autonomija volje stranaka u ovom pogledu ograničena samo na dispozitivne odredbe zakona pošto se imperativne odredbe uvek moraju poštovati kada je mesto arbitraže u Srbiji (član 2. Zakona).

vlja, alternativno ili samostalno, i neke druge zahteve (na primer da se odluka vrati arbitražnom veću na ponovno suđenje ili dopunu, da sud meritorno presudi spor koji je tom odlukom bio rešen i dr). Ovo pravilo je, međutim, ublaženo članom 60. Zakona, koji predviđa da stranka može, u toku trajanja postupka poništenja, od suda da zatraži da zastane sa tim postupkom i da predmet vrati arbitraži “da bi omogućio arbitražnom sudu da preduzme radnje koje oceni kao potrebne da bi se otklonili razlozi za poništaj”.

Poništenje arbitražnih odluka prema odredbama Zakona o arbitraži može se sprovesti samo u odnosu na domaće arbitražne odluke, bez obzira da li su donete u unutrašnjoj ili međunarodnoj arbitraži.³²

Razlozi zbog kojih se može zatražiti poništenje arbitražne odluke su taksativno navedeni u Zakonu i stranke nemaju pravo da ih svojom voljom menjaju. Kada sud utvrdi postojanje nekog od razloga predviđenog zakonom, on će poništiti arbitražnu odluku bez obzira na to da li je on i u kojoj meri uticao na odlučivanje arbitara.

Razlozi za poništenje arbitražnih odluka su pobrojani u članu 58. Zakona o arbitraži i podeljeni su u dve grupe, prema tome da li se njihovo postojanje utvrđuje na zahtev stranke, ili sud o njima vodi računa po službenoj dužnosti. U prvoj grupi su sledeći razlozi:

1. nepostojanje ili nepunovažnost arbitražnog sporazuma;
2. uskraćivanje prava stranki da učestvuje u postupku;
3. prekoračenje ovlašćenja arbitara;
4. povreda pravila o sastavu arbitraže; i
5. zasnivanje odluke na lažnom iskazu svedoka ili veštaka ili na ispravi koja je falsifikovana, ili je do odluke došlo usled krivičnog dela arbitra ili stranke, što je dokazano pravosnažnom presudom.

U grupi razloga za poništenje na čije postojanje sud pazi po službenoj dužnosti su:

1. arbitrabilnost predmeta spora, i
2. suprotnost odluke javnom poretku Srbije.

Razlozi za poništenje arbitražnih odluka, kao i njihova podela preuzeti su iz Model zakona o arbitraži. Domaći propis se od Model zakona razlikuje samo utoliko što predviđa jedan razlog više zbog kojeg se može zatražiti poništenje arbitražne odluke i to kada se odluka zasniva na lažnom iskazu svedoka ili veštaka ili na falsifikovanoj ispravi, ili je doneta usled krivičnog dela arbitra ili stranke. Reč je o razlogu proce-

³² Članom 2. Zakona je predviđen teritorijalni kriterijum podele arbitražnih odluka na domaće i strane kao jedini, sa sedištem arbitraže kao tačkom vezivanja.

snopravne prirode kod koga zainteresovana stranka može, na osnovu pravosnažne presude kojom je utvrđena neka od navedenih činjenica, pokrenuti postupak poništenja arbitražne odluke pred nadležnim sudom.

O arbitrabilnosti predmeta spora sud vodi računa po službenoj dužnosti i unošenje ove odredbe u zakon predstavlja novinu u našem arbitražnom pravu. To ne znači da sud i ranije nije o tome vodio računa, ali njegovo eksplicitno navođenje stvari čini samo jasnijim. U slučaju pozivanja na ovaj razlog za poništenje arbitražne odluke ispituje se da li su prekršene odredbe člana 5. Zakona o arbitraži, po kome se arbitražna može ugovoriti samo za rešavanje imovinskog spora o pravima kojima stranke slobodno raspolažu. Pozivanjem na isti osnov poništavaju se i arbitražne odluke donete u sporovima za koje je predviđena isključiva sudska nadležnost.

V. MEĐUNARODNI IZVORI PRAVA

1. UNCITRAL Model zakon o arbitraži iz 1985. godine

UNCITRAL Model zakon o arbitraži je akt Komisije UN-a za međunarodno trgovinsko pravo,³³ koji je preporučen kao primer, inspiracija ili model za izradu nacionalnih propisa o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži. Iako nije formalni izvor prava sa neposrednom primenom, Model zakon je u upotrebi širom sveta pošto su njegova rešenja ugrađena u brojne nacionalne propise o arbitraži.³⁴

Razlozi na kojima se može zasnovati zahtev za poništenje arbitražne odluke taksativno su navedeni u članu 34. Model zakona i to su:

³³ UNCITRAL Model zakon o arbitraži je usvojila Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo 21. juna 1985. godine, sa izmenama i dopunama od 7. jula 2006. godine. Osnovni ciljevi koje promovise Model zakon su: jačanje autonomije volje stranaka, minimalni broj imperativnih odredbi i poboljšanje mogućnosti izvršenja arbitražnih odluka u inostranstvu

³⁴ Države koje su svoje zakonske propise o arbitraži zasnovale na UNCITRAL Model zakonu su: Australija, Bahrein, Belorusija, Bermudska ostrva, Bugarska, Egipat, Grčka, Gvatemala, Hrvatska, Indija, Iran, Irska, Japan, Kanada, Kenija, Kipar, Republika Koreja; Litvanija, Mađarska, Madagaskar; Makao, Malta, Meksiko, Nemačka, Novi Zeland, Nigerija, Oman, Peru, Ruska Federacija, Singapur, Šri Lanka, Tunis, Ukrajina, Zimbabve, unutar SAD: Kalifornija, Konektikat, Oregon i Teksas, i unutar Velike Britanije: Škotska.

1. da je jedna od stranaka koja je zaključila arbitražni sporazum bila nesposobna ili da pomenuti sporazum nije punovažan po zakonu kojem su ga stranke podvrgle ili, ako nema naznačenja o tome, po *ovom* zakonu;
2. da stranka nije bila uredno obavještena o imenovanju arbitra ili o arbitražnom postupku ili da iz nekog drugog razloga nije mogla da iznese svoje stavove; ili
3. da se arbitražna odluka odnosi na spor koji nije predviđen arbitražnim sporazumom ili nije obuhvaćen arbitražnom klauzulom, ili sadrži odluke kojima se prekoračuju granice arbitražnog sporazuma ili arbitražne klauzule (s tim da se, u slučaju kada se odluke o pitanjima koja su podvrgnuta arbitraži mogu razdvojiti od odluka o pitanjima koja joj nisu podvrgnuta, može poništiti samo onaj deo arbitražne odluke koji se odnosi na pitanja koja nisu podvrgnuta arbitraži); ili
4. da sastav arbitražnog suda ili arbitražni postupak nisu bili u skladu sa sporazumom strana, osim ako taj sporazum nije bio u suprotnosti sa nekom odredbom *ovog* zakona od koje stranke ne mogu odstupiti, ili ako nema takvog sporazuma, da sastav arbitražnog suda ili arbitražni postupak nisu bili u skladu sa *ovim* zakonom; ili
5. da po *ovom* zakonu predmet spora nije podoban za rešavanje putem arbitraže; ili
6. da je arbitražna odluka u suprotnosti sa javnim poretkom.

Postojanje nekog od razloga navedenih pod br. 1-4 sud utvrđuje samo po prigovoru zainteresovane strane, dok o poslednja dva vodi računa po službenoj dužnosti.

Prema sadržini pomenuti razlozi odgovaraju razlozima zbog kojih se može odbiti priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke po odredbama Njujorške konvencije.³⁵ Između ova dva izvora prava, međutim, pored toga što imaju različito polje primene (Njujorška konvencija se primenjuje samo na strane arbitražne odluke a Model zakon na sve odluke koje je donela međunarodna trgovinska arbitraža), postoje i dve značajne, praktične razlike: *“Prvo, razlozi koji se tiču javnog poretka, uključujući i nedostatak arbitrabilnosti, mogu se materijalno razlikovati u zavisnosti od konkretne države (tj. države u kojoj se traži poništaj ili države u kojoj se traži izvršenje). Drugo, i mnogo važnije, razlozi za odbijanje priznanja i izvršenja važe i imaju dejstvo samo u državi (odnosno državama) u kojima stranka koja je pobedila u sporu zatraži priznanje i izvršenje, dok razlozi za poništaj imaju dru-*

³⁵ Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine.

*gačije posledice: poništaj arbitražne odluke u mestu donošenja sprečava izvršenje te arbitražne odluke u svim drugim državama na osnovu člana V stav 1. tačka e. Njujorške konvencije od 1958. godine i člana 36. stav 1. tačka a. br. v Model zakona*³⁶

2. Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1961. godine

Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži je međunarodni ugovor regionalnog značaja, koji je donet pod okriljem Evropske komisije UN-a za Evropu. Pristupile su joj gotovo sve evropske države,³⁷ ali i nekoliko vanevropskih.³⁸ Ona obrađuje značajan broj pitanja postupka pred međunarodnom trgovinskom arbitražom, a odredbe o poništenju arbitražnih odluka detaljno su razrađene u članu IX.

Kada je o tome reč, uspostavljena su dva pravila: prvo, po kome odluka o poništenju arbitražne odluke proizvodi pravno dejstvo samo pod uslovom da se zasniva na nekom od razloga predviđenim samom konvencijom, i drugo po kome odluka o poništenju arbitražne odluke u jednoj državi ugovornici predstavlja osnov za odbijanje njenog priznanja i izvršenja u nekoj drugoj državi ugovornici kada je poništenje izvršeno u državi u kojoj je, ili po čijem je zakonu odluka doneta.

U vezi sa prvim pravilom predviđeni su sledeći ralozi za poništenje arbitražne odluke:

1. kada su stranke u arbitražnom sporazumu, po zakonu koji se na njih primenjuje, pod izvesnom nesposobnošću ili pomenuti sporazum nije u važnosti po zakonu kome su ga strane podvrgle ili u nedostatku ma kakvog pozivanja na to, po zakonu zemlje u kojoj je odluka doneta;

³⁶ Navedeno prema Obrazloženju Model zakona o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži koju je pripremio Sekretarijat UNCITRAL-a i koji je objavljen kao dokument pod brojem A/CN.9/264 u *UNCITRAL Yearbook, vol. XVI - 1985*, United Nations publications, Sales No. E.87.V.4; Član V stav 1. tačka e. Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka i član 36 stav 1. tačka a. v. Model zakona imaju identično pravilo koje predviđa odbijanje priznanja i izvršenja, odnosno poništenja arbitražne odluke kada ona "još nije postala obavezna za stranke ili ju je poništio ili odložio njeno dejstvo sud zemlje u kojoj je ta arbitražna odluka doneta ili zemlje na osnovu čijeg zakona je doneta".

³⁷ Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, "Službeni list FNRJ"-Dodatak br. 12/1963.

³⁸ Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži je na snazi i na Kubi i Burkini Faso.

2. kada stranka koja traži poništenje arbitražne odluke nije bila uredno obavještena o imenovanju arbitra ili o arbitražnom postupku ili je na drugi način bila u nemogućnosti da izloži svoj stav;
3. kada se odluka odnosi na spor koji nije predviđen ili ne spada u okvire koji su predviđeni za arbitražu, ili sadrži odluke o stvarima izvan okvira koji su predviđeni za arbitražu, pod uslovom da ako odluke o stvarima predviđenim za arbitražu mogu biti izdvojene od onih koje nisu tako predviđene, onaj deo odluke koji sadrži odluke o stvarima predviđenim za arbitražu ne treba da bude poništen;
4. ako sastav arbitražnog veća ili arbitražni postupak nisu bili u skladu sa arbitražnim sporazumom, ili ako takvog sporazuma nema, u skladu sa članom IV ove Konvencije.³⁹

Uočava se da je broj razloga za poništenje arbitražne odluke manji nego kod, na primer, Model zakona o arbitraži. Ono što najviše čudi je izostavljanje arbitrabilnosti predmeta spora i povrede javnog poretka kao osnova za poništenje. U literaturi se ovaj propust ne tumači kao namera da se onemogući poništenje arbitražne odluke u slučajevima kada se utvrde pomenute činjenice.⁴⁰ Na istom stanovištu je i sudska praksa pošto sudovi takve situacije tretiraju kao pravne praznine i problem prevazilaze tumačenjem putem analogije i pozivanjem na opšta načela procesnog prava.⁴¹

Ono što, međutim, izaziva zabrinutost komentatora kada je o primeni Evropske konvencije reč je to što ona ne određuje na kome leži teret dokazivanja postojanja razloga za poništenje arbitražne odluke, niti je naznačeno da li o njima sud vodi računa po službenoj dužnosti ili samo po prigovoru stranke.⁴²

U vezi sa drugim pravilom, po kome arbitražna odluka poništena od strane organa koji je nadležan prema odredbama Konvencije neće biti priznata i prinudno izvršena u drugoj zemlji članici, Konvencija predviđa da

³⁹ Član IV Evropske konvencije o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži na detaljan način uređuje postupak organizovanja arbitraže. Zbog njegovog obima nismo u mogućnosti da ga ovde citiramo, te upućujemo na "Službeni list FNRJ" - Dodatak br. 12/1963, u kome je Konvencija objavljena na srpskom jeziku.

⁴⁰ Triva, na primer, smatra da je razlog za poništenje arbitražnih odluka koji se odnosi na vrđanje javnog poretka pokriven širim pojmom invalidnosti sporazuma o arbitraži. Goldštajn - Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987. godine, str. 358, navedeno prema Knežević, G., *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1999, str. 152.

⁴¹ Goldštajn - Triva, op. cit, str. 359, navedeno prema Trajković, M., *Međunarodno arbitražno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Udruženje pravnika Jugoslavije, Beograd, 2000, str. 561.

⁴² O ovome videti više kod Knežević, G., op. cit, str. 152 i Trajković, M., op. cit, str. 560.

kada su dve države istovremeno članice i Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, “ograničava se primena člana V pod (1) (e) Njujorške konvencije jedino na slučajeve poništenja iz razloga navedenih u stavu 1 člana IX” (stav 2. člana IX).⁴³ Na ovaj način se Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži dopunjuje sa Njujorškom konvencijom o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka i one “bez obzira na vremensku distancu koja ih deli, čine jednu normativnu celinu, zasnovanu na istim načelima ili na sličnim pravnim rešenjima u vezi sa sudbinom odluke u njenoj post-arbitražnoj fazi.”⁴⁴

ZAKLJUČAK

Pregled izvora prava instituta poništenja arbitražnih odluka pokazuje da se ovo pitanje prevashodno uređuje nacionalnim propisima. S obzirom da je reč o postupku kontrole koji sprovodi sud nad radom arbitraže, norme koje ga regulišu pretežno su imperativnog karaktera. Kada od toga ima odstupanja tada govorimo o izuzecima kao što je, na primer, švajcarsko pravo u kome je dopušten dogovor stranaka o isključenju mogućnosti osporavanja arbitražne odluke u postupku poništenja. Delovanje suda uređeno na takav način, pod uslovom da ga stranke nisu ograničile ili isključile, u izvesnoj meri dovodi u pitanje osnovni smisao instituta poništenja arbitražnih odluka s obzirom da tako sud više dobija ulogu organa koji pruža pomoć arbitraži, nego organa koji je kontroliše i stara se o primeni obavezujućih propisa.

Države *common law* pravnih sistema poništenjem arbitražnih odluka sankcionišu veći broj nepravilnosti u arbitražnom postupku nego što je slučaj u državama kontinentalnog prava. Tako, na primer, englesko pravo ovlašćuje sud da poništi arbitražnu odluku kada odlučuje u tri različita postupka, dok američko pravo zbog neregulisanja pitanja izuzeća arbitara proširuje krug razloga za poništenje arbitražnih odluka i na one koji su u vezi sa eventualnom pristrasnošću arbitara ili sa upotrebom nedopuštenih sredstava u postupku odlučivanja.

⁴³ To praktično znači da će u zemljama potpisnicama obe konvencije biti odbijen zahtev za priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke koju je “... poništila ili obustavila nadležna vlast u zemlji u kojoj ili na osnovu čijeg je zakona doneta odluka” (član V (1)(e) Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka) samo kada je odluka poništena iz nekog od razloga koje predviđa Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži.

⁴⁴ Trajković, M., op. cit, str. 559.

U kontinentalnim pravnim sistemima razlozi za poništenje arbitražnih odluka su prilično ujednačeni, čemu je doprineo uticaj Model zakona o arbitraži i Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka. Oba međunarodna akta predviđaju, u suštini, iste osnove za sudsku intervenciju u postupku preispitivanja arbitražne odluke i ugrađivanjem njihovih rešenja u nacionalne propise značajno se doprinosi njihovoj harmonizaciji u odnosu na ovo pitanje.

Upoređivanje propisa koji uređuju institut poništenja arbitražnih odluka pokazuje da među njima nema nepomirljivih razlika kada je o razlozima za poništenje reč. Princip da arbitraža treba da bude samostalna i nezavisna u svom radu se štiti, između ostalog, dopuštanjem osporavanja arbitražne odluke zbog proceduralnih propusta, dok se propusti u utvrđivanju činjeničnog stanja u postupku pred arbitražom ili u primeni materijalnog prava od strane arbitara retko sreću kao razlozi za poništenje. Imajući u vidu da su neslaganja u uporednom pravu najveća baš u pogledu uređenja instituta poništenja arbitražnih odluka, ujednačenost u regulisanju razloga za njihovo poništenje predstavlja značajan korak ka približavanju idealu jednakog tretmana međunarodnih arbitražnih odluka, bez obzira na njihovo poreklo.

Katarina Jovičić, LL.M.
Institute of Comparative Law, Belgrade

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: THE GROUNDS FOR ANNULMENT OF ARBITRAL AWARDS

International commercial arbitrations raise considerable interest and the number of disputes resolved before them grows by the day. Parties recognise the possibility of influencing the manner in which a dispute will be resolved as an advantage offered only by these institutions.

Although autonomous and independent in their work, arbitrations are still subject to control by courts, carried out through the enforcement and annulment procedures in respect of arbitral awards. This paper particularly analyses the grounds for annulment of arbitral awards, starting with a

systematic examination of the most common ones in comparative law. This is followed by an outline of solutions in a number of characteristic national sources of law, both in common law and continental law countries. One of the continental law systems presented is that of Serbia. Special attention is given to the grounds for annulment found in two international sources of law. Finally, the conclusion expresses the positions taken upon comparing the mentioned sources of law.

Key words: *international commercial arbitration; arbitral awards; annulment;*

Dr Aleksandra Čavoški
Pravni fakultet UNION,

Mr Ana Knežević-Bojović
Institut za uporedno pravo, Beograd

PRETHODNO PITANJE PRED EVROPSKIM SUDOM PRAVDE

Jedan od najvažnijih postupaka pred Evropskim sudom pravde, a od nedavno i pred Prvostepenim sudom jeste postupak donošenja prethodne odluke. U ovom postupku nacionalni sudovi imaju značajnu ulogu u primeni i izvršenju komunitarnog prava. Štaviše, oni imaju ključnu ulogu u razvoju i doslednoj primeni prava EU. U ovom poduhvatu oni stvaraju partnerski odnos sa Evropskim sudom pravde. Konačno, u ovom postupku nacionalni sudovi garantuju odgovarajuća pravna sredstva u slučaju povrede komunitarnog prava. Imajući na umu značaj samog postupka, autori su odlučili da predstavljaju najvažnije odluke postupka, njegov istorijski razvoj, sudsku praksu Evropskog suda pravde kojim je izgrađen odnos sa nacionalnim sudovima, tok postupka pred Evropskim sudom pravde i Prvostepenim sudom kao i podelu nadležnosti između njih.

Ključne reči komunitarno pravo; prethodno pitanje; Evropski sud pravde; nacionalni sudovi

1. Postupak donošenja preliminarne odluke¹

Po shvatanju mnogih pravnika koji se bave komunitarnim pravom², postoji opšte slaganje da je postupak donošenja preliminarne odluke predviđen članom 234 Ugovora o Evropskoj zajednici bio od suštinskog znača-

¹ Autori podjednako koriste više naziva za ovaj postupak i to donošenje odluke o prethodnom pitanju, postupak radi preliminarne odluke, odnosno donošenje preliminarne, prethodne odluke ili prejudicijalne odluke, budući da ne postoji jedinstven prevod.

² Videti više u Aleksandra ČAVOŠKI, 'Article 234 – The Legal Rule that Built Europe', Institut za uporedno pravo, 156 EU (XI), Beograd, 2005.

ja za upostavljanje i razvoj komunitarnog pravnog sistema. Štaviše, sam postupak je doprineo sveopštoj prihvatljivosti autoriteta komunitarnog prava i Suda pravde kao garanta poštovanja istog. Značaj postupka donošenja preliminarne odluke se ogleda i u jednobraznoj primeni komunitarnog prava u svim državama članicama.

Vremenom je putem upućivanja zahteva nacionalnih sudova Sudu pravde izgrađen odnos između ovih sudova koji odiše „timskim radom” na pojašnjavanju komunitarnih propisa i njihove primene. Ono što nije sasvim poznato stručnoj javnosti, a što je možda i osnovni značaj ovog postupka, jeste činjenica da su postupanjem Suda pravde po zahtevima nacionalnih sudova stvarana osnovna načela na kojima počiva komunitarno pravo, kao što su načelo direktnog dejstva, suprematije komunitarnog prava nad nacionalnim, odgovornost države za štetu i mnoga druga. Ukratko, kao što su to rekli *Jacque i Weiler*, član 234 je postupak kojim komunitarno pravo postaje deo pravne kulture država članica, istinski deo nacionalnog prava i glavni put kojim pojedinci mogu iskoristiti prava (i obaveze) koja su im data komunitarnim pravom. Ovaj član je instrument za integraciju *par excellence*.³

2. Pravni osnov

Glavna odredba Ugovora o Evropskoj zajednici kojom je propisan ovaj postupak jeste član 234 (bivši 177) Ugovora o Evropskoj zajednici. Sud pravde može da donese odluku o prethodnom pitanju koje se tiče tumačenja Ugovora, tumačenja i valjanosti akata koje su doneli organi Zajednice i ECB i tumačenja statuta tela osnovanih aktom Saveta, ukoliko je to predviđeno tim statutima. Pod pravnom valjanošću se podrazumeva i zakonitost akata Zajednice i ECB.

Niži sudovi imaju diskreciono pravo da odluče da li će, ako smatraju da je odluka Suda neophodna za donošenje njihove odluke, uputiti Sudu zahtev, dok je za sudove protiv čijih odluka nema pravnog leka, upućivanje zahteva Sudu pravde obavezno.

*Član 234 (bivši 177) Ugovora o Evropskoj zajednici
Sud pravde je nadležan da donosi odluke o prethodnim pitanjima u
vezi sa*

³ J.P. JACQUE, J.H.H. WEILER, 'On the Road to European Union – A New Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference', *Common Market Law Review*, 27, (1990), pp. 185-207.

1. tumačenjem ovog Ugovora;
2. valjanosti i tumačenja akata koje su doneli organi Zajednice i ECB i
3. tumačenje statuta tela koja su osnovana aktom Saveta, ako to ovi statuti predviđaju

Kad se takvo pitanje postavi pred nekim sudom države članice, taj sud može, ako smatra da je odluka o tome potrebna za donošenje njegove presude, da zatraži od Suda pravde da odluči o tom pitanju.

Kada se takvo pitanje postavi u predmetu pred nacionalnim sudom čije odluke ne podležu pravnom leku unutrašnjeg prava, ovaj sud je obavezan da zatraži prethodno mišljenje Suda pravde.

Primena člana 234 Ugovora o Evropskoj zajednici predviđena je i članom 68 istoimenog Ugovora. Član 234 se primenjuje na Naslov IV „Viza, azil, imigracija i ostale politike koje se odnose na slobodno kretanje lica”, kada se pitanje tumačenja ovog naslova ili valjanosti ili tumačenja akata organa Zajednice, zasnovanih na ovom naslovu, pokrene u postupku pred nacionalnim sudom koji onda podnosi zahtev Sudu pravde, ukoliko smatra da je odluka o tom pitanju neophodna da bi doneo svoju presudu.

Konačno, članom 35 Ugovora o Evropskoj uniji predviđena je nadležnost Suda pravde za davanje prethodnih mišljenja o valjanosti i tumačenju okvirnih odluka i odluka, o tumačenju konvencija na osnovu naslova „Odredbe o policijskoj i pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima”, kao i o valjanosti i tumačenju propisa kojima se primenjuju te konvencije, samo ako država članica, u trenutku potpisivanja Ugovora iz Amsterdama ili bilo kada nakon potpisivanja, jednostranom izjavom volje prihvati nadležnost Suda pravde za davanje prethodnih mišljenja.

3. Razvoj postupka i dejstva postupka

Da bi se ova saradnja učinila delotvornijom i samim tim Sud pravde bio u mogućnosti da na bolji način ispuni očekivanja nacionalnih sudova, pružajući odgovore na prethodna pitanja koja su od pomoći nacionalnim sudovima, Sud pravde je dodatno morao da kroz svoju sudsku praksu definiše i ujedno ograniči broj zahteva za donošenje preliminarne odluke. Delimično je tome bio razlog sve veći broj zahteva koji su upućivani Sudu pravde, ali i potreba da Sud pravde spreči zloupotrebljavanje ovog postupka.

3.1. Nadležnost za donošenje preliminarne odluke – doktrina precedenta

Članom 234 predviđene su dve različite situacije kada nacionalni sudovi upućuju zahteve za dobijanje prethodnog mišljenja. Prva je ona kada sud ima diskreciono pravo da odluči da li je presuda Suda pravde neophodna za donošenje odluke u predmetu koji se vodi pred nacionalnim sudom. Druga je ona koja se odnosi na sudove protiv čijih odluka nema pravnih lekova i koji su obavezni da upute pitanje Sudu pravde. Međutim, postojale su situacije kada ovi sudovi nisu bili obavezni da upute zahtev Sudu, i to najčešće onda kada je Sud o postavljenom pitanju već doneo presudu. Na ovaj način je stvorena pravilo precedenta sudskih presuda. Posebno je važno u vezi sa ovim pomenuti dva slučaja - *Da Costa*⁴ i *CILFIT*⁵.

U predmetu *Da Costa* postavljeno pitanje je bilo identično pitanju koje je Sudu pravde postavio holandski upravni sud *Tariefcommissie* i o kojem je Sud pravde već odlučio u predmetu *Van Gend en Loos*⁶, samo su stranke u postupku bile različite. *Da Costa*, izvoznik hemijskih proizvoda se pozvao na član 12 (sada član 25 Ugovora o EZ) tvrdeći da su određeni holandski porezi na uvoz u suprotnosti sa komunitarnim pravom. Sud je u presudi prvo napravio razliku između stavova 2 i 3 člana 234 Ugovora o EZ: “Treba napraviti razliku između obaveze nametnute nacionalnim sudovima i tribunalima poslednjeg stepena trećim stavom člana 177 i ovlašćenja predviđenog stavom 2 člana 177 za sve nacionalne sudove i tribunale da upute Sudu pravde pitanje o tumačenju Ugovora”.⁷ Sud je iznova istakao obavezu da sudovi protiv čijih odluka nema pravnog leka moraju da upute pitanja koja se postavljaju pred tim sudovima a tiču se tumačenja, osim kada je Sud pravde već doneo odluku “o sadržinski identičnom pitanju”. Autoritet tumačenja prema članu 177 koje je Sud već dao može oduzeti svrhu ovoj obavezi i stoga je lišiti njene suštine. To je naročito slučaj kada je postavljeno pitanje „materijalno istovetno sa pitanjem koje je već bilo predmet davanja prethodnog mišljenja u sličnom predmetu”.⁸

⁴ Cases 28-30/62, *Da Costa en Scabaake NV, Jacob Meijer NV and Hoechst-Holland NV v. Nederlandse Belastingadministratie* [1963] ECR 31, [1963] CMLR 224;

⁵ Case 283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health* [1982] ECR 3415, [1983] CMLR 472;

⁶ Case 26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963) ECR 1, (1963) CMLR 105.

⁷ Cases 28-30/62, *Da Costa en Scabaake NV, Jacob Meijer NV and Hoechst-Holland NV v. Nederlandse Belastingadministratie* [1963] ECR 31, [1963] CMLR 224;

⁸ Op.cit;

Ovakvo rezovanje Suda je u potpunosti bilo u skladu sa ciljem obezbeđenja jedinstvenog tumačenja i primene komunitarnog prava u šest država članica. Međutim, ovo s druge strane ne znači da je nacionalni sud lišen mogućnosti da ponovo uputi isto pitanje, što sledi iz člana 21 Statuta Evropskog suda pravde⁹ kojim se predviđa da se postavljanjem zahteva od strane nacionalnog suda automatski pokreće postupak davanja prethodnog mišljenja.¹⁰ Nakon ponovljanja presude donete u predmetu *Van Gend en Loos* Sud pravde je u presudi u predmetu *Da Costa* odlučio da nema mesta za davanje novog tumačenja člana 12 Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici.

U svom odvojenom mišljenju opšti pravozastupnik *Lagrange* je pojašnio ovakvo rezovanje Suda pravde. Istakao je da je postavljeno pitanje identično pitanju postavljenom u predmetu *Van Gend en Loos*. Mišljenja Komisije i vlada odnosnih država članica u oba predmeta bila su ista. Štaviše, ništa se u međuvremenu, odnosno u vremenskom periodu između postavljanja pitanja u oba predmeta, nije promenilo što bi uticalo na davanje drugačijeg tumačenja istog pitanja. Zato, po mišljenju *Lagrange*-a, nije bilo potrebe da Sud pravde da novo mišljenje o istom pitanju. Na kraju svog odvojenog mišljenja *Lagrange* je zaključio da davanje prethodnog mišljenja nije potrebno “ukoliko presuda Suda nema nikakvog uticaja na ishod premeta ili ako je značenje komunitarnog prava do te mere jasno da ne ostavlja prostor za sumnju, čak i u odsustvu prethodne presude po istom pitanju”.¹¹

⁹ Protocol on the Statute of the Court of Justice annexed to the Treaty on European Union, to the Treaty establishing the European Community and to the Treaty establishing the European Atomic Energy Community, in accordance with Article 7 of the Treaty of Nice, amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, signed at Nice on 26 February 2001 (OJ C 80 of 10 March 2001), as amended by Council Decision of 15 July 2003 (OJ L 188 of 26 July 2003, p. 1), by Article 13(2) of the Act concerning the conditions of accession of 16 April 2003 (OJ L 236 of 23 September 2003, p. 37), Council Decisions of 19 and 26 April 2004 (OJ L 132 of 29 April 2004, pp 1 and 5, and OJ L 194 of 2 June 2004, p. 3 (corrigendum)), Council Decision of 2 November 2004 establishing the European Union Civil Service Tribunal (OJ L 333 of 9 November 2004, p. 7 and OJ L 103 of 20 April 2007, p. 54), by Council Decision of 3 October 2005 (OJ L 266 of 11 October 2005, p. 60), by Article 11 of the Act concerning the conditions of accession of 25 April 2005 (OJ L 157 of 21 June 2005, p. 203) and by Council Decision of 20 December 2007 (OJ L 24 of 29 January 2008, p. 42)

¹⁰ Op. cit;

¹¹ Lagrange, M, ‘The Theory of the Acte Clair: A Bone of Contention or a Source of Unity’, *Common Market Law Review*, 313, (1971), pp. 317-318;

Presuda Suda pravde u predmetu *Da Costa* bila je od velikog značaja za razvoj doktrine precedenta i samog komunitarnog pravnog sistema. Evropski sud pravde je na ovaj način omogućio nacionalnim sudovima protiv čijih odluka nema pravnog leka da se pouzdaju u prethodne odluke Suda pravde u slučaju kada se postavlja isto pitanje. Sud je krenuo od pretpostavke da upućivanje zahteva nacionalnog suda automatski ne pokreće postupak davanje prethodnog mišljenja. Kao i svaki drugi sud ili tribunal države članice, sud poslednjeg stepena mora da proceni korisnost upućivanja zahteva Sudu pravde, odnosno “neophodnost ispitivanja relevantnosti” od strane suda od koga se zahteva da naloži *renvoi*.¹²

Drugi značajan slučaj je bio predmet *CILFIT* kojim je detaljnije razrađena doktrina precedenta. Ovaj predmet je takođe uticao na razjašnjenje dve doktrine - *acte eclairée* i *acte clair*. Prva doktrina se odnosi na situacije kada je postavljeno pitanje sadržinski isto sa pitanjem o kojem je Sud pravde već odlučivao, dok druga doktrina podrazumeva situacije kada je odredba komunitarnog prava toliko jasna i očigledna da nema mesta donošenju odluke Suda pravde.

U predmetu *CILFIT* Sud pravde je dodatno razjasnio treći stav člana 234 Ugovora o EZ i proširio dejstvo odluke donete u predmetu *Da Costa*. Ovom prilikom Sud je istakao da iz odnosa između drugog i trećeg stava člana 177 sledi da sudovi ili tribunali, pomenuti u trećem stavu, imaju isto diskreciono pravo, kao i bilo koji drugi nacionalni sud ili tribunal da očne da li je odluka o nekom pitanju komunitarnog prava neophodna za donošenje presude. Shodno tome, ti sudovi ili tribunali nisu dužni da upute Sudu pravde pitanje o tumačenju komunitarnog prava koje je pred njima postavljeno ako to pitanje nije značajno, to jest, ako odgovor na to pitanje, ma kakvo da je, ne može ni na koji način uticati na ishod predmeta. Ako, ipak, ti sudovi ili tribunali smatraju da je pribegavanje komunitarnom pravu neophodno kako bi mogli da donesu odluku u nekom predmetu, članom 177 im se nameće obaveza da Sudu pravde upute svako pitanje tumačenja koje se postavi.

Sud je u predmetu *CILFIT* utvrdio tri situacije kada je sud ili tribunal, protiv čijih odluka nema pravnog leka, oslobođen obaveze postavljanja pitanja Sudu pravde. Ti sudovi ili tribunali nisu dužni da upute Sudu pravde pitanje o tumačenju komunitarnog prava koje je pred njima postavljeno ako to pitanje nije značajno, to jest, ako odgovor na to pitanje, ma kakav da je, ne

¹² Lagrange, M, ‘The Theory of the Acte Clair: A Bone of Contention or a Source of Unity’, *Common Market Law Review*, 313, (1971), pp 317-318;

može ni na koji način uticati na ishod predmeta. Isto dejstvo, u pogledu ograničenja obaveze propisane trećim stavom člana 177 može nastati u situaciji kada su se prethodne odluke Suda već bavile datim pravnim pitanjem, nezavisno od prirode postupka koji je doveo do takve odluke, čak i ako data pitanja nisu sasvim istovetna. Ipak, nacionalni sud je i dalje slobodan da postavi pitanje, ukoliko smatra da je to neophodno. Konačno, „ispravna primena komunitarnog prava može biti tako očigledna da ne ostavlja mesta razumnoj sumnji u pogledu načina na koji treba rešiti postavljeno pitanje.”¹³

3.2. Doktrina *acte claire*

Doktrina *acte clair* je značajna u onim situacijama kada ispravna primena komunitarnog prava može biti tako očigledna da ne ostavlja mesta razumnoj sumnji u pogledu načina na koji treba rešiti postavljeno pitanje. U presudi u predmetu *CILFIT* Sud pravde je utvrdio da se ovo posebno tiče sudova ili tribunala protiv čijih odluka nema pravnog leka. “Postojanje takve mogućnosti mora se ceniti u svetlu posebnih karakteristika komunitarnog prava, naročitih poteškoća do kojih dovodi njegovo tumačenje i rizika od različitih sudskih odluka u okviru Zajednice”.¹⁴ Nacionalni sud ili tribunal ovde mora posebno da ima u vidu činjenicu da se komunitarno pravo piše na više jezika i da su verzije na različitim jezicima podjednako autentične. Tumačenje jedne odredbe komunitarnog prava stoga uključuje poređenje verzija na različitim jezicima. Takođe treba imati na umu činjenicu da se, čak i kada su verzije na različitim jezicima međusobno u potpunosti usklađene, komunitarno pravo koristi terminologijom koja je za nje ga karakteristična. Nadalje, treba istaći da pravni pojmovi nemaju nužno isto značenje u komunitarnom pravu i pravu različitih država članica.

3.3. Zloupotreba postupka

Iako je postupak davanja prethodnog mišljenja odisao u najvećem broju slučajeva timskim radom nacionalnih sudova i Evropskog suda pravde postojali su primeri očigledne zloupotrebe samog postupka. Pokušavajući da reši to pitanje Sud pravde je uspeo da potvrdi svoj autoritet, odnosno ulogu ustavnog suda Evropskih zajednica. Jedna od prvih predmeta u kojem je to postalo sasvim očigledno bio je predmet *Foglia*¹⁵.

¹³ Case 283/81, para 10;

¹⁴ Op.cit, para 21;

¹⁵ Case 104/79, *Pasquale Foglia v. Mariella Novello*, (1980) ECR 745, (1981) CMLR 45;

Mada je u presudi *Costa v ENEL* Sud pravde istakao spremnost da prihvati sve zahteve nacionalnih sudova, čak i ona pitanja koja nisu jasno formulisana, vremenom je zbog sve većeg priliva predmeta Sud pravde bio primoran da promeni svoj pristup. Prvi slučaj u kojem je Sud pravde odbio da da prethodno mišljenje bilo je slučaj *Foglia (No. 1)*¹⁶. U ovom konkretnom slučaju Sud je postupio na ovaj način kako bi sprečio zloupotrebu postupka davanja prethodnog mišljenja. Sud je utvrdio da na osnovu okolnosti slučaja pitanje koje je uputio *Pretore* (Prvostepeni sud) ne potpada pod okvir koji je predviđen članom 177 Ugovora o EZ i da prema tome ovaj Sud nema nadležnost da donese presudu o postavljenom pitanju. Sud je u presudi istakao da je “obaveza Suda pravde da pruži svim sudovima u Zajednici informacije o tumačenju komunitarnog prava koje su njima neophodne za rešavanje izvornih sporova pred ovim sudovima”.¹⁷ U ovom slučaju između strana u postupku nije bilo neslaganja oko ishoda koji treba postići, odnosno želele su da se presudom Suda pravde utvrdi da je francuski poreski sistem u suprotnosti sa komunitarnim pravom i zarad toga su uneli određenu klauzulu u ugovor koja je trebalo da posluži u ovu svrhu. Strane u postupku su čak podnele isto objašnjenje problema poreske diskriminacije koje izvire iz francuskog sistema oporezivanja likernih vina. U stvari, ovde nije ni postojao spor između strana u postupku. To je bio i razlog što je Sud odbacio pitanje nacionalnog suda jer bi donošenje odluka u predmetima gde se radi o veštački napravljenom problemu narušilo celokupni sistem pravnih lekova koji su dostupni pojedincima za zaštitu njihovih prava.

U slučaju *Foglia (No. 2)*¹⁸ italijanski sud je tražio dodatno pojašnjenje delokruga člana 234, kao i objašnjenje da li je prethodna odluka Suda u skladu sa načelom da nacionalni sudija odlučuje o neophodnosti upućivanja prethodnog pitanja Sudu pravde. Sud je u svojoj presudi po zahtevu za prethodno pitanje prihvatio da nacionalni sud ocenjuje potrebu upućivanja prethodnog pitanja Sudu pravde, ali je istakao potrebu da sam Sud pravde iznova razmotri ovu ocenu da bi “sprečio vođenja postupka po članu 177 u svrhe koje nisu u skladu sa ovim postupkom, kao i da bi potvrdio svoju nadležnost”.¹⁹ Sud pravde je u ovoj presudi podvukao da njegova uloga prema članu 177 Ugovora o EZ nije davanje savetodavnih mišljenja o op-

¹⁶ Case 104/79, *Pasquale Foglia v. Mariella Novello*, (1980) ECR 745, (1981) CMLR 45;

¹⁷ Op.cit, para 11;

¹⁸ Case 244/80, *Pasquale Foglia v. Mariella Novello* (No 2) (1981) ECR 3045, (1982) CMLR 585;

¹⁹ Op.cit, para 2;

štim i hipotetičkim pitanjima, već pružanje pomoći državama članicama u izricanju pravde.

Slučaj *Foglia* se pokazao vrlo značajnim u potvrđivanju autoriteta Suda pravde koji daje konačnu odluku o prihvatljivosti prethodnog pitanja nacionalnog suda ili tribunala. Svakako da bi postupanje Suda u ovakvim slučajevima bilo veliko gubljenje vremena i resursa, budući da nije postojao spor između strana u postupku. Istovremeno Sud je morao da se zaštiti od pokušaja zloupotrebe ovog postupka zarad interesa određenih pojedinaca. Konačno, presuđivanje u ovakvim predmetima bi svakako narušilo integritet i efikasnost samog Suda.

U narednim slučajevima Sud pravde je odbio da da prethodno mišljenje jer postavljena pitanja nisu bila od značaja za donošenje presude odnosno nacionalnog suda. U slučaju *Meilicke*²⁰ tužilac g. *Meilicke* je želeo da dobije presudu Suda kojom bi se potvrdila tačnost njegove teorije o bezgotovinskom plaćanju. Sud je ovom prilikom utvrdio da nije podesno da da odgovor na ovo pitanje, budući da se radi o hipotetičkom pitanju. U slučajevima *Dias*²¹ i *Monin (No. 2)*²² Sud je odbio da da prethodno mišljenje, budući da su postavljena pitanja bila irelevantna za donošenje odluke pred nacionalnim sudom. Međutim, ovde treba napomenuti da je Sud odstupio od svog stava da ne postupa u predmetima kada mu je upućeno hipotetičko pitanje s obzirom da se radilo o pitanjima koja su značajna za primenu određenih komunitarnih propisa. Dva značajna slučaja u kojim je ovako postupio su *Leclerc-Siplec*²³ and *Bosman*²⁴. Upravo ovde se vide veličina i značaj samog Suda, odnosno značaj samog postupka davanja prethodnog mišljenja. Sud u svakom konkretnom slučaju procenjuje značaj pitanja koje mu je upućeno na razvoj komunitarnog pravnog sistema.

U novijim presudama Sud pravde je čak odbio da da prethodno mišljenje kada nacionalni sud nije priložio uz pitanje odgovarajuća pravna i činjenična pitanja. U slučaju *Telemarsicabruzzo*²⁵ Sud je smatrao da nacio-

²⁰ Case C-83-91, *Wienand Meilicke v. ADV/ORG A. Meyer AG* [1992] ECR I-4871;

²¹ Case C-343/90, *Lourenco Dias v. Director da Alfandega do Porto* (1992) ECR I-4673;

²² Case C-428/93, *Monin Automobiles-Maison du Deux-Roues (No2)*, (1994) ECR I-1707;

²³ Case C-412/93, *Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v. TFI Publicité & M6 Publicité*, [1995] ECR I-179, [1995] 3 CMLR 422;

²⁴ Case C-415/93, *Union Royale Belge des Societes de Football Association v. Bosman*, (1995) ECR I-4921;

nalni sud ili tribunal nije dostavio odgovarajući činjenični i pravni osnov, što je onemogućilo Sud pravde da utvrdi koja je svrha postavljenog pitanja. Štaviše, Sud je dodao da usled nedostataka odgovarajućeg činjeničnog i pravnog osnova postoji rizik davanja prethodnog mišljenja koje nije odgovarajuće i koje bi možda moglo da dovede do nepravilne primene komunitarnog prava u državama članicama. U ovom predmetu veliko veće je odbilo da da prethodno mišljenje, što samo pokazuje snagu Suda pravde. Ista presuda je doneta u predmetima *Banchemo*²⁶, *Monin*²⁷ i *La Pyramide*²⁸ gde je Sud utvrdio da zbog nedostatka odgovarajućih podataka nije u stanju da da korisno tumačenje komunitarnog prava.

U slučajevima *Dzodzi*²⁹ i *Gmurzynska*³⁰ Evropski sud pravde je presudio da se zahtevi za donošenje prethodnog mišljenja mogu uputiti u okolnostima u kojima je odredba nacionalnog prava zasnovana na komunitarnom pravu ili na njega na neki način upućuje, čak i ukoliko bi posledica toga bila proširenje delokruga komunitarnog prava odredbama nacionalnog prava. Stručna javnost je oštro kritikovala ovakve presude Suda pravde, budući da se smatralo da je na ovaj način Sud prevazišao svoju nadležnost poverenu članom 234 Ugovora o EZ. Međutim, na ovaj način Sud je još jedanput potvrdio svoj autoritet i sprečio mogućnost nastajanja različitih tumačenja istih komunitarnih odredbi od strane nacionalnih sudova ili tribunala.

Sud je sva ova iskustva uvrstio u Uputstvo za upućivanje zahteva nacionalnih sudova³¹, koje pruža informacije za sve zainteresovane strane, a naročito nacionalne sudove. Ovo Uputstvo je samo informativnog karaktera i nema regulativno ili interpretativno dejstvo u odnosu na odredbe koje regulišu postupak davanja prethodnog mišljenja. Ono samo sadrži prak-

²⁵ Joined Cases C-320/90, C-321/90 and C-322/90, *Telemarsicabruzzo SpA and Others v. Circostel and Others* (1993) ECR I-393;

²⁶ Case C-157/92 *Pretore di Genova v. Giorgio Banchemo* (No 1), (1993) ECR I-1086;

²⁷ Case C-386/92, *Monin Automobiles-Maison du Deux-Roues* (No1), (1993) ECR I-2049;

²⁸ Case C-378/93, *La Pyramide SARL*, (1994) ECR I-3999;

²⁹ Joined Cases C-297/88 & C-197/89 *Masam Dzodzi v. Belgian State* (1990) ECR I-3763, (1992) CMLR 153;

³⁰ Case C-231/89 *Krystyna Gmurzynska-Bscher v. Oberfinanzdirektion Koln* (1990) ECR I-4003;

³¹ Guidance on References by National Courts for Preliminary Rulings, [1977] 1 CMLR 78;

tične informacije koje, u svetlu stečenog iskustva u primeni postupka davanja prethodnog mišljenja, mogu pomoći u sprečavanju teškoća sa kojima se Sud ponekad susreće.

3.4. Dejstvo prethodnih mišljenja - odlučivanje o pravnoj valjanosti

Iako Ugovorom o Evropskoj zajednici nije propisano kakva su dejstva prethodnih mišljenja Suda pravde, sveopšte je prihvaćeno da su ona obavezujuća za nacionalne sudove, posebno kada je presudom, odnosno mišljenjem Sud pravde odlučivao o pravnoj valjanosti nacionalnog pravnog akta. Neki autori, kao što je to *Pescatore*, smatraju da prethodna mišljenja imaju snagu *res judicata*.³² Međutim, ovo pitanje je, kao i mnoga druga, rešeno kroz sudsku praksu Suda pravde.

Kada Sud pravde donosi odluku kojom tumači odredbe Ugovora ili nekog sekundarnog propisa ne može se prihvatiti stanovište da ove presude imaju snagu *res judicata*. Međutim, ukoliko se radi o presudi koja predstavlja precedent može se slobodno reći da takva odluka ima apsolutno dejstvo i deluje prema svima - *erga omnes*. Ipak, kao što je to već rečeno ove odluke o tumačenju nemaju snagu *res judicata*, budući da nacionalni sud ima slobodu da ponovo postavi isto pitanje, odnosno pitanje o kojem je Sud pravde već odlučivao. Sa stanovišta pravne sigurnosti nesumnjivo je da presude koje imaju snagu precedenta nose ogromnu težinu.

Kada Sud pravde utvrdi u svojoj odluci da je komunitarni propis nezakonit može se prihvatiti stanovište da je presuda obavezujuća za sud koji je uputio pitanje i da takva odluka ima dejstvo *erga omnes*. Iako neki autori smatraju da te odluke nemaju ovakvo dejstvo, Sud pravde je u presudi *International Chemical Corporation v. Amministrazione delle Finanze dello Stato* utvrdio da presuda kojom se utvrđuje da je pravni akt organa Zajednice ništav ima snagu *res judicata*. Tačnije, "iako je presuda Suda, doneta u postupku po članu 234 Ugovora o EZ kojom se poništava akt organa Zajednice, posebno akti Saveta i Komisije, upućena neposredno nacionalnom Sudu koji je postavio pitanje Sudu pravde, takva presuda je dovoljan razlog za svaki drugi nacionalni sud da smatra odnosne akte organa ništavim u svrhu donošenja svoje presude".³³

³² *Pescatore, P, References for preliminary rulings under Article 177 of the EEC Treaty and Co-operation between the Court and National Courts*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1986;

³³ *Case 66/80, International Chemical Corporation v. Amministrazione delle Finanze dello Stato* (1981) ECR 1191, (1983) 2 CMLR 593, para 13;

Sud pravde je detaljnije razmatrao ovo pitanje u svojim kasnijim presudama. Tako se u slučaju *Foto–Frost*³⁴ Sud pravde pozabavio pitanjem da li nacionalni sudovi, nezavisno od toga da li je protiv njihove odluke dozvoljen pravni lek, i sami mogu oglasiti nevažećim takve akte koje su usvojili organi Zajednice. Sud pravde je ovom prilikom utvrdio da nacionalni sudovi nemaju ovu nadležnost da oglašavaju komunitarne propise nevažećim. Ti sudovi mogu razmatrati punovažnost komunitarnog akta, i, ako smatraju da su razlozi koje su im predstavile stranke, a koji podržavaju nepunovažnost, neosnovani, oni ih mogu odbaciti, zaključujući da je mera u potpunosti punovažna. Preduzimajući ove radnje oni ne dovode u pitanje postojanje komunitarne mere.³⁵

Sud pravde je u ovoj presudi istakao razloge koji opravdavaju isključivu nadležnost Suda po ovom pitanju. Na prvom mestu Sud pravde ima obavezu da spreči različita tumačenja nacionalnih sudova o pravnoj valjanosti komunitarnih propisa koja bi vremenom narušila jedinstven komunitarni pravni sistem. Istovremeno, isti zaključak nameće se razmatranjem neophodne koherentnosti sistema sudske zaštite ustanovljenog Ugovorom. U vezi sa time mora se primetiti da zahtevi za davanje prethodnog mišljenja, kao tužbe za poništaj, predstavljaju sredstvo za ispitivanje zakonitosti akata institucija Zajednice. U članovima 173 i 184, i u članu 177, sa druge strane, Ugovorom je ustanovljen celovit sistem pravnih lekova i postupaka sačinjenih tako da dozvole Sudu pravde da ispituje pravnu valjanost mera koje usvoje organi Zajednice. Sud pravde je istakao činjenicu da je ovaj Sud ujedno i organ koji je u najboljem položaju da odlučuje o punovažnosti komunitarnih akata. “Prema članu 20 Protokola o Statutu Suda pravde EEZ, institucije Zajednice čiji su akti osporeni imaju pravo da učestvuju u postupku kako bi odbranile punovažnost datog akta. Nadalje, u skladu sa drugim stavom člana 21 istog Protokola, Sud može tražiti od država članica i institucija koje ne učestvuju u postupku da pruže sve informacije koje smatra neophodnim za potrebe predmeta koji se pred njim vodi”.³⁶

Načelo pravne sigurnosti je ipak obavezalo Sud pravde da u određenim situacijama napravi izuzetak od ovog pravila. To je opet bio plod sudske prakse Suda pravde. U slučaju *Atlanta*³⁷ Sud je uvrđio da nacionalni

³⁴ Case 314/85, *Firma Foto-Forst v. Hauptzollamt Lubeck-Ost* (1987) ECR 4199, (1988) 3 CMLR 57;

³⁵ Op.cit, para 14;

³⁶ Op.cit, para 18;

³⁷ Case 465-93, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH v. Bundesamt fur Ernährung und Forstwirtschaft* [1995] ECR I-3761, [1996] 1 CMLR 575, para 40-50;

sud, koji sumnja u punovažnost komunitarne mere, može izreći privremenu meru u vidu obustave nacionalnog propisa kojim se primenjuje osporena komunitarna mera, dok Sud pravde ne donese odluku o zahtevu za davanje prethodnog mišljenja o pravnoj valjanosti komunitarne mere u pitanju samo ako su ispunjeni sledeći uslovi:

- ako nacionalni sud ozbiljno sumnja da je komunitarna mera punovažna, a to pitanje je već uputio Sudu pravde radi dobijanja prethodnog mišljenja;
- ako je privremena mera neophodna da bi se predupredila ozbiljna i nenadoknadviva šteta za tužioca;
- ako je nacionalni sud uzeo u obzir interes Zajednice pre izricanja privremene mere i
- ako je nacionalni sud ispoštovao sve odluke Suda pravde i Prvostepenog suda koje su se bavile sadržinom osporene mere.³⁸

Ukoliko nacionalni sud ili tribunal pribegne ovakvoj meri, on mora da navede razloge zbog kojih veruje da je komunitarni propis nezakonit. Ovaj izuzetak je uvršćen i u Uputstva Suda pravde o dobijanju prethodnog mišljenja³⁹.

4. Pravila za upućivanje prethodnog pitanja – Uputstvo za postavljanje prethodnih pitanja

Kao što je to pokazano u prethodnom delu, postojao je veliki broj nedoumica i problema sa kojima su se susretali nacionalni sudovi prilikom upućivanja zahteva za prethodno pitanje. Nekada je razlog tome bilo nepoznavanje samog postupka pred Evropskim sudom pravde, a nekada i raznolika praksa nacionalnih sudova, kao i samih pitanja. Kako bi približio i pojasnio sam postupak, Sud pravde je 2005. godine objavio Uputstva za postavljanje prethodnih pitanja⁴⁰ u kojima je dao smernice nacionalnim sudovima.

³⁸ Videti takođe: Cases C-143/88 i 92/89 *Zuckerfabrik Sunderdithmarshen AG v. Hauptzollamt Itzehoe* [1991] ECR I-415, [1993] 3 CMLR; Case C-334-95, *Kruger GmbH & Co. KG v. HauptzollamtHamburg – Jonas*, 17. juli 1997. godine;

³⁹ Information note on references from national courts for a preliminary ruling (2005/C 143/01, Official Journal of the European Union) of 11.6.2005. - ukoliko nacionalni sud ima ozbiljne sumnje u zakonitost komunitarnog akta na kojem se zasniva nacionalna mera, on može izuzetno da privremeno obustavi primenu te mere ili odredi privremenu meru u vezi s tim. Potom mora da uputi pitanje o zakonitosti Suda pravde, navodeći razloge zbog kojih smatra da komunitarni akt nije zakonit.

⁴⁰ Information note on references from national courts for a preliminary ruling (2005/C 143/01, Official Journal of the European Union) of 11.6.2005.

Na prvom mestu Sud pravde se pozabavio nižim sudovima i situacijama kada je poželjno da ovi sudovi upućuju zahtev Sudu pravde za dobijanje prethodnog mišljenja. Prevashodno su to situacije kada se pokaže da je upućivanje prethodnog pitanja potrebno, kada se pojavi nova odredba koju treba protumačiti, a ona je od značaja za doslednu primenu komunitarnog prava u Evropskoj uniji, kao i u situacijama kada se postojeća sudska praksa ne može primeniti na novi skup činjenica.⁴¹ U ovim slučajevima Sud pravde očekuje od nižih sudova da objasne zašto je neophodno rešavanje prethodnog pitanja za ishod spora pred samima nacionalnim sudom.

Postavilo se i pitanje roka i faze u kojoj nacionalni sud može da uputi ovakav zahtev Sudu. Imajući na umu raznolikost 27 pravnih sistema Sud pravde je stao na stanovište da sam nacionalni sud treba da proceni u kojoj fazi postupka je najbolje da se uputi zahtev Sudu. Međutim, sud mora da izabere fazu u kojoj je sposoban da definiše činjenice i pravna pitanja. Samo na taj način Sud pravde može da ima na raspolaganju sve informacije da bi utvrdio da li se komunitarno pravo primenjuje na postupak pred nacionalnim sudom.⁴² Vrlo su česte situacije da se same vlade države čiji nacionalni sud upućuje zahtev ili neko drugo državno telo ili protive podnošenju samog zahteva Sudu pravde ili imaju suprotno mišljenje od stranke ili samog nacionalnog suda. Zato se savetuju nacionalni sudovi da saslušaju obe stranke u postupku pre nego što se nacionalni sud odluči da uputi zahtev.

Sud pravde je takođe razmatrao formu zahteva u Uputstvo o upućivanju prethodnog pitanja i stao na stanovište da odluka kojom nacionalni sud ili tribunal upućuje prethodno pitanje može biti u bilo kom obliku koji dozvoljava nacionalno pravo u pogledu postupka. Međutim, prilikom formulisanja zahteva nacionalni sud treba da ima na umu da je to dokument koji služi kao osnova za postupke pred Sudom i da zbog toga mora da sadrži informacije koje će omogućiti Sudu da donese odluku koja će biti od pomoći nacionalnom sudu. Štaviše, ovo pitanje se prevodi na sve zvanične jezike EU i objavljuje u Službenom glasniku EU kako bi stranke koje imaju pravo da dostave svoja zapažanja Sudu, i to naročito države članice i institucije, to i učinile.

Odluka, odnosno zahtev kojom se upućuje pitanje mora da sadrži objašnjenje razloga koje je kratko ali dovoljno da Sud i drugi organi, koji moraju biti obavешteni (države članice, Komisija, a u određenim slučajevima

⁴¹ Op. cit, p. 2.

⁴² Op cit, p. 3.

Savet i Evropski parlament), imaju jasnu predstavu o činjeničnom i pravnom kontekstu glavnog postupka. Naročito mora da sadrži:

- činjenice koje su nužne za razumevanje punog pravnog značaja glavnog postupka;
- pregled pravnih stavova koji se primenjuju;
- navođenje razloga koji su naveli nacionalni sud da uputi pitanje ili pitanja Sudu pravde, i ako je potrebno
- pregled argumenata stranaka. Svrha ovoga je da Sud bude u mogućnosti da nacionalnom sudu da odgovor koji će mu biti od pomoći.⁴³

Odluka kojom se upućuje pitanje mora da ima u prilogu kopije dokumenata koji su potrebni za pravilno shvatanje slučaja, naročito tekst odgo-varajućih nacionalnih odredbi. Međutim, kako spisi predmeta ili dokumenti u prilogu odluke kojom se upućuje pitanje Sudu nisu uvek prevedeni u potpunosti na zvaničan jezik Zajednice, nacionalni sud mora da osigura da u odluku budu uključene sve potrebne informacije.

Sud pravde je posebnu pažnju posvetio pitanju privremenih mera koje su ponekad neophodne zbog velikog vremenskog razmaka između upućivanja zahteva Sudu i njegove odluke o postavljenom pitanju. Ovaj problem se javlja kako u situacijama kada sud sumnja u valjanost (zakonitost) komunitarnog akta, tako i kada se postavi pitanje tumačenja neke komunitarne odredbe koja dovodi u pitanje valjanost nacionalne norme.

U prvom slučaju nacionalni sud ima ozbiljne sumnje u zakonitost komunitarnog akta, navodeći razloge zbog kojih smatra da komunitarni akt nije zakonit. Dugo vremena se postavljalo pitanje da li nacionalni sud može da oglasi takve akte ništavim ili je to isključiva nadležnost Suda pravde. U predmetu *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH and others v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*⁴⁴ upravni sud (*Verwaltungsgericht*) je uputio zahtev Sudu pravde kojim je tražio da Sud donese odluku o valjanosti Uredbe br. 404/93 od 13. februara 1993. godine o zajedničkoj organizaciji tržišta banana⁴⁵, kao i o nadležnosti nacionalnih sudova da izreknu privremenu meru o neprimeni uredbe do donošenja odluke Suda pravde. Sud pravde je utvrdio da „koherentnost prelazne sudske zaštite po-jedinaca zahteva od nacionalnog suda koji je uputio zahtev o zakonitosti uredbe da bude sposoban da izrekne obustavljanje primene nacionalne me-

⁴³ Op cit, p. 3.

⁴⁴ Case C-465/93.

⁴⁵ Council Regulation (EEC) No 404/93 of 13 February 1993 on the common organization of the market in bananas, Official Journal L 047, 25/02/1993 P. 0001 - 0011 OJ 1993 L 47.

re koja se zaniva na toj uredbi“.⁴⁶ Ukratko ovde treba uočiti dve bitne razlike. Nacionalni sud nema nadležnost da oglasi ništavim komunitarni akt ukoliko ima ozbiljne sumnje u njegovu zakonitost, već to može samo Sud pravde. Međutim, „ukoliko nacionalni sud ima ozbiljne sumnje u zakonitost komunitarnog akta na kome se zasniva nacionalna mera, on može izuzetno da privremeno obustavi primenu te mere ili odredi privremenu meru u vezi s tim. Potom mora da uputi pitanje o zakonitosti Sudu pravde, navodeći razloge zbog kojih smatra da komunitarni akt nije zakonit“⁴⁷.

U drugom slučaju nacionalni sud traži tumačenje komunitarne mere i izriče privremeno obustavljanja primene nacionalne mere koja nije u skladu sa odnosnom komunitarnom merom. Dakle, ovde nacionalni sud sumnja u zakonitost nacionalne mere u svetlosti postojećih komunitarnih propisa i načela suprematije komunitarnog prava nad nacionalnim. Viši nacionalni sudovi su dugo osporavali ovu nadležnost nacionalnih sudova jer su smatrali zajedno sa nacionalnim vladama, da je to nadležnost nacionalnih ustavnih sudova.

Konačno, Sud pravde je u cilju razvijanja što bolje saradnje sa nacionalnim sudovima pozvao u ovom Uputstvu nacionalne sudove koji upućuju prethodno pitanje, da ukoliko smatraju da su u stanju da to učine, mogu kratko da iznesu svoje mišljenje o odgovoru koji treba da bude dat na upućeno prethodno pitanje. Naravno da jedan ovakav zadatak samo pokazuje složenost ovog postupka i zahteva dobro obučene sudije koje odlično poznaju pravo EU, a posebno sudsku praksu Evropskog suda pravde.

5. Odgovornost nacionalnih sudija za povredu obaveze iz člana 234 Ugovora o EZ

Iako postupak davanja prethodnog mišljenja ostavlja sudovima određeni stepen diskrecione vlasti kada odlučuju da li da upute Evropskom sudu pravde zahtev za dobijanje mišljenja, propuštanje suda da postupi na ovaj način može da dovede do primene načela odgovornosti države. Naravno da propuštanje može da postoji samo u slučaju kada se prethodno pitanje postavi u predmetu pred nacionalnim sudom čije odluke ne podležu pravnom leku unutrašnjeg prava, budući da je ovaj sud obavezan da zahteva prethodno mišljenje Suda pravde. Niži sudovi, kao što je to na počet-

⁴⁶ Case C-465/93, para 15.

⁴⁷ Information note on references from national courts for a preliminary ruling (2005/C 143/01, Official Journal of the European Union) of 11.6.2005, p. 3.

ku rečeno, imaju stepen diskrecione vlasti i sami procenjuju dali se radi o dovoljno značajnom pitanju za rešavanje spora koje treba uputiti Sudu pravde.

Pitanje odgovornosti sudija za propuštanje obaveze da upute pitanje je razmatrano u predmetu *Köbler*⁴⁸.

Gospodin Köbler je od 1986. godine bio redovni profesor Univerziteta u Austriji. Na osnovu 15 godina predavanja na univerzitetima u različitim državama članicama EU on je podneo zahtev za dobijanje posebnog povećanja plate na osnovu dužine staža, u skladu sa pravom Austrije. Njegov zahtev je odbijen, budući da se, prema zakonu, ovo povećanje može dobiti samo ako je neko 15 godina predavao na austrijskim univerzitetima. Gospodin Köbler je uložio žalbu protiv ove odluke, pozivajući se na posrednu diskriminaciju koja je u suprotnosti sa načelom slobodnog kretanja radnika; na osnovu toga je Verwaltungsgerichtshof (austrijski vrhovni upravni sud) uputio pitanje Sudu pravde radi dobijanja prethodnog mišljenja.

Budući da je Sud u međuvremenu već doneo presudu u jednom sličnom slučaju (Predmet C-15/96 Schöningh-Kougebetopoulou [1998] ECR I-47) pitao je Verwaltungsgerichtshof da li ostaje pri svom pitanju. U svetlu te presude, nacionalni sud je povukao svoje pitanje i našao da je povećanje zapravo bonus za lojalnost i da predstavlja opravdano odstupanje od načela slobodnog kretanja radnika, te da stoga odbijanje zahteva gospodina Köbler-a nije u suprotnosti sa komunitarnim pravom.

Gospodin Köbler je smatrao da se ovom odlukom austrijskog suda krši veliki broj odredaba komunitarnog prava, čime mu je naneta šteta. Stoga je podneo tužbu za naknadu štete protiv Republike Austrije pred Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Okružnim građanskopravnim sudom u Beču), koji je takođe tražio prethodno mišljenje od Suda pravde, postavljajući pitanje da li načelo odgovornosti države za štetu uzrokovanu pojednicu povredom komunitarnog prava obuhvata i povrede za koje je odgovoran Vrhovni sud, budući da prema pravu Austrije u takvom slučaju odgovornost države ne postoji.

U ovom predmetu Evropski sud pravde je utvrdio da se „načelo odgovornosti države za naknadu štete nanetu pojedincima povredom komunitarnog prava takođe primenjuje na situacije kada navodna povreda proizilazi iz odluke suda, a komunitarnim pravom se daju određena prava pojedincima“⁴⁹. Pored ove odluke neophodno je da je šteta ozbiljna i da postoji di-

⁴⁸ Case C-224/01 *Köbler v Austria* [2003] ECR I-10239.

⁴⁹ Op. csit, para 1.

rektna uzročna veza između povrede i gubitka ili štete koju su pretpreli oštećeni. Nadležni nacionalni sud mora da utvrdi da li se radi o očiglednoj povredi prava pojedinaca, uzimajući u obzir osobenu prirodu sudijske funkcije.

Može se zaključiti da se ovom presudom Sud pravde u velikoj meri izjednačio odgovornost državnih organa i nacionalnih sudova za propuštanje, odnosno nečinjenje koje dovodi do povrede komunitarnog prava. Međutim, ova odgovornost je donekle fleksibilnija upravo zbog te „osobene sudijske funkcije“ i neophodnosti očuvanja pravne sigurnosti. Ipak, na ovaj način je stavljeno na znanje kako samim državama članicama tako i samim sudjama da podjednako postoji i odgovornost sudova, kao državnih organa, za svoje propuste.

6. Tok postupka

Postupak po prethodnim pitanjima nužno je drugačiji nego onaj po direktnim tužbama – to proizilazi iz same prirode ovog pravnog sredstva.

Naime, kako je već napomenuto, radi se o postupku koji predstavlja samo korak u drugom postupku, koji je u toku pred nacionalnim sudom, s tim što se, u ovom slučaju, prethodno pitanje odnosi na tumačenje ili primenu komunitarnog prava, te o njemu odlučuje sud Evropskih zajednica.

Nadalje, postupak koji se vodi pred Evropskim sudom pravde nema prirodu sopra, te formalno u njemu nema ni stranaka, kao ni umešača. Kako ističu *Brown & Kennedy*⁵⁰, ovaj postupak se smatra nekom vrstom dijaloga između nacionalnog suda i Suda pravde, koji se vodi u duhu “pravosudne saradnje”.

Na tok postupka se načelno primenjuju ista pravila kao i na postupak po direktnim tužbama – dakle, Statut ESP i Poslovnik ESP⁵¹ – ali iz prirode oblika pravne zaštite koja se traži proizilaze i određena odstupanja. Stoga će u daljem tekstu biti opisan tok postupka rešavanja prethodnog pitanja.

6.1. Nadležnost

Veoma dugo, nadležnost za odlučivanje po prethodnim pitanjima bila je poverena samo Evropskom sudu pravde. Iako je razlog za osnivanje Pr-

⁵⁰ Op.cit, str. 292

⁵¹ Rules of Procedure of the Court of Justice, Rules of Procedure of the Court of Justice of the European Communities of 19 June 1991 (OJ L 176 of 4.7.1991), sa izmenama i dopunama zaključno sa onim od 13. januara 2009. godine (OJ L 24 of 28.1.2009, p. 8). Konsolidovana verzija se može preuzeti sa http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/procedure

vostepenog suda bilo rasterećenje ESP i povećanje efikasnosti postupka⁵², smatralo se da je donošenje odluka po prethodnim pitanjima to jest, ovlašćenje tumačenja komunitarnog prava, suviše značajno da bi bilo, makar i delimično, izuzeto iz nadležnosti Evropskog suda pravde. Iako je od osnivanja Prvostepenog suda, 1988. godine njegova nadležnost stalno proširivana,⁵³ tek Ugovorom iz Nice uvedena je mogućnost da i Prvostepeni sud odlučuje o prethodnim pitanjima. Ovo pitanje regulisano je stavom 3 člana 225 Ugovora o EZ, koji glasi:

Prvostepeni sud je nadležan za postupanje i odlučivanje o prethodnim pitanjima iz stava 234. u posebnim oblastima predviđenim Statutom.

Ako Prvostepeni sud smatra da je u predmetu potrebna načelna odluka koja može uticati na jedinstvenost ili doslednost prava Zajednice, on može predmet uputiti Sudu pravde na odlučivanje.

Odluke Prvostepenog suda o prethodnim pitanjima mogu izuzetno biti predmet revizije od strane Suda pravda, pod uslovima i u granicama propisanim statutom, kada postoji ozbiljan rizik od uticaja na jedinstvenost ili doslednost prava Zajednice.

Ipak, treba istaći da je ova odredba, za sada, ostala na nivou mogućnosti. U Statut Evropskog suda pravde nisu unete odredbe kojima bi se dalje razgraničila nadležnost između Evropskog suda pravde i Prvostepenog suda, te napomene u vezi sa postupkom pred Prvostepenim sudom u daljem tekstu ostaju u domenu teorije, a ne prakse. Pri tome, kako se vidi iz odredaba člana 225(3), u odnosu na tumačenje komunitarnih propisa odstupilo se od inače ne sasvim dosledno sprovedenog hijerarhijskog ustrojstva Evropskog suda, shvaćenog u širem smislu (kao skupa sve tri sudske instance koje postoje na nivou Zajednice⁵⁴). Načelno, o zahtevu nacionalnog suda za tumačenje komunitarnog prava Evropski sud pravde bi trebalo da, kao najviša instanca, odlučuje u sledećim slučajevima:

a) kada Prvostepeni sud oceni da je pitanje pred njim takvo da može ozbiljno uticati na jedinstvenost ili doslednost prava Zajednice. Ovde je, dakle, Prvostepenom sudu ostavljeno diskreciono pravo da odluči hoće li uputiti predmet na odlučivanje Evropskom sudu pravde, ako su ispunjeni

⁵² Čavoški A, Knežević Bojović A, Popović D. "Evropski sud pravde", Institut za uporedno pravo, Beograd 2006, str. 120-122

⁵³ Ibid.

⁵⁴ O doktrinarnim stavovima u tom smislu više videti u: Misita, N. "Osnovi prava Evropske unije", Sarajevo, 2008, str.686-688 i 708-709.

navedeni uslovi. Ovakva odredba ne iznenađuje, ako se ima u vidu ozbiljna i obimna praksa Evropskog suda pravde, kao i iskustvo u vođenju ovakvih vrsta postupaka. Mogućnošću upućivanja predmeta Evropskom sudu pravde obezbeđena je neka vrsta sigurnosne mreže u odnosu na tumačenje komunitarnog prava – kako za Prvostepeni sud, tako i za ceo korpus prava Zajednice.

b) kada, pod uslovima utvrđenim Statutom, razmatra stav Prvostepenog suda o tumačenju kojim je dovedeno u pitanje jedinstvo i doslednost prava Zajednice. Ovde se zapravo radi o reviziji odluke Prvostepenog suda, a za njeno pokretanje je ovlašćen Prvi opšti pravozastupnik⁵⁵. On je dužan da svoj zahtev u tom smislu podnese Sudu pravde u roku od mesec dana od dana kada Prvostepeni sud donese odluku, a u narednom roku od mesec dana Sud pravde odlučuje o tome da li će zahtev usvojiti ili ne. Prema odredbama Statuta⁵⁶, Sud pravde o reviziji odlučuje u hitnom postupku.

6.2. Faze postupka

Postupak se formalno pokreće kada nacionalni sud Evropskom sudu pravde podnese zahtev za dobijanje odgovora na prethodno pitanje. O fazi postupka u kojoj se zahtev upućuje, kao i o sadržini zahteva bilo je reči ranije u tekstu. Zahtev se, kao i slučaju drugih tužbi, podnosi registraru, u skladu sa pomenutim Uputstvom. Po pravilu, dok se postupak pred ESP ne okonča, nacionalni sud zastaje sa svojim postupkom.⁵⁷ Ipak, kako je pokazano ranije, u praksi je bilo slučajeva kada su nacionalni sudovi određivali privremene mere u vidu obustave primene nekih nacionalnih propisa.⁵⁸

Kada ga registrar primi, zahtev se prevodi na druge zvanične jezike Unije, i potom ga registrar dostavlja:

- strankama u postupku pred nacionalnim sudom
- državama članicama EU i EFTA
- Evropskoj komisiji
- nadzornom organu EFTA
- po potrebi, kada se radi o aktu Saveta ministara, ovom Savetu.

⁵⁵ Statut suda, član 62, stav 1.

⁵⁶ Član 62a

⁵⁷ Videti tačku 25 Uputstva za postavljanje prethodnih pitanja

⁵⁸ Videti takođe i predmet *Portsmouth City Council v. Richards* (više o privremenim merama u nacionalnom pravu videti u: Collins, L. "Essays in International Litigation and the Conflict of Laws", Oxford University Press, str. 155 i dalje).

U veoma retkim slučajevima, Sud može pozvati i Evropski parlament da dostavi neke podatke ili pisana zapažanja Sudu.⁵⁹

Sva lica i organi kojima je zahtev dostavljen imaju prava da u roku od dva meseca Sudu dostave svoja pisana zapažanja, iako na to nisu obavezni.

Jezik postupka je jezik nacionalnog suda koji je zahtev podneo.⁶⁰ Ipak, na obrazloženi zahtev jedne od stranaka u glavnom postupku, i nakon saslušanja mišljenja suprotne stranke, kao i opšteg pravozastupnika, predsednik suda može odobriti upotrebu nekog drugog zvaničnog jezika Unije u usmenom postupku.⁶¹ Države članice zadržavaju pravo da radnje u postupku preduzimaju na svom jeziku.⁶² Nadalje, opšti pravozastupnik svoje mišljenje iznosi na svom jeziku.⁶³

Još dva procesna pitanja bitno su drugačije rešena u odnosu na postupak po direktnim tužbama. Radi se o prigovoru nenadležnosti Suda i prigovoru neprihvatljivosti zahteva, koji se podnose u obliku posebnog podneska⁶⁴. Po pravilu, Sud ovakve prigovore ne usvaja (osim u ranije pomenutim predmetima *Foglia* i *Meilicke*). Sud je, u svojoj praksi, dosledno nalazio da samo postojanje zahteva za odgovor na prethodno pitanje predstavlja dovoljan osnov za zasnivanje nadležnosti.⁶⁵ Što se tiče neprihvatljivosti zahteva, ovo pitanje se može pokrenuti samo ako je odluka da se uputi zahtev osporena u postupku po žalbi pred nacionalnim sudom. Ipak, praksa da je se postupak prekine samo ako zahtev povuče sud koji ga je ili uputio ukine viši sud.

Dostavljanjem pisanih zapažanja okončava se pismeni deo postupka. Treba istaći da Sud, kao i u postupcima po direktnim tužbama, određuje sudiju izvestioca za taj predmet, a Prvi opšti pravozastupnik takođe dodeljuje predmet jednom od opštih pravozastupnika.

U postupcima po direktnim tužbama nakon pismenog postupka sledi istraga – no, kako se u postupku odgovora na prethodno pitanje radi samo

⁵⁹ Npr. u predmetu C - 149/85 *Roger Wybot v Edgar Faure and others* radilo se o imunitetu poslanika u Evropskom parlamentu, te se od parlamenta tražilo da dostavi informacije o trajanju zasedanja parlamenta, budući da ono nije određeno Ugovorom, već odlukom Evropskog parlamenta.

⁶⁰ Član 29, stav 2. Poslovnika Suda.

⁶¹ Ibid.

⁶² Član 29, stav 3. Poslovnika Suda

⁶³ Brown&Kennedy, op.cit, str. 294

⁶⁴ Čavoški A, Knežević Bojović A, Popović D. "Evropski sud pravde", Institut za uporedno pravo, Beograd 2006, str. 50.

⁶⁵ Brown&Kennedy, op.cit. str 295

o apstraktnom pravnom pitanju, a odgovor se zasniva na činjeničnom stanju koje je utvrdio nacionalni sud, obično se ne sprovodi pripremna istraga⁶⁶ u delu koji se odnosi na utvrđivanje činjeničnog stanja (prikupljanje dokaza, saslušanje svedoka).

Usmeni postupak se odvija na sličan način kao i u postupcima po direktnim tužbama. Istovremeno, to znači da sud može odlučiti da ne sprovede usmeni postupak, to jest, da, nakon što Sud primi pisana zapažanja lica koja su ovlašćena da ih daju i sasluša opšteg pravozastupnika, može odlučiti da ne održi usmeno ročište. Dodatni uslov je da niko od lica koja su dostavila svoja pisana zapažanja nije podneo predstavku u kojoj obrazlaže razloge zbog kojih želi da bude saslušano na usmenom ročištu.⁶⁷

Ukoliko se usmeni postupak sprovodi, na samom početku svoj izveštaj podnosi sudija-izvestilac, a potom ostali učesnici u postupku iznose svoja mišljenja. Komisija redovno učestvuje u ovoj fazi postupka; veoma često to rade i stranke u postupku pred nacionalnim sudom. Što se tiče pravila o zastupanju učesnika u postupku, ona su u velikoj meri ista kao i ona u postupku po direktnoj tužbi. U skladu sa članom 19. Statuta Suda pravde, države članice i organe Zajednice u postupku zastupaju agenti, kojima mogu pomagati advokati ili savetnici. Fizička i pravna lica u postupku mora zastupati advokat. Ipak, od ovog pravila o nepostojanju postulacione sposobnosti fizičkih i pravnih lica postoji i jedan izuzetak – članom 104, stav 2 Poslovnika Suda pravde predviđeno je da će se u pogledu zastupanja uzeti u obzir pravila postupka pred nacionalnim sudom ili tribunalom koji je uputio prethodno pitanje. To praktično znači da, ako je lice zastupalo sebe pred nacionalnim sudom ili tribunalom, ono zadržava pravo da se pojavi i pred ESP.⁶⁸ Ipak, ovaj izuzetak je veoma ograničen. Nadalje, na stranke u glavnom postupku se primenjuju i odredbe o pravnoj pomoći -njima se, pod posebnim okolnostima, putem ove ustanove, regulisane Poslovnikom⁶⁹, može olakšati prisustvo usmenom delu postupka ili pomoći u pogledu zastupanja u postupku.⁷⁰ Ponekada u usmenom delu postupka učestvuju i predstavnici država članica.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Član 104, stav 4. Poslovnika Suda.

⁶⁸ Čavoški A, Knežević Bojović A, Popović D. “op.cit., str. 42

⁶⁹ Član 76. Poslovnika. Pravna pomoć se dodeljuje u obliku naknade troškova. Oni se mogu naknaditi u celini ili delimično.

⁷⁰ Član 104, stav 6. Poslovnika Suda.

Posle saslušanja, postupak se odvija kao i po direktnim tužbama. To znači da će poslednju reč imati opšti pravozastupnik, koji iznosi svoje mišljenje.

Potom Sud donosi presudu.

6.3. Skraćeni postupak

I od ovih pravila postupka postoji odstupanje – naime, članom 104a. Poslovnika suda predviđena je mogućnost sprovođenja skraćenog postupka, ekvivalentnog onom predviđenom članom 44. istog Poslovnika, za postupke po direktnim tužbama. Za odluku o sprovođenju skraćenog postupka potreban je zahtev nacionalnog suda. Formalno, predlog podnosi sudija izvestilac, a sud mora čuti i mišljenje opšteg pravozastupnika. O predlogu odlučuje predsednik Suda. Da bi predlog bio usvojen, potrebno je da pitanje koje je Sudu upućeno bude od izuzetne hitnosti. Predsednik, ukoliko usvoji predlog, odmah zakazuje ročište, o čemu se uredno obaveštavaju stranke u glavnom postupku, kao i lica ovlašćena da dostave svoja zapažanja iz člana 23. Statuta Suda. Oni potom mogu podneti svoje navode ili pisana zapažanja u roku koji odredi predsednik Suda, a koji ne može biti kraći od 15 dana. Predsednik, pri tom, može od njih zatražiti da se u svojim podnescima ograniče na pravna pitanja u vezi sa upućenim prethodnim pitanjem. Ovi podnesci se potom dostavljaju ostalim učesnicima u postupku pre ročišta. Sud presudu donosi nakon što sasluša mišljenje opšteg pravozastupnika.

6.4. Hitan postupak

Hitan postupak u postupku rešavanja prethodnih pitanja predstavlja novinu, uvedenu izmenama Statuta Evropskog suda pravde 2008. godine. Hitan postupak uveden je za postupanje po prethodnim pitanjima iz specifične oblasti – oblasti slobode, bezbednosti i pravde. Ova oblast, inače, obuhvata pitanja iz Naslova VI Ugovora o Evropskoj uniji (policijska i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima), kao i Naslova IV, deo III Ugovora o osnivanju Evropske zajednice (viza, azil, imigracija i druge politike u vezi sa slobodnim kretanjem lica, a naročito pravosudna saradnja u građanskim stvarima). I inače, nadležnost Suda je u pogledu tumačenja komunitarnih propisa iz ove oblasti nešto drugačije uređena, utoliko što prethodno pitanje može uputiti samo nacionalni sud protiv čije odluke ne postoji pravni lek u unutrašnjem pravu.

Razlog za uvođenje hitnog postupka u ovoj oblasti leži u samoj prirodi pitanja – to su, na primer, situacije u kojima se pitanje odnosi na lice u pritvoru, roditeljska prava ili starateljstvo nad decom, i slično.

Hitan postupak je uređen članom 23a Statuta ESP i članom 104b Poslovnika. Pokreće se na obrazloženi zahtev nacionalnog suda koji pitanje upućuje, i izuzetno, Sud ga može pokrenuti po službenoj dužnosti. O potrebi sprovođenja hitnog postupka odlučuje Sud.

Kako bi se postupak što više ubrzao, Statutom i Pravilnikom je propisano da nacionalni sud koji pitanje upućuje već u samom zahtevu za pokretanje hitnog postupka mora navesti činjenična i pravna pitanja na kojima se hitnost zasniva, kao i rizike od sprovođenja redovnog postupka. Nadalje, napravljena je i razlika između lica koja mogu dostaviti svoja pisana zapažanja i lica koja mogu učestvovati u usmenom delu postupka. Naime, sud može odlučiti da samo stranke u glavnom postupku, država članica čiji sud je uputio zahtev, Evropska komisija, i, po potrebi, Savet ministara i Evropski parlament mogu podneti svoja pisana zapažanja, i to na jeziku postupka, u veoma kratkom roku. Ostala lica mogu svoja zapažanja izneti usmeno, na ročištu. U slučaju posebne hitnosti, sud može odlučiti da ne sprovede pismeni postupak.

Sud odlučuje nakon što sasluša mišljenje opšteg pravozastupnika.

Prva presuda doneta u hitnom postupku bila je ona u predmetu C-195/08 PPU, koji je pokrenuo Vrhovni sud Litvanije (*Lietuvos Aukščiausiasis Teismas*) u vezi sa tumačenjem takozvane Brisel IIa Uredbe (Uredbe Saveta br. 2201/2003 o nadležnosti i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti⁷¹). Naime, u postupku pred litvanskim sudom, gospođa *Inge Rinau*, litvanska državljanka, tražila je da se odluka nemačkog suda, kojom se starateljstvo nad njenom ćerkom, rođenom u braku sa nemačkim državljaninom, dodeljuje ocu, a njoj naređuje da dete vrati u Nemačku. Gospođa Rinau je, naime, ubrzo nakon rođenja ćerke prestala da živi u zajednici sa gospodinom Rinauom, ocem deteta, a kasnije je pokrenut i postupak razvoda. Ćerka je nastavila da živi sa majkom. Majka je, nakon što je dobila odobrenje od oca da ode na letovanje sa ćerkom, sa njom otišla u Litvaniju, i tu se nastanila. Nakon niza odluka nemačkih i litvanskih sudova, postavilo se pitanje tumačenja Brisel IIa Uredbe, a litvanski sud je tražio pokretanje hitnog postupka imajući u vidu odredbe ove Uredbe u kojoj je postavljen rok od 6 meseci da sud kome se pod-

⁷¹ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000

nese zahtev za vraćanje deteta o tome odluči, kao i imajući u vidu interese deteta i potrebu očuvanja odnosa između roditelja i deteta. Iz odluke Evropskog suda pravde sledio je odgovor da nema osnova za odbijanje priznanja odluke nemačkog suda.

Sam postupak u ovom predmetu trajao je tek nešto duže od dva meseca, i na njemu su se i u praksi pokazale sve prednosti hitnog postupanja. Istovremeno, kvalitet odluke i pravnog rezonovanja u odluci nimalo ne odstupa od onog uobičajenog za odluke Suda donete u redovnom postupku. Stoga treba očekivati dalji razvoj sudske prakse po ovom osnovu.

6.5. Odluka suda

Sud u postupku po prethodnom pitanju može doneti dve vrste odluka – presudu ili rešenje.

Sud presudom odlučuje u najvećem broju predmeta, u skladu sa odredbama Statuta i Poslovnika.⁷² Ipak, moguće je da sud u postupku o prethodnom pitanju odluči i obrazloženom odlukom⁷³ – ovo će biti slučaj kada je prethodno pitanje upućeno Sudu isto kao i pitanje o kome je Sud već odlučivao, kao i kada je odgovor na pitanje moguće lako izvesti iz postojeće prakse Suda. U tom slučaju, sud u svojoj odluci upućuje na svoju prethodnu praksu. Ipak, pre donošenja odluke Sud mora saslušati i opšteg pravozastupnika. Nadalje, sud obrazloženom odlukom može zaključiti postupak kada je odgovor na pitanje jasan – i to nakon što sasluša zapažanja lica koja su ovlašćena da ih dostave, kao i nakon što sasluša opšteg pravozastupnika.

Ni Statutom ni Poslovníkom suda nije propisan fiksni rok za davanje odgovora na prethodno pitanje. Ipak, Sud po prethodnim pitanjima postupi što je pre moguće⁷⁴. Ponekad, odglaganja ima dok zahtev ne stigne u Sud, ali, jednom kad stigne, presuda se donosi u relativno kratkom roku.

Do početka osamdesetih godina dvadesetog veka, po zahtevima se rešavalo u roku od oko šest meseci, uključujući i rok od 2 meseca za dostavljanje pisanih zapažanja.⁷⁵ Nakon toga, broj predmeta se značajno povećao, što je dovelo do toga da se i dužina postupka povećala čak 3 puta – porasla je na čak 18 meseci.

⁷² Članovi 36-38 Statuta, članovi 63-68 Poslovnika.

⁷³ *Reasoned order*. Ova mogućnost je regulisana članom 104, stav 3 Poslovnika.

⁷⁴ Brown&Kennedy, op.cit. str. 293

⁷⁵ Ibid.

Potom su izvršene brojne promene u nadležnosti Suda, osnivanjem Prvostepenog suda, a potom i Službeničkog tribunala. Početkom devedesetih godina prošlog veka, prosečna dužina postupka iznosila je oko 14 meseci.⁷⁶ Sa prijemom novih država članica, obim posla ESP je ponovo značajno povećao. Prema zvaničnim statističkim podacima⁷⁷ ukupan broj predmeta u toku pred Evropskim sudom pravde, u protekle 4 godine (2004-2008. godine) se kreće od 731 do 840. Od toga, nešto manje od jedne trećine, a svakako najviše od svih pravnih sredstava, čine postupci po prethodnim pitanjima – njihov broj se kreće od 221 do 288.⁷⁸ Dužina trajanja postupka u ovim predmetima takođe je značajno porasla – redovan postupak traje, u proseku, od gotovo 17 meseci do skoro 24 meseca. Hitan postupak traje tek nešto više od 2 meseca, a skraćeni, oko 4,5 meseca.⁷⁹

Za razliku od presuda po direktnim tužbama, Sud ne odlučuje o troškovima postupka. Naime, budući da se ovaj postupak posmatra samo kao korak u postupku pred nacionalnim sudovima, o troškovima upućivanja prethodnog pitanja Evropskom sudu pravde odlučuje nacionalni sud, odlučujući o troškovima glavnog postupka. Ovakav stav prvi put je iskazan u predmetu *De Geus v. Bosch*⁸⁰ a potom je inkorporisan u član 104, stav 6. Poslovnika suda.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Mogu se preuzeti sa internet stranice Suda http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/ra08_en_cj_stat.pdf

⁷⁸ Ibid. str. 2

⁷⁹ Ibid. str. 14

⁸⁰ Predmet C 13/61 *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd v Robert Bosch GmbH and Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn* [1962] ECR 45

Aleksandra Čavoški, PhD
Faculty of Law University UNION

Ana Knežević – Bojović, LL.M.
Institute of Comparative Law, Belgrade

PRELIMINARY RULLING BEFORE E UROPEAN COURT OF JUSTICE

One of the most important proceeding before the ECJ, and recently before the Court of First Instance is the preliminary ruling. In this proceeding, the national courts play a significant role in applying and enforcing the EU law and procedures. Moreover, they are the key actors in developing and maintaining a uniform application of EU law within the European Union. In this endeavour national courts form a unique partnership with the European Court of Justice. Finally, national courts in this proceeding provide remedies for any breach of Community law. Bearing in mind the importance of this proceeding, the authors decide to present the main features of the preliminary ruling, its historical development, the ECJ's case law that tailored the relationship with national courts, the actual procedure before the ECJ and the Court of First Instance and their competences in this procedure.

Key words: *communitarian law; preliminary ruling; European Court of Justice; national courts*

Doc. dr Snežana Stojanović
Univerzitet u Kragujevcu
Pravni fakultet

ULOGA EVROPSKOG SUDA PRAVDE U STVARANJU KOMUNITARNOG PORESKOG PRAVA

Rad se bavi pitanjem prakse Evropskog suda pravde i njegovog uticaja na kreiranje komunitarnog poreskog prava, ali i poreskih prava država-članica. Posebno je značajna uloga presuda koje Sud donosi u vezi sa sporovima iz oblasti direktnog oporezivanja, budući da u ovoj oblasti nije izvršena harmonizacija poreskih sistema država-članica. U tom smislu, u radu se navode i analiziraju različiti sudski slučajevi i presude donete povodom njih, koje su u velikoj meri uticale na unošenje odgovarajućih izmena u nacionalne poreske zakone. Veliki značaj imaju i presude u vezi sa neizvršavanjem finansijskih obaveza država-članica prema budžetu EU, čemu je u radu posvećena posebna pažnja.

Ključne reči: *Evropski sud pravde; države-članice; finansijske obaveze; direktno oporezivanje; komunitarno pravo; osnovne slobode; osnivački ugovori*

Uvod

Evropsku uniju, kao jedinstvenu međunarodnu tvorevinu, karakteriše veoma specifičan način stvaranja i primenjivanja pravnih pravila. Pored brojnih pravnih akata usvojenih od strane institucija Unije, značajnu ulogu u stvaranju komunitarnog prava ima i praksa Evropskog suda pravde, ESP (eng. *European Court of Justice, ECJ*). Presude koje je ovaj sud doneo, u velikoj meri, uticale su na stvaranje pravila i zauzimanje određenog stava o pojedinom pitanju. Pre svega, značajna je uloga ESP u “odbrani” osnovnih principa predviđenih osnivačkim ugovorima, tako da se često on naziva “čuvarom” i “zaštitnikom” osnov-

nih ugovornih principa¹. U tom smislu, praksa ESP, u granicama njegovih sudskih ovlašćenja, predstavlja jedan od osnovnih izvora komunitarnog prava.

1. Praksa ESP u stvaranju komunitarnog budžetskog prava

Uloga ESP posebno dolazi do izražaja imajući u vidu njegova praksa u vezi sa harmonizacijom poreskih sistema država-članica, tako da je u svakom pojedinačnom slučaju sud postavio pravila polazeći od principa poštovanja elementarnog pravila da svakoj državi-članici pripada poreska suverenost, ali da to svoje pravo one treba da koriste u skladu sa osnovnim principima i osnovnim slobodama predviđenim osnivačkim ugovorima.²

Takođe, ne samo što je ESP donosio presude u slučajevima takozvanih “finansijskih sporova” između samih država-članica, nego i u slučajevima kada bi se pojavio spor između Komisije i pojedine (jedne ili više njih) države-članice u pogledu određenog budžetskog pitanja. U tom smislu, značajno je ovlašćenje dato Evropskoj komisiji da može podići tužbu kod ESP ukoliko pojedina država-članica ne ispunjava svoje obaveze u vezi sa finansiranjem EU budžeta. S obzirom na to da jedan od izvora EU budžeta predstavljaju i tradicionalni izvori prihoda (carine i poljoprivredne dažbine), koji se naplaćuju od strane država-članica, a zatim one imaju obavezu da određeni deo transferišu Uniji³, članom 228 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice predviđeno je da ako država-članica ne ispunji svoju obavezu uplate doprinosa u budžet Zajednice, protiv nje se može podići tužba kod ESP, sa zahtevom da optužena država plati jednokratnu novčanu kaznu. Tako je, primera radi, 15. novembra 2005. godine podignuta tužba protiv Kraljevine Danske. Optužba se zasnivala na činjenici da je Danska izbegla plaćanje doprinosa po osnovu prihoda ostvarenih naplatom carina na uvoz pasulja iz Kine. Komisija je tražila da se u EU budžet uplati 140.409,60 danskih kruna, što je ova država

¹ Vid.: Leif Mutén, “The Effects of ECJ Rulings on Member States’ Direct Tax Law – Introductory Speech”, pp. 30-31 i Maria Elena Scoppio, “The Role of Infringements” in Cécile Brokelind (editor), *Towards a Homogeneous EC Direct Tax Law: An Assessment of the Member States’ Responses to the ECJ’s Case Law*, IBFD, Amsterdam, 2007, pp. 46-47

² Vid.: Leif Mutén, “The Effects of ECJ Rulings on Member States’ Direct Tax Law – Introductory Speech” in Cécile Brokelind (editor), *Towards a Homogeneous EC Direct Tax Law: An Assessment of the Member States’ Responses to the ECJ’s Case Law*, pp. 29-39

³ Više vid.: Snežana Stojanović, *Finansiranje Evropske unije*, Službeni glasnik/Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008.

odbila da uradi. Zbog toga je Komisija podigla tužbu kod ESP, ističući da je Danska učinila povredu pravila Carinskog kodeksa time što nije izvršila svoju obavezu uplate doprinosa EU budžetu. Sud je doneo odluku kojom je obavezao Dansku da izvrši uplatu tražene sume, i to zajedno sa kamatom za svaki dan kašnjenja. Takođe, Danska je obavezana na plaćanje troškova vođenja sudskog postupka. Na plaćanje troškova vođenja sudskog postupka obavezane su i druge države-članice koje su u njemu učestvovala: Belgija, Nemačka, Italija, Holandija, Portugalija i Švedska.⁴ Naravno, ovo je samo jedan u nizu brojnih sudskih slučajeva kada je Komisija podizala tužbu, a ESP donosio presude kojima bi nalagao optuženim državama da ispune svoju obavezu transferisanja potrebnog iznosa prihoda u budžet Unije.

Veoma specifičnu ulogu ESP ima i kada odlučuje o tužbi podignutoj protiv države-članice, kojoj je ranijom presudom ovog suda naloženo da izvrši određenu obavezu, ali ona tu svoju obavezu ne ispuni pravovremeno ili je uopšte ne ispuni. U takvom slučaju, Komisija raspoloža "dodatnim" ovlašćenjem da ponovo podigne tužbu kod ESP, i to zbog neizvršavanja obaveze naložene sudskom presudom. Ipak, Komisija će se prvo obratiti državi-članici sa zahtevom da ispuni naloženu obavezu i ostaviti joj mogućnost da to učini u roku od dva meseca. Tek nakon proteka ostavljenog roka, ako država-članica ni tada ne izvrši zahtevanu obavezu, Komisija će podići tužbu. U takvom slučaju, ESP znatno brže donosi odluku, budući da se sudska procedura sastoji samo iz verifikovanja i potvrđivanja da država-članica nije postupila po prvoj presudi. Po pravilu, ESP u novoj presudi donosi odluku kojom tuženu državu novčano kažnjava u smislu obavezivanja ili na jednokratno plaćanje presuđene sume ili na periodično plaćanje putem takozvanih "kaznenih poena".⁵ Međutim, u presudi donetoj u **slučaju Komisija protiv Francuske** (*Commission v. France*) 2005. godine, po prvi put ESP naredio je državi-članici (u ovom slučaju, Francuskoj) i obavezu periodičnog novčanog plaćanja putem kaznenih poena i jednokratno novčano plaćanje. Razlog za takvu odluku predstavljala je ozbiljna povreda komunitarnog prava u dužem vremenskom periodu⁶. Inače, slučaj *Komisi-*

⁴ Vid.: Slučaj C-392/02 ECJ i Snežana Stojanović, *Finansiranje Evropske unije*, str. 45 i Snežana Stojanović, «Budžet Evropske unije – sopstveni prihodi i opšti budžetski principi», *Finansije* 1-6/2006, str. 74-104

⁵ Vid. Član 228 EZ Ugovora; Maria Elena Scoppio, "The Role of Infringements" in Cécile Brokelind (editor), *Towards a Homogeneous EC Direct Tax Law: An Assessment of the Member States' Responses to the ECJ's Case Law*, pp. 46-47, *Slučaj Commission v. French Republic (C-247/87)* i *Slučaj C-304/02 Commission v. French*

⁶ *Ibidem*, str. 47

ja protiv Francuske odnosio se na spor nastao povodom poreskog tretmana izdavačkih kuća u Francuskoj. Francusko poresko pravo predviđalo je određene poreske olakšice za izdavačke kuće čija delatnost obuhvata objavljivanje časopisa i novina sa političkim sadržajem. Sama olakšica sastojala se u izuzimanju iz poreske osnovice opreme i zgrada koje se koriste u procesu objavljivanja novina i časopisa, kao i drugih povezanih rashoda, ili u omogućavanju "poreske rezerve" za zgrade, odnosno opremu. Međutim, takva poreska olakšica nije se pružala kada francuske izdavačke kuće svoju izdavačku delatnost obavljaju u inostranstvu. Ovakvu pravnu regulativu Komisija je smatrala povredom člana 30 EZ Ugovora u vezi sa slobodnim kretanjem dobara i usluga, zbog čega je zahtevala od Francuske zakonske izmene. Međutim, prozvana država odgovorila je da se primena sporne zakonske odredbe zasniva na članu 30 EZ Ugovora, ali da francusko pravo treba tumačiti u okviru odredbi o državnoj pomoći (eng. *State aid*), pre nego u vezi sa slobodnim kretanjem dobara i usluga između država-članica. Zbog nedovoljno argumentovanog odgovora, Komisija je podigla tužbu kod ESP, koji je u svojoj presudi doneo zaključak o postojanju povrede člana 30 EZ ugovora. Značaj ovog slučaja je, pre svega, u tome što su poreski podsticaji podvedeni pod primenu člana 30 EZ Ugovora (Člana 28 Ugovora iz Amsterdama), a to znači da osnovne slobode iz osnivačkih ugovora mogu predstavljati ograničenje poreskih ovlašćenja država-članica u oblasti direktnog oporezivanja. Ovakav stav ESP kasnije je potvrđen u drugom slučaju Komisije protiv Francuske, slučaju poznatom kao *Avoir Fiscale*, gde je bila sporna primena člana 52 EZ Ugovora (43 Ugovora iz Amsterdama) i u kome je sud zauzeo stav u vezi sa odnosom između EZ ugovora i oporezivanja kompanija. Upravo je to jedan od glavnih razloga zašto se slučaj *Avoir Fiscale* u literaturi češće spominje od prethodno navedenog slučaja.⁷

2. Praksa ESP u stvaranju komunitarnog poreskog prava

Za razliku od ovlašćenja ESP u rešavanju takozvanih "budžetskih" sporova, ovlašćenje da rešava sporove između država-članica iz oblasti oporezivanja, ovaj sud uglavnom zasniva na svojoj ulozi zaštitnika osnovnih sloboda i principa utvrđenih osnivačkim ugovorima EZ, odnosno EU. Uglavnom, presude ESP koje su odlučujuće uticale na nacionalna poreska

⁷ Vid.: Adolfo J. Martín Jiménez, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: an Institutional and Procedural Analysis*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, 1999, pp. 214-215

prava donete su u slučajevima u vezi sa direktnim oporezivanjem, gde za razliku od sfere indirektnog oporezivanja, nije izvršena harmonizacija poreskih sistema država-članica. Po pravilu, u svojim presudama ESP poziva se na povrede osnovnih sloboda, tako da su u vezi sa svakom od četiri slobode donete različite presude, koje su veoma specifične i služe kao polazna tačka za odlučivanje u sličnim slučajevima, ali i za donošenje različitih komunitarnih akata, kao i za odgovarajuće izmene nacionalnih poreskih zakona, odnosno njihovo tumačenje. Tako su u oblasti slobodnog kretanja dobara značajne presude u već spomenutom *slučaju Komisija protiv Francuske (Commission v. France)* i *slučaju Kranc (Krantz Case)*; u oblasti slobodnog kretanja pojedinaca, značajne su presude donete u slučajevima: *Avoir Fiscal, Daily Mail, Biehl, Bachmann, Werner, Commerzbank, Schumacker, Halliburton*, itd. Kada je reč o presudama u oblasti slobodnog kretanja usluga, značajna je ona doneta u slučaju *Safir*, dok je u oblasti slobodnog kretanja kapitala značajna presuda doneta u slučaju *Van Eycke v. Aspa*. I kao što je već naglašeno, uglavnom se presude odnose na pitanja direktnog oporezivanja, dok je u Halliburton slučaju obuhvaćeno pitanje indirektnog oporezivanja u smislu tumačenja slobode osnivanja preduzeća (eng. *freedom of establishment*).⁸

2.1. Slučaj Avoir Fiscale⁹ odnosi se na pitanje u vezi sa direktnim oporezivanjem i slobodnim kretanjem lica. U ovom slučaju sporno je bilo pružanje poreskih olakšica kompanijama koje su rezidenti Francuske. U francuskom poreskom pravu primenjivan je sistem imputacije kod oporezivanja profita kompanija¹⁰, pri čemu je poreski kredit priznavan samo rezidentnim poreskim obveznicima, kao i određenim nerezidentima, u skladu

⁸ Više vid.: Adolfo J. Martín Jiménez, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: an Institutional and Procedural Analysis*, pp. 205-285

⁹ Slučaj 270/83, *Commission v. France* (1986) ECR 274

¹⁰ U uporednom pravu imputacija se primenjuje kao mera za sprečavanje ili ublažavanje ekonomskog dvostrukog oporezivanja raspodeljene dobiti korporacija. Prisutne su dve varijante imputacije: puna (kao mera za sprečavanje ekonomskog dvostrukog oporezivanja) i delimična (kao mera za ublažavanje ekonomskog dvostrukog oporezivanja). Bez obzira o kom obliku imputacije se radi, uvek se prolazi kroz tri faze: (1) nivo korporacije – plaća se porez na dobit korporacija; (2) nivo akcionara – raspodeljene dividende ulaze u oporezivi dohodak akcionara, uvećane za prethodno plaćeni porez na dobit korporacija (uračunavanje celog poreza – puna imputacija; uračunavanje propisanog procentualnog dela plaćenog poreza – delimična imputacija); (3) akcionar ima pravo na poreski kredit na ime poreza na dobit korporacija koji je uračunao u osnovicu svoje poreske obaveze. Više vid.: Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet, Beograd/ Službeni glasnik, Beograd, 2008.

sa bilateralnim ugovorima i pod uslovom reciprociteta. Ovo je podrazumevalo nejednaki tretman kompanija, budući da je u Francuskoj bilo dosta poslovnih jedinica nerezidentnih kompanija, koje nisu imale pravo na poreski kredit u odnosu na dividende dobijene od svojih "francuskih" poslovnih jedinica. Zbog ovakve diskriminacije, nerezidentne kompanije su se prvo obratile Evropskoj komisiji, koja je zatim postavila isto pitanje ESP, ističući u tužbi povredu člana 52 EZ Ugovora (43 Ugovora iz Amsterdama). Povodom navedene tužbe, ESP doneo je presudu u kojoj je zauzeo stav o neisključivanju mogućnosti pravljenja razlike u oporezivanju prema činjenici mesta gde je izvršena registracija kompanije ili gde se nalazi mesto rezidentstva fizičkog lica, i to pod određenim uslovima. Međutim, u svojoj odluci ESP nije zauzeo sasvim jasan stav o tome koji to uslovi mogu biti. Ipak, ono što je značajno jeste da je Sud istakao da u konkretnom slučaju postoji povreda ugovorne slobode od strane nacionalnog poreskog prava, kao i neophodnost da se nacionalno poresko pravo prilagodi komunitarnom pravu¹¹, čime je u stvari potvrđen princip supremacije komunitarnog prava nad nacionalnim¹².

2.2. U rešavanju slučaja Biehl¹³ ESP dobio je priliku da ojača i dalje razvije svoju praksu započetu u slučaju Avoir Fiscale, koji se, kao što je već navedeno, odnosio na pitanje u vezi sa slobodnim kretanjem lica i oporezivanjem profita kompanija. U slučaju Biehl postavljeno je pitanje kompatibilnosti nacionalnog prava sa EZ pravom, tj. kompatibilnost sa EZ pravom poreskog prava države Luksemburg u delu u kome se ne priznaje otpлата preplaćenog poreza na dohodak kada poreski obveznik nema rezidentstvo ove države u toku čitave godine za koju se utvrđuje i plaća porez. Tako se dogodilo da je gospodin Biehl, nemački državljanin, koji je ostvario znatan dohodak u Luksemburgu, napustio ovu državu 1. novembra 1993. godine, zbog čega je bio odbijen njegov zahtev za povraćaj više plaćenog poreza po odbitku u skladu sa primenom odgovarajućih tranši. Kada je podignuta tužba kod ESP, luksemburška poreska uprava istakla je tri argumenta u priilog ovakvom poreskom tretmanu dohotka:

(1) Pravila koja se primenjuju kod naplate poreza na dohodak ne padaju pod delokrug primene Rimskog ugovora. Međutim, ESP odbio je

¹¹ Vid.: Adolfo J. Martín Jiménez, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: an Institutional and Procedural Analysis*, pp. 221-223

¹² Vid.: Vid.: Snežana Stojanović, "Princip supsidijarnosti: jedan od osnovnih principa funkcionisanja Evropske Unije", *Strani pravni život*, br. 1-2/2007, str. 84-98.

¹³ Slučaj 175/88, *Klaus Biehl v. Administration des Contributions du Grand-Duché de Luxembourg*, (1990) ECR I-1779

ovaj argument, ističući da bi postojala povreda principa jednakog tretmana u smislu plaćanja naknada, osim ukoliko ne bi postojalo rukovođenje diskriminatornim odredbama zakona o porezu na dohodak.

(2) Svrha primene spornog pravila jeste zaštita sistema od progresivnog oporezivanja, budući da poreski obveznik koji je stekao rezidentstvo Luksemburga ili koji je napustio Luksemburg u toku godine, ostvaruje svoj dohodak i poreski je obveznik, najmanje, dve države. Sud je odgovorio da ne može prihvatiti ovakvo opravdanje, jer bi to značilo povredu principa jednakog tretmana u različitim situacijama. To bi se dogodilo kada stalni rezident ne ostvari nikakav dohodak u toku godine u državi koju napusti ili u državi u koju se doselio. U ovom slučaju navedeni poreski obveznik ne bio imao poreski tretman jednako povoljan tretmanu koji ima rezidentni poreski obveznik, zato što bi izgubio pravo na povraćaj preplaćenog poreza (što, sa druge strane, rezidentnom poreskom obvezniku uvek pripada).

(3) Luksemburška poreska uprava istakla je i argument da rezidentnom poreskom obvezniku stoji na raspolaganju i određena nepovoljna procedura u vezi sa povraćajem preplaćenog poreza, naročito kada se tome dodaju nepravilne posledice koje nastaju usled primene sporne poreske odredbe. Ni ovaj argument ESP nije prihvatio, ističući nepostojanje bilo kakve obaveze za poresku upravu da otkloni diskriminatorne efekte primene sporne odredbe.

Konačni zaključak ESP u presudi povodom slučaja Biehl je i dalje postojanje nekompatibilnosti poreskog prava Luksemburga sa članom 48 EZ Ugovora (član 39 Ugovora iz Amsterdama) usled odbijanja poreske uprave ove države da izvrši izmene sporne odredbe nacionalnog poreskog zakona i njeno usklađivanje sa EZ ugovorom.¹⁴

2.3. U slučaju *Krantz*¹⁵ odlučivano je o kompatibilnosti holandskog Zakona o odšteti sa članom 30 EZ Ugovora (član 28 Ugovora iz Amsterdama). Ovim zakonom poreskim organima dato je ovlašćenje da odlučuju o vrednosti pokretnih dobara (osim kada je reč o inventaru) koja se nalaze u prostorijama poreskog obveznika, čak i u slučaju kada ta dobra nisu u njegovoj svojini. Zbog ovoga je Krantz podneo tužbu ESP, ističući da navedena odredba holandskog zakona može značajno uticati na slabljenje trgo-

¹⁴ Veoma slična presuda i zaključak ESP usvojeni su i u slučaju *Komisija protiv Grand Duchy (Commission v. Grand Duchy of Luxembourg)* (1995) ECR I-3685). Vid.: Adolfo J. Martín Jiménez, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: an Institutional and Procedural Analysis*, pp. str. 225

¹⁵ Slučaj C-69/88, *H. Krantz GmbH & Co. v. Outvanter der Directe Belastinger and Staat der Nederlanden* (1990) ECR I-583

vinske razmene u okviru same Unije, budući da će se strane kompanije suzdržavati od prodaje opreme za instalacije preduzećima u Holandiji. Odredba holandskog zakona primenjuje se bez razlike i na domaća i na uvezena dobra, tako da postoji mogućnost da se državljani drugih država-članica suzdržavaju od prodaje dobara za instalacije kupcima u Holandiji, budući da i takvo dobro može biti predmet izvršenja kod prinudne naplate poreza. Može se desiti da je dobro već isporučeno holandskom kupcu i ušlo je u njegovu državinu, ali cena još nije isplaćena, a izvršenje nad takvim dobrom značilo bi postojanje gubitaka za prodavca iz druge države. Ipak, i pored postojanja veoma očiglednih elemenata narušavanja trgovine unutar EZ, ESP u ovom slučaju nije doneo pozitivnu odluku, tj. zaključio je da nema povrede člana 30 EZ Ugovora. To znači da je sporna odredba holandskog zakona ostala na snazi, uprkos protivljenju brojnih preduzeća koja se bave trgovinskom razmenom.

2.4. Kod slučaja *Daily Mail* (*Daily Mail and General Trust PCL*)¹⁶ problem se sastojao u tome što je britanska holding kompanija čije se akcije kotiraju na londonskoj berzi, iako je zatražila odobrenje od UK trezora da premesti svoju centralnu upravu u Holandiju, ne čekajući odgovor otvorila kancelariju za investiciono upravljanje u ovoj državi. Osnovna svrha prebacivanja sedišta uprave iz Britanije u Holandiju bila je prodaja značajnog dela pokretne imovine i korišćenje dela tako ostvarenih prihoda za kupovinu akcija bez plaćanja britanskog poreza. Razlog zašto se *Daily Mail* odlučio na ovakav korak bio je taj što je stvarna tržišna vrednost imovine ove kompanije premašivala njenu knjigovodstvenu vrednost, a to znači da bi u slučaju prodaje morao da se plati britanski porez na kapitalni dobitak. Budući da ukoliko je početna knjigovodstvena vrednost imovine kompanije jednaka njenoj tržišnoj vrednosti prilikom prodaje, nema osnova za plaćanje poreza na kapitalni dobitak, *Daily Mail* je pošao od toga da ako prebaci sedište stvarne uprave i kontrole u Holandiju i time stekne rezidentstvo (u svrhe oporezivanja) u toj državi, tada će njegova imovina u bilansu stanja biti jednaka stvarnoj tržišnoj vrednosti, pa prilikom prodaje neće biti razlike u ceni, a time ni kapitalnog dobitka,

Kada je ovo pitanje postavljeno pred ESP, kako bi izbegao rešavanje vrlo delikatnog problema izbegavanja plaćanja poreza, sud je istakao da se pitanje prebacivanja uprave sa teritorije jedne države-članice na teritoriju druge ne može rešavati u okviru članova 52 i 58 EZ Ugovora (43 i 48 Ugovora iz Amsterdama). ESP je svoj stav zasnivao na tome da se ovi članovi

¹⁶ Slučaj 81/87, *The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust Plc* (1988) ECR 5483

ne mogu primeniti na slučaj kompanije osnovane i registrovane u jednoj državi-članici i u skladu sa njenim zakonodavstvom, koja zatim premesti sedište svoje stvarne uprave i kontrole u drugu državu. Upravo zbog ovakvog "izbegavanja" ESP da ulazi u problematiku poreske evazije, slučaj *Daily Mail* tumačen je kao jedinstven slučaj u kome je sud želeo da se suzdrži od rešavanja i omogući da se komunitarno zakonodavstvo postavi kao arbitar između EZ i interesa pojedinačnih država-članica. Ipak, sud je da davanje prava da se sedište stvarne uprave i kontrole premesti iz jedne u drugu državu-članicu, svakako, može imati značajne poreske posledice, budući da bi to dovelo do migracija kompanija u države sa povoljnijim poreskim režimom, a time i do gubitka značajnih prihoda drugih država.¹⁷

2.5. Slučaj *Bachmann*¹⁸ vrlo je sličan prethodno navedenom slučaju *Daily Mail*. Ovde je postavljeno pitanje kompatibilnosti poreskog prava Belgije sa komunitarnim pravom u oblasti izuzimanja iz osnovice za oporezivanje dohotka doprinosa za osiguranje plaćenih u Belgiji i to, bilo belgijskom osiguravajućem društvu ili belgijskoj ispostavi strane osiguravajuće kuće. Relevantne odredbe belgijskog poreskog zakona bile su od izuzetne važnosti za gospodina *Bachmann*-a, nemačkog državljanina koji se preselio u Belgiju u cilju zapošljavanja. U ovoj državi on je pokušao da izuzme iz osnovice dohotka za oporezivanje doprinose plaćene nemačkoj osiguravajućoj kompaniji. Budući da je gospodin *Bachmann* opovrgavao da je izvršio izuzimanje, Belgijski kasacioni sud obratio se ESP kako bi se utvrdilo da li u konkretnom slučaju postoji neslaganje belgijskog zakona sa komunitarnim pravom, tj. članovima 48 i 59 EZ Ugovora (članovi 39 i 49 Ugovora iz Amsterdama).

Sud je naglasio da odredbe belgijskog zakona o porezu na dohodak, uglavnom, idu na štetu nerezidenata u pogledu izuzimanja suma plaćenih osiguravajućim kompanijama. Iako belgijski zakon dopušta izuzimanje suma plaćenih od strane osiguravajućih kompanija, nije dopušteno izuzimanje suma koje se plaćaju tim kompanijama. ESP je zaključio da je to posledica nepostojanja harmonizacije između nacionalnih poreskih sistema, zbog čega postoji i nekompatibilnost sa komunitarnim pravom.

Osnovni zaključak koji prozilazi iz presude povodom slučaja *Bachmann* jeste težnja ESP da donosi odluke koje su sve više u skladu sa interesima država-članica. Zato je Sud našao opravdanje za spornu diskrimi-

¹⁷ Vid.: Adolfo J. Martín Jiménez, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: an Institutional and Procedural Analysis*, pp. 223-225

¹⁸ Slučaj C-204/90, *Hans Martin Bachmann v. Belgian State* (1992) ECR I-249

natornu meru u primeni obaveznog uslova, i to uzimajući u obzir primenu ovog uslova na mere nediskriminatornog karaktera.¹⁹

2.6. Slučaj Werner²⁰ veoma je značajan sa aspekta različitog poreskog tretmana rezidenata i nerezidenata. Ovde se postavilo pitanje plaćanja poreza na dohodak građana i primene odgovarajućih olakšica zavisno od toga da li je fizičko lice rezident Nemačke ili Holandije. Naime, gospodin Werner imao je državljanstvo Nemačke, u kojoj stekao je diplomu i obavljao svoju profesionalnu aktivnost, ali bio je rezident Holandije. Zbog ovoga, prema nemačkom poreskom pravu, na njegov profesionalni dohodak primenjivana su različita pravila u odnosu na dohodak lica koja su nemački rezidenti. Osnovna razlika sastojala se u tome što nerezidenti nisu imali pravo na različite poreske olakšice i primenu dvostruke poreske lestvice (kod oporezivanja dohotka supružnika), za razliku od rezidenata. Zbog ovoga, gospodin Werner se obratio ESP, ističući da u njegovom slučaju postoji diskriminatorna primena poreskog zakona i povreda člana 52 EZ Ugovora (člana 43 Ugovora iz Amsterdama). Međutim, Sud se "ogradio" od rešavanja ističući da ne postoji nijedna odredba EZ Ugovora koja bi se mogla primeniti na Wernerov slučaj, budući da je on nemački državljanin koji ostvaruje svoj dohodak u Nemačkoj, a sama činjenica da je on rezident Holandije nije dovoljna za pozivanje na prava utvrđena EZ Ugovorom. Ovo je, u stvari, značilo da konkretni slučaj treba rešavati u okviru unutrašnjeg prava. Kasnije je ovo potvrđeno i u slučaju *Asscher*²¹, u kome je postavljeno pitanje različitog poreskog tretmana dohotka rezidenata i nerezidenata u poreskom pravu Holandije i Belgije.²²

2.7. U slučaju Schumacker²³ rešavana je situacija obrnuta u odnosu na onu u slučaju Werner. Roland Šumaher bio je belgijski državljanin i rezident, ali zaposlen u Nemačkoj. Zbog toga on nije imao pravo na određene poreske kredite i izuzimanja, koje su mogli da koriste nemački rezidenti. Međutim, on je istakao zahtev prema nemačkoj poreskoj upravi (nem. *Finanzgericht*) da ima pravo da se prilikom oporezivanja njegovog dohotka primenjuje sistem višestruke poreske lestvice. S obzirom na to da poreska

¹⁹ Vid.: Adolfo J. Martín Jiménez, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: an Institutional and Procedural Analysis*, pp. 226-229

²⁰ Slučaj C-112/91, *Werner v. Finanzamt Aachen-Innenstadt* (1993) ECR I-429

²¹ Slučaj C-107/94, *P. H. Asscher v. Staatssecretaris van Financiën* (1996) I-3113

²² Vid.: Adolfo J. Martín Jiménez, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: an Institutional and Procedural Analysis*, pp. 235-238

²³ Slučaj C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt v. Roland Schumacker* (1995) ECR I-225

uprava nije bila sigurna da li u konkretnom slučaju treba i da odobri traženu poresku olakšicu, iznela je slučaj Rolanda Šumahera pred ESP. Pitanje nemačke poreske uprave sastojalo se iz nekoliko manjih pitanja:

(1) Da li prema članu 48 EZ Ugovora (član 39 Ugovora iz Amsterdama) postoje ograničenja u pogledu oporezivanja stranih rezidenata u Nemačkoj?

(2) Da li država-članica ima pravo da pogodi višim porezom nerezidente koji rade na njenoj teritoriji, u poređenju sa rezidentima?

(3) Da li postoje objektivni razlozi koji bi opravdavali diskriminatorni postupak u oporezivanju Rolanda Šumahera?

(4) Da li je diskriminatorno rezidentima u Nemačkoj ograničiti pristup specijalnoj proceduri u vezi sa godišnjim prilagođavanjem izuzimanja na izvoru kod oporezivanja dohotka?

U vezi sa postavljenim pitanjima ESP odgovorio je da, iako države-članice imaju jurisdikciju u oblasti direktnog oporezivanja, one svoja ovlašćenja moraju obavljati u skladu sa komunitarnim pravom. Ovo, u stvari, znači da se članom 48 EZ Ugovora (član 39 Ugovora iz Amsterdama) ograničava pravo država-članica da strane državljane zaposlene na njihovoj teritoriji tretiraju različito od domaćih državljana u svrhe oporezivanja. Ukoliko bi se poreske olakšice pružale samo domaćim državljanima, odnosno rezidentima, postojala bi diskriminacija po osnovu nacionalne pripadnosti. ESP je ovakav oblik diskriminisanja posebno naglasio, iako je već ranije zauzeo stav da se u svrhe direktnog oporezivanja rezidenti i nerezidenti ne mogu izjednačavati. Ipak, za odstupanje od ranije zauzetog stava, ESP dao je i argumentovano obrazloženje o specifičnosti situacije Rolanda Šumahera, koji u Belgiji ne ostvaruje nikakav dohodak koji se može oporezovati, a to znači nepostojanje objektivne razlike između njegove situacije i situacije nemačkih rezidenata. Dalje se ESP pozvao i na konvenciju o sprečavanju dvostrukog oporezivanja zaključenu između Holandije i Nemačke i njenu shodnu primenu i na slučaj Šumaher. Prema ovoj konvenciji rezidenti Holandije koji rade u Nemačkoj imaju pravo da budu tretirani kao nemački rezidenti u svrhe oporezivanja.

Slučaj Šumaher značajan je za komunitarno poresko pravo utoliko što je, ponovo, istaknuta neophodnost poštovanja ugovornih sloboda i ograničavanje poreskih ovlašćenja država-članica kada se poreski obveznici nalaze u istoj (sličnoj) situaciji. Iako je, po pravilu, činjenica rezidentstva odlučujuća za rešavanje pitanja poreske nadležnosti i sprečavanje dvostrukog oporezivanja, slučaj Šumaher je jedinstven upravo po tome što se ne može porediti sa slučajevima kada nerezident ostvaruje prihode u dve ili više država. To je i razlog zašto je ovde umesto činjenice rezidentstva prednost da-

ta činjenici izvora dohotka, tj. teritorijalnom principu (koji je, uobičajeno, od sekundarne važnosti) i time sprečena diskriminacija u poreskom tretmanu.²⁴

2.8. Slučaj *Commerzbank*²⁵ je još jedan u nizu slučajeva kada se postavilo pitanje različitog poreskog tretmana rezidenata i nerezidenata. Ovdje se pojavila situacija kada je engleska filijala nemačke banke *Commerzbank AG* odobrila nekoliko zajmova određenim američkim kompanijama. Na kamatu u vezi sa odobrenim zajmovima, engleska filijala je platila britanski porez, a zatim je zatražila refundaciju zasnivajući svoj zahtev na odgovarajućem članu Konvencije o sprečavanju dvostrukog oporezivanja dohotka zaključene između Velike Britanije i SAD. Prema ovoj konvenciji, predviđeno je izuzimanje od plaćanja britanskog poreza kamata koje plaćaju američke kompanije kompanijama koje nisu britanski rezidenti (što je bio slučaj sa filijalom *Commerzbank* u Britaniji). Pored ovoga, *Commerzbank* je istakla i zahtev za kompenzacijom na osnovu kamate za period dok britanska poreska uprava nije izvršila refundaciju. Drugi zahtev, poreska uprava je odbila ističući da se to pravo zasniva na primeni britanskog prava i odnosi se samo na kompanije koje su britanski rezidenti. Nezadovoljna takvim odgovorom, *Commerzbank* je podigla tužbu kod Engleskog visokog suda, ističući postojanje povrede članova 52 i 58 EZ Ugovora (članovi 43 i 48 Ugovora iz Amsterdama). Međutim, da bi izbegao rešavanje ovako delikatnog slučaja, engleski sud se obratio ESP, ističući postojanje njegove nadležnosti u konkretnom slučaju. Prilikom rešavanja, generalni zastupnik i sud došli su do istog zaključka: da primena komunitarnog prava ne može zavisiti od primene konvencija o sprečavanju dvostrukog oporezivanja, kao i da izuzimanje od oporezivanja predviđeno konvencijom nije relevantno prilikom ocenjivanja da li je određena odredba poreskog zakona države-članice diskriminatorna. U skladu sa tim, primena članova 52 i 58 EZ Ugovora (članovi 43 i 48 Ugovora iz Amsterdama) ne može zavisiti od odobravanja poreskog izuzimanja predviđenog konvencijom. Ovakvim zaključkom, ESP je, u stvari, pokušao da reši postavljeni problem, bez prethodnog isticanja dosta problematičnog pitanja supremacije komunitar-

²⁴ Vid.: Wolfgang Schön, "Playing Different Games? Regulatory Competition in Tax and Company Law Compared", *Common Market Law Review*, No. 42/2005, pp. 340-341 i Adolfo J. Martín Jiménez, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: an Institutional and Procedural Analysis*, pp. 232-234

²⁵ Slučaj C-330/91, *Regina v. Inland Revenue Commissioners ex parte Commerzbank* (1993) ECR I-4017

nog prava nad konvencijama o sprečavanju dvostrukog oporezivanja zaključenih sa državama-nečlanicama.²⁶

2.9. Za razliku od prethodnih, slučaj *Halliburton*²⁷ nije povezan sa direktnim oporezivanjem, nego sa indirektnim. Ovde je postavljeno pitanje slobode osnivanja preduzeća i proširivanje primene člana 52 EZ Ugovora (člana 43 Ugovora iz Amsterdama) na poreske sisteme država-članica. Problem se pojavio prilikom reorganizacije preduzeća unutar grupe kompanija locirane u više država i isticanjem zahteva za plaćanjem poreza kod prenosa nepokretnosti sa jednog člana grupe na drugog. Radilo se o tome da je nemački ogranak američke kompanije *Halliburton Inc.* prodao svoju stalnu poslovnu jedinicu lociranu u Holandiji holandskom ogranku ove kompanije. Inače, stalna poslovna jedinica sastojala se od nepokretnosti kod čije prodaje nastaje poreska obaveza za kupca. Međutim, prema holandskom zakonodavstvu, ako se transakcija izvrši u okviru reorganizacije unutar grupe, tj. ako se transakcija izvrši između kompanija koje su locirane u Holandiji, odobrava se poresko izuzimanje. Međutim, kako su ova dva ogranka bila locirana u različitim državama (Nemačkoj i Holandiji), navedena poreska olakšica nije odobrena, tako da je holandska poreska uprava zatražila od holandskog ogranka da plati porez. Smatrajući da se time vrši diskriminacija i povreda člana 52 EZ Ugovora (člana 43 Ugovora iz Amsterdama), holandski ogranak *Halliburton* kompanije obratio se Holandskom visokom sudu, koji je rešavanje preneo na ESP. Holandska vlada istakla je da se plaćanje poreza na transakcije u vezi sa nepokretnostima ne odnosi na bilo kakvo prekogranično pitanje, već da porez treba da plati holandski ogranak *Halliburton* kompanije, čime teret poreske obaveze uopšte ne dotiče nemački ogranak ove kompanije. Takođe, holandska vlada istakla je i argument o nemogućnosti da holandska poreska uprava kontroliše postojanje jednakosti u položaju kompanija u Holandiji sa onima koje su locirane u drugim državama-članicama zbog nedovoljnih kapaciteta da sprovede tako sveobuhvatnu kontrolu. Na ove argumente ESP odgovorio je da se informacije uvek mogu dobiti posredstvom razmene sa drugim državama-članicama, kao i da u konkretnom slučaju postoji povreda člana 52 EZ Ugovora (člana 43 Ugovora iz Amsterdama), budući da u prodavac snosi veći poreski teret zavisno od toga koju formu organizovanja preduzeća odabere (javna preduzeća i preduzeća sa ograničenom odgovor-

²⁶ Vid.: Adolfo J. Martín Jiménez, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: an Institutional and Procedural Analysis*, pp. 229-230

²⁷ Slučaj C-193, *Halliburton* (1994) ECR I-1137

nošću izuzeta su od plaćanja poreza na prenos nepokretnosti, dok za stalnu poslovnu jedinicu nema izuzimanja).²⁸ Ovakav odgovor ESP, u stvari, je značio proširivanje primene odredne o poreskom izuzimanju i na transakciju između holandskog i nemačkog ogranka Halliburton kompanije.

2.10. Slučaj *Safir*²⁹ jedinstven je po tome što predstavlja prvi slučaj rešavan od strane ESP u vezi sa direktnim oporezivanjem i povredom slobode pružanja usluga. Pitanje je postavljeno u vezi sa oporezivanjem stranih osiguravajućih kompanija u Švedskoj. Naime, švedske osiguravajuće kompanije, kao i strane kompanije osnovane u Švedskoj podležu obavezi plaćanja poreza na premije osiguranja, koji se uplaćuje u penzione fondove. Karakteristično je da su, prema zakonodavstvu o porezu na premije, fizička ili pravna lica koja imaju prebivalište ili trajno rezidentstvo u Švedskoj, a koja su zaključila ugovor o životnom osiguranju sa kompanijama koje nisu registrovane u ovoj državi, pogođena plaćanjem poreza na premije. Porez plaćaju osiguravavajući kompanije, zbog čega se moraju registrovati i podneti potvrdu o izvršenom plaćanju stranoj osiguravajućoj kompaniji. Registracija i potvrda podnose se centralnom telu švedske uprave, koja na zahtev poreskog obveznika može odlučiti o izuzimanju od plaćanja poreza ili o njegovom umanjenju, pri čemu se zahteva ispunjenje različitih uslova za pružanje prve, odnosno druge poreske olakšice. Dok se za izuzimanje, odnosno oslobođenje od plaćanja poreza zahteva da porez koji bi se na sličan prihod platio u stranoj državi iznosi najmanje polovinu iznosa koji bi se platio u Švedskoj, dotle se umanjenje odobrava u slučaju kada je strani porez jednak najmanje 1/3 poreskog prihoda koji bi se ostvario u Švedskoj.

Polazeći od švedske regulative u vezi sa odobravanjem poreskog izuzimanja, odnosno umanjenja kod plaćanja poreza na premije osiguranja, *Jessica Safir* je tražila pružanje odgovarajuće olakšice prilikom plaćanja poreza. Ona je zaključila ugovor o životnom osiguranju sa osiguravajućom kompanijom *Skandia Life*, koja je britanski ogranak švedske matične kompanije i prema švedskoj poreskoj upravi istakla zahtev za izuzimanjem premije osiguranja od plaćanja poreza. Međutim, poreski organi su zahtev odbili i odobrili joj samo olakšicu u vidu umanjenja plaćanja poreza. Nezadovoljna ovakvom odlukom, gospođa Safir je podnela tužbu nacionalnom sudu, koji je zatim prosledio slučaj ESP. Inače, tužba se sastojala u pozivanju na povrede odgovarajućih članova EZ Ugovora (6, 59, 60 i 73b), odnosno Ugovora iz Amsterdama (članovi 12, 49, 50 i 56), isticanjem da se plaćanjem švedskog po-

²⁸ Više vid.: Adolfo J. Martín Jiménez, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: an Institutional and Procedural Analysis*, pp. 230

²⁹ Slučaj C-118/96 *Jessica Safir* (1998)

reza na premije osiguranja vrši diskriminacija između kompanija osnovanih u Švedskoj i kompanija osnovanih u inostranstvu, kao i da se time narušava jedna od osnovnih ugovornih sloboda – sloboda pružanja usluga.

Uzimajući u obzir brojne argumente koje je istakla švedska poreska uprava, ESP zaključio je da plaćanje poreza na premije osiguranja predstavlja ograničenje slobodnog pružanja usluga (u ovom slučaju, usluga osiguranja) prema tome da li su kompanije osnovane u Švedskoj ili drugoj državi. Iz tog razloga, ESP predložio je da se primena poreskog tretmana koji se pruža kompanijama osnovanim u Švedskoj proširi i na kompanije osnovane u inostranstvu. ESP prihvatio je činjenicu da se plaćanje poreza na premije osiguranja opravdava time što se na taj način popunjava praznina u smislu oporezivanja stranih kompanija, koje inače u drugoj državi uopšte ne bi platile porez, ali to ipak ne može biti i opravdanje za ograničavanje slobodnog pružanja usluga, a time i za povredu principa proporcionalnosti. I u ovom slučaju, Sud je istakao neophodnost da nacionalna zakonodavstva budu usklađena sa komunitarnim pravom, tj. naglasio je princip supremacije komunitarnog prava nad nacionalnim.³⁰ U vezi sa ovim, ESP je dalje naglasio i da sistemima u kojim se obezbeđuje različit poreski tretman domaćim i stranim kompanijama, u najvećem broju slučajeva, imaju šansu da budu proglašeni za diskriminatorne i u suprotnosti sa komunitarnim pravom, osim ako ne postoje posebno ubedljivi razlozi kojima se takav različiti tretman opravdava.

Za slučaj Safir značajno je i to što je ovde ESP potvrdio svoju ranije mnogo puta izraženu tendenciju odlučivanja u korist komunitarnog prava, tj. da u konkretnom slučaju postoji njegova povreda kada su u pitanju slučajevi iz oblasti direktnog oporezivanja kompanija, dok ta tendencija manje dolazi do izražaja u slučajevima gde se postavlja pitanje oporezivanja fizičkih lica.³¹

Zaključak

Imajući u vidu praksu Evropskog suda pravde u rešavanju brojnih slučajeva iz oblasti oporezivanja kako fizičkih, tako i pravnih lica, rezidenata i nerezidenata država-članica, sam po sebi nameće se zaključak o izuzet-

³⁰ Vid.: Snežana Stojanović, "Princip supsidijarnosti: jedan od osnovnih principa funkcionisanja Evropske Unije", str. 84-98.

³¹ Više vid.: Ben J. Kieckhefer, *Harmful Tax Competition in the European Union – Code of Conduct, countermeasures and EU law*, Kluwerlaw, Foundation for European fiscal studies, Erasmus University, Rotterdam, 2004, pp. 112-113 i Adolfo J. Martín Jiménez, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: an Institutional and Procedural Analysis*, pp. 247-250

nom značaju presuda ovog suda i njihovom stvaralačkom uticaju kako na komunitarno poresko pravo, tako i na poreska prava država-članica. U rešavanju skoro svih gore navedenih slučajeva, ESP svoje odlučivanje temeljio je na povredi osnovnih sloboda utvrđenih osnivačkim ugovorima Evropske zajednice, tj. unije, kao i na povredi osnovnih ugovornih principa. Po pravilu, pred ESP iznose se pitanja u vezi sa direktnim oporezivanjem, budući da je to oblast u kojoj nije izvršena harmonizacija poreskih sistema država-članica, dok se pitanje indirektnih poreza uglavnom ne postavlja. Razlog za to je, svakako, postojanje brojnih komunitarnih akata iz oblasti oporezivanja prometa i drugih indirektnih poreza, tako da se prema principu supremacije komunitarnog prava nad nacionalnim, ti akti direktno ugrađuju u nacionalna poreska prava, čime se sprečava pojava različitih problema i poreskih sporova između država-članica.

Međutim, osim što se odluke ESP pojavljuju kao presudne kod plaćanja direktnih poreza, one su od izuzetne važnosti i kod odlučivanja o povredi obaveze država-članica da uplaćuju prihode od carina i poljoprivrednih dažbina u budžet Unije. Posebna težina i značaj ovakvog odlučivanja ESP potiče od toga što je posebnim članom EZ Ugovora propisano da, ukoliko država-članica ne ispuni svoju obavezu uplate doprinosa u budžet Zajednice protiv nje se može podići tužba kod ESP, i to sa zahtevom da optužena država plati jednokratnu novčanu kaznu. Pri tom, tužbu može podići kako Evropska komisija, tako i druga država-članica.

Snežana Stojanović, PhD
Assistant Professor
University of Kragujevac
Faculty of Law

THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE – THE ROLE IN THE CREATION OF THE COMMUNITY TAX LAW

The article deals with the issue of the European Court of Justice praxis and its influence on the establishment of the Community tax law and tax law of the Member-States. It is very important the role of the ECJ's judgments on cases in the field of direct taxation, because there is no harmoni-

zation of the national tax systems in this field. Related with this, in this article I have listed and analyzed different cases and judgments, which had considerable role in adopting amendments of national tax laws. Also, judgments related with non-execution of the Member-States' financial duties to the EU budget are of the great importance, which is the reason why I have put a special consideration to this issue in the article.

Key words: European Court of Justice; Member-States; financial duties; direct taxation; Community law; fundamental freedoms; founding treaties

KORIŠĆENI IZVORI:

- 1) Brokelind Cécile (editor), *Towards a Homogeneous EC Direct Tax Law: An Assessment of the Member States' Responses to the ECJ's Case Law*, IBFD, Amsterdam, 2007;
- 2) Jiménez Adolfo J. Martín, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: an Institutional and Procedural Analysis*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, 1999;
- 3) Kiekebeld, Ben J., *Harmful Tax Competition in the European Union, Code of Conduct, Countermeasures and EU Law*, Kluwerlaw, Foundation for European fiscal studies, Erasmus University, Rotterdam, 2004;
- 4) Mutén Leif, "The Effects of ECJ Rulings on Member States' Direct Tax Law – Introductory Speech", in Cécile Brokelind (editor), *Towards a Homogeneous EC Direct Tax Law: An Assessment of the Member States' Responses to the ECJ's Case Law*, IBFD, Amsterdam, 2007, pp.29-40;
- 5) Popović Dejan, *Poresko pravo*, Pravni fakultet, Beograd/ Službeni glasnik, Beograd, 2008;
- 6) Scoppio Maria Elena, "The Role of Infringements" in Cécile Brokelind (editor), *Towards a Homogeneous EC Direct Tax Law: An Assessment of the Member States' Responses to the ECJ's Case Law*, IBFD, Amsterdam, 2007, pp. 41-58;
- 7) Schön Wolfgang, "Playing Different Games? Regulatory Competition in Tax and Company Law Compared", *Common Market Law Review*, No. 42/2005, pp. 331-365;
- 8) Stojanović Snežana, «Budžet Evropske unije – sopstveni prihodi i opšti budžetski principi», *Finansije* 1-6/2006, str. 74-104;
- 9) Stojanović Snežana, *Finansiranje Evropske unije*, Službeni glasnik/Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008;
- 10) Stojanović Snežana, "Princip supsidijarnosti: jedan od osnovnih principa funkcionisanja Evropske Unije", *Strani pravni život*, br. 1-2/2007, str. 84-98;
- 11) Slučaj C-392/02 ECJ;

- 12) Slučaj *Commission v. French Republic* (C-247/87);
- 13) Slučaj C-304/02 *Commission v. French*;
- 14) Slučaj 175/88, *Klaus Biehl v. Administration des Contributions du Grand-Duché de Luxembourg*, (1990) ECR I-1779;
- 15) Slučaj *Komisija v. Grand Duchy (Commission v. Grand Duchy of Luxembourg)* (1995) ECR I-3685);
- 16) Slučaj C-69/88, *H. Krantz GmbH & Co. v. Outvanter der Directe Belastinger and Staat der Nederlanden* (1990) ECR I-583;
- 17) Slučaj 81/87, *The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust Plc* (1988) ECR 5483;
- 18) Slučaj C-204/90, *Hans Martin Bachmann v. Belgian State* (1992) ECR I-249;
- 19) Slučaj C-112/91, *Werner v. Finanzamt Aachen-Innenstadt* (1993) ECR I-429;
- 20) Slučaj C-107/94, *P. H. Asscher v. Staatssecretaris van Financiën* (1996) I-3113;
- 21) Slučaj C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt v. Roland Schumacker* (1995) ECR I-225;
- 22) Slučaj C-330/91, *Regina v. Inland Revenue Commissioners ex parte Commerzbank* (1993) ECR I-4017;
- 23) Slučaj C-193, *Halliburton* (1994) ECR I-1137;
- 24) Slučaj C-118/96 *Jessica Safir* (1998).

Dr Ivanka Spasić
Naučni savetnik
Institut za uporedno pravo, Beograd

ZLOUPOTREBA DOMINANTNOG POLOŽAJA
I STVARANJE MERGER-A U PRAVU
KONKURENCIJE EU I SRBIJE
(*pozitivni propisi i case law*)

Slobodna i fer konkurencija između subjekata učesnika na tržištu je neophodna kako bi se omogućila preduzetnička inicijativa i nesmetano delovanje tržišnih zakona, koji predstavljaju osnov tržišne privrede. Da bi se uspostavio sistem zdrave konkurencije neophodni su adekvatni pravni propisi i to kao u nacionalnim okvirima tako i u okviru integracija koje počivaju na slobodnom (zajedničkom) tržištu, kakva je, pre svega, EU.

Budući da država Srbija nastoji da se izbori za mesto u evropskoj integraciji neophodno je najpre da osnovne privredne postulate konceptualno usaglasi sa evropskim; to se odnosi najpre na funkcionisanje slobodnog tržišta, pa time nerazdvojivo i na konkurenciju. Budući da je funkcionisanje slobodne konkurencije uređeno pravnim propisima jasno je da i pravni propisi kojima se uređuju pitanja slobodne konkurencije i njenog funkcionisanja moraju (takođe) biti usklađeni sa evropskim.

Komunitarno pravo konkurencije sadrži nekoliko većih celina; u ovom radu će biti reči samo o zloupotrebi dominantnog položaja od strane privrednih subjekata, načinu njegovog utvrđivanja i merama za njegovo sprečavanje odnosno eliminisanje i stvaranju koncentracija - mergera (budući da se stvaranjem koncentracija najčešće zloupotrebljava dominantan položaj). Specifičnosti instituta zloupotrebe dominantnog položaja i stvaranja merger-a biće analizirani kako u komunitarnom pravu tako i nacionalnom pravu konkurencije Republike Srbije.

Osnov za uređenje ove, kao i drugih oblasti komunitarnog prava u EU su materijalnopravni propisi kao i presude Suda pravde; nacionalno pravo konkurencije ima izvore samo u materijalnom zakonodavstvu, što ne zna-

či da se o odlukama sudova u slučajevima zloupotrebe dominantnog položaja ne može raspravljati i da one nemaju određenu "težinu".

Ključne reči: Zloupotreba dominantnog položaja, relevantno tržište; tržišna moć; geografsko tržište; stvarno tržište; stvaranje merger-a

Osnovi prava konkurencije u EU

Tržišna privreda može da se razvija i napreduje jedino ukoliko postoji sloboda preduzetništva; slobodu preduzetništva je, sa druge strane, praktično nezvodljivo ostvariti ukoliko ne postoji slobodna konkurencija; stoga se može reći da je slobodna konkurencija¹ glavni preduslov za razvoj tržišne privrede. Zbog svog velikog značaja konkurentsko ponašanje tržišnih subjekata je detaljno uređeno pravnim normama, konkretnije odredbama prava konkurencije. Pravo konkurencije egzistira kao uređen i profilisan sistem prvenstveno u nacionalnim sistemima zemalja sa razvijenom tržišnom privredom, ali i zemlje u razvoju i tranziciji najčešće imaju bar minimum propisa koji reglementiraju ovu izuzetno značajnu oblast. Evropska unija, kao najveća evropska integracija koja osim toga i počiva na jedinstvenom tržištu, ima vrlo razvijeno pravo konkurencije. Budući da su najrazvijenije evropske države istovremeno i članice Evropske unije, one su obavezne da sprovede sve propise komunitarnog prava konkurencije koji se tiču jedinstvenog tržišta i delovanja na njemu. Komunitarno pravo konkurencije utiče u velikoj meri i na odnose konkurencije vezane isključivo za nacionalna tržišta zemalja članica kao i zemalja koje pretenduju da to postanu (u skladu sa tim ove potonje nastoje da svoje pravo konkurencije što više usklade sa komunitarnim).

Pravila konkurencije u EU koncipirana su načelno veoma strogo², ipak, budući da se konkurencija ostvaruje u faktičkim a ne u idealnim uslovima, EU je usvojila i primenjuje koncept tzv. radne konkurencije; u skladu sa ovom koncepcijom načelno stroga pravila konkurencije su u praksi "ublažena" primenom različitih (vrsta) izuzeća. Najznačajnija izuzeća su ona predviđena u samom Ugovoru o osnivanju; ova izuzeća su razrađena "procesnim pravilima"³ Unije. Ovim (uslovno rečeno) procesnim pravilima uređuje se primena (komunitarnog) prava konkurencije.

¹ V. C.M. von Quitzow, *State Measures Distorting Free Competition in the EC*, The Hague-London-N.Y, 2001, str. 3-5.

² Osnovna premisa prava konkurencije u EU je načelo zabranjenosti.

³ Ovde se ne radi o procesnim pravilima u klasičnom smislu reči, već su to procesna pravila više uslovno rečeno budući da se njima utvrđuje način sprovođenja primene izuzećaka. Ova pravila uređuju način na koji se konstituisani principi i načela sprovedu u praksi; opširnije I. Spasić, *Osnovni koncepti prava konkurencije u EU i Srbiji*, *Pravo i privreda*, 2008, br. 1-4, str. 77 i dalje..

Osnovne izvore komunitarnog prava konkurencije, bez obzira na oblast⁴, predstavljaju odredbe Ugovora o osnivanju, zatim materijalne i procesne odredbe sadržane u brojnim pravilima (uredbama) koje donose Savet i Komisija EU. U domenu prava konkurencije znatno ređe se, kao pravni izvori, pojavljaju direktive, inače veoma zastupljene u drugim komunitarnim pravnim oblastima. Svojevrsan “dopunski” pravni izvor predstavljaju uputstva i saopštenja.

Ono što je veoma važno istaći kada se radi o izvorima komunitarnog prava u oblasti konkurencije, to je činjenica da odluke Suda pravde predstavljaju takođe izuzetno važan izvor prava. Sud pravde EU, donoseći presude u konkretnim slučajevima, daje suštinski važna tumačenja brojnih pojmova vezanih za realizaciju prava konkurencije. Odredbe komunitarnog prava konkurencije ne sadrže definicije niti objašnjenja mnogih pojmova kojima operišu⁵; Sud pravde⁶, prilikom odlučivanja, utvrđuje smisao ovih pojmova i na taj način (između ostalog) stvara pozitivno pravo konkurencije. Inače, pored Suda pravde i Komisija na određeni način kreira pozitivno pravo utvrđujući smisao pojmova kojima operiše u svom radu

U dugogodišnjoj praksi Suda pravde pojedine sudske presude postale su svojevrsni precedenti koji su imali ključnu ulogu u rešavanju određenih pitanja i davanju tumačenja određenim pojmovima. Nije redak slučaj da su neke od presuda Suda pravde postale “pravni izvor” za više vrsta spornih pitanja⁷.

⁴ Pravo konkurencije EU sadrži nekoliko celina u zavisnosti od toga kakva je vrsta “pretnje” ostvarivanju zdrave i fer konkurencije na tržištu; ove celine čine restriktivni (kartelni) sporazumi; zloupotreba dominantnog položaja; stvaranje merger-a; kao i odredbe o državnoj pomoći (i državnim monopoolima); o različitim oblicima povreda konkurencije videti R. Vukadinović, Pravo evropske unije, Beograd, 1996, op. cit. str. 225 i dalje.

⁵ U kategoriju takvih pojmova spadaju recimo pojam preduzeća, udruživanja, dominantne pozicije, i slično.

⁶ Sud pravde je dosta dug vremenski period bio jedini pravosudni organ Evropskih zajednica. Narastanjem i uslozljavanjem Unije i povećavanjem broja i obima zadataka njenih organa, pored Suda pravde, formiran je najpre Prvostepeni sud (1989), a zatim i Službenički tribunal (2004). Uvođenjem Prvostepenog suda postupci koji se pokreću direktnom tužbom, prešli su u njegovu nadležnost; prenošenjem pomenutih sporova na Prvostepeni sud, Sud pravde je konačno postao viša pravosudna instanca. Do stupanja na snagu ugovora iz Maastrichta Prvostepeni sud je imao karakter pomoćnog organa; Sporazumom iz Nice Prvostepeni sud je u potpunosti (i zvanično) dobio karakter ravnopravnog sudskog organa. Evidentno je da su i pravosudni organi evoluirali i donekle menjali svoj karakter, baš kao i drugi segmenti Evropske unije.

⁷ Recimo presude u slučajevima *Pronuptia*; *Parke Davis* i dr.

Dominanatan položaj tržišnog subjekta i njegova zloupotreba

U skladu sa odredbama komunitarnog prava slobodna konkurencija na tržištu može biti narušena na više načina; jedan od načina je i zloupotreba dominantnog položaja na zajedničkom tržištu ili njegovom (bitnom) delu, od strane jednog ili više preduzeća. Dominantan položaj ne predstavlja obavezno i nužno i monopolski položaj; on naime može postojati i kada preduzeće ima ("samo") mogućnost da se ponaša nezavisno od drugih učesnika na istom tržištu (dobavljača, klijenata i konkurenata). Mogućnost nezavisnog ponašanja na tržištu je (najčešće) posledica "držanja" znatnog dela tržišta proizvoda (često i preko 50%). Na mogućnost nezavisnog ponašanja na tržištu utiču naravno i drugi faktori (ekonomska moć, vertikalna integracija i sl.)⁸.

Koncept zloupotrebe dominantnog položaja, kao vida narušavanja komunitarnog prava konkurencije, sadržan je u odredbama člana 82 Ugovora o osnivanju.

U skladu sa odredbama ovog člana, zloupotreba dominantnog položaja može se manifestovati naročito kao, posredno ili neposredno, nametanje neodgovarajućih kupovnih ili prodajnih cena ili uslova razmene; ograničavanje proizvodnje, plasmana ili tehničkog razvoja na štetu potrošača; primenjivanje različitih uslova na iste poslove sa različitim poslovnim partnerima koji se na taj način stavljaju u nepovoljniji položaj, kao i u uslovljavanju zaključivanja ugovora prihvatanjem dodatnih obaveza koje, po svojoj prirodi ili u skladu sa trgovačkim običajima, nisu u vezi sa predmetom ugovora⁹. Ovi izričito navedeni slučajevi nisu jedini mogući, već su oni u praksi najčešći.

Zloupotreba dominantnog položaja postoji (samo) ako se njome može uticati na trgovinu između zemalja članica¹⁰.

⁸ Stav Suda pravde zauzet u slučaju *Continental Can v. Commission*, 1972, C.M.L.R. D11

⁹ Istovetno kao i u slučaju postojanja (nedozvoljenih) restriktivnih sporazuma (čl. 81) i kod definisanja zabrane dominantnog položaja utvrđeno je opšte pravilo i navedeni su izričiti primeri zloupotrebe dominantnog položaja.

¹⁰ Mogući uticaj na trgovinu između zemalja članica je neophodan uslov i u slučaju postojanja kartelnih sporazuma i u slučaju zloupotrebe dominantnog položaja. Kod kartelnih sporazuma pravni osnov nedozvoljenog ponašanja nalazi u sporazumu odnosno saglasnosti volja između preduzeća, dok se zloupotreba dominantnog položaja sastoji i ispoljava u ponašanju kao faktičkoj radnji (uglavnom pojedinog preduzeća). Razlika postoji u načinu nastanka i ispoljavanja nedozvoljenog ponašanja.

Treba naglasiti da je, sa stanovišta komunitarnog prava konkurencije, nedozvoljena samo zloupotreba dominantnog položaja, a ne sam dominantan položaj, kao takav.

Budući da tekst Ugovora o osnivanju nije utvrdio pojam i elemente dominantnog položaja ovaj "propust" je otklonio je Sud pravde; Sud je definisao dominantan položaj, u slučaju *Italian Flat Glass*¹¹, kao položaj u kome preduzeće ima snagu (moć) da se, na tržištu, ponaša nezavisno od svojih konkurenata ili klijenata. Kasnije presude ovog Suda u slučajevima *United Brands*¹², *Hoffmann La Roche*¹³ i *Mischelin*¹⁴ sadrže identično stanovište po pitanju određenja sadržine odnosno značenja pojma dominantnog položaja.

Vrlo je značajno pitanje kako, odnosno posredstvom kojih kriterijuma, se utvrđuje postojanje dominantnog položaja. Postojanje dominantnog položaja utvrđuje se posredstvom dva elementa, to su postojanje relevantnog tržišta i učešće na njemu. Relevantno tržište, kao tržište na kome postoji realna konkurencija između dva proizvoda, obuhvata stvarno tržište proizvoda (proizvodno tržište) i geografsko tržište.

Kod utvrđivanja proizvodnog (ili stvarnog) tržišta koristi se tzv. test funkcionalne zamenljivosti proizvoda; na osnovu ovog testa utvrđuje se krug međusobno zamenljivih proizvoda, primenom kriterijuma osobina proizvoda o kome se radi, njegove namene i cene¹⁵. Pored stvarnog tržišta proizvoda potrebno je utvrditi i geografske granice relevantnog tržišta; u svrhu utvrđivanja geografskih granica relevantnog tržišta posmatraju se prvenstveno distributivni troškovi, mogućnosti transporta, ali i pravne prepreke pri snabdevanju tržišta proizvodom ili njegovim supstitutom. Rele-

¹¹ *Societa Italiana Vetro SpA v. Commission (Italian Flat Glass)* (T-68, 77 and 78/89) 10 March 1992, (1992) ECR II-1403 (1992)5 CMLR 302 (1992)2 CEC 33, slučaj objavljen u knjizi V. Korah, *Cases and Materials on EC Compet. Law*, 2001, str. 153

¹² 28/76, *United Brands Company v. Commission* (1978) ECR, 1978 1 CMLR 429, CMR 8429; objavljeno u knjizi V. Korah, op. cit. str. 97

¹³ *Hoffmann -La Roche v. Commission* (85/76) 1979, (1979) ECR 461 (1979) 3 CMLR 211, CMR 8527 objavljeno u knjizi V. Korah, op. cit. str. 98.

¹⁴ *Mischelin v. Commission*, (1983), ECR, 3461; dato prema R. Vukadinović, op. cit. str. 256.

¹⁵ U spornom slučaju *United Brands Company v. Commission* (1978) ECR, 207; 322/81 razmatrana je zamenljivost banana na tržištu drugim svežim voćem; tužiocu su iznosili stanovište da banane i drugo sveže voće čine jedno tržište, dok je Komisija zauzela suprotno stanovište iznoseći specifičnosti banana i njihovu nezamenljivost za određene kategorije potrošača (stari, bolesni, deca, osobe na dijeti i sl.). Sud pravde je potvrdio ovakvo stanovište Komisije.

vantno geografsko tržište obuhvata prostor na kome se prodaje proizvod u pitanju (ili njegov supstitut)¹⁶.

Iz prakse Suda pravde evidentno je da relevantno tržište može obuhvatiti kako deo zajedničkog tržišta (pri čemu to može biti teritorija jedne¹⁷ ili više zemalja članica zajedničkog tržišta¹⁸), tako i znatno širi prostor (teritoriju celokupnog zajedničkog tržišta, pa čak i svetsko tržište¹⁹).

Da bi se moglo utvrditi postojanje dominantnog položaja i povezano sa tim njegova eventualna zloupotreba, mora se, pored stvarnog i geografskog tržišta, utvrditi i stepen odnosno intenzitet učesća privrednog subjekta na (tom) tržištu. To je moguće utvrditi na osnovu odnosa ukupnih poslova na tržištu i poslova koje preduzima konkretni privredni subjekat (preduzeće). Nije neophodno da se dominantan položaj pri tome podudara sa monopolskim (slučaj kada preduzeće u pitanju kontroliše u potpunosti relevantno tržište); dovoljno je da konkretno preduzeće ima takvu snagu na tržištu da se može nezavisno ponašati ne uzimajući u obzir konkurente i njihov položaj.

Postojanje dominantnog položaja utvrđuje se na više načina: prevashodno većinskim učesćem na relevantnom tržištu (preko 50%, mada može biti i manje ako je u pitanju umanjeno tržište); zatim utvrđivanjem dužine prisustva na tržištu; mogućnostima pristupa i raspolaganja finansijskim i tehnološkim izvorima sirovinama; zatim na osnovu ponašanja odnosnog preduzeća i slično.

Budući da član 82 Ugovora o osnivanju sankcioniše dominantan položaj samo ako se utvrdi da ga privredni subjekt zloupotrebljava, potrebno je utvrditi šta zapravo predstavlja zloupotrebu.

Pojam zloupotrebe je u ovom slučaju objektivne prirode²⁰; definitivno se ne utvrđuje namera preduzeća da eliminiše konkurente (što bi bio subjektivni aspekt radnje zloupotrebe), već se utvrđuje ograničavajuće dejstvo koje ima određeno ponašanje na konkurenciju na tržištu. U vezi sa utvrđivanjem pojma zloupotrebe postavlja se pitanje kakav je stvarni ili potencijalni uticaj ponašanja privrednog subjekta na intenzitet konkurencije na re-

¹⁶ Kao osnov za utvrđivanje pojma relevantnog geografskog tržišta poslužio je slučaj *United Brands*

¹⁷ Slučajevi *Re Gema*, 1971, C.M.L.R. D35 i *Mischelin*, 1982, C.M.L.R. R.643.

¹⁸ Slučaj *Continental Can*, op. cit.; u kontekstu ovog slučaja kao relevantno tržište je utvrđena teritorija severne Nemačke i zemalja Beneluksa.

¹⁹ Više je ovakvih slučajeva između ostalih *Bayer/Gist*, 76/172, 1976, 1 C.M.L.R. D98; *Re Wood Pulp*, 1985, 3 C.M.L.R. 474, i drugi.

²⁰ Ovakav stav Sud je zauzeo u, već više puta pomenutom, slučaju *Continental Can*.

levantnom tržištu. Mora se utvrditi da li postoji ili pak ne postoji smanjivanje konkurencije ispod funkcionalnog nivoa.

Radnje kojima se vrši zloupotreba dominantnog položaja²¹ su, u praksi komunitarnog prava konkurencije, sankcionisane od strane Komisije²² i Suda pravde.

U vezi sa narušavanjem komunitarne konkurencije putem zloupotrebe dominantnog položaja u Ugovoru o osnivanju (čl. 82), izričito su navedeni određeni slučajevi koji predstavljaju najflagrantniju i najtežu zloupotrebu dominantne pozicije na tržištu, a pri tome se najčešće javljaju u praksi; to su nametanje cena ili uslova razmene, ograničavanje proizvodnje, plasmana ili tehničkog razvoja na štetu potrošača, primena različitih uslova na iste poslove sa različitim poslovnim partnerima, uslovljavanje zaključivanja ugovora prihvatanjem dodatnih obaveza koje, po svojoj prirodi ili u skladu sa trgovačkim običajima, nisu u vezi sa predmetom ugovora. Prilikom određivanja sadržine ovih pojedinačnih izričito navedenih oblika zloupotrebe dominantne pozicije izuzetno značajnu ulogu imao je Sud pravde.²³

Stvaranje merger-a (koncentracija)

Mada predstavlja zaseban oblik (potencijalne) povrede prava konkurencije stvaranje merger-a je veoma često povezano sa zloupotrebom dominantnog položaja (iako to, naravno, nije i ne mora biti uvek pravilo); dominantan položaj na tržištu se, dakle, često zloupotrebljava upravo stvaranjem merger-a (koncentracija)²⁴.

Tokom svog aktivnog delovanja na tržištu tržišni subjekti se mogu dogovarati o zajedničkom koordiniranom nastupu, ali se mogu i čvršće međusobno povezivati, u zavisnosti od ciljeva, intenziteta i trajnosti veza. Oblici i načini povezivanja i zajedničkog nastupanja mogu biti veoma različiti.

U komunitarnom pravu konkurencije svi oblici povezivanja generalno se nazivaju koncentracijama. Konkretni vidovi koncentracija mogu biti do-

²⁰ Ovakav stav Sud je zauzeo u, već više puta pomenutom, slučaju *Continental Can*.

²¹ Najčešće radnje kojima se vrši zloupotreba dominantnog položaja su naplata monopolskih cena, diskriminacija cenama, predatorstvo, odbijanje snabdevanja, praksa vezane trgovine.

²² Komisija izriče novčane kazne kao i mere zabrane ponavljanja sankcionisanog ponašanja.

²³ Slučajevi *United Brands*; *Hoffman- La Roche*; *Michelin*; *AKZO* i drigi: opširnije V. Korah, op. cit. str. 97 i dalje.

²⁴ Moglo bi se reći da se neke koncentracije i stvaraju da bi se stekao (i zloupotrebio) dominantan položaj na tržištu.

sta različiti i obuhvataju fuzije odnosno spajanje, sticanje ili kupovinu i zajedničke poslovne poduhvate (joint-ventures). Jasno je da u prvom slučaju postoji statusno-pravno povezivanje a u svim ostalim slučajevima faktičko sticanje kontrole (bez obzira na osnov koji može biti recimo sticanje svojine ili prava korišćenja ili većinski udeo u akcijama i sl.).

Jasno je da povezivanje ne utiče samo na unutrašnju strukturu tržišnih subjekata već i na njihovo ponašanje na tržištu; povezivanjem se, naime, menja njihova unutrašnja struktura jer dolazi do delimičnog ili potpunog gubljenja ekonomske i pravne samostalnosti jednih i proporcionalnog jačanja drugih tržišnih subjekata. Povezivanjem tržišnih subjekata stvaraju se uslovi za njihovo efikasnije poslovanje, moglo bi se reći da istovremeno sa njihovim jačanjem raste i opasnost od sticanja (njihove) dominantne pozicije na tržištu i njene eventualne zloupotrebe (što je zapravo jedina, pravom konkurencije utvrđena, prava opasnost po konkurenciju).

U komunitarno pravo konkurencije kontrola koncentracija preduzeća je uvedena tridesetak godina posle zaključivanja Rimskog sporazuma, dakle relativno kasno. Za razliku od ostalih oblika antikonkurentskog ponašanja koji su predviđeni i uređeni odredbama Ugovora o osnivanju, kontrola koncentracija odnosno stvaranja merger-a je uređena Pravilom Saveta br. 4064/89²⁵; ovo Pravilo propisuje obavezu preduzeća koja se povezuju da podnesu prijavu Komisiji ukoliko njihovo povezivanje (koncentracija) ima komunitarni karakter odnosno dimenziju. Komunitarna dimenzija (odnosno značaj sa stanovišta jedinstvenog tržišta i ostvarivanja konkurencije na njemu) se utvrđuje na osnovu visine prihoda učesnika u (stvorenjoj) koncentraciji²⁶.

U skladu sa odredbama komunitarnog prava, koncentracija sa komunitarnom dimenzijom se mora prijaviti Komisiji dok još nije konzumirana²⁷. Do donošenja konačne odluke Komisije, preduzeća učesnici u merger-u su dužna da zaustave postupak realizacije koncentracije.

Komisija donosi odluku o kompatibilnosti koncentracije sa zajedničkim tržištem u roku od mesec dana od prijema prijave.

Kriterijum kojim se rukovodi Komisija kod utvrđivanja dopuštenosti koncentracije je mogućnost odvijanja funkcionalne - efektivne konkurencije

²⁵ Ovo Pravilo je izmenjeno 1997. god. odredbama Pravila Saveta br. 1310.

²⁶ Opširnije videti kod D. Marković-Bajalović, Tržišna moć preduzeća i antimonopolno pravo, Beograd, 2000, str. 278.

²⁷ To konkretno znači najkasnije jednu sedmicu posle zaključivanja ugovora ili objavlivanja javnog poziva za kupovinu akcija ili sticanja kontrolnog paketa akcija

je na relevantnom tržištu. Ukoliko dominantni položaj tržišnih subjekata koji je nastao ili je ojačan koncentracijom značajno ograničava konkurenciju na relevantnom tržištu, ovakva koncentracija je inkompatibilna sa zajedničkim tržištem i neće biti dopuštena. Naravno da se ograničavanje konkurencije stvaranjem određene koncentracije mora veoma precizno utvrditi u svakom pojedinačnom slučaju²⁸; moguće je naime da i pored aktuelnog postojanja “ugrožavajuće” koncentracije u trenutku procene, Komisija utvrdi da je ovakvo stanje zapravo samo prolazno i da neće potrajati, te ni stvorena koncentracija neće trajnije ugrožavati konkurenciju na tržištu²⁹.

Komisija ima ovlašćenja da odluku o dopuštenosti koncentracije uslovi obavezama i ograničenjima za (preduzeća) učesnike u merger-u. Ukoliko učesnici u koncentraciji ne poštuju odluku Komisije može im se izreći kazna (koja može iznositi i 10% njihovog ukupnog prihoda). Pored izricanja kazne Komisija može odrediti i naložiti tržišnim subjektima i plaćanje penala.

Zloupotreba dominantnog položaja i stvaranje merger-a u pravu konkurencije Republike Srbije

Osnovni normativni akt koji uređuje najvažnija pitanja iz oblasti prava konkurencije u Srbiji je Zakon o zaštiti konkurencije³⁰. Zakon sadrži materijalnopravne odredbe o oblicima povreda konkurencije, kao i pitanja o načinu sprovođenja zaštite slobode konkurencije.

Zakon je predvideo tri vrste akata odnosno radnji privrednih subjekata i drugih fizičkih i pravnih lica (kao i ostalih učesnika na tržištu) kojima se povređuje slobodna konkurencija, te tri vrste povreda čine sporazumi ko-

²⁸ Recimo u slučaju *Alcatell/Telettra*, April 1991, OJ, L122/48, /1991/CMLR 778, CEC 2112 Komisija je utvrdila da nema realne opasnosti od stvaranja dominantne pozicije na tržištu telekomunikacija (i njene zloupotrebe) bez obzira na udele koje je firma Alcatell otkupila od Fiata. Analizom svih merodavnih faktora za konkretan slučaj utvrđeno je da Alcatell i Telettra sa jedne strane kao i Telefonica sa druge mogu da jačaju i šire se na tržištu nesmetano bez bojazni od narušavanja tržišne utakmice budući da su takve konkretne okolnosti; opširnije u knjizi V. Korah, op. cit. str. 543 i dalje.

²⁹ U slučaju *Mannesman* (L114/34, OJ, 1993) Komisija je konstatovala da visoki tržišni udeli istina predstavljaju nesumnjivi dokaz dominantne pozicije ali da oni ne bi trebalo da odslkavaju isključivo trenutno stanje već da budu i indikator budućeg (stanja); budući da je Komisija procenila da će, imajući u vidu konkretne okolnosti tog slučaja, dominantna pozicija i visoki tržišni udeli biti privremenog karaktera nije se protivila koncentraciji.

³⁰Zakon je donet 2005 god. (*Službeni glasnik RS*, 79/2005).

jima se bitno sprečava, ograničava ili narušava konkurencija (restriktivni sporazumi), zloupotreba dominantnog položaja kao i stvaranje koncentracija (merger-a).

Zakonski koncept u rešavanju osnovnih pitanja povrede konkurencije karakteriše suštinsko približavanje savremenom evropskom pravu, prvenstveno pravu konkurencije Evropske unije. Svrha donošenja Zakona je naravno zaštita konkurencije ili preciznije obezbeđivanje ravnopravnosti svih učesnika na tržištu u cilju podsticanja ekonomske efikasnosti, povećanja blagostanja društva i zaštite potrošača. U cilju ostvarivanja (ovih) proklamovanih ciljeva Zakon je uspostavio i specijalno telo - Komisiju za zaštitu konkurencije.

Zakonskim tekstom je, kako je već rečeno, utvrđen koncept povrede konkurencije i njenih oblika, propušteno je, međutim, da se odredi šta se, u zakonskom smislu reči, smatra konkurencijom.

Jednu od svakako najznačajnijih novina za srpsko pravo konkurencije predstavlja uvođenje pojma relevantnog tržišta i utvrđivanje parametara, odnosno kriterijuma, za njegovo određivanje.

Najznačajniji i u svakom slučaju najuspeliji deo zakonskog teksta predstavljaju odredbe koje se tiču različitih oblika povrede konkurencije. Od oblika narušavanja konkurencije izričito su predviđeni restriktivni (ograničavajući) sporazumi; zloupotreba dominantnog položaja i stvaranje koncentracija. Zakon nije predvideo državnu pomoć i državne monopole (kao oblike narušavanja konkurencije).

Analogno konceptu komunitarnog prava, nacionalno pravo konkurencije sadrži, pored odredaba o narušavanju konkurencije, i odredbe koje se odnose na njenu zaštitu; ove odredbe se tiču formiranja i nadležnosti Komisije za zaštitu konkurencije. Zakonske odredbe koje se odnose na ovlašćenja i rad Komisije predstavljaju veoma pozitivan pomak u odnosu na raniji nacionalni režim zaštite konkurencije (uspostavljen Antimonopolskim zakonom) u kome je formiranje i rad tela za zaštitu konkurencije bilo uređeno isključivo uredbama, dakle aktima izvršnih organa (pre svga Vlade) i kao takvo mnogo manje određeno i pouzdano.

U skladu sa zakonskim odredbama Komisiju je stalna, nezavisna i samostalna organizacija, sa svojstvom pravnog lica, koja ima zadatak da se stara o ostvarivanju slobodne konkurencije na tržištu. Komisija, u okviru svoje zakonske nadležnosti obavlja više funkcija, od kojih je funkcija odlučivanja u sporovima koji se pred njom pojave, svakako najznačajnija. Za ostvarivanje zadataka iz svoje nadležnosti Komisija ima odgovarajuće organe i stručne službe. Postupak koji se vodi pred Komisijom je po svom ka-

rakteru upravni postupak. Komisija može samo da naloži određeno ponašanje, ne može sama da preduzima mere niti da izriče sankcije.

Bez obzira na činjenicu da je uspostavljanje Komisije i generalno uređivanje njenog funkcionisanja zakonskim odredbama velika prednost u odnosu na raniji sistem, zakonske odredbe o Komisiji predstavljaju istovremeno najslabiji deo zakonskog teksta.

Zakon o zaštiti konkurencije, kao osnovni (mada ne nužno i jedini) temelj prava konkurencije u Srbiji definitivno nije savršen, on sadrži određeni broj propusta, od kojih su neki dosta značajni, prevashodno su to oni propusti koji se odnose na sprovođenje zaštite konkurencije. Kada se radi o oblicima narušavanja konkurencije, Zakon je u velikoj meri usaglašen sa odredbama komunitarnog prava, što se može smatrati njegovom prednošću, kao i prednošću sistema prava konkurencije koji se na njemu zasniva.

Zloupotreba dominantnog položaja

Nacionalni Zakon o zaštiti konkurencije predviđa zloupotrebu dominantnog položaja kao vid narušavanja konkurencije.

Već je u tekstu pomenuto da, u komunitarnom pravu konkurencije, do zloupotrebe dominantnog položaja dolazi u situaciji kada tržišni subjekat nije izložen velikoj konkurenciji na tržištu, te može određivati cenu svojih roba ili usluga ili nametati druge uslove poslovanja ne uzimajući u obzir ponašanje ostalih tržišnih konkurenata; sve to će biti moguće zato što je broj konkurenata mali ili su (oni) "slabi". Za utvrđivanje dominantnog položaja koriste se kriterijumi koji su usvojeni u praksi Komisije i Suda pravde; osnovni kriterijum predstavlja učešće određenog subjekta na relevantnom tržištu kao i odnos prema ostalim tržišnim učesnicima (potencijalnim konkurentima³¹). Tržišni udeo se izražava kroz procenat učešća tržišnog subjekta u ponudi određene robe odnosno usluga. Tržišni udeo od 50 i više posto uglavnom predstavlja dovoljan dokaz o postojanju tržišne dominacije, dok učešće ispod 50% podrazumeva dokazivanje postojanja dominantne pozicije primenom i ostalih (dopunskih) kriterijuma. Bez obzira na ustanovljene fiksne kriterijume u praksi nije baš lako utvrditi postojanje tržišne dominacije.

Nacionalni zakon utvrđuje postojanje dominantnog položaja i način njegovog utvrđivanja na sličan način kao i komunitarno pravo. U skladu sa Zakonom o zaštiti konkurencije dominantan položaj na relevantnom tr-

³¹ Od značaja je prvenstveno mogućnost pristupa potencijalnih konkurenata na neko tržište, to zavisi od toga kakve barijere ulasku na neko tržište postoje.

žištu ima onaj učesnik koji može da posluje nezavisno od drugih tržišnih učesnika, odnosno koji može da donosi poslovne odluke ne vodeći računa o odlukama svojih konkurenata, dobavljača, kupaca i (ili) krajnjih korisnika (čime su eksplicitno određeni i svi učesnici na tržištu). Zakon je ustanovio da učesnik na tržištu može (ali i ne mora) imati dominantan položaj ako je njegov udeo na relevantnom tržištu veći od 40%, uzimajući u obzir udele koje na tom tržištu imaju njegovi konkurenti, prepreke ulasku na relevantno tržište i snagu njegovih potencijalnih konkurenata kao i eventualni dominantan položaj kupca. Dominantan položaj može imati i učesnik čiji je udeo na tom relevantnom tržištu manji od 40%, ali u tom slučaju teret dokazivanja postojanja dominantnog položaja snosi Komisija ili podnosilac zahteva za utvrđivanje (postojanja) dominantnog položaja. Kada se radi o učesnicima na tržištu čiji je tržišni udeo veći od 40% oni snose teret dokazivanja da nemaju dominantan položaj. Udeo na relevantnom tržištu utvrđuje se na osnovu svih relevantnih ekonomskih kriterijuma koji određuju položaj jednog učesnika na tržištu u odnosu na druge učesnike, uzimajući u obzir naročito količinu roba i (ili) usluga. Pored samostalnih učesnika na tržištu koji imaju dominantan položaj Zakon je predvideo i mogućnost postojanja kolektivnog dominantnog položaja³².

Za razliku od komunitarnog prava koje je predvidelo tržišnu dominaciju od 50% domaći zakonodavac je odredio da to bude 40% (ili čak i manje u određenim slučajevima); budući da se radi o malom tržištu to je sasvim normalno i opravdano.

Bez obzira na činjenicu da je Zakon izričito definisao tržišne udele pojedinih tržišnih učesnika izražavajući ih u procentima, konkretno utvrđivanje tržišnog udela nije ni malo jednostavno, a ponekad je i izuzetno teško.

Dok dominantan položaj sam po sebi nije zabranjen, njegova zloupotreba jeste. Zloupotrebom dominantnog položaja na relevantnom tržištu

³² Kolektivni dominantni položaj mogu imati dva ili više nezavisnih učesnika na tržištu koji su na relevantnom tržištu povezani ekonomskim vezama tako da zajednički deluju kao jedan učesnik na tržištu. Dva ili više učesnika na tržištu mogu (ali ne moraju) imati dominantan položaj na tržištu ako je njihov ukupan udeo na relevantnom tržištu veći od 50%, uzimajući u obzir udele njihovih konkurenata na tom tržištu, prepreke ulasku na to tržište, snagu njihovih potencijalnih konkurenata kao i eventualan dominantan položaj kupaca. Dominantan položaj na tržištu mogu imati dva ili više učesnika na tržištu i kada imaju manje od 50% udela na relevantnom tržištu, ali u tom slučaju teret dokaza postojanja dominantnog položaja snosi Komisija odnosno podnosilac zahteva za utvrđivanje dominantnog položaja. Ukoliko dva ili više subjekta na tržištu imaju ukupan udeo na relevantnom tržištu veći od 50% oni snose teret dokazivanja da nemaju dominantan položaj.

smatraju se radnje kojima se sprečava, ograničava ili narušava konkurencija, pri čemu Zakon, sem ove opšte klauzule izričito navodi i konkretne radnje koje se u praksi najčešće pojavljuju (istu metodologiju koristi i komunitarno poravo). To su radnje kojima se neposredno ili posredno nameću nepravedne kupovne ili prodajne cene ili drugi nepravedni uslovi poslovanja, zatim radnje kojima se ograničava propizvodnja, tržište ili tehnički razvoj a na štetu potrošača, radnje kojima se primenjuju različiti uslovi poslovanja na iste poslove sa različitim učesnicima na tržištu (čime se neki učesnici na tržištu dovode u nepovoljniji položaj u odnosu na druge konkurente), i konačno radnje kojima se zaključivanje ugovora uslovljava dodatnim obevezama koje nemaju veze sa predmetom ugovora.

Zakonom je utvrđeno da, Komisija, po službenoj dužnosti ili na zahtev zainteresovanog lica, utvrđuje postojanje zloupotrebe dominantnog položaja i o tome donosi rešenje. Rešenjem mogu biti predviđene mere koje su učesnici na tržištu obavezni da preduzmu kako bi se (ponovo) uspostavila normalna konkurencija na relevantnom tržištu i otklonile štetne posledice zloupotrebe dominantnog položaja. Rešenje treba da sadrži i rokove u kojima se moraju preduzeti odgovarajuće mere.

Ovlašćenja Komisije i mere koje ona može da sprovede u vezi sa tržišnom dominacijom i njenom zloupotrebom, načelno spadaju u "slabije" tačke Zakona.

Imajući u vidu činjenicu da, u komunitarnom pravu, određene odluke Komisije a naročito presude Suda pravde imaju jako veliki značaj za formiranje i uspostavljanja pravila konkurencije, razmotrićemo i neke odluke iz prakse domaćeg organa za zaštitu konkurencije. Ove odluke naravno nemaju karakter sudskih precedenata niti imaju snagu izvora prava ali su svakako vrlo značajne za naše pravo konkurencije koje je, u nekim aspektima, još uvek u ranoj fazi razvoja.

Komisija za zaštitu konkurencije je utvrdila da je Investicioni fond "Salford", vlasnik najvećih srpskih mlekarara, svojim ponašanjem na tržištu zloupotrebio dominantan položaj, koji evidentno ima buduću da je njegovo učešće na tržištu mleka preko 47%. Buduću da je utvrdila postojanje tržišne dominacije i što je još značajnije zloupotrebu dominantnog položaja od strane firme "Salford" Komisija je donela odgovarajuće rešenje. U skladu sa odredbama Zakona, koje su još na snazi (iako je najavljeno njihovo menjanje), praktična operativna ovlašćenja Komisije nisu naročito velika³³.

³³ U skladu sa svojim ovlašćenjima Komisija je naložila firmi "Salford" da izmeni klauzule (svojih) tipskih ugovora, koje redovno daje na potpis saugovaračima kada zaključuje sa njima ugovore (po principu ugovora po pristupu).

Nezadovoljna firma (odnosno više firmi u sastavu "Salford" grupe) podnelo je tužbu sudu protiv odluke Komisije. Vrhovni sud Srbije je poništio rešenje Komisije za zaštitu konkurencije navodeći u obrazloženju da Komisija nije pravilno utvrdila činjenično stanje, budući da nije primenila Uredbu o kriterijumima za utvrđivanje relevantnog tržišta. Relevantno tržište je, po navodu Suda, definisano kao tržište otkupa sirovog mleka od strane mlekaru; u rešenju Komisije je, po navodima Suda, cenjeno samo učešće jedne vrste učesnika na tržištu i to na sektoru tražnje. Po mišljenju Suda nije mogla biti uzeta, kao relevantna, samo primarna količina sirovog mleka već i ona koju je evidentirala zvanična statistika. Sud je dalje konstatovao da *Dunav Hrana grupa* (u čijem je sastavu "Salford" nema tržišni udeo od 47%, već da je njegovo učešće ispod 40%; utvrđujući pomenute parametre Komisija je, po mišljenju Suda, izvršila povredu materijalnog prava a narušila je i neke odredbe koje se odnose na postupak.

Iz Komisije za zaštitu konkurencije je odgovoreno da Vrhovni sud nije u ovoj presudi ušao u suštinu problema; osim manjih povreda postupka koje Komisija priznaje i obavezuje se da ih ispravi, po mišljenju nadležnih u Komisiji ne stoji primedba da Komisija nije primenila Uredbu (o utvrđivanju učesća na relevantnom tržištu); ova Uredba, ističu u Komisiji, primenjuje se samo kada proizvod koji je predmet postupka ima moguću zamenu ili supstitut na tržištu, što ovog puta uopšte nije slučaj budući da mlekaru ne mogu da koriste ništa drugo osim sirovog mleka u proizvodnji, niti pak primarni proizvođači mogu da nude svoj proizvod nekom drugom osim mlekaru. Firma "Salford" je, po donošenju rešenja od strane Komisije, podnela "dokaze", prvenstveno izveštaj Instituta ekonomskih nauka (koji se u postupku odrekao autorstva nad pomenutom analizom, što dovoljno jasno govori samo za sebe). Komisija je rešena da ispravi proceduralne greške i da primeni spornu Uredbu, čime će dokazati da ova Uredba nije primenljiva u konkretnom slučaju (i da je doneseno rešenje Komisije ispravno).

Bez obzira na ishod pomenutog slučaja iz nacionalne prakse evidentno je da nije nimalo lako praktično utvrditi postojanje određenih kriterijuma i primeniti utvrđena pravna pravila.

Drugi slučaj koji je takođe izazvao pažnju šire javnosti je odnos snaga na tržištu kablovske mreže, najveći operater na domaćem tržištu firma SBB pokriva najveći deo teritorije (odnosno tržišta) kako u glavnom gradu tako (uglavnom) i širom Srbije. Cene ovog operatera su i najveće. Ono što je najopasnije u celoj ovoj priči je nemogućnost klijenata odnosno potrošača usluga kablovske mreže da biraju operatera po svom izboru, budući da po-

stoji svojevrsna podela odnosno parcelisanje tržišta ovih usluga od strane firme koje se ovim poslom bave.

U ovom slučaju svakako postoji narušavanje prava konkurencije prvenstveno sa stanovišta zaštite prava potrošača. Ono što se može postaviti kao pitanje je da li se u ovom slučaju radi o zloupotrebi dominantnog položaja od strane najvećeg i najačeg operatera firme SBB, ili je u pitanju zapravo nedozvoljeno sporazumevanje svih (ili najvećeg broja) operatera čime se prvenstveno ugrožavaju prava potrošača. Evidentno ima elemenata više oblika narušavanja prava konkurencije.

Komisija je nedavno donela rešenje kojim konstatuje postojanje dominantnog položaja operatera SBB-a na tržištu kao i postojanje zloupotrebe ovog položaja. Rešenjem Komisije se istovremeno nalaže pomenutom operateru usklađivanje ponašanja sa odredbama Zakona. Operater SBB je najavio tužbu protiv rešenja Komisije nadležnom sudu.

Veoma je izvesno i moguće da, u pomenutom slučaju, ima i elemenata nedozvoljenih (restriktivnih) sporazuma između tržišnih subjekata; da li se, pri tome, radi o sporazumima o podeli tržišta ili o dogovornoj praksi (ravnanju) već je znatno teže utvrditi³⁴

Principijelno, kada se govori o usaglašenosti odredaba o zloupotrebi dominantnog položaja u nacionalnom pravu konkurencije sa komunitarnim, može se zaključiti da su one usklađene u priličnoj meri; ova mera usklađenosti je ipak nešto manja od usklađenosti odredaba o restriktivnim sporazumima³⁵. Ove diskrepance u "meri usaglašenosti" različitih oblika ugrožavanja konkurencije u nacionalnom propisu u odnosu na komunitarno pravo posledica su i same prirode različitih oblika ugrožavanja slobodne konkurencije.

Stvaranje koncentracija

Dok Ugovor o osnivanju EU ne sadrži odredbe o koncentracijama već je ovaj oblik antikonkurentskog delovanja privrednih subjekata uređen Pravilom (uredbom) Saveta, Zakon o zaštiti konkurencije uređuje i ovaj oblik antikonkurentskog ponašanja na tržištu. Kao što su rešenja u pogledu restriktivnih sporazuma i zloupotrebe dominantnog položaja u Zakonu

³⁴ O različitim oblicima restriktivnog ponašanja videti kod I. Spasić, Pravni režim restriktivnih sporazuma u sitemu prava konkurencije EU i Jugoslovenskom pravu, Uslovi za realizaciju prometa roba i usluga u pravu EU i Jugoslovenskom pravu, Beograd, 2001, str. 63-65 i 84-93.

³⁵ Videti opširnije I. Spasić, op. cit., str. 88.

uređena u skladu sa odgovarajućim rešenjima sadržanim u komunitarnom pravu konkurencije, tako su i zakonska rešenja o koncentracijama koncipirana tako da budu (što je moguće više) u skladu sa odredbama Pravila EU (Pravilo Saveta br. 4064/89, izmenjeno Pravilom Saveta br. 1310 iz 1997. godine).

Nacionalni zakon je utvrdio tri moguća oblika nastanka koncentracija: promenom statusa učesnika na tržištu (spajanjem ili pripajanjem u skladu sa odredbama Zakona o privrednim društvima); sticanjem kontrole od strane jednog (ili više) učesnika na tržištu nad drugim učesnikom na tržištu ili njegovim delom; osnivanjem ili zajedničkim kontrolisanjem novog učesnika na tržištu od strane najmanje dva nezavisna učesnika (zajedničko ulaganje odnosno joint-venture). Budući da dva slučaja potencijalnog stvaranja koncentracija podrazumevaju sticanje kontrole, Zakon dosta detaljno određuje šta predstavlja kontrolu tržišnih subjekata nad drugim tržišnim subjektom. Pod kontrolom se podrazumeva mogućnost odlučujućeg uticaja na poslovanje učesnika na tržištu. Odlučujući uticaj na poslovanje drugog tržišnog subjekta može biti zasnovan na nekom pravu (recimo svojine ili pravu korišćenja, celokupne imovine ili njenog dela); ugovoru ili ugovornom ovlašćenju; kao i drugim pravnim ili činjeničnim sredstvima³⁶. Prilikom utvrđivanja konkretnog postojanja kontrole, traži se postojanje relevantnih pravnih ili faktičkih činjenica a ne postojanje namere zainteresovanih strana. Imajući u vidu dosta komplikovane odnose koji mogu nastati prilikom stvaranja koncentracija Zakon dosta detaljno utvrđuje (i) šta se ne smatra koncentracijom³⁷.

Da bi se formirala koncentracija na tržištu mora se pribaviti odobrenje Komisije³⁸; zahtev za odobravanje koncentracije (Komisiji) podnosi ovlašćeno lice, u određenom roku, ako ispunjava propisane uslove. Ovlašćenim licima smatraju se učesnici na tržištu koji planiraju koncentraciju; oni podnose zajednički zahtev, kada jedan tržišni učesnik stiče kontrolu nad celim ili delovima drugih tržišnih učesnika on podnosi zahtev za odobravanje

³⁶ Utvrđivanje drugih relevantnih ugovornih i činjeničnih sredstava nije baš sasvim jasno, ili se koriste načelne formulacije ili se nabroja, ovde je učinjeno nešto "između" što stvara mogućnost za pogrešno tumačenje.

³⁷ Nastankom koncentracije ne bi se moglo smatrati sticanje akcija ili udela (druge organizacije) koje privremeno stekne bankarska ili finansijska organizacija radi prodaje (pod uslovom da ih proda najkasnije u roku od 12 meseci); zatim sticanje kontrole koju, nad organizacijom, stekne stečajni upravnik, kao i joint-venture koji ima za cilj kordinaciju tržišnih aktivnosti dva ili više učesnika na tržištu.

³⁸ Isti princip postoji u komunitarnom pravu

koncentracije. Rok u kome se mora podneti zahtev Komisiji iznosi sedam dana od potpisivanja sporazuma odnosno objavljivanja javnog poziva ili ponude, odnosno od dana sticanja kontrole.

Uslovi koji moraju biti ispunjeni tiču se ukupnog godišnjeg prihoda³⁹ svih učesnika u koncentraciji bilo na tržištu Republike Srbije (preko 10 miliona eura u dinarskoj protivrednosti) ili na svetskom tržištu (preko 50 miliona eura u dinarskoj protivrednosti⁴⁰). U vezi sa pomenutim zakonom predviđenim iznosima bilo je dosta primedaba i neslaganja u poslovnoj i stručnoj javnosti; isticano je da su ti iznosi isuviše niski; budući da je postupak izmena Zakona u toku⁴¹ veoma je izvesno da će i ove zakonske odredbe doživeti korekciju.

Što se tiče samog postupka odobravanja koncentracije, Komisija je, pre razmatranja i donošenja odluke, obavezna da određene podatke učini javnim; ti podaci se odnose na tržišne učesnike (nazivi tržišnih učesnika koji traže odobrenje za koncentraciju), zatim na samu traženu koncentraciju (opis planirane koncentracije za koju se traži odobrenje), kao i na sektor privrede u okviru koga se koncentracija traži.

Zakon je predvideo mogućnost stvaranja koncentracija pod uslovom da Komisija utvrdi, u odgovarajućem postupku, da nema bojazni od sprečavanja, ugrožavanja ili narušavanja slobode konkurencije na tržištu, pre svega stvaranjem odnosno jačanjem dominantne pozicije tržišnih subjekata. Prilikom utvrđivanja da li postoji ugrožavanje konkurencije Komisija uzima u obzir više relevantnih faktora od kojih su najvažniji struktura relevantnog tržišta, stvorene i potencijalne koncentracije, položaj na tržištu učesnika koncentracije i njegova ekonomska i finansijska moć, mogućnost izbora dobavljača i korisnika, prepreke (pravne i druge) za ulazak na relevantno tržište, stepen unutrašnje i međunarodne konkurentnosti učesnika u koncentraciji, interes potrošača, itd. I u slučaju nastanka koncentracija mogu se javiti potencijalne poteškoće u vezi sa konkretnim utvrđivanjem elemenata tržišne dominacije i njene zloupotrebe, visine prihoda itd. Određene konkretne poteškoće su se u srpskoj praksi zapravo već pojavile, ne

³⁹ Zakon je posebno utvrdio izvesne specifičnosti utvrđivanja godišnjeg prihoda za učesnike na tržištu koji se bave pružanjem finansijskih usluga, kao i za društva koja se bave poslovima osiguranja i reosiguranja.

⁴⁰ U ovom (drugom) slučaju barem jedan učesnik koncentracije mora biti registrovan na teritoriji Republike Srbije

⁴¹ Bilo je reči najpre o izmenama i dopunama aktuelnog Zakona pa zatim i o donošenju novoga. Postupak se iz nepoznatih razloga neobično produžio, a detalji o predlozima koji su u opticaju nisu nam dostupni.

toliko zbog (ne)harmonizovanosti propisa, već zbog nemogućnosti efikasnog funkcionisanja pravila u konkretnim slučajevima. To se odnosi pre svega na oblast trgovine tzv. robom široke potrošnje (hrana, sredstva za domaćinstvo i higijenu i sl.); na domaćem tržištu egzistiraju određene koncentracije čiji je nastanak problematičan i koje svakako negativno utiču na funkcionisanje tržišta, pre svega posmatrano sa stanovišta zaštite potrošača. U domaćoj stručnoj ali i široj zainteresovanoj javnosti uporno se postavlja pitanje da li nastale koncentracije zloupotrebljavaju svoj monopolski položaj i utiču na tržište i cene, oštećujući potrošače i onemogućavajući pristup tržištu potencijalnim konkurentima.

Komisija za zaštitu konkurencije je u dosadašnjoj praksi sprovela istrage u vezi sa nekim od potencijalnih koncentracija na tržištu; to se pre svega odnosi na slučaj preuzimanja lanca "C Market"-a od strane firme "Primer C", koja inače pripada "Delta" grupi. Zahtev za odobravanje pomenute koncentracije nije podnesen Komisiji, što bi, u skladu sa Zakonskim tekstom, činilo stvorenu koncentraciju nedozvoljenom. Komisija je, sprovedeći istragu, dakle došla do zaključka da zloupotreba postoji, kao i da nastanak ove koncentracije nije bio zakonit. Bez obzira što je u postupku sprovedenom u skladu sa Zakonom, Komisija, donela potvrdnu odluku, zbog nedostatka zakonskih ovlašćenja, ona (Komisija) nije u mogućnosti da radikalnije interveniše već može samo da podnese zahtev nedležnim organima u ovom slučaju sudovima; zbog poslovične sporosti domaćih sudova to jako usporava rešenje situacije i umanjuje značaj ovakvog postupka.

Konvergentnost evropskog i nacionalnog prava konkurencije u oblasti zloupotrebe dominantnog položaja i stvaranja merger-a

Uprkos činjenicama da Zakon o zaštiti konkurencije predstavlja značajan pomak u uređivanju materije zaštite konkurencije u Srbiji, bilo je u stručnoj javnosti dosta primedaba na neka njegova rešenja. Najznačajne primedbe su (opravdano) upućene na račun postupka sprovođenja zaštite konkurencije, odnosno odredaba koje se tiču Komisije, njenih ovlašćenja i rada. Zamerke koje je isticala teorija dobijale su potvrdu u praksi svaki put kada bi se pojavile poteškoće u rešavanju konkretnih slučajeva; sve brojnije primedbe (uglavnom istog tipa) ishodile su inicijativu za unošenjem izmena u zakonski tekst (ili kreiranje novog teksta, što se kasnije počelo pominjati kao opcija).

Kada se govori o izmenama (kakva god bila njihova definitivna forma) one se odnose, pre svega, na znatno proširivanje ovlašćenja Komisije, koje bi obuhvatilo i mogućnost direktnog izricanja kazni privrednim subjektima

koji narušavaju konkurenciju. Ukoliko bi se ovlašćenje Komisije povećalo u tom smislu kao drugostepeni organ odlučivao bi Viši privredni sud. Uloga Komisije bi dakle bila mnogo veća nego do sada. Treba napomenuti da je pitanje značajnog uvećanja ovlašćenja Komisije veoma delikatno imajući u vidu značajne posledice po društvo i potrošače. Postoji bojazan da se dosadašnja relativno mala ovlašćenja Komisije ne zamene pretvelikim ovlašćenjima; u svakom slučaju o tome treba diskutovati na stručnoj javnoj raspravi.

Osim značajnijeg uvećanja ovlašćenja Komisije predložene izmene se odnose i na postojeće procenete ostvarenog prihoda privrednih subjekata koji služe kao osnov za odobravanje koncentracija; budući da su dosadašnji procenti ostvarenog prihoda bili realno niski, Komisija je bila nepotrebno opterećena. U skladu sa trenutnim stanjem stvari predloženi iznosi su dosta visoki pa postoji mogućnost da oni eventualno ipak budu previsoki za domaće prilike; ne bi bilo baš oportuno da se jedan tip principijelnih zamerki samo zameni svojom suprotnošću.

Bez obzira na izmene koje će tek uslediti treba istaći i one "bolje i uspešnije" delove srpskog sistema zaštite konkurencije. Treba naglasiti da je postojeći Zakon uspeo da oblast prava konkurencije u velikoj meri usaglasi sa odredbama komunitarnog prava konkurencije, što mu je, uz potrebu za poboljšanjem i osavremenjavanjem rešenja, i bio osnovni cilj; stepen usaglašenosti (harmonizacije) je naravno znatno veći kada se radi o materijal-nopravnim odredbama (povredama prava konkurencije), dok su, ako što je već istaknuto, odredbe o sprovođenju zaštite (procesne odredbe) znatno slabije i po kvalitetu i po stepenu harmonizovanosti te se stoga i predlažu njihove izmene.

Budući da smo se ovde bavili samo pitanjima zloupotrebe dominantnog položaja i stvaranja koncentracija treba istaći da nema naročitih razlika u vezi sa oblastima prava konkurencije na koje se povrede odnose kada je usklađenost sa odredbama komunitarnog prava u pitanju.

Ivanka Spasić, Ph.D.
Scientific Counsellor
Institute of Comparative Law, Belgrade

**ABUSE OF THE DOMINANT POSITION AND MERGER
CONTROLE IN THE EU AND SERBIAN
COMPETITION LAW**
(Material Law and Case Studies)

Competition law in EU regulates the basic questions of functioning of the fair competition on the single free market. Community competition law, as a part of European community law, is consisted of several “parts”, having in mind kind of the threat for functioning of competition on the market. These parts are restrictive agreements, abuse of dominant position, merger controle (concentration making), state mesures and (state) monopolies.

Serbian competiton law has been regulated with the “Law concerning the protection of the competiton”. This Law is consisted of material and enforcement rules (rules concerning the Comision). National Commission is a special body made for defending the freedom of competitotn on the market.

This article analyses the most importante questions conected with abuse of dominant position and merger controle in both European Comunity and Serbian Competititon law; their simillarities and differences, the level of harmonisation wich had been realised by Serbian competition law in this area, and the necessary changes which must be done to improve the funkcionality of the whole system of competititon.

Key words: Abuse of dominant position, Relevant market, Market power; Geographic market; Product Market; Merger Controle;

Mr Vesna Ćorić Erić
Institut za uporedno pravo, Beograd

THE ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE IN SHAPING CERTAIN ASPECTS OF THE AUDIOVISUAL MEDIA FRAMEWORK

Rad se prvenstveno bavi evolucijom pojedinih aspekata audiovizuelne regulative Evropske unije i ulogom Evropskog suda pravde u tom procesu.

Nakon toga se analizira u kojoj meri pravila nove Direktive o audiovizuelnim medijskim uslugama doprinose zaštiti i unapređenju kulturne raznolikosti, koja je između ostalog zagaranotvana Uneskovom Konvencijom o zaštiti i promociji raznolikosti kulturnih izraza, koju je ratifikovala i EU.

Ključne reči: audio-vizuelna regulativa EU; Evropski sud pravde; Uneskovska Konvencija o zaštiti i unapređenju kulturne raznolikosti

1. Introduction

The European Union's audiovisual market is the largest in the world. The European market for audiovisual works has expanded greatly over the past decade and will continue to do so in the near future. According to the study carried out by the European Commission, the European audiovisual market is the fastest growing in the world.¹

The growth of cable and satellite television has been immense. The video market as well as the cinema industry expanded over the time. Furthermore, the convergence of new technologies had open new markets at the crosswords of the audiovisual and software industries for multimedia works and computer games, which accounts for an ever-growing share of

¹ *Final Report*, 15 April, 1997; The Report estimated that industry's overall revenue was likely to grow by 69% over the period 1995-2000. See also Pascal Kamina, *Film Copyright in the European Union*, Cambridge University Press, 2002, at page 1.

the entertainment industry. Finally, the development of high-speed, high capacity and digital communications networks has allowed expansion of new modes of distribution for audiovisual works, such as video on demand or on-line delivery of films.² In other words, the proliferation and diversification of audiovisual products and services created growing demand for films, television programmes and multimedia products in digital age.

In 2007 there were 5300 transnational, national and local TV channels in the EU. The sector brought EUR 105 billion net revenues, including EUR 72 billion from TV/broadcasting and EUR 33 billion from retail (cinema, DVD).³ This significant economic potential and rapid expansion of the audiovisual industry explain why the EU shows a considerable interest in the audiovisual sector. However, during the first 25 years of its existence, the European Community did not develop a comprehensive and integrated media or audiovisual policy.⁴

The first attempts to shape a European Community audiovisual policy were triggered by the development of satellite in the 1980s broadcasting.⁵ However, the European Community had not have any treaty-based competence in the field of culture or the audiovisual sector before the Maastricht Treaty came into force.⁶

However, the attempts to shape the EC audiovisual policy began before the Maastricht Treaty. The 1984 Green Paper on the Establishment of a Common Market for Broadcasting, especially by Satellite and Cable⁷ was a starting point for further developments of the Community's audiovisual media policy. It was stated that the competences of the

² *Ibid.*, at 2.

³ Karol Jakubowicz, *Audiovisual Policy of the European Union*, http://www.anem.org.yu/admin/article/download/files/EU_Audiovisual_Policy-Jakubowicz.pdf?id=122, p. 1

⁴ *Ibid.*

⁵ http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/history/historytvwf/index_en.htm.

⁶ *Treaty on European Union*, adopted in Maastricht, Feb. 7, 1992, 1992 O.J. (C 191) 1, 31 I.L.M. 253, See Mira Burri Nenova, *The Reform of the European Community Audiovisual Media Regulation: Television Without Cultural Diversity*, *The International Journal of Cultural Property* (2007), p.171, http://journals.cambridge.org/download.php?file=%2FJCP%2FJCP14_02%2FS09407391070105a.pdf&code=cf192e2305cdfb6ca4bcf617ba24df.

⁷ *European Commission, Television without Frontiers: Green Paper on the Establishment of the Common Market for Broadcasting, Especially by Satellite and Cable*, COM(84) 300, May 1984

European Community in the field of broadcasting derived from the provisions of the Treaty aimed at establishing a Common Market. In addition, it was pointed out that the Treaty applies not only to economic activities but, as a rule, also to “all activities carried out for remuneration, regardless of whether they take place in the economic, social, cultural (including in particular, information, creative or artistic activities and entertainment), sporting or any other sphere”.⁸

From the very beginning, the European Court of Justice played a significant role in expanding the scope of activities falling under the Community’s prerogative in this regard. In its rulings, the Court held up a key principle of the treaties—that services should have free movement within the common market.⁹

The first significant ECJ case dealing with television transmission came before Television without Frontiers Directive, in 1974. The European Court of Justice found in the *Italian State v. Sacchi* case that broadcasting be considered a tradable service.¹⁰ Therewith the Court claimed the sector as within its jurisdiction of the Treaty of Rome. The ECJ ruled that “in the absence of express provision to the contrary in the treaty, a television signal must, by reason of its nature, be regarded a *provision of services*”. It added that “trade in material, sound recordings, films, apparatus and other products used for the diffusion of television signals are subject to the rules relating to freedom of movement for goods.”¹¹

Then in 1980, the Court applied this principle to a case of cross-border broadcasting. In the 1980 *Debauve* case¹², the European Court of Justice established that any discrimination by a Member State against a broadcasting signal due to national origin is illegal. The Court ruled that the companies transmitted from abroad were liable to their domestic le-

⁸ *Ibid*, COM (84) 300, p. 6, May 1984.

⁹ Alison Harcourt, *Institution – Driven Competition: The Regulation of Cross-Border Broadcasting in the EU*, European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Forum Series, EUI Working Paper RSCAS No. 2004/44, p. 7, http://www.iue.it/RSCAS/WP-Texts/04_44.pdf.

¹⁰ Case 155/73 *Guiseppe Sacchi*, ECR [1974] 409.

¹¹ Alison Harcourt, *Institution – Driven Competition: The Regulation of Cross-Border Broadcasting in the EU*, European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Forum Series, EUI Working Paper RSCAS No. 2004/44, p. 7, http://www.iue.it/RSCAS/WP-Texts/04_44.pdf.

¹² Case 52/79 *Procureur du Roi v. Marc J.V.C. Debauve and others* ECR [1980] 860.

gislations, not to laws in countries of reception. To put it simply, the 1980 *Debauve* case ensured that broadcasting from one Member State to another was legal. Based precisely upon these two ECJ rulings the EU passed its Television without Frontiers (TVWF) Directive in 1989.¹³

2. Television without Frontiers Directive – TVWF Directive

2.1 Basic Principles

These case laws led to the adoption of the main Community instrument in this area, the Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, which is commonly known as the Television without Frontiers Directive (TVWF Directive).¹⁴

This Directive was adopted in 1989, and mostly it reflects the structure and the basic provisions of the Convention on Transfrontier Television (CTT) of CoE.¹⁵

The goal was to encourage, via deregulation, the exploitation of new technologies, initially cable and satellite broadcasting, throughout the establishment of single market in television broadcasting services.¹⁶ In order to create preconditions for large internal market as well as to boost the inter-

¹³ Alison Harcourt, *Institution – Driven Competition: The Regulation of Cross-Border Broadcasting in the EU*, European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Forum Series, EUI Working Paper RSCAS No. 2004/44, p. 7, http://www.iue.it/RSCAS/WP-Texts/04_44.pdf.

¹⁴ http://www.itb.hu/dokumentumok/green_paper/greenpaper/greenpaper_8.htm.

¹⁵ See Council of Europe, *European Convention on Transfrontier Television*, (ETS No. 132, 1989), Strasbourg, May 5, 1989. The Convention served as a basis for the preparation of the Television without Frontiers Directive (89/552/EEC). The Convention creates a pan-European framework for the free circulation of television programme services, without providing regulation for domestic broadcasting activities as such. This presents the fundamental difference between the Convention and the Television without Frontiers Directive. Actually, the Convention only applies to transfrontier programmes whereas the Directive applies to both domestic and transfrontier broadcasting in the EU Member States. However, given that many broadcasting services, initially created with a domestic intention become transfrontier, the Convention rules therefore also apply to such services, available at the website: www.budobs.org/bo-documents/bo-documents/television-without-frontiers-the-convention-and-the-directive.html.

¹⁶ It applies to television broadcasts made over wires and over the air (including by satellite) and explicitly does not apply to services provided on individual demand. See Article 1(a), <http://www.ipandit.practicallaw.com/3-285-1978>.

national competitiveness of the European audiovisual industry vis a vis the USA, the EU-wide liberalization was needful.¹⁷

The 1989 Television without Frontiers Directive provided for firms within the EU, a framework for capital mobility, previously confined to national markets—television broadcasters.¹⁸ The TVWF Directive paved the way for cross border transmission via satellite and cable by means of defining television signals as services. The 1989 Television without Frontiers Directive introduced vital principle: that a broadcaster could only be regulated by the country of origin and not by the country of reception.¹⁹

This principle was derived from ECJ rulings in the 1970s and 1980s. Under the country of origin principle, the television broadcasts are required to comply only with the laws of the member state from which they emanate.

Further, the TVWF Directive required Member States to impose certain minimum standards on scheduled television services, which originate in their jurisdiction, covering *inter alia* following aspects:

- Rules of television advertising and sponsorship²⁰
- Protection of minors and public order²¹

¹⁷ Karol Jakubowicz, *Audiovisual Policy of the European Union*, http://www.anem.org.yu/admin/article/download/files/EU_Audiovisual_Policy-Jakubowicz.pdf?id=122, p. 4.

¹⁸ Alison Harcourt, *Institution – Driven Competition: The Regulation of Cross-Border Broadcasting in the EU*, European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Forum Series, EUI Working Paper RSCAS No. 2004/44, p. 8, http://www.iue.it/RSCAS/WP-Texts/04_44.pdf.

¹⁹ Under the Television without Frontiers Directive, notwithstanding the application of the country of origin principle, Member States may still take measures that restrict the freedom of movement of television broadcasting, but only under certain conditions listed in Article 2(a) and following the procedure laid down in this Directive. However, the European Court of Justice has consistently held that any restriction of the freedom to provide services, such as any derogation from a fundamental principle of the Treaty, must be interpreted restrictively. See Case C-355/98 *Commission v Belgium* [2000] ECR I-1221, paragraph 28; and Case C-348/96 *Calfa* [1999] ECR I-0011, paragraph 23., see http://www.ec.europa.eu/avpolicy/reg/tvwf/jurisdiction/index_en.htm.

²⁰ See Articles 10–20 of the Council Directive on the coordination of certain provisions laid by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (89/552/EEC), (OJ L 298, 17/10/1989, p.23), <http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/consleg/1989/L/01989L0552-19970730-en.pdf>.

²¹ See Articles 22, 22(a) and 22(b) of the Council Directive on the coordination of certain provisions laid by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (89/552/EEC), (OJ L 298, 17/10/1989).

- Promoting the production and distribution of European works²² and works by independent producers²³
- Right of reply²⁴

This cornerstone document of the European Union's audiovisual policy was amended by the Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997.²⁵

Rules on the free access of the public to major events (such as the Olympic Games) are one of the most important innovations incorporated by the revised Directive of 1997.²⁶

Each Member State is entitled to draw up a list of events, seen as being of major importance for society. These events must be broadcast unencrypted even if exclusive rights have been bought by pay-television stations. Besides that, on the basis of the principle of mutual recognition, Member States must ensure that broadcasters under their jurisdiction respect the lists of other Member States.²⁷

²² See Articles 4 and 6 of the Council Directive on the coordination of certain provisions laid by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (89/552/EEC), (OJ L 298, 17/10/1989). Required television broadcasters shall transmit a certain quota of "European" works rather than simply buying in programmes from outside the EU. European works are defined in the Directive and are, broadly speaking, works originating or produced in member states.

²³ See Article 5 of the Council Directive on the coordination of certain provisions laid by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (89/552/EEC), (OJ L 298, 17/10/1989).

²⁴ See Article 23 of the Council Directive on the coordination of certain provisions laid by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (89/552/EEC), (OJ L 298, 17/10/1989). The remedy of "right of reply" was established. This remedy allows people and other legal entities, such as companies, to require that any publication of inaccurate facts about them in the media, or any other publication of information which affects their legal rights, is publicly corrected.

²⁵ <http://www.greens-efa.org/cms/topics/dok/134/134500.htm>.

²⁶ See Article 3a of the *Directive 97/36/EC Amending Council Directive 89/552/EEC on the Coordination of Certain Provisions Laid Down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States Concerning the Pursuit of Television Broadcasting Activities*, (OJ L 202/60, 30/07/1997).

²⁷ See Article 3a of the *Directive 97/36/EC Amending Council Directive 89/552/EEC on the Coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities*, (OJ L 202/60, 30/07/1997). In this context is also relevant the Court of First Instance ruling in the *Infront WM AG v Commission of the European Communities* case of 15 December 2005, OJ, 10 February of 2006.

Teleshopping rules were also added by the 1997 amendment to the TVWF Directive.²⁸

2.2 Cultural Diversity Issues

Of the various innovations that the TVWF Directive has introduced, this paper primarily examines the aspects of audiovisual media regulation, which are likely to influence the diversity of cultural expressions in Europe.

In this context, the special attention will be attributed to the existing quota mechanisms for European works and for independent productions and to their effects to cultural diversity in the European media.

Article 4 (1) of the Television without Frontiers Directive stipulates that:

”Member States shall ensure where practicable and by appropriate means, that broadcasters reserve for European works, (within the meaning of Article 6), a majority proportion of their transmission time, excluding the time appointed to news, sports events, games, advertising, teletext services and teleshopping. This proportion, having regard to the broadcaster’s informational, educational, cultural and entertainment responsibilities to its viewing public, should be achieved progressively, on the basis of suitable criteria.”

Article 5 (1) of the Television without Frontiers Directive provided further that, “where practicable and by appropriate means, broadcasters shall reserve at least 10% of their transmission time, excluding the time appointed to news, sports events, games, advertising, teletext services and teleshopping, or alternatively, at the discretion of the Member State, at least 10% of their programming budget, for European works created by producers who are independent of broadcasters.”

The Court annulled the decision on the procedural grounds and consequently the judgment does not comment on the material legitimacy of measures taken by the Commission under Article 3a or of list regulations adopted by Member States.

²⁸ The definition of teleshopping in Chapter I is introduced in 1997, see 18 and 18a of the *Directive 97/36/EC Amending Council Directive 89/552/EEC on the Coordination of Certain Provisions Laid Down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States Concerning the Pursuit of Television Broadcasting Activities*, (OJ L 202/60, 30/07/1997).

The aforementioned provisions of the TVWF Directive ensure investment into European and independent productions and their availability to European audiences.²⁹

The impact study prepared for the TVWF review³⁰ demonstrated that the measures to promote European and independent productions made indeed significant impact. Namely, the average ratio of European works in the qualifying transmission time of the channels increased from 52.1% in 1993 to 66.10% in 2002, while the average proportion of independent productions increased from 16.2% in 1993 to 21.10% in 2002.³¹

The higher share of European productions is a clear sign of the achieved balance of offerings in the EC broadcasting markets. Although the increased circulation of programs within the EU is apparently achieved, it remains quite disputable whether these policy measures has contributed to promoting exports what was declared as one of overall goals from the very beginning.

However, it is apparent that the so-called “cultural” quota system envisaged by the TVWF Directive by no means influenced the cultural diversity in Europe.

There has been a stark contrast between political rhetoric³² and concrete regulatory instruments, which have been put in place. On one hand cultural diversity has been frequently invoked as justification for

²⁹ Karol Jakubowicz, *Audiovisual Policy of the European Union*, http://www.anem.org.yu/admin/article/download/files/EU_Audiovisual_Policy-Jakubowicz.pdf?id=122, p. 9.

³⁰ See also *European Commission, Seventh Communication on the Application of Articles 4 and 5 of Directive 89/552/EEC Television without Frontiers, as Amended by Directive 97/36/EC for the Period 2003–2004*, COM(2006) 459 final, August 14, 2006.

³¹ *European Commission, Sixth Communication on the Application of Articles 4 and 5 of Directive 89/552/EEC Television without Frontiers, as amended by Directive 97/36/EC, for the period 2001-2002* {SEC(2004) 1016}, July, 2004, <http://www.eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0524:EN:NOT>.

³² The European Council stressed that future TVWF initiative should “provide an opportunity of demonstrating the richness and diversity of European culture” and “contribute to a substantial strengthening of a European cultural identity.” See *European Council Decisions* of December 2–3, 1988, Rhodes, in *Bulletin of the European Communities*, No. 12/1988; also the EU Commissioner for Information Society and Media, Viviane Reding stressed out that high share of European works proves “the high quality of Europe’s home-grown audiovisual content and of the vitality of an audiovisual industry that draws upon Europe’s rich cultural diversity.” See *European Commission, “European Works’ Share of TV Broadcasting Time Now Stable Over 60%,”* IP/06/1115, Brussels, August 22, 2006.

the EU audiovisual policy regulation while on the other hand, legislator has never taken into consideration its real importance so far.

The Article 6 of the Television without Frontiers Directive, which provides a legal definition of “European works” is pertinent in this context.

This definition ensures that European works are only audiovisual productions, which comply with one of the following conditions:

- a. works originating from Member States;
- b. works originating from European third States party to the European Convention on Transfrontier Television of the Council of Europe (paragraph 2);
- c. works originating from other European third countries and co-produced with a producer established in a Member State (paragraph 3);
- d. works co-produced between producers established in third countries and in Member States in the framework of a bilateral co-production treaty between those States (paragraph 4).³³

There are several legally precisely defined conditions to ensure that European works are controlled either by a Community producer or by a co-producer established in an European third country party to the Convention.³⁴

It is clear from the wording of Article 6 of the TVWF Directive that requirements for European works are neither based on content quality nor on originality. In particular, there is no single criterion established with regard to the content of European work, that would also further contribute to achieving the cultural diversity goals.

Quota mechanisms based on the existing definition of European works cannot anyhow contribute to the protection and promotion of

³³ See Article 6 of the *Directive 97/36/EC Amending Council Directive 89/552/EEC on the Coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities*, (OJ L 202/60, 30/07/1997).

³⁴ Article 6 paragraph 4 states that productions which are not “European works” but are made in the framework of bilateral co-production agreements concluded between Member States and third countries will be treated as European works provided that the Community co-producers supply a majority share of the production costs and the production is not controlled by the producer from the third country.” See *Directive 97/36/EC Amending Council Directive 89/552/EEC on the Coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities*, (OJ L 202/60, 30/07/1997).

cultural diversity. Indeed, the criteria were determined based on a maximization of profit and “origin of profit principle”, thus relying solely on economic rationale.

Arguably, the introduced quota mechanisms even give rise to deterioration of quality of cultural programmes and to the homogenization of their content. Actually, in order to meet quota requirements, TV companies usually recourse to the “Big Brother” type of TV shows as to the inexpensive and profitable solutions. These low-budget programmes at the same time qualify as both a European work and as an independent production.³⁵

3. Audiovisual Media Services Directive – AVMS Directive

3.1. Basic Principles

The Television without Frontiers Directive incorporated an obligation for the Community to review it by 2002.³⁶ The actual review process of the Television without Frontiers Directive commenced with the Fourth Communication on the Application of the TVWF Directive for the period 2001 and 2002.³⁷

In December 2007 the Television without Frontiers Directive was further considerably amended and changed by the Directive 2007/65/EC concerning the provision of audiovisual media services (so called the Audiovisual Media Services Directive)³⁸ in order to keep abreast of the technological developments since 1997.

³⁵ There is evidence that TV channels have reduced the proportion of European works that are stock programs (generally more expensive) and increased the share of (generally cheaper) flow programs. See Mira Burri Nenova, *The Reform of the European Community Audiovisual Media Regulation: Television Without Cultural Diversity*, The International Journal of Cultural Property (2007), p.196.

³⁶ See Article 25 (a) of *Directive 97/36/EC Amending Council Directive 89/552/EEC on the Coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities*, (OJ L 202/60, 30/07/1997).

³⁷ *European Commission, Fourth Report on the Application of Directive 89/552/EEC “Television without Frontiers,” COM (2002) 778 final*, January 6, 2003.

³⁸ *Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities* (OJ L 332/27, 18/12/2007).

The Audiovisual Media Services Directive entered into force on 19 December 2007. Member States have two years to transpose the new provisions into national law, so that the modernized legal framework for audiovisual business will fully apply by the end of 2009.³⁹

The new, wide-ranging directive extends the Internal Market to audiovisual non-linear services ('pull' contents) and modernizes the rules on linear services ('push' contents).⁴⁰ Most importantly, the country of origin principle, as essential to the EC audiovisual media system, encompasses now all content services, including the nonlinear.

The Audiovisual Media Services Directive introduces "graduated regulation", or, in other words, the different level of strictness for previously defined audiovisual media services subcategories. Namely, due to the users' different degrees of choice and control over on-demand audiovisual media services, only a basic tier of rules applies to them. In fact, the regulation of conventional television broadcast (or linear media services) remains almost unchanged. The relaxation is introduced only with regard to the rules on advertising and product placement.⁴¹

On the other hand, nonlinear services are subject to a much lighter regime and would have to satisfy only a basic tier of rules with regard to the protection of minors and human dignity, right of reply, identification of commercial communications, and minimum qualitative obligations regarding commercial communications.⁴²

³⁹ http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/avms/index_en.htm.

⁴⁰ The audiovisual media services as umbrella term encompasses two subcategories: television broadcast or linear services and on-demand or nonlinear services. Television broadcast (or linear services) cover audiovisual media services "provided by a media service provider for simultaneous viewing of programmes on the basis of a programme schedule", while on-demand (or nonlinear services) offer audiovisual content "for the viewing of programmes at the moment chosen by the user and at his/her individual request on the basis of a catalogue of programmes selected by the media service provider". See Article 1 of the *Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007* (OJ L 332/27, 18/12/2007).

⁴¹ Thomas Walter Haug, *The new Audiovisual Media Services Directive as a Missed Opportunity in view of the Protection of Children and Young People against Harmful Influences of Advertisement in Nowadays' Media*, *European Law/ Europarecht*, 2008, 35-41, 37, <http://www.hanselawreview.org/pdf6/Vol4No1Art03.pdf>.

⁴² The notion of audiovisual commercial communication is taken from the e-Commerce Directive with an almost identical content and it encompasses all rules related to advertising; http://www.ec.europa.eu/avpolicy/reg/avms/index_en.htm.

3.1 Cultural Diversity Issues

The cultural diversity rhetoric was again frequent during legislative process. According to the European Commission, the reform aimed to increase choice, diversity, and investment in the European audiovisual media leading to a “vibrant audiovisual content without frontiers industry that is strongly rooted in the EU.”⁴³ The Commission expressed its expectations that new rules on product placement will “help to boost our creative economy and thus reinforce cultural diversity.” Moreover, both the rules on advertising and the rules on product placement have been seen as “further instruments safeguarding cultural diversity.”⁴⁴

However, the AVMS Directive does not incorporate any new concrete provision addressing cultural diversity considerations. As far as cultural diversity issues are concerned, the AVMS Directive does not bring about any substantial improvement.

Cultural diversity considerations are repeatedly affirmed in the Preamble of the AVMS Directive as well as in Article 3(i) (3) of the Directive. The adherence to the principles of the approved UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions was especially emphasized. The culture-based Article 151 (4) of the Treaty was also invoked. However, the mechanism for implementation of these articles are not envisaged by the Directive.

It was finally agreed after long discussions during legislative process that quota regime will be to a certain extent extended to the realm of non-linear audiovisual services.⁴⁵ Actually, the quota system, as determined by the TVWF Directive is preserved under the AVMS Directive but it applies only to linear (television broadcasting) services.⁴⁶ With regard to nonlinear services, the AVMS Directive does include a soft-law provision, which creates an obligation for the member states to ensure that media service

⁴³ *The Commission Proposal for Modernization of the Television without Frontiers Directive*, MEMO/05/475, Brussels, December 13, 2005.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ See Mira Burri Nenova, *The Reform of the European Community Audiovisual Media Regulation: Television Without Cultural Diversity*, *The International Journal of Cultural Property* (2007), p.179.

⁴⁶ See 25(a) of the *Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities* (OJ L 332/27, 18/12/2007).

providers under their jurisdiction “promote, where practicable and by appropriate means, production of access to European works.”⁴⁷

During legislative process, it was argued that it would be hard to install and monitor quota mechanisms applicable to non linear services. Nevertheless, quota system for on-demand services was adopted, too. However, Article 3(i)(2) specifies set of potential quotas for on-demand services that are considered technically applicable:

“Such promotion could relate, *inter alia*, to the financial contribution made by such services to the production and rights acquisition of European works or to the share and/or prominence of European works in the catalogue of programmes offered by the on-demand audiovisual media service.”⁴⁸

The European Commission is further obliged to report to the Parliament and to the Council on the application of this provision, taking into consideration the market and technological developments and the objective of cultural diversity.⁴⁹

The cultural diversity issues are not properly addressed solely by means of preserving the previously established quota system for linear services and by creating soft-law stimulus for nonlinear services. As it was previously elaborated, without providing adequate redefining of notion of European works cultural diversity goals will remain unfulfilled.

Although the Commission stated that the new rules on advertising as well as regulation of product placement are deemed as “further instruments

⁴⁷ See Article 3 (i) (1) of the *Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities* (OJ L 332/27, 18/12/2007).

⁴⁸ See Article 3(i)(2), *Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities* (OJ L 332/27, 18/12/2007).

⁴⁹ See Article 3i(3) of *Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities* (OJ L 332/27, 18/12/2007).

safeguarding cultural diversity”, legal interpretation of the AVMS Directive cannot support this statement.

Actually, product placement is defined as “any form of audiovisual commercial communication consisting of the inclusion of or reference to a product, a service or the trade mark thereof so that it is featured within a programme, in return for payment or for similar considerations.”⁵⁰

While it is undisputable that product placement will become important financial source for European audiovisual industry, it remains unclear how this creative economy boost would further “reinforce cultural diversity.”⁵¹

The very same arguments can be brought up for the other rules aimed at liberalizing of advertising in audiovisual media. A removal of the quantitative limits on advertising certainly enhances financial opportunities for broadcaster and content providers, but by no means has it contributed to cultural diversity goals.

Conclusion

Proponents of the AVMS Directive usually invoke the principle of subsidiarity as the proper justification for “culturally blind” approach taken by legislator. However, this argumentation does not seem very persuasive.

In this context Clause 4 of Article 151 of Treaty,⁵² Article 22 of the Charter of Fundamental Rights, the UNESCO Convention on the Pro-

⁵⁰ Article 1(m) of the *Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities* (OJ L 332/27, 18/12/2007).

⁵¹ See *The Commission Proposal for Modernization of the Television without Frontiers Directive*, MEMO/05/475, Brussels, December 13, 2005.

⁵² Culture was for the first time formally brought within the responsibility of the EU under the Maastricht Treaty establishing the European Community in 1992. There are now three articles concerning culture in the Treaty: Article 3(q) sets out the principle whereby the activities of the Union should include „a contribution to education and training of quality and to the flowering of the cultures of the Member States“. Article 87(3)(d) takes account of cultural goods and services. It authorises the Member States to provide aid for economic operators in order to promote culture and heritage conservation, provided such aid is compatible with the common market. The main legal basis, Article 151 (ex-article 128) defines the scope for Community action in the field of culture, mostly focussing on cultural exchange and cooperation, and providing the framework for initiatives such as the programme Culture 2000. See *Inventory-Legislation for Culture*, available at www.efah.org/index.php?id=98&pagelang=en.

tection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions,⁵³ and relevant case law should be taken into special consideration.

Namely, Clause 4 of Article 151 of the Treaty of Nice⁵⁴ stipulates that the Community must “take cultural aspects into account in its action under other provisions of this Treaty.” In fact, it marks the important recognition of the transversality of culture and establishes a formal relation between culture and other segments of European policy.

Further, Article 22 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union merely stipulates that the “Union shall respect cultural, religious and linguistic diversity”, but it has no direct legal effect.

In addition, the EU as a party to the UNESCO Convention on Cultural Diversity, has committed itself to the protection and promotion of cultural expressions and needs to meet these aims.

The *Cassis de Dijon* is also of crucial importance in this regard.⁵⁵ In addition to the derogations to the free movement that were explicitly prescribed by Article 30 of the Treaty, the ECJ developed an open-ended list of imperative requirements in the public interest.

Actually cultural policy measures implemented in the audiovisual sector fall under this category constituting “an overriding requirement relating to the general interest which justifies a restriction on the freedom to provide services”. The ECJ jurisprudence clearly demonstrates that besides single market objectives there is an enough room for parallel protection of public interest goals, related *inter alia* to the domain of culture.⁵⁶

Apparently, regulatory framework established by the Audiovisual Media Service Directive does not fully reflect the aforementioned legal provisions. Hopefully, the ECJ will throughout its rulings shape the

⁵³ The EU ratified the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions ratified on 18 December of 2006, see http://ec.europa.eu/culture/portal/action/diversity/unesco_en.htm

⁵⁴ Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, OJ No. C 321 E of 29 December 2006.

⁵⁵ Case 120/78 *Rewe Zentrale v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)* [1979] ECR 649.

⁵⁶ See case C-353/89 *Commission v. the Netherlands*, ECR [1991] I-4069, para. 30; C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor de Media*, ECR [1993] I-487, paras. 9-10 and case C-23/93 *TV10 SA v. Commissariaat voor de Media*, ECR [1994] I -4795, paras. 18-19. See also Mira Burri Nenova, *The Reform of the European Community Audiovisual Media Regulation: Television Without Cultural Diversity*, *The International Journal of Cultural Property* (2007), p.187.

audiovisual policy to meet cultural diversity objectives. Furthermore, it is expected that in long run, the ECJ case law, sensitive to public interest goals, will pay the way for the improvement of the AVMS regulatory framework.

Vesna Ćorić Erić, LL.M.
Institute of Comparative Law, Belgrade

THE ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE IN SHAPING CERTAIN ASPECTS OF THE AUDIOVISUAL MEDIA FRAMEWORK

This article firstly examines the background and development of certain aspects of the EC audiovisual media framework and initial role of the European Court of Justice in that process.

Subsequently, it discusses whether the existing audiovisual media framework appropriately guarantees the balance between the competition and the cultural diversity considerations and draws conclusions in this regard.

Key words: certain aspects of the EC audiovisual media framework; European Court of Justice; cultural diversity;

Dr Slavoljub Carić
Zastupnik Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava

IZVRŠAVANJE PRESUDA EVROPSKOG SUDA
ZA LJUDSKA PRAVA
(neka iskustva)

U ovom radu autor predstavlja neke ključne aspekte procesa izvršavanja presuda Evropskog suda za ljudska prava. Naime, presuda Evropskog suda za ljudska prava je „polazna tačka procesa koji bi trebalo da omogući da slobode i prava postanu delotvorna.“ Stoga, izvršenje presude donete od strane bilo kog suda, mora se smatrati sastavnim delom suđenja. Izvršavanje presuda Suda, takođe je deo principa vladavine prava.

Autor je opisao četiri glavna dela ovog procesa: raznošenje, plaćanje pravične naknade, primenu pojedinačnih i opštih mera.

Posebno, on je izvukao nekoliko zaključaka u vezi sa izvršavanjem presuda u oblasti porodičnih odnosa, gde je bio direktno angažovan kao vladin agent i predstavnik Republike Srbije.

Ključne reči: izvršavanje presuda, Evropski sud za ljudska prava, pojedinačne i opšte mere, pravična naknada.

I UVODNA RAZMATRANJA

Sudska presuda predstavlja krajnji ishod vođenja jednog sudskog postupka, ali, suštinski gledano, tek njenim potpunim izvršenjem ostvaruje se situacija zbog koje je čitav postupak i pokrenut. Dakle, svrha vođenja svakog sudskog postupka nije samo ishodovanje presude nego njeno izvršenje. To je princip koji jednako važi, kako za nacionalno, tako i međunarodno pravosuđe. Isti princip važi i za presude Evropskog suda za ljudska prava (Sud u daljem tekstu), jer „presuda Suda nije sama po sebi kraj, već obećanje buduće promene, polazna

tačka procesa koji bi trebalo da omogući da ljudska prava i slobode postanu delotvorna“.¹

Iluzorno je da donete presude ne budu izvršene, jer se radi o integralnom delu suđenja, tj. izvršni postupak predstavlja drugu fazu postupka, s obzirom da se pravo čija se realizacija traži ostvaruje tek trenutkom izvršenja.²

S tim u vezi Sud konstatuje da je „*iluzorno ako bi pravni sistem država ugovornica dozvoljavao da jedna pravnosnažna, obavezujuća sudska odluka bude neoperativna tako da ošteti jednu od strana.*“³

Princip izvršenja presuda proističe iz jednog šireg principa vladavine prava, kako je to Sud zaključivao u nizu svojih presuda kada se, kao u prethodno navedenim citatima, pokrenulo pitanje izvršenja presuda nacionalnih sudova.

Presuda Evropskog suda za ljudska prava u kojoj je utvrđena povreda Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu Konvencija) nije sama sebi cilj već predstavlja izvesnu satisfakciju za podnosioca predstavke, ali ima izvesne reperkusije i za tuženu državu. To se u prvom redu odnosi na njen budžet, ali izvestan uticaj može se ostvariti i u odnosu na njen pravni poredak, te njenu administrativnu i sudsku praksu.

Naime, članom 46 stav 1 Konvencije predviđeno je da Visoke strane ugovornice preuzimaju obavezu da se povinuju pravnosnažnoj presudi Suda u svakom predmetu u kome su stranke. U stavu 2 ovog člana predviđeno je da nadzor nad izvršavanjem presuda vrši Komitet ministara Saveta Evrope.

Shodno članu 44 Konvencije presuda postaje pravnosnažna:

- kada stranke izjave da predmet neće iznositi na Veliko veće;
- tri meseca nakon donošenja presude ako se ne zatraži da presuda bude izneta na Veliko veće;
- kada kolegijum (panel od petoro sudija) odbije zahtev za obraćanje Velikom veću.

Sa druge strane, obaveze iz presude odnose se pre svega na tuženu državu. Međutim, određene obaveze po presudi mogu nastati i za države ko-

¹ Tulkens F, “Execution and effects of judgments of the European Court of Human Rights: the role of the judiciary”, objavljeno u knjizi “Dialogue between judges”, Council of Europe, Strasbourg, 2006, p. 12

² Videti na primer, *Silva Pontes v. Portugal*, no. 14940/89, presuda od 23. marta 1994. godine, Serija A br. 286-A, str. 14, stav 33

³ *Burdov v. Russia*, no. 59498/00, presuda od 7. maja 2002. godine, stav 34.

je nisu učestvovala u postupku pred Sudom. Tako na primer, nakon donošenja presude Velikog veća u slučaju *Kovačić and Others v. Slovenia*,⁴ koja se odnosila na pitanje stare devizne štednje, Sud je shodno stavovima 255 i 256 iz navedene presude zatražio informaciju od svih država sukcesora bivše SFRJ o konkretnim akcijama oko nastavka i završetka tih pregovora, kojim bi se raspravilo i pitanje stare devizne štednje, iako su u postupku pred Sudom učestvovala jedino Slovenija, kao tužena i Hrvatska, kao intervenijent, jer se radilo o njenim državaljanima.

Stoga ovde će biti reči o o tome šta sve Visoke strane ugovornice tj. države preduzimaju u cilju povinovanja pravosnažnoj presudi Suda.

II MERE ZA IZVRŠAVANJE PRAVOSNAŽNE PRESUDE SUDA

Za svakog podnosioca predstavke od velike je važnosti da zna šta Sud može, a šta ne može da učini u presudi. Iluzorno je očekivati da će Sud ukinuti presudu nacionalnog suda ili okrivljenog, kome su povređena ljudska prava osloboditi od krivice. Treba imati u vidu da je presuda Suda suštinski deklaratorne prirode. To znači da Sud može konstatovati povredu Konvencije i dosuditi naknadu (*just satisfaction*) i troškove postupka.

Naime prema članu 41 Konvencije „Kada Sud utvrdi prekršaj Konvencije ili protokola uz nju, a unutrašnje pravo Visoke strane ugovornice u pitanju omogućava samo delimičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj stranci.“

Pored plaćanja naknade, prethodno je potrebno prevesti presudu i izvršiti njeno široko distribuiranje (tzv. diseminacija), a veoma je važno izvršiti individualne mere i preduzeti mere generalnog karaktera.

1. Diseminacija donete presude

Prvi korak na izvršavanju donete presude predstavlja njeno prevođenje na jezik tužene države, ukoliko to nije zvanični jezik Suda (engleski odnosno francuski), a zatim njeno javno objavljivanje. To podrazumeva objavljivanje u službenim glasilima, na službenim sajtovima, u posebnim knjigama, kao i široku distribuciju donete presude nadležnim državnim organima.

Pomenuta široka distribucija presude neophodna je radi podizanja svesti građana, ali i državnih organa o potrebi poštovanja i unapređenju sve-

⁴ *Kovačić and Others v. Slovenia*, no. 44574/98, 45133/98 i 48316/99, presuda od 3. oktobra 2008. godine.

sti o zaštiti ljudskih prava na nacionalnom nivou, a u skladu je preporukom Komiteta ministara Saveta Evrope Rec (2002)¹³ državama članicama o objavljivanju i distribuciji teksta Evropske konvencije o ljudskim pravima i sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava u državama članicama.

2. Isplata pravičnog zadovoljenje

Pojam i osnov za plaćanje pravičnog zadovoljenja

Pravično zadovoljenje (just satisfaction) je u suštini pravična naknada koju može tražiti svaki podnositelj predstavke (osim ako predsednik veća ne naloži drukčije) u pisanim zapažanjima o suštini stvari, ili ako takva zapažanja nisu podneta, u posebnom pismenu koje se dostavlja najkasnije dva meseca posle donošenja odluke o prihvatljivosti predstavke. Ovaj zahtev je striktan, tako da je na primer, u slučajevima *Filipović* i *Bulović protiv Srbije*, Sud prihvatio prigovor zastupnika da je zahtev za naknadu podnet neblagovremeno, pa u tim slučajevima nije dosuđena nikakva naknada, mada je utvrđena povreda prava iz Konvencije. Štaviše, u slučaju *Bulović* radilo se o zakašnjenju od samo nedelju dana.

Zahtev za naknadu dostavlja se sa svom potrebnom dokumentacijom, a u slučaju propusta veće može odbiti taj zahtev u celini, ili delimično. Veće može da pozove stranku ako nije tražila naknadu da se izjasni o zahtevu za naknadu u svakom trenutku postupka (pravilo 60 Poslovnika).

Ako veće zaključi da je došlo do povrede Konvencije ili protokola uz nju, ono može u istoj presudi koja se odnosi na suštinu stvari usvojiti i odluku o pravičnoj naknadi (u skladu sa članom 41 Konvencije). Međutim, ako pitanje pravične naknade još nije zrelo za odluku, veće ga zadržava u celini, ili delimično, i utvrđuje dalji postupak. Veće može odlučiti i da se na dodeljeni iznos podnosiocu predstavke obračuna i kamata ako se namirenje ne izvrši u predviđenom roku (pravilo 75, st. 1, 2 i 3 Poslovnika).

Visina i oblik pravičnog zadovoljenja

Znači, Sud, po Konvenciji, ima izvesnu slobodu prilikom određivanja pravične naknade, kako je to izraženo „ako je potrebno“. Imajući ovo na umu, Sud je, u praksi, određivao pravičnu naknadu jedino ako je ona proizišla iz kršenja Konvencije. Povreda koja je povezana s kršenjem, ali koja je nastala usled drugih uzroka ne kvalifikuje se kao naknada (*Konig*). Potom, pravično zadovoljenje (naknada), prema članu 41 Konvencije, ima kao cilj, pre svega, da podnosioca predstavke, što je moguće više, stavi u poziciju u kojoj bi bio da se kršenje Konvencije nije dogodilo (*Piersack*)

Prilikom procene visine pravične naknade Sud uzima u obzir i držanje podnosioca predstavke. Tako, na primer, u slučaju *Messina (No. 2) protiv Italije*, podnosiocu predstavke, za koga je utvrđeno da je bio član mafije i diler droge, nije dosuđena nikakva naknada, tj. Sud se zadovoljio samo konstatacijom da je učinjena povreda.

Sud je prvi put dodelio pravičnu naknadu 1972. godine (*Ringeisen, 50.000 DEM*) i od tada je na ovom planu razvio značajnu praksu. Neka da ta naknada može biti samo simbolična (*Engel, 100 holanskih guldena*), jer Sud ceni okolnosti slučaja, pa je u pomenutom uzeo u obzir veoma kratak period pritvora. Međutim, u predmetu *Guincho*, Sud je ocenio da je u odnosu na zahtev razumnog vremenskog roka (član 6, stav 1 Konvencije), država dovela u takvo stanje podnosioca predstavke da mu treba odrediti naknadu od 100.000 eskudosa. U nekim slučajevima samo utvrđivanje povrede Konvencije predstavlja dovoljnu satisfakciju podnosiocu predstavke (prva presuda u odnosu na Srbiju u slučaju *Matijašević*).

U ranijoj praksi Sud je cenio i da promene izvesnih zakonskih odredaba u unutrašnjim pravnim sistemima, da bi se presuda izvršila, predstavlja pravično zadovoljenje – naknadu (*Norris*). Kasnije je odstupio od ovakve prakse (*Dudgeon*).

U novijoj praksi Suda novčana naknada može znatno opteretiti državu koja je prekršila Konvenciju i biti izražena u milionima evra (*Carbonara and Ventura protiv Italije*, oko 1.400.000 evra, zajedno sa troškovima podnosilaca predstavke).

Način isplate pravične naknade i rešavanje problema u vezi sa njenom isplatom

Obaveza da se plati naknada je bezuslovnog karaktera. Prilikom dosuđivanja pravične naknade Sud će odrediti njen iznos, valutu u kojoj se plaća, korisnika, rok i mesto plaćanja, kao i način obračuna kamate u slučaju zadocnjenja u njenoj isplati. Ovi uslovi su jednostrano određeni i nisu, u principu, podložni izmeni. Sa druge strane, država se ne može pozivati na unutrašnje probleme kao razlog za neplaćanje pravične naknade. Ovako striktni uslovi vezani za plaćanje pravične naknade, ipak, ne mogu da je svedu na kaznu, jer je njen osnovni smisao da pruži zadovoljenje podnosiocu predstavke za utvrđenu povredu ljudskih prava.

U praksi se, međutim, dešavaju situacije kada je državi otežana isplata pravične naknade usled razloga koji joj se ne mogu staviti na teret (nepoznato je gde se nalazi beneficijar, nedostaju podaci o broju računa ili su dostavljeni netačni podaci, beneficijar odbija da primi dosuđeni iznos itd.).

Međutim, u većini slučajeva, podnosilac predstavke, kao žrtva povrede, identifikovan je kao beneficijar kome treba isplatiti naknadu. U praksi Suda postoje i slučajevi kada je pravična naknada zajedno sa troškovima postupka isplaćena direktno punomoćniku podnosioca predstavke. Tako, na primer, u slučaju *Bilgin protiv Turske* Sud je odredio direktnu isplatu punomoćniku podnosioca predstavke da bi se obezbedila isplata troškova postupka u odnosu na potraživanja podnosiocevih poverilaca. Isto tako, u nekim slučajevima, kako bi se izbegao sukob interesa između maloletne dece i roditelja ili staratelja, Sud je dosuđivao isplatu naknade neposredno maloletnoj deci (*Scozzari i Giunta*, presuda od 13. jula 2000. godine). U izvesnim slučajevima Sud može označiti više podnosilaca kao korisnike pravične naknade, ali im može dosuditi jedinstven iznos naknade bez ulaženja u previše detalja (na primer, u slučaju *Yagtzilar and Others protiv Grčke*, presuda od 15. januara 2004). Naravno, u takvim slučajevima Sud može odrediti samo jednog podnosioca kome će se u ime ostalih isplatiti naknada, a on će je kasnije raspodeliti sa ostalima na osnovu unapred utvrđenog sporazuma.

Pored navedenih slučajeva u kojima se mogu javiti izvesne dileme u vezi sa isplatom pravične naknade, mogu se javiti i druge specifične situacije. Pobraćaćemo neke od njih:

- ako je podnosilac predstavke, a samim tim i potencijalni beneficijar pravične naknade umro pre donošenja presude, Sud u takvoj situaciji može dosuditi naknadu i licu koje je blisko povezano sa podnosiocem, a koje je izjavilo da želi nastavak postupka, nezavisno od pravila nacionalnog naslednog prava (*Nouhaud and Others protiv Francuske*);
- ako je podnosilac predstavke, a samim tim i potencijalni beneficijar pravične naknade umro posle donošenja presude, a pre isplate naknade, isplata se može izvršiti naslednicima, ali imajući na umu da ostavinski postupak može trajati izvesno vreme, postoji i mogućnost da država ispuni svoju obavezu uplatom dosuđenog iznosa u ostavinsku masu;
- ako se isplata treba izvršiti pravnom licu u stečaju, isplata se vrši ovlašćenom predstavniku pravnog lica ili stečajnom upravniku, ako ne postoji sukob interesa i ako u presudi nije drugačije određeno;
- ako se isplata treba izvršiti licu koje se nalazi na izdržavanju kazne zatvora, država može obavezu ispuniti deponovanjem sredstava na posebno otvoreni račun ili licu specijalno ovlašćenom za prijem dosuđenog iznosa (u slučaju *Dorigo protiv Italije* isplata je izvršena

- bratu podnosioca predstavke, koji se nalazio u zatvoru u vreme isplate);
- isplata na posebno otvoreni račun izvršiće se i u situaciji kada je primalac na nepoznatoj adresi ili odbija prijem.

Naravno, specifične situacije do kojih može doći povodom isplate pravične naknade mogu biti najrazličitije, zbog čega je Odeljenje za izvršenje presuda Evropskog suda za ljudska prava pripremlilo i poseban memorandum koji se bavi ovim pitanjem.⁵

3. Individualne mere

Strane ugovornice su takođe u obavezi da preduzmu neophodne mere u korist podnosioca predstavke kako bi se sprečila dalja zloupotreba prava, uklonile nastale posledice (*restitutio in integrum*) i predupredilo novo kršenje prava. To znači obavezu preduzimanja određenih *individualnih mera*

Izvršavanje presude u nekim slučajevima zateva i preduzimanje dodatnih mera. U presudi *Scozzari and Giunta protiv Italije*⁶ Sud je objasnio obaveze države da preduzme *opšte mere*, kako bi sprečile dalje povrede ili individualne mere kako bi ispravile posledice povrede koje trpi sam podnosilac predstavke:

“Članom 46 Konvencije Visoke strane ugovornice preuzimaju obavezu da se povinuju pravnosnažnoj presudi Suda u svakom predmetu u kom su stranke, čije će izvršenje nadgledati Komitet ministara. Iz toga proizlazi da, inter alia, presuda u kojoj Sud utvrdi kršenje nameće odgovornoj državi pravnu obavezu ne samo da isplati žrtvi novčanu sumu dodeljenu kroz pravično zadovoljenje, već i da izabere, pod nadzorom Komiteta ministara, opšte ili, ako ima potrebe, individualne mere koje će usvojiti u svom pravnom sistemu kako bi ispravila povredu prava utvrđenu pred Sudom i njene posledice kolikogod je to moguće. Odgovorna država je slobodna da izabere mere na koji način će izvršiti svoje pravne obaveze koje proizlaze iz člana 46 Konvencije, s tim što takve mere moraju biti u skladu sa zaključcima presude Suda.”

Individualne mere zavise od karaktera same povrede i okolnosti slučaja. One se obično preduzimaju onda kada pravično zadovoljenje naloženo

⁵ CM/Inf/DH(2007)12 od 6. marta 2007. godine (ovaj dokument ima karakter poslovne tajne).

⁶ *Scozzari and Giunta v Italy*, nos. 39221/98, 41963/98, presuda od 13. jula 2000. godine, stav 249.

od strane Suda nije dovoljno da bi se otklonile sve posledice povrede prava iz Konvencije, odnosno kada pojedinac i posle presude Suda trpi posledice kršenja njegovih prava. Takve mere su npr. ponovno otvaranje sudskog postupka, brisanje krivičnog dosijea, davanje boravišta, ukidanje odluke o deportaciji ili ekstradiciji itd.

Ponovno otvaranje postupka (ponavljanje postupka) pred domaćim sudovima može da bude jedan od efikasnijih načina za otklanjanje posledica povrede prava garantovanih Konvencijom. Ponavljanje postupka bi svakako trebalo preduzeti u situacijama u kojima a) oštećena strana trpi veoma negativne posledice zbog konkretnog postupka, a koje se ne mogu ispraviti novčanom naknadom – pravičnim zadovoljenjem ili na drugi način, osim ponovnim razmatranjem slučaja b) presuda Evropskog suda za ljudska prava dovodi do zaključka da je sporna presuda domaćeg suda meritorno suprotna Konvenciji ili kada je utvrđena povreda posledica proceduralne greške ili nedostatka takve težine da je mogla ozbiljno dovesti u sumnju ishod postupka pred domaćim sudovima.

Države često donose posebne zakone kojima se dozvoljava ponavljanje postupka nakon pravosnažne presude Evropskog suda. Srbija je to predvidela u Zakonu o parničnom postupku, ali nesumnjivo bi slično rešenje trebalo predvideti i za krivični i upravni postupak. Naime, odredbom člana 422 stav 1 t. 10 ZPP predviđena je mogućnost ponavljanja pravosnažno okončanog postupka ako je, po njegovom pravosnažnom završetku, Evropski sud za ljudska prava doneo odluku o istom ili sličnom pravnom odnosu protiv Republike Srbije. Namera zakonodavca bila je sprečavanje budućih postupaka pred Evropskim sudom ukoliko je taj sud već odlučio u istoj ili sličnoj stvari.

U slučaju *Tomić protiv Srbije* domaći sud je bezuspešno pokušavao, u periodu od 18. marta 2005. do 14. marta 2007. godine, da sprovede izvršenje presude kojom je majci povereno dete na negu i čuvanje, što je, u međuvremenu iskorišćeno od oca deteta, da stavi van snage izvršni naslov u zasebnoj parnici. Ovu činjenicu Sud je prokomentarisao na sledeći način:

«Najzad, P.V. je zapravo dozvoljeno da iskoristi pravosudni sistem, dok se činjenično stanje protekom vremena nije dovoljno izmenilo, da bi bila moguća izmena odluke o poveravanje deteta na čuvanje, negu i vaspitanje u posebnom sudskom postupku.»⁷

⁷ *Tomić v. Serbia*, no. 25959/06, presuda od 26. juna 2007. godine, stav 104. Ovom presudom utvrđene su povrede članova 6 stav 1, 8 i 13 Konvencije, a podnosiocu predstavljeni su troškovi postupka od 10.000 evra, kao i troškovi postupka.

Pozivom na gore navedenu odredbu iz Zakona o parničnom postupku podnosilac predstavke ima mogućnost da traži ponavljanje postupka pred domaćim sudom.

Ono što se može primetiti u vezi sa navedenom odredbom je da ZPP ne predviđa rok u kome stranka može zahtevati ponavljanje postupka za slučaj predviđen članom 422 tačka 10. Naime, članom 424 ZPP predviđen je subjektivni rok od 30 dana, ali samo za taksativno navedene slučajeve – tačke 1 do 9. Štaviše, u trećem stavu, član 424 definiše objektivni rok od 5 godina za podnošenje predloga za ponavljanje postupka – od dana kada je odluka postala pravosnažana. Međutim, ovaj objektivni rok ne važi za razloge navedene u članu 422 stav 1 tačka 10.

Može se izvesti zaključak da stranka koja je učestvovala u postupku koji je pravosnažno okončan, može bilo kada predložiti ponavljanje postupka ukoliko je Evropski sud za ljudska prava doneo odluku protiv Srbije u istom ili sličnom pravnom odnosu.

Ipakvo rešenje je suviše široko i u suprotnosti je sa načelom pravne sigurnosti. Svakako da strankama treba omogućiti da predlože ponavljanje postupka ukoliko postoje zakonom predviđeni razlozi. Međutim, potpuno odsustvo roka za postupanje u ovom slučaju doprinosi nemogućnosti konačnog rešenja jednog pravnog odnosa u neodređenom vremenskom periodu.

S druge strane, to dovodi i do praktičnog problema u procesu nadgledanja izvršavanja presuda Suda. Naime, podnosiocima predstavki se ostavlja nedefinisan period u kome mogu tražiti ponavljanje postupka, što može biti razlog da Odeljenje za izvršavanje presuda u okviru Komiteta ministara Saveta Evrope prati izvršavanje presuda Suda duže vreme nego što bi to bilo učinjeno da je rok jasno određen.

Takođe, objektivni rok bi za ovaj slučaj mogao biti duži od propisanih 5 godina.

U svakom slučaju, uprkos potrebi za zaštitu ljudskih prava, smatramo da zakonska rešenja treba prilagoditi realnosti vodeći računa o pojedinačnim interesima lica do čije povrede je došlo, ali i o pravnoj sigurnosti i potrebi da se pravni odnosi konačno reše.

Sa druge strane, upravo zbog nepostojanja odgovarajuće odredbe u ZKP (ta odredba sadržana je u novom ZKP čija je primena odložena do 1. januara 2009. godine) u slučaju *Matijašević* podnosilac nije bio u mogućnosti da traži ponavljanje postupka. Umesto toga podneo je drugi vanredni pravni lek (zahtev za ispitivanje zakonitosti pravosnažne presude, koji je Vrhovni sud Srbije odbio svojom presudom Kzp. 435/06 od 3. jula 2007. godine.

Inače, povodom ovog slučaja doneta je završna rezolucija Komiteta ministara u kojoj se konstatuje da je Srbija izvršila sve obaveze po ovoj presudi. U rezoluciji se kaže:

I. Isplata pravične naknade i pojedinačne mere

a) Pojediniosti pravične naknade

Materijalna šteta	Nematerijalna šteta	Sudski troškovi	Ukupno
-	-	662 EUR	662 EUR
Isplaćeno dana 17/10/2006			

b) Pojedinačne mere

Podnosilac predstavke nije dalje bio u pritvoru do suđenja: on služi osmogodišnju kaznu koja je rezultat krivičnog postupka. Povreda člana 6§2 nije ugrozila ni postupak o opravdanosti slučaja ni njegov ishod. Prema tome, ne traži se nikakva pojedinačna mera.

II. Opšte mere

Presuda Evropskog suda je odmah prevedena na srpski jezik i objavljena u *Službenom listu* br. 80 od 26/09/2006. godine. Zastupnik Vlade Srbije je poslao prevedenu presudu, uz objašnjenje, svim okružnim sudovima zamolivši predsednike sudova da prosleđuju presude svim opštinskim sudovima u svom području. Svi sudovi su zamoljeni da obrate maksimalnu pažnju na slične okolnosti kako bi se sprečile slične povrede. Konačno, Zastupnik je objavio članak u kome se ovaj slučaj analizira u domaćem pravnom časopisu i dao nekoliko izjava koje se odnose na ovaj slučaj u medijima (dnevni list *Politika* od 20/09/2006, str. 1 i 10) i u kontaktima sa predstavnicima pravosuđa.

Kada se radi o individualnim merama u vezi sa povredom prava na suđenje u razumnom roku nekada se zahteva ubrzavanje postupka pred domaćim organom i njegovo dovođenje do kraja, što se takođe može smatrati kao način da se ostvari *restitutio in integrum*. (Ovo je slučaj u predmetima *VAM*, *EVT*, *Jevremović*, *Marčić* i *16 drugih* i *Ilić*). Posebna pažnja u ostvarivanju individualnih mera zahteva se u slučaju bolesti podnosioca (slučaj *VAM*), u predmetima starateljstva i u radnim sporovima. Isto tako, Komitet ministara posebnu ekspeditivnost prilikom izvršavanja presuda Suda od država zahteva, pored prethodno pomenutih kategorija predmeta

u kojima se od nadležnih državnih organa zahteva "posebna pažnja," i u slučajevima neizvršavanja pravnosnažnih presuda domaćih sudova, te u slučajevima kontinuiranih povreda Konvencije (naročito u vezi sa imovinskim pravima).⁸ To bi se odnosilo na slučajeve *EVT*, *Marčić* i *16 drugih i Ilić*)

U slučajevima u kojima je Evropski sud utvrdio povrede člana 8 (koje se odnose na brigu o deci i vršenje roditeljskih prava) može doći do posebnih poteškoća u primeni individualnih mera zbog protoka vremena i izmene činjenica opisanih u presudi, zbog ponašanja roditelja i/ili drugih strana uključenih u postupak (usvojitelji, službe socijalne zaštite itd.) i zbog potrebe poštovanja principa „najbolji interes deteta.“ U predmetima koji se odnose na izvršavanje odluka u sferi porodičnih odnosa, Sud je smatrao da je odlučujuće to da li su nacionalni organi preduzeli sve neophodne mere do olakšaju izvršenje u meri u kojoj se to može tražiti u posebnim okolnostima svakog predmeta.⁹

4. Opšte mere

Opšte mere se preduzimaju u cilju sprečavanja novih sličnih povreda u budućnosti. Njihov broj je ogroman, a primena određene mere zavisi od uočenog problema i potreba u konkretnom slučaju. Moguće je da su povrede prava nastale kao posledica: a) nedostataka u samom zakonodavstvu, tako da bi se opšte mere ogledale u izmenama i dopunama ustavnih akata, zakona i podzakonskih propisa ili donošenju novih, ako je uzrok povrede prava njihovo nepostojanje; b) pogrešnog tumačenja postojećeg zakonodavstva i Konvencije i loše prakse sudskih organa.

U takvim situacijama neophodno je promeniti sudsku praksu u skladu sa nalogima iz presuda Suda u cilju njihovog izvršenja. To isto važi i za praksu upravnih organa. Pored toga, preventivno delovanje u cilju sprečavanja daljeg kršenja prava iz Konvencije može se sprovesti kroz prevođenje i objavljivanje presuda Suda sa dodatnim komentarima, kao i obezbeđivanje njihovog širokog distribuiranja i dostupnosti, što je u skladu sa preporukom Komiteta ministara Rec. (2002)13 od 18. decembra 2002. godine državama članicama o objavljivanju i distribuciji teksta Konvencije i precedentnog prava u državama članicama.

⁸ Videti Lobov M., *L'exécution des arrêts relatifs à la durée excessive de procédures judiciaires: l'expérience du Comité des ministres*, CDL(2006)035, p. 3

⁹ *Hokkanen v. Finland*, presuda 23/09/1994. godine, stav 58

Zbog toga i sam Sud daje Srbiji orijentir u kom bi pravcu trebalo delovati po pitanju opštih mera kroz presudu u slučaju V.A.M:

„Ako je pravosudni sistem manjkav u pogledu zahteva za razumni rok iz člana 6 stav 1 Konvencije, najdelotvornije rešenje je pravni lek čiji je cilj ubrzanje postupka, kako bi se sprečilo da taj postupak postane prekomerno dug. Takav pravni lek ima nespornu prednost nad pravnim lekom koji pruža samo kompenzaciju, budući da on istovremeno sprečava i zaključak o sukcesivnim povredama u vezi sa istim postupkom i ne popravljajući samo štetu nanetu kršenjem prava a posteriori, kako to čini kompenzatorni pravni lek. Neke države su u potpunosti shvatile situaciju, što se ogleda u tome da su izabrale da kombinuju dva tipa pravnih lekova, jedan koji je smišljen radi ubrzanja postupka, i drugi koji je smišljen radi obezbeđivanja nadoknade.”¹⁰

Presuda doneta u slučaju V.A.M. prva je od presuda donetih protiv Republike Srbije u kojima se Sud bavio problemom suđenja u razumnom roku i ukazao na odsustvo delotvornog pravnog sredstva povodom obezbeđivanja poštovanja prava na suđenje u razumnom roku. Nakon ove presude, u kojoj je ustanovljena i povreda člana 8 Konvencije, prouzrokovana upravo zbog dužine trajanja postupka, te člana 13 Konvencije, nastala zbog odsustva delotvornog pravnog sredstva za ubrzanje postupka, usledile su još dve slične presude (*Tomić*, u kojoj se radilo i o pitanju neizvršenja pravnosnažne presude donete u paternitetskom sporu povodom poveravanja deteta majci i *Jevremović*, gde je Sud takođe utvrdio povredu članova 6, 8 i 13 Konvencije, jer je postupak za utvrđivanje očinstva trajao predugo, dok postupak za izdržavanje deteta još nije okončan). Presuda doneta u slučaju *EVT* klasičan je primer neizvršavanja pravnosnažne presude domaćeg suda, dok je slučaj *Samardžić i A.D. Plastika* klasičan primer nepoštovanja principa suđenja razumnom roku, što takođe važi i za presudu donetu u predmetu *Mikuljanac, Mališić i Šafar* protiv Srbije, u kojoj je utvrđena i povreda člana 13 Konvencije.

O tome koliki je uticaj prakse Evropskog suda za ljudska prava na izmene u pravnom sistemu unutar jedne države, naročito u obezbeđivanju uslova za poštovanje prava na suđenja u razumnom roku svedoče i sledeći primeri. Nakon što je Sud utvrdio povredu člana 6 stav 1 Konvencije u slučaju *Union Alimentaria Sanders S. A. v. Spain*,¹¹ u Španiji je izvršena značajna sudska reforma. Isto tako, budžet odvojen za švajcarski Savezni sud

¹⁰ V.A.M. v. Serbia, no. 39177/05, presuda od 13. marta 2007. godine, stav 153

¹¹ Union Alimentaria Sanders S. A. v. Spain, no. 11681/85, presuda od 7. jula 1989

narastao je značajno nakon donošenja presude u slučaju *Zimmermann & Steiner v. Switzerland*¹². Reforme su ostvarene i u Italiji, Nemačkoj i Portugalu nakon što je Sud ustanovio da u pravnim sistemima navedenih država postoje nedostaci koji generišu sukcesivne povrede.

U slučaju *Kudla* akcenat je stavljen na unapređenje domaćih pravnih sredstava, međutim, »to ne oslobađa državu od obaveze rešavanja strukturnih problema.«¹³

Mere koje se mogu preduzimati u cilju rešavanja strukturnih problema, pa samim tim i sprečavanja budućih povreda u vezi sa poštovanjem zahteva za suđenjem u razumnom roku mogu se ticati organizacionih, ali i proceduralnih pitanja. Od organizacionih mera ističemo: 1) povećanje broja zaposlenih u sudovima, a naročito broja sudija (u Francuskoj je između 1998 i 2002. godine otvoreno 2.400 novih radnih mesta u sudovima, a za 2007. godinu planirano je zapošljavanje još dodatnih 950 sudija i 3.500 ostalog kadra u sudu); 2) ustanovljenje novih sudova, naročito u slučaju opterećenosti pojedinih sudova (nakon sudske reforme u Mađarskoj znatno je smanjena opterećenost Vrhovnog suda) ili formiranje specijalnih sudova koji bi se bavili samo predmetima koji dugo traju (ovako je postupljeno u Italiji na osnovu zakona br. 276 od 22. jula 1997. godine povodom predmeta iz građanske materije); 3) porast sudske budžeta; 4) administrativne mere u cilju unapređenja organizacije i upravljanja sudovima (na primer, mere kompjuterizacije) itd. Na planu proceduralnih pitanja važno je preduzeti mere u cilju unapređenja pravila postupka u parničnom, izvršnom, krivičnom postupku, izmenu nadležnosti sudova itd. Na primer, u Portugalu je izvršena reforma u oblasti izvršenja presuda određivanjem specijalnog osoblja, kratkih rokova i striktnih pravila u postupku izvršenja. U okviru toga, veoma je važno obezbediti sredstvo protiv dugog trajanja postupka (kompenzatorno, preventivno, punitivno ili kombinaciju ovih sredstava).¹⁴

Treba imati u vidu da Sud ne može ukinuti odluku domaćeg Suda ili staviti van snage domaći zakon, jer su neke njegove odredbe u suprotnosti

¹² *Zimmermann & Steiner v. Switzerland*, no. 8737/79, presuda od 13. jula 1983. godine, Serija A, broj 66.

¹³ Ovo se ističe u Interim Resolution DH(2005)114 u vezi sa Italijom.

¹⁴ Detaljnije o merama Komiteta ministara u okviru nadzora nad izvršavanjem presuda koje se odnose na suđenje u razumnom roku videti Lobov M., *The execution of judgments concerning the excessive length of judicial proceedings: The Committee of Ministers' Experience, Can excessive length of proceedings be remedied?* Collection Science and Technique of Democracy, No. 44, Council of Europe Publishing, pp. 349-355

sa Konvencijom. Međutim, u slučaju da država članica ne preduzme adekvatnu akciju u cilju izmene zakonodavstva, za koje je Sud našao da predstavlja kršenje Konvencije, Sud će to komentarisati u narednim presudama u vezi sa sličnim pitanjima.

O tome koliki je uticaj prakse Evropskog suda za ljudska prava svedoče i sledeći primeri. Nakon presuda u slučajevima *Dalban, Cumpana i Mazare*, u kojima je Sud utvrdio povredu člana 10 Konvencije (sloboda izražavanja), zbog osuda za uvredu i klevetu, Rumunija je Zakonom br. 278 od 12. jula 2006. godine ukinula čl. 205 i 206 Krivičnog zakona koji se odnose na ova krivična dela. Isto tako, posle donošenja presude u slučaju *Ignaccolo Zenide*, Rumunija je usvojila poseban zakon kojim je regulisana primena Haške konvencije o građanskim aspektima međunarodne otmice dece iz 1980. godine. U Hrvatskoj je posle donošenja presude u slučaju *Mikulić*, inicirana izmena Porodičnog zakona u vezi sa odredbama koje se odnose na utvrđivanje očinstva u sudskom postupku.

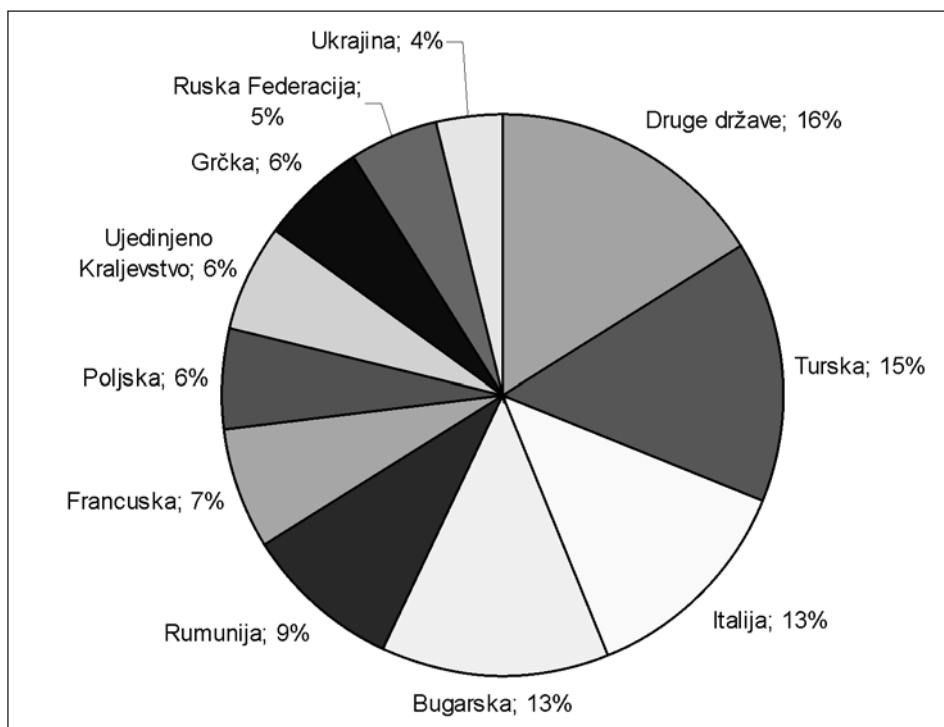
Treba imati na umu da Sud ne može ukinuti odluku domaćeg Suda ili staviti van snage domaći zakon, jer su neke njegove odredbe u suprotnosti sa Konvencijom. Međutim, u slučaju da država članica ne preduzme adekvatnu akciju u cilju izmene zakonodavstva, za koje je Sud ustanovio da predstavlja kršenje Konvencije, Sud će to komentarisati u narednim presudama u vezi sa sličnim pitanjima. To je učinjeno, na primer, u slučaju *Mesina protiv Italije*, koji se tiče pregledanja pošiljke zatvorenika, a povodom čega je Sud u ranijim presudama utvrdio povredu člana 8 Konvencije.

U nekim slučajevima Sud ide i korak dalje. Tako je povodom utvrđene povrede člana 1 Protokola 1 Konvencije (pravo na mirno uživanje imovine) Sud zahtevao od države da vrati oduzetu imovinu (*Brumarescu protiv Rumunije*), dok je u slučajevima nezakonitog lišavanja slobode i utvrđivanja povrede člana 5 Konvencije (*Ilascu i dr. protiv Rusije i Moldavije*) Sud konstatovao povredu tražeći od tuženih država da preduzmu sve mere u cilju okončanja arbitrarnog lišavanja slobode podnosilaca zatočenih u zatvoru u nepriznatoj moldavskoj republici Pridnjestrovlju.

Sa druge strane, države i same svesne svojih obaveza prema Konvenciji preduzimaju mere u cilju otklanjanja uslova koji u budućnosti mogu dovesti do povreda Konvencije (hrvatska vlada je renovirala Krilo B državnog zatvora Lepoglava u slučaju *Benzan protiv Hrvatske* povodom istaknute povrede člana 3 Konvencije u vezi sa uslovima u pomenutom zatvoru). Kada su u pitanju uslovi u zatvorima, za nadzor nad Konvencijom posebno je zadužen Evropski komitet za sprečavanje nehumanog i degradirajućeg tretmana i mučenja (CPT) ustanovljen Evropskom konvencijom za sprečavanje torture, nehumanog i ponižavajućeg tretmana i mučenja od 1989. godine.

Naravno, proces izvršavanja presuda Suda podrazumeva ispunjavanje niza uslova, zbog čega se na donošenje finalne rezolucije kojom bi se konstatovalo da je država ispunila sve svoje obaveze iz pravosnažne presude Suda može čekati i po nekoliko godina.

Na sledećem grafikonu dat je prikaz po državama u vezi sa izvršavanjem presuda koje traju duže od dve godine. Republika Srbija je u slučaju VAM ušla u drugu godinu kako se sprovodi nadzor nad izvršavanjem presude donete u tom slučaju.



III IZVRŠAVANJE PRESUDA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U VEZI SA PORODIČNIM ODNOSIMA DONETE U ODNOSU NA REPUBLIKU SRBIJU

U vezi sa Republikom Srbijom Evropski sud za ljudska prava doneo je tri presude iz oblasti porodičnih odnosa, a koje su postale pravosnažne i predmet su posebnog nadzora od strane Odeljenja za izvršavanje presuda Komiteta ministara Saveta Evrope. (*V.A.M., Tomić i Jevremović*).

Ovi predmeti odlikuju se time što ih Sud uzima u rad po hitnom postupku, a tuženoj državi ostavlja kraći rok za izjašnjenje u odnosu na dru-

ge predmete. U njima se gotovo redovno povreda člana 6 stav 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima (Konvencija u daljem tekstu), vezana za povredu prava na suđenje u razumnom roku, dovodi u vezu sa članom 8 Konvencije. Pored toga, u ovim predmetima moguće je obraćanje Sudu i kada nisu iscrpljena sva pravna sredstva predviđena domaćim pravom, pa se ovi slučajevi dovode u vezu i sa navodnom povredom člana 13 Konvencije. Naime, u konkretnim predmetima postupci pred sudovima traju više godina, a Sud je u sva tri slučaja utvrdio povredu člana 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života) u vezi sa članovima 6 stav 1 Konvencije (pravo na suđenje u razumnom roku) i 13 (pravo na delotvorno pravno sredstvo). Naravno, utvrđene su i zasebne povrede članova 6 stav 1 i 13 Konvencije.

Glavni razlozi koji su uticali da Sud utvrdi navedene povrede mogu se svesti na sledeće:

- sudski postupci koji se tiču dodele dece i održavanja kontakata između roditelja i dece, kao i izvršni postupci u vezi sa tim, ne sprovode se dovoljno brzo i efikasno, a naročito u slučajevima izostanka saradnje jednog od roditelja (naročito je to slučaj u predmetu V.A.M., ali i u slučaju Tomić presuda o dodeli deteta je ostala neizvršena pune dve godine);
- u postupcima za utvrđivanje očinstva, u slučaju odbijanja jednog od roditelja da se podvrgne DNK analizi sudovi bi trebalo da primene relevantna pravila o teretu dokaza, izvedu, kao i da donesu, zaključke na osnovu činjenice da stranka u postupku sprečava utvrđivanje relevantnih činjenica, što se retko primenjuje (to se može zaključiti iz stava 85 presude donete u predmetu Jevremović);
- državni organi nisu preduzeli adekvatne mere da obezbede kontakt između roditelja i dece (slučaj V.A.M.) ili da obezbede izvršavanje presude o dodeli deteta (novčane kazne izricane u slučaju Tomić pokazale su se kao neefikasne);
- postupak izdržavanja dece trajao je suviše dugo usled čestih ukidanja presuda od strane više instance (slučaj Jevremović);
- izostajanje dovoljne i adekvatne priprema roditelja za kontakt sa decom od strane nadležnih državnih organa (slučaj V.A.M.), što je očigledno naročito tokom postupka izvršenja ove presude gde izostaje adekvatno angažovanje ustanova socijalne zaštite i dečijih psihologa;
- nedovoljna primena ili neadekvatnost primene kaznenih mera, jer u svim ovim postupcima primaran je najbolji interes deteta. Sud je utvrdio da iako prinudne mere protiv dece nisu poželjne u ovoj

oblasti, korišćenje sankcija se ne sme isključivati u slučaju nezakonitog ponašanja roditelja s kojim deca žive (videti *Ignaccolo – Zenide*, citiran u gornjem tekstu, stav 106 i *V. A. M. protiv Srbije*, presuda od 13/03/07, stav 135).

U slučajevima u kojima je Evropski sud našao povrede člana 8 (koje se odnose na brigu o detetu i roditeljskim pravima, kao u gore pomenuta tri slučaja) može doći do posebnih poteškoća zbog protoka vremena od činjenica opisanih u presudi, zbog ponašanje roditelja i/ili drugih uključenih strana (usvojiteljska porodica, službe socijalne zaštite itd.) i zbog potrebe poštovanja principa „najbolji interes deteta,“ a što se sve mora uzeti u obzir u ovom kontekstu.

U vezi sa izvršavanjem presuda iz porodične materije mogu se, na osnovu svega što je do sada izneto, izvesti sledeći zaključci:

- dužnost nacionalnih organa je da preduzmu sve neophodne mere u cilju olakšanja izvršenja u meri u kojoj se to može razumno zahtevati u posebnim okolnostima svakog predmeta;
- nedostatak saradnje među roditeljima ne oslobađa nacionalne organe od dužnosti u pogledu pozitivnih obaveza iz prethodnog stava, a u skladu sa članom 8 Konvencije;
- adekvatnost preduzetih mera prosuđuje se brzinom njihovog sprovođenja, pošto protek vremena može imati nesagledive posledice na porodične odnose;
- koordinacija među nacionalnim organima je preduslov uspešnog izvršavanja svih obaveza iz donete presude;
- mere prinude su daleko od poželjnih, ali nekad je neophodno razmotriti i njihovu primenu;
- na generalnom planu važne su mere edukacije i treninga namenjene nacionalnim organima, ali i sagledavanje izmene prakse i propisa u slučajevima kada je očigledno da oni ni su u skladu sa zahtevima iz donetih presuda.

IV NADZOR NAD SPROVOĐENJEM MERA U CILJU IZVRŠAVANJA PRESUDA SUDA

Komitet ministara, kao organ Saveta Evrope, koji čine ministri inostranih poslova država članica SE, ima najznačajniju ulogu u nadzoru nad sprovođenju presuda Suda, pa shodno tome i poštovanju Konvencije. On to čini na više načina.

Najpre, Komitet ministara donosi rezolucije, izdaje deklaracije ili preporuke državama članicama u cilju unapređenja postupka pred Sudom. Ta-

ko, Komitet ministara je 19. januara 2000. godine izdao preporuku Rec(2000)2 o ponovnom ispitivanju i ponavljanju izvesnih slučajeva pred domaćim organima nakon presude Suda, a 12. maja 2004. godine izdao je preporuku Rec(2004)6 u vezi sa unapređivanjem domaćih pravnih lekova. Iako, se radi samo o preporukama, države članice su u obavezi da ih implementiraju i da o tome izveštavaju Savet Evrope. Posebno je značajna rezolucija Komiteta ministara Res(2004)3 od 12. maja 2004. godine u vezi sa presudama koje otkrivaju sistemske probleme (tzv. *pilot judgments*), a prvi slučaj u kome se uočava značaj ove rezolucije je predmet *Broniowski protiv Poljske*, povodom masovnog oduzimanja imovine pojedincima nakon Drugog svetskog rata na teritoriji oko Ljvova, u današnjoj Ukrajini. Sud je tim povodom zahtevao da se na nacionalnom planu preduzmu mere opšteg karaktera, kako bi se otklonilo kršenje Konvencije koje ima sistematski karakter, a ujedno obezbedilo obeštećenje pojedinaca.

Naročito je značajna uloga Komiteta ministara u vezi sa nadzorom nad izvršavanjem presuda (član 46 stav 2 Konvencije). To praktično znači da će od vlade države članice na koju se presuda odnosi Komitet ministara zahtevati izveštavanje o merama koje se preduzimaju u cilju sprovođenja presuda Suda u vezi sa isplatom pravične naknade, primenom individualnih mera i primenom mera opšteg karaktera (na primer izmene u zakonodavstvu ili administrativnom postupanju, reforma pravosuđa, edukacija itd.). Od države se zahteva da podnese bar dva izveštaja godišnje o koracima koje preduzima da bi ispoštovala odluku Suda, a u slučaju da odluka Suda uključuje nadoknadu štete i/ili troškova postupka, nalaže se njihova isplata u vremenskom roku od tri meseca od dana pravnosnažnosti presude.

Prema nacrtu Preporuke državama članicama o efikasnim kapacitetima na nacionalnom nivou za brzo izvršenje presuda Evropskog suda za ljudska prava, kao i za praktične predloge za nadzor izvršenja presuda u situacijama sporog ili nemarnog izvršavanja presuda¹⁵ predloženi su sledeći kriterijumi koji mogu ukazivati na slučajeve sporog ili nemarnog izvršavanja presuda Suda. U tom smislu, predloženo je da se može smatrati da se radi o slučaju sporog izvršenja presuda Suda ukoliko (a) nije ispoštovan rok za isplatu pravične naknade; (b) presuda nije izvršena u roku od šest meseci počev od dana kada je presuda postala konačna i nikakav akcioni plan (*action plan*) nije prezentovan; (c) vremenski okvir utvrđen akcionim planom nije ispoštovan, a nije dato obrazloženje; (d) nije udovoljeno zah-

¹⁵ Izrada ove preporuke data je u nadležnost radne grupe A Komiteta za unapređenje procedure pred Sudom (DH-PR).

tevim Komiteta Ministara za davanje informacije kao i u slučaju da nisu ispoštovani rokovi utvrđeni za davanje takve informacije - utvrđeni kroz privremene Rezolucije tamo gde je to odgovarajuće. Predloženo je da se izvršenje može smatrati nemarnim kada (a) usvojene mere nisu u skladu sa presudom; i (b) izvršenje ne odgovara praksi i standardima Komiteta Ministara.

Podnosioci predstavke ovlašćeni su da se obraćaju Sekretarijatu Komiteta ministara u vezi sa sprovođenjem individualnih mera i isplatom pravične naknade. Kopija njihovog pisma obavezno se prosleđuje Odeljenju za izvršavanje presuda Evropskog suda, koje je pomoćni organ Komiteta ministara u ostvarivanju ove uloge u sprovođenju odluka.

Komite ministara drži četiri sastanka godišnje na kojima se bavi pitanjem izvršavanja odluka, a slučaj ostaje na dnevnom redu Komiteta ministara sve dok se ne dobije pouzdan izveštaj da su mere određene presudom Suda sprovedene, o čemu se donosi posebna rezolucija (*final resolutions*).

Ukoliko presuda nije izvršena Komitet ministara može organizovati sastanke "na visokom nivou," preduzimati diplomatske inicijative, donositi interim rezolucije, kojima se određuju privremene mere radi sprovođenja presuda Suda i utvrđuje vremenski okvir za sprovođenje presuda. U slučaju da država odbija da se povinuje presudi Suda stalno se donose nove rezolucije u kojima se koriste i pretnje suspenzijom članstva u Savetu Evrope ili se i druge članice SE pozivaju da preduzmu mere protiv države prekršioca koja odbija da sprovede odluku Suda.

Pravila Komiteta ministara ne daju podnosiocima predstavke na izričit način pravo da se Komitetu obraćaju povodom poštovanja opštih mera, ali ih Komitet svakako uzima u obzir. To važi i za obraćanje predstavnika civilnog društva, s tim što je prisutna tendencija proširivanja ovlašćenja civilnog društva u odnosu na pitanje nadzora nad sprovođenjem presuda Suda, što je našlo mesta i u pojedinim dokumentima čija je priprema u toku (Pravila Komiteta ministara za nadzor nad izvršavanjem presuda i uslova prijateljskog poravnanja).

Članom 16 Protokola 14 dato je ovlašćenje Komitetu ministara da, ukoliko dvotrećinskom većinom glasova utvrdi da država odbija da se povinuje presudi Suda, iznese to pitanje pred Sud, kako bi se utvrdilo da li je država odbila da ispuní svoje obaveze po članu 46 stav 1 Konvencije (*infringement proceedings*). Međutim, Sud nije snabdeven ovlašćenjem da u takvim slučajevima prema državi u pitanju izrekne sankciju, već je njegova odluka u takvim situacijama samo deklaratornog karaktera.

Evropska komisija za efikasnost pravde (CEPEJ) takođe ima značajnu ulogu u definisanju problema u nacionalnim pravnim sistemima i nalaže-

nju načina za njihovo prevazilaženje. U 2004. godini CEPEJ je ustanovio okvirni program nazvan: «Novi ciljevi za pravne sisteme: procesuiranje slučajeva u okviru optimalnog i predvidljivog vremenskog okvira». Ovakve aktivnosti navedenog tela imaju za cilj da, između ostalog, obezbede veću efikasnost u procesu izvršavanja presuda Suda

Parlamentarna skupština Saveta Evrope takođe ima ulogu u nadzoru nad izvršavanjem presuda Suda. Skupština taj zadatak obavlja preko Komiteta za pravna pitanja i ljudska prava čije je delovanje dodatno u odnosu na nadzor koji vrši Komitet ministara. Komitet za pravna pitanja i ljudska prava fokusira se posebno na starije slučajeve (to su predmeti koji nisu rešeni ni posle pet godina), kao i na naročito važne i hitne slučajeve. Navedeni komitet može da traži objašnjenja od nacionalnih delegata u Skupštini zbog neizvršavanja odluka Suda, a može činiti preporuke Komitetu ministara. U procesu nadzora Parlamentarne skupštine Saveta Evrope nad izvršavanjem odluka Suda, nacionalni delegati mogu na zasedanjima Skupštine da pokreću pitanja u vezi sa neizvršavanjem odluka Suda, a i sami podnosioci mogu komunicirati sa Komitetom za pravna pitanja i ljudska prava u vezi sa neizvršavanjem odluka Suda.

Komesar za ljudska prava može se sastajati sa zvaničnicima države kako bi razgovarao o slučajevima koji predstavljaju sistemske probleme povodom sprovođenja pojedinih odluka u državi u pitanju. Razgovori se mogu ticati i nekih politički kontroverznih slučajeva.

U izuzetnim slučajevima, **generalni sekretar** Saveta Evrope takođe ima pravo da se interesuje za pitanje izvršavanja presuda Suda, na primer, u slučaju *Loizidou protiv Turske*.

Ako mere koje država sprovodi u izvršavanju presude Suda ne odgovaraju očekivanjima podnosioca, on može zahtevati tumačenje presude u roku od jedne godine od njenog izricanja, ali može podneti i novu predstavku Sudu. Komitet ministara će tada odložiti svoju odluku do odluke Suda. Za razliku od Suda koji se u takvim slučajevima pretežno bavi ispitivanjem pitanja da li nova situacija predstavlja kršenje članova Konvencije, ispitivanje Komiteta ministara svodi se na utvrđivanje stanja u vezi sa postizanjem *restitutio in integrum*.

Posebnu ulogu u procesu nadzora nad Konvencijom ima **državni zastupnik** pred Evropskim sudom za ljudska prava. Njegova uloga ne svodi se jedino na zastupanje interesa države pred Sudom, pri čemu takođe treba da vodi računa o tome da se dođe do pravičnog i zakonitog rešenja. Zbog toga je posebno značajna uloga zastupnika u ubeđivanju državnih organa o potrebi zaključenja prijateljskog poravnania.

Članom 7 Uredbe o zastupniku Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava (Sl. glasnik RS, br. 61/2006) propisano je da zastupnik u slučaju da, povodom postupka pred Evropskim sudom, utvrdi da domaći propis nije u skladu sa Konvencijom, o tome obaveštava nadležne organe državne uprave i Vladu, i ukazuje na neophodnost usklađivanja propisa sa Konvencijom.

Međutim još važnije je propisati da zastupnik ima nadzorna ovlašćenja u toku samog zakonodavnog procesa. Tako na primer, u Mađarskoj se svi relevantni propisi, nacrt novih zakonskih akata šalju Kancelariji zastupnika radi davanja mišljenja o njihovoj usklađenosti sa Konvencijom. U Velikoj Britaniji se čak traži da uz svaki zakon bude priložena posebna zvanična izjava zastupnika o usklađenosti zakona sa Konvencijom, što je u zemljama članicama EU propisano kao obaveza u vezi sa usklađenošću zakona sa Komunitarnim pravom.

Zastupnik, takođe, ima zadatak da prati presude Evropskog suda za ljudska prava donete protiv drugih država ugovornica Konvencije U slučaju da zastupnik utvrdi da u pravnom sistemu njegove države mogu da se pojave problemi slični problemima koji su izneti u nekoj od predstavki pred Sudom, zastupniku bi trebalo dati, pored skretanja pažnje na neophodnost usklađivanja propisa sa Konvencijom, pravo zakonodavne inicijative. Takvo rešenje je u skladu sa preporukom Komiteta ministara SE Rec.(2004) 5 od 12. maja 2004. godine državama ugovornicama o potrebi usklađivanja nacrta zakona, postojećih zakona i prakse sa standardima koje je postavila Konvencija i zbog toga je tekst člana 7 Uredbe nepotpun.

Pored ovih funkcija zastupnik ima i jednu čisto preventivnu funkciju u cilju poštovanja Konvencije, a ona se svodi na unapređivanje svesti o ljudskim pravima i dužnosti njihovog poštovanja. Ciljne grupe za ovu vrstu promotivnog rada su kako državni organi, tako i šira javnost, a metodi delovanja zastupnika svode se na učesće na raznim seminarima, konferencijama, predavanjima i stručnim sastancima, kao i objavljivanje stručnih publikacija, ali i publikacija koje bi koristile i samim podnosiocima u pogledu ispunjenosti kriterijuma za prihvatljivost predstavki i osnovnih karakteristika postupka pred Sudom.

Najzad, zastupnik ima i direktnu ulogu u procesu preduzimanja mera radi izvršavanja presuda Suda. U tu svrhu obaveza Kancelarije zastupnika je da objavljuje prevedene presude Suda koje se tiču države koju oni zastupaju pred Sudom. Članom 6 stav 1 Uredbe o zastupniku RS pred Evropskim sudom za ljudska prava propisano je da se presude Evropskog suda za ljudska prava u postupcima u kojima je Republika Srbija jedna od strana prevode i objavljuju u „Službenom listu RS“. Pored toga, prevedene

presude se objavljuju na sajtu zastupnika, dostavljaju sudovima, objavljuju u posebnim knjigama koje se široko distribuiraju. Međutim, treba imati u vidu da je to tek početni korak u procesu sprovođenja presude Suda. Istim članom, stav 2, propisano je da u slučaju da se presudom utvrdi da je Republika Srbija prekršila Konvenciju zastupnik ima dužnost da se stara o izvršavanju te presude. To podrazumeva nadzor nad isplatom iznosa utvrđenog presudom ili dogovorenog poravnanjem, kao i nadzor nad primenom opštih ili individualnih mera.

U vezi sa isplatom iznosa dogovorenog poravnanjem ili naznačenog u presudi Evropskog suda za ljudska prava Uredbom je predviđeno da isplatu vrši organ Republike Srbije čiji su akti prouzrokovali kršenje ljudskih prava. U slučaju da je više organa učestvovalo u preduzimanju akata koji su doveli do povrede Konvencije, u praksi se može pojaviti problem prilikom isplate iznosa dogovorenog poravnanjem ili naznačenog u presudi Evropskog suda za ljudska prava, jer je ponekad teško tačno utvrditi organ čiji su akti u konkretnom slučaju doveli do povrede (na primer kada je postupak vođen pred više sudskih instanci i pred organima uprave).

V ZAKLJUČAK

Bez obzira na to što je proces izvršavanja presuda Evropskog suda za ljudska prava veoma razrađen i regulisan, iako je u taj proces uključen čitav niz različitih organa, mehanizam izvršavanja presuda Evropskog suda za ljudska prava predstavlja, kako to navode neki autori, predstavlja „Ahi-lovu petu čitavog sistema ustanovljenog Konvencijom“.¹⁶

Naime, Savet Evrope je ponekad nemoćan da se izbori sa nekim državama koje uporno odbijaju da se povinuju presudama Suda (to se odnosilo naročito na neke politički osetljive slučajeve poput slučajeva *Ilascu*, *Loizidu* itd.). Pored toga, treba imati u vidu da delotvornost sistema ustanovljenog Konvencijom prvenstveno zavisi od spremnosti i sposobnosti nacionalnih organa da reaguju na adekvatan, odgovarajući i efikasan način, jer sistem ustanovljen Konvencijom ne predstavlja neki pravni vakuum, već postoji da bi se implementirao na nacionalnom nivou. U tom pogledu rešenja na nacionalnom nivou mogu biti veoma različita. Sa druge strane, može se postaviti pitanje koliko su na adekvatan način iskorišćene različite mogućnosti koje postoje unutar Saveta Evrope, a koje smo prethodno

¹⁶ S.Greer, Protocol 14 and the Future of the European Court of Human Rights, 2005, P.L. 83, p. 92.

pominjali, a što se primećuje i u stavu 19 Explanatory Report uz Protokol 14.

Sistem izvršavanja presuda Evropskog suda za ljudska prava ustanovljen je još Uredom o zastupniku SCG i očigledno je da se neka rešenja iz uredbe moraju menjati. Međutim, sama izmena načina regulisanja izvršavanja presuda Suda nije dovoljna ukoliko ne postoji veća koordinacija i sinergija većeg broja organa uključenih u proces izvršavanja.

Slavko Carić, PhD,
Agent of the Government of Republic of Serbia
Before the European Court of the Human Rights,

EXECUTION OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (some experiences)

In this paper the author presents some key aspects of the process of the execution of judgments of the European Court of Human Rights. Namely, the judgment of the European Court of Human Rights is „the starting point of a process which should enable rights and freedoms to be made effective.“ Therefore, the execution of a judgment given by any court must be regarded as an integral part of the trial. The execution of judgments of the Court is also a part of the principle of the rule of law.

The author described four main parts of this process: dissemination, payment of just satisfaction, implementation of individual and general measures.

In particular, he made some conclusions of the execution of judgments in family related issues where he was directly engaged as a government agent and representative of the Republic of Serbia.

Key words: *execution of judgments, European Court of Human Rights, individual and general measures, just satisfaction.*

Mr Milica V. Matijević
Institut za uporedno pravo, Beograd

OD SVEOBUHVAATNIH REFORMI DO PRIVREMENOG REŠENJA: PROTOKOL BR. 14 BIS UZ EVROPSKU KONVENCIJU ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA

Evropski sud za ljudska prava se od samog uspostavljanja kao stalnog međunarodnog suda suočava sa svake godine sve alarmantnijim brojem nerešenih slučajeva. Reforme iz 2004. nisu donele željeno rešenje zbog neuspeha Protokola br. 14, uz izuzetak Rezolucije Res(2004)3 čiji je učinak, iako ograničenog domašaja, brža obrada takozvanih "repetitivnih slučajeva". Delimičan izlaz iz pat pozicije u kojoj se kontrolni mehanizam Konvencije našao usled odbijanja Ruske Dume da ratifikuje Protokol br. 14 nalazi se u usvajanju novog Protokola br. 14 bis koji stupa na snagu 1. oktobra 2009. godine ali i u temeljnoj redefiniciji uloga nacionalnih pravnih sistema i Evropskog suda u obezbeđenju poštovanja prava iz Konvencije.

Ključne reči: Evropski sud za ljudska prava, Protokol br. 14, odbačene predstavke, „repetitivni slučajevi“, Protokol br. 14 bis.

UVOD

Komitet ministara Saveta Evrope 1991. godine započinje opsežnu reformu sistema za nadziranje primene Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹. Te će reforme, koje su svoje pravno uobličjenje našle u Protokolu br. 11 uz Evropsku konvenciju², za posledicu ima-

¹ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. list SCG (Međunarodni ugovori)*, 9/03. U daljem tekstu umesto njenog punog naziva, biće korišćene skraćene forme kao što je "Evropska konvencija", "Evropska konvencija za ljudska prava", ili samo "Konvencija".

² Protokol br. 11 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je otvoren za potpisivanje 11. maja 1994. godine a stupio je na snagu 1. novembra 1998. Njegovim odredbama izmenjen je tekst Konvencije.

ti nastanak najrazvijenijeg međunarodnog sudskog sistema za zaštitu ljudskih prava. Uspostavljen je nadnacionalni sud u stalnom zasjedanju, Evropski sud za ljudska prava, a pojedincu omogućeno da pred njim zatraži zaštitu svojih prava protiv bilo koje države potpisnice Konvencije.³

Ono s čim reformatori nisu računali je da će godine koje dolaze doneti velike promene ne samo Savetu Evrope već i na sam evropski kontinent. Promene toliko dalekosežne da je velika reforma iz Protokola br. 11 ubrzo po njenom sprovođenju postala tek uvod za traganje za novim rešenjima, za "reformu reforme".⁴

II NUŽNOST DALJIH REFORMI

Za samo nekoliko godina po svom formiranju, Evropski sud za ljudska prava postao je u pravom smislu reči "evropski" jer se pod njegovu jurisdikciju odjednom slilo skoro celokupno stanovništvo Evrope. Od početka devedesetih, članstvo u Savetu Evrope se udvostručilo i danas broji četrdeset sedam država.⁵ Posledica uvećanog članstva nije bilo samo nominalno povećanje broja potencijalnih podnositelja pojedinačne predstavke.⁶ Usled toga što su se pod jurisdikcijom Suda našle države centralne i istočne Evrope koje su se i dalje suočavale sa strukturalnim nedostacima zaostalim iz komunističkog perioda na koje njihovi pravni sistemi još nisu bili našli adekvatne odgovore, broj pojedinačnih predstavki upućenih Sudu dosegaio je nepredvidive razmere. Uporedo s tim, uvećavao se i broj predstavki koje su stizale iz zapadnoevropskih zemalja kako je među pravničkom profesijom, nevladinim organizacijama i evropskim stanovništvom uopšte rasla svest o Konvenciji i njenom kontrolnom mehanizmu.

³ Više o ovoj fazi razvoja kontrolnog mehanizma u: Lič, F., *Obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007, str. 5-12; i van Dijk, P., van Hoof, F., van Rijn, A., Zwaak, L. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006, str. 35-36.

⁴ Cafilisch, L., *The Reform of the European Court of Human Rights: Protocol No. 14 and Beyond*, «Human Rights Law Review», Vol. 6, No. 2, Oxford University Press, 2006, p. 406.

⁵ Podaci o državama potpisnicama Konvencije i datumima ratifikacije su dostupni na: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=6/25/2009&CL=ENG>

⁶ Ovo je značilo da se broj potencijalnih podnosioca predstavki, ukoliko bi ga simbolično izjednačili sa zbirnim brojem stanovnika država potpisnica Konvencije, povećao sa 451 na približno 800 miliona ljudi.

Kao zbirna posledica svih ovih promena broj pojedinačnih predstavlki desetinama je puta veći te u Sud danas na mesečnom nivou stigne onaj broj predstavlki koji je tokom devedesetih godina u Strazbur pristizao na godišnjem nivou. Ilustracije radi, u celoj 1993. godini registrovano je ukupno 2 037,⁷ dok je samo tokom prvih pet meseci ove godine registrovano 23 000 predstavlki.⁸

Gomilanje nerešenih predmeta bilo je neminovno. U junu 2009. na postupanje Suda čekala je zastrašujuća brojka od 106 550 predmeta, ne računajući one predstavlke koje još uvek prolaze kroz proces registracije.⁹ Ako se zna da na adresu Suda u proseku stiže oko 2 300 novih predstavlki mesečno bez tendencije da se taj broj smanji, a da se maksimalan broj presuda koje Sud može da reši na mesečnom nivou kreće između 1 500 i 1 800,¹⁰ lako se dolazi do zaključka da je oboljenje kontrolnog mehanizma već stiglo u terminalnu fazu.

1. Okosnica problema kao pravac budućih reformi

Od samih brojki, o problemu s kojim se Evropski sud suočava još rečitije govori analiza kvaliteta predstavlki i najčešćih povreda na koje se podnosioci predstavlki žale. Naime, čak oko 95 posto predstavlki koje stignu u Sud ne ispunjava uslove prihvatljivosti propisane članom 35 Evropske konvencije i one bivaju odbačene.¹¹ Što se predstavlki koje stignu do faze meritornog odlučivanja tiče, među njima se uočava veoma brojna kategorija

⁷ Preuzeto iz: Evenson. M. E., *Reforms Ahead: Enlargement of the Council of Europe and the Future of the Strasbourg System*, «Human Rights Law Review», Vol. 1, No. 2, Oxford University Press, 2001, p. 224

⁸ S obzirom na njihovu retkost, ovi statistički podaci ne obuhvataju međudržavne predstavlke. Podaci preuzeti iz: European Court of Human Rights, *Statistics (1/1-31/5/2009)*, dokument dostupan na: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+information+by+year/>

⁹ European Court of Human Rights, *Pending Applications Allocated to a Judicial Formation as of 01/06/2009*, dokument dostupan na: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+information+by+year/>

¹⁰ Pogledati, na primer, statističke podatke za 2008. godinu. European Court of Human Rights, *Analysis of statistics 2008*, March 2009, p. 4, dokument dostupan na: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+information+by+year/>

¹¹ Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Report on the Draft Protocol No. 14 bis to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Doc. 11879, 28 April 2009, Explanatory Memorandum – § 6.

takozvanih “repetitivnih slučajeva”, tj. predmeta koji se odnose na povrede Konvencije koje su pravno identične ili veoma slične onim o kojima je Sud već meritorno odlučivao.

1.1. Filtriranje predstavki koje ne ispunjavaju uslove dopuštenosti

Još je praksa Evropske komisije za ljudska prava koju je Sud preuzeo bila da se pojedinačne predstavke ne registruju odmah po prispeću već Sekretarijat Suda, pre nego što predstavku prosledi na razmatranje, podnosiocu predstavke skreće pažnju na njene potencijalne manjkavosti.¹² Ukoliko podnosilac ostane pri odluci da predstavku podnese Sudu uprkos nedostacima na koje mu je ukazano, ona se dalje procesuirá odnosno upućuje nekom od odbora ili veća Suda jer sam Sekretarijat ne može doneti odluku o odbacivanju predstavke.

Na ovaj način se bar donekle filtriraju podnesci koji stižu do faze sudskog razmatranja na šta ukazuje i prilično značajna razlika između broja takozvanih “privremenih predstavki” i “registrovanih predstavki”.¹³ Međutim, ovim se i iscrpljuje svaka mogućnost eliminisanja onih predstavki koje ne ispunjavaju uslove prihvatljivosti te o svakoj predstavi, uključujući i one koje *prima facie* ne ispunjavaju uslove propisane članom 35, prema važećim odredbama Konvencije odlučuje u najmanju ruku tročlani sudski odbor.¹⁴

1.2. Kršenja koja se ponavljaju (tzv. «repetitivni slučajevi»)

Drugi problem sa kojim se Sud susreće od svog uspostavljanja je problem pojave velikog broja takozvanih “repetitivnih” ili “kloniranih” slučajeva. Radi se o onim predmetima koji se tiču povrede Konvencije počinjene od strane iste države potpisnice, a koji su pravno isti ili veoma slični predmetima o kojima je Sud već odlučivao. Ovakvi slučajevi uglavnom ali ne i isključivo dolaze iz novih članica Saveta Evrope i uzrokovani su strukturnim problemima. “Klonirane” predstavke će najčešće ukazivati na situaciju sistemskog kršenja nekog od prava garantovanog Konvencijom “gde činjenice slučaja obelodanjuju postojanje, unutar datog pravnog sistema,

¹² Kao što su, na primer, pozivanje na pravo koje nije garantovano Konvencijom, istek roka od šest meseci, neiscrpljenost domaćih pravnih lekova, itd.

¹³ Na primer, u 2008. godini ukupno 14 800 predstavki je bilo eliminisano već u fazi administrativne obrade. Preuzeto iz: European Court of Human Rights, *Analysis of statistics 2008*, March 2009, str. 4.

¹⁴ Videti član 28 i 29 Konvencije.

nedostatka usled kog je čitavoj klasi pojedinaca bilo ili je i dalje osporeno neko pravo [garantovano Konvencijom]” i “gde identifikovane manjkavosti domaćeg prava i prakse mogu dovesti do brojnih kasnijih predstavlki koje su pravno zasnovane.”¹⁵ Povrede o kojima je reč u repetitivnim slučajevima se uglavnom odnose na situaciju koja traje duži period vremena i za čije ispravljanje podnosioci predstavlke nemaju na raspolaganju ni jedan efektivan domaći pravni lek.

Sve do nedavno, školski primer repetitivnih slučajeva su bili slučajevi kršenja prava na suđenje u razumnom roku od strane italijanskih sudskih organa¹⁶, ali su se ovom primeru u međuvremenu priključili brojni novi primeri povrede istog prava u drugim zemljama.¹⁷ Iako se odnose na povredu odnosno sistemski problem na koji je Sud već ukazivao tuženoj državi, ovakve predstavlke prema postojećim statistikama čine oko 70 posto predstavlki koji se nalaze u postupku meritornog odlučivanja.¹⁸

III POKUŠAJ REFORME IZ 2004. GODINE

Problem prevelikog broja nerešenih slučajeva i nesklada između brzine procesuiranja predstavlki i brzine njihovog pristizanja u Sud, uočen već u prvim godinama nakon donošenja Protokola br. 11, razvijao se toliko galopirajućom brzinom da je već 2000. iniciran proces novih reformi. Na Evropskoj ministarskoj konferenciji održanoj u Rimu 3. i 4. novembra 2000. godine povodom proslave pedesetogodišnjice Evropske konvencije za ljudska prava, usvojena je deklaracija kojom je Komitetu ministara Saveta Evrope preporučeno da istraži mogućnost daljih reformi kontrolnog mehanizma Konvencije.¹⁹ Već u 2001. godini osnovano je nekoliko eks-

¹⁵ *Broniowski v. Poland*, Application no. 31443/96, § 189.

¹⁶ *Evaluation Group Report to the Committee of Ministers on the ECtHR*, 29 September 2001, ¶ 27, dokument dostupan na: <http://cm.coe.int/stat/E/Public/2001/rapporteur/clcedh/2001egcourt1.htm>

¹⁷ Problem kršenja prava na suđenje u razumnom roku poslednjih godina naročito karakteriše zemlje centralne i istočne Evrope. Videti: Registry of the European Court of Human Rights, *Annual Report 2008*, Strasbourg, 2009, str. 132-133.

¹⁸ Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Report on the Draft Protocol No. 14 bis to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Doc. 11879, 28 April 2009, Explanatory Memorandum – § 6.

¹⁹ Deklaracija Evropske ministarske konferencije o ljudskim pravima održane u Rimu 3. i 4. novembra 2000: “*The European Convention on Human Rights at 50: what future for the protection of human rights in Europe?*”.

pertskih tela čiji je zadatak bio da identifikuju izvor problema sa kojim se Sud suočava i predlože mere za njegovo otklanjanje.²⁰

Iako je bilo i drugačijih predloga, polazišna tačka reformskog procesa bila je da pravo na pojedinačnu predstavku, koje kao takvo leži u srcu kontrolnog mehanizma, mora biti sačuvano neokrnjeno, te da se reformama ne sme suziti domašaj prava predviđenih Konvencijom.²¹ Već nakon nekoliko rundi debata u kojima su učestvovalе zainteresovane nevladine organizacije, Parlamentarna skupština i druga tela Saveta Evrope, kao i sam Sud, predložene su mere koje bi bile usmerene na: 1) uspostavljanje mehanizma za efikasnije “filtriranje predstavki”, 2) predupređenje kršenja prava iz Konvencije na domaćem nivou 3) usavršavanje domaćih pravnih lekova, 4) efikasnije sprovođenje odluka Suda od strane država članica a naročito kada je reč o repetitivnim slučajevima. Zamisao je bila da se reforme koje se prevashodno odnose na funkcionisanje sudskog postupka nađu u tekstu novog protokola kojim bi bila izmenjena Konvencija, a da sporedne mere koje se tiču postupanja država potpisnica i Komiteta ministara budu usvojene u vidu preporuka i rezolucija.

1. Donošenje Protokola br. 14 uz Evropsku konvenciju za ljudska prava

Predlozi koji su se odnosili na izmene same Konvencije našli su se na stolu Saveta Evrope već 2004. godine. U aprilu te godine predložen je prvi nacrt teksta dodatnog Protokola br. 14,²² koji je 12. maja 2004. odobren od strane Komiteta ministara. Na istoj, 114. sednici Komiteta ministara, ovo je telo usvojilo i “Deklaraciju o obezbeđivanju efikasnosti sprovođenja Evropske konvencije za ljudska prava na nacionalnom i evropskom nivou”, u kojoj se ističe neophodnost hitnih i sveobuhvatnih reformi nadzornog sistema i pozivaju države članice da tokom naredne dve godine ratifi-

²⁰ Više o tome videti u: *Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, § 68, dostupan na:

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>

²¹ Više o različitim reformskim predlozima u: Mowbray, A., *Beyond Protocol 14*, «Human Rights Law Review», Vol. 6, No. 3, 2006. i Mowbray A., *Faltering Steps on the Path to Reform of the Strasbourg Enforcement System*, «Human Rights Law Review», Vol. 7, No. 3, 2007.

²² Prvi Nacrt Protokola br. 14 sadržan je u konačnom izveštaju koji je Nadzorni komitet za ljudska prava Saveta Evrope uputio Komitetu ministara aprila 2004, (dokument CM(2004)65).

kuju Protokol. Tekst Protokola br. 14 otvoren je za potpisivanje 13. maja 2004. godine.²³

Protokol br. 14²⁴ sadrži izmene Konvencije koje su procesnog karaktera i koje rešenje problema sa kojim se Sud suočio traže pre svega kroz uvođenje dve nove vrste mehanizama za procesuiranje evidentno neprihvatljivih predstavki i repetitivnih slučajeva i kroz uvođenje dodatnog uslova prihvatljivosti.

Povećavanje sposobnosti Suda da efikasnije prepozna i eliminiše predstavke koje ne ispunjavaju uslove prihvatljivosti trebalo je da bude ostvareno uvođenjem funkcije sudije pojedinca koji bi umesto tročlanog veća bio nadležan da odbacuje ili briše sa liste slučajeva očigledno neprihvatljive predstavke.²⁵ Prema predviđenom rešenju, sudiji pojedincu bi u radu pomagao izvestilac, pravnik seniorskog ranga zaposlen u Sekretarijatu Suda.²⁶

Uvođenje nadležnosti tročlanog sudskog odbora da odlučuje o povredama Konvencije povodom kojih već postoji ustaljena praksa Suda ("well-established case law of the Court")²⁷, predviđeno je kao način da se pojednostavi i ubrza razmatranje repetitivnih slučajeva.²⁸

Najradikalnija izmena predložena Protokolom br. 14 svakako je uvođenje novog uslova prihvatljivosti predstavke. Njom bi se uslovi već propisani u članu 35 Konvencije pooštrili utoliko što bi Sud mogao proglasiti neprihvatljivom i predstavku onog podnosioca koji nije pretrpeo značajniju štetu, osim ukoliko zaštita ljudskih prava, kao temeljni princip Konvencije, ne nalaže drugačije. Ovome se dodaje i druga mera opreza a to je da Sud po ovom osnovu ne bi mogao odbiti da razmatra slučaj koji nije bio s dužnom pažnjom razmotren od strane domaćih organa.²⁹

²³ Detaljnije o samom procesu u: Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

²⁴ Protokol br. 14 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojim se menja kontrolni sistem Konvencije, *Sl. list SCG (Međunarodniugovori)*, 5/05, 7/05.

²⁵ Član 7 Protokola br. 14 kojim bi u Konvenciju bio unet novi član 27.

²⁶ Član 4 Protokola br. 14 kojim se menja član 24 Konvencije.

²⁷ Član 8 Protokola br. 14 kojim se menja član 28 Konvencije.

²⁸ Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, § 36.

²⁹ Član 12 Protokola br. 14 kojim se menja član 35 Konvencije.

Među ostalim odredbama čiji je cilj da neposredno ili posredno doprinesu povećanju efikasnosti kontrolnog mehanizma nalaze se i one koje predviđaju da³⁰:

- 1) Komitet ministara na zahtev Opšte sednice Suda, može na određen period vremena smanjiti broj sudija koji sede u veću sa sedam na pet;³¹
- 2) Sud može predlagati prijateljsko poravnanje stranama u sporu u bilo kojoj fazi postupka, dakle i pre nego što predstavku formalno proglasi dopuštenom;³²
- 3) Komitet ministara i formalno dobije u zadatak nadziranje sprovođenja odluka Suda u postupcima u kojima je zaključeno prijateljsko poravnanje;³³
- 4) mandat sudija bude produžen na devet godina, uz ukidanje mogućnosti reizbora;³⁴
- 5) Komitet ministara, u slučaju postojanja značajnijih poteškoća pri sprovođenju neke odluke, može Sudu uputiti zahtev za tumačenje odluke u pitanju ili od njega zatražiti da utvrdi da li je država ispunila obaveze sadržane u odluci;³⁵

2. Rezolucija Res(2004)3 od 12. maja 2004.

Deo istog paketa reformi ali uz, kao što ćemo nešto kasnije videti, bolju sudbinu, je i niz preporuka i rezolucija usvajanih na sednicama Komiteta ministara³⁶ od kojih je najznačajnija Rezolucija Res(2004)3³⁷. Ovim dokumentom koji je Komitet ministara usvojio na istom zasedanju na kome

³⁰ O sadržini Protokola br. 14 detaljnije u: Radivojević, Z., *Protokol broj 14 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava*, «Strani pravni život», br. 1-2, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2005.

³¹ Član 6 Protokola br. 14 kojim se menja član 26 Konvencije.

³² Član 15 Protokola br. 14 kojim se menja član 38 Konvencije.

³³ Član 15 Protokola br. 14 kojim se menja član 39 Konvencije.

³⁴ Član 2 Protokola br. 14 kojim se menja član 23 Konvencije.

³⁵ Član 16 Protokola br. 14 kojim se menja član 46 Konvencije.

³⁶ Svi instrumenti, uključujući Rezoluciju Res(2004)3, koji čine paket reformi iz 2004, navedeni su u Opštoj deklaraciji Saveta ministara o obezbeđivanju efikasnosti sprovođenja Evropske konvencije za ljudska prava na nacionalnom i evropskom nivou, usvojenoj 12. maja 2004.

³⁷ Rezolucija Res(2004)3 o presudama koje ukazuju na osnovni sistemski problem, usvojena od strane Komiteta ministara na 114. zasedanju, 12. maja 2004.

je usvojen i Protokol br. 14, uveden je koncept „pilot presuda“ a Sud pozvan da:

? kada god utvrdi postojanje povrede nekog od prava iz Konvencije kao i indicije da se radi o povredi koja proizilazi iz sistemskog ili strukturalnog problema, u presudi ukaže na postojanje tog problema i njegove uzroke;

? da o presudama koje ukazuju na postojanje sistemskog ili strukturalnog problema u nekoj od država članica, obavesti ne samo tu državu članicu i Komitet ministara već i Parlamentarnu skupštinu Saveta Evrope, Generalnog sekretara Saveta Evrope i Komesara za ljudska prava Saveta Evrope, kao i da u svojoj bazi jasno izdvoji takve presude.

Shodno datoj rezoluciji, Sud bi na ovakav način trebalo da tretira naročito one povrede prava iz Konvencije koje ukazuju na sistemski problem koji je uzrok ili bi to mogao postati velikog broja predstavlki.

Prema obrazloženu sadržanom u Rezoluciji Res(2004)3, a koje proizilazi i iz samog koncepta „pilot presuda“, ovakvo bi postupanje Suda trebalo da ima višestruke pozitivne efekte.³⁸ Ono bi pre svega pomoglo tuženoj državi da na efikasniji način pronađe rešenje za sistemski problem. Potom, „pilot presude“ bi olakšale i postupanje samog Suda odnosno omogućile mu da se na efikasniji način nosi sa tzv. „repetitivnim slučajevima“ time što bi, kada utvrdi postojanje sistemskog problema, mogao da u svim slučajevima istog tipa presuđuje po obrascu sadržanom u „pilot presudi“. Sve ovo bi učinilo efikasnijim i nadzor koji Komitet ministara vrši nad sprovođenjem odluka Suda a verovatno delovalo stimulatивно i na češće zaključenje prijateljskih poravnanja.

3. Neuspeh reformi iz 2004. godine i traganje za novim rešenjima

Iako je proces donošenja Protokola br. 14 bio obeležen hitnošću i iako su ga već sredinom 2006. potpisali svi šefovi država članica Saveta Evrope³⁹, on ni danas ne proizvodi dejstvo. Bez obzira na to što su njegove odredbe uglavnom nekontroverznog karaktera zbog svoje procesne prirode, Protokol br. 14 u koji su bile ugrađene ključne reforme iz 2004, pao je kao žrtva političkih razloga. Od stupanja na pravnu snagu ga već skoro pune

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ Sve države članice sem Rusije su Protokol br. 14 potpisale do sredine 2005, a ruski šef države potpis na Protokol br. 14 stavio je 4. maja 2006. Za informacije o datumima potpisa i ratifikacija videti: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=194&CM=8&DF=6/30/2009&CL=ENG>

tri godine razdvaja jedna ratifikacija, jer je Ruska Duma 20. decembra 2006. odbila da ratifikuje Protokol.⁴⁰

Nasumična i krajnje površna objašnjenja koja je Zakonodavni komitet Ruske Dume pružio Savetu Evrope ovim povodom nisu sadržala informacije koje bi omogućile pomeranje procesa sa mrtve tačke.⁴¹ Nagađanja o razlozima za ovakav postupak Rusije završavaju daleko od pravničke suštine reformi, u prilično zakomplikovanim odnosima između Ruske Federacije i Suda nakon nekoliko njegovih presuda povodom kršenja ljudskih prava u Čečeniji.⁴² U datim okolnostima, reforme iz 2004. su se do maja ove godine svodile jedino na sve razgranatiju praksu Suda u primeni Rezolucije Res(2004)3.⁴³

⁴⁰ Komitet Ruske Dume za građansko, krivično, procesno zakonodavstvo i arbitražu je 11. decembra 2006. doneo preporuku protiv glasanja za Protokol br. 14 a 20. decembra 2006. je njena ratifikacija odbijena sa 27 glasova za, 138 protiv i 286 uzdržanih. Ovo je bilo ne malo iznenađenje jer je tadašnji Predsednik Ruske Federacije, Vladimir Putin, nekoliko meseci ranije potpisao Protokol br. 14 a ruska delegacija sve vreme aktivno učestvovala u pripremama i usvajanju nacрта Protokola bez i jednog glasa protiv. Više o ovome u: Committee on the Honoring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe, *Information note by the co-rapporteurs on the state of the Monitoring Procedure with regard to Russia of 30 March 2009*, AS/Mon(2009)09 rev., str. 13-14; i Committee on Legal Affairs and Human Rights, *The Russian Federation's non-ratification of Protocol No 14 to the European Convention on Human Rights (Memorandum prepared by the Secretariat upon instructions of the Chairperson)*, septembar 2008, § 3 i §§ 6-8; dokument dostupan na: http://assembly.coe.int/committee-Docs/2008/20080905_ajdoc45_2008.pdf

⁴¹ Committee on Legal Affairs and Human Rights, *The Russian Federation's non-ratification of Protocol No 14 to the European Convention on Human Rights (Memorandum prepared by the Secretariat upon instructions of the Chairperson)*.

⁴² O nekim interpretacijama ovakve odluke Ruske Dume i uopšte o različitim aspektima odnosa Rusije i Evropskog suda za ljudska prava videti u: Mowbray A., *Faltering Steps on the Path to Reform of the Strasbourg Enforcement System*, «Human Rights Law Review», Vol. 7, No. 3, 2007; i Koroteev, K., Golubok, S., *Judgment of the Russian Constitutional Court on Supervisory Review in Civil Proceedings: Denial of Justice, Denial of Europe*, «Human Rights Law Review», Vol. 7, No. 3, 2007.

⁴³ Jedna od prvih presuda koju je Sud doneo primenjujući ovu Rezoluciju je presuda u slučaju Broniovski protiv Poljske. U ovom, sada već nadaleko poznatom primeru "pilot presude", Sud je našao da je Poljska povredila Konvenciju time što je propustila da nadoknadi štetu svojim građanima čije su porodice nakon II sv. rata bile prisilno raseljene iz Zapadne Poljske te tako ostale bez doma i imovine. Pozivajući se na Rezoluciju Res(2004)3, Sud je doneo pilot presudu na osnovu koje je, uz pomoć Komiteta ministara, došao do rešenja koje je Poljska prihvatila. Time je ustanovljen način na koji će rešiti ovaj sistemski problem a Sud oslobođen više od 70 000 predstavki uložениh zbog iste povrede.

IV PRIVREMENO REŠENJE: PROTOKOL BR. 14 BIS UZ EVROPSKU KONVENCIJU O LJUDSKIM PRAVIMA

1. Donošenje Protokola br. 14 bis

Više od dve godine trajala je pat pozicija u kojoj se Sud našao zbog odbijanja ruskih poslanika da ratifikuju Protokol br. 14 sve dok, dospevši do rekordnih 100 000 nerešenih predstavki, Predsednik suda Žan-Pol Kosta (Jean-Paul Costa) sredinom oktobra prošle godine nije iznova apelovao na Savet Evrope da pomogne Sudu da izađe iz ekstremno teške situacije u kojoj se nalazi. Na sastanku Komiteta za vezu sa Evropskim sudom Komiteta Ministara, Predsednik Suda je postavio pitanje mogućnosti sprovođenja izvesnog broja proceduralnih odredbi Protokola br. 14 koje bi najbrže mogle uticati na smanjenje broja nerešenih slučajeva.⁴⁴

Kao odgovor na njegov predlog već 19. novembra 2008. Zamenici ministara Saveta Evrope zatražili su od Nadzornog odbora za ljudska prava (CDDH) da pre 1. decembra 2008. pripremi preliminarno mišljenje. Istom prilikom, ovo telo je pozvalo i Komitet pravnih savetnika za međunarodno javno pravo (CAHDI) da do 21. marta 2009. da svoje mišljenje o međunarodnopravnim aspektima ovakvog rešenja.

Veoma brzo, oba ova tela su u svojim izveštajima došla do zaključka da bi, dok se ne steknu uslovi za stupanje na snagu Protokola br. 14, donošenje protokola koji bi sadržao redukovanu verziju reformi bilo u potpunosti u skladu sa principima međunarodnog prava. Podgrupa za izveštavanje Komiteta ministara je potom pripremila prvi radni nacrt Protokola br. 14 bis. Nacrt novog protokola se već 16. aprila našao pred Parlamentarnom skupštinom Saveta Evrope koja je 30. aprila usvojila pozitivno mi-

Više o konceptu "pilot presuda" u: Paraskeva, C., *Human Rights Protection Begins and Ends at Home: The 'Pilot Judgment Procedure' Developed by the European Court of Human Rights*, «The International Journal of Human Rights», Vol. 12, No. 3, 2008, takođe dostupan na: www.nottingham.ac.uk/shared/shared_hrlcpub/Paraskeva.pdf; i Leach, P., *Beyond the Bug River — a new dawn for redress before the European Court of Human Rights?*, «European Human Rights Law Review», Vol. 10, no. 2, 2005, takođe dostupan na: <http://www.londonmet.ac.uk/research-units/hrsj/affiliated-centres/ehrac/media-and-journals/european-court-of-human-rights/beyond-the-bug-river-new-approaches-to-redress-by-the-echr.cfm>

⁴⁴ Sastanak Komiteta za vezu sa Evropskim sudom Komiteta Ministara (CL-CEDH) od 14. oktobra 2008. Detaljnije o postupku pripreme i usvajanja Protokola br. 14 bis u *Prpratnom izveštajnu sa objašnjenjima uz Protokol br. 14 bis*, dostupnom na: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/204.htm>

šljenje o njemu. Sledeći ovo, Zamenici ministara su odlučili da odobre tekst nacрта i proslede ga na naredno zasedanje Komiteta ministara.

Protokol br. 14 bis je formalno usvojen na 119. Ministarskoj konferenciji država članica održanoj 12. maja 2009. godine u Madridu a petnaest dana kasnije, 27. maja 2009. je i otvoren za potpisivanje.⁴⁵

2. Sadržina Protokola br. 14 bis

Hitnost usvajanja Protokola br. 14 bis vidljiva je već iz same njegove preambule u kojoj se ističe “urgentna neophodnost uvođenja dodatnih procedura u Konvenciju kako bi se održala i na duži rok unapredila efikasnost njenog kontrolnog sistema a u svetlu konstantnog povećanja obima posla Evropskog suda za ljudska prava i Komiteta ministara Saveta Evrope”.

U situaciji u kojoj se Sud našao Protokol br. 14 bis zamišljen je kao neka vrsta prelaznog rešenja sve dok se ne steknu uslovi da Protokol br. 14 stupi na pravnu snagu. Upravo zbog toga njegova je sadržina, kao što ćemo videti iz analize njegovih glavnih odredbi, ograničena na uvođenje samo dve procesne mere sadržane u Protokolu br. 14 za koje se smatralo da će imati najvećeg efekta na povećanje efikasnosti Suda.⁴⁶

Tekst Protokola br. 14 bis je, u skladu sa ciljem sa kojim je donet i okolnošću da su njegove odredbe preuzete iz Protokola br. 14, veoma kratak i broji tek deset članova. Ključni koncepti sadržani su u članovima 2, 3 i 4 i njima se ujedno i menja tekst Konvencije. Ostali članovi se bave modalitetima usvajanja Protokola, njegovog stupanja na pravnu snagu, važenja i primene.

2.1. Uvođenje sudije pojedinca

Najdalekosežnije izmene u tekst Konvencije unosi član 3 Protokola br. 14 bis. Njime se u sistem sudskih formacija predviđenih članom 27 Konvencije uvodi sudija pojedinac. Kao što je na to već ukazano u delu teksta koji se bavio izmenama predviđenim Protokolom br. 14, ideja je da se uspostavljanjem ovog novog procesnog mehanizma poveća sposobnost Suda da uz što manji utrošak vremena sudija eliminiše očigledno nedopuštene predstavke. S obzirom na to da nedopuštene predstavke čine i do 95 posto

⁴⁵ Odluka o otvaranju Protokola br. 14 bis za potpisivanje Komitet ministara doneo je na osnovu Statutske rezolucije 93(27).

⁴⁶ Iako je tokom debata o sadržini Protokola br. 14 bis bilo i onih koji su predlagali da se u Protokol unesu i neka druga rešenja sadržana u Protokolu br. 14, ipak je prevagnuo zaključak da bi to moglo usporiti njegovo usvajanje.

predstavki koje stižu u Sud i da je za njihovo razmatranje do sada bio angažovan tročlani sudski odbor, novo rešenje će sudijama omogućiti da se više posvete meritornom razmatranju predmeta.

Nadležnosti sudije pojedinca jasno su definisane članom 4 Protokola br. 14 bis kojim se menjaju odredbe člana 28 Konvencije. U stavu 1 do 3 ovog člana stoji da su nadležnosti ove nove sudijske formacije ograničene na postupanje u slučajevima u kojima se odluka da se predstavka oglasi neprihvatljivom ili izbriše sa liste predmeta može doneti "bez daljeg razmatranja". Ovo znači da je postupanje sudije pojedinca rezervisano za one predstavke čija je nedopuštenost očigledna već na samom početku njihove obrade. Odluka sudije pojedinca da predstavku odbaci kao neprihvatljivu ili slučaj skine sa liste predmeta je konačna i na nju se ne može izjaviti žalba.⁴⁷ Ukoliko on pak ne bude doneo ovakvu odluku, predstavku će uputiti na dalje razmatranje odboru ili veću Suda.

Naravno, kako bi se očuvala nezavisnost postupanja Suda, odredbe člana 3 Protokola br. 14 bis propisuju da sudija pojedinac ne može postupati u predmetima u kojima učestvuje Visoka strana ugovornica sa čije je liste izabran.

Efikasnost postupanja sudija će biti povećana ne samo time što će u budućem mestu tri u ovakvim predmetima postupati samo jedan sudija već će sudije biti oslobođene i uloge sudije izvestioca koju su imale u okviru tročlanog odbora. Odredbe člana 2 Protokola br. 14 bis kojima se menja član 25 Konvencije uspostavljaju samostalnu funkciju izvestioca. Iako se ove odredbe *stricto sensu* nisu morale naći u samom Protokolu već je to moglo biti učinjeno i nižim aktom, sastavljač teksta je to verovatno učinio zbog značaja ove novine odnosno okolnosti da će izvestilac u budućem obavljati deo posla koji je prema do sada važećem rešenju bio rezervisan samo za sudije. Pozicija izvestioca će u sebi spajati funkciju sudije izvestioca i predmetnog pravnika. Izvestilac će morati da bude pravnik seniorskog ranga, da dobro poznaje jezik tužene države i njen pravni sistem, kao i da ispunjava sve uobičajene uslove nezavisnosti i objektivnosti koji se zahtevaju i od ostalog osoblja Sekretarijata Suda. Naravno, odluka o proglašavanju predstavke nedopuštenom ili njenom skidanju sa liste predmeta ostaje u domenu odgovornosti samog sudije.

Na Sudu će biti da u skladu sa procenom potreba ustanovi broj izvestilaca koji su neophodni za efikasno procesuiranje predmeta. S obzirom na to da će izvestioci biti u sastavu Sekretarijata Suda, na sva pitanja u vezi sa njihovim postavljenjem najverovatnije će biti primenjivanje odredbe koje važe i za drugo osoblje Sekretarijata.

⁴⁷ Član 4, stav 2 Protokola br. 14 bis.

2.2. *Izmenjene nadležnosti tročlanog sudskog odbora*

Druga procesna novina uvedena Protokolom br. 14 bis je proširivanje nadležnosti tročlanog sudskog odbora. Prema dosadašnjem rešenju, tročlani sudski odbor, kao jedna od tri strazburske sudske formacije⁴⁸, može da proglašava predstavke neprihvatljivim ili ih skida sa liste predmeta ukoliko je takvu odluku u pojedinačnom slučaju moguće doneti bez daljeg razmatranja.

Kao što smo videli, Protokolom br. 14 bis ta njegova nadležnost velikim delom prelazi u ruke sudije pojedinca. Istina, i prema novouvedenom rešenju odbor može jednoglasno doneti odluku o proglašenju predstavke nedopuštenom ili njenom skidanju sa liste ali će se to nadalje dešavati u smanjenom obimu jer će predstavke prethodno već proći filter sudije pojedinca.

Umesto toga, sada je osnovna nadležnost odbora da razmatra predmete koji se tiču onih pitanja interpretacije ili primene Konvencije povodom kojih već postoji ustaljena praksa Suda. Naime, shodno odredbi člana 4 (b) Protokola, tročlano sudsko veće predstavku može proglasiti prihvatljivom i istovremeno doneti odluku o meritumu:

“[...] ukoliko je osnovno pitanje u datom predmetu koje se tiče tumačenja ili primene Konvencije ili njenih Protokola sledstveno, već predmet *ustaljene prakse Suda*”.⁴⁹

Izraz „ustaljena praksa Suda“ podrazumeva način tumačenja i primene Konvencije u situacijama tipskih kršenja koji su odbori i veća Suda dosledno primenjivala u svojim ranijim odlukama. Ova će se formulacija naročito odnositi na gore pomenute “repetitivne slučajeve”. Pored toga, shodno Propratnom izveštaju sa objašnjenjima, čak i pojedinačna odluka Velikog veća može predstavljati „ustaljenu praksu Suda“ ukoliko je u pitanju presuda koja se bavi nekim od principijelnih pitanja tumačenja ili primene Konvencije.⁵⁰

Iako će novi vid postupanja Suda nesumnjivo doneti željenu brzinu obrade “kloniranih slučajeva” i uštedu na ljudskim resursima, ovo pojednostavljivanje procedure se ipak nije desilo na uštrb načela raspravnosti. I jedna i druga strana mogu osporavati da slučaj u razmatranju ima karakteri-

⁴⁸ Shodno dosadašnjem tekstu člana 27 Konvencije, „Sud razmatra predmete u odborima od troje sudija, veću od sedmoro sudija i u Velikom veću od sedamnaestoro sudija“.

⁴⁹ Italik dodat. Prevod autorke.

⁵⁰ Propratni izveštaj sa objašnjenjima uz Protokol br. 14 bis.

stike „ustaljene prakse Suda“. Naime, brzina postupanja će se ogledati samo u tome što će ovaj postupak omogućiti odboru da tuženoj strani predoči da je pitanje koje slučaj postavlja već temeljno i dosledno rešavano od strane Suda. Ukoliko se tužena država saglasi sa ovom konstatacijom, a to bi trebalo da se desi bar kada su u pitanju predmeti u kojima se radi o kršenju proizašlom iz strukturalnog ili sistemskog problema na čije postojanje joj je Sud prethodno ukazao u pilot presudi, odbor Suda će odluku doneti u nekoj vrsti skraćenog postupka.

Tužena država bi mogla osporavati primenu postupka iz člana 28 stav 4 (b) time što bi, recimo, tvrdila da nisu iscrpljeni svi domaći pravni lekovi ili nije ispunjen neki drugi uslov dopuštenosti iz člana 35 ili pak tvrdnjom da se slučaj materijalno razlikuje od onih o kojima je Sud do sada meritorno odlučivao. Pa ipak, ni jedna od strana u sporu ne može onemogućiti primenu ovog postupka, i jedino je tročlani odbor taj koji može odlučiti da slučaj ipak ne ispunjava kriterijume propisane za ovakvo razmatranje i proslediti ga sedmočlanom veću, u skladu sa članom 29 Konvencije.

Tročlani odbor donosi jedinstvenu odluku kako o prihvatljivosti predstavke tako i o meritumu i pravičnoj naknadi. Odbor odluku donosi jednoglasnošću a ukoliko jednoglasnost ne bude postignuta povodom bilo kog aspekta odluke, smatraće se da odluka nije ni doneta i predmet će biti upućen na razmatranje sedmočlanom veću.

Još jedna bitna razlika u odnosu na dosadašnji postupak rešavanja o meritumu je to što učešće u postupku sudije iz tužene države članice više nije obavezno. Shodno članu 4, stav 6, ukoliko sudija izabran sa liste ove države nije već bio član tročlanog odbora kome je predmet dodeljen na razmatranje, odbor može ali ne mora pozvati ovog sudiju da zauzme mesto jednog od sudija odbora. U nastavku, sama odredba na neki način i upućuje odbor kada bi bilo uputno tako nešto ipak preduzeti. Odbor može tokom bilo koje faze postupka pozvati sudiju iz tužene države da učestvuje u postupku „[...] imajući u vidu sve relevantne činioce, uključujući i to *da li država strana u sporu osporava primenu postupka predviđenog u stavu 4 (b)*“.⁵¹ Dati je činilac, prema objašnjenju sadržanom u Pratećem izveštaju, posebno pomenut jer je smatrano bitnim da Protokol odnosno izmenjene odredbe Konvencije makar indirektno pomenu mogućnost tužene strane da ospori primenu ovog postupka.⁵² Iako prisustvo sudije izabranog sa liste tužene države nije neophodno za očuvanje objektivnost odlučivanja jer

⁵¹ Italik dodat.

⁵² Prapatni izveštaj sa objašnjenjima uz Protokol br. 14 bis.

se radi o povredama povodom kojih već postoji ustaljena praksa Suda, u nekim bi se okolnostima prisustvo „domaćeg“ sudije koji dobro pozna je unutrašnji pravni sistem moglo pokazati kao veoma korisno. Ovo će naročito biti slučaj ako tužena strana argumentovano tvrdi da se predstavka u pitanju u svojim materijalnim aspektima razlikuje od onih povodom kojih je izgrađena „ustaljena praksa Suda“.

3. Završne i prelazne odredbe

Za razliku od Protokola br. 14, uslovi za stupanje na pravnu snagu Protokola br. 14 bis su umnogome pojednostavljeniji. Polazeći od toga da ovaj protokol sadrži samo nekoliko odredbi procesnog karaktera preuzetih iz Protokola br. 14 koji su već ratifikovale sve sem jedne države potpisnice Konvencije, države članice su se na Ministarskoj konferenciji složile da za njegovo dejstvo nije neophodno da ga usvoje sve države članice. Shodno odredbi člana 6, stav 1, Protokol br. 14 bis stupa na snagu već nakon polaganja trećeg instrumenta ratifikacije i biće primenjivan samo na predstavke usmerene protiv država članica koje ga usvoje.⁵³

Protokol br. 14 bis ne omogućava stavljanje rezervacija što je i logično s obzirom na njegovu fakultativnu prirodu i veoma konciznu sadržinu. Prema članu 6, dejstvo Protokola počinje prvog dana onog meseca koji sledi nakon isteka tromesečnog roka koji će se računati od momenta treće ratifikacije.

Urgentnost donošenja Protokola vidljiva je i iz sadržaja odredbi člana 7 koje uvode mogućnost njegove prevremene primene. Naime, imajući u vidu da je postupak ratifikacije u mnogim evropskim državama vremenski zahtevan proces, ovim se odredbama državama članicama omogućava da prihvate njegovu primenu i pre nego što stupi na pravnu snagu u njihovom unutrašnjem pravnom sistemu. Ovakva mogućnost je predviđena kako bi se sa primenom odredbi Protokola br. 14 bis počelo u što skorijem roku bar u odnosu na one države čiji pravni sistemi to dozvoljavaju.

Isti ovaj član uređuje i situaciju u kojoj je jedna predstavka podneta protiv više država članica od kojih neke jesu a neke nisu potpisnice Protokola br. 14 bis. Kako nije moguće jednu te istu predstavku obrađivati simultano kroz dva različita postupka, predviđeno rešenje je da će se u tom slučaju primenjivati neizmenjene odredbe Konvencije.⁵⁴ Bitno je napome-

⁵³ Član 8, stav 1 Protokola br. 14 bis.

⁵⁴ Član 8, stav 2 Protokola br. 14 bis.

nuti i da će se njegove odredbe primenjivati ne samo na novopristigle predstavnice nego i na one koje u Strazburu već čekaju na postupanje Suda.⁵⁵

Pretposlednji, član 9 Protokola, jasno ukazuje na to da je njegov tekst tek surogat za primenu Protokola br. 14 iz koga je i preuzeo odredbe, te kaže da će primena Protokola br. 14 bis prestati kada Protokol br. 14 bude stupio na pravnu snagu.

ZAKLJUČAK

Protokol br. 14 bis stupiće na pravnu snagu 1. oktobra ove godine. Istog dana kada je njegov tekst otvoren za potpisivanje prihvatile su ga Danska i Norveška, a kada je 17. juna 2009. postao deo pravnog sistema Irske i položen treći instrument ratifikacije, počeo je da teče tromesečni rok do početka njegovog pravnog dejstva. U međuvremenu su ga potpisali i predstavnici Francuske, Gruzije, Luksemburga, San Marina i Španije,⁵⁶ a Slovenski parlament ga je i ratifikovao 16. juna 2009. godine.⁵⁷

Odredbe Protokola br. 14 bis Sud će primenjivati samo u odnosu na one predstavnice u kojima se za kršenja na odgovornost poziva država koja je usvojila Protokol. Ovo znači da će od 1. oktobra u Strazburu paralelno živeti dva pravna režima obrade predstavnice - jedan za predstavnice usmerene protiv država koje su Protokol br. 14 bis ratifikovale i drugi koji će počivati na neizmenjenim odredbama Konvencije i biti primenjivan na predstavnice u kojima je tužena strana država koja nije prihvatila njegove odredbe. Pitanje koje se ovim povodom nužno postavlja je da li bi to moglo da dovede do divergentnog razvoja strazburske sudske prakse?

Dati aspekt njegovog dejstva bio je razmatran u fazi traženja izlaza iz situacije nastale nakon neuspeha Protokola br. 14⁵⁸ i verovatno je, uz hitnost koja je nalagala njegov fakultativni karakter, bio jedan od glavnih razloga što se Protokol br. 14 bis na koncu sveo na samo dve procesne izmene Konvencije. Naime, malo je razloga za bojazan da bi postupanje sudije

⁵⁵ Član 8, stav 1 Protokola br. 14 bis.

⁵⁶ Status ratifikacija 24. juna 2009, dostupan na:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=204&CM=8&DF=6/24/2009&CL=ENG>

⁵⁷ Podatak dostupan na: <http://www.mzz.gov.si/nc/en/tools/cns/news/article//25648/>

⁵⁸ Videti, na primer, izveštaj Savetodavnog komiteta Holandije o pitanjima međunarodnog javnog prava: Advisory Committee on Issues of Public International Law, *Advisory Report on the Application of Protocol no. 14 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, The Hague, November 2008, str. 80-82.

pojedinka i tročlanog sudskog odbora u okviru svojih sada proširenih nadležnosti, moglo da dovede do odluka koje bi se suštinski razlikovale od odluka veća i Velikog veća Suda. S druge strane, da su tvorci Protokola br. 14 bis bili nešto ambiciozniji i iz Protokola br. 14 preuzeli i onu odredbu kojom se propisuje novi kriterijum prihvatljivosti, kao treću uporišnu tačku reformi planiranih u 2004, to bi već moglo imati mnogo ozbiljnije posledice po uniformnost postupanja Evropskog suda.

Protokol br. 14 bis omogućio bi Sudu da se u budućnosti uspešnije nosi sa nagomilanim slučajevima ali zasigurno neće biti lek za sve njegove boljke. Već prilikom njegovog predlaganja bilo je jasno da bi se izmenama koje sadrži efikasnost Suda mogla povećati za ne više od 20 do 25 posto.⁵⁹ Pa ipak, koliko god kritikovan zbog toga što predstavlja nepotpuno rešenje, čini se da je u sadašnjoj konstelaciji političkih odnosa ovo bio jedini održivi predlog. Sve drugo bi bilo nerealno ili bi u evropski pravni prostor unelo jaz koji bi bilo teško premostiti.

Kritičari rešenja sadržanih u Protokolu br. 14 bis često zaboravljaju da je uzrok problema velikog broja nerešenih slučajeva sa kojim se Sud suočio možda mudrije potražiti u odnosu između kontrolnog mehanizma i pravosudnih sistema država potpisnica Konvencije. Evropski sud za ljudska prava usko je isprepleten sa nacionalnim pravnim sistemima jer kontrolni mehanizam počiva na pretpostavci da domaći pravni sistemi država članica svojim građanima mogu da pruže pouzdanu i efektivnu zaštitu prava iz Konvencije. Ukoliko jedan od ova dva sistema, bilo nacionalni ili nadnacionalni, ne funkcionise to se direktno odražava na funkcionisanje onog drugog jer se kontrolni sistem Konvencije i zasniva na balansu između ove dve komponente.

Evropski sud za ljudska prava nije zamišljen kao međunarodni apelacioni sud već kao *ultimum remedium* a primarna obaveza pružanja efikasne zaštite prava garantovanih Konvencijom leži na samim državama.⁶⁰ Pa ipak, poslednjih godina u Strazbur stiže previše onih slučajeva koji su mogli i morali biti efikasno rešeni na domaćem nivou.⁶¹ I zato su, nasuprot tako često uzvikivanoj rečenici da je Evropski sud postao "žrtva sopstvenog uspeha", možda bliže suštini reči Lea Zvak (Leo Zwaak) koji po malo re-

⁵⁹ *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, 979bis Meeting of the Committee of Ministers, 15 November 2006, § 32, dostupan na:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063779&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>

⁶⁰ Član 1 Konvencije.

⁶¹ Paraskeva, C., *Human Rights Protection Begins and Ends at Home: The 'Pilot Judgment Procedure' Developed by the European Court of Human Rights*, str. 13.

zignirano konstatuje da “Strazbur nije žrtva sopstvenog uspeha već rađe žrtva generalne nespremnosti država članica da uzmu Evropsku konvenciju za ozbiljno”.⁶²

U kojoj meri obim posla Suda zavisi od toga da li domaći organi efikasno sprovode odredbe Konvencije najjasnije se vidi na primeru “repetitivnih” ili “kloniranih” slučajeva u kojima jedan te isti sistemski ili strukturalni problem u državi članici biva izvor ogromnog broja predstavki čak i nakon što je Sud tuženoj državi ukazao na njega. Rezolucija Res(2004)3 i proširena nadležnost tročlanog veća jesu korak u pravom smeru ali će njihov efekat ostati neznatan sve dok se države ozbiljno ne prihvate zadatka da unaprede svoje pravne sisteme i sisteme domaćih pravnih lekova.

S obzirom na to da nam niko ne može s pouzdanošću reći kakve će nove političke odnose doneti sutra i kada će, ako se to ikada desi, Protokol br. 14 stupiti na pravnu snagu, jedino što preostaje je osloniti se na one modifikacije sistema koje za sada nudi Protokol br. 14 bis i sa više entuzijazma se pozabaviti pitanjem na koji bi način unapređenje domaćeg pravnog sistema moglo doprineti oporavku Suda.

Milica V. Matijević M.A.
Institute for Comparative Law

**FROM THE FAR-REACHING REFORMS TO
THE TEMPORARY SOLUTION: PROTOCOL NO.
14 BIS TO THE EUROPEAN CONVENTION
ON HUMAN RIGHTS**

Almost since its establishment as a permanent international court, the European Court of Human Rights has been facing an each year more and more alarming number of unresolved cases. The 2004 reforms have not solved the problem due to the failure of the Protocol no. 14 ratification

⁶² Zwaak, L., *Overview of the European Experience in Giving Effect to the Protections in European Human Rights Instruments (Presentation)*, Working Session on the Implementation of International Human Rights Protections, str. 14, dostupan na: <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Zwaak-speech.pdf>

process, with the exception of the Resolution Res(2004)3 which has had an impact, though of a limited character, on the processing of the so-called “repetitive cases”. A partial solution to the stalemate in which the control mechanism has ended up after the refusal of the Russian Duma to ratify the Protocol no. 14 could be found in the adoption of the new Protocol no. 14 bis, which will enter into force on 1st of October 2009. However, a through redefinition of the roles of the national legal systems and the Court in securing the Conventional rights is also needed.

Key words: *European Court of Human Rights, Protocol no. 14, inadmissible applications, “repetitive cases”, Protocol no. 14 bis.*

Dr Monika Milošević
naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu

SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU-ČLAN 6. STAV 1. EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA

Pojam „suđenja u razumnom roku“, garantovan članom 6. stavom 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, ne može se precizno odrediti. Ovaj pojam nije formulisan ni od strane Evropskog suda za ljudska prava. Jedan opšti zaključak jeste da je pojam „razumnog roka“ odrediv kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava.

Sa problemom okončanja sudskog postupka u „razumnom roku“, susreće se veliki broj zemalja, među kojima je i Srbija. Zakonom o parničnom postupku Republike Srbije garantovano je pravo na sudjenje u „razumnom roku“. Ipak, opšti je utisak da u Srbiji postupci traju suviše dugo. Budući da je Srbija članica Saveta Evrope i da je potpisala i ratifikovala Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, njeni građani mogu da podnose predstavke Evropskom sudu za ljudska prava zbog povrede njenih odredaba, između ostalog i zbog povrede člana 6. stava 1. Konvencije.

Da bi se sprečile eventualne negativne posledice koje bi mogle nastati po Srbiju zbog velikog broja podnetih predstavi, trebalo bi da se preduzmu mere za poboljšanje efikasnosti sudstva

Ključne reči: suđenje u razumnom roku; Evropska konvencija o ljudskim pravima; Evropski sud za ljudska prava, sudska praksa.

1. Uvod-Evropski sud za ljudska prava i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹ iz 1950. godine spada među instrumente koji stvaraju i obeležavaju evropski

¹ U daljem tekstu, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda biće nazvana Konvencijom.

pravni prostor.² Evropski sud za ljudska prava³, osnovan je 1959. godine na osnovu Konvencije, radi zaštite prava iz Konvencije. Kroz odluke suda, vrši se svojevrсна unifikacija evropskog prava.

Postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava pokreće se predstavkom. Uslovi za prihvatljivost predstavke predviđeni su članom 35. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.⁴

Ovi uslovi mogu se podeliti na negativne i pozitivne. Negativni, govore o tome kakva predstavka ne sme da bude. To su anonimnost i istovetnost. Predstavka, dakle, neće biti prihvaćena ako je anonimna, drugim rečima, ako nije potpisana. Takođe, predstavka ne sme da bude istovetna sa nekom drugom predstavkom, uključujući i onu koju je Sud razmatrao ranije, kao ni sa predstavkom koja je podnesena nekoj drugoj međunarodnoj instanci.⁵

Što se tiče pozitivnih uslova, u pitanju su tzv. iscrpenost unutrašnjih pravnih lekova i rok od šest meseci. Da bi dakle, podnosilac uspeo sa predstavkom, on mora da dokaže da je iscrpeo sve unutrašnje pravne lekove (da je u državi protiv koje ulaže predstavku vodio spor o predmetu predstavke i da je o tome odlučivala najviša sudska instanca u toj državi). U pitanju su redovni, a ne vanredni pravni lekovi.⁶

Drugi pozitivan uslov jeste podnošenje predstavke u roku od šest meseci od dana donošenja pravnosnažne odluke.⁷

Treba napomenuti da postoji situacija u kojoj Sud prihvata predstavku i kada ovi uslovi nisu ispunjeni.

To je situacija u kojoj postupak pred nacionalnim sudom traje previše dugo. Tada, uslovi za prihvatljivost predstavke nisu ispunjeni, budući da

² Tibor Varady, *Međunarodna trgovinska arbitraža na evropskom prostoru*, referat izložen na okruglom stolu na temu: „Evropski sudski prostor“, Pravni fakultet Univerziteta u Mariboru, 2004.

³ U daljem tekstu, Evropski sud za ljudska prava biće nazvan Sudom.

⁴ Međunarodni ugovori, „Sl. list SCG“ br. 9/2003.

⁵ Dragoljub Popović, „*Evropski sud za ljudska prava (između 11. i 14. dodatnog protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda)*“, Beograd, 2008., str. 61-63.

⁶ O tome koji su pravni lekovi redovni, a koji vanredni cenili se sa stanovišta unutrašnjeg prava države članice. Ipak, kada je reč o srpskom pravu, ono u oblasti građanskog procesnog prava poznaje obraćanje sudu trećeg stepena. Reč je o reviziji, vanrednom pravnom leku. Diskutabilno je da li srpski sudovi u praksi uvek pristupaju izvršenju pravnosnažne presude protiv koje je izjavljena revizija.

⁷ Dragoljub Popović, *op. cit.*, str. 63-64.

nema pravnosnažne odluke na unutrašnjem planu, pa rok od šest meseci od dana donošenja pravnosnažne odluke ne može ni da se računa. Sud je stao na stanovište da u takvoj jednoj situaciji unutrašnji pravni lekovi nisu efikasni, pa pošto u unutrašnjem pravu nisu efikasni, sud predstavku smatra prihvatljivom.⁸ Uporište za ovakvo stanovište nalazi se u članu 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.⁹

2. Član 6. stav 1. Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda-pojam „razumnog roka“

Član 6. Konvencije jemči pravo na pravično suđenje¹⁰. Ovaj član podrazumeva pravo na pristup sudu, vođenje postupka pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, kao i donošenje odluke u razumnom roku. Budući da se veliki broj država susreće sa problemom suđenja u „razumnom roku“, razmotrićemo šta se to podrazumeva pod pojmom „razumni rok“. Sam Sud nikada nije formulisao opšte pravilo o dužini trajanja postupka kao kriterijuma za ocenu da li je poštovan standard „razumnog roka“. Očito je da ovaj pojam ne može da se podvede pod stroge kriterijume. On je odrediv kroz praksu Suda.

U predmetu *Stögmüller protiv Austrije*, Sud je rekao da je svrha garantije razumnog roka zaštita svih učesnika u sudskom postupku od prekomernih odlaganja postupka.¹¹ Dalje, u predmetu *H. protiv Francuske*, Sud je zauzeo stav da pomenuta garantija naglašava važnost donošenja sudskih odluka bez odlaganja, kako delotvornost i kredibilitet odluka sudova ne bi bili dovedeni u pitanje.¹² Prema tome, svrha zahteva „razumnog roka“ jeste okončanje pravne nesigurnosti u kojoj se neko lice nalazi bilo zbog svog građanskopravnog položaja ili zbog krivične optužbe koja je protiv njega

⁸ *Ibid.*, str. 65-66.

⁹ Ovaj član Konvencije jemči pravo na suđenje u razumnom roku.

¹⁰ Član 6. Konvencije: „Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se izriče javno, ali se štampa i javnost mogu isključiti s celog ili s dela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, kada to zahtevaju interesi maloletnika ili zaštita privatnog života stranke, ili u meri koja je, po mišljenju suda, nužno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde.“

¹¹ *Stögmüller v. Austria*, 10. 11.1969. godine.

¹² *H. v. France*, 24. 10.1989. godine.

podneta. Ispunjenjem zahteva „razumnog roka“ zadovoljava se kako interes lica o kome je reč, tako i interes pravne sigurnosti.¹³

U predmetu *Zimmermann i Steiner protiv Švajcarske*¹⁴, Sud je ustanovio kriterijume za utvrđivanje suđenja u razumnom roku.¹⁵ Sud je stao na stanovište da se razumnost trajanja sudskog postupka koja spada u područje primene člana 6. stav 1. mora procenjivati u svakom pojedinačnom slučaju shodno određenim okolnostima. Sa tim u vezi, Sud mora da uzme u obzir složenost materijalnih ili pravnih pitanja koja slučaj postavlja, postupke predlagača i nadležnih organa vlasti, rizik kome se predlagač izlaže, te činjenicu da se odlaganje postupka može pripisati samo državi. Sud treba da ispita jednostavnost ili složenost slučaja, postupke predlagača (njihovo prisustvo ili odsustvo na raspravama, zahteve za odlaganjem rasprava), te postupke sudskih ili administrativnih organa vlasti.¹⁶

3. Kriterijumi za utvrđivanje „razumnog roka“

Na osnovu prakse Suda, uobičajeno je da Sud kod utvrđivanja „razumnog roka“, treba da vodi računa o četiri kriterijuma - složenost slučaja, ponašanje podnosioca predstavke i ponašanje državnih organa kao i koje je pravo podnosioca u samom predmetu ugroženo.¹⁷

Sud mora da razmatra svako od ta četiri pitanja odvojeno i da nastoji da sagleda da li je u nekoj fazi ili u celini postupka bilo prekomernih odlaganja i kašnjenja.

Kada je u pitanju prvi kriterijum-složenost slučaja-veoma su važni svi njegovi aspekti, kako činjenice, tako i pravna pitanja.

Drugi kriterijum- ponašanje podnosioca predstavke-bitno je samo ako je on sam, svojim postupcima prouzrokovao kašnjenje, ali ne i ako je koristio sve proceduralne mogućnosti koje je imao na raspolaganju. Drugim re-

¹³ Nula Mol i Katarina Harbi, *Pravo na pravično suđenje, Vodič za primenu člana 6 Evropske konvencije*

o ljudskim pravima, Priručnik o ljudskim pravima, br. 6 Saveta Evrope, Beograd, 2007., str. 47.

¹⁴ *Zimmermann and Steiner v. Switzerland*, 13. 07. 1983. godine.

¹⁵ U ovom slučaju, relativno kratak period od tri i po godine smatran je predugim za žalbeni postupak pred upravnim sudom gde postoji jedina sudska instanca, a nisu preduzete odgovarajuće mere da se reši problem gomilanja predmeta.

¹⁶ Žil Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd, 2006., str. 196-197.

¹⁷ Nula Mol i Katarina Harbi, *op. cit.*, str. 47.

ćima, protiv njega se ne može uzeti kao otežavanje njegovog položaja to što su iskorišćene različite procedure u njegovoj odbrani.¹⁸ On, npr. u krivičnim postupcima ne mora da saraduje aktivno u ubrzanju procesa koji bi eventualno doveo do njegove osude.¹⁹

Prema trećem kriterijumu-ponašanje državnih organa-zauzet je načelom stav da je za sva odlaganja koja su prouzrokovale upravne ili sudske vlasti odgovorna država.²⁰ Ipak, odluke u vezi sa odlaganjem iz posebnih razloga ili radi prikupljanja dokaza mogu imati izvestan značaj.

Sud takođe uzima u obzir posebne okolnosti predmeta, tako da apsolutni vremenski okvir za postupak ne postoji. U nekim slučajevima, Sud daje ukupnu ocenu, ne pozivajući se neposredno na pomenute kriterijume.²¹

Neki postupci sami po sebi nalažu da budu okončani brže nego drugi. Ovde upravo dolazi do izražaja četvrti kriterijum prilikom određivanja pojma „razumnog roka“. Naime, najčešće se očekuje da krivični postupak bude završen pre nego građanski; imajući u vidu njegov značaj za optuženog, on zahteva posebnu ekspeditivnost. Isto važi i za postupke o starateljstvu gde protek vremena može negativno uticati na ključno pitanje, a to je pitanje najboljeg interesa deteta. Pored ovih postupaka, Sud je usvojio striktno tumačenje razumnog roka u izvesnom broju drugih vrsta predmeta gde je, iz različitih razloga, brzina postupka od krucijalnog značaja.

U predmetu *X. protiv Francuske*²² Evropski sud za ljudska prava je jednoglasno utvrdio da je povređen član 6., a posebno pravo na odlučivanje u razumnom roku. U ovom slučaju je tužilac-hemofilicar, zaražen HIV virusom putem transfuzije krvi, tražio naknadu štete od francuskog Ministarstva zdravlja, ali je umro pre okončanja postupka. Zahtev koji je potom upućen Evropskom sudu za ljudska prava ticao se povrede člana 6., posebno prava na odlučivanje u razumnom roku. Iako ni Komisija ni Sud nisu postavili pravila o vremenskim granicama trajanja postupka, Sud je našao da je izvršena povreda člana 6. i to posebno prava na odlučivanje u razumnom roku, smatrajući da odgovor na pitanje „razumnog roka“, uglavnom zavisi od sledećih elemenata: složenosti pravne stvari, držanja tu-

¹⁸ Ljubica Milutinović, *Suđenje u razumnom roku*, Pravni informator, on line izdanje časopisa, Intermex, 2009., str. 1., dostupan na internet adresi: http://informator.rs/tekstovi/tema_1104.htm, dana 12. 05.2009.

¹⁹ Nula Mol i Katarina Harbi, *op. cit.*, str. 48.

²⁰ Ljubica Milutinović, *op. cit.*, str. 1.

²¹ Nula Mol i Katarina Harbi, *op. cit.*, str. 48.

²² X. v. France, 31. 03. 1992. godine.

žioca tokom postupka i načina postupanja nacionalnog suda. Sud je zauzeo stav da je pitanje toga, šta je u stadijumu osporenog postupka bilo od krucijalne važnosti za tužioca dodatni relevantni kriterijum u ovoj pravnoj stvari. Isto tako, u predmetu *Thlimmenos protiv Grčke*²³, postupak pred nacionalnim sudom trajao je sedam godina, jedan mesec i dvadeset dana, pri čemu tužilac nije prouzrokovao nikakva odlaganja. Sud je zauzeo stav da takva dužina postupka nije ispunila zahtev „razumnog roka“, s obzirom na to da države ugovornice imaju obavezu da svoje pravne sisteme organizuju na taj način što će njihovi sudovi biti u stanju da garantuju pravo svakoga da dobije konačnu odluku u okviru razumnog vremenskog roka, kao i na to da se postupak odnosio na profesionalnu budućnost tužioca.

U predmetu *H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁴, radilo se o predlogu za usvajanje deteta. Sud je stao na stanovište da slučajevi koji se odnose na starateljstvo nad decom zahtevaju posebnu pažnju i hitnost, budući da postoji opasnost da neko proceduralno odugovlačenje dovede do rešenja koje nije moguće kasnije promeniti.

U predmetu *Martins Moreira protiv Portugalije*²⁵, podnosilac predstavke je teško povređen u saobraćajnoj nesreći. Sud je našao da je došlo do kršenja člana 6. zbog toga što su vlasti nekoliko puta neopravdano odlagale postupak i stao na stanovište da je u postupcima za utvrđivanje visine naknade žrtvama saobraćajnih nesreća potrebna posebna hitnost.

U građanskim sudskim postupcima, vreme koje treba uzeti u obzir kada se odlučuje o dužini postupka po pravilu počinje da teče od trenutka otpočinjanja sudskog postupka u vezi sa rešavanjem spora koji se tiče građanskih prava i obaveza, kao što je datum kada podnosilac predstavke podnese privatnu tužbu. Ipak, u nekim slučajevima, vreme se računa još od perioda pre no što započne postupak po tužbi. Tako, na primer, u predmetu *König protiv Nemačke*²⁶, koji se odnosio na oduzimanje dozvole za bavljenje lekarskom praksom, Sud je zaključio da je u smislu utvrđivanja razumnosti dužine trajanja postupka, vreme počelo da teče od datuma kada je podnosilac predstavke uložio prigovor na to što mu je oduzeta dozvola. Kao što je već napomenuto, kod krivičnih predmeta trajanje razumnog roka je kraće. Ipak, Sud i ovde treba da uzme u obzir složenost slučaja, ponašanje podnosioca predstavke i ponašanje državnih organa. Tako, na pri-

²³ *Thlimmenos v. Greece*, 06. 04. 2000. godine.

²⁴ *H. v. United Kingdom*, 08. 07. 1987. godine.

²⁵ *Martins Moreira v. Portugal*, 26. 10. 1988. godine.

²⁶ *König v. Germany*, 28. 06. 1978. godine.

mer, u predmetu *Boddaert protiv Belgije*²⁷ šest godina i tri meseca nisu smatrani nerazumnim rokom, zato što se ovaj slučaj odnosio na vrlo tešku istragu ubistva i paralelno odvijanje dva postupka. Ipak, u predmetu *Ferantelli i Santangelo protiv Italije*²⁸, sud je stao na stanovište da šesnaest godina predstavlja nerazuman rok u slučaju vrlo teškog i složenog slučaja o ubistvu, u kome se radilo o maloletnicima.

4. Suđenje u „razumnom roku“ u domaćem pravu

Član 10. Zakona o parničnom postupku jemči pravo na suđenje u razumnom roku.²⁹

Naša zemlja je pristupila Savetu Evrope i potpisala Konvenciju o ljudskim pravima 23. aprila 2003. godine. Konvenciju je ratifikovala decembra 2003. godine.

Ratifikovanjem Konvencije i njenih protokola, države prihvataju da usaglase svoje domaće pravo i praksu sa Konvencijom i da isprave svaku povredu prava i sloboda zaštićenih Konvencijom. U skladu sa tim, ratifikacijom Konvencije stekli su se uslovi da i naši građani podnose tužbe (predstavke) Sudu zbog neadekvatne dužine trajanja postupka, kao i zbog svih ostalih kršenja Konvencije³⁰, koja su nastala posle njene ratifikacije. Na ovom mestu valja pomenuti tzv. tranzicione predmete (oni u kojima su postupci započeti pre ratifikacije, ali traju i posle ratifikacije). U tim predmetima država bi trebalo da bude odgovorna za dužinu trajanja postupka posle ratifikacije i u tom smislu ima obavezu da preduzme sve potrebne i delotvorne mere da se ti postupci okončaju u razumnom roku predviđenom

²⁷ *Boddaert v. Belgium*, 12. 10. 1992. godine.

²⁸ *Ferantelli and Santangelo v. Italy*, 07. 08. 1996. godine.

²⁹ Član 10. Zakona o parničnom postupku („Službeni glasnik RS“, broj 125/2004): „Stranka ima pravo da sud odluči o njenim zahtevima i predlozima u razumnom roku.

Sud je dužan da nastoji da se postupak sprovede bez odugovlačenja i sa što manje troškova.“

³⁰ Države koje su Konvenciju ratifikovale stvorile su dakle, pravni osnov da se pojedinac pred domaćim organima poziva na presudu Suda i da zahteva njeno izvršenje, kojem se pribegava po odredbama domaćeg prava. Iako presuda Suda ne predstavlja izvršni naslov u domaćem pravu države članice, ove presude se redovno izvršavaju na nacionalnom planu. To je međunarodna obaveza države-članice Saveta Evrope, usled čijeg neispunjenja država može da pretrpi sankcije. Izvršenje presude nadgleda Komitet ministara Saveta Evrope, a predmet izvršenja može da bude novčani iznos, konkretna činidba, odnosno usvajanje pojedinačne mere i usvajanje opšte mere-donošenje zakona.

Konvencijom. Ipak, Evropski sud za ljudska prava će pri proceni da li je trajanje sudskog postupka u ovim predmetima bilo “razumno”, tj. da li je kršen zahtev razumnog roka, uzeti u obzir i dužinu i prirodu trajanja postupka pre ratifikacije.³¹

Primeru radi, analiziraćemo jedan od novijih predmeta koji pripada grupi tzv. tranzicionih predmeta i u kome je sud našao da je povređen član 6. Stav 1. Konvencije, odnosno da je prekoračen zahtev razumnog roka, u kome je podnosilac predstavlja srpski državljanin, jeste *Dorić protiv Srbije*.³² U ovom predmetu gospodin Dorić je 1988. godine dobio otkaz zbog čega je poveo parnični postupak radi vraćanja na radno mesto i neisplaćene plate 1989. godine. Osnovni sud udruženog rada u Beogradu je 1989. godine doneo odluku protiv gospodina Dorića, koja je postala pravnonažna maja iste godine, i protiv koje je gospodin Dorić dva puta bezuspešno podnosio predlog za ponavljanje postupka. 1993. godine gospodin Dorić je treći put podneo predlog za ponavljanje postupka, a marta 1996. godine Peti opštinski sud u Beogradu kome je prosleđen predmet je i doneo odluku o ponavljanju postupka.

Od oktobra 1997. do februara 2004. godine, Peti opštinski sud je pribavio četiri izveštaja veštaka o tačnim iznosima neisplaćenih plata koje se duguju gospodinu Doriću, kao i sa akumuliranom zateznom kamatom. Nakon dvostrukog vraćanja na nižu instancu Peti opštinski sud je 4. jula 2006. godine odbio zahtev gospodina Dorića da bude vraćen na posao, ali je istovremeno delimično usvojio njegov zahtev za nakanadu materijalne štete. Okružni sud u Beogradu je 27. juna 2007. godine naložio vraćanje na rad gospodina Dorića, ali je preostali deo presude prvostepenog suda ukinuo i naložio ponovno suđenje. 6. marta 2008. godine Vrhovni sud Srbije je odbacio reviziju tužene opštine. Nakon toga se postupak pred Petim opštinskim sudom nastavio samo u vezi sa novčanim potraživanjem gospodina Dorića, i nakon još dva mišljenja veštaka Peti opštinski sud je 28. juna 2008. godine delimično usvojio tužbeni zahtev. Tužena opština je 17. jula 2008. godine izjavila žalbu protiv ove presude. Na osnovu informacija koje su do donošenja presude stranke dostavile Sudu, postupak pred Okružnim sudom u Beogradu, je i dalje u toku. Gospodin Dorić je podneo predstavku Sudu žaleći se na povredu člana 6. stav 1. Konvencije da je dužina postupka u pitanju nekompatibilna sa zahtevom razumnog roka, i na povredu člana 13. Konvencije.³³

³¹ Ljubica Milutinović, *op. cit.*, str. 1.

³² *Dorić v. Serbia*, 27. 01. 2009. godine.

³³ Član 13. Konvencije jemči pravo na delotvorni pravni lek.

Sud je našao da jeste došlo do povrede člana 6. stav 1. Konvencije, obzirom da je sporni postupak u nadležnosti suda *ratione temporis* više od četiri godine i devet meseci i očito još u toku pred drugostepenim sudom. Dalje, dana 3. marta 2004. godine, kada je Konvencija stupila na snagu u odnosu na Srbiju, postupak je već bio u toku više od petnaest godina i četiri meseca. Sud je takođe našao da predmet podnosioca predstavke nije bio naročito složen, te da je ponavljanje finansijskog veštačenja bilo neophodno samo da bi se obračunala neisplaćena zarada podnosioca predstavke kao i zatezna kamata, nastala u toku samih postupaka. Sud je našao da je došlo i do povrede člana 13. Konvencije, obzirom da u relevantnom trenutku nije postojao delotvoran pravni lek u domaćem pravu za pritužbu podnosioca predstavke na dužinu postupka o kome je reč.³⁴

5. Umesto zaključka

O trajanju građanskih postupaka u Srbiji nema pouzdanih statističkih podataka. Ipak, u opštoj i stručnoj javnosti postoji opšti utisak da postupci bez opravdanog razloga predugo traju. U Srbiji je prosečno trajanje parničnog postupka „duže od tri godine“. Trebalo bi izvršiti komparativnu analizu uzroka. Ukupna efikasnost izvršenja je izuzetno niska.³⁵

Prema saopštenju Kancelarije državnog zastupnika pred tim Sudom, njemu se tokom 2008. godine obratilo 2.084 građana Srbije. Obzirom na to da je građanima koji nisu zadovoljni suđenjem u Srbiji omogućeno da pravdu potraže pred Sudom tek 2004. godine, to je veliki broj predstavki. 2008. godine Srbija je po broju predstavki pred Sudom, bila na 13. mestu.³⁶

Kako bi se zaštita ljudskih prava u Srbiji bila efikasnija, i kako bi se izbegle negativne posledice koje po Srbiju mogu da nastanu ukoliko bi se veliki broj građana obraćao Evropskom sudu za ljudska prava, trebalo bi da se preduzmu mere za poboljšanje efikasnosti sudstva.³⁷

Kompjuterizacija sudova, obuka sudija da koriste kompjutere i edukacija sudijskog i pripravničkog kadra, iako započeti kod nas, moraju da

³⁴ Presuda Dorić v. Serbia, objavljena je u “Službenom glasniku RS”, broj 9/2009.

³⁵ Vesna Rakić-Vodinić, *Kompatibilnost jugoslovenskog prava sa odredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Beograd, 2002., str. 137-138.

³⁶ Vid.: Borba, on line izdanje od 11. 02. 2009. godine, <http://www.borba.rs/content/view/2384/83/>, dana 05. 05. 2009. godine.

³⁷ Ljubica Milutinović, *op. cit.*, str. 3.

predstavljaju stalni zadatak na kome će se raditi u pravcu sve većeg osavremenjavanja i poboljšavanja.

Poboljšanje procesnih zakona, šire korišćenje alternativnih načina rešavanja sporova, posebno medijacije, i niz drugih mera moglo bi da doprine se poboljšanju rada sudova, efikasnosti u suđenju, i u skladu sa tim uvode-nju razumnog roka u sudsku proceduru.

Monika Milošević, PhD
Institute of Comparative Law, Belgrade

RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME – ARTICLE 6. PARAGRAPH 1 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

The term 'Right to a trial within a reasonable time' that is guaranteed by the Article 6., paragraph 1. of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, may not be determined precisely. Neither the European Court for Human Rights had defined it. It can be concluded generally that the term 'Right to a trial within a reasonable time' is definable through the judicial practice of the European Court of Human Rights.

A large number of countries faces with the problem of termination of court proceedings 'within a reasonable time', among which is Serbia as well. The Civil Procedure Act of the Republic of Serbia guarantees 'the Right to a trial within a reasonable time'. However, general impression is that proceedings in Serbia last too long. Having in mind that Serbia is the member of the Council of Europe and had signed and ratified the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, its citizens may submit applications to the European Court of Human Rights for violation of the provisions of the Convention, including the violation of the Article 6. paragraph 1. of the Convention.

In order to prevent possible negative consequences that may arise for Serbia due to the large number of applications submitted to the European Court of Human Rights, measures for the improvement of efficiency of judiciary should be taken.

Key words: *trial within the reasonable time; judicial practice; European Court of human Rights; long proceedings in Serbia*

Dr Jovan Ćirić
Institut za uporedno pravo, Beograd

PRETPOSTAVKA NEVINOSTI I EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA

Za autokratske režime je karakteristično da je svako kriv osim ukoliko ne uspe da dokaže suprotno. U demokratskim režimima je situacija sasvim obrnuta, polazi se od pretpostavke nevinosti, tj. od toga da je svako nevin dok se sudskim putem ne dokaže obrnuto. Ovo je vrlo važna demokratska institucija, važna kada je reč o poštovanju ljudskih prava i uspostavljanju fer, nezavisnog i nepristrasnog suđenja, o čemu se uostalom i govori u članu 6, stav 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Ta odredba da se svako ima smatrati nevinim, dok se u zakonitom sudskom postupku ne dokaže suprotno, jeste kratka, ali njeno značenje i naročito tumačenja data od strane Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, jesu vrlo široka i višeznačna, po različitim pitanjima i aspektima. U današnje vreme posebne probleme mogu izazivati brojne medijske manipulacije, odnosno delovanje medija, kojima se pretpostavka nevinosti može značajno kršiti. Autor ovog članka daje prikaz nekoliko slučajeva koji su bili tretirani pred Sudom u Strazburu, kojom prilikom je dotični sud našao da je došlo do kršenja prezumpcije nevinosti.

Ključne reči: prezumpcija nevinosti; fer suđenje; Evropska konvencija o ljudskim pravima; Evropski sud za ljudska prava;

* * *

Pretpostavka nevinosti je jedan od onih opštih (krivično)pravnih instituta o kojima se veoma mnogo govori, ponekad čak i više u laičkim, nepravničkim krugovima, možda prvenstveno zbog toga, što ova pretpostavka nevinosti implicira čitav niz socijalnih, političkih značenja i posledica. Smatra se u tom smislu da se za razliku od demokratskih društvenih sistema, u nedemokratskim, autoritarnim društvenim sistemima, kakvi su bili

Hitlerov ili Staljinov režim na primer, polazi upravo obrnuto od pretpostavke krivice.¹

Pretpostavka nevinosti se dakle na neki način uzima kao simbol ljudskih prava i demokratije, a tamo i onda kada se ta pretpostavka negira, ugrožava, ne poštuje, tamo i tada se u stvari i čitava ideja ljudskih prava i demokratije u manjoj ili većoj meri dovodi u pitanje. Za jednog autokratu, odnosno za jedan autokratski režim, svako je u principu, *a priori* sumnjiv i kriv i on naravno pred različitim tajnim službama, tajnim policijama i tajnim sudovima mora da dokazuje sopstvenu nevinost, mora da dokazuje da nije kriv. U manjoj ili većoj meri to može zvučati kafkijanski,² ali u svakom slučaju, ono što treba ovde reći, jeste to da je negativne stvari, odnosno nepostojanje jedne činjenice najteže dokazivati, ponekad čak i nemoguće.³ Ovo čak i u jednom čisto logičkom smislu: lakše je dokazivati na primer da nešto jeste *A*, nego što je dokazivati da to nešto nije *B*. U psihološkom smislu ovo je pogotovu teško, kada do izražaja mogu dolaziti različiti podsvesni mehanizmi uticanja na donošenje presude u jednom konkretnom slučaju,⁴ gde i kada različite vrste vrlo opasnih, ali delotvornih predrasuda izbijaju u prvi plan. Medijske manipulacije, o kojima ćemo još posebno govoriti, u tom su smislu jedan poseban, vrlo izrazit problem.⁵

Pretpostavka nevinosti je dakle garant da predrasuda neće biti, a da će suđenje biti smireno, racionalno, nezavisno, odnosno nepristrasno.⁶ Pretpostavka nevinosti je dakle *condition sine qua non* nezavisnog i poštenog pravosuđa, demokratije i poštovanja ljudskih prava uopšte. Ovo je međutim lako reći i proklamovati na jednom teorijskom planu, nego što je lako

¹ Igor Primorac; - Prestup i kazna; - Beograd, 1976.

² Da se podsetimo: Jozefa K. bili su samo oklevetali, a onda su ga pozvali i praktično su od njega tražili da se opravda, odnosno da odbije sve klevete protiv sebe, tj. da dokaže svoju nevinost.

³ Upravo je u tom smislu najteže dokazivati nepostojanje krivice.

⁴ Jovan Ćirić; - Društveni uticaji na kaznenu politiku sudova; - Beograd, 2001.

⁵ Dragan Sikimić; - Javno mnjenje i presuđenje; „Pravni život“ 12/1996. O ovom fenomenu odnosa medija i presuđenja, i kod nas se u poslednje vreme raspravlja i piše. Pa tako na primer, osim ovog, pomenutog članka, još i Goran Petronijević; - Nezavisnost sudstva i zaštita sloboda i prava građana; u zborniku radova „Ustavnost i zakonitost u zaštiti ljudskih prava“, izdanje Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1997. Odnosno Aleksandra Drecun; - Kamere u sudnici; - „Pravni život“ 12/1998 i isto tako i Sretko Janković; - Sredstva informisanja i teški oblici kriminala; - u zborniku radova „Teški oblici kriminala“, - Izdanje Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja; Beograd, 2004.

⁶ Mihajlo Acimović; - Sudska psihologija; - Beograd, 1983.

to u praksi sprovesti i zaista ispoštovati to da niko nije kriv dok se ne dokaže suprotno. Ovo pogovo danas, kada uticaji i manipulacije medija, naročito elektronskih, imaju poseban uticaj na čitavo društvo, pa i život svakog pojedinca, pa samim tim i na one koji donose presude. Sa druge strane, postoje i problemi koji su vezani za opasnosti od organizovanog kriminaliteta i terorizma, odnosno u slučaju Srbije, radi se o kažnjavanju za ratne zločine. Ovo naročito kada se radi o različitim vidovima i modalitetima onoga što nazivamo komandna odgovornost. Tada se na jedan ili drugi način polazi od suprotne pretpostavke, od pretpostavke krivice i na ovaj ili onaj način se uvodi objektivna odgovornost u krivično pravo, a od osumnjičenog (optuženog) zahteva da dokaže da nije znao ili mogao.⁷

Ponekad se međutim, ne mora raditi ni o tako teškim zločinima. Zamislimo jednu saobraćajnu nesreću i vozača koji je optužen da ju je izazvao, odnosno da je izvršio krivično delo. U faktičkom smislu, od njega će se u najvećem broju slučajeva zahtevati da praktično dokaže da nije mogao da spreči nesreću, odnosno da nije mogao da postupi drugačije od načina na koji je postupio, a što je upravo tipično za pretpostavku krivice. U mnogim drugim situacijama obrtanje tereta dokazivanja čak je postavljeno na institucionalnom nivou, pa je tako na primer postavljeno kod oduzimanja imovine stečene krivičnim delom, kod Zakona o sprečavanju diskriminacije, što sve može imati vrlo značajnog uticaja na poštovanje pretpostavke nevinosti, koja je jedna od temeljnih vrednosti svakog demokratskog društva, odnosno onoga što se u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i praksi Suda za ljudska prava u Strazburu naziva "fer suđenje" garantovano članom 6 te Konvencije.

U nekoliko slučajeva koji su dospeli pred Sud u Strazburu, izričito se kaže i smatra da prezumpciju nevinosti mogu povrediti i mediji, bilo svojim da tako kažemo površnim, ili nesavesnim izveštavanjem, bilo policija i tužilaštva, ali putem medija, odnosno tako što će zloupotrebljavajući medije, kod najvećeg broja građana, pa posredno i kod samih sudija, stvoriti odgovarajuće psihološko predubedenje, koje će ugroziti prezumpciju nevinosti.⁸ To je u stvari suština onoga što se uobičajilo da se tretira pod pojmom „suđenje putem medija“, odnosno onoga što u engleskom originalu stoji „trial by media“. Prikazati nekog u očima najšire javnosti već krivim i pre nego što on uopšte i dođe na sud. Radi se o jednoj izrazito negativnoj

⁷ Jovan Ćirić; - Objektivna odgovornost u krivičnom pravu; Beograd, 2008.

⁸ O tome na primer se može pročitati i na internet adresi www.newswatch.in/?p=5715

praksi delovanja medija, kada se nečija krivica prejudicira, a putem delovanja na najšire javno mnjenje, deluje se na svest i podsvest sudije koji donosi odluku. Ovakva praksa nije karakteristična samo za Srbiju, niti samo za današnje vreme. Uzima se naime da se prvi slučaj tog tzv. suđenja putem medija, dogodio još neposredno iza Prvog svetskog rata u SAD.

Konkretno, ovde se radi o glumcu Roscoe-u Arbuckle-u, (1887-1931) poznatom u to vreme pod nadimkom „Fatty Arbuckle“ – „Debeli Arbuckle“.⁹ Njegov slučaj tretira se kao jedan od prvih slučajeva suđenja putem medija, u jednom negativnom kontekstu. Dotični je u svoje vreme bio dosta poznat u svetu filmske umetnosti, između ostalog i kao prvi koji je u svet filma uveo, kasnije naširoko korišćene gegove sa gađanjem tortama. No, jedno je sigurno, danas zaboravljeni Arbuckle je u periodu pred kraj Prvog svetskog rata i neposredno po njegovom okončanju, 1917 – 1920, igrao u ne malom broju filмова i godišnje zarađivao čak 1 milion dolara, što je za tadašnje prilike bila veoma respektibilna suma novca, koja je u potpunosti odslikavala veličinu njegovog ličnog i profesionalnog ugleda i uspeha.¹⁰ Ali, 1920. godine Arbuckle odlazi na jedan vikend u San Francisko i sa trojicom svojih prijatelja u društvu sa četiri dame, gde provodi jedan vikend u hotelu. Jedna od njihovih prijateljica svega tri dana nakon toga iznenada umire od *peritonitisa*, a jedan od Arbuckleovih prijatelja daje izjavu policiji kako ju je (tada) poznati glumac u stvari silovao, te kako je njena bolest i smrt u stvari posledica upravo toga. Mediji sve ovo dočekuju kao pravu „bombu“ („poslasticu“) i odmah već na samom početku Arbuckle-a proglašavaju krivim, stavljaju se na stranu nesrećne žene a protiv poznatog glumca, kojem se, jednim delom upravo zato što je bio i poznat i bogat, pripisuje bahato i osiono ponašanje, koje je eto na kraju neko platio i svojim životom. Sa današnje distance moglo bi se reći da je u svemu tome bilo i ponešto socijalne demagogije, po sistemu ne samo da „sit gladnome ne veruje“, već i da „gladan sitom ne veruje, ne voli ga“ i verovatno da čitava priča ne bi digla prašinu u tolikoj meri da nije bilo reči o poznatom i bogatom glumcu, već o nekom običnom građaninu. Uzalud je bilo kasnije to što je dotični Arbuckle-ov prijatelj na sudu priznao da je lagao, pokušavajući da poznatog glumca uceni,¹¹ uzalud je bilo i to što je na kraju porota oslobodila Arbuckle-a, on više nikada nije dobio nikakav filmski angažman ni u Holivudu, niti bilo gde drugde. Imao je

⁹ Internet adresa http://en.wikipedia.org/wiki/Fatty_Arbuckle

¹⁰ Pogotovu u Americi, gde se i uspeh i ugled u dobroj meri sagledavaju kroz dolare.

¹¹ Nije nam poznato da li je Arbuckle-ov „prijatelj“ kasnije odgovarao zbog lažnog prijavljivanja, ili kako bi to Amerikanci rekli, „opstrukcije pravde“, ali za našu priču to i nije toliko bitno.

jedan neuspeli brak, odao se alkoholu i u takvoj situaciji i umro je već 1931. potpuno zaboravljen od svih. Iako je dakle sud stao na njegovu stranu, Arbuckle-a su osudili mediji i to je u njegovom slučaju bilo više nego dovoljno.

Neki kasniji slučajevi, karakteristični ne samo za Ameriku, već i za Evropu, a u poslednje vreme naročito za Srbiju, pokazuju da se pretpostavka nevinosti vrlo lako može kršiti, naročito od strane medija, te da posledice svega toga mogu biti vrlo negativne za ono što se naziva "fer suđenje", a što je proklamovano članom 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Medijski pritisci i manipulacije postaju nešto što nije karakteristično samo za Srbiju, već uopšte za sve tranzicione zemlje, pa čak i za one koje se mogu imaće smatrati kolevkama demokratije i nezavisnog pravosuđa. Postoji u svakom slučaju jedna zanimljiva, a rekli bismo negativna praksa komentarisanja sudskih presuda i širenja fame o pravosuđu, fame o tome kako je pravosuđe korumpirano. Ovo je recimo u jednom periodu bilo i te kako karakteristično na primer za Mađarskau¹² gde su političari, ali i neki advokati, svojim lakovernim klijentima „prodavali maglu“ pričama o tome kako sve mogu da „srede“ kod određenog sudije, odnosno pričama o tome da je suprotna strana sve potkupila.¹³ Međutim, u dobroj meri su krivi i neki mediji, koji u želji da budu što senzacionalniji, lansiraju neproverene, ali zato uhu običnog građanina lako prijemčive priče o sve raširenijoj korupciji u svim segmentima društva, pa posebno i u pravosuđu. O pričama o nekim konkretnim slučajevima, o komentarisanju, tzv. živih predmeta da i ne govorimo. Tada se zaista može govoriti o negativnom odnosu na relaciji pravosuđe – mediji,¹⁴ od-

¹² Na jednom savetovanju mađarskih advokata, tužilaca i sudija, sredinom devedesetih godina, izričito je apostrofirana negativna praksa komentarisanja „živih“ sudskih predmeta i ne samo posrednih pritisaka na sudove i njihovu nezavisnost, već i širenja (samim tim) fame o korumpiranosti sudija, što, prema mišljenjima Mađara, može imati nesagledive posledice na uspostavljanje stvarne demokratije, nezavisnosti sudstva i onoga što se naziva „vladavina prava“. (O tome na primer videti u knjizi „Monitoring the EU Accession Process: Corruption and Anti-corruption Policy“ – Open Society Institute – EU Accession Program, Budapest, 2002. pp. 202-204)

¹³ Ova se priča o tome kako je suprotna strana sve potkupila, upotrebljava onda kada je spor izgubljen, kao opravdanje za sopstveni neuspeh. Teško da će neko (naročito ako je stvarno nedovoljno stručan) i samom sebi, a pogotovu svom klijentu to priznati i reći „izgubili smo jer sam ja pogrešio“. Zato je uvek bolje reći „izgubili smo zato jer je sudija bio korumpiran“. Kao što se to događa i u sportu, kada je tradicionalno, sudija uvek kriv.

¹⁴ Jovan Ćirić; - Pravosuđe i mediji; - u zborniku radova: „Kriminalitet u tranziciji: fenomenologija, prevencija i državna reakcija“, izdanje Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja; - Beograd, 2007.

nosno može se govoriti o kršenju pretpostavke nevinosti, te samim tim nekih najnužnijih preduslova za „fer suđenje“.

No naravno, pretpostavka nevinosti nije jedini preduslov za uspostavljanje „fer suđenja“. „Fer suđenje“ je nešto što je još znatno šire i kompleksnije od same pretpostavke nevinosti. Pogledajmo zato kako u celini glasi član 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima:

Svako, tokom odlučivanja o njegovim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se izriče javno, ali se štampa i javnost mogu isključiti s celog ili dela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, kada to zahtevaju interesi maloletnika ili zaštita privatnog života stranke, ili u meri koja je, po mišljenju suda, nužno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naštetiti interesima pravde.

Svako ko je optužen za krivično delo smatraće se nevinim sve dok se ne dokaže njegova krivica na osnovu zakona.

Svako ko je optužen za krivično delo ima sledeća minimalna prava:

- a) da u najkraćem mogućem roku, podrobno i na jeziku koji razume, bude obavešten o prirodi i razlozima za optužbi protiv njega;*
- b) da ima dovoljno vremena i mogućnosti za pripremu odbrane;*
- c) da se brani lično ili putem branioca koga sam izabere ili, ako nema dovoljno sredstava da plati pravnu pomoć, da ovu pomoć dobije besplatno kada interesi pravde to zahtevaju;*
- d) da ispituje svedoke protiv sebe ili da postigne da se oni ispituju i da se obezbedi prisustvo i saslušanje svedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svedoče protiv njega;*
- e) da dobije besplatnu pravnu pomoć prevodioca ako ne razume ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu.*

Pretpostavka nevinosti dakle jeste samo jedan manji segment čitave priče o “fer suđenju”, ali, da bi smo ovde mogli da govorimo šta je suština toga da “će se neko (tj. svako) smatrati nevinim dok se ne dokaže njegova krivica na osnovu zakona”, a što deluje krajnje šturo i uopšteno, moramo ipak pokušati da sagledamo kako Sud u Strazburu tumači tu odredbu, odnosno kako je u nekoliko različitih situacija odlučio o tome da li jeste ili nije bilo kršenja pretpostavke nevinosti.

Za početak počecemo od onoga što smo nazvali “suđenje putem medija”, odnosno od medijskih zloupotreba i instrumentalizacije medija u svr-

hu suđenja. .Radi se o jednom slučaju iz Francuske, koji je u mnogim i domaćim¹⁵ i inostranim analizama pominjan kao primer kako mediji negativno utiču na “fer suđenje” i kršenje pretpostavke nevinosti.

24. decembra 1976. godine, član francuskog parlamenta i bivši ministar Jean De Broglie bio je ubijen ispred jedne zgrade u Parizu u kojoj su živeli izvesni Pjer De Varga i Allenet De Ribemont. Njih dvojica su od ubijenog francuskog poslanika neko vreme pre tog događaja, uzeli određenu novčanu pozajmicu, kako bi otvorili zajednički restoran u Parizu.

Ubistvo poslanika i bivšeg ministra je izazvalo buru u francuskoj javnosti, te je i reakcija nadležnih organa bila brza, tj. direktno uzrokovana takvom burnom reakcijom javnosti.¹⁶ Istraga je odmah krenula u tom pravcu da su to ubistvo sigurno izvršili De Varga i De Ribemont, te je vrlo brzo usledilo njihovo hapšenje. Već 29. decembra 1976. održana je konferencija za štampu, koju su direktno prenosile neke od najgledanijih francuskih televizija, kao na primer TF1 i ANTENNE 2 news. Na pitanja novinara, odgovarali su Michel Poniowski, tadašnji francuski Ministar unutrašnjih poslova, zatim Jean Ducret, direktor francuske istražne policije i Pierre Ottavioli, rukovodilac istrage u dotičnom slučaju. Prema transkriptima, Ministar je na toj konferenciji izjavio da je slučaj sada završen, (vrlo brzo rešen¹⁷) da su svi koji su umešani u ubistvo uhapšeni i da se tu u stvari radi o vrlo jednostavnom slučaju, da je ubijeni bio došao da traži od De Varge i De Ribemonta povraćaj novčane pozajmice koju im je dao, te da su ova dvojica bili ne direktni izvršioc, već podstrekači ovog ubistva. Ducret je re-

¹⁵ Grupa autora; - Kompatibilnost jugoslovenskog prava sa odredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima; - Institut za uporedno pravo, Beograd decembar 2002. str. 156-157

¹⁶ Upravo to i takvo veliko interesovanje javnosti može četo biti uzrok kršenju pretpostavke nevinosti. Od policije se zahteva brza, samim tim naravno često i ispolitizirana i ishitrena reakcija, a to je nešto što obično vodi u kršenje mnogih ljudskih prava osumnjičenih – optuženih. Pre svega njihovog prava na pretpostavku nevinosti. Psihološki efekti, medijske manipulacije, svesno-podsvesni način razmišljanja po principu „sve je jasno, sve je dokazano“, te potreba da se u očima najšire političke javnosti, policija pokaže kao brza i uspešna, tesno su povezani sa kršenjem pretpostavke nevinosti, ali i svim drugim vanpravnim uticajima na rad sudova. (O tome Jovan Čirić; - „Društveni uticaji na kaznenu politiku sudova“; - Beograd, 2001)

¹⁷ Ministar policije je naravno uradio ono i onako kako bi uradila možda i većina drugih ministara na njegovom mestu. Kao da je rekao najširoj političkoj javnosti, svojim budućim glasačima: „Eto vidite kako i koliko smo mi u policiji brzi, uspešni, efikasni...“ Upravo zato što nam se čini da je reakcija Ministra Poniowskog karakteristična i tipična za sve zemlje i sva vremena, mi uopšte i govorimo o celom ovom slučaju i kasnijoj presudi Suda u Strazburu

kao da su De Varga i njegov saučesnik, onaj koji ga je sledio u svemu De Ribemont, bili podstrekači ovog zločina. Organizator ubistva u tehničkom smislu te reči, bio je policijski detektiv Simoneand, a neposredni izvršilac bio je, izvesni Freche, plaćeni ubica.

Izveštaji sa ove konferencije za štampu, organizovane od strane najviših zvaničnika francuske policije, bili su u gotovo integralnom obimu preneti u francuskoj štampi, a kao što smo rekli i direktno prenošeni u elektronskim medijima. Nakon te konferencije, organizovane i održane od strane visokih policijskih službenika, protiv De Ribemonta je 14. januara 1977. godine podignuta optužnica od strane tužilaštva i on je zadržan u pritvoru. Međutim, ne tako dugo zatim on je pušten na slobodu, tačnije 01. marta 1977. godine. Optužnica protiv njega konačno je odbačena od strane tužilaštva tri godine kasnije – 21. marta 1980, a onda je on pokrenuo postupak za naknadu štete zbog materijalne i nematerijalne štete koju je pretrpeo u celokupnom slučaju, a povodom pritvora, kao i pomenute konferencije za štampu. Između ostalog, De Ribemont se pozivao na to da su Poniatowski i ostali policijski zvaničnici onim što su govorili na toj konferenciji za štampu povredili njegovo pravo na prezumpciju nevinosti, garantovano članom 6 stav 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima.¹⁸ Od strane svih nadležnih pravosudnih instanci, od prvostepenog pariskog, do kasacionog suda Republike Francuske, kao i nekih drugih administrativnih tela, zahtev De Ribemonta¹⁹ je bio odbačen, te se na kraju on obratio Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu. Sud u Strazburu je njegov podnesak primio 24. maja 1989. godine, (Application 15175/89) i na kraju je 10. februara 1995²⁰. doneo presudu u kojoj se, između ostalog, konstatuje da je njemu, podnosiocu (De Ribemontu) povređeno pravo iz člana

¹⁸ Ovde treba razdvojiti njegov zahtev za naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode, odnosno zbog toga što je u pritvoru proveo mesec i po dana, od zahteva upućenog francuskoj državi da mu isplati naknadu štete zato što su njeni visoki zvaničnici povredili njegovo pravo na prezumpciju nevinosti. .

¹⁹ De Ribemont je, između ostalog zahtevao i to da u sredstvima javnog informisanja, odnosno da se televizijama naloži da prate njegov slučaj, odnosno objave njegove tužbe protiv države i njenih zvaničnika (Ministra Poniatowskog) i zahtev upućen Premijeru. I ovi zahtevi De Ribemonta, bili su odbačeni.

²⁰ Sve svemu, od trenutka kada je Ministar Poniatowski održao tu čuvenu konferenciju za štampu, do trenutka kada je De Ribemont konačno dobio moralno i materijalno zadovoljenje, proteklo je čak više od 18 godina, što relativizuje mnogo što šta, a u prvom redu pravo na suđenje u razumnom roku, zatim možda našu preteranu kritičnost prema našem pravosuđu, a pre svega čini da naša stara narodna izreka o tome da je pravda spora ali dostižna, uvek i iznova bude aktuelna.

6 stav 2 Konvencije, te da u tom smislu država Francuska treba da podnosiocu zahteva isplati odštetu od 2.000.000 franaka²¹ i da mu u roku od tri meseca mora nadoknaditi troškove koje je ovaj imao pred tim sudom u iznosu od 100.000. franaka.

Inače, ceo krivični slučaj ubistva De Broglie-a završen je tako što je Pierre De Varga ipak sudski oглаšen krivim i osuđen na kaznu zatvora od deset godina, koju je većim delom i odslužio – 7 godina. De Varga je od ranije bio poznat i policiji i široj francuskoj javnosti. Rođen u Mađarskoj 1922. godine, emigrirao u Francusku 1938. godine, bio je poznat po svojim izrazitim anti-komunističkim stavovima, a bio je blizak mnogim desničarskim krugovima, strankama i organizacijama, ali isto tako i povezivan sa različitim, manjim ili većim finansijskim špekulacijama i skandalima, osuđivan za ucene, izdavanje čekova bez pokrića i slično. Sve u svemu, policija je zaista mogla veoma jednostavno da sklopi kockice čitave priče. Finansijski mešetar i učenjivač, stanuje u istoj zgradi sa finansijskim savetnikom De Ribemontom, a ispred njihove zgrade biva ubijen onaj koji im je omogućio da dođu do finansijskih sredstava, sredstava kojima su kao što smo rekli, hteli da otvore restoran u centru Pariza. Zaista, teško je običnoj laičkoj javnosti da poveruje da su De Varga i De Ribemont nevini u dotičnom slučaju, ali optužba protiv De Ribemonta ipak biva odbačena, uprkos tome što su ga Ministar policije i drugi zvaničnici već oglasili krivim i uprkos tome što se sve tako lepo „uklapalo“²² Ono što ovde treba posebno naglasiti, jeste to da se zvaničnici, policijski, tužilački, (a naročito sudski naravno), moraju i te kako čuvati davanja brzih i preoštrih zaključaka, ma koliko im se činilo da je sve logično, jasno, lako dokazivo. Može se dakle reći da je neko osumnjičen, ili optužen, ali ne i to da je sve jasno, jednostavno i da je osoba X, kriva „za to i to“. Ponekad se u tom smislu čini da je čitava pretpostavka nevinosti u dobroj meri formalne prirode i da se sve završava na pukim formalnostima – nemojte nekoga nazivati lopovom, zločincem, itd. Nazovite ga jednostavno osumnjičenim. Međutim, stvari ipak mogu biti komplikovanije – konferencije za štampu zai-

²¹ Zanimljivo je to da je De Ribemont pred francuskim sudovima tražio nadoknadu štete po ovom osnovu u iznosu od 10 miliona, a sud u Strazburu mu je dosudio pet puta manje – 2 miliona. Možda to može na neki način odslikavati da nisu u pravu oni koji misle da je Sud u Strazburu „lak“ na dodeljivanju odštete, odnosno da on dodeljuje visoke odštete.

²² O celom krivičnom slučaju ubistva De Broglie-a i osudi De Varge videti na internet sajtu www.independent.co.uk/news/people/obituary-pierre-de-varga.1591199.html. skinuto 26.05.2009.

sta utiču i na pravosuđe i na najširu javnost na različite posredno-podsvesne, a u svakom slučaju štetne načine, načine koji čine da suđenje bez strasti, samo na racionalnoj osnovi, biva posebno otežano.

U vezi ovog slučaja *Allenet De Ribemont v. France*, još nekoliko stvari treba ovde istaći. Francuska država (Vlada) je smatrala, tj. istakla prigovor da se odredba člana 6 stav 2 Evropske Konvencije, koja govori o pretpostavci nevinosti, ne može odnositi na upravne – državne organe. U odgovoru na predstavku De Ribemonta, francuska Vlada je istakla da samo sud i sudski organi mogu prekršiti pretpostavku nevinosti. Sud u Strazburu je međutim u obrazloženju svoje odluke (presude) istakao da pretpostavka nevinosti ne mora biti prekršena samo od strane krivičnih sudova, odnosno da može biti prekršena i od strane nekih drugih, koji nisu sudski organi u najužem smislu te reči. Štaviše, sud smatra da se čitava Konvencija o ljudskim pravima mora sagledavati na jedan širi način, te u tom smislu posebno i odredba o pretpostavci nevinosti.

Formalna istraga i optužba protiv De Ribemonta započela je, smatrao je Sud u Strazburu, tek nakon što je konferencija za štampu održana. Drugim rečima, De Ribemont je uhapšen, a onda, dok se nalazio u policijskom pritvoru održana je konferencija za štampu na kojoj je rečeno to što je rečeno, a prema mišljenju Suda za ljudska prava, upravo je to najdirektnije uticalo na istražne organe, istražnog sudiju i javnog tužioca da preduzmu odgovarajuće procesne radnje, pa između ostalog i da odrede pritvor protiv De Ribemonta.

Ono što je ovde bilo takođe interesantno, jeste i pitanje da li se odredbom o prezumpciji nevinosti na neki način negira jedno drugo pravo takođe garantovano Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Naime, postavilo se bilo pitanje da li, ako se to što su govorili Ministar Poniatowski i njegovi saradnici na konferenciji za štampu, okvalifikuje kao kršenje pretpostavke nevinosti, da li to onda znači da se time njima uskraćuje pravo na slobodno izražavanje mišljenja. Odnosno, da li se pravo (najšire) javnosti da dobija pravovremene informacije o krivičnim, kao i o drugim stvarima, krši time što se ministru (ovom ili onom) ili bilo kom drugom takvom zvaničniku ukida pravo na slobodan govor na konferenciji za štampu ili uopšte u javnosti. Sud u Strazburu je smatrao da ove dve stvari nisu i ne treba da budu u koliziji, tj. da se pod izgovorom slobode govora i dostupnosti informacija ne sme dozvoliti državnim ili bilo kojim drugim zvaničnicima da krše pretpostavku nevinosti nekoga. To su ipak, smatrao je sud, različite stvari. Može se, tj. mora se najširoj javnosti dati neophodna informacija o tome da je neko osumnji-

čen, uhapšen, optužen, ali to ne znači da on treba da bude okvalifikovan kao krivac (već osuđeni učinilac). U konkretnom slučaju i Ministar Poniatowski i drugi zvaničnici, su na konferenciji za štampu, De Ribemonta okarakterisali i nazvali „podstrekačem“, a ne osumnjičenim za „podstrekavanje“.

Slučaj koji takođe zavređuje pažnju kada je reč o pretpostavci nevinosti i presudama koje je povodom toga donosio Evropski sud za ljudska prava, jeste slučaj *Capeau v. Belgium* (Application no.42914/98)

Wim Capeau, rođen je 1967 i živi u Gentu u Belgiji. 29. marta 1994. on je u Gentu uhapšen, pod optužbom da je 25. maja prethodne, 1993. godine podmetnuo požar u jednoj zgradi. Optuženi Capeau (i njegov advokat naravno), odmah su uložili žalbu, prigovor na sudsko rešenje kojim mu je određen pritvor, ali ta žalba od strane viših sudskih instanci biva odbačena, što naravno ne obeshrabruje optuženog pritvorenika da koristi i druga pravna sredstva da se žali na određivanje pritvora. Sve u svemu, Capeau u pritvoru ipak nije proveo mnogo vremena, tek nepunih mesec dana, da bi ga istražni sudija pustio da se brani sa slobode 21. aprila 1994. Čitav krivični postupak protiv Capeau-a definitivno je obustavljen godinu dana kasnije, 2. juna 1995 godine, a on je na jesen te godine pokrenuo postupak za naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode. Taj postupak u Belgiji podrazumeva da se onaj koji traži kompenzaciju zbog neosnovanog lišenja slobode, najpre u upravnom postupku obraća Ministarstvu pravde, sa zahtevom za naknadu štete. 12. maja 1997. Ministar pravde Belgije, donosi rešenje kojim odbacuje ovaj zahtev, konstatujući u odgovarajućem pravnom aktu da Capeau prilikom hapšenja i neposredno nakon što je bio pritvoren, nije sudskim, istražnim organima pružio odgovarajuće, ubedljive dokaze da nije podmetnuo požar, te su zbog toga oni imali dovoljno razloga da poveruju da je upravo on bio kriv, odnosno, da je upravo on učinilac krivičnog dela paljevine. Da su imali pred sobom odgovarajuće dokaze da Capeau nije kriv, smatrao je Ministar, nadležni pravosudni, istražni organi ne bi mu odredili pritvor. Zanimljivo je da je sličnu, gotovo istovetnu argumentaciju o ovom slučaju pominjao i sud kojem je neosnovano pritvoreni podneo svoj zahtev za naknadu štete u sudskom sporu.

Nakon negativnog odgovora koji je dobio po pitanju zahteva za naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode, Capeau je pokrenuo postupak po pitanju kršenja njegovog prava na prezumpciju nevinosti.. Slučaj dospeva do Suda u Strazburu koji donosi presudu kojom konstatuje da je povređeno pravo na prezumpciju nevinosti garantovano članom 6 Evropske konvencije.

Sud takođe konstatuje da pošto je podnosiočevo (misli se na Capeau-a) pravo na pretpostavku nevinosti očigledno povređeno, on sada ima osnova i prava da u odgovarajućoj proceduri ostvari naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode. U obrazloženju svoje presude, Sud kaže da se ne može zahtevati od osumnjičenog (optuženog) da iznosi dokaze kojima bi dokazivao svoju nevinost. Teret dokazivanja mora uvek biti na strani tužioca, a ne na strani onoga koji je optužen, pre svega zato što je nevinost, nepostojanje krivice, u principu najteže dokazati. Zbog toga se ne može tražiti, zahtevati podnošenje dokaza o nevinosti.

Iako su u pitanju neke sasvim različite stvari – pritvor i pretpostavka nevinosti, ispostavlja se da ove dve stvari često među sobom mogu biti i te kako povezane, odnosno da se može dogoditi da neko provede u pritvoru određeno vreme jednostavno zato što se nadležnim istražnim organima on učini sumnjiv, te tako na odgovarajući način, bilo direktno, bilo indirektno, ne pruži dovoljno dokaza o svojoj nevinosti (nekriivici), te da zbog toga nadležni organi odluče da dotičnom odrede pritvor. Ponekad, to se kao u slučaju Belgijanca osumnjičenog za paljevinu (Capeau) događa na taj način što se od dotičnog direktno i nedvosmisleno zahteva da on pruži dokaze o svojoj nevinosti, a ponekad to se događa na jedan indirektan način – ne kaže se direktno to da optuženi nije pružio dokaze o svojoj nevinosti, ali se kaže da je sud imao razumnog osnova za sumnju, a kada ima razloga za osnovanu sumnju, onda makar podsvesno sud očekuje od osumnjičenog da mu ovaj prezentira kontra-argumente, u suštini, dokaze o svojoj nevinosti.

Na neki način, to se dogodilo i u slučaju *Rushiti v. Austria*. Asan Rushiti, državljanin Makedonije, sa prebivalištem u Beču bio je osumnjičen za pokušaj ubistva.

Naime 01. aprila 1993. Regionalni sud u Gracu, je Rushitiju je odredio pritvor, sumnjičeći ga da je zajedno sa jednim saizvršiocom, nekoliko dana pre toga, pokušao da ubije M.R. Saizvršilac je napao nožem M.R., a Rushiti je, dotičnog M.R. prema navodima tužilaštva, sprečavao da pobegne, te je ovaj pretrpeo povrede.. Međutim, neko vreme nakon toga, tačnije 5 meseci kasnije, tj. 01. septembra 1993. isti sud u Gracu, oslobodio je Rushitija, pustio ga iz pritvora. Sud je sa 7 prema 1 odgovorio negativno na dva pitanja: da li se u konkretnom slučaju radi o pokušaju ubistva i da li se radi o teškoj telesnoj povredi. Već sutradan, tj. 02. septembra 1993. Rushiti podnosi nadležnom sudu, zahtev za odštetu zbog neosnovanog lišenja slobode. Sud se poziva na odredbe austrijskog Zakonika o krivičnom postupku, te zaključuje da je postojala osnovana, razumna sumnja da je osumnjičeni učinio krivično delo,

odnosno da se nisu mogli pronaći nikakvi dokazi koji bi tu sumnju obo-
rili, tj. učinili manjom.²³

Rushiti se naravno žalili višim sudskim instancama, koje takođe zaključuju na istovetan način da je bilo osnovane sumnje, tj. da nije bilo ničega u dotičnom periodu od aprila do septembra, što bi sud razuverilo u pogledu osnovanosti sumnje o krivici Rushitija. Decembra 1993. Rushiti podnosi prigovor nadležnom apelacionom sudu u kojem tvrdi da je povređeno njegovo pravo na fer suđenje, odnosno na pretpostavku nevinosti. On, tj. njegov zakosni zastupnik, smatra da je ovakva odredba austrijskog ZKP o razumnoj sumnji, odnosno nepostojanju ničega što bi ublažilo, razvejalo tu razumnu sumnju na osnovu koje se neko može držati u pritvoru, da je takva odredba neustavna, jer praktično teret dokazivanja prebacuje na stranu osumnjičenog. Ako se traži da postoji nešto što „raspršuje“, odnosno treba da „raspršuje“ osnovanu sumnju, onda to praktično znači da „to nešto“ može i mora ponuditi upravo onaj koji se sumnjiči. Ne kaže se to naravno direktno, ali, indirektno to u stvari znači to. Indirektno, kaže se slično onome što je i belgijsko pravosuđe u slučaju Capeau reklo, a što je nedopustivo, jer od osumnjičenog traži da ovaj dokazuje svoju nevinost.

Apelacioni sud u Gracu, 30. decembra 1993. prosleđuje ovaj slučaj Ustavnom sudu Austrije i zahteva od njega mišljenje o ustavnosti ovakvog zakonskog rešenja. Ustavni sud, 29. septembra 1994. odbacuje ovaj zahtev Apelacionog suda u Gracu, a dotični apelacioni sud 15. decembra 1994. odbacuje žalbu Rushitija i proglašava da u zakonskim rešenjima, kao i u odlukama nižih sudskih instanci, nije bilo ničeg neustavnog, odnosno da nije došlo do kršenja načela prezumpcije nevinosti.

Sledeće godine, tačnije 05. jula 1995. Rushiti (odnosno njegov zastupnik) podnosi predstavku Evropskoj komisiji za ljudska prava, odnosno slučaj dospeva do Suda u Strazburu, koji novembra 1998. donosi presudu da je u postupku po zahtevu za naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode, došlo do kršenja pretpostavke nevinosti. Odnosno, Sud u Strazburu kaže da se iz razloga osnovane sumnje, zaista može odrediti pritvor nekom

²³ I u ovoj, kao i u drugim presudama Evropskog suda za ljudska prava, relativno malo prostora poklanja se opisu činjeničnog stanja. Dakle Sud u Strazburu ne ulazi u meritum stvari, u to da li je na primer dotični Rushiti kriv, da li je on stvarno sprečavao M.R. da pobegne, ili ne. Polazi se od toga da su činjenice u vezi tog slučaja nesporno utvrđene – sud je prema Rushitiju doneo oslobađajuću presudu, pa prema tome više o tome da li je on kriv, ili ne, nema ni govora, ima govora samo o pravnim pitanjima u vezi sa formalnom stranom, fer postupanjima, pretpostavkom nevinosti. Nama se zaista može učiniti, iz ovog oskudnog materijala, da je Rushiti zaista kriv, ali sud u Austriji je pravnosnažno odlučio da nije kriv i tu nema više dileme.

osumnjičenom i to uopšte nije sporno, ali, kada se optužbe na kraju odbace, ili kada se postupak obustavi zbog nedostatka dokaza, ili kada prema osumnjičenom (optuženom) bude doneta oslobodajuća presuda, sve u svemu osumnjičeni bude pušten iz pritvora, onda on u svakom slučaju ima pravo na naknadu štete. Pojednostavljeno rečeno, društvo (država) ima prava da nekoga drži u pritvoru, ali je ona dužna da mu nadoknadi štetu ako ga drži u pritvoru, pa ga posle oslobodi, proglasi nevinim.²⁴ Pri tome za to držanje nevinih ljudi u pritvoru, ne mogu biti krivi pojedinci koji su proveli vreme u pritvoru, već država, koja im je odredila pritvor.²⁵ Niko ne spori Austriji pravo da Rushitija (ili bilo koga drugog) pritvori, nije sporno ni to što je taj pritvor određen zbog razmne (osnovane) sumnje. Nije sporno ni to da Austrija mora da plati naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode, sporno je jedino to što su se austrijske vlasti pozivale na to da ne žele (ne treba) da plate nadoknadu, jer su imali razloga da veruju u osnovanu sumnju, koju Rushiti nije ni jednim dokazom uspeo da obori. Time je na indirektan, ali vrlo efekzivan način rečeno i sledeće: „sud je osnovano sumnjao, i ništa nije učinjeno (osumnjičeni, ko bi drugi) da se te sumnje razveju, da se sud razuveri....“²⁶ Takav način razmišljanja i zaključivanja zaista predstavlja kršenje pretpostavke nevinosti.

Pretpostavka nevinosti ne tiče se međutim samo najtežih oblika kriminaliteta onda kada dolazi do izricanja najtežih krivičnih sankcija ili pritvora u toku sprovođenja istražnih radnji. Ponekad se može dogoditi da dođe do kršenja pretpostavke nevinosti i kada se radi o nekim relativno sitnim, bagatelnim krivičnim delima, kada ne dolazi do izricanja pritvorskih mera i zatvorskih kazni. To može na primer biti slučaj sa verbalnim deliktima, a što sve znači da nadležni sudski organi moraju biti krajnje obazrivi u fer postupanju, ne samo kada se radi o najtežim delima i najtežim sankcijama, jer kršenje pravila fer suđenja, odnosno, u okviru toga, pre svega pretpostavke nevinosti, ne važi samo za teška krivična dela, već uopšte.

Tipičan primer u tom smislu može biti i slučaj *Constantinescu v. Romania*. Michael Constantinescu je bio predsednik rumunskog sindikata učitelja. On je, nakon što je stupio na tu dužnost otkrio izvesne malverzacije prethodnog rukovodstva dotičnog sindikata, tačnije trojice koji su zauzimali čelne pozicije u tom sindikatu. Novo rukovodstvo sindikata, u tom

²⁴ A Rushiti je na kraju proglašen nevinim.

²⁵ Kao da su oni sebe namerno stavili u pritvor i kao da su oni dužni da uvek iznose dokaze o svojoj nevinosti.

²⁶ Praktično razuveri u svojoj predrasudi, pretpostavci krivice osumnjičenog.

je smislu protiv bivših rukovodilaca podnelo odgovarajuće krivične prijave, ali je nadležno tužilaštvo odbacilo te prijave i optužbe kao neosnovane. Nakon toga, Constantinescu, drži konferenciju za štampu, na kojoj čini odgovarajući verbalni delikt, odnosno krivično delo klevete, upereno na račun ove trojice, istovremeno kritikujući i stanje u pravosuđu Rumunije.

Sada međutim, krivični postupak biva pokrenut protiv Constantinescu-a i on marta 1994. najpre biva oslobođen po optužnici za namerno klevetanje, ali, u žalbenom postupku, na višoj sudskoj instanci, u oktobru 1994. on ipak biva oglašen krivim i osuđen.²⁷ Stanovište višeg suda, zasnivalo se na tome da je u vreme kada je Constantinescu držao konferenciju za štampu i novinarima prezentirao svoja mišljenja, on morao znati da je tužilaštvo prethodno već odbacilo sve optužbe, te da je u tom smislu on sa namerom difamacije, širio neistine o svojim kolegama – prethodnicima i da je učinio namerno - umišljajno krivično delo klevete. Constantinescu se naravno obraćao svim nadležnim sudskim instancama, ali su svi viši sudski organi, uglavnom ponavljali ovu konstataciju o tome da je Constantinescu morao znati da je tužilaštvo odbacilo optužbe, da su ona trojica oslobođena, te da je uprkos tome on svesno i namerno iznosio neistine. Na kraju se Constantinescu obratio i Sudu za ljudska prava u Strazburu, tvrdeći da je u njegovom slučaju došlo do kršenja pretpostavke nevinosti, a sa druge strane i da mu je bilo ugroženo - uskraćeno i pravo na slobodu izražavanja zagarantovano članom 10 Evropske Konvencije.

Sud u Strazburu je 27. juna 2000. godine, doneo odluku o tome da je kršenja pretpostavke nevinosti u slučaju Constantinescu-a zaista bilo, ali da nije došlo do kršenja prava na slobodno izražavanje. Sud je naime smatrao da su nadležni rumunski sudski organi pošli od pretpostavke krivice Constantinescu-a, jer mu zapravo nisu dozvolili da iznese dokaze o tome da on nije znao da su ona trojica oslobođeni. Constantinescu se, pred sudom u Strauburu upravo na to pozivao, tvrdeći da on nije znao za odbacivanje prijave, ali da mu nadležni sudski organi u Rumuniji nisu dali mogućnost da to kaže, odnosno to uopšte nisu uzimali u razmatranje, to da li je on znao ili nije znao.²⁸ Rumunski sudovi su polazili od neoborive pretpostavke da

²⁷ Istina sasvim blago, novčanom kaznom, ali za našu priču o pretpostavki nevinosti, to i nije od presudnog značaja.

²⁸ Ovde se pojavljuje jedno opšte, principijelno pitanje kod svih dela koja se sastoje u tome „mogao i morao...“, zapravo kod nehata kao takvog. Uvek kada se kaže, odnosno pođe od toga da je neko nešto „mogao i morao (znati“...“ a to su po pravilu skoro svi nehatni delikti, time se na određeni način u krivično pravo uvodi objektivna odgovornost, teret dokazivanja prebacuje na optuženog i krši pretpostavka njegove nevinosti. (O tome i Jovan Čirić; - Objektivna odgovornost u krivičnom pravu; - Beograd, 2008)

je Constantinescu znao – morao znati, za odluku nadležnog tužilaštva da odbaci prijave protiv trojice bivših sindikalnih lidera, te da ih je i pored toga on na konferenciji za štampu difamirao i hotimično, sa namerom izvršio krivično delo klevete. Sud u Strazburu međutim, smatrao je drugačije, da se ne može i ne sme polaziti od jedne takve pretpostavke, pretpostavke koja suštinski znači pretpostavku krivice, već da se uvek i u svakom slučaju, mora polaziti na suprotan način, od pretpostavke nevinosti. Nadležni bukureštanski sud, kaže se u obrazloženju presude, praktično nije Constantinescu dao mogućnost iznošenja svojih stavova i svoje odbrane da nije znao, da nije bio kriv, već je polazio od neoborive pretpostavke da je morao znati, a to je, u stvari pretpostavka krivice rečeno drugim rečima, na drugi način. Evropske sudije za ljudska prava nisu međutim dale za pravo Constantinescu po pitanju njegove tvrdnje da mu je povređeno i pravo iz člana 10 Evropske konvencije o slobodi izražavanja, ali su, dakle smatrali da je pravo na fer-suđenje u ovom slučaju bilo zaista povređeno.

Sa konstatacijom, u stvari pretpostavkom tipa „mogao je i morao znati (učiniti)“ treba dakle biti krajnje oprezan. Ne sme se preterivati sa tim i polaziti od toga da je osumnjičeni uvek zaista „mogao i morao...“ jer se time obrće teret dokazivanja, krši prezumocija nevinosti i kao što smo već rekli, uvodi objektivna odgovornost u krivično pravo, ali, ne sme se baš mnogo ići ni u suprotnom pravcu, jer bi se time ukinula odgovornost za sva nehatna dela, što opet ne bi bilo ni opravdano, ni svrsishodno. Isto tako ne bi bilo opravdano ni verovati da Sud u Strazburu uvek staje na stranu podnosioca žalbe (prigovora) u vezi sa kršenjem pretpostavke nevinosti, odnosno da odbacuje tu sudsku (zakonsku) pretpostavku da je osumnjičeni (osuđeni) „mogao i morao...“ pretpostavku, koja faktički uvek može postojati. Ponekad je zaista i opravdano i svrsishodno konstatovati da je osumnjičeni (optuženi) „mogao i morao...“, odnosno na neki način poći od pretpostavke da osumnjičeni (optuženi) nije nevin. Evo dakle jednog takvog slučaja, koji je bio rešavan pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu. Reč je o slučaju *Salabiaku v. France* (Aplication no 10519/83)

Salabiaku je bio zairski državljani sa boravištem u Parizu. On je 29. jula 1973. došao na jedan pariski aerodrom u nameri da preuzme pošiljku koja je za njega stigla iz Zaira, a u kojoj su se, prema njegovoj tvrdnji, nalazili uzorci tipične zairske (afričke) hrane. Pošiljka je stigla redovnom linijom Air- Zaire. Salabiaku je preuzeo paket, krenuo prema izlazu iz aerodroma, onom delu koji je rezervisan za one koji nemaju ništa da prijave za carinu. Međutim, carinici su ipak preduzeli rutinsku kontrolu, otvorili kofer, pronašli duplo dno i u njemu čak 10 kilograma

marihuane. Salabiaku, biva naravno uhapšen, ali se on tom prilikom brani da je verovatno u pitanju neka greška, da to nije taj paket (kofer) po koji je on došao, te da on uopšte nije znao šta se u tom koferu nalazi. Sutradan, 30. jula, stiže obavještenje od kompanije Air Zaire, da je paket namenjen Salabiakuu greškom poslat u Brisel. I zaista u tom koferu koji je putovao preko Brisela, nema marihuane, već samo afričke hrane.

To međutim ipak dovodi do podizanja optužnice protiv Salabiaku-a zbog ilegalnog prometa - unošenja droge u Francusku, a na kraju i do presude kojom je Salabiaku osuđen na 2 godine zatvora i kasnijeg proterivanja iz Francuske. Po žalbama Salabiakua, ova presuda u nekoliko navrata biva potvrđena od nadležnih francuskih sudova, te se na kraju dotični Zairac, 1983. obraća Sudu za ljudska prava u Strazburu, tvrdeći da je u njegovom slučaju, povređena pretpostavka nevinosti iz člana 6 Evropske Konvencije o ljudskim pravima. Sud u Strazburu međutim, 1988. godine donosi presudu kojom jednoglasno konstatuje da u dotičnom slučaju nije došlo do kršenja prezumpcije nevinosti. Da bi se razumela ovakva presuda suda, kao i čitav slučaj, treba ovde još ukazati na faktografiju čitavog slučaja. Salabiaku je ušao u bescarinsku zonu gde je preuzeo kofer-paket, tvrdeći da je to njegov kofer, kofer namenjen njemu.²⁹ S druge strane, Salabiaku, prema tvrdnjama policajaca i carinika, nije pokazao iznenađenje, kada je kofer otvoren u njegovom prisustvu i kada u njemu nije pronađena nikakva hrana. Tak kada su policajci i carinici otkrili duplo dno u kojem se nalazila droga, Salabiaku je tvrdio da to nije njegov kofer. Na osnovu toga i policijske i pravosudne vlasti u Francuskoj imale su osnova da pretpostave, te da na osnovu toga konstatuju da u čitavom slučaju Salabiaku nije nevin. Odnosno da je on znao (mogao i morao znati) da se u koferu ne nalazi ono što je prvobitno tvrdio, već nešto drugo, tj. marihuana. Ovo je bio stav i francuskih sudova kada su mu izricali kaznu od 2 godine zatvora uz proterivanje,³⁰ kao i stav sudija u Sudu u Strazburu, koji su sve to potvrdili. Dakle, ne može se uvek i bespogovorno verovati u pretpostavku nevinosti okrivljenog, faktičke činjenice i ponašanje okrivljenog u nekom konkretnom slučaju ukazuju na to da nema mesta pretpostavci nevinosti. Slučaj Salabiakua upravo je primer za to.

²⁹ Teško je dakle nakon toga reći, tek kada su ga uhvatili, a ne i pre toga: "Ne, to nije moj kofer"

³⁰ Osim toga, francuski sudovi su mu kao dopunsku, izrekli i novčanu kaznu u iznosu od 100.000 francuskih Franaka.

Nekoliko stvari se ovde dakle može zaključiti. Najpre, Sud u Strazburu ne dosuđuje baš uvek u korist onoga koji reklamira povredu prava na pretpostavku nevinosti. Drugo, do povrede pretpostavke nevinosti dolazi i u onim zemljama, odnosno pravosudnim sistemima zemalja koje se inače smatraju demokratskim i u kojima se inače poštuju ljudska prava. Takođe se može zaključiti i to da do povrede pretpostavke nevinosti ne dolazi na taj način što se od osumnjičenog (optuženog) direktno i izričito traži da on dokazuje svoju nevinost, ali se praktično to od osumnjičenog traži na taj način što se državni organi koji su izrekli meru lišenja slobode, za koju se kasnije ispostavilo da je neosnovana, opravdavaju time što konstatuju da im osumnjičeni nije pružio uverljive dokaze za suprotno, dokaze da nije kriv. Ovo se ne tako često kaže na direktan način, ali se relativno često na ovaj ili onaj način od osumnjičenog to očekuje. Medijske manipulacije i zloupotrebe su posebna priča, priča koja je našla svoje mesto i u jednoj presudi Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, koju smo ovde posebno analizirali. Ovo je čini se posebno značajno za srpsko pravo, jer treba imati u vidu da je, naročito u poslednje vreme, u srpskoj društvenoj stvarnosti veoma učestala praksa javnog objavljivanja imena, pa i fotografija uhapšenih i osumnjičenih. Time se na vrlo delotvoran način implicira njihova krivica, odnosno na najširu javnost, pa i na pravosudne organe vrše posredno-podsvesni pritisci da neko bude osuđen. Makar samo jedan slučaj, slučaj sudije Đoinčevića, hapšenog za vreme akcije „Sablja“ to potvrđuje. Slučaj Dragana Džajića takođe je dobar primer za ovu ružnu praksu u našim medijima, kao i mnogi drugi slučajevi, kojih takođe ima na pretek u poslednje vreme kod nas. Još jednu stvar ovde takođe treba istaći. Ako neko misli da je put do pravde pred Sudom u Strazburu brz i lak, on se ipak vara. Svi ovi slučajevi, primeri koje smo ovde pominjali i analizirali, pokazuju ipak da put do pravde u Strazburu nije tako brz. Sam postupak u svim ovim analiziranim slučajevima trajao je dosta dugo, toliko dugo da bi cinik mogao postaviti pitanje da li je došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku, o čemu se inače pred Sudom u Strazburu ne tako retko raspravlja. U stvari, moglo bi se postaviti pitanje ne stoje li u kontradikciji pravo na suđenje u razumnom roku sa pravom na fer suđenje. Ako hoćete da vam bude suđeno fer, onda to često znači da vam neće biti suđeno u razumnom roku, a opet ako hoćete da vam bude suđeno brzo (u razumnom roku) onda to može značiti da vam neće biti fer suđeno. Ili kako bi to naš narod rekao što je brzo to je i kuso. U svakom slučaju, primeri koje smo ovde pominjali i analizirali, mogu biti, odnosno jesu paradigmatični za sud u Strazburu, ali i za naše srpsko pravo, tj. rad našeg pravosuđa.

Jovan Ćirić; PhD,
Institute of Comparative Law, Belgrade

PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE EUROPEAN COURT ON HUMAN RIGHTS

For one autocratic regime, everyone, a priori is guilty, or at least suspicious, so that guilty man has to prove the opposite and it is impossible. But, in democratic regimes the situation is quite an opposite, the state has to prove someone's guilt. It is always very difficult to prove that someone is innocent, in logical, psychological, sociological or any other sense. It is the question of the burden of proof. The burden of proof is always on the side of the state if we want to talk about fair, democratic trial. In that sense the presumption of innocence is something that is typical for democratic regimes, for respecting human rights, for impartial judicial trials without prejudices, for something that is called „fair trial“. In the second paragraph, of the article 6 of European Convention on Human Rights, („fair trial“) it is said that everybody is innocent, until the state prove the opposite, i.e. everybody has to be treated innocent if there is no the adequate judicial decision that say an opposite. That paragraph is short, but the significance, and especially the interpretation of these words are very wide. We also must have in mind that the violation of the presumption of innocence nowadays could be demonstrated on many different ways, in spite of all proclamation about human rights and democracy. Media manipulation is one of possible ways for violating the presumption of innocence. The European Court on Human Rights explicitly speaks about that in some of its decisions. In that sense, the author of this article presents here some very interesting decisions of the European Court On Human Rights in Strasbourg, when the word was about the violation of the presumption of innocence, that is guaranteed by the article 6 par.2 of the European Convention on Human Rights. Those decisions and interpretations of the presumption of innocence are very interesting and very important for Serbian law and establishing democratic practice in Serbian judiciary.

Key words: *presumption of innocence; European Court on Human Rights; burden of proof; media manipulations;*

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

341.645(082)
34(497.11)(082)

**SRPSKO pravo i међународне судске
institucije** : [tematski zbornik radova] =
The Serbian Law and the International
Judicial Institutions / priredio, edited by
Jovan Ćirić. - Beograd : Institut za uporedno
pravo = Belgrade : Institute of Comparative
Law, 2009 (Beograd : Goragraf). - 339 str. ;
25 cm

Tiraž 300. - Str. 9-13: Reč unapred =
Foreword / Jovan Ćirić. - Napomene i
bibliografske reference uz tekst. -
Summaries.

ISBN 978-86-80059-60-0
1. Уп. ств. насл. 2. Ћирић, Јован [уредник]
[аутор додатног текста]
а) Међународни судови - Зборници б)
Правни систем - Србија - Зборници
COBISS.SR-ID 168871180