

**АРХИВ  
ЗА  
ПРАВНЕ  
И  
ДРУШТВЕНЕ  
НАУКЕ**

1  
БЕОГРАД  
2023.

# АРХИВ ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

ARCHIVE FOR LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

---

Основаан 1906.

## **ИЗДАЈЕ**

Савез Удружења правника Србије и Републике Српске и  
Институт за политичке студије  
Адреса: Крунска 74, Београд; Светозара Марковића 36, Београд  
Телефони: 011/2446-910; 011/3039-380  
Е-mail Редакције: arhiv@ips.ac.rs

ISSN 0004-1270 УДК 34 Број 1/2023 Година 118

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.12023>

**Главни и одговорни уредник**  
проф. др Владан ПЕТРОВ

**Заменик главног и одговорног уредника**  
проф. др Милан ЈОВАНОВИЋ

## **РЕДАКЦИЈА**

проф. др Владан ПЕТРОВ, проф. др Бранко РАКИЋ,  
проф. др Небојша ШАРКИЋ, проф. др Милан ЈОВАНОВИЋ,  
проф. др Сретен ЈУГОВИЋ, проф. др Вања БАЈОВИЋ,  
проф. др Милош СТАНКОВИЋ, др Милош СТАНИЋ,  
др Драган ТРАИЛОВИЋ, Ђорђе МАРКОВИЋ, Војислав ВАЧАНИН

**Секретари часописа**  
Војислав БАЧАНИН, Душан РАДУЈКО

## **САВЕТ**

председник Академије наука и умјетности  
Републике Српске (АНУ РС) Рајко КУЗМАНОВИЋ,  
академик АНУ РС Мирко ВАСИЉЕВИЋ, академик АНУ РС Витомир ПОПОВИЋ,  
проф. др Гжегорж ПАСТУШКО, проф. др Рената ДЕСКОСКА,  
проф. др Миодраг ОРЛИЋ, проф. др Драгор ХИБЕР,  
проф. др Зоран Томић, проф. др Милан ШКУЛИЋ, др Боса НЕНАДИЋ,  
проф. др Саша БОВАН, проф. др Никола МОЈОВИЋ,  
проф. др Маријана ДУКИЋ МИЈАТОВИЋ, проф. др Драгана КОЛАРИЋ,  
проф. др Бојан МИЛИСАВЉЕВИЋ, Ирена МОЈОВИЋ,  
Катарина МАНОЈЛОВИЋ АНДРИЋ, Јелена ИВАНОВИЋ,  
проф. др Александар В. ГАЈИЋ, проф. др Дарко СИМОВИЋ

## **ЧАСОПИС ИЗЛАЗИ ТРОМЕСЕЧНО**

Прелом и штампа – Донат Граф, Гроцка  
Тираж: 50

Радове објављене у овом часопису није дозвољено прештамповати, било у целини, било у деловима,  
без изричите сагласности издавача. Оцене изнесене у чланцима лични су ставови њихових писаца и  
не изражавају мишљење уредништва, нити установа у којима су аутори запослени.

# ARCHIVE FOR LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

---

Established 1906.

## **PUBLISHERS**

Union of Lawyers Associations of Serbia and Republika Srpska  
and Institute for Political Studies  
Address: Krunska 74, Beograd; Svetozara Markovića 36, Beograd  
Phones: 011/2446-910; 011/3039-380  
E-mail: arhiv@ips.ac.rs

ISSN 0004-1270 UDK 34 No 1/2023 Year 118

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.12023>

## ***Editor in chief***

Prof. dr Vladan PETROV

## ***Deputy of editor in chief***

Prof. dr Milan JOVANOVIĆ

## **EDITORIAL BOARD**

Prof. dr Vladan PETROV, prof. dr Branko RAKIĆ,  
prof. dr Nebojša ŠARKIĆ, prof. dr Milan JOVANOVIĆ,  
prof. dr Sreten JUGOVIĆ, prof. dr Vanja BAJOVIĆ,  
prof. dr Miloš STANKOVIĆ, dr Miloš STANIĆ,  
dr Dragan TRAILOVIĆ, Đorđe MARKOVIĆ, Vojislav BAČANIN

## ***Secretary of Editorial board***

Vojislav BAČANIN, Dušan RADUJKO

## **COUNCIL**

President of the Academy of Sciences and Arts  
of the Republika Srpska (ASA RS) Rajko KUZMANOVIĆ,  
academician of the ASA RS Mirko VASILJEVIĆ,  
academician of the ASA RS Vitimir POPOVIĆ, dr. hab. Grzegorz PASTUSZKO,  
prof. dr Renata DESKOSKA, prof. dr Miodrag ORLIĆ, prof. dr Dragor HIBER, dr  
Živojin ĐURIĆ, prof. dr Zoran TOMIĆ, prof. dr Milan ŠKULIĆ,  
prof. dr Bosa NENADIĆ, prof. dr Saša BOVAN, prof. dr Nikola MOJOVIĆ,  
prof. dr Branislav RISTIVOJEVIĆ, prof. dr Dragana KOLARIĆ,  
prof. dr Marijana DUKIĆ MIJATOVIĆ, Irena MOJOVIĆ,  
Katarina MANOJLOVIĆ ANDRIĆ, Jelena IVANOVIĆ,  
prof. dr Aleksandar V. GAJIĆ, prof. dr Darko SIMOVIĆ

## **THE JOURNAL IS PUBLISHED QUARTERLY**

Print – Donat Graf, Grocka  
Circulation: 50

Papers published in this journal may not be printed, either in whole or in parts, without the consent of the publisher. The observations given in the articles are the personal views of their writers and do not express the opinion of the editorial board or the institutions where the authors are employed.



# АРХИВ

## ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

БРОЈ 1

ЈАНУАР – МАРТ 2023.

ГОД. 118 СТР. 1–136

---

### САДРЖАЈ

#### ЧЛАНЦИ

1. Слободан ЗЕЧЕВИЋ – ПРИЛОГ РАСПРАВАМА О ПОСТОЈАЊУ УСТАВНОГ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ..... 9
2. Василије МАРКОВИЋ – ТЕМЕЉНИ УГОВОР ИЗМЕЂУ ЦРНЕ ГОРЕ И СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ – ИЗАЗОВ И/ИЛИ ПРЕОБРАЖАЈ СХВАТАЊА НАЧЕЛА СЕКУЛАРНОСТИ У ЦРНОЈ ГОРИ?..... 29
3. Александар ЦВЕТКОВИЋ – УСТАВНА ИСТОРИЈА КАО САМОСТАЛНА ДИСЦИПЛИНА? ..... 61
4. Јелена СТАНИСАВЉЕВИЋ – КРИВИЧНО ДЕЛО ПРЕНОШЕЊЕ ИНФЕКЦИЈЕ ХИВ ВИРУСОМ..... 81

#### ПРИЛОЗИ

1. Владан ПЕТРОВ и Мирослав ЂОРЂЕВИЋ – THE INFLUENCE OF SERBIA'S HISTORICAL CONSTITUTIONS ON ITS MODERN CONSTITUTIONAL IDENTITY - 30 YEARS SINCE THE RETURN OF THE LIBERAL-DEMOCRATIC CONSTITUTIONALITY..... 97
2. Владан ПЕТРОВ – УМЕСТО ПАРЛАМЕНТАРНЕ ХРОНИКЕ..... 117

#### ИЗ НАШЕ БАШТИНЕ

1. Анка ГОЂЕВАЦ СУБОТИЋ – МЕЂУНАРОДНО ПРАВОСУЂЕ ДАНАШЊИЦЕ..... 121



# ARCHIVE

## FOR LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

№ 1

JANUARY – MARCH 2023.

YEAR 118 PAGE 1-136

---

### CONTENTS

#### ARTICLES

1. Slobodan ZEČEVIĆ – CONTRIBUTION TO DISCUSSIONS ABOUT EXISTENCE OF THE CONSTITUTIONAL LAW OF THE EUROPEAN UNION..... 9
2. Vasilije MARKOVIĆ – THE FUNDAMENTAL AGREEMENT BETWEEN MONTENEGRO AND THE SERBIAN ORTHODOX CHURCH - A CHALLENGE AND/OR TRANSFORMATION OF THE UNDERSTANDING OF THE PRINCIPLE OF SECULARITY IN MONTENEGRO?..... 29
3. Aleksandar CVETKOVIĆ – CONSTITUTIONAL HISTORY AS AN INDEPENDENT DISCIPLINE?..... 61
4. Jelena STANISAVLJEVIĆ – CRIMINAL OFFENSE OF HIV INFECTION TRANSMISSION..... 81

#### NOTES

1. Vladan PETROV and Miroslav ĐORĐEVIĆ – THE INFLUENCE OF SERBIA'S HISTORICAL CONSTITUTIONS ON ITS MODERN CONSTITUTIONAL IDENTITY - 30 YEARS SINCE THE RETURN OF THE LIBERAL-DEMOCRATIC CONSTITUTIONALITY..... 97
2. Vladan PETROV – INSTEAD OF THE PARLIAMENTARY CHRONICLE..... 117

#### FROM OUR HERITAGE

1. Anka GOĐEVAC SUBOTIĆ – THE INTERNATIONAL JUDICIARY OF TODAY..... 121



Слободан ЗЕЧЕВИЋ\*  
Институт за европске студије  
Београд

УДК 342.4(4-672EU)  
DOI: 10.5937/adpn2301009Z  
Оригинални научни рад

## ПРИЛОГ РАСПРАВАМА О ПОСТОЈАЊУ УСТАВНОГ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

### Сажетак

*У вези са предметном темом упада у очи формално одсуство правног текста под називом устав Европске уније. Проста логика налаже да се закључи да чим нема европског устава, нема ни уставног права Европске уније. Ипак стварност је много сложенија него што на први поглед изгледа. Уједињено Краљевство примера ради, нема писани акт који носи назив устав, већ поседује више уставних садржаја чији се извори налазе у законима, правној пракси и тзв. уставним обичајима. СР Немачка такође формално нема устав, већ Фундаментални закон који врши уставну улогу. Из претходно изнетог произлази да није толико важан назив, већ статус текста. Устав је целина норми које су врховне, стабилне и тешко промењиве. Њима се врши расподела надлежности међу државним органима и јемче суштинска грађанска права и слободе. Уговори о оснивању Европске уније као највиши правни акти једне федералне заједнице у развоју, врше ове две функције. Право европске уније федералних одлика ограничава надлежности њених држава чланица и у многим областима непосредно или посредно уређује живот европских грађана. Уговори о оснивању Европске уније дакле у пракси врше уставну функцију и имају уставну тежину.*

*Кључне речи: устав, уставно право Европске уније, федерална држава, уговори о оснивању, међународно право, подела надлежности, федерална заједница.*

\* Аутор је редовни професор и научни саветник на Институту за европске студије у Београду. Електронска адреса аутора: [szecevic5@gmail.com](mailto:szecevic5@gmail.com).

## 1. УВОД

У времену када је процес европске интеграције предмет оспоравања, говорити о уставном праву Европске уније јесте научни изазов. Претходно поменути појам прожет је не само правним већ и политичким контроверзама. Како у државама чланицама, тако и у државама кандидатима за чланство, јавно мњење идеолошки и политички подељено је по питању будућности Европске уније. Истовремено, код европских грађана присутна су висока очекивања од Уније. Она би требало да одговори на изазове XXI века, попут финансијске и мигрантске кризе, светске пандемије и глобалног загревања, економског раста и украјинског рата. Европска унија јесте довољно велика да буде актер у глобализованом свету. О овој тенденцији говори и значајан скок учешћа бирача на изборима за Европски парламент. У 2014. години излазност је износила 42,61%, а у 2019. 51%.<sup>2</sup>

У вези са предметном темом пак, на први поглед бode очи формално одсуство правног текста под називом устав Европске уније. Проста логика налаже да се закључи да чим нема европског устава, нема ни уставног права Европске уније. Ипак, стварност је много сложенија него што на први поглед изгледа. Уједињено Краљевство примера ради, нема писани акт који носи назив устав, али поседује више уставних садржаја чији се извори налазе у законима, правној пракси и тзв. уставним обичајима. СР Немачка такође формално нема устав, већ *Фундаментални закон* који врши уставну улогу. Из претходно изнетог намеће се закључак да није толико важан назив, већ статус текста. Устав је целина норми које су врховне, стабилне и тешко променљиве.<sup>3</sup> Њима се врши расподела надлежности међу државним органима и јемче суштинска грађанска права и слободе.<sup>4</sup> Дакле, релевантна дилема је – постоји ли устав и уставно право Европске уније, не у формалном, већ у суштинском смислу?

---

<sup>2</sup> Gary Dargon, *Elections européennes 2019 : une participation en rebond dans toute l'Europe*, [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr), 27.05.2019.

<sup>3</sup> Ратко Марковић, *Уставно право*, Правни факултет – Универзитет у Београду, Београд, 2017, стр. 38-39.

<sup>4</sup> Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford OUP, 2009, p. 324.

## 2. ПРВИ УСЛОВ – ПРИСУСТВО НАРОДА КАО НОСИОЦА УСТАВНЕ ВЛАСТИ

Устав је највиши правни акт политичке и друштвене заједнице. У складу са либералним теоријама сматра се да народ односно *demos*, поседује демократски легитимитет да организује политичку власт.<sup>5</sup> Теоретичари француске револуције су пак прецизирали да ово право припада нацији, јер је реч о историјски, географски и социолошки довољно блиској заједници грађана, способној да успостави засебно колективно биће.<sup>6</sup> Нација је довољно чврста и јединствена, те на својој територији има суверено право да организује политичку власт.

Иако су присутне заједничке европске цивилизацијске основе које почивају на античком наслеђу и јудео-хришћанској религији и култури, постојање европског народа, наравно, више је него упитно. У пресуди од 30.06.2009. године и немачки Уставни суд говори о томе да европски народ још није формиран, те стога суверенитет мора остати на нивоу држава чланица Уније.<sup>7</sup>

У процесу настајања федералних држава, изворно постојање јединствене нације није нешто што је очигледно. Примера ради, питање је да ли је у XVIII веку већ била формирана америчка нација? У том смислу, уводна формула америчког устава, *We the people* је двосмислена и пре говори о присуству више нација унутар Сједињених Америчких Држава, него о једном америчком народу.<sup>8</sup> У оквирима федералне државе, заправо, врло често се јавља тзв. двојни идентитет. Грађанин изворно припада једној нацији, али се затим јавља и надградња у виду федералног идентитета проистеклог из процеса политичке, правне и економске интеграције. Тако није искључено осећати се истовремено Италијаном и Американцем, Србином и Југословеном, Французом или Немцем али и европљанином. У том смислу, интересантна је одредба уговора о функционисању Европске уније посвећена европском држављанству.<sup>9</sup> Њоме је предвиђено следеће: „успоставља се држављанство Европске уније. Држављанин Европске уније је сваки грађанин који поседује држављанство једне од држава чланица. Држављанство Европске уније се додаје националном држављанству и не замењује га.“

---

<sup>5</sup> Edouard Dubout, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Bruylant, Paris, 2021, p. 35.

<sup>6</sup> Emmanuel Joseph Sieyes, *Qu'est ce que le Tiers Etats ?*, Flammarion, Paris, 1988.

<sup>7</sup> <https://www.bundesverfassungsgericht.de>, 30.06.2009.

<sup>8</sup> Edouard Dubout, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, нав. дело, p. 38.

<sup>9</sup> Члан 20. Уговора о функционисању Европске уније.

### 3. ПРАВНА ПРИРОДА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Право се може условно разврстати на оно унутрашње, које уређује односе у једној држави, било да је унитарна или федерална, где је устав највиши унутрашњи правни акт и међународно које регулише односе између суверених држава. Европске заједнице и Европска унија настале су на основу међународних уговора, тј. инструментом међународног јавног права. Уговоре о оснивању закључиле су државе чланице у складу са правилима истог, која подразумевају преговоре овлашћених представника држава, потписивање уговора и њихову ратификацију у складу са поступком предвиђеним националним уставом, било да је реч о одобрењу добијеном у парламенту или на референдуму. Измене уговора о оснивању Заједница и данашње Уније такође су обележене међудржавним преговорима у оквиру међувладиних конференција представника држава чланица. Поред тога, присталице тезе изједначавања Заједница, потом Уније са међународном организацијом имали су у виду да државе чланице нису изгубиле свој суверенитет и да је орган одлучивања у институционалном систему Заједница био Савет (министри у националним владама). Врховни орган у Европској унији је Европски савет који окупља шефове држава или влада чланица Европске уније. Изворно, Европске заједнице нису имале традиционалне надлежности којима располажу федералне државе у области спољних послова, одбране, правосуђа и унутрашњих послова, већ искључиво у области привреде. За спровођење комуни-тарних прописа био је надлежан национални државни апарат.<sup>10</sup>

Упркос претходно изнетим аргументима, од оснивања Европских заједница и Европске уније ове нису могле да се посматрају као међународне организације. Пре свега, творци Европских заједница Жан Моне (*Jean Monnet*) и Роберт Шуман (*Robert Schuman*), наглашавали су да је сврха њиховог постојања стварање што ближих веза између европских држава које би у једном тренутку прерасле у федералне.<sup>11</sup> Као друго, уставно-правни поредак Европске уније не одговара правном поретку међународне организације.

Европска унија има сопствени правни поредак који је самосталан и одвојен како од међународног, тако и од националног права држава чланица. Он није хаотичан као код међународних организација,

---

<sup>10</sup> Сајмон Хикс, *Политички систем Европске уније*, Службени гласник, Београд, 2007, стр. 55.

<sup>11</sup> Члан 1. Уговора о Европској унији; Abdelkhalq Berramdane, Jean Rosseto, *Droit de l'Union européenne*, LGDJ, 3 édition, Paris, 2017, p. 81.

које на основу једногласно добијене сагласности представника држава у својим органима усвајају акте различитих назива, а да се при томе не зна који од њих има већу или мању правну снагу. Правни поредак Европске уније је напротив, хијерархијски уређен. На његовом челу су уговори о оснивању Европске уније који врше функцију највишег правног акта. Испод њих се по правној снази налазе законодавни акти Европске уније (уредбе, директиве и одлуке). Законодавне акте не доносе представници држава, већ их предлаже Комисија као институција чији су чланови правно независни у односу на државе чланице. Затим се о њима расправља и одлучује већински у Европском парламенту у коме заседају народни посланици изабрани на демократским изборима са општим правом гласа и у Савету ЕУ где заседају представници влада држава чланица. Дакле, редовни законодавни поступак прописан уговорима о оснивању Европске уније више одговара законодавној процедури федералне државе. Комисија, једна врста владе, предлаже законодавни акт Већу народа тј. Европском парламенту и Већу држава – Савету министара Европске уније.<sup>12</sup>

#### 4. УСТАВ КАО НАЈВИШИ ПРАВНИ АКТ УНИТАРНЕ ИЛИ ФЕДЕРАЛНЕ ДРЖАВЕ

Устав је највиши правни акт државе коју чини територија, становништво и организована политичка власт. У теоријском смислу, држава на унутрашњем плану суверено врши власт, обзиром да на својој територији поседује монопол примене физичке силе. Изузетно, ову надлежност држава може да повери некој приватној организацији.

Други атрибут суверености јесте независна власт према споља, односно према свим другим државама.<sup>13</sup> У времену доминације супер сила, праћене економском и технолошком глобализацијом, питање постојања стварног суверенитета средњих и малих држава је упитно. Конкретно, у контексту украјинског рата било је очигледно да некада велике силе попут Уједињеног краљевства, Француске и Немачке морају да следе политику Сједињених Америчких Држава, док су, с друге стране, Белорусија и Казахстан биле под снажним утицајем Русије.

Европска унија нема одлике унитарне државе, али да ли се може говорити о њој као о федералној држави? У теорији, јављају се

---

<sup>12</sup> Члан 289. Уговора о функционисању Европске уније.

<sup>13</sup> Слободан Самарџић, *Политички систем Европске уније*, ФПН, Београд, 2022, стр. 38.

мишљења да је тако нешто немогуће.<sup>14</sup> Као пример настанка федералне државе наводи се историјат Сједињених Америчких Држава. Оне су наводно уставом из 1878. године добиле језгро државних надлежности у области спољних послова, одбране, у монетарној сфери, као и у области заштите основних права и слобода. С тим у вези, ипак треба имати у виду одређене америчке специфичности.<sup>15</sup> Из рата за независност који је на простору северне Америке трајао од 1775. до 1783. године настало је више држава европских колониста. Ове су међу собом прво установиле конфедерални савез. У пракси америчке државе уживале су велику самосталност. Било је 12 различитих валута у оптицају, свака држава је имала своје порезе и неретко је додатно опорезивала робу из других држава Конфедерације, што је опет значило да није постојало јединствено тржиште. Америчке државе су чак одбијале да исплаћују зајмове који су били заједнички узети у иностранству, што је довело до пада економског кредибилитета Конфедерације на међународном плану. У суштини, економски хаос и нестабилност који су владали у Конфедерацији довели су до иницијативе да се сазове Конференција сачињена од истакнутих правника, представника америчких држава. Ова је била посвећена измени основних одредби уговора о Конфедералном савезу, али убрзо стало се на становиште да треба донети нови устав једне чвршће *Уније*. Делегати америчких држава почели су рад на изради устава Сједињених Америчких Држава у мају 1787. године у главном граду Пенсилваније, Филадельфији. Рад конвенције је завршен 17. септембра 1787. године. Изворно, Устав Сједињених Америчких Држава поверио је право Федерацији да убира порез, објави рат, али и да регулише привредну размену како између чланица федерације, тако и у односима са страним државама. У ствари, снага федералне државе расла је на основу тзв. доктрине подразумевајућих, имплицитних права – *implied powers*.<sup>16</sup> Федералне власти су стицале надлежности које нису биле изричито предвиђене уставом, тако што су Врховни суд и председник широко тумачили његове одредбе. Сматрало се, наиме, да подразумевајуће надлежности проистичу из начела изложених у уставном тексту. Оне су биле продужена рука, средство да се досегну уставни циљеви и у пуној мери оствари уставни поредак. У суштини, америчка моћна федерална држава настала је временом,

---

<sup>14</sup> Слободан Самарџић, *Политички систем Европске уније*, нав. дело, стр. 39.

<sup>15</sup> <https://frusembassy.gov>, 25.01.2023.

<sup>16</sup> *Implied powers of the US constitution*, <https://encyclopedia.federalism.org>, 26.01.2023.

путем примене правне конструкције на основу које су пребациване надлежности са држава чланица на федералне органе САД.

Европска унија је пак почивала на процесу федерализације у економској сфери. Уговорима о оснивању Заједница и Уније национална тржишта држава чланица спојена су у једно. Укинута су царине, успостављена је заједничка царинска тарифа према трећим државама. Забрањене су мере истог дејства као и царине, било да су фискалне или техничке природе. Јединственим Европским Актом из 1987. године уједначени су тј. *хармонизовани* национални привредни прописи на нивоу Европске економске заједнице. Уговором о Европској унији из Мастрихта 1993. године укинута је више националних валута, а заменила их је јединствена европска валута *евро*. Основан је и федерални орган, Европска централна банка са надлежношћу да емитује новац и да води политику курса европске валуте. Остало је да се уведу федерални порези који би увећали буџет Уније и успостави влада Европске уније са надлежношћу да врши трансфере према недовољно развијеним државама чланицама. Федерални трансфери били су неопходни не само да би се поспешило развој неразвијених, већ и да би се у случају цикличних економских криза које погађају једну или више држава чланица стабилizовало економско стање у њима. Тиме би се спречиле малигне финансијске шпекулације као и урушавање економске ситуације и кредибилитета Уније на међународној сцени.

У прво време, Европске заједнице нису имале надлежности у области спољних послова, одбране и унутрашњих послова. Тек је 1993. године уговором из Мастрихта новостворена Европска унија добила право да делује у поменутиим сферама, али ни тада није дошло до примене федералних механизма. Исте су остале под велом међудржавне сарадње. Наиме, представници држава у Европском савету (шефови држава или влада чланица Уније) и Савету ЕУ (министри у владама држава чланица) доносе најважније одлуке једногласно. Државни суверенитет је и даље формално заштићен. Свака од држава чланица мора да да своју сагласност да би заједничка одлука била донета. Када говоримо о формалној заштити суверенитета, треба узети у обзир стварни однос снага између великих и средњих и малих држава чланица Уније, као и огроман утицај које Сједињене Америчке Државе имају на државе чланице Европске уније.

## 5. ЕВРОПСКА УНИЈА КАО ФЕДЕРАЛНА ЗАЈЕДНИЦА

Из претходно изнетих разлога, Европска унија у овом тренутку не може се сматрати класичном федералном државом. Очигледан је мањак овлашћења на наднационалном или федералном нивоу. Ипак, о њој се може говорити као о једној врсти федералне заједнице, која је изворно имала за циљ да прерасте у нешто више од тога. У историјском смислу, ово стање само по себи није ново. Оно се јављало и у XIX веку код тзв. федералних држава у настајању попут Сједињених Америчких Држава, Швајцарске конфедерације, Немачке, Канаде или Аустралије.<sup>17</sup>

Европска унија је трајна политичко-правна конструкција која поседује поједине атрибуте федералне државе. Појам *федералне заједнице* за разлику од федералне државе, омогућава да се узме у обзир суштинска улога које имају државе чланице у једном таквом систему интеграције. Федерална заједница као трајна творевина почива на уговорном односу којим су одређени заједнички циљеви њених чланица.<sup>18</sup> Поменути уговорни циљеви у пракси мењају унутрашње прилике у државама чланицама, али и њихов глобални политички статус.

Уговором из Мастрихта из 1993. године Европске заједнице су стављене под капу Европске уније. Уговорима из Лисабона из 2009. године Европска унија остаје једини ентитет у оквиру којег се одвија процес европске интеграције. Употреба термина Унија није безазлена. Творци америчког устава из 1787. године су, да би означили раскид са претходно постојећим Конфедералним савезом, користили термин *Union* за своју нову федералну државу.

Творци Европске уније у уговору о оснивању наглашавају да је њен основни циљ непрестано стварање што ближих веза између европских народа.<sup>19</sup> Употребљена формулација посредно говори о снажној, интегративној федералној динамици. Отуда британско противљење поменутој одреби. Наиме, британски премијер Дејвид Камерон (*David Cameron*) је 2016. године као услов останка Британије у Унији тражио посебан статус. Овај је подразумевао да се члан 1. Уговора о Европској унији не примењује у Уједињеном Краљевству.

---

<sup>17</sup> Edouard Dubout, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Bruylant, Paris, 2021, p. 70.

<sup>18</sup> Carl Schmitt, *Theorie de la Constitution*, PUF, Paris, 1993, p. 512.

<sup>19</sup> Члан 1. Уговора о Европској унији.

## 6. ИНДИЦИЈЕ КОЈЕ УКАЗУЈУ НА ТО ДА ЈЕ ЕВРОПСКА УНИЈА ФЕДЕРАЛНА ЗАЈЕДНИЦА

### 6.1. Правна пракса Суда правде – уставна природа оснивачких уговора, примат права Европске уније у односу на право држава чланица

Суд правде је у својој правној пракси подвлачио специфичност уговора о оснивању Европских заједница у односу на „обичне међународне уговоре.“ У пресуди *Van Gend en Loos*, Суд је подвукао да је „уговор о Европској економској заједници више од споразума који ствара међусобне обавезе међу државама, јер Заједница успоставља нови правни поредак међународног права у чију корист су државе у одређеним областима ограничиле своја суверена права и чији су субјекти не само државе већ и њихови грађани.“<sup>20</sup> У пресуди *Costa/Enel*, Суд правде је одустао од термина „међународно право“ у одређивању правног система успостављеног уговорима о оснивању Европских заједница, замењујући га изразом „сопствени правни поредак.“<sup>21</sup> Касније, Суд правде ће у својим ставовима још еволуирати. У пресуди „Еколошка партија – Зелени“, Суд наглашава да „уговор о Европској економској заједници иако закључен у облику међународног уговора, представља основну уставну повелу једне правне заједнице.“<sup>22</sup> Суд правде, наиме, не занемарује иницијалну међународну природу конститутивних уговора, али указује на следеће. Уговори о оснивању Заједница и Европске уније представљају основу самосталног, хијерархијски уређеног правног поретка, онаквог какав имају државе. Исти врше уставну функцију, јер су највиши правни акт и извор права. Институције уније доносе законодавне акте (уредбе, директиве, одлуке) у оквиру надлежности које су им поверене уговорима о оснивању Европске уније. Ови акти изведеног права не могу бити у супротности са одредбама уговора о оснивању. Попут Врховног суда у федералној држави, проверу усклађености законодавних аката са уговорима о оснивању врши Суд правде Европске уније. И у области међународних односа важи исто начело. Међународни уговори који закључује Европска унија или њене државе чланице морају бити у сагласности са одредбама оснивачких уговора. Проверу њихове уставности врши Суд правде.

<sup>20</sup> CJCE, 05.02.1963., aff. 26/62, Rec. p. 3.

<sup>21</sup> CJCE, 15.07.1964., aff. 6/64, Rec. p. 1141.

<sup>22</sup> CJCE, 23.04.1986., aff. 249/83, Rec. p. 1339.

Интересантно је како Суд правде Европске уније види однос између права Уније и држава чланица. Суд одбацује теорију дуализма у односима између ова два права.<sup>23</sup> Наиме, неке државе чланице попут Италије су сматрале да услед теоријске поделе на међународно и национално право, међународна норма мора бити уведена у национални правни поредак нормом унутрашњег права. Суд правде енергично одбацује овакав приступ по питању некадашњег комунитарног, данашњег права Уније. Право уније непосредно и тренутно продире у националне правне поретке држава чланица, без потребе за икаквим националним нормативним посредништвом.<sup>24</sup> Обзиром да се норме права Уније интегришу у национални правни поредак и да су одмах применљиве, појединци и предузећа могу да се позивају на исте у остваривању својих права и интереса пред националним судовима. Ако национални судски органи имају недоумице у погледу смисла одредби права Европске уније, у обавези су да се обрате Суду правде за тумачење. На овај начин постиже се једнообразно тумачење и примена правних норми Европске уније у свим државама чланицама. Право Европске уније има примат, односно јачу правну снагу од националног права.<sup>25</sup> У складу са уговорима о оснивању, Суд правде је надлежан да санкционише држава чланице које не извршавају одредбе предвиђене уговорима о оснивању.<sup>26</sup> Суд је, међутим, широко тумачио ову одредбу те је сматрао да државе не само да морају да поштују одредбе уговора, већ и европске законодавне акте тј. изведено право. Користећи тезу о директном дејству комунитарног права у државама чланицама, Суд правде је дозволио физичким и правним лицима да се позивају на норме права Уније пред националним судовима. У случају да национални суд у спору констатује да постоји несагласност између националног и права Уније, дужан је да примени ово последње, односно да омогући грађанима да користе његове предности и остваре своја права. Дакле, према доктрини Суда правде грађани и предузећа могу да буду посредни контролори примене права Уније у државама чланицама.

---

<sup>23</sup> Guy Isaac, Marc Blanquet, *Droit general de l'Union européenne*, Sirey, Paris, 10 édition, 2012, p. 370.

<sup>24</sup> CJCE, 10.11.1973., aff. 34/73, Rec. p. 981.

<sup>25</sup> Philippe Manin, *L'Union européenne*, Pedone, Paris, 2005, p. 485.

<sup>26</sup> Члан 258. Уговора о функционисању Европске уније.

## 6.2. Европска унија попут федералне државе поседује статус правног лица

Уговорима из Лисабона из 2009. године Европској унији је додељена још једна федерална одлика. Наиме, претходно поменути признају Европској унији статус правног лица, то јест пуну правну способност да закључује међународне уговоре са другим државама и међународним организацијама.<sup>27</sup> Тиме Европска унија стиче одлику коју имају федералне државе, попут Сједињених Америчких Држава или Руске Федерације. Поред тога, уговори из Лисабона предвиђају ширење нормативног деловања применом редовног законодавног поступка у области правосуђа и унутрашњих послова.<sup>28</sup> Штавише, Унији се даје овлашћење да успостави посебну полицијску јединицу која би помагала националним пограничним полицијама у надгледању граница.<sup>29</sup>

## 6.3. Држављанство Европске уније

Одлука о установљењу држављанства Европске уније је у уској вези са природом европске интеграције. Постојање држављанства Европске уније истој даје федералне одлике обзиром да њени грађани стичу права и обавезе упоредо са оним везаним за национално држављанство.<sup>30</sup> Противници оваквог решења били су они који су сматрали Унија представља само међународну организацију у оквиру које се одвија сарадња држава чланица на равноправној основи.<sup>31</sup>

Држављанин Европске уније има право на слободу кретања, боравка и запошљавања на њеној територији.<sup>32</sup> Поред тога, додељено му је право учешћа на локалним општинским изборима у месту у коме живи и када нема држављанство те државе чланице, као и на право учешћа на изборима за Европски парламент у држави чланици у којој стално борави, био њен држављанин или не.<sup>33</sup> Држављанин Европске уније ужива низ грађанских права, попут права на подношење петиција, грађанску иницијативу и обраћање заштитнику грађана. На

---

<sup>27</sup> Члан 47. Уговора о Европској унији.

<sup>28</sup> V поглавље уговора о функционисању Европске уније; Слободан Зечевић, *Процес федерализације институционалног система Европске уније*, Годишњак факултета политичких наука у Београду, број 6, 2011.

<sup>29</sup> Члан 77. Уговора о функционисању Европске уније.

<sup>30</sup> Члан 20. Уговора о функционисању Европске уније.

<sup>31</sup> Philippe Moreau Defarges, *Les institutions européennes*, Armand Colin, Paris, 1998, p. 146.

<sup>32</sup> Члан 21. Уговора о функционисању Европске уније.

<sup>33</sup> Члан 22. Уговора о Европској унији.

територији треће државе, грађанин Европске уније ужива дипломатску заштиту и када његова држава нема дипломатско представништво.<sup>34</sup> Наиме, у том случају дипломатску заштиту му пружају дипломатска и конзуларна представништва држава чланица Европске уније која су присутна на територији треће државе.

#### 6.4. Федерална подела надлежности између Уније и држава чланица

Подела надлежности између федералне државе и њених чланица за многе чини суштину, срце федералистичког поретка.<sup>35</sup> Паралелно постојање два нивоа власти намеће потребу да се јасно разграниче поља деловања једних и других органа. Управо је на овој теми истицан аргумент да Европска унија нема одлике федералне државе.<sup>36</sup> Обзиром да су надлежности некадашњих Европских заједница, а затим и Европске уније, биле расуте у уговорима о оснивању, није постојала јасна и систематска подела надлежности између Заједница, а потом Уније и њених држава чланица. Ово стање је бивало све проблематичније обзиром да су се ширила поља европског нормативног деловања. Проширење се вршило на више начина.<sup>37</sup> Као прво, сукцесивним изменама уговора о оснивању, Европске заједнице, а затим Европска унија добијале су право да регулишу све више различитих домена, те је било тешко створити целовиту слику о надлежностима Европске уније. Као друго, надлежности су преношене на ниво Заједница, а затим Уније применом некадашњег члана 235. Уговора о Европској заједници, данас члана 352. Уговора о функционисању Европске уније. Њиме је предвиђена тзв. одредба о флексибилности. Она овлашћује институције Уније, посебно Савет да делује на основу једногласне одлуке његових чланова, иако највиши правни акт, уговор о оснивању, не предвиђа постојање овлашћења у том смислу. Као треће, ширењу поља надлежности Уније допринела је и правна пракса Суда правда. Суд је широко тумачио одредбе оснивачких уговора, те је дозволио деловање европских институција и у областима које оснивачки уговор изричито не помиње.<sup>38</sup> Примера ради, у области спољних послова Суд правде је утврдио да упркос ћутању оснивачких уговора, постоји

<sup>34</sup> Члан 23. Уговора о Европској унији.

<sup>35</sup> Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la constitution*, RDP, 1928, p. 254.

<sup>36</sup> Слободан Самарџић, *Политички систем Европске уније*, нав. дело, стр. 41.

<sup>37</sup> Edouard Dubout, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, нав. дело, p. 118.

<sup>38</sup> Исто, p. 120.

европска надлежност да се закључи међународни уговор сваки пут када то доприноси остваривању или одбрани унутрашњих надлежности Заједнице.<sup>39</sup> Дакле, по Суду постоји спољна чим има унутрашње надлежности Европске уније, чиме је државама чланицима сужена слобода деловања на међународном плану. Суд правде је проширио европске надлежности и на унутрашњем плану. Наиме, овде је реч о доктрини по којој постоји прећутна надлежност уређивања европских институција, уколико ова имплицитно произлази из неке од одредаба оснивачког уговора или из његовог општег економског контекста. Суд правде је практично присвојио правну праксу Врховног суда Сједињених Америчких Држава о тзв. подразумевајућим надлежностима – *implied powers*.

Ширење надлежности Европске уније бринуло је државе чланице које су сматрале да им се без њихове сагласности смањује поље нормативног деловања. Уговорима о Европској унији из Лисабона из 2009. године извршено је начелно разграничење европских и националних надлежности.<sup>40</sup> Овде је реч о још једном кораку у правцу федералног правног уређења. Области уређивања Уније и држава чланица подељене су на следећи начин. Прописане су области где Европска унија има искључиве надлежности, што значи да само она има право законодавне активности, односно право доношења правно обавезујућих аката.<sup>41</sup> Државе чланице би могле да делују искључиво ако им то Европска унија дозволи и то у смислу усвајања мера примене европских законодавних аката.<sup>42</sup> Европска унија има искључиве надлежности у области: царинске уније, политике конкуренције, монетарне политике за државе чланице које су усвојиле евро као своју валуту, заједничке трговинске политике и очувања биолошких и морских ресурса. Као најбројније, уговорима из Лисабона дефинисане су области подељених надлежности у којима законодавно делују и Унија и државе чланице.<sup>43</sup> У овим доменима државе чланице усвајају правно обавезујуће акте само ако Унија није вршила своје надлежности, или ако је одлучила да престане да их користи. Подељене надлежности постоје у области унутрашњег тржишта, пољопривреде и транспорта, социјалне политике, заштите потрошача и животне средине, енергије, досељавања,

<sup>39</sup> CJCE, *AETR*, 31.03.1971., Commission/Conseil, aff. 22/70.

<sup>40</sup> Слободан Зечевић, *Институционални систем и право Европске уније*, Институт за европске студије, Београд, 2015, стр. 357.

<sup>41</sup> Члан 2, став 1. Уговора о функционисању Европске уније.

<sup>42</sup> Члан 2, став 1. Уговора о функционисању Европске уније.

<sup>43</sup> Члан 2, став 2. Уговора о функционисању Европске уније.

правосудне и кривичне сарадње. Претходно поменути списак није ограничавајући. У случају да уговором о оснивању није прецизирано како се врши нека од Унији додељених надлежности, сматра се да ова припада пољу подељених надлежности. У неким трећим областима, Унија има надлежност да подржи уређивање на националном нивоу.<sup>44</sup> Овде не би могла да делује без држава чланица. Реч је области заштите здравља, индустрије, културе и образовања. Европска унија би, дакле, могла само да координира или да подржава националне законодавне и друге уређивачке активности. У овом контексту треба посматрати релативно слабу улогу коју су институције Уније одиграле приликом пандемије вируса Ковид 19.

## 7. ЗАКЉУЧАК

Федерална динамика уграђена у уговоре о оснивању Европских заједница и Европске уније у последње три деценије је успорена. Разлози за овакав развој догађаја су правни, али и политички. Пре свега, треба имати у виду да је 2004. године у згради Кампидоља у Риму потписан уговор који установљава устав Европске уније. Текст уставног уговора предложила је европска конференција. Поступак предлагања уставног текста надахнут је конференцијом из Филаделфије која је припремила текст устава Сједињених Америчких Држава. Европски устав требало је да замени компликоване европске правне темеље који су почивали на више оснивачких уговора. У симболичном смислу, уставни уговор би установио химну (Бетовенова „Ода радости“), заставу (плава позадина са 12 жутих звездица) и девизу Европске уније („уједињени у разликама“). Његовим доношењем умногоне би биле разрешене дилеме у вези са правном природом Европске уније. Ратификација уставног уговора пропала је пре свега јер су се француски бирачи на референдуму одржаном у мају 2005. године изјаснили против њега.

Отпор федералзму у правној сфери пружили су национални уставни судови појединих држава чланица (Немачка, Француска, Италија). Они су, наиме, оспоравали примат права Европске уније над националним правом, позивајући се на чињеницу да Унија није званично прерасла у федералну државу, као и да није формирана европска нација. Поред свега тога, СР Немачка, као одлучујући фактор унутар Европске уније, уједињењем две Немачке 1989. године изгубила је интерес за јачањем федералних аспеката европске интеграције. Наиме,

---

<sup>44</sup> Члан 2, став 5. Уговора о функционисању Европске уније.

уједињена Немачка је постала популацијски и привредно најјача држава чланица Уније, те није желела да даље уступа део суверенитета европским институцијама у Бриселу.

Без обзира на претходно изнето, уговори из Лисабона из 2009. године, којим је извршена реформа Европске уније, у суштини нису довели у питање федералистичко виђење Суда праве у погледу природе и примене права Европске уније. Наиме, у декларацији бр. 17 која је анексирана за финални акт међувладине конференције која је припремила текст уговора из Лисабона говори се о следећем.<sup>45</sup> Међувладине конференција представника држава чланица подсећа на сталну праксу Суда правде Европске уније. Уговори и право које је Унија усвојила на основу уговора, имају примат у односу на национално право држава чланица.

Уговори о оснивању Европске уније у сваком случају деле надлежности институцијама Уније, као што и јемче основна људска права и слободе.<sup>46</sup> Право европске уније одређује функционисање држава чланица и у многим областима непосредно или посредно уређује живот њихових грађана. Уговори о оснивању Европске уније у пракси врше уставну улогу и имају уставну тежину.

## ЛИТЕРАТУРА

Марковић Ратко, *Уставно право*, Правни факултет, Универзитет у Београду, Београд, 2017.

Самарцић Слободан, *Политички систем Европске уније*, ФПН, Београд, 2022.

Хикс Сајмон, *Политички систем Европске уније*, Службени гласник, Београд, 2007.

Berramdane Abdelkhaleq, Rosseto Jean, *Droit de l'Union européenne*, 3 édition, LGDJ, Paris, 2017.

Moreau Defarges Philippe, *Les institutions européennes*, Armand Colin,

---

<sup>45</sup> Abdelkhaleq Berramdane, Jean Rosseto, *Droit de l'Union européenne*, LGDJ, 3 édition, Paris, 2017, p. 87.

<sup>46</sup> Члан 2. Уговора о Европској унији

Paris, 1998.

Dubout Edouard, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Bruylant, Paris, 2021.

Isaac Guy, Blanquet Marc, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, Paris, 10 édition, 2012.

Manin Philippe, *L'Union européenne*, Pedone, Paris, 2005.

Raz Joseph, *Between Authority and Interpretation*, Oxford OUP, 2009.

Schmitt Carl, *Theorie de la Constitution*, PUF, Paris, 1993.

Sieyes Emmanuel Joseph, *Qu'est ce que le Tiers Etats ?*, Flammarion, Paris, 1988.

Zečević Slobodan, *Institucionalni sistem i parvo Evropske unije*, Institut za evropske studije, Beograd, 2015.

#### ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

<https://www.bundesverfassungsgericht.de>, 30.06.2009.

Gary Dargon, *Elections européennes 2019 : une participation en rebond dans toute l'Europe*, [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr) 27.05.2019.

*Implied powers of the US constitution*, <https://encyclopedia.federalism.org>, 26.01.2023.

Slobodan Zečević

## CONTRIBUTION TO DISCUSSIONS ABOUT EXISTENCE OF THE CONSTITUTIONAL LAW OF THE EUROPEAN UNION

### Resume

In relation to the topic, the formal absence of a legal text called the constitution of the European Union is noticeable. Simple logic dictates the conclusion that in absence of European constitution, there is no constitutional law of the European Union. However, the reality is much more complex than it seems. The United Kingdom, for example, does not have a written act called a constitution, but instead several constitutional contents whose sources are in laws, legal practice and so-called constitutional customs. Germany also formally does not have a constitution, but a *Fundamental Law* that pursue a constitutional role. The term is not apparently so important but the status of the text. The constitution is a set of norms that are supreme, stable and difficult to change. It accords competences to the state bodies and guarantee essential civil rights and freedoms. The relevant question in this case is the existence of constitution and constitutional law of the European Union, not in a formal, but in an essential sense.

The European Union does not have the characteristics of a unitary, but could it be considering as a federal state? In political-legal theory, opinions appeared that such a thing is impossible for the following reasons. As an example of the emergence of a federal state, the history of the United States of America is cited. According to the constitution of 1787, the US received competences in foreign affairs, defense, monetary policy, as well as in the field of protection of fundamental rights and freedoms. The European Union rested on the process of federalization in the economic area. The treaties establishing the Community and the Union have merged the national markets of the member states into one. Originally the European Communities did not have powers in foreign affairs, defense, security and justice. Only in 1993, with the Maastricht Treaty, the newly created European Union get the possibility to take decisions in the aforementioned areas, but even then federal mechanisms were not applied. The rule was unanimous decisions of represents of member states government reassemble in the Council of EU. The state sovereignty was preserved.

For the obvious lack of authority at the supranational level, the European Union cannot currently be considered as a classic federal state. However, it can be observed as a sort of federal community, which was originally intended to evolves into something more than that. In a historical sense, this situation in itself is not new. It also appeared in the 19th century with the so-called emerging federal states such as the United States of America, the Swiss Confederation, Germany, Canada or Australia. However, the European Union is a permanent political-legal

structure that has certain attributes of a federal state. The notion of a federal community, allows to take into account the essential role of the member states in such system of integration. The federal community as a permanent entity, rests on the contractual relationship that defines the common goals of its members. The aforementioned goals in practice change the internal conditions in the member states, but also their global political status.

Several indications point to the federal nature of the European Union. The use of the term *Union* is not harmless. The founding fathers of the US Constitution of 1878, called their new created federal state *Union* in order to mark the difference with the previously existing Confederacy. The inspirers of the European Union in the constitutive treaty emphasize that its main goal is to constantly create closer ties between European nations. This sentence indirectly indicates a strong, integrative, federal dynamic.

In its legal practice, the Court of Justice does not ignore the initial international nature of constitutive treaties, but points to the following. The treaties establishing the Communities and the European Union represent the basis of an independent, hierarchically organized legal order, the kind that states have. As the highest legal act and source of law, they have a constitutional function. The law of the European Union is directly integrated into the law order of the member states and has primacy in relation with the national law. The legislative acts of European derivative law (regulations, directives, decisions) cannot contradict the provisions of the founding treaties. Like the Supreme Court in a federal state, the Court of Justice of the European Union control the compliance of legislative acts with constitutive treaties. The same principle applies in the field of international relations. An international agreement concluded by the European Union or its member states must be in accordance with the provisions of the founding treaties. Their constitutionality is checked by the Court of Justice.

The Lisbon Treaty gave the European Union another federal distinction. It recognizes to the European Union a possession of legal personality, which means a full legal capacity to conclude international agreements with other countries and international organizations.

The division of competences between the federal state and its members is for many the essence of the federalist legal order. The parallel existence of two levels of government imposes the need to clearly demarcate the fields of action of one and other authorities. In 2009 the Treaty of Lisbon established a principled delimitation of European and national competences. This is another step in the direction of federal legal regulation.

The existence of European citizenship gives to the European Union one more federal characteristics. European citizens acquire rights and obligations parallel to those related to national citizenship. Opponents of such a solution were those who believed that the Union represents only an international organization.

The founding treaties assign competences to the institutions of the Union, as well as guarantee basic human rights and freedoms. The legislation of the European Union determines the functioning of the member states and in many areas directly or indirectly governs the life of their citizens. Treaties establishing the European Union have in practice a constitutional role and value.

Keywords: constitution, constitutional law of the European Union, federal state, founding treaties, international law, division of competences, federal community.



## ТЕМЕЉНИ УГОВОР ИЗМЕЂУ ЦРНЕ ГОРЕ И СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ – ИЗАЗОВ И/ИЛИ ПРЕОБРАЖАЈ СХВАТАЊА НАЧЕЛА СЕКУЛАРНОСТИ У ЦРНОЈ ГОРИ?

### Сажетак

*Аутор у раду анализира однос потписаног Темељног уговора између Црне Горе и Српске православне цркве са начелом одвојености државе и верских заједница прокламованим црногорским Уставом. Након сумарног приказа упоредних европских решења, у раду је заузет став да Црна Гора припада системима у којима (још увек) постоји одвојеност стриктног типа, на супрот све присутнијем и пожељнијем моделу кооперативне одвојености. Полазећи најпре од друштвено-политичких околности које су непосредно претходиле моменту потписивања, аутор кандидује тезу по којој, иако већ и измењени Закон о слободи вероисповести тако нешто назначује, Темељни уговор може бити онај преломни догађај у еволуцији схватања односа државе и цркве у Црној Гори, као односа који треба да се заснива на међусобној сарадњи и неискључивостима. Оваква теза покушава се аргументовати како кроз излагање ставова о правној природи Темељног уговора, као општег, али особеног правног акта и месту које због такве своје особености има, односно треба да има у хијерархији правних аката, тако и кроз анализу садржаја Темељног уговора, пре свега делова Преамбуле и одредбе о јемчењу јавних овлашћења СПЦ. Напоследку, прижељкивана еволуција уставног односа државе и цркве у Црној Гори сагледава се и*

\* Аутор је истраживач приправник Института за упоредно право у Београду. Електронска адреса аутора: v.markovic@iup.rs

кроз призму делимичног преобликовања уставног идентитета, у чему значајну улогу може имати и Уставни суд Црне Горе, уколико уопште буде прихватио да одлучује о поднетој иницијативи за оцену уставности и законитости Темелјног уговора.

*Кључне речи:* Уговор између државе и цркве, секуларност, јавна овлашћења, уставни идентитет, Српска православна црква, Црна Гора.

## 1. УВОД

Дана 3. августа 2022. године председник Владе Црне Горе и Патријарх Српске Православне Цркве (даље СПЦ) потписали су у Подгорици Темелјни уговор.<sup>2</sup> Непосредан правни основ за закључивање овог документа налази се у чл. 10 Закона о слободи вероисповијести или уверења и правном положају вјерских заједница (даље Закон о слободи вероисповести)<sup>3</sup> којим је прописано да се поједина питања од заједничког интереса за Црну Гору и једну или више верских заједница могу уредити уговором који закључују Влада Црне Горе и верске заједнице. *Ratio* ове одредбе представља, у теорији давно препознату, потребу да се правно препознају и признају одређене специфичности појединих верских организација, будући да је, због њихове разноврсности, готово немогуће о свим вероисповестима донети један исти закон.<sup>4</sup>

Потписивању сличних уговора са другим верским заједницама које у Црној Гори имају вишевековни континуитет мисије (Римокатоличка Црква, Исламска и Јеврејска заједница) Влада Црне Горе приступила је деценију раније, док је право и СПЦ да, под истим условима, и са њом буде потписан уговор исте садржине у погледу опсега права и обавеза, а што је СПЦ и званично иницирала подношењем предлога текста уговора 2012. године, наилазио на игнорисање црногорске власти читаву деценију. Правни одговор који би био довољно убедљив на питање узрока таквог опхођења никада није, а по нашем мишљењу није ни могао бити понуђен,<sup>5</sup> док се у јавној сфери могло

---

<sup>2</sup> Темелјни уговор између Црне Горе и Српске православне цркве, „Службени лист Црне Горе“ бр.96/2022; Темелјни уговор између Српске православне цркве и Црне Горе, *Гласник - Службени лист Српске Православне Цркве*, бр. 8/2022.

<sup>3</sup> Закон о слободи вероисповијести или уверења и правном положају вјерских заједница, „Службени лист Црне Горе“, бр. 74/2019, 8/2021.

<sup>4</sup> Слободан Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Службени лист СРЈ, Београд, 1995, стр. 512.

<sup>5</sup> Међутим, о присутним различитим схватањима у погледу правног карактера иницирања поступка закључивања од стране верске заједнице и обавезности одговора на такву једну

чути политичко оправдање од стране представника тада владајуће партије да разлог зашто са СПЦ није (и неће) бити потписан уговор лежи у томе што је ова верска заједница „...реликт прошлости који треба пустити да изумре”.<sup>6</sup> Управо ова мисао, неоптерећена демократским и осећајем за европско начело секуларности и неутралност државе у верским питањима, може се узети и за језгровито образложење једног ширег процеса који је у Црној Гори кулминирао усвајањем Закона о слободи вероисповести или уверења и правном положају верских заједница 2019 године.

Тај акт садржао је читав низ, благо речено, контроверзних решења *in primis* у погледу имовинскоправних и питања правног субјективитета, која су се дискриминаторски имала односити само на СПЦ, имајући, између осталог, у виду и чињеницу да су са другим верским заједницама раније закључени уговори, од којих је онај са Светом Столицом закључен као међународни уговор. Законска решења оправдано су била подвргнута критици домаћих,<sup>7</sup> али и неких од најзначајнијих имена европског државно-црквеног права, попут бившег судије Уставног суда Рајне-Палатинат и професора јавног права Универзитета у Триру, Герхарда Роберса.<sup>8</sup> Након што је СПЦ покренула масовне протесте – литије, регулисање правног односа Црне Горе и СПЦ постало је доминантно политичко питање, чији се епилог огледао у промени власти на парламентарним изборима августа 2020 и, у коначници, изменама законског текста у јануару 2021. године.

Међутим, упркос изменама и допунама законских решења, питање положаја СПЦ у савременом црногорском друштву, па тиме и питање правног регулисања таквог положаја и односа са државом није сасвим решено, нити је постављано као само политичко питање, већ је, нажалост, једна верска заједница, њено организационо устројство и деловање секуритатизовано, односно измештено из политичког у безбедоносну сферу. Потврду оваквог става црногорске државе и једног дела црногорског друштва налазимо не само у друштвеној клими

---

иницијативу у упоредном праву вид. Elena Ervas, „The Agreements between Church and State: The Italian Perspective”, *BJU Law Review*, no. 4/2017, стр. 876-881.

<sup>6</sup> Миодраг Вуковић, Обавеза ДПС-а је да обнови ЦПЦ, Интернет, <https://www.cdm.me/politika/vukovic-obaveza-dps-a-je-da-obnovi-cpc/>, 07.10.2022.

<sup>7</sup> Вид. нпр. Vladimir Đurić, Vasilije Marković, „Presecular character of Montenegrin Law on Freedom of Religion in context of Fuller’s demands for internal morality of law“, *Strani pravni život*, Institut za uporedno pravo, Beograd, br. 4/2020, стр. 7-26.

<sup>8</sup> Вид. Gerhard Robbers, *The Montenegrin Law on Freedom of Religion or Beliefs and Legal Status of Religious Communities*, Nomos, Baden, 2021.

и акту из 2019. године, већ и у односу према СПЦ за време пандемије коронавируса,<sup>9</sup> а посебно су тензије и безбедоносни ризици услед неосноване секуритизације једног верског чина нарасли поводом устоличења новог Митрополита црногорско-приморског Јоаникија у септембру 2021. године. Да ни акт потписивања Темелјног уговора није био лишен сенке секуритизације верског питања у Црној Гори белодано сведочи чињеница да је управо потписивање овог правног акта било непосредни повод за покретање иницијативе за изгласавање неповерења Влади од стране Црне Горе, са образложењем да је Влада Црне Горе потписивањем Темелјног уговора подигла тензије у друштву и довела до „...потенцијално ненадокнадивог губитка времена потребног за квалитетно испуњавање обавеза из европске агенде“.<sup>10</sup> Иницијатива је добила успешан епилог у Скупштини крајем августа 2022. године.

Па ипак, изгласавање неповерења Влади није могло произвести никакве негативне правне последице по сам Темелјни уговор. Штавише, иако, као и сваки уговор, представља сагласност воља две стране, повлачење Црне Горе из уговорног односа не само да би у упоредно-правним оквирима представљало преседан, већ не би било ни у складу са стандардима Европског суда за људска права у Стразбуру. Овај Суд, наиме, у пресуди у случају Ријеч живота против Хрватске, стоји на становишту да незакључивање споразума, идентичног у погледу обима права и обавеза, са свим верским заједницама које изразе жељу представља дискриминацију када Влада не понуди објективно и разумно оправдање за разликовање те врсте.<sup>11</sup> При томе, према стандарду из друге пресуде (Бесарабијска Митрополија против Молдавије), реторичко позивање на угрожени национални интерес не може бити објективно и разумно оправдање, осим уколико не буде поткрепљено озбиљним доказима.<sup>12</sup> Несумњиво је, дакле, да је опстанак Темелјног уговора са СПЦ у црногорском правном поретку *causa finita*.

Стога пажњу треба даље усмерити не ка чињеници потписивања, већ ка дејству које потписани Темелјни уговор може у будућности имати спрам уставног начела одвојености државе и цркве (чл.

---

<sup>9</sup> Владимир Ђурић, Василије Марковић, „Ограничење слободе вероисповести у условима пандемије: пример Црне Горе“, *Теолошки погледи*, СА Синод СПЦ, Београд, Год. 53, бр. 3/2020, стр. 773-778.

<sup>10</sup> Предлог изгласавања неповерења 43. Влади Црне Горе, 00-71/22-8 од 3.8.2022. године.

<sup>11</sup> Case of Savez crkava “Riječ života” and others v. Croatia, Application no. 7798/09, from 09.12.2010.

<sup>12</sup> Case of Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova, Application no. 45701/99, from 13 December 2001.

14 Устава Црне Горе), али и у свеукупном правном, па и ширем друштвеном контексту. Такво дејство биће у раду сагледано првенствено кроз два правна критеријума: 1) правну природу Темељног уговора и 2) његову садржину, односно одредбе које су од посебног значаја са сагледавање утицаја на начело секуларности и уставни идентитет Црне Горе уопште (део преамбуле у погледу континуитета-мисије СПЦ у Црној Гори од 1219. године и одредбу којом се СПЦ гарантује могућност да буде ималац одређених јавних овлашћења). Но, пре тога, неопходно је осврнути се на једно претходно питање, а оно се односи на лоцирање Црне Горе на скали различитих уставних модела односа државе и цркве у Европи.

## 2. УСТАВНИ МОДЕЛ ОДНОСА ДРЖАВЕ И ЦРКВЕ У ЦРНОЈ ГОРИ

Слобода мисли, савести и вероисповести представља фундаментално, али сложено људско право, које се може раслојити на слободу мисли и савести, као искључиво индивидуално право са једне стране, и слободу вероисповести са друге стране. И сама слобода вероисповести даље се раслојава на индивидуални и колективни или корпоративни аспект. За овај потоњи се, поред његове важности, често истиче да не представља прост збир индивидуалних слобода чланова једне верске заједнице, већ сет права, привилегија и надлежности верских заједница као колективитета, односно њихову слободу да се организују и уређују своје деловање у складу са сопственим правилима.<sup>13</sup> Имајући на уму и став Европског суда за људска права, по коме цркве и верске заједнице „традиционално постоје у виду аутономних структура“,<sup>14</sup> може се закључити да је за остваривање слободе вероисповести од кључног значаја положај цркава и верских заједница, а он, опет, бива директно условљен односом државе и цркве.<sup>15</sup>

Овај однос на америчком тлу посматра се кроз тзв. *non establishment clause* у I амандману на Устав САД, којим је између цркве и државе

---

<sup>13</sup> Владимир Ђурић, „Слобода вероисповести и правни субјективитет цркава и верских заједница у европским земљама“, *Страни правни живот*, Институт за упоредно право, Београд, бр. 1/2012, стр. 28.

<sup>14</sup> Case of Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas v. Austria, no. 40825/98, from 31.7.2008, par. 78-79 као и Case of Hasan and Chaush v. Bulgaria, no. 30985/96, from 26.10. 2000, par. 49.

<sup>15</sup> Владан Петров, Марко Станковић, *Уставно право*, Правни факултет, Београд, 2020, стр. 494.

подигнут зид који мора да буде одржаван непремостивим.<sup>16</sup> Међутим, временом овај принцип Врховни суд САД, свестан да потпуно раздвајање није могуће, све блаже тумачи и доктрину зида раздвајања смењује доктрином недавања предности.<sup>17</sup> Еволуција у овом правцу није нас могла изненадити, посебно јер се може узети и за потврду тезе о постојању тензија и противречности које постоје између *free exercise clause* и *non establishment clause*, те немогућности да се оба остваре у пуном капацитету.<sup>18</sup>

Када је европска уставност у питању, упркос бројним присутним класификацијама и критеријумима који се узмају за основ тих класификација, најчешће се уставни модели односа државе и цркве сврставају у три групе: систем државне цркве, систем кооперативне одвојености, те систем строге одвојености. Треба истаћи да и ова подела, иако етаблирана у науци државно-црквеног права, ипак има карактер *grosso modo*, јер ниједна од ове три групе није једнообразна, а некада линије међу њима нису довољно јасно повучене. Посебно није једнообразан модел кооперативне одвојености, за који се може рећи да има варијација онолико колико и земаља у којима је заступљен.

Систем државне цркве одликује постојање институционалне везе између државе и цркве, што за последицу има установљавање једне или више цркава и верских заједница преовлађујућим или државним.<sup>19</sup> Примере за овај модел налазимо у Енглеској, Грчкој, те низу скандинавских земаља. За овај систем односа неопходно је напоменути и да он не мора нужно бити означен као дискриминаторски, док год не доводи у питање верска права и слободе цркава и верских заједница које немају епитет државних.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Саша Гајин, „Скице за студију о слободи религије – принцип одвојености цркве од државе“, *Страни правни живот*, Институт за упоредно право, Београд, бр. 2/1997, стр. 68.

<sup>17</sup> Ђузепе де Верготини, *Упоредно уставно право*, Службени гласник, Београд, 2015, стр. 505.

<sup>18</sup> Нав. према: Саша Гајин, „Скице за студију о слободи религије – однос између принципа одвојености цркве од државе и принципа слободе изражавања верских уверења“, *Страни правни живот*, Институт за упоредно право, Београд, бр. 3/1998, стр. 33-34.

<sup>19</sup> Дарко Симовић, „Европски уставни модели односа државе и цркве“, у зборнику: Религија, политика, право (приредили Јован Ћирић *et al.*) Институт за упоредно право, Митрополија црногорско-приморска и Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд – Будва, 2015, стр. 722.

<sup>20</sup> Сима Аврамовић, „Поимање секуларности у Србији - рефлексije са јавне расправе у Уставном суду“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет, Београд, Год. 59, бр. 2/2011, стр. 283.

И код система кооперативне одвојености, поставља се исти услов недискриминације<sup>21</sup> како би такав један однос и даље могао бити окарактерисан епитетом одвојености. Са друге стране, оно што систем кооперације разликује од одвојености у стриктној варијанти јесу препознате и правно регулисане тачке од заједничког интереса у којима држава и црква сарађују, уз поштовање световног карактера државе који том сарадњом остаје неокрњен са једне, и пуну аутономију цркава и верских заједница са друге стране. Овај систем је све присутнији и чини се све пријемчивијим за већину европских држава, попут Италије, Србије, Аустрије, Шпаније и Немачке. Штавише, иако је и сам термин кооперативна одвојеност плод теорије права, поједини уставотворци су се одлучили да овакву сарадњу и конституционализују.<sup>22</sup> Немачка, као земља у којој је институционализација сарадње државе и цркве досегла, упоредно посматрано, највише домете, је нарочито занимљива јер у њој цркве и верске заједнице уживају статус правних лица јавног права. Оправдање за такав статус налази се управо у поштомности адекватног остваривања заједничких циљева државе и цркве.<sup>23</sup> За неке од поменутих правно препознатих и регулисаних тачака институционалне сарадње, које могу бити показатељ да је у конкретном случају реч о кооперативној одвојености, у домаћој литератури наводе се материјално помагање цркава и верских заједница од стране државе, верска настава у државним школама (без обзира да ли је реч о конфесионалном или неконфесионалном типу верске наставе) те најзад преношење вршења одређених јавних служби на цркве и верске заједнице.<sup>24</sup> Важно је нагласити да ови, али и други показатељи не морају бити присутни кумулативно да би се могло говорити о систему кооперативне одвојености.

Стриктна одвојеност државе и цркве, као систем у ком не постоје икакве органске или функционалне везе између цркве и државе, спрам тога на који начин је у конкретној држави та одвојеност конституционализована, може бити схваћена у ужем и ширем смислу. Уже значење би под земљама стриктне одвојености убрајало само оне чии уставу такво одређење познају и на нивоу *expressis verbis*. У такве

---

<sup>21</sup> Ђузепе де Верготини, *Упоредно уставно право*, нав. дело, стр.505.

<sup>22</sup> Владан Петров, Владимир Микић, „Начело лаицитета у савременој уставности“, у зборнику: Религија, политика, право (приредили Јован Ђирић *et al.*) Институт за упоредно право, Митрополија црногорско-приморска и Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд – Будва, 2015, стр. 637.

<sup>23</sup> Дарко Симовић, „Европски уставни модели односа државе и цркве“, нав. дело, стр. 733.

<sup>24</sup> Исто, стр. 722.

земље убрајају се Француска и Турска, при чему је Турска тим недвосмисленији пример стриктне одвојености јер не допушта ревизију устава која би за предмет имала промену секуларног карактера државе.<sup>25</sup> Шире схватање стриктине одвојености државе и цркве присутно је у оним земљама које прописују уздржавање верских заједница од директног мешања у јавну сферу, те једнак третман свих верских заједница, било кроз непосредно прописивање да су све верске заједнице једнаке пред законом, било посредно, кроз прописивање да се ниједна верска заједница не може сматрати привилегованом.<sup>26</sup> У ове земље убрајају се Холандија, Словенија, али и земље попут Шведске или Португала која су посебно занимљиве јер је извршиле прелаз из система државне цркве, односно католичанства као „традиционалне вероисповести нације“ у систем одвојености.<sup>27</sup>

У који тип уставног модела односа државе и цркве спада Црна Гора? Мишљења смо да је посредни тип стриктне одвојености, што ћемо настојати и да докажемо посредством два правна и једним ванправним аргументом, служећи се методама језичког и историјског тумачења.

Наиме, Устав Црне Горе из 1992. године<sup>28</sup> предвиђао је у члану 11 да су Православна црква, Исламска верска заједница и Римокатоличка црква и друге вероисповести одвојене од државе, равноправне и слободне у вршењу верских обреда и послова (ст. 1 и 2), да вероисповести самостално уређују унутрашњу организацију и верске послове у границама правног поретка (ст.3), али и да држава материјално помаже вероисповести (ст.4). Други и трећи став овог доста опсежног члана представљају класичне елементе присутне у систему строге одвојености: једнакост вероисповести и гарантовање њихове аутономије, док, са друге стране, посебно апострофирање три традиционалне вероисповести у ставу 1, а посебно Уставом прописана дужност државе да материјално помаже вероисповести, с обзиром да је то један од раније поменутих индикатора, наводи нас на закључак да је Устав Црне Горе из 1992. године предвиђао одвојеност кооперативног типа. Такво

---

<sup>25</sup> Владан Петров, Владимир Микић, „Начело лаицитета у савременој уставности“, нав. дело, стр. 628, 630.

<sup>26</sup> Исто, стр. 627, 631.

<sup>27</sup> Виталино Канас, „Држава и црква у Португалу“, у зборнику: *Држава и црква у Европској унији* (приредио Герхард Роберт) Православни богословски факултет, Београд, 2012, стр. 235; као и Ларс Фриднер, „Држава и црква у Шведској“, у зборнику: *Држава и црква у Европској унији* (приредио Герхард Роберт) Православни богословски факултет, Београд, 2012, стр. 368-369.

<sup>28</sup> Устав Републике Црне Горе, *Службени лист РЦГ*, бр. 48/92.

решење може се разумети и у контексту отклона од неславних традиција социјалистичке уставности по овом питању, будући да Устав из 1992 године, као и Устав Србије из 1990. године, представља повратак у окриље либерално-демократске уставности. Уколико се ствари посматрају из такве историјске, али и аксиолошке перспективе, онда актуелни Устав Црне Горе из 2007. године<sup>29</sup> представља својеврсну регресију. Наиме, актуелни црногорски Устав прописује у чл. 14, на један осетно лапидарнији начин, да су верске заједнице одвојене од државе (ст.1) и равноправне и слободне у вршењу верских обреда и послова (ст.2). Одсуство поименичног навођења традиционалних вероисповести у актуелном Уставу, те свесно изостављање одредбе о материјалном помагању вероисповестима представљају први аргумент у прилог тези да актуелни црногорски Устав инаугурише одвојеност државе и цркве у његовој стриктној варијанти.

Други правни аргумент огледа се у чињеници да за читавих дванаест година након доношења Устава Црна Гора није успела да донесе нови, или бар измени превазиђени законски акт о правном положају верских заједница из давне 1977,<sup>30</sup> који је, по ригидности својих решења, изражавао тада доминантан антиатеистички и антирелигиозни став.

Међутим, како је и сам појам секуларности веома бременит и зависи и од ванправне садржине, нужним се чини и истицање једног ванправног аргумента. Наиме, чак и када се, последња од свих бивших југословенских република, Црна Гора одлучила за замену застарелог комунистичког законодавства, друштвено- политички мотиви за то били су набијени изразитим антирелигијским сентиментом. Нешто о томе је речено и уводном делу, па ће стога на овом месту бити указано само још на једну интересантну околност. На критике како мешање у унутрашњу организацију цркве и *ex lege* подржављење црквене имовине, насупротив чак и црногорском Уставу и решењима секторских закона, представља случај без преседана у савременој Европи, апологете закона из 2019 године одговарале су како свој узор виде у француском закону о сепарацији државе и цркве из 1905 године. Ова чињеница интересантна је због тога што француски закон представља један од најтврђих опека у високо подигнутом зиду између државе и цркве који се подразумева под појмом строгог, француског лаицитета

---

<sup>29</sup> Устав Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2007 и 38/2013 – Амандмани I-XVI.

<sup>30</sup> Закон о правном положају вјерских заједница, *Службени лист СРЦГ*, бр. 9/77, 26/77 - испр., 29/89 - др. закон и 39/89 - др. закон и *Службени. лист РЦГ*, бр. 27/94 - др. закон и 36/2003 - одлука УС.

(*laïcité à la française*). Такође, апологете црногорског закона из 2019. нимало нису неискрене у откривању своје инспирације, будући да је и француски закон из 1905. био мотивисан жељом да се католичка црква у Француској реорганизује из централизованог тела у читав низ децентрализованих, и тиме подложнијих државном утицају, парохија, а средство за остварење тог циља било је законско решење по ком верски објекти прелазе, као јавно добро, у власништво државе, а затим, у другом кораку, бивају додељени верским удружењима (под контролом државе) на коришћење.<sup>31</sup> Но, тиме заправо и црногорски закон, скован са сличним идеолошком тенденцијама, може бити окарактерисан једнако као и његов француски узор – као *алибералан*,<sup>32</sup> с том разликом што је француски закон из 1905. био кључан у сламању отпора католичке цркве,<sup>33</sup> док је у Црној Гори исход био обрнут. Након искуства са таквим законским решењем, може нам бити и јасније зашто је у врло штурој одредби актуелног црногорског Устава о односу државе и цркве изостао раније присутан став да цркве и верске заједнице самостално уређују своју унутрашњу организацију!

Након понуђеног одговора на питање карактера уставног модела односа државе и цркве у Црној Гори, вратићемо се питању Темелјног уговора и његовом положају у описаном уставноправном миљеу, како у погледу његове правне природе, тако и у погледу одређених аспеката његове садржине.

### 3. ПРАВНА ПРИРОДА ТЕМЕЛЈНОГ УГОВОРА ИЗМЕЂУ ЦРНЕ ГОРЕ И СПЦ

Управо због поменуте немогућности да се једним нормативним актом ваљано уваже све особености верских заједница које би биле адресати таквог једног акта, Ђузепе де Верготини уговорно регулисање односа државе и цркве назива *нормативним инструментом са правом првенства*.<sup>34</sup> Каква је, међутим, правна природа и место у хијерархији правних аката оваквог нормативног инструмента, попут ТУ између Црне Горе и СПЦ? У црногорској јавности су се јавиле две дилеме по овом питању: да ли је реч о појединачном или општем правном акту

---

<sup>31</sup> Марко Божић, *Лаичка држава као јемство слободе савести и вероисповести*, Правни факултет, Београд, 2010, стр. 213-214.

<sup>32</sup> Исто, стр. 211.

<sup>33</sup> Вид. Љубомир Радиновић, *Одвајање црква и цркве у Француској*, Француско – српска књижара, Београд, 1937, стр. 49.

<sup>34</sup> Ђузепе де Верготини, *Упоредно уставно право*, нав. дело, стр. 507.

и да ли је реч међународном уговору или не? Прва дилема скопчана је са практичном последицом одабира судске инстанце која би била надлежна за контролу овог акта, а друга дилема појавила се као последица питања треба ли ТУ са СПЦ, налик ТУ са Римокатоличком црквом, ратификовати у Скупштини?

### 3.1. Општи или појединачни акт?

Став да је ТУ појединачни правни акт покушавао се образложити најпре тиме да он није акт искључиво јавноправног карактера, будући да чл. 10 Закона о слободи вероисповести није искључиви правни основ за закључење уговора са верском заједницом, јер би, наводно, држава могла да такве уговоре закључи и без законског овлашћења, на основу чл.11 ст. 2 Устава који говори о томе да извршну власт врши Влада и чл. 12 Закона о државној управи који набраја послове државне управе. Следствено томе, за овај акт важио би режим Закона о облигационим односима.<sup>35</sup> Оваква аргументација, нажалост, пати од низа унутрашњих противречности. Најпре, чињеница да би Влада Црне Горе, с обзиром да према Уставу и закону, води унутрашњу и спољну политику, могла да закључи уговор са једном или више верских заједница, и без непосредног законског основа, не може заменити или умањити чињеницу да у овом случају такав непосредни законски основ постоји, и то на језички недвосмислен начин! Истини за вољу, сви до сада потписани уговори са другим црквама и верским заједницама закључени су без непосредног законског основа, који у законском тексту из 1977 није постојао, али, са друге стране, имајући у виду деценију игнорисања закључивања истог таквог уговора и са СПЦ, узрочна веза између непосредног основа за закључивање који је унет у ново законско решење и потписивање ТУ са СПЦ постаје још очигледнија. Даље, недостатак јавноправности у овом акту покушава се, сасвим неосновано, оправдати тек сумарним набрајањем послова државне управе, од којих се ниједна од оних наведених у чл. 12 Закона о државној управи,<sup>36</sup> не може априорно сматрати делатношћу пословођења. Напротив, са обзиром да непосредан законски основ постоји, потписивање Темељног уговора могло би се подвести под извршавање

---

<sup>35</sup> Андреј Брацановић, Правно мишљење од 28.7.2022., стр. 3-4, Интернет, <https://www.gov.me/clanak/kabinet-predsjednika-vlade-hvala-svima-na-sugestijama-vrijeme-je-da-se-u-potpunosti-posvetimo-zivotnim-temama>, 20.11.2022.

<sup>36</sup> Закон о државној управи, *Службени лист Црне Горе*, бр. 78/18.

закона и других прописа из чл. 12 ст.3 овог закона, а да је у конкретном случају реч о акту пословођења, а не акту јавне власти, као што изложени став имплицира, таква тврдња би се морала поткрепити посебним аргументима, који овде изостају. Напоследку, није неважно напоменути да у прилог јавноправности, али и *опитости* овог акта речито говори и чињеница да је он једини од потписаних уговора са верским заједницама објављен у Службеном листу Црне Горе, уколико не рачунамо ТУ са Светом Столицом, који је у Службеном листу објављен кроз закон о ратификацији.<sup>37</sup>

Из визуре, међутим, која ТУ посматра као појединачни *intuitu personae* правни посао (акт), за његово преиспитивање, надлежно би једино могло бити редовно судство, а евентуално испитивање пред Уставним судом, не само да би било немогуће, већ би значило и *жртвовање целокупног редовног судства*.<sup>38</sup> Занимљиво је да заговорник овог става, као последицу схватања Темељног уговора као акта пословођења, а не акта власти,<sup>39</sup> под редовним судством подразумева искључиво спор пред парничним судом, док у анализи ни на једном месту не разматра могућност да Темељни уговор буде оспорен пред Управним судом Црне Горе. Међутим, и поред тог пропуста, изложени став белодано побија и сама црногорска уставносудска пракса. Наиме, иако је Влада Црне Горе са сличном аргументацијом оспаравала надлежност Уставног суда Црне Горе да одлучује о уставности и законитости чл. 14 ст 1. Уговора о уређењу односа од заједничког интереса између Владе Црне Горе и Исламске заједнице, Уставни суд је навод Владе да је оспорени Уговор двострани правни посао закључен сагласношћу воља две стране ради уређивања међусобних односа, а не пропис и општи акт који доноси Влада оценио неоснованим. Даље, Уставни суд је утврдио да у „*материјалноправном смислу наведени акт доминантно садржи битна обележја општег правног акта: апстрактност и генералност, односно одредбе општег правног карактера којима су ближе уређена Уставом и законом зајамчена људска права припадника верске заједнице.*“, те да „... су Уговором на апстрактан начин утврђена права и обавезе за неодређени круг субјеката и уређени односи из којих могу проистећи различити појединачни правни акти, те

---

<sup>37</sup> Закон о потврђивању Темељног уговора између Црне Горе и Свете Столице, *Службени лист Црне Горе*, бр. 7/2012.

<sup>38</sup> Андреј Брацановић, Правно мишљење од 28.7.2022, нав. дело, стр. 13-14.

<sup>39</sup> О разлици ове две врсте аката и њеном значају за одређивање судске надлежности вид. Леон Диги, *Преображаји јавног права*, Геце Кон, Београд, 1929, стр. 152 и даље.

Уставни суд оцењује да је акт подложен уставносудској контроли, у формалноправном и садржинском смислу.<sup>40</sup>

У теорији (управног) права, апстрактност једног акта односи се на обухватање неодређеног броја случајева, док се генералност везује за *erga omnes* дејство.<sup>41</sup> Речима Ива Крбека, управни (појединачни) акт може бити и генералан, али никада апстрактан.<sup>42</sup> Због тога је од великог значаја за одређење Темелјног уговора као општег правног акта то што Уставни суд у својој пракси овим актима приписује и апстрактност, а не само генералност.

Штавише, уколико би желели да допринесемо разрешењу дилеме и будемо до краја прецизни у одређењу правне природе ТУ између СПЦ и Црне Горе, стали бисмо на становиште да овај акт припада групи аката-услова општег типа (*actes-conditions généraux*). Забуна у погледу његове правне природе делимично и потиче од тога што, као и сви акти услови, он у себи садржи примесе и појединачног и општег акта,<sup>43</sup> али нас на његово одређивање као општег акта услова подстиче то што је њиме предвиђено не само проистицање појединачних правних аката, као што наводи Уставни суд у поменутом Решењу, већ и проистицање других аката – посебних споразума који би по својој правној природи такође били општи правни акти (види чл. 18 ст.3 ТУ).

### 3.2. Место ТУ у хијерархији правних аката у црногорском систему

Када смо, чини нам се, аргументовано одговорили на питање може ли се ТУ сматрати општим правним актом, остаје још и да одговоримо на питање места које ТУ заузима у хијерархији правних аката. Ово питање поставило се након учесталих позива да, налик ТУ са Римокатоличком црквом, и ТУ са СПЦ буде ратификован у Скупштини Црне Горе. Захтев да се ТУ са СПЦ ратификује у Скупштини двоструко је неоснован. Најпре, таквим отежавањем процедуре закључивања ТУ са СПЦ, ова верска заједница била би стављена у неједнак и дискриминисани положај у односу на Исламску и Јеврејску заједницу са

<sup>40</sup> Решење Уставног суда У-II бр. 56/14 од 24. фебруара 2017 године.

<sup>41</sup> Jasna Oмајес, Slavica Bанић, „Dиференцијација прописа и опћих аката у будућој пракси Уставног суда и Управног суда у поводу Закона о управним споровима (2010.)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Правни факултет, Split, br. 2/2012, str. 318.

<sup>42</sup> Ivo Kрбек, *Diskreciona ocjena*, Tisak nadbiskupske tiskare, Zagreb, 1937, str. 195.

<sup>43</sup> Léon Dугуит, *Traité de droit constitutionnel*, Anciennes maisons Thorin et Fontemoing, Paris, 1921, стр. 222.

којима је Влада потписала уговор, али без да он уђе у скупштинску процедуру потврђивања. Такође, разлог зашто је ТУ са Светом Столицом ратификован у Скупштини лежи у чињеници да због међународноправног субјективитета Свете Столице такав уговор има статус међународног уговора, који, према чл. 14 Закона о закључењу и извршењу међународних уговора<sup>44</sup> подлеже потврђивању у Скупштини. СПЦ, са друге стране, такав субјективитет нема, те ни потписивање ТУ са њом не испуњава услове постојања међународног уговора из члана 2 поменутог закона. Чињеница да се у упоредном праву могу срести и другачији примери када су у питању православне цркве (закључивање Темељног уговора између БиХ и СПЦ у поступку за закључивање међународних уговора, те спорадично признавање међународноправног субјективитета Васељенској патријаршији од стране грчких судова) може представљати куриозитет погодан за академску расправу, али не може изменити наведени закључак утемељен у црногорском позитивном праву.

Да ли, међутим, из овога можемо извући закључак да ТУ има статус *подзаконског* општег акта? Такав би закључак био плод једног у суштини поједностављеног и редуccionистичког резонавања. Ево и зашто. Основни принцип, присутан и у чл. 14 црногорског Устава, јесте принцип једнаког третмана свих верских заједница. Чињеница да потписани уговор са једном верском заједницом има надзаконски карактер, који је због монистичког система односа унутрашњег и међународног права присутног у црногорском поретку и немогућности да међународни уговор буде предмет, већ само мерило уставносудске контроле (чл. 149 Устава) додатно ојачан, стављала би све друге верске заједнице са којима је потписан уговор (укључујући и СПЦ) у неједнак положај. Како би разрешила ову, рекло би се инхерентну антиномију, теорија је споразуме са верским заједницама које нису Римокатоличка црква почела да третира као тзв. *квази –међународне уговоре*, који се од споразума са Светом Столицом не разликују у погледу ранга или садржине, већ само у погледу тога што се не могу сврстати у међународноправну сферу.<sup>45</sup> Овакав приступ, штавише, није присутан само у оним земљама у којим Римокатоличка црква није

---

<sup>44</sup> Закон о закључењу и извршењу међународних уговора, *Службени лист Црне Горе*, бр. 77/2008.

<sup>45</sup> Вид. Владимир Ђурић, „Уговорно државно-црквено право“, у зборнику: *Државно-црквено право кроз векове* (приредили Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија црногорско-приморска, Београд – Будва, 2019, стр. 389.

доминантна верска заједница, попут Немачке, већ и у оним државама, попут Португала у којима то јесте, али та чињеница није експлицитно уставноправно вреднована.<sup>46</sup> Имајући у виду да ни правни поредак Црне Горе не врши посебно апострофирање улоге Римокатоличке цркве, а посебно и чињеницу да огромна већина становника Црне Горе припада СПЦ, мишљења смо да то што ТУ са Светом Столицом има формални међународноправни карактер није довољан основ за другачији третман СПЦ, нити основ за став по коме би поједина решења садржана у ТУ са СПЦ могла бити оспорена с позивом на такву једну недозвољену разлику.<sup>47</sup>

#### 4. САДРЖИНА ТУ ИЗМЕЂУ СПЦ И ЦРНЕ ГОРЕ

ТУ, осим Преамбуле, у свом нормативном делу има 20 чланова, који својом садржином, по угледу на сличне уговоре потписане са другим црквама и верским заједницама у Црној Гори, регулишу различите области друштвеног живота у којим се додирују задаци државе и мисија СПЦ, као уговорних страна. Неке од тих области су слобода просветне, културне, научне и издавачке делатности, верска служба и пастирска брига у јавним установама, верски празници, реституција, тајна исповести, слобода црквеног администраирања у сопственим организационим и кадровским стварима, оснивање јавних установа и слично. Међутим, било би несврсисходно на овом месту анализирати сваку од ових одредаба понаособ, те ћемо нашу пажњу усмерити према само двома стварима садржаним у ТУ: делу Преамбуле и јемчењу СПЦ вршења јавноправних овлашћења у чл. 2 ст.1 ТУ. Критеријум за одабир ова два аспекта био је врло једноставан и посве логичан – управо су се они нашли на удару најжешћих критика од стране опонената потписивању ТУ са СПЦ. Напоследку, управо ова два аспекта за најспорније је означио и сам Председник Црне Горе, чија је политичка партија у јавности препозната као најпроминентнији политички противник потписивању ТУ.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Виталино Канас, „Држава и црква у Португалу“, нав. дело, стр. 236.

<sup>47</sup> Владимир Ђурић, Василије Марковић, Правно мишљење о отвореним питањима у вези са Темељним уговором између Црне Горе и СПЦ Института за упоредно право, стр. 3, Интернет, <https://www.gov.me/clanak/kabinet-predsjednika-vlade-hvala-svima-na-sugestijama-vrijeme-je-da-se-u-potpunosti-posvetimo-zivotnim-temama>, 22.11.2022.

<sup>48</sup> Мило Ђукановић, Уколико буде потписан Темељни уговор са СПЦ пада Влада Црне Горе, Интернет, <https://www.youtube.com/watch?v=uDgJFu-5xic>, 23.11.2022.

Тако су најпре веома гласној критици била подвргнута два става у Преамбули у којима се истиче чињеница да је Хришћанска Црква на простору Црне Горе присутна од апостолских времена и да постоји континуитет-мисија кроз историјско православно и црквено устројство од оснивања Зетске, Будимљанске и Хумске Епископије Жичке Архиепископије (1219-1220г.), те уважава допринос Српске Православне Цркве у друштвеном, културном и образовном развоју Црне Горе и историјска улога Митрополије Црногорско-Приморске за време црногорских митрополита/господара. Ови ставови Преамбуле могу се означити као јасни и прецизни, тј. такви да не остављају ни најмању сумњу о СПЦ као страни уговорници, што је посебно важно јер је у Црној Гори већ више деценија присутан покушај фалсификовања историје СПЦ.<sup>49</sup> Да то заиста јесте тако, сведоче и аргументи и критике упућени овом делу Преамбуле, који се углавном заснивају на историјским интерпретацијама и оспоравању континуитета субјективитета СПЦ у Црној Гори. Штавише, као аргумент против оваквог одређења у Преамбули се, сасвим погрешно, врши позивање на чл. 11 Закона о црквама и верским заједницама Србије у ком се СПЦ признаје „континуитет са правним субјективитетом стеченим на основу Начертанија о духовној власти од 21. маја 1836. године и Закона о Српској Православној Цркви (“Службене новине Краљевине Југославије”, број 269/1929)“, чиме се жели доказати да ни у самој Србији признавање континуитета СПЦ не сеже даље од средине 19. века.<sup>50</sup> Но, овим се чини један веома груб превид, јер се не увиђа да намера српског законодавца није била да у нормативном делу законског текста детектује датум почетка трајања субјективитета СПЦ, нити би такво нешто у световној држави која поштује самоодређење цркве, било могуће учинити једностраним актом, какав је закон. Напротив, будући у целости прожет идејом *restitutio in integrum*, српски законодавац, након демократских промена, само настоји уочити оне тренутке из предкомунистичке историје у којем постоје нормативни акти који регулишу положај верских заједница, у овом случају СПЦ, и када их нађе у 1929. и 1836. години, на њима се

---

<sup>49</sup> Велибор Цомић, „Темелни уговор између Црне Горе и Српске Православне Цркве – правна и црквено-правна анализа“, *Гласник – службени лист Српске Православне Цркве*, СПЦ, Београд, бр.8/2022, стр. 165.

<sup>50</sup> Татјана Гогић, Веселин Радуловић, Весна Ракић Водинелић, Предлог измјена текста “Темелног уговора између Црне Горе и Српске православне цркве” НВО „Акције за људска права“ од 26.07.2022. године, стр. 5-6, Интернет, <https://www.gov.me/clanak/kabinet-predsjednika-vlade-hvala-svima-na-sugestijama-vrijeme-je-da-se-u-potpunosti-posvetimo-zivotnim-temama>, 25.11.2022.

зауоставља и не иде даље у намери да пребројава године и векове континуитета субјективитета СПЦ.

Са ТУ и његовом Преамбулом ствар стоји донекле другачије, утолико што је реч о двостраном правном акту, у ком Преамбула може служити и да обе уговорне стране пројаве у њој своје самоодређење, на међусобно независтан начин и уз узајамно поштовање израженог саморазумевања и идентитета друге стране уговорнице. Држава је дакле дужна да прихвати аутономно самоодређење СПЦ, а најадекватније место за то управо и јесте Преамбула, ако се узме у обзир њен свечани и симболички карактер и слободнији стил којим се одликује. Иако нисмо склони да цитирани део Преамбуле ТУ са СПЦ сматрамо нормативним, односно правно обавезујућим, управо полазећи од његовог историјског и симболичког призвука, веома је важно нагласити интерпретативни значај<sup>51</sup> који изложени део преамбуле може имати за преостали, нормативни део ТУ. Интерпретативни значај на овај начин исказаног самоодређења СПЦ као стране уговорнице тим пре је већи јер долази, као и само потписивање ТУ, након веома широко и демократски исказаног става грађана Црне Горе на литијама о томе како и они виде идентитет сопствене цркве. Тим се изложеном делу Преамбуле, поред интерпретативног додаје и симболички значај, јер је у њему језгровито садржано оно за шта су се залагали и (из)борили грађани на вишемесечним протестима!

Можда чак и већи одијум у делу стручне, али и шире црногорске јавности од цитираног дела Преамбуле, изазвала је одредба чл. 2 ст. 1 ТУ којом се *СПЦ и њеним црквено-правним лицима (епархијама, црквеним општинама, манастирима, задужбинама, самосталним установама и фондовима и, према црквеној намјени, појединим храмовима)* јемчи вршење јавноправних овлашћења у Црној Гори у складу са православним канонским правом и Уставом СПЦ. Критичари ове одредбе најпре наводе да уговори са другим верским заједницама не помињу јавноправна овлашћења, а да о давању таквих овлашћења нема речи ни у другим уговорима које је СПЦ закључила са државама у региону, попут Босне и Херцеговине. Први део ове тврдње је нетачан, јер у чл. 2 ст. 1 ТУ између Свете Столице и Црне Горе стоји да Црна

---

<sup>51</sup> Вид. Ђузепе де Верготини, *Упоредно уставно право*, нав. дело, стр. 286, а о различитим схватањима о правној природи преамбуле у уставноправној теорији вид. Владан Петров, Милош Станић, „Религијски елементи у преамбулама устава са посебним освртом на европске земље“, у зборнику: *Државно-црквено право кроз векове* (приредили Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија црногорско-приморска, Београд – Будва, 2019, стр. 345-349.

Гора признаје јавноправни субјективитет Католичке цркве. У чему се може огледати такав јавноправни субјективитет, ако не у вршењу јавних овлашћења? Теза по којој цитирану одредбу ТУ са Светом Столицом евентуално треба тумачити кроз призму међународноправног субјективитета Свете Столице неоснована је јер, као што смо у претходном поглављу показали, чињеница међународноправног субјективитета од значаја је само и једино за форму закључивања споразума, а никако и за његову садржину! Међународноправни субјективитет је дакле питање форме закључивања, а јавноправни субјективитет и вршење јавних овлашћења део су садржине уговора. Штавише, да заиста не постоји нужна веза између међународноправног субјективитета и јемчења вршења јавних овлашћења најбоље сведочи управо пример БиХ на који се позивају критичари ове одредбе, јер уговор између БиХ и СПЦ, иако закључен у форми за закључивање међународних уговора, не садржи и одредбу о вршењу јавних овлашћења од стране СПЦ.

На критичку опаску како се јавна овлашћења могу поверити само законом, а не и подзаконским актом какав је, наводно, ТУ може се двојачко одговорити. Најпре, једино неспорно јесте то да је ТУ општи акт, међутим, као што смо видели у претходном поглављу, његов *подзаконски* карактер није једнако несумњив. Међутим, чак и уколико у црногорском правном поретку не буде било слуха за овакву теоријску аргументацију, инспирисану пре свега жељом да све верске заједнице буду једнако третиране без обзира на карактер њиховог правног субјективитета, изнета критичка опаска поново не погађа мету. Ево и због чега. Одредба чл. 2 ст.1 ТУ има карактер својеврсне бланкетне норме, будући да се језичким тумачењем може стати на становиште да се њоме не поверава никакво јавно овлашћење конкретно, а чак и корак даље, да се њом не поверавају јавна овлашћења *en general*, већ се само *јемчи* њихово вршење, након што су она претходно поверена. Јемчење, дакле, није синоним за поверавање. Ово је значајно стога што је у домаћој теорији управног права одавно примећено да је проблем код утврђивања располаже ли недржавни субјект одређеним јавним овлашћењима у томе што је такво располагање ретко када недвосмислено језички изражено, већ је нужно посезање за тумачењем.<sup>52</sup> У том смислу могу се тумачити и поједине друге одредбе ТУ у којима се говори о оснивању образовних и културних установа од стране СПЦ (чл.15), не као поверавање јавних овлашћења СПЦ подзаконским

---

<sup>52</sup> Славољуб Поповић, *Управно право*, Савремена администрација, Београд, 1989, стр. 62.

актом(ако је он уопште подзаконски!), већ као разрада већ постојећих овлашћења поверених секторским законима, попут чл. 44 Закона о слободи вероисповести који предвиђа да верска заједница може у оквиру своје социјалне, културне и хуманитарне делатности оснивати одређене установе у складу са законом. Овај пример знаковит је јер његову веома детаљну разраду налазимо у чл. 18 ст. 2 ТУ, који предвиђа да се унутрашња оргнаизација и начин рада ових установа регулишу статутима које одобравају надлежне црквене власти, а ове установе у свом правном статусу изједначене су са државним. Члан 18 ТУ, дакле, разрађује једно већ постојеће и веома снажно јавно овлашћење верских заједница, у овом случају СПЦ, а та снага не огледа се само у једнаком правном положају државних и црквених установа, већ и у гарантовању онога што се у теорији управног права назива *неуправно јавно овлашћење*,<sup>53</sup> кроз институт одобравања од стране црквених тела општих аката оних установа које је СПЦ основала.

Пуни смисао овде изложених ставова заокружиће се у закључном разматрању, у оквиру ког ћемо посматрати утицај садржине ТУ, посебно дела о јавним овлашћењима на предочени уставни модел односа државе и цркве у Црној Гори. За сада је довољно рећи да дефинитивно постојање законског поверавања јавних овлашћења верским заједницама и експлицитно јемчење такве могућности кроз ТУ назначавачају можда смер даљег развоја тог уставног односа и постепени отклон од традиције строге одвојености. Такво једно кретање може бити окарактерисано и као неумитно, будући да се верске заједнице, па тиме и СПЦ, због особености своје друштвене мисије, могу сматрати оним недржавним субјектима којима држава не може, а да не повери вршење одређених јавних овлашћења у циљу што адекватнијег вршења њихове основне активности. Теорија управног права такво једно поверавање јавних овлашћења с правом назива *изнуђеним поверавањем*.<sup>54</sup> Ово се, уједно, може узети и за адекватан одговор онима који критички постављају питање зашто се у чл. 2 ст.1 СПЦ јавна овлашћења јемче у складу са *православним канонским правом и Уставом СПЦ*.

---

<sup>53</sup> Зоран Томић, *Опште управно право*, Правни факултет, Београд, 2018, стр. 186.

<sup>54</sup> Вид. Драган Милков, „Карактер и суштина јавних овлашћења“, *Правни живот*, Копаоничка школа природног права, Београд, бр.3/1983, стр. 380.

## 5. ТЕМЕЉНИ УГОВОР СА СПЦ ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ

У уводу овог рада заузели смо став да је, без обзира на евентуалне касније политичке расплете, опстанак ТУ *causa finita*. Такав став темељимо на аргументима теоријскоправне и упоредноправне природе. Према њима, претпоставка је да су уговори између државе и цркве и верских заједница закључени неопозиво и на неодређено време. Овакав став говори у прилог раније изнетој тези да се ТУ између СПЦ и Црне Горе не може сматрати за *подзаконски* општи акт, који би Влада, као једна од уговорних страна, простим повлачењем могла да укине или битно измени. Једини изузеци од овог правила, у теорији и упоредном праву, јесу уколико уговор између државе и цркве експлицитно прописује рок трајања и раскидни услов, што није случај са садржином ТУ између Црне Горе и СПЦ. Штавише, чл. 19 ст 3 ТУ експлицитно наводи да се уговор закључује на неодређено време, а да се може мењати сагласношћу воља две стране.

Поред ова два изузетка, постоји још један општи изузетак, а то је правило *rebus sic stantibus*, односно наступање суштинске промене околности које би једну или обе стране спречило да испуњавају уговор у доброј вери. С обзиром на специфичност уговорних страна, овај услов тумачи се на начин да је дошло до фундаменталне трансформације државноправног поретка државе која је уговорна страна, али, што је посебно интересантно, промене у територијалној структури или уређењу цркве као уговорне стране не третирају се у теорији као основ за правило *rebus sic stantibus*.<sup>55</sup> Из реченог следи да је једини тренутак у ком би ТУ са СПЦ могао да буде раскинут – темељна прекомпозиција црногорског државноправног поретка. Међутим, брана раскиду ТУ на овај начин јесте и сам Устав Црне Горе, који у чл. 15 ст.3 забрањује ступање Црне Горе у савез са другом државом којим би изгубила независност и пуни међународни субјективитет, што се заправо може разумети и као уставно гарантовање *rebus sic stantibus* у овом случају.

Па ипак, уколико се не уважи став који је у овом раду изнет у одељку 3.2. о месту ТУ у хијерархији правних аката у црногорском правном поретку, овај акт би могао да буде оспорен пред Уставним судом. Тим пре јер је Уставни суд, не сматрајући се ненадлежним, одбио да покрене поступак по иницијативи за оцену уставности и законитости уговора са Исламском заједницом, из чега, нажалост, произилази одсуство сензибилисаности за фину нијансираност у погледу

<sup>55</sup> Нав. према: Владимир Ђурић, „Уговорно државно-црквено право“, нав. дело, стр. 385.

особене правне природе ових аката. Међутим, Уставни суд је добио још једну шансу да то промени.

Наиме, извесна Сања Маслењак<sup>56</sup> поднела је 8. августа 2022 године Иницијативу за оцену уставности и законитости ТУ.<sup>57</sup> Читава њена иницијатива обилује погрешкама, почев од правописних, па до правничких. Тако, подносиатељка Иницијативе истиче произвољне чињеничне наводе везане за континуитет СПЦ у Црној Гори и тзв. укидање тзв. Црногорске православне цркве после 1918, уз прегршт (квази)историјских аргумената који су до те мере конфузни да их нема потребе посебно наводити. Оно што, пак, треба навести јесте околност да се овим наводима оспоравају ставови Преамбуле ТУ, који, по нашем мишљењу, с обзиром на изостанак њихове нормативне природе не би ни могли да буду предмет одлучивања Уставног суда, посебно не на начин којим би Уставни суд арбитрао између „спорних“ историјских околности и тумачења! Да ствар буде апсурднија, подносиатељка се позива на оглушавање о одредбу чл. 104 Закона о општем управном поступку о решавању претходног питања и сматра да је Влада била обавезна да обустави поступак усвајања Предлога ТУ док претходно не изрши „процес раздвајања два верска субјекта – СПЦ и ЦПЦ“. „Мали“ проблем са оваквим аргументом лежи у томе што ТУ није донесен, нити је могао бити донесен у управном поступку, будући да не представља управни уговор из чл. 3 Закона о општем управном поступку,<sup>58</sup> па се ни не могу применити правила о решавању претходног питања. Но, чак и када не би било тако, решавање претходног питања, било од стране Владе, било од стране другог органа или суда, чија надлежност јесте конститутивни елемент института решавања претходног питања,<sup>59</sup> а на начин на који пледира подносиатељка не би уопште

<sup>56</sup> Куризоитета ради, требало би напоменути да је реч о кандидаткињи за позицију судије Уставног суда Црне Горе, која је признала да је члан Демократске партија социјалиста од 2004. године, те да је то партија са којом дели одређења која лично заступа, што је у директној супротности са законском нормом која забрањује судији Уставног суда да износи јавно политичка уверења (чл. 12, ст. 1. Закона о Уставном суду), те је својеврстан показатељ и како сама Маслењак разуме независност уставног судског функције и испољавање политичких уверења као један од Уставом прописаних услова за престанак уставног судског функције (чл. 154, ст. 2. Устава). Сања Маслењак, ДПС има одређења која заступам, Интернет, <https://www.vijesti.me/vijesti/politika/622860/maslenjak-dps-ima-opredjeljenja-koja-zastupam-eu-ljudska-prava-generalno-vladavina-prava>, 26.11.2022.

<sup>57</sup> Иницијатива за оцену уставности и законитости Темељног уговора између Црне Горе и Српске православне цркве од 8.7.2022. године, У-II 30/22 од 8. августа 2022. године.

<sup>58</sup> Закон о општем управном поступку, *Службени лист Црне Горе*, бр. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017.

<sup>59</sup> Вид. Зоран Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Службени гласник, Београд, 2019, стр. 471.

био могућ, а да се тиме не повреди уставно начело секуларности из чл. 14 Устава Црне Горе! Апсурдност у том смислу доживљава врхунац са петитумом којим подносиатеља тражи укидање ТУ и „враћање на поновни поступак и одлуку“(*sic!*)

И поред свих изнетих и неизнетих кофузности ове иницијативе, Уставни суд би требало да у овом случају такође донесе решење о неприхватању иницијативе у складу са чл. 37 ст.1 Закона о Уставном суду,<sup>60</sup> и то по два основа, од којих су оба веома фино образложена у Одговору Синода СПЦ на поднету иницијативу.<sup>61</sup> Најпре, као што се у Одговору минуциозно примећује, подносиатеља Иницијативе је оспорила и приложила неаутентичну верзију ТУ, односно једну од верзија Предлога ТУ из процеса усаглашавања, а не потписану и у Службеном листу Црне Горе објављену верзију ТУ. Ово је очигледно већ и самог наслова иницијативе у ком се налази датум 8. јул 2022. године, иако је ТУ потписан 3. августа исте године. Прихватањем да се упусти у испитивање непромулговане и неутентичне верзије ТУ, као што се и наводи у Одговору, предмет уставносудске контроле био би акт који не само да нема карактер општег, већ нема карактер ни правног акта. Даље, у Одговору се оспорава надлежност Уставног суда, али не са позивом на аргументацију изложену у поглављу 3.2. овог рада да посреди није *подзаконски*, већ с познатом аргументацијом да посреди није *општи* акт. С обзиром на постојећу уставносудску праксу по овом питању, уколико би Уставни суд ускоро и изашао из стања институционалне парализе у ком се тренутно налази, велика је вероватноћа да овакав приговор ненадлежности ипак не би прихватио.

## 6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА – ТУ КАО ПРИЛИКА ЗА ПРЕОБЛИКОВАЊЕ ЦРНОГОРСКОГ УСТАВНОГ ИДЕНТИТЕТА У ОБЛАСТИ ОДНОСА ДРЖАВЕ И ЦРКВЕ?

Међутим, чак и уколико пренебрегне и први, по нашем мишљењу основани, аргумент приговора ненадлежности, и прихвати иницијативу, Уставни суд би се нашао у јединственој прилици да заузме и одлучнији став у погледу правне природе ТУ, осим констатације да је реч о општем, а не појединачном акту. С тим у вези, отворила би се и

---

<sup>60</sup> Закон о Уставном суду, *Службени лист Црне Горе*, бр. 11/2015.

<sup>61</sup> Одговор на Иницијативу за покретање поступка за оцену уставности и законитости Предлога темељног уговора између Црне Горе и Српске Православне Цркве У-П бр. 30/22 од 8. августа 2022. године, 28. октобар 2022. године.

интересантна питања одабира мерила контроле ТУ – да ли би то био само Устав, или и Устав и закон(и), и у другом случају, да ли само Закон о слободи вероисповести који садржи у чл. 10 особену *извршну клаузулу*, или и други закони? Али не само то. Уставни суд би, што је још значајније, у тој ситуацији могао и да изврши важан и значајан искорак у погледу уобличавања, па чак и делимичне прекомпозиције црногорског уставног идентитета у домену односа државе и цркве, тим пре јер се улога уставних судова у обликовању уставног идентитета не исцрпљује само у односу спрам права Европске Уније, већ може бити значајан чинилац и у унутрашњим околностима.<sup>62</sup> Под уставним идентитетом, у овом случају, подразумевају се оне заједничке вредности и нормативни стандарди који су специфични за конкретни политички систем,<sup>63</sup> у овом случају црногорски.

У области државноцрквених односа, тај уставни идентитет, као што смо закључили у другом поглављу, одликује се веома ригидним схватањем начела секуларности и оптирањем за његову строгу варијанту одвојености државе и цркве. Са таквим поимањем секуларности заиста је тешко спојиво поверавање вршења јавноправних овлашћења црквама и верским заједницама, тим пре јер се управо тај параметар, као што смо видели, узима за једно од дистинктивних обележја кооперативне одвојености. Дакле, ако имамо то у виду и под условом да апстрахујемо чињеницу да је једна од верских заједница са којим је закључен уговор (Римокатоличка црква) снабдевана таквим овлашћењима, гарантовање јавних овлашћења СПЦ у ТУ могло би бити уставноправно упитно. У самој Иницијативи се уставност и законитост чл.2 ст.1 ТУ оспорава веома плитко, са аргументацијом како се овом одредбом задире у поделу власти из чл.11 Устава. Даље, наводи се како *јавноправна овлашћења спроводи (само) Црна Гора* (ваљда се под овим мисли на државне органе?) што је својеврсни *nonsense*, јер појам јавних овлашћења, *per definitionem*, подразумева недржавног субјекта, дакле субјекта који је, као њихов носилац, органски дислоциран ван система државних органа! На овакво неразумевање ствари, Џомић духовито примећује да „Црква уговором нити постаје, нити жели да постане државни орган, а епископи, свештеници и верски

---

<sup>62</sup> Маја Настић, „Улога уставних судова у уобличавању уставног идентитета“, у зборнику: *Преиспитивање класичних уставноправних схватања у условима савремене државе и политике* (приредио Мирослав Ђорђевић), Институт за упоредно право, Београд, 2021, стр. 179.

<sup>63</sup> Исто, стр. 171-172.

службеници државни службеници и намештеници“<sup>64</sup>. У одговору на ове неосноване наводе иницијативе, Уставни суд се не мора нужно задржати на њиховом одбијању, већ може, превазилажењем бинарног угла посматрања односа строге одвојености државе и цркве с једне, и вршења јавних овлашћења од стране цркава и верских заједница са друге стране, заправо препознати и афирмисати допринос који потписани ТУ са СПЦ, након свега што му је у друштвено политичком контексту претходило, може имати за еволуцију уставног модела државе и цркве у Црној Гори. На тај начин, и то је уједно одговор на питање како видимо позицију ТУ спрам уставног начела одвојености државе и цркве у Црној Гори, ТУ и његова садржина могу, уместо изазова, бити схваћени, уставно судском интерпретацијом као вредан допринос освежавању уставног односа државе и цркве у Црној Гори.

Таква једна еволуција није, као што смо видели на примерима неких европских земаља, непозната и немогућа. Међутим, постоји један, за Црну Гору много илустративнији, пример од Шведске или Португала. Реч је о Албанији, земљи у којој је атеизам био врло изражена друштвена чињеница, слично као и у послератној Црној Гори, а чији Устав данас у члану 10, врло исцрпно, предвиђа да држава и верске заједнице поштују међусобну независност и раде заједно на добробит обострану и ширег друштва (ст.4), а да се односи између државе и верских заједница регулишу на основу споразума постигнутих између представника верских заједница и Савета министара, а да се ти споразуми ратификују у Парламенту (ст. 5).<sup>65</sup> Наведена одредба је заправо један фини пример преласка из агресивног секуларизма и строге одвојености у уставно завидно разрађен модел кооперативне одвојености. И док је Албанија то учинила, експлицитно и начелно, кроз уставни текст, Црна Гора се налази у истом процесу, али доста стидљивије и у фазама. За прву етапу тог процеса може се узети доношење измена и допуна Закона о слободи вероисповести из 2019., те актуелно решење садржано у чл. 9 ст. 2 овог закона којим се предвиђа да се односи између државе и верских заједница заснивају на узајамном разумевању и сарадњи, посебно у области каритативне, социјалне, здравствене, образовне и културне дјелатности. Навођење посебних области друштвеног живота може се разумети и као опсег у ком се има остваривати будући кооперативни однос државе и цркве у Црној

---

<sup>64</sup> Велибор Цомић, „Темељни уговор између Црне Горе и Српске Православне Цркве – правна и црквено-правна анализа“, нав. дело, стр. 165.

<sup>65</sup> Constitution of the Republic of Albania, no. 8417, from 21.10.1998, with amendments from 2016.

Гори. Следећа, можемо слободно рећи и кључна етапа, била је потписивање, на основу чл. 10 Закона о слободи вероисповести, ТУ са СПЦ. Најзад, завршна, пожељна, али не и нужна етапа у том процесу може бити оличена и кроз прижељкивани уставносудски активизам поводом поднете иницијативе за оцену уставности и законитости ТУ. Њим би се, барем на нормативном плану, заокружио искорак Црне Горе из ере предсекуларности у постсекуларност, која је на европском континенту већ одавно присутна и пожељна.<sup>66</sup> Можемо, коначно, закључити да би несразмерно велика, али оправдана улога у таквом једном жељеном и потребном исходу припала управо Темелјном уговору који је Црна Гора потписала са Српском православном црквом.

## ЛИТЕРАТУРА

Аврамовић Сима, „Поимање секуларности у Србији - рефлексije са јавне расправе у Уставном суду“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет, Београд, Год. 59, бр. 2/2011, стр. 279-301.

Божих Марко, *Лаичка држава као јемство слободе савести и вероисповести*, Правни факултет, Београд, 2010.

Гајин Саша, „Скице за студију о слободи религије – принцип одвојености цркве од државе“, *Страни правни живот*, Институт за упоредно право, Београд, бр. 2/1997, стр. 67-74.

Гајин Саша, „Скице за студију о слободи религије – однос између принципа одвојености цркве од државе и принципа слободе изражавања верских уверења“, *Страни правни живот*, Институт за упоредно право, Београд, бр. 3/1998, стр. 33-44.

Де Верготини Ђузепе, *Упоредно уставно право*, Службени гласник, Београд, 2015.

Duguit Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Anciennes maisons Thorin et Fontemoing, Paris, 1921.

Диги Леон, *Преображају јавног права*, Геце Кон, Београд, 1929.

---

<sup>66</sup> Дарко Танасковић, „Актуелност модела секуларне државе у Европи“, у зборнику: *Правни положај цркава и вјерских заједница у Црној Гори данас* (приредио Богољуб Шијаковић), Бона фидес, Никшић, 2009, стр. 79.

Ђурић Владимир, Марковић Василије, „Ограничење слободе вероисповести у условима пандемије: пример Црне Горе“, *Теолошки погледи*, СА Синод СПЦ, Београд, Год. 53, бр. 3/2020, стр. 761-786.

Ђurić Vladimir, Marković Vasilije, „Presecular character of Montenegrin Law on Freedom of Religion in context of Fuller’s demands for internal morality of law“, *Strani pravni život*, Institut za uporedno pravo, Београд, бр. 4/2020, стр. 7-26.

Ђурић Владимир, „Уговорно државно-црквено право“, у зборнику: *Државно-црквено право кроз векове* (приредили Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија црногорско-приморска, Београд – Будва, 2019, стр. 357-392.

Ђурић Владимир, „Слобода вероисповести и правни субјективитет црква и верских заједница у европским земљама“, *Страни правни живот*, Институт за упоредно право, Београд, бр. 1/2012, стр. 24-52.

Ervas Elena, “The Agreements between Church and State: The Italian Perspective”, *VJU Law Review*, no. 4/2017, стр. 869-893.

Јовановић Слободан, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Службени лист СРЈ, Београд, 1995.

Канас Виталино, „Држава и црква у Португалу“, у зборнику: *Држава и црква у Европској унији* (приредио Герхард Роберс) Православни богословски факултет, Београд, 2012, стр. 232-250.

Krbek Ivo, *Diskreciona ocjena*, Tisak nadbiskupske tiskare, Zagreb, 1937.

Милков Драган, „Карактер и суштина јавних овлашћења“, *Правни живот*, Копаоничка школа природног права, Београд, бр.3/1983, стр. 377-380.

Настић Маја, „Улога уставних судова у уобличавању уставног идентитета“, у зборнику: *Преиспитивање класичних уставноправних схватања у условима савремене државе и политике* (приредио Мирослав Ђорђевић), Институт за упоредно право, Београд, 2021.

Омајес Јасна, Banić Slavica, „Diferencijacija propisa i općih akata u budućoj praksi Ustavnog suda i Upravnog suda u povodu Zakona o upravnim sporovima (2010.)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Pravni fakultet, Split, бр.2/2012, стр. 309-324.

Петров Владан, Станковић Марко, *Уставно право*, Правни факултет,

Београд, 2020.

Петров Владан, Станић Милош, „Религијски елементи у преамбулама устава са посебним освртом на европске земље“, у зборнику: *Државно-црквено право кроз векове* (приредили Владимир Чоловић *et al.*), Институт за упоредно право, Митрополија црногорско-приморска, Београд – Будва, 2019, стр. 341-356.

Петров, Владан, Микић Владимир, „Начело лаицитета у савременој уставности“, у зборнику: *Религија, политика, право* (приредили Јован Ћирић *et al.*) Институт за упоредно право, Митрополија црногорско-приморска и Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд – Будва, 2015, стр. 625-643.

Поповић Славољуб, *Управно право*, Савремена администрација, Београд, 1989.

Радиновић Љубомир, *Одвајање цркава и цркжаве у Француској*, Француско – српска књижара, Београд, 1937.

Robbers Gerhard, *The Montenegrin Law on Freedom of Religion or Beliefs and Legal Status of Religious Communities*, Nomos, Baden, 2021.

Симовић Дарко, „Европски уставни модели односа државе и цркве“, у зборнику: *Религија, политика, право* (приредили Јован Ћирић *et al.*) Институт за упоредно право, Митрополија црногорско-приморска и Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд – Будва, 2015, стр. 721-739.

Танасковић Дарко, „Актуелност модела секуларне државе у Европи“, у зборнику: *Правни положај цркава и вјерских заједница у Црној Гори данас* (приредио Богољуб Шијаковић), Бона фидес, Никшић, 2009, стр. 76-79.

Томић Зоран, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Службени гласник, Београд, 2019.

Томић Зоран, *Опште управно право*, Правни факултет, Београд, 2018.

Фриднер Ларс, „Држава и црква у Шведској“, у зборнику: *Држава и црква у Европској унији* (приредио Герхард Роберс) Православни богословски факултет, Београд, 2012, стр. 367-376.

Џомић Велибор, „Темелјни уговор између Црне Горе и Српске Православне Цркве – правна и црквено-правна анализа“, *Гласник*

–службени лист Српске Православне Цркве, СПЦ, Београд, бр.8/2022, стр. 162-171.

## ПРАВНИ ИЗВОРИ

Устав Републике Црне Горе, *Службени лист РЦГ*, бр. 48/92.

Устав Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2007 и 38/2013 – Амандмани I-XVI

Темелни уговор између Црне Горе и Српске православне цркве, *Службени лист Црне Горе*, бр. 96/2022.

Темелни уговор између Српске православне цркве и Црне Горе, *Гласник - Службени лист Српске Православне Цркве*, бр. 8/2022.

Закон о правном положају вјерских заједница, *Службени лист СРЦГ*, бр. 9/77, 26/77 - испр., 29/89 - др. закон и 39/89 - др. закон и *Службени лист РЦГ*, бр. 27/94 - др. закон и 36/2003 - одлука УС.

Закон о потврђивању Темелног уговора између Црне Горе и Свете Столице, *Службени лист Црне Горе*, бр. 7/2012.

Закон о слободи вероисповијести или уверења и правном положају вјерских заједница, *Службени лист Црне Горе*, бр. 74/2019, 8/2021.

Закон о државној управи, *Службени лист Црне Горе*, бр. 78/18.

Закон о закључењу и извршењу међународних уговора, *Службени лист Црне Горе*, бр. 77/2008.

Закон о општем управном поступку, *Службени лист Црне Горе*, бр. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017.

Закон о Уставном суду, *Службени лист Црне Горе*, бр. 11/2015.

Constitution of the Republic of Albania, no. 8417, from 21.10.1998, with amendments from 2016.

## СУДСКА ПРАКСА

Case of Savez crkava “Riječ života” and others v. Croatia, Application no. 7798/09, from 09.12.2010.

Case of Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova,

Application no. 45701/99, from 13 December 2001.

Case of Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas v. Austria, no. 40825/98, from 31.7.2008.

Case of Hasan and Chaush v. Bulgaria, no. 30985/96, from 26.10. 2000.

## ДРУГИ ДОКУМЕНТИ

Решење Уставног суда У-П бр. 56/14 од 24 фебруара 2017. године.

Иницијатива за оцену уставности и законитости Темељног уговора између Црне Горе и Српске православне цркве од 8.7. 2022. године, У-П 30/22 од 8.августа 2022.године.

Одговор на Иницијативу за покретање поступка за оцену уставности и законитости Предлога темељног уговора између Црне Горе и Српске Православне Цркве У-П бр. 30/22 од 8. августа 2022. године, 28.октобар 2022. године.

Предлог изгласавања неповерења 43. Влади Црне Горе, 00-71/22-8 од 3.8.2022. године.

## ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Брацановић Андреј, Правно мишљење од 28.7.2022., Интернет, <https://www.gov.me/clanak/kabinet-predsjednika-vlade-hvala-svima-na-sugestijama-vrijeme-je-da-se-u-potpunosti-posvetimo-zivotnim-temama> , 20.11.2022.

Вуковић Миодраг, Обавеза ДПСа је да обнови ЦПЦ, Интернет, <https://www.cdm.me/politika/vukovic-obaveza-dps-a-je-da-obnovi-cpc/> , 7.10.2022.

Гогић Татјана, Радуловић Веселин, Ракић Водинелић Весна, Предлог измјена текста “Темељног уговора између Црне Горе и Српске православне цркве” НВО „Акције за људска права“ од 26.07.2022. године, Интернет, <https://www.gov.me/clanak/kabinet-predsjednika-vlade-hvala-svima-na-sugestijama-vrijeme-je-da-se-u-potpunosti-posvetimo-zivotnim-temama>, 25.11.2022.

Ђурић Владимир, Марковић Василије, Правно мишљење о отвореним

питањима у вези са Темељним уговором између Црне Горе и СПЦ Института за упоредно право, Интернет, <https://www.gov.me/clanak/kabinet-predsjednika-vlade-hvala-svima-na-sugestijama-vrijeme-je-da-se-u-potpunosti-posvetimo-zivotnim-temama>, 22.11.2022.

Ђукановић Мило, Уколико буде потписан Темељни уговор са СПЦ пада Влада Црне Горе, Интернет, <https://www.youtube.com/watch?v=uDgJFu5x1c>, 22.11.2022.

Маслењак Сања, ДПС има опредељења која заступам, Интернет, <https://www.vijesti.me/vijesti/politika/622860/maslenjak-dps-ima-opredjeljenja-koja-zastupam-eu-ljudska-prava-generalno-vladavina-prava>, 26.11.2022.

Vasilije Marković

THE FUNDAMENTAL AGREEMENT BETWEEN MONTENEGRO  
AND THE SERBIAN ORTHODOX CHURCH - A CHALLENGE  
AND/OR TRANSFORMATION OF THE UNDERSTANDING  
OF THE PRINCIPLE OF SECULARITY IN MONTENEGRO?

Resume

The author analyzes the interaction between the signed Fundamental Agreement between Montenegro and the Serbian Orthodox Church and the principle of secularity proclaimed in the Montenegrin Constitution. After a brief outlook on comparative European solutions, the author stands for the position that Montenegro belongs to systems in which there is (still) a strict type of separation, as opposed to the increasingly present and preferable model of cooperative separation. Starting from the socio-political circumstances that immediately preceded the moment of signing, the author puts forward a thesis according to which, although the amended Law on Freedom of Religion already indicates something like that, the Fundamental Agreement can be the turning point in the evolution of the understanding of the relationship between the state and the church in Montenegro, as a relationship that should be based on mutual cooperation and non-excludability. This thesis attempts to be proven both through the presentation of views on the legal nature of the Fundamental Agreement, as a general act, but not a classic by-law, and the place it has or should have in the hierarchy of legal acts due to its aforementioned *sui generis* nature, as well as through the analysis of the content of the Fundamental Agreement, i.e. parts of the Preamble and provisions on guaranteeing the public powers of the SPC in the first place. Finally, the desired evolution of the constitutional relationship between the state and the church in Montenegro is seen through the prism of a partial reshaping of the constitutional identity, in which the Constitutional Court of Montenegro can also play a significant role, if accepts to decide on the submitted initiative for the judicial review of the Fundamental Agreement.

*Keywords: Agreements between the state and the church, secularity principle, public powers, constitutional identity, Serbian Orthodox Church, Montenegro.*



## УСТАВНА ИСТОРИЈА КАО САМОСТАЛНА ДИСЦИПЛИНА?

### Сажетак

*Циљ овог рада је да анализира могућности постојања уставне историје као самосталне дисциплине. То је учињено посредно, на основу анализе монографских дела, односно синтеза уставне историје Србије XIX века. Синтезе које су предмет овог рада настајале су у разним временским периодима. У овом раду се нуде прикази тих дела, али не њихове садржине, већ првенствено методолошког приступа које њихови аутори заступају. Претпоставка је да уставна историја, премда никада на правним факултетима у Србији није постојала као самостална дисциплина, има свој предмет и специфичан методолошки приступ. На основу анализе тих дела, на крају се изводе закључци о особеностима уставне историје, ширини њеног предмета, као и везама са другим дисциплинама.*

*Кључне речи: уставна историја, уставно право, уставна историја XIX века, Слободан Јовановић, Јаша Продановић, конституционализам.*

### 1. УВОД

У важећем курикулуму Правног факултета Универзитета у Београду, уставна историја Србије се не изучава као посебан предмет (на основним и последипломским студијама).<sup>2</sup> Штавише, она никада и није

\* Аутор је сарадник у настави на Правном факултету Универзитета у Београду. Електронска адреса аутора: [aleksandar.cvetkovic@ius.bg.ac.rs](mailto:aleksandar.cvetkovic@ius.bg.ac.rs).

<sup>2</sup> Доступно на: [https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2022/11/FIS\\_nastavni\\_plan\\_11\\_OAS.pdf](https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2022/11/FIS_nastavni_plan_11_OAS.pdf), 12/1/2023; <https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2021/09/Studijski-program->

имала карактер самосталне дисциплине у Србији. Уставна историја Србије се данас изучава у оквиру два предмета на Правном факултету – Уставно право и Српска правна историја (раније – Национална историја државе и права).<sup>3</sup> Такво стање не мора *a priori* да се означи као лоше, али имајући у виду изузетно богату уставну историју као и њен значај, то може бити оцењено и као недостатак у правничком образовању. Са друге стране, „претходно питање“ је да ли уставна историја уопште може бити самостална дисциплина. То питање постаје још значајније ако се узму у обзир радови који се баве уставном историјом Србије.

Током XX века написано је неколико врло значајних синтеза монографског карактера о уставној историји Србије. Занимљиво је да се ниједно од тих издања није појавило под називом уставна историја. Могући камен темељац овој дисциплини „ударио“ је Слободан Јовановић у предговору свог дела „Уставобранитељи и њихова влада“ које је објављено 1912. године као приступна беседа у Српској академији наука и уметности где наводи да то није расправа из политичке већ из уставне историје.<sup>4</sup> Из тога је јасно да он уставну историју види као посебну дисциплину, која има свој самостални предмет, другачији од оног који има, рецимо, политичка историја. На истом месту он узгредно дефинише и предмет – дакле, уставна историја се бави само оним „догађајима и људима“ који су били или могли бити од утицаја на уставни развитак. Од кључног значаја су политичке идеје, политичке странке и групе и нарочито важно, политичке установе.<sup>5</sup>

Драгољуб Поповић је 2021. године објавио монографију под називом „Уставна историја Србије“ на енглеском језику. У предговору те студије, навео је да је последње дело које се на целовит начин (и у једном тому) бави уставном историјом (на српском језику) монографија Јаше Продановића, наглашавајући да је реч о делу које се бави темом уставног развоја у светлу политичких дешавања.<sup>6</sup> Поред тога, наводи и дело Алекса Драгнића (*Alex Dragnich*) које се такође бави уставном историјом Србије XIX века, и то на сличан начин као и дело Јаше Продановића, али је обимом мање имајући у виду да је писано на

---

*Master-akademske-studije-knjiga-predmeta.pdf*, 12/1/2023; <http://www.arhiva.ius.bg.ac.rs/pds/Studijski%20program%20doktorskih%20akademskih%20studija%20prava%20-%20knjiga%20predmeta.pdf>, 12/1/2023.

<sup>3</sup> Dragoljub Popović, *The Constitutional History of Serbia*, Brill, Paderborn, 2021, стр. XI.

<sup>4</sup> Слободан Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада (1838-1858)*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1933, стр. XV.

<sup>5</sup> Исто, стр. XV-XVI.

<sup>6</sup> Dragoljub Popović, *The Constitutional History of Serbia*, нав. дело, стр. XI.

енглеском језику. Ипак, Поповић наводи да у њима недостаје разматрање конституционализма као концепта. Посредно, може се закључити да Поповић сматра да уставна историја мора за свој предмет да има и разматрања о развоју конституционализма.<sup>7</sup>

Узимајући у обзир овако различита, а ипак недовољно прецизно одређена схватања о предмету уставне историје, овај рад јесте приказ и покушај анализе монографских дела која за свој предмет имају уставну историју Србије XIX века. Циљ је да се на један сажет начин уоче различити приступи у писању уставне историје Србије XIX века и то зато што постоје бројна дела, како на српском, тако и на енглеском језику која обрађују ову тему, а да при том није потпуно јасно који су принципи једне могуће дисциплине. Поред тога, из претходног кратког осврта је јасно да радови који се баве овом темом углавном не садрже разматрања о методолошким претпоставкама. Приступи у тим делима су врло различити. С тога овај рад представља прилог размишљању о уставној историји као посебној дисциплини, али и неку врсту сажетог приказа значајних дела о уставној историји Србије XIX века. То је, у извесном смислу, студија случаја јер се анализирају дела која на целовит начин обрађују тему националне уставне историје како би се дошло до одређених карактеристика, односно специфичних приступа у писању уставне историје.

Основно питање је која су дела предмет анализе. Дела Слободана Јовановића о уставној историји свакако заузимају најзначајније место. Његово дело је огромно и јасно је да превазилази оквире уставне историје. Ипак, Јовановић је дао значајан допринос не само својим стилем, већ и својим истраживањима, закључцима и могућом периодизацијом уставне историје Србије XIX века. „Уставни развитак и уставне борбе у Србији“ Јаше Продановића је значајно јер је то прво дело о уставној историји Србије XIX века које није вишетомно. Значајно је уочити да то дело, за разлику од Слободана Јовановића, није писао уставни правник или историчар. Сличан методолошки приступ као Продановићево дело има и монографија Алекса Драгнића која је написана на енглеском језику, а која уставну историју приказује као борбу за парламентарну демократију. Оно постаје још значајније за анализу када се узме у обзир да Драгнић то дело види као студију случаја уставног развоја у историјској перспективи. Коначно, последње дело које се на целовит начин бави уставном историјом написао је Драгољуб Поповић

---

<sup>7</sup> Исто, стр. XII.

на енглеском језику и оно по свом приступу одудара од ранијих монографија о уставној историји, напуштајући чисто хронолошки приступ.

Ако се узме у обзир да је циљ овог рада не само да понуди приказ дела која се баве одређеном темом, већ и да се из тога извуче поука о могућим претпоставкама једне дисциплине, онда та анализа мора да обухвати и бројне уџбенике који се шире или уже баве овом темом. Ипак, таква анализа садржаја захтевала би далеко више простора. С тога ће уџбеници бити предмет анализе онда када је то у функцији разматрања поменутих монографских дела и појединих ужих питања.

## 2. (УСТАВНА) ИСТОРИЈА СРБИЈЕ XIX ВЕКА ОД СЛОБОДАНА ЈОВАНОВИЋА

Како наводи Ратко Марковић, Слободан Јовановић је, можда до крајњих граница, нарочито у свом „Уставном праву“ од 1907. године, сузио предмет те гране права, тако што га је свео на организацију врховних државних органа, изоставивши судове. То је, како објашњава Марковић, метод догматске анализе уставних и законских норми, из којег су искључени теоријска разматрања, упоредноправни преглед, целина друштвених односа из којих су норме потекле, као и критички однос према нормама.<sup>8</sup> Чини се, међутим, да Јовановић има два битно другачија приступа. У уџбенику „Уставно право“, он, дакле, предмет те дисциплине схвата врло уско. Са друге стране, иако у „Уставобранитељима“ наводи да се бави уставном историјом, сасвим извесно је да је тај предмет проширио. С тога су његова дела из уставне историје права политичка историја српског XIX века. Када пише изван поља уставног права, он је спреман да предмет прошири, али у његовој концепцији уставног права било је мало простора за слободно стваралаштво, префињено мишљење и лепоту стила – што су све била обележја Јовановића као писца.<sup>9</sup> Ипак, то не значи да су његова дела из историје XIX века методолошки неодређена и готово безобална.<sup>10</sup> Како

---

<sup>8</sup> Ратко Марковић, „Слободан Јовановић и уставно право“ у зборнику: *Слободан Јовановић – живот, дело, време* (приредили: Коста Чавошки, Александар Костић), Српска академија наука и уметности, Београд, 2019, стр. 268-269.

<sup>9</sup> Исто, стр. 268.

<sup>10</sup> Радован Самарцић објашњава да се после 1815. године појавила плејада историчара либералних схватања који су својим делима давали правну основу попут Тјера (*Thiers*), Гизоа (*Guizot*), Тијерија (*Thierry*) и Мишлеа (*Michelet*). Они су нарочито после догађаја од 1848. године почели да уступају место Токвилу (*Tocqueville*) и Фистелу де Куланжу (*Fustel de Coulanges*) у Француској или Хајнриху фон Зибелу (*Heinrich von Sybel*) у Немачкој, код којих је право потиснуто на ивице друштвених феномена и кретања. Слободан Јовановић

пише Радован Самарџић, Слободан Јовановић је опрезно бирао теме из историје које су погодне да буду проучаване политичко-правним поступком.<sup>11</sup> Управо је то његовим делима давало унутрашњу чврстину, логичку повезаност и садржинску јединственост.<sup>12</sup>

У првој половини XX века било је много писаца који су писали о српском XIX веку. Међутим, Слободан Јовановић је у поређењу с њима био тематски разноврснији и свеобухватнији, обрађујући у целини историју Србије од уставобранитеља до погибије краља Александра Обреновића.<sup>13</sup> Ову оцену о делу Слободана Јовановића дао је у прошлом веку историчар Владимир Ђоровић. И она, на први поглед, врло прецизно описује предмет овог вишетошног дела Слободана Јовановића – у питању је целокупна историја периода од 1842. до 1903. године. Своје обимно дело Јовановић је написао у 8 књига: Уставобранитељи и њихова влада,<sup>14</sup> Друга влада Милоша и Михаила, Влада Милана Обреновића (књига прва, књига друга, књига трећа) и Влада Александра Обреновића (књига прва, књига друга, књига трећа). Међутим, у предговорима својих дела, Јовановић је истрајавао на чињеници да се бави уставном историјом, узгред објашњавајући шта све чини бављење том облашћу. И не само на том месту, већ и иначе, често је истицао како суштином своје мисли и предметом истраживања, својим научним методом и циљевима није историчар, него писац политичких и правних расправа, теоретичар државе, превасходно забављен питањима власти, уставним борбама, деловањем странака и политичким доктринама.<sup>15</sup>

У уводу овог рада већ је поменуто да је у предговору „Уставобранитеља“ Јовановић навео да су од значаја за уставну историју они догађаји који су утицали на уставни развитак, те да уставна историја

---

је био ближи првој групи историчара. Како Самарџић описује, „он је сачувао самосталан, донекле и необавезан однос према предмету и строго прописаним методама испитивања у времену када су многи подлегли позитивистичкој фактографији“ (Радован Самарџић, *Писци српске историје, књига трећа*, Просвета, Београд, 1986, стр. 192).

<sup>11</sup> Исто, стр. 188.

<sup>12</sup> Исто.

<sup>13</sup> Нав. према: Мира Радојевић, „Допринос Слободана Јовановића проучавању националне историје XIX и прве половине XX века“ у зборнику: *Слободан Јовановић – живот, дело, време* (приредили: Коста Чавошки, Александар Костић), Српска академија наука и уметности, Београд, 2019, стр. 305.

<sup>14</sup> Дело је први пут објављено 1912. године као приступна беседа у Српској академији наука и уметности. Друго издање је објављено 1925. године, а треће 1933. године, при чему је свако издање било допуњено у односу на прво и то новим изворима. То показује колико је велики значај историјских извора за Јовановића у његовим истраживањима.

<sup>15</sup> Радован Самарџић, *Писци српске историје, књига трећа*, нав. дело, стр. 188.

„обраћа пажњу на политичке идеје, политичке странке или групе, а, нарочито, на политичке установе“.<sup>16</sup> Он ће касније додати да је од значаја за уставну историју унутрашња политика.<sup>17</sup> Међутим, њу не интересују сви догађаји из унутрашње политике, већ само они који се односе на развитак политичких установа и политичких странака. Другим речима, предмет уставне историје мора бити објашњење уређења врховне власти, као и начин њеног функционисања. Низање политичких догађаја, додаће Јовановић, предмет је политичке историје.<sup>18</sup> Иако је овако мање-више јасно одредио предмет уставне историје, Јовановић је ипак поље свога истраживања значајно проширио. Свестан тога и сâм је на истом месту понудио објашњење. Примера ради, он наводи да се бави и спољном политиком у оној мери у којој она служи објашњењу функционисања врховне власти и то зато што су спољна и унутрашња политика нарочито у XIX веку „испреплетане“. Други могући разлог ширег опсега његовог дела је, како наводи, недостатак литературе о политичкој историји, те се Јовановић на појединим местима „упушта више у причање догађаја него што би то иначе чинио“.<sup>19</sup>

Слободан Јовановић је велику пажњу поклањао изворима. Иако у његовој „уставној историји“ нема ниједне фусноте, поједини аутори наводе да би испод сваке његове реченице могла да се спусти фуснота.<sup>20</sup> То јасно говори о његовом брижљивом односу према изворима. Управо на овом месту и ваља подвући да свако истраживање историје, па и уставне историје, мора бити засновано на изворима, на њиховом брижљивом читању и критичкој провери и анализи. Све то Јовановићево дело чини вероватно најзначајним прегледом српске (уставне) историје XIX века.

Поред неспорног и огромног доприноса осмотомне (уставне) историје XIX века, за разумевање уставне историје као самосталне дисциплине, нарочити допринос Слободана Јовановића је периодизација уставне историје Србије. Једну могућу поделу он је понудио у свом тексту од 1929. године.<sup>21</sup> Јовановић разликује седам периода уставне

---

<sup>16</sup> Слободан Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада (1838-1858)*, нав. дело, стр. XV.

<sup>17</sup> Слободан Јовановић, *Друга влада Милоша и Михаила*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1933, стр. XVI.

<sup>18</sup> Исто, стр. XVI-XVII.

<sup>19</sup> Исто, стр. XVII.

<sup>20</sup> Борис Милосављевић, *Свет и време Слободана Јовановића 1869-1958 – поводом 150 година од рођења*, Српска академија наука и уметности, Београд, 2019, стр. 53-54.

<sup>21</sup> Слободан Јовановић, *Периоди српске уставне историје, без издавача*, Загреб, 1929, стр. 15-18.

историје Србије XIX века: 1) доба стварања владалачке власти – то је доба српских устанака и период борбе за признање кнежевске власти кнеза Милоша; 2) доба чиновничке олигархије – реч је о периоду уставобранитеља који је Јовановић оценио као „доба у коме је чиновништво постало господарска класа у држави“; 3) са повратком кнеза Милоша у Србију почиње доба полицијске државе које траје до убиства кнеза Михаила и доласка кнеза Милана и намесништва на власт; 4) доба уставности се отприлике поклапа са периодом владавине кнеза/краља Милана и траје до доношења Устава од 1888; 5) један врло кратак период важења Устава од 1888. године Слободан Јовановић је означио као доба парламентарности; 6) пошто је краљ Александар суспендовао Устав од 1888. и на снагу вратио Намеснички од 1869. године, отпочело је доба реакције; 7) Мајски преврат, атентат на краља Александра и, коначно, доношење Устава од 1903. године представљају почетак доба повраћене парламентарности.

Слободан Јовановић је своју периодизацију уставне историје Србије завршио стварањем Краљевине Срба Хрвата и Словенаца, јер, како наводи, уставно питање је тиме узело сасвим други вид и значај него у предратној Србији.<sup>22</sup> Такав приступ који уставну историју Србије XIX века посматра до 1918. године, односно до настанка прве југословенске државе, врло је уобичајен и највећем броју разматрања о уставној историји.<sup>23</sup> Чини се и да је методолошки оправдан. Таква разлика „хронолошког“ и „историјског“ XIX века није специфична само за Србију већ је део ширег контекста европске историје.

Познати историчар Ерик Хобсбаум (*Eric Hobsbawm*) описујући историју XX века, означио је то столеће као „кратки двадесети век“,

<sup>22</sup> Исто, стр. 17.

<sup>23</sup> Примера ради, Ратко Марковић је у свом уџбенику „Уставно право“ уставну историју Србије посматрао кроз пет великих целина: прва је период Кнежевине и Краљевине Србије (1804-1914); друга је период прве југословенске државе, при чему се период Првог светског рата посматра из перспективе „припремних радова“ на првој југословенској држави; трећа је период друге југословенске државе; четврта је време треће југословенске државе и коначно пета целина је период нестанка југословенске државе (вид. Ратко Марковић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Досије студио, Београд, 2015, стр. 93-150). Владан Петров у уџбенику „Уставно право“ уставну историју Србије дели у три велика периода. Први траје од доношења првог уставног акта 1808. године до настанка Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца 1918. године. Други период је време „утапања“ српске уставности у југословенску и траје од 1918. до 1990. године. Коначно, трећи период почиње доношењем Устава од 1990. године, када је Србија формално и даље била део југословенске државе, али је тада, како наводи Петров, повратила одређене елементе државности и окренула се класичним вредностима либерално-демократске уставности (вид. Владан Петров, *Уставно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2022, стр. 73).

постављајући временске одреднице од 1914. до 1991. године. То је време од почетка Првог светског рата до нестанка Совјетског Савеза које представља кохерентну целину коју он означава као Доба екстрема.<sup>24</sup> Да би Хобсбаум оправдао своју тезу о кратком двадесетом веку, он је морао да одреди и трајање XIX, који за њега траје од 1789, односно од избијања Француске револуције до почетка Првог светског рата 1914. године и који као такав постаје „дуги деветнаести век“. То је „време револуција, капитала и царстава“.<sup>25</sup> Када је реч о уставној историји Србије, она се у потпуности поклапа са кованицама о дугом деветнаестом и кратком двадесетом веку. За Србију, дуги деветнаести век представља време од избијања Првог српског устанка и траје до Првог светског рата (за потребе уставне историје Србије, време Првог светског рата се посматра кроз призму развоја идеје о југословенској држави). То је време у коме је Србија успоставила своју државност и коначно се изборила за своју независност. Настанак југословенске државе значиће крај дугог века. „Кратки двадесети век“ за Србију представља седамдесетак година Југославије у разним облицима. Са нестанком југословенске државе, отпочиње и нови период Србије као самосталне државе.

### 3. „УСТАВНЕ БОРБЕ У XIX ВЕКУ“ ОД ЈАШЕ ПРОДАНОВИЋА

Јаша Продановић је по основном занимању био новинар, али је значајан и његов политички ангажман. Његово дело је врло разноврсно. Између осталог, он је аутор дела „Уставни развитак и уставне борбе у Србији“ које је објављено 1936. године. Реч је о једној студији која је, како се из наслова види, посвећена историји уставног развоја Србије током XIX века. Ако се прихвати став да се уставна историја бави питањима уређења врховне власти у прошлости, онда ово дело несумњиво припада корпусу уставне историје.

По методолошком приступу, „Уставни развитак“ се бави питањима уставног уређења у историјској перспективи и то у светлу политичких догађаја. Своје дело Продановић отпочиње кратким одређењем појма устава. „По постанку“, устав је збир одредаба којима се

---

<sup>24</sup> Eric Hobsbawm, *Age of Extremes; The Short Twentieth Century 1914-1991*, Abacus, London, 1994, стр. 5.

<sup>25</sup> То су називи Хобсбаумовог тротомног дела о историји XIX века: *The Age of Revolutions 1789-1848*, *The Age of Capital 1848-1875*, *The Age of Empire 1875-1914*.

у једној држави обезбеђују најосновније слободе и најважнија права грађана, група и друштава. Он је заштита појединаца против злоупотреба државних власти и ограничење апсолутног права ма које власти у држави у односу на грађане.<sup>26</sup> „По суштини“, устав је организација највиших власти у држави, одређење њихових послова и надлежности.<sup>27</sup> То одређење дато већ на самом почетку је од значаја јер ће оно и одредити садржај ове студије. Будући да је устав „заштита појединца против злоупотреба државне власти“, онда је и уставна историја Србије нужно приказ тог развитка кроз разне борбе за ограничење власти. Чини се да је то основни оквир Продановићевог дела.

Тај оквир он реализује применом првенствено хронолошког приступа. У његовом делу, нижу се догађаји и нуди обиље фактографије. Јаша Продановић се доста ослања на казивања савременика одређених догађаја. Понекад се ослања и на интуицију, претпостављајући поједине догађаје.<sup>28</sup> Важан извор за њега је штампа. Он доноси бројне текстове када анализира одређене теме. Примера ради, она преноси текстове разних гласила када говори о државном удару краља Александра Обреновића од 1894. године којим је суспендовао Устав од 1888. године и на снагу вратио Устав од 1869.<sup>29</sup> Његово дело је врло обимно, али велики део те студије су заправо текстови свих устава Србије у XIX веку, бројни нацрти, те текстови осталих важних аката. Заједно са анализом текстова из штампе, текстовима аката и коментарисањем уставних догађаја, дело Јаше Продановића постаје само по себи важан историјски извор.

Не може се рећи да дело Јаше Продановића представља исцрпну уставну историју Србије XIX века, не само по свом садржају, већ и методолошком приступу. Раније смо већ показали да Слободан Јовановић у описивању значајних тема за уставну историју покушава да разуме готово све аспекте друштва – не само садржину аката, већ и културу друштва у одређеном периоду, однос друштва као целине према појединим питањима. То не значи да дело Јаше Продановића није вредно. Напротив. Уставна историја може из њега да извуче одређене поуке. Било која тема из уставне историје мора да анализира и узме у

---

<sup>26</sup> Јаша Продановић, *Уставни развитак и уставне борбе у Србији*, PortaLibris, Београд, 2021, стр. 3

<sup>27</sup> Исто.

<sup>28</sup> Оно што увек може бити опасност код историјског проучавања, јесте недовољна „дистанца“. Наиме, сам Продановић је био посматрач бројних догађаја из друге половине XIX века. Отуда, он често износи и лична запажања.

<sup>29</sup> Вид. Јаша Продановић, *Уставни развитак и уставне борбе у Србији*, нав. дело, стр. 422-426.

обзир све важне политичке догађаје. Продановић нема за циљ да понуди само фактографију. Он своје истраживање усмерава и посматра га у контексту непрестане борбе за ограничење власти владара. Иако мало анализира шире друштвене околности, он показује значај исцрпног истраживања свих ставова поводом појединих питања. Када анализира одредбе одређеног устава, он узима у обзир раније нацрте, критике, ставове интелектуалаца о тим питањима. Он својим делом „учи“ уставну историју да мора да разуме и однос јавности према одређеном крупном питању да би анализа била успешна.

#### 4. „РАЗВОЈ ПАРЛАМЕНТАРНЕ ВЛАДЕ У СРБИЈИ“ ОД АЛЕКСА ДРАГНИЋА

Алекс Драгнић био је професор политичких наука на Универзитету Вандербилт у Сједињеним Америчким Државама. Будући политиколог, и када се бавио историјским темама, њих је стављао у одговарајући контекст и посматрао их је из угла одређеног питања. Такав је случај и са његовом студијом „Развој парламентарне владе у Србији“ (*The Development of Parliamentary Government in Serbia*) која је објављена 1978. године. Како сâм наглашава, том студијом он жели да осветли и објасни успостављање и развој политичких институција у Србији током XIX и почетком XX века.<sup>30</sup> Предмет његовог рада је борба за демократију и тежња ка успостављању парламентарне владе. На тај начин, премда он не користи термин уставна историја, овај рад се заправо бави оним што је још Слободан Јовановић означио као предмет уставне историје – политичким институцијама и идејама које су их обликовале (вид. *infra* 2). Драгнић полази од претпоставке да је развој уставне историје Србије XIX века обележен борбом за парламентарну владу, која је према његовом мишљењу и остварена доношењем Устава од 1903. и праксом под тим Уставом. Ако се погледа дело Јаше Продановића, па чак и сам наслов, може се уочити веза. Наиме и Продановић посматра развој институција XIX века представљајући их као уставне борбе, као борбу за парламентарну владу. Такав задатак, као што је раније показано, он испуњава претежно хронолошким приступом. Слично чини и Драгнић, али он тај хронолошки развој види управо као борбу за власт и „коначно победу парламентарне владе“.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Alex Dragnich, *The Development of parliamentary Government in Serbia*, East European Quarterly, New York, 1978, стр. 9.

<sup>31</sup> Исто, стр. 9.

Поједностављено речено, он описује развој или пут ка једном политичком режиму. Ипак, такав приступ има одређене претпоставке које морају бити испуњене да би успео.

Миркин-Гецевич (*Boris Mirkin-Guetzévitch*) је тврдио да један политички режим није могуће анализирати изван његовог реалног друштвеног и политичког контекста. Тиме је он сажето дефинисао посао сваког истраживача практичног функционисања политичких институција и уставности једне одређене земље.<sup>32</sup> Ако прихватимо овакав методолошки приступ, може се рећи да је Алекс Драгнић донекле то прихватио. Ипак, правилно разумевање таквог контекста нужно захтева врло широк обухват тема и коришћење извора. Драгнић се ослањао на литературу, али није консултовао архивску грађу.<sup>33</sup>

У свом делу он не нуди само опис институција какве су уставом предвиђене, већ описује економске и шире друштвене прилике одређеног периода. Примера ради, описујући владу Милоша Обреновића, он описује економске прилике у Србији тога времена и спроводи својеврсну „социолошку“ анализу природе Милошевог режима.<sup>34</sup> Поред тога, Драгнић анализира оне догађаје који су од посебног значаја за разумевање парламентарне владе, посвећујући тако пажњу и улози политичких странака, изборном процесу, односу између различитих политичких снага у земљи.

Ипак, у неким елементима, Драгнићевом делу могу се упутити извесне напомене. Оне су најочљивије када говори о тзв. „победи парламентаризма“ што за њега представља доношење Устава од 1888. године.<sup>35</sup> Те напомене су двоструке – прва је недостатак појмовног разјашњења, а друга оцена улоге појединих група и личности.

У уставном праву се прави уобичајена разлика између појмова уставна и парламентарна монархија. У уставној монархији краљ је ограничен уставом. Он бира министре и они су само њему одговорни. Парламентарна монархија се првенствено појавила у облику тзв. дуалног или орлеанског парламентаризма који подразумева двоstrуку одговорност владе, пред краљем и парламентом, док „чисти“

---

<sup>32</sup> Нав. према: Олга Поповић Обрадовић, *Парламентаризам у Србији 1903-1914*, Издавачко предузеће Логистика, Београд, 2008, стр. 57.

<sup>33</sup> Олга Поповић Обрадовић, аутор студије о парламентарном систему у Србији крајем XIX и почетком XX века, имала је друкчији приступ. Она је спровела обимна истраживања заснована на записницима Народне скупштине и осталој архивској грађи.

<sup>34</sup> Alex Dragnich, *The Development of parliamentary Government in Serbia*, нав. дело, стр. 16-18.

<sup>35</sup> Исто, стр. 80.

парламентарни систем подразумева да су министри одговорни само парламенту.<sup>36</sup> Ако посматрамо ова три облика градацијски, краљ има најшира овлашћења у уставној, а најужа у парламентарној монархији монистичког типа. Устав од 1888. године у чл. 1 Краљевину Србију одређује као уставну монархију са народним представништвом. Такву формулацију можемо видети и у Уставу од 1869. године који предвиђа другачији систем власти и другачији облик министарске одговорности, те је на основу тога не можемо изједначити са појмом парламентарна влада. О карактеру режима се стога закључак може извести само на основу анализе појединих уставних одредаба. Не улазећи овом приликом у такву анализу, уобичајено се одређује да је Уставом од 1888. године успостављен тзв. дуални парламентаризам који представља прелазни облик ка чистом парламентаризму. Драгнић у свом делу наводи да је уставом од 1888. године успостављен „експлицитно“ парламентарни систем власти,<sup>37</sup> не пружајући детаљно појмовно разјашњење. Јасно је на основу претходних аргумената да оваква тврдња није нетачна, али није сасвим прецизна. Поред тога, Драгнић наводи да „министри сада могу бити чланови Скупштине који више нису ту вољом краља, већ на основу поверења Скупштине, те да Милан није био задовољан експлицитном одредбом о парламентарном систему власти који је монарха лишио реалне политичке снаге“. Чини се да у овом делу Драгнићеве студије недостаје претходно поменуто појмовно разјашњење, а нарочито анализа одредаба о одговорности министара. Према Уставу од 1888, министри нису били одговорни само Скупштини, него и краљу.<sup>38</sup> Друго, још је теже рећи да краљ није имао политичку снагу на основу овог устава. У односу на раније уставе, неспорно је да је власт краља била више ограничена, али је он и даље био значајна политичка фигура. Коначно, оцена Драгнића о победи парламентаризма у Србији доношењем Устава од 1888. године, чини се да је претерана, јер пренебрегава управо раније описан методолошки приступ у изучавању уставне историје – анализа институција какве су правом предвиђене без анализе „живота“ тих институција не може да пружи праву слику. Устав од 1888. је засигурно најбољи српски устав до тада, али је о питању карактера политичког система под тим уставом тешко озбиљно разговарати јер је од пет година колико је овај устав

---

<sup>36</sup> Владан Петров, *Уставно право*, нав. дело, стр. 68.

<sup>37</sup> Alex Dragnich, *The Development of parliamentary Government in Serbia*, нав. дело, стр. 78.

<sup>38</sup> Чл. 136, ст. 1 Устава од 1888: „Министри су одговорни Краљу и Народној скупштини за своја службена дела“.

био у животу, начело већинске владе поштовано свега три и по године, што је недовољно за јасније профилисање парламентарне праксе.<sup>39</sup>

Друга напомена се тиче Драгнићеве оцене улоге Напредне странке у обликовању Устава од 1888. године. Он експлицитно наводи да је Устав дело београдских радикала и Јована Ристића (либерала – прим. А.Ц.), док је улога Напредњака била минорна. Таква оцена није једина која је присутна у историографији, али чини се да није утемељена на чињеницама. Устав од 1888. године уобичајено се означава као „Радикалски“ што би могло да упути на то да је тај Устав дело Радикалне странке, тада свакако најбројније странке у Србији. Ипак, Устав од 1888. године није сасвим скројен по мери радикала, нити је допринос напредњака тако миноран. Наиме, о промени Устава од 1869. године почело је да се говори још крајем седамдесетих година XIX века, те је формално био и отпочео ревизиони поступак, премда никада није до краја завршен. Напредна странка је 1883. године поднела свој уставни нацрт спроводећи доследно сва класична начела парламентарног система, док је исте те године нацрт донела и Радикална странка.<sup>40</sup> Концепције садржане у тим нацртима биле су доста напредне. У напредњачком нацрту се тако истичу одредбе о правима грађана и судијској независности, док су у радикалском то одредбе о политичкој одговорности министара.<sup>41</sup> Међутим, како је у својим истраживањима показала Олга Поповић Обрадовић, иако се коначна верзија Устава од 1888. године разликовала од нацрта и напредњака и радикала, она је ипак била много ближа напредњачком, него радикалском нацрту.<sup>42</sup> Она ће чак рећи да се једино у признању начела суверености народа могу препознати идеје програма радикала.<sup>43</sup> Чак ће и сâм Пашић рећи да у том уставу „има подоста што је ушло на захтев других странака“.<sup>44</sup> Зато је јесте оправдан захтев да се Устав од 1888. године пре означава као „Радикалско-напредњачки“, неголи само „Радикалски“.<sup>45</sup>

---

<sup>39</sup> Олга Поповић Обрадовић, *Парламентаризам у Србији 1903-1914*, нав. дело, стр. 92.

<sup>40</sup> Исто, стр. 71.

<sup>41</sup> Танасије Маринковић, „Напредњачки и радикалски нацрти промене Намесничког устава“ у зборнику: *150 година од доношења Устава Србије из 1869. године* (приредили: Нина Кришљанин, Урош Станковић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021, стр. 171. Напредњачки нацрт, вид. Јаша Продановић, *Уставни развитак и уставне борбе у Србији*, нав. дело, стр. 312-327; за текст Радикалског нацрта, вид. Исто, стр. 328-339.

<sup>42</sup> Олга Поповић Обрадовић, *Парламентаризам у Србији 1903-1914*, нав. дело, стр. 88-89.

<sup>43</sup> Исто, стр. 88.

<sup>44</sup> Исто, стр. 90.

<sup>45</sup> Танасије Маринковић, „Напредњачки и радикалски нацрти промене Намесничког устава“, нав. дело, стр. 171.

Када је реч о периодизацији, студија Алекса Драгнића се према његовим речима бави периодом од устанка против Турака 1804. до 1918. када је Србија постала део Југославије.<sup>46</sup> Он је деветнаестовековну историју поделио у три велике целине: 1) изградња нације, која обухвата период од 1804. до 1868. године; 2) борба за парламентарну владу од 1868. године до 1903. године и 3) „године парламентарног режима“ од Устава од 1903. године до Првог светског рата.

## 5. „УСТАВНА ИСТОРИЈА“ ОД ДРАГОЉУБА ПОПОВИЋА

Дело Драгољуба Поповића садржи преглед уставне историје Србије од Првог српског устанка до доношења Устава од 2006. У питању је дакле целовита уставна историје Србије. Ипак, „распоред материје“ по периодима није равномеран, те је највећи део ове монографије на енглеском језику коју је издао *Brill*, те је првенствено и намењена страним читаоцима, посвећена уставној историји Србије XIX века. Пишући ово дело, Поповић се стално креће између два приступа – хронолошког и тематског. Тако, у првом делу он пише о уставној историји од времена Првог српског устанка до Првог светског рата примењујући претежно хронолошки приступ. У том делу он описује развој уставних институција и праксу примене устава донетих током XIX века. Такав приступ одговара већини дела која су претходно приказана у овом раду. Оно по чему се, међутим, Поповић разликује, јесте други део књиге који носи наслов „Еволуција конституционализма“ (*The Evolution of Constitutionalism*).<sup>47</sup> У оквиру тога, три су концепта кључна: људска права, сувереност и владавина права. Такав приступ може да открије и методолошке поставке уставне историје као самосталне дисциплине, онако како их овај аутор види. Већ у предговору, Поповић наводи да је недостатак ранијих дела о уставној историји одсуство разматрања конституционализма као концепта.<sup>48</sup> Заиста, већина аутора уставни развој Србије током XIX века и посматра кроз призму уставних борби – борби за државу, устав, а потом и ограничење владара те гарантовање основних права, али такве појаве не „операционализује“. Такав Поповићев приступ показује и потврђује неопходност „комуникације“ уставног права и уставне историје. Он у „појмовни апарат“ уставне историје уводи појмове из уставног права и потом их анализира

---

<sup>46</sup> Alex Dragnich, *The Development of parliamentary Government in Serbia*, нав. дело, стр. 9.

<sup>47</sup> Dragoljub Popović, *The Constitutional History of Serbia*, нав. дело, стр. 87-189.

<sup>48</sup> Исто, стр. XII.

углавном на основу радова аутора из XIX века. У овом раду је и раније указано да је такав приступ нужност, јер у супротном појмовна збрка може водити и погрешним закључцима.

Примера ради, развијајући концепт људских права, онако како је он изгледао у XIX веку у Србији, Поповић покушава да пронађе изворе различитих идеја. То чини анализом дела интелектуалаца тога доба. Тако, од значаја су размишљања Доситеја Обрадовића, Вука Караџића, Божидара Грујовића, Лазара Војиновића.<sup>49</sup> Циљ такве анализе је да открије место људских права у уставном развоју Србије. Он ће закључити да људска права никада нису постала један од стубова српске националне државе XIX века. Она су све време била присутна, али никада нису однела превагу над другим идејама. Разлог томе он види у одсуству друштвених и политичких снага које би се чврсто залагале за људска права. Основни проблем заправо је било одсуство механизма за њихову ефикасну заштиту.<sup>50</sup> Сличан поступак Поповић примењује и када говори о идеји суверености и владавине права. Са једне стране, он се бави „историјом идеја“ о тим концептима, а са друге њиховим практичним остваривањем, изводећи потом закључке о разлозима (не)остваривања тих концепата.

На крају другог дела у поглављу које је насловљено „Век наставе Уставног права“ (*A Century of Teaching Constitutional Law*) аутор говори о историји наставе Уставног права у Србији. Из тога се могу извести поједине претпоставке о његовом схватању положаја уставне историје као дисциплине. Већ у предговору он наводи да је део о настави Уставног права нужан за правилно разумевање уставне историје.<sup>51</sup> То је засновано на претпоставци да се уставна историја бави, између осталог, развојем конституционализма. С тога, неопходно је размотрити како је изгледала настава уставног права, која се такође заснива на проучавању тог концепта. Тако, Поповић анализира предавања која су током XIX и почетком XX века држали Димитрије Матић, Милован Миловановић и Слободан Јовановић. У контексту овог рада, важно је уочити да такав приступ потврђује неопходност сталне везе између уставног права и уставне историје.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Исто, стр. 88-110.

<sup>50</sup> Исто, стр. 110.

<sup>51</sup> Исто, стр. XIII.

<sup>52</sup> Уџбеници уставног права у Србији увек значајан део посвећују и уставној историји. Тако, и код Милована Миловановића постоји део посвећен уставној историји Србије (вид. Милован Миловановић, *Државно право и Начела спољне политике Краљевине Србије*, Филип Вишњић, Београд, 1997, стр. 183-218). Парадигматичан пример је уџбеник Ратка

## 6. ЗАКЉУЧАК

На почетку овога рада истакнуто је да је један од његових циљева да утврди могућности заснивања уставне историје као самосталне дисциплине. Тај покушај учињен је путем својеврсне студије случаја. Наиме, као пример су узета дела монографског карактера о уставној историји Србије XIX века. Идеја је била да се да кратки приказ тих дела како би се уочиле особености појединих приступа. То, дакле, није била анализа садржаја тих дела, већ пре анализа методолошких приступа које су различити аутори примењивали. Те „синтезе“ уставне историје XIX века о којима је реч у овом раду, настајале су у разним епохама. Таква напомена може бити од значаја, јер је очекивано претпоставити да једна дисциплина мења свој приступ током свог развоја.

Оно што је сасвим јасно на основу понуђене анализе је да уставна историја нема свој јасно одређен предмет. Разни аутори јој различито приступају и одређене појаве тумаче из различитих перспектива. На једном полу се налази дело Слободана Јовановића који предмет уставне историје посматра врло широко, тако да се стиче први утисак да се уставна историја XIX века често приближава целокупној историји српског XIX века. Са друге стране, Алекс Драгнић предмет уставне историје поставља уже, мада треба напоменути да је реч о делу писаном на енглеском језику. Јаша Продановић такође примењује углавном хронолошки приступ, али доноси обиље „фактографије“. Тако нешто, чини се, може се и очекивати из пера новинара. Ипак, из његовог дела је јасно да сагледавање појединих догађаја из уставне историје мора да укључи и анализу оних догађаја који су довели до одређеног решења. Другим речима, предмет уставне историје постао би преузак, а она би изгубила своју вредност ако би подразумевала само опис организације највиших органа власти у одређеном периоду. Анализа „припремних радова“ такав приступ обогаћује и води бољем разумевању прошле стварности. Као што примећује Миркин-Гецевич, један политички

---

Марковића у коме је значајан део, готово 1/5 целокупног уџбеника, посвећен општој, а потом и националној уставној историји (вид. Ратко Марковић, *Уставно право*, нав. дело, стр. 59-150). Други пример представља монографија Танасија Маринковића, посвећена позитивном уставном праву Србије, писаној на енглеском језику. Премда се аутор претежно држи позитивног уставног права, немали простор посвећен је управо уставној историји Србије (вид. Tanasije Marinković, „Serbia“ in: *International Encyclopaedia of Laws – Constitutional Law* (ed. A. Alen, D. Haljan), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2019, стр. 23-70). Такав приступ нам показује да је уставна историја нужна за правилно разумевање тема из уставног права.

режим немогуће је анализирати изван његовог реалног друштвеног и политичког контекста.<sup>53</sup>

Како је још Слободан Јовановић указивао од кључног значаја за уставну историју су политичке идеје, политичке странке и групе и нарочито важно, политичке установе. Тиме постаје јасна веза између уставне историје и уставног права. Предмет њиховог интересовања је исти, само из различитих перспектива. Уставна историја се налази између примене историјског метода и методолошког апарата једне правне дисциплине – уставног права. И као што нема истинског разумевања уставноправних феномена без њиховог целокупног сагледавања које укључује не само анализу уставних норми, већ и „живот“ тих норми, њихово практично уобличавање, тако ни уставна историја не може да се ограничи да само опише „како је у бити било“. Она мора да проникне у прошле догађаје и да разуме који су то услови довели до одређених идеја или били од утицаја на обликовање политичких институција. Отуда је можда само на први поглед њен предмет неодређен. Он је ипак јасан, али успешан резултат изискује сагледавање предмета истраживања уставне историје из разних перспектива. Тај приступ је најјаснији на основу речи Радована Самарџића док описује Слободана Јовановића као историчара: „Његова синтеза (о уставној историји Србије – прим. А.Ц.) је специфична у приближавању, прожимању и стапању појединих области живота и њиховом интегрисању с политичко-правном основом посматрања историје“.<sup>54</sup>

## ЛИТЕРАТУРА

Јовановић Слободан, Периоди српске уставне историје, без издавача, Загреб, 1929.

Јовановић Слободан, *Уставобранитељи и њихова влада (1838-1858)*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1933.

Јовановић Слободан, *Друга влада Милоша и Михаила*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1933.

Маринковић Танасије, „Напредњачки и радикалски нацрти промене Намесничког устава“ у зборнику: *150 година од доношења Устава*

---

<sup>53</sup> Нав. према: Олга Поповић Обрадовић, *Парламентаризам у Србији 1903-1914*, нав. дело, стр. 57.

<sup>54</sup> Радован Самарџић, *Писци српске историје, књига трећа*, нав. дело, стр. 190.

Србије из 1869. године (приредили: Нина Кршљанин, Урош Станковић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021.

Марковић Ратко, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Досије студио, Београд, 2015.

Марковић Ратко, „Слободан Јовановић и уставно право“ у зборнику: *Слободан Јовановић – живот, дело, време* (приредили: Коста Чавошки, Александар Костић), Српска академија наука и уметности, Београд, 20XIX

Миловановић Милован, *Државно право и Начела спољне политике Краљевине Србије*, Филип Вишњић, Београд, 1997.

Милосављевић Борис, *Свет и време Слободана Јовановића 1869-1958 – поводом 150 година од рођења*, Српска академија наука и уметности, Београд, 20XIX

Петров Владан, *Уставно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2022.

Поповић Обрадовић Олга, *Парламентаризам у Србији 1903-1914*, Издавачко предузеће Логистика, Београд, 2008.

Продановић Јаша, *Уставни развитак и уставне борбе у Србији*, PortaLibris, Београд, 2021.

Радојевић Мира, „Допринос Слободана Јовановића проучавању националне историје XIX и прве половине XX века“ у зборнику: *Слободан Јовановић – живот, дело, време* (приредили: Коста Чавошки, Александар Костић), Српска академија наука и уметности, Београд, 20XIX

Самарцић Радован, *Писци српске историје, књига трећа*, Просвета, Београд, 1986.

Dragnich Alex, *The Development of Parliamentary Government in Serbia*, East European Quarterly, New York, 1978.

Marinković Tanasije, „Serbia“, *International Encyclopaedia of Laws – Constitutional Law* (ed. A. Alen, D. Haljan), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 20XIX

Popović Dragoljub, *The Constitutional History of Serbia*, Brill, Paderborn, 2021.

Hobsbawm Eric, *Age of Extremes; The Short Twentieth Century 1914-1991*, Abacus, London, 1994.

## Aleksandar Cvetković

### CONSTITUTIONAL HISTORY AS AN INDEPENDENT DISCIPLINE?

#### Resume

The constitutional history never had the status of an independent discipline on faculties of law in Serbia. On the other hand, there are a few synthesis in Serbian and in English with monographic characteristics regarding the constitutional history of Serbia. Occasionally there are some concerning the entire constitutional history, but most of them are about 19th century. Some of those monographs are analyzed in this paper: the works of Slobodan Jovanović regarding 19th century constitutional history of Serbia ‘Constitutional Development and Constitutional Fights in Serbia’ by Jaša Prodanović, ‘The Development of Parliamentary Government in Serbia’ by Alex Dragnich and ‘Constitutional history of Serbia’ by Dragoljub Popović. In consideration are taken a few Serbian Constitutional law textbooks which traditionally contain general as well as national constitutional history. Those works are taken as examples for analyzing the possibility of constitutional history being an independent discipline. It was done through an indirect approach, by analyzing the monographic works, that is, the synthesis of constitutional history of Serbia in 19th century. This paper doesn’t give a review of the content of the abovementioned works but a review of the methodological approach used by its authors.

Although the constitutional history was never considered as an independent discipline on faculties of law in Serbia, the assumption is that it has its own subject and specific methodological approach. All the works that have been the subject of analysis show a certain methodological specifics. However, the authors do not explicitly state their methodological approach. For example, Slobodan Jovanović distinctly says that he writes about the constitutional history and states some notions in regards to a potential subject of that discipline which he understands it to be quite broadly. The analysis of Jaša Prodanović and Alex Dragnich are predominantly based on chronological approach, whereas the analysis of Dragoljub Popović are based on chronological and thematic approach.

The conclusion is that the constitutional history lays between the use of the historical method and the method of the constitutional law. And, as there can’t be an understanding of constitutional legal phenomenon without its overall comprehension which includes not only the analyze of the constitutional norms but also the ‘life’ of those norms, their practical shaping, neither can constitutional history be limited to merely give a description of the constitutional norms which existed in the past. Constitutional history must leap into the past and understand which conditions lead to certain ideas or were of great significance in shaping the political

institutions. Hence, the subject of constitutional history, at first glance, can be seen as unspecified. However the subject is clear, and a successful result requires a perception of the subject of constitutional history from various perspectives.

Keywords: constitutional history, constitutional law, 19<sup>th</sup> century constitutional history, Slobodan Jovanović, Jaša Prodanović, constitutionalism.

## КРИВИЧНО ДЕЛО ПРЕНОШЕЊЕ ИНФЕКЦИЈЕ ХИВ ВИРУСОМ

### Сажетак

Сида представља једну од најсмртоноснијих заразних болести данашњице од које сваке године премине близу милион људи у свету. Специфичност обољења и начина преношења ХИВ инфекције пред законодавце поставља незахвалан задатак приликом инкриминисања преношења ове болести. Од 2005. године, Србија је једна од земаља која Кривичним закоником прописује посебно кривично дело преношење инфекције ХИВ вирусом. Међутим, 17 година након увођења овог кривичног дела у домаћи кривичноправни систем, у Србији су постојала само два случаја осуде. Анализа кривичног дела преношење инфекције ХИВ вирусом, ради бољег разумевања и боље практичне примене, представља основни циљ овог рада. У централном делу рада аутор се бави анализом законског описа предметног кривичног дела. Поред тога, аутор један део рада посвећује објашњавању основних карактеристика и начина преношења инфекције ХИВ вирусом, уз приказ мера превенције од заражавања. На самом крају, аутор указује на недостатке законске одредбе којом је прописано кривично дело преношење инфекције ХИВ вирусом, уз давање закључног разматрања на ову тему.

Кључне речи: ХИВ, СИДА, AIDS, преношење ХИВ инфекције, преношење заразне болести.

---

\* Аутор је докторанд Правног факултета Универзитета у Крагујевцу. Електронска адреса аутора: stanisavljevicjelena06@gmail.com.

## 1. УВОД

Након 40 година од њеног откривања, сида и даље представља једну од најсмртоноснијих заразних болести данашњице. Од почетка епидемије 1981. године, од ове болести преминуло је чак 40 милиона људи.<sup>2</sup> Иако постоји значајан напредак у лечењу инфекције проузроковане ХИВ вирусом, медицина и даље не познаје лек који може довести до потпуног излечења. Такође, не постоји ни вакцина која би спречила развијање болести, те је превенција једини начин заштите.

С обзиром на то да инфекција ХИВ вирусом представља високо заразно обољење које се у фази наступања сиде увек завршава леталним исходом, оправдана је интенција законодавца да инкриминише преношење ове инфекције. У току 2021. године, 92 земље света садржале су инкриминацију преношења ХИВ вируса, било кроз генералне или посебне ХИВ законе.<sup>3</sup>

Кривично дело преношење инфекције ХИВ вирусом је у кривичноправни систем Републике Србије уведено Кривичним закоником (у даљем тексту: КЗ) из 2005. године.<sup>4</sup> Међутим, и ранији кривични закони познавали су кривичноправну заштиту од преношења заразних болести. Кривични закон Републике Србије из 1977. године<sup>5</sup> садржао је кривично дело преношење заразне болести<sup>6</sup>, као и кривично дело преношење полне болести.<sup>7</sup> Ипак, ова кривична дела због свог домашаја и благих казни нису представљала подобне правне оквире за инкриминацију преношења ХИВ инфекције. Због тога је изменама и допунама КЗ-а из октобра 2002. године уведено ново кривично дело - преношење нарочито опасне болести<sup>8</sup> за које је била предвиђена казна затвора од шест месеци до пет година.

---

<sup>2</sup> UNAIDS, *Fact sheet - Latest global and regional statistics on the status of the AIDS epidemic*, UNAIDS, Geneva, 2022.

<sup>3</sup> UNAIDS, *Hiv Criminalization, Human Rights Fact Sheet Series 2021*, UNAIDS, Geneva, 2021.

<sup>4</sup> <sup>3</sup> Кривични законик - КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85 од 6. октобра 2005, 88 од 14. октобра 2005 - исправка, 107 од 2. децембра 2005 - исправка, 72 од 3. септембра 2009, 111 од 29. децембра 2009, 121 од 24. децембра 2012, 104 од 27. новембра 2013, 108 од 10. октобра 2014, 94 од 24. новембра 2016, 35 од 21. маја 2019.

<sup>5</sup> Кривични закон Републике Србије, *Службени гласник СРС*, бр. 26/1977, 28/1977, 43/1977, 20/1979, 24/1984, 39/1986, 51/1987, 6/1989, 42/1989 и 21/1990, „Службени гласник РС”, бр.16/1990, 26/1991, 75/1991, 9/1992, 49/1992, 51/1992, 23/1993, 67/1993, 47/1994, 17/1995, 44/1998, 10/2002, 11/2002, 80/2002, 39/2003 и 67/2003.

<sup>6</sup> Исто, чл. 122.

<sup>7</sup> Исто, чл. 124.

<sup>8</sup> Исто, чл. 122а.

У току 2005. године, број заражених у свету достигао је највиши ниво од 1981. године када је први пут регистрован вирус ХИВ-а.<sup>9</sup> У складу са тадашњом актуелном епидемиолошком ситуацијом, српски законодавац је Кривичним закоником из 2005. године као посебно кривично дело прописао преношење инфекције ХИВ вирусом. Ипак, 17 година након увођења овог кривичног дела у домаћи кривичноправни систем, у Србији су забележена само два случаја осуде. У складу са актуелном проблематиком пандемије корона вирусом, који такође представља високо заразно обољење, поставља се питање односа кривичног дела преношење инфекције ХИВ вирусом са кривичним делом преношење заразне болести из члана 249. КЗ-а.<sup>10</sup>

## 2. СИНДРОМ СТЕЧЕНЕ ИМУНОДЕФИЦИЈЕНЦИЈЕ (СИДА) И ВИРУС ХУМАНЕ ИМУНОДЕФИЦИЈЕНЦИЈЕ (ХИВ)

Синдром стечене имунодефицијенције (СИДА/AIDS) представља заразну болест која настаје као последњи стадијум инфекције организма изазване вирусом хумане имунодефицијенције (ХИВ). На самом почетку, неопходно је направити разлику између појмова ХИВ и СИДА. Хумани имунодефицијентни вирус (ХИВ) представља вирус који је узрочник ХИВ инфекције и доводи до постепеног слабљења имуног система, док СИДА представља терминални стадијум ове инфекције. Разликовање наведених појмова неопходно је из разлога што већина ХИВ позитивних људи годинама живи без симптома, те су они заражени ХИВ вирусом, али немају сиду.<sup>11</sup> Тек када се појаве клиничке манифестације болести сматра се да је особа оболела од сиде.

Основни извори ХИВ-а у организму су крв, течности које луче полни органи и мајчино млеко. Вирус се налази и у другим телесним секретима, као што су сузе, пљувачка, мокраћа и сл., али концентрација вируса у овим течностима је недовољна да изазове инфекцију код друге особе. Стога, ХИВ се не може пренети путем свакодневног уобичајеног контакта као што су грљење, руковање, кијање, кашљање,

---

<sup>9</sup> UNAIDS, WHO, *AIDS epidemic update. Geneva: Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS) and World Health Organization (WHO)*, UNAIDS, WHO, Geneva, 2005, стр. 2.

<sup>10</sup> Вид. Veljko Turanjanin, Darko Radulović, „Coronavirus (COVID-19) and Possibilities for Criminal Law Reaction in Europe: A Review“, *Iranian Journal of Public Health*, vol. 49 (suppl), 2020, стр. 4-11; Veljko Turanjanin, „Patient Autonomy and Criminal Law: A Serbian Perspective“ у: P. Daniluk (Ed.) *Patient Autonomy and Criminal Law*, Routledge, 2022, стр. 285-301.

<sup>11</sup> UNAIDS, *AIDS and HIV Infection*, UNAIDS, Geneva, 2000, p. 11.

коришћење заједничког прибора за јело и слично.<sup>12</sup> Да би дошло до преношења ХИВ-а, неопходно је да телесна течност зараженог (која у себи има довољну количину вируса) дође у контакт са слузокожом или крвљу друге особе. Сходно томе, постоје три могућа начина преношења ХИВ вируса: сексуални контакт, преношење путем крви и вертикална трансмисија са мајке на дете.

Незаштићени сексуални односи са ХИВ позитивном особом представљају најчешћи начин преношења ХИВ инфекције.<sup>13</sup> До преношења долази када телесна течност зараженог партнера (пресемена течност, сперма, вагинални секрет или крв) дође у контакт са слузокожом вагине, пениса или ректума другог партнера. Вирус се може пренети и током незаштићеног оралног односа преко рана, лезија или апсцеса у усној дупљи које представљају улазно место вируса.<sup>14</sup> Превенција преношења ХИВ вируса сексуалним путем огледа се у правилном коришћењу презерватива од латекса или полиуретана током упражњавања сексуалних односа, а ефикасност заштите од преношења заразних болести уз примену ове контрацептивне методе износи 80%.<sup>15</sup>

Други начин преношења ХИВ инфекције јесте путем крви. Ово је уједно и најлакши начин преношења, с обзиром на то да се у крви вирус налази у највећој концентрацији. Да би се ХИВ пренео путем заражене крви, потребно је да се унесе у организам директно убригивањем или да особа која долази у контакт са зараженом крвљу има отворену рану на телу.<sup>16</sup> Преношење инфекције преко крви најчешће настаје приликом употребе интравенозне или интрамускуларне игле која је претходно била контаминирана ХИВ вирусом. Због тога је преношење ХИВ-а преко крви често повезано са интравенским коришћењем психоактивних супстанци. Такође, заражавање преко крви могуће је употребом нестерилних инструмената за тетовирање или пирсинг коже,<sup>17</sup> као и приликом трансфузије контаминираним крвљу. Међутим, у савременој медицини, приликом трансфузије сваки узорак крви обавезно пролази скрининг тестирање на заразне болести, између

---

<sup>12</sup> Farida Bassioni Stamenić *et. al.*, *Živeti sa HIV-om*, Institut za javno zdravlje Srbije "Dr Milan Jovanović Batut", Beograd, 2006, стр. 9.

<sup>13</sup> Anthony Harries *et al.*, *TB/HIV: a clinical manual*, World Health Organization, Geneva, 2004, стр. 28.

<sup>14</sup> UNAIDS, *AIDS and HIV Infection*, нав. дело, стр. 14.

<sup>15</sup> Susan Weller, Karen Davis, „Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission“, *Cochrane Database of Systematic Reviews*, 1/2002, стр. 6.

<sup>16</sup> Farida Bassioni Stamenić *et. al.*, *Živeti sa HIV-om*, нав. дело, стр. 9.

<sup>17</sup> Tian Chu, Judith Levy, „Injection drug use and HIV/AIDS transmission in China“, *Cell Research*, 15(11-12), 2005, стр. 867.

осталог и на ХИВ,<sup>18</sup> те је могућност преношења ХИВ вируса на овај начин сведена на минимум.

Трећи начин преношења ХИВ инфекције јесте преношење са мајке на дете или тзв. вертикална трансмисија. Вирус са мајке на дете може прећи у току трудноће преко плаценте, у току самог порођаја или у току дојења.<sup>19</sup> Највећи ризик од вертикалне трансмисије ХИВ-а постоји у току самог порођаја, када ризик од заражавања новорођенчета износи 60-75%,<sup>20</sup> што представља индикацију за извођење царског реза. Могућност заражавања вертикалном трансмисијом значајно се може смањити уколико трудница у току трудноће узима прописану антиретровирусну (АРВ) терапију, ако се предузму све потребне хигијенско-превентивне мере у току самог порођаја и ако новорођенче не доји и прима АРВ терапију 4-6 недеља након рођења.<sup>21</sup> Применом наведених превентивних мера, ризик преношења ХИВ-а са мајке на дете може се спустити чак на 1-2%.<sup>22</sup>

### 3. КРИВИЧНО ДЕЛО ПРЕНОШЕЊЕ ИНФЕКЦИЈЕ ХИВ ВИРУСОМ

#### 3.1. Први умишљајни облик

Кривично дело преношење инфекције ХИВ вирусом прописано је чланом 250. КЗ-а и има три умишљајна облика (ст. 1, 2. и 3.), облик квалификован тежом последицом (ст. 4.), као и нехатни облик (ст. 5.). Првим умишљајним обликом кривичног дела прописано је да *ко свесно другог доведе у опасност од инфекције ХИВ вирусом, казниће се затвором до две године*. Став 1. представља једини облик овог кривичног дела којим је инкриминисано само угрожавање, односно довођење у опасност другог лица од инфекције ХИВ вирусом. Остали облици захтевају да је до заражавања заиста и дошло. Учинилац кривичног дела може бити како лице које је заражено ХИВ вирусом, тако и лице које није носилац ове заразе.

---

<sup>18</sup> Закон о трансфузијској медицини, *Службени гласник РС*, бр. 40 од 27. априла 2017, 113 од 17. децембра 2017 - др. Закон, чл. 22.

<sup>19</sup> Kumar Mukesh *et al.*, *HIV/AIDS*, KS Omniscryptum Publishing, Mauritius, 2021, стр. 12.

<sup>20</sup> Spaso Anđelić *et al.*, *Prevenција вертикалне трансмисије HIV-a са мајке на дете*. У: Јевтовић, Ђ. (ур.) *HIV инфекција, прiručник за лекаре*, Институт за јавно здравље Србије "Др Милан Јовановић – Батут, Београд:", 2007, стр. 199.

<sup>21</sup> Simon Collins, *Treatment training for advocates: a manual*, HIV i-base, London, 2007, стр. 61.

<sup>22</sup> Mamatha Lala, Rashid Merchant, „Vertical Transmission of HIV—An Update“, *Indian J Pediatr*, 77(11), 2010, стр. 1271.

С обзиром на законску формулацију којом се посебно наглашава постојање свести код учиниоца, кривично дело из става 1. је умишљајно како у погледу радње извршења, тако и у односу на последицу. Последица кривичног дела јесте конкретна опасност, односно довођење у опасност најмање једног лица од преношења ХИВ вируса,<sup>23</sup> али не и преношење инфекције. Уколико до инфекције заиста и дође, учинилац неће одговарати за дело из става 1, већ за довршено дело из става 2. или става 3, у зависности од његовог умишљаја у односу на последицу. Ако се пак утврди да је учинилац поступао умишљајно не само у односу на довођење другог у опасност од ХИВ инфекције, већ и да је хтео наступање последице у виду заражавања, која није наступила, такву радњу треба квалификовати као покушај кривичног дела из става 3. овог члана. Међутим, одредбе КЗ-а ограничиле су ову могућност само на учиниоца који је и сам заражен ХИВ вирусом, а не и на остале учиниоце, с обзиром на то да дело из става 3. може извршити само ХИВ позитивно лице, о чему ће бити речи у наставку рада.

Радња извршења основног облика кривичног дела из става 1. јесте довођење другог лица у опасност од инфекције ХИВ вирусом. С обзиром на већ поменуте начине преношења ХИВ вируса, круг понашања која могу представљати радњу извршења овог облика кривичног дела је трострук. Најпре, то може бити упражњавање незаштићених сексуалних односа, потом, непредузимање потребних хигијенских и других превентивних мера и, на крају, то може бити и ситуација дојења детета од стране ХИВ позитивне жене.

Када говоримо о незаштићеним сексуалним односима као радњи извршења кривичног дела преношење инфекције ХИВ вирусом, у том случају извршилац може бити искључиво лице које је и само заражено, с обзиром да једино оно има обавезу и могућност коришћења превентивних средстава приликом сексуалног односа. Иста је ситуација када се као радња извршења јавља дојење детета од стране ХИВ позитивне жене. У случају извршења дела непредузимањем хигијенских односно превентивних мера, извршилац може бити не само лице које је заражено ХИВ вирусом, већ и лице које није носилац вируса. То ће најчешће бити лице које се бави пословима у којима постоји могућност преношења ХИВ вируса, као што су медицинске интервенције, пружање козметичких услуга, услуга тетовирања, пирсинга и слично.<sup>24</sup> У

---

<sup>23</sup> Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, дванаесто допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2022, стр. 862.

<sup>24</sup> Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, нав. дело, стр. 862.

тим случајевима, радња извршења представља непредузимање хигијенских мера, као што је коришћење нестерилних медицинских или козметичких инструмената, давање трансфузије крви која претходно није тестирана на ХИВ и слично.

Ситуација у којој би дојење детета од стана ХИВ позитивне жене представљала радњу кривичног дела, колико нам је познато, до сада није била предмет разматрања домаће теорије и праксе. Ипак, с обзиром на могућност преношења ХИВ вируса на овај начин, могуће је да се дојење јави као радња извршења кривичног дела преношење инфекције ХИВ вирусом. У светским оквирима, ово није непознаница, те је тако на десетине ХИВ позитивних жена било суочено са кривичним гоњењем због дојења детета.<sup>25</sup> Уз правилно коришћење терапије, могућност преношења заразе овим путем може бити драстично смањена, због чега се поједини аутори залажу да вертикална трансмисија у целини буде изузета од кривичног гоњења.<sup>26</sup> Ипак, с обзиром да преношење ХИВ-а путем дојења и даље представља узрочник скоро 50% случајева педијатријских ХИВ инфекција сваке године,<sup>27</sup> сматрамо да је оправдано инкриминисати свако понашање које доводи у опасност од заражавања ХИВ вирусом, а које се могло избећи, па тако и дојење.

### 3.2. Други умишљајни облик

Ставом 2. прописано је да *ко се свесно не придржава прописа и мера који се односе на спречавање ширења ХИВ инфекције и тиме из нехата доведе до преношења инфекције ХИВ вирусом на друго лице, казниће се затвором од једне до пет година*. Као и код дела из става 1, и овај облик може извршити како лице које је заражено ХИВ вирусом, тако и друго лице.

Радња извршења кривичног дела из става 2. огледа се у непоступању према прописима и мерама који се односе на спречавање ширења ХИВ инфекције, што за последицу има преношење инфекције на друго лице. Радња непридржавања прописа и мера мора бити у узрочној вези са наступањем последице према уобичајеним правилима, дакле

---

<sup>25</sup> Alison Symington *et al.*, „When law and science part ways: the criminalization of breastfeeding by women living with HIV“, *Therapeutic Advances in Infectious Disease*, 9, 2022.

<sup>26</sup> На пример, вид.: Joanne Csete *et al.*, „Vertical HIV transmission should be excluded from criminal prosecution“, *Reproductive Health Matters*, 17(34), 2009, стр. 154–162.

<sup>27</sup> Anne Njom Nlend, „Mother-to-Child Transmission of HIV Through Breastfeeding Improving Awareness and Education: A Short Narrative Review“, *International Journal of Women's Health*, 14, 2022, стр. 1.

мора бити *conditio sine qua non* преношења инфекције.<sup>28</sup> Међутим, заражавање другог лица не сме бити обухваћено умишљајем учиниоца, већ мора постојати нехат у односу на последицу дела. У супротном, постојаће дело из става 3. овог члана.

Основни прописи који се односе на спречавање ширења ХИВ инфекције свакако су Закон о заштити становништва од заразних болести<sup>29</sup> и Закон о здравственој заштити.<sup>30</sup> Међутим, поред закона, релевантни су и подзаконски прописи који уређују материју спречавања ширења заразе. Овде спадају правилници, протоколи и процедуре здравствених и других установа који уређују поступак стерилизације, дезинфекције, поступања са контаминираним материјалом, крвљу и крвним дериватима и слично, а који имају значајну улогу у спречавању ширења заразних болести. Када говоримо о мерама, оне могу бити опште и произилазити из прописа и појединачне, када представљају упутства зараженом од стране доктора медицине. Све мере спречавања ширења ХИВ инфекције биће предочене зараженом од стране доктора медицине већ приликом успостављања дијагнозе. Такође, ове мере су општепознате и представљају предмет едукације већ у основним школама, тако да непоступање по њима представља основ за кривичну одговорност учиниоца у случају кривичног дела из става 2. члана 250. КЗ-а.

У складу са наведеним, као потенцијалне радње извршења кривичног дела преношење инфекције ХИВ вирусом из става 2. могу се јавити сва понашања која су описана приликом анализе става 1. овог члана, а то су незаштићени сексуални односи, непредузимање хигијенских и других превентивних мера и дојење детета од стране ХИВ позитивне жене. Једина разлика у односу на став 1. јесте што код дела

<sup>28</sup> Игор Вуковић, „Кривичноправни проблеми преношења ХИВ-а“, *Crimen*, год. I, бр. 1/2010, стр. 85.

<sup>29</sup> Закон о заштити становништва од заразних болести, *Службени гласник РС*, бр. 15 од 25. фебруара 2016, 68 од 10. маја 2020, 136 од 13. новембра 2020. *Лица која стално или повремено излучују узрочнике заразне болести обавезна су да се придржавају прописаних мера и упутстава које одреди надлежни доктор медицине, односно доктор медицине специјалиста епидемиологије*, чл. 13. ст. 3.

<sup>30</sup> *Лице оболело од заразне болести, односно носилац узрочника заразне болести дужно је да даје истините податке током епидемиолошког испитивања и да се придржава одређених мера и упутстава здравствене установе, односно налога доктора медицине, нарочито у погледу спречавања преношења заразне болести*, чл. 69.

<sup>7</sup> Закон о здравственој заштити, *Службени гласник РС*, број 25 од 3. априла 2019. *Појединац је дужан да чува сопствено здравље, здравље других људи, као и животну и радну средину*, чл. 15. ст. 1.

из става 2. ове радње доводе до преношења ХИВ инфекције, што код става 1. изостаје.

### 3.3. Трећи умишљајни облик

Ставом 3. прописано је да ко знајући да је заражен ХИВ вирусом свесно пренесе на другог ту инфекцију, казниће се затвором од две до дванаест година. За разлику од прва два облика дела, код дела из става 3. постоји умишљај учиниоца у односу на заражавање другог ХИВ инфекцијом. Имајући у виду неминовност смртног исхода код лица оболелог ХИВ вирусом, поставља се питање односа овог облика дела са кривичним делом убиства. Ипак, у литератури се наглашава да се ово дело не може сматрати једним од модалитета извршења кривичног дела убиства, с обзиром на могућност да од тренутка заражавања ХИВ вирусом па до смрти може проћи доста дуг временски период<sup>31</sup> који се може мерити и деценијама.

Језичким тумачењем може се закључити да, за разлику од прва два облика, дело из става 3. може извршити само лице које је заражено ХИВ вирусом. Није јасно зашто су остала лица која могу довести до свесног преношења ХИВ инфекције изостављена из законског описа овог облика кривичног дела. Ради се или о пропусту законодавца или о његовом ставу да постоји мали опсег замисливих ситуација у којима лице које није заражено може свесно да пренесе инфекцију на друго лице. Ипак, ове ситуације нису непознаница, те постоје забележени случајеви намерног преношења ХИВ инфекције од стране незараженог медицинског особља, преко крви ХИВ позитивних пацијената.<sup>32</sup> Према тренутним законским одредбама, овакви учиниоци не би могли бити гоњени за кривично дело преношење инфекције ХИВ вирусом.

Кривично дело преношење инфекције ХИВ вирусом из става 3. довршено је преношењем ХИВ вируса на другог, а с обзиром на забрањену казну затвора од две до дванаест година, кажњив је и покушај овог дела. Оно што у пракси може представљати проблем јесте чињеница да је неопходно утврдити да је узрок преношења ХИВ инфекције радња учиниоца, што није лако доказати с обзиром да позитиван ХИВ тест не пружа информацију о преносиоцу инфекције.<sup>33</sup> У овоме

<sup>31</sup> Вид. Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, нав. дело, стр. 862.

<sup>32</sup> Вид. Michelle M. SCHMIDT v. PRINCE GEORGE'S HOSPITAL, No. 119, Sept. Term, 2000. Decided: November 15, 2001; Michael Metzker *et al.*, „Molecular evidence of HIV-1 transmission in a criminal case“, *Proc Natl Acad Sci USA*, 99(22), 2002, p. 14292–14297.

<sup>33</sup> Игор Вуковић, „Кривичноправни проблеми преношења ХИВ-а“, нав. дело, стр. 86

можемо наћи разлог чињеници да од тренутка увођења овог кривичног дела у домаће законодавство, па до садашњег тренутка, у Србији постоје само две осуђујуће пресуде за кривично дело преношење инфекције ХИВ вирусом, обе из 2008. године.<sup>34</sup>

### 3.4. Облик квалификован тежом последицом

У ставу 4. члана 250. прописан је квалификовани облик кривичног дела преношење инфекције ХИВ вирусом: *Ако је услед дела из става 3. члана 250. наступила смрт зараженог лица, учинилац ће се казнити затвором од пет до петнаест година.* У складу са општим правилом о одговорности за тежу последицу проистеклу из кривичног дела, у односу на смрт зараженог лица мора постојати нехат учиниоца. У супротном, постојао би стицај кривичног дела убиства и кривичног дела преношење инфекције ХИВ вирусом из става 3. Међутим, поједини аутори оправдано указују да треба имати у виду да тежа последица у виду смрти зараженог лица код овог кривичног дела не представља изузетак, већ правило.<sup>35</sup> Стога, поставља се питање да ли је прописивање облика квалификованог тежом последицом у виду смрти оправдано.

Замерка законодавцу може се поставити и у односу на чињеницу да наступање квалификаторне околности везује искључиво за поступање из става 3. члана 250, односно само за ситуацију свесног преношења ХИВ вируса на другог, а не и за став 2. члана 250. којим је прописано нехатно преношење ХИВ инфекције. С обзиром да смрт неминовно наступа као последица инфекције ХИВ-ом, изостављање да пропише квалификовани облик дела и за став 2. очигледно представља резултат пропуста законодавца.

### 3.5. Нехатни облик

КЗ-ом је предвиђен и нехатни облик кривичног дела преношење инфекције ХИВ вирусом. У ставу 5. чл. 250. прописано је да *ако је дело из ст. 3. и 4. КЗ-а учињено из нехата, учинилац ће се казнити за дело из става 3. затвором до 3 године, а за дело из става 4. затвором од шест месеци до пет година.* Међутим, ако узмемо у обзир формулацију

---

<sup>34</sup> Весна Зајц *et al.*, у: Ирена Димић (ур.) *Статистички билтен – Пунолетни учиниоци кривичних дела - Пријаве, оптужења и осуде – 2008*, Републички завод за статистику, Београд, 2008, стр. 84.

<sup>35</sup> Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, нав. дело, стр. 863.

дела из става 3. чл. 250. КЗ-а која говори о учиниоцу који *знајући да је заражен ХИВ вирусом свесно* преноси на другог ту инфекцију, поставља се питање како он истовремено може да поступа из нехата?

Поједини аутори сматрају да се зона нехатног облика из ст. 5. нужно своди само на несвесни нехат, те да ако постоји свест учиниоца о заражености, постојаће умишљајни облик, а ако се учинилац није тестирао, али сумња у зараженост због припадности ризичној групи, постојаће нехатни облик.<sup>36</sup> Ипак, морамо приметити да се став 3. односи на учиниоца који поседује знање о томе да је заражен, те овакву формулацију можемо применити евентуално на учиниоца из става 2. у коме је нехатно преношење ХИВ инфекције већ прописано.

Одговор треба наћи у нормама које регулишу нехат. Наиме, кривично дело је учињено из нехата кад је учинилац био свестан да својом радњом може учинити дело, али је олако држао да до тога неће доћи или да ће то моћи спречити (свесни нехат) или кад није био свестан да својом радњом може учинити дело иако је према околностима под којима је оно учињено и према својим личним својствима био дужан и могао бити свестан те могућности (несвесни нехат).<sup>37</sup> Док у случају свесног нехата учинилац поседује свест о могућности наступања последице, код несвесног нехата овај елемент изостаје. С обзиром да је у ставу 3. прописано да учинилац који је заражен ХИВ вирусом *свесно* преноси на другог инфекцију, можемо закључити да је нехатни облик извршења дела могућ једино у случају постојања свесног нехата на страни учиниоца, имајући у виду да код несвесног нехата елемент свести изостаје. По правилу, то ће бити облик свесног нехата у коме учинилац олако држи да до последице дела неће доћи.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Увођењем кривичног дела преношење инфекције ХИВ вирусом у кривичноправни систем Републике Србије, српски законодавац се придружио групи земаља које су сматрале да ХИВ вирус у тој мери угрожава здравље грађана да би заштиту требало пружити кроз највиши степен протекције – норме кривичног права. Кривичним законом инкриминисано је како довођење у опасност, тако и преношење инфекције ХИВ вирусом. С обзиром на начине преношења ХИВ вируса, две су основне радње извршења кривичног дела преношење

---

<sup>36</sup> Вид. Игор Вуковић, „Кривичноправни проблеми преношења ХИВ-а“, нав. дело.

<sup>37</sup> Чл. 26. КЗ-а.

инфекције ХИВ вирусом: незаштићени сексуални односи и непредузимање хигијенских односно других превентивних мера. Као специфичан начин извршења кривичног дела може се јавити и дојење детета од стране ХИВ позитивне жене.

У актуелном законском тексту који прописује кривично дело преношење инфекције ХИВ вирусом, постоје одређени недостаци на које морамо указати. Најпре, законодавац је пропустио да предвиди могућност кажњавања лица која свесно на друге преносе инфекцију ХИВ вирусом, иако нису сама заражена, већ је овај облик дела предвидео само за ХИВ позитивне особе. Потом, законодавац предвиђа наступање квалификаторне околности само за дело из става 3. чл. 250, а не и за дело из става 2. истог члана, иако смрт наступа у свим случајевима када инфекција ХИВ-а дође до терминалног стадијума. Такође, став који прописује нехатни облик дела нејасно је формулисан и доводи у забуну у којим ситуацијама дело може имати нехатни облик.

Инфекција ХИВ вирусом представља специфично обољење, што и кривично дело преношење инфекције ХИВ вирусом чини специфичним. Да би дело било прописано на адекватан начин, најпре је потребно разумети природу болести, начине њеног преношења, али и психологију заражене особе, односно потенцијалног учиниоца. Тренутни законски текст показује да се законодавац није у потпуности снашао у том изазову. Особеност начина преношења ове болести доводи до тога да је готово немогуће доказати повезаност између радње и последице, па је самим тим тешко доказати кривицу учиниоца, о чему сведочи и чињеница да за 17 година постоје само две осуђујуће пресуде за ово дело. Због тога, постоји потреба да наведена проблематика буде предмет анализе будућих научних радова из кривичноправне области. (Не)постигнути резултати говоре у прилог томе да није довољно само прописати кривично дело, већ да се проблему преношења инфекције ХИВ вирусом мора приступити на другачији и систематичан начин.

## ЛИТЕРАТУРА

Вуковић Игор, „Кривичноправни проблеми преношења ХИВ-а“, *Crimen*, год. I, бр. 1/2010, стр. 66–90.

Зајц Весна, Пековић Рајка, Ђорђевић Смиља, у: Димић Ирена (ур.) *Статистички билтен – Пунолетни учиниоци кривичних дела - Пријаве, оптужења и осуде – 2008*, Републички завод за статистику, Београд, 2008.

Стојановић Зоран, *Коментар Кривичног законика*, Дванаесто допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2022.

Andelić Spaso, Vasić Bojan, Lukić Relja, „Prevenција вертикалне transmisije HIV-a sa majke na dete“ у: Jevtović Đorđe (ur.) *HIV infekcija, priručnik za lekare*, Institut za javno zdravlje Srbije “Dr Milan Jovanović - Batut”, Beograd, 2007, стр. 199-213.

Bassioni Stamenić Farida, Baroš Slađana, Čakić Zoran, Šormaz Dragan, Ćehić Darko, Mančić Sandra, Petković Nenad, Fodor Jožef, Radulović Uroš, Kuneski Elena, Malešević Smiljka, Bojović Aleksandar, *Živeti sa HIV-om*, Institut za javno zdravlje Srbije “Dr Milan Jovanović Batut“, Beograd, 2006.

Chu Tian, Levy Judith, „Injection drug use and HIV/AIDS transmission in China“, *Cell Research*, 15(11-12), 2005, стр. 865-869.

Collins Simon, *Treatment training for advocates: a manual*, HIV i-base, London, 2007.

Csete Joanne, Pearshouse Richard, Symington Alison, „Vertical HIV transmission should be from criminal prosecution“, *Reproductive Health Matters*, 17(34), 2009, стр. 154–162.

Harries Anthony, Maher Dermot, Graham Stephen, *TB/HIV: a clinical manual*, World Health Organization, Geneva, 2004.

Lala Mamatha, Merchant Rashid Lala, „Vertical Transmission of HIV—An Update“, *Indian J Pediatr*, 77, 2010, стр. 1270–1276.

Metzker Michael, Mindell David, Liu Xiao-Mei, Ptak Roger, Gibbs Richard, Hillis David, „Molecular evidence of HIV-1 transmission in a criminal case“, *Proc Natl Acad Sci USA*, 99(22), 2002, стр. 14292–14297.

Mukesh Kumar, Bibin Emmanuel, Jawahar Yadav, *HIV/AIDS*, KS Omniscriptum Publishing, Mauritius, 2021.

Njom Nlend Anne, „Mother-to-Child Transmission of HIV Through Breastfeeding Improving Awareness and Education: A Short Narrative Review“, *International Journal of Women’s Health*, 14, 2022, стр. 697–703.

Symington Alison, Chingore-Munazvo Nyasha, Moroz Svitlana, „When law and science part ways: the criminalization of breastfeeding by women living with HIV“, *Therapeutic Advances in Infectious Disease*, 9, 2022.

Turanjanin Veljko, „Patient Autonomy and Criminal Law: A Serbian Perspective“ у: P. Daniluk (Ed.) *Patient Autonomy and Criminal Law*, Routledge, 2022, стр. 285-301.

Turanjanin Veljko, Radulović Darko, „Coronavirus (COVID-19) and Possibilities for Criminal Law Reaction in Europe: A Review“, *Iranian Journal of Public Health*, vol. 49 (suppl), 2020, стр. 4-11.

UNAIDS, *AIDS and HIV Infection*, UNAIDS, Geneva, 2000.

UNAIDS, *Fact sheet - Latest global and regional statistics on the status of the AIDS epidemic*, UNAIDS, Geneva, 2022.

UNAIDS, *Hiv Criminalization, Human Rights Fact Sheet Series 2021*, UNAIDS, Geneva, 2021.

UNAIDS, WHO, *AIDS epidemic update. Geneva: Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS) and World Health Organization (WHO)*, UNAIDS, WHO, Geneva, 2005.

Weller Susan, Davis Karen, „Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission“, *Cochrane Database of Systematic Reviews*, 1/2002.

## ПРАВНИ ИЗВОРИ

Закон о заштити становништва од заразних болести, Службени гласник РС, бр. 15 од 25. фебруара 2016, 68 од 10. маја 2020, 136 од 13. новембра 2020.

Закон о здравственој заштити, Службени гласник РС, број 25 од 3. априла 2019.

Закон о трансфузијској медицини, Службени гласник РС, бр. 40 од 27. априла 2017, 113 од 17. децембра 2017 - др. Закон.

Кривични законик - КЗ, Службени гласник РС, бр. 85 од 6. октобра 2005, 88 од 14. октобра 2005 - исправка, 107 од 2. децембра 2005 - исправка, 72 од 3. септембра 2009, 111 од 29. децембра 2009, 121 од 24. децембра 2012, 104 од 27. новембра 2013, 108 од 10. октобра 2014, 94 од 24. новембра 2016, 35 од 21. маја 2019.

Кривични закон Републике Србије, Службени гласник СРС, бр. 26/1977, 28/1977, 43/1977, 20/1979, 24/1984, 39/1986, 51/1987, 6/1989, 42/1989 и 21/1990, „Службени гласник РС”, бр.16/1990, 26/1991, 75/1991, 9/1992, 49/1992, 51/1992, 23/1993, 67/1993, 47/1994, 17/1995, 44/1998, 10/2002, 11/2002, 80/2002, 39/2003 и 67/2003.

Jelena Stanisavljević

## CRIMINAL OFFENSE OF HIV INFECTION TRANSMISSION

### Resume

Given that AIDS is an incurable, deadly disease that can be prevented by simple preventive measures, the intention of the Serbian legislature to make the transmission of HIV infection a criminal offense is justified. However, infection with HIV represents a specific disease, which makes the criminal act of transmitting infection with HIV specific too. For the crime to be prescribed adequately, it is first necessary to understand the nature of the disease, the ways of its transmission, and also the psychology of the infected person, that is, the potential perpetrator. The current legal text shows that the legislator has not fully coped with this challenge.

In the current legal text that prescribes the criminal offense of transmitting infection with HIV, there are certain shortcomings that we must point out. First of all, the legislator failed to foresee the possibility of punishing persons who knowingly transmit HIV infection to others, even though they are not infected themselves, but this form of offense was foreseen only for HIV-positive persons. Then, the legislator foresees the occurrence of the qualifying circumstance only for the act from paragraph 3 of Art. 250, and not for the offense from paragraph 2 of the same article, although death occurs in all cases when HIV infection reaches the terminal stage. Also, the position that prescribes the negligent form of the act is vaguely formulated and leads to confusion in which situations the act can have a negligent form.

The way in which the criminal offense is currently prescribed makes it almost impossible to prove the connection between the action and the consequence, and therefore difficult to prove the guilt of the perpetrator, as evidenced by the fact that in 15 years there have been only two convictions for this crime. The (un) achieved results speak in favour of the fact that it is not enough to just prescribe a criminal offense, but that the problem of criminalizing HIV transmission must be approached in a different and systematic way.

*Keywords:* HIV, AIDS, the transmission of HIV infection, the transmission of an infectious disease.



Vladan PETROV\*  
Ufuk University Law School  
Türkiye

УДК 342.4(497.11)“1990“  
DOI: 10.5937/adpn2301097P  
Оригинални научни рад

Miroslav ĐORĐEVIĆ\*  
Özyeğin University Law School  
Türkiye

## THE INFLUENCE OF SERBIA’S HISTORICAL CONSTITUTIONS ON ITS MODERN CONSTITUTIONAL IDENTITY

– 30 YEARS SINCE THE RETURN OF THE  
LIBERAL-DEMOCRATIC CONSTITUTIONALITY –

### 1. INTRODUCTION

In this paper, the basic features of Serbian historical constitutions are analyzed, with the special reference to the Constitution of 1990, since it sets a milestone and a starting point for the return of the liberal-democratic constitutionality in Serbia. In the literature dealing with the concept of constitutional identity, it has been established that one of the main sources of constitutional identity is national constitutional history. In our opinion, four of the “old” (historical) Serbian constitutions could be perceived as relevant factors for the establishing of the constitutional identity of modern Serbia – the constitutions of 1835, 1869, 1888 and 1990. After explaining key features of these constitutions (especially the Constitution of Serbia of 1990), we will try to offer a new periodization of Serbian constitutional history – according to the criterion of relevance to the definition of contemporary constitutional identity.

\* Author is Full professor at the University of Belgrade, Faculty of Law, Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia, member of the Venice Commission; e-mail: vpetrov@ius.bg.ac.rs.

\*\* Author is Research Fellow at the Institute of Comparative Law, Belgrade, e-mail: m.djordjevic@iup.rs.

<sup>1</sup> Рад је у целисти претходно објављен у зборнику *Comparative Constitutionalism in Central Europe* (ed. Lorant Csink and Laszlo Trocsanyi), Miskolc-Budapest 2022, p. 129–147.

At the very beginning, we would like to mention that the period of constitutionality of the First and the Second Yugoslavia will not be in our focus. The Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes was constituted on December 1<sup>st</sup> 1918 and later changed its name into “the Kingdom of Yugoslavia” (in 1929). It has had two constitutions – the Constitution of 1921 (the so called “*Vidovdan Constitution*”<sup>2</sup>) and the Constitution of 1931 (“*September Constitution*”). Their features, especially when it comes to the Vidovdan Constitution (because the September Constitution was essentially a typical example of the authoritarian constitutionality), were deeply rooted in Serbian constitutionality from before 1914, though within all the circumstances of the newly formed, First Yugoslav state.

As for the constitutionality of the Second Yugoslav state (the Socialist Federal Republic of Yugoslavia), which lasted for almost half a century, it is without any question that it had some impact on the post-socialist constitutionality of all its member states – the former Yugoslav republics, that have emerged as a sovereign states, after the collapse of the Second Yugoslavia. However, if we exclude the institution of the constitutional judiciary, which was introduced by the federal Yugoslav Constitution of 1963, that influence was rather to be felt at the level of legal and political consciousness and culture in general, in comparison to some specific constitutional solutions, that rarely outlived the demise of socialism.

At the time of the First and the Second Yugoslavia, Serbia did not exist as a sovereign state. It began to regain elements of its statehood only with the break – up of the Second Yugoslavia and the enactment of the 1990 Constitution.

The current Constitution of 2006 is in this context important only because of the fact that it fully re-constituted Serbia as an independent and sovereign state. However, it is in fact not substantially the new constitution *per se*, but content-wise more of a somewhat revised Constitution of 1990 (though not considerably). Some changes, such as the expansion of the human rights’ list or the introduction of constitutional complaint, certainly do not present innovations significant enough and hence do not suffice for the conclusion that this Constitution is content-wise to be treated as considerably different compared to its predecessor of 1990. For this reason, the Constitution of 2006 (which still remains in power) is also not within the prime focus of this paper.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Vidovdan Constitution got its name after the date of its enacting, 28<sup>th</sup> of June – Vidovdan (St. Vitus day), which is an important national and religious holiday in the Serbian tradition. Apart from Serbia, the same holiday is being revered and celebrated in Bulgaria as well (*Vidov den*).

<sup>3</sup> Serbian constitutional history is long and complex. If only those constitutions which were enacted at times when Serbia was fully independent and sovereign were taken into account, much of the

## 2. SEVERAL PERIODIZATIONS OF THE MODERN CONSTITUTIONAL HISTORY OF SERBIA

The modern Serbian constitutional history can be divided into several periods according to a number of different criteria. In this paper, we will start by using four different criteria and accordingly present four periodizations. The beginning of the modern constitutional history of Serbia is set to its first constitution, which at least declaratively proclaimed the division of powers and protection of some human rights (*Sretenje* Constitution of 1835).

### 2.1. The periodization according to distinctive periods of modern world constitutionality

The first periodization follows the development of modern world constitutionality, which starts with the adoption of the first written, formal constitutions. In essence, there are three great “waves” in the development of modern written constitutionalism, which brought significant qualitative changes along. Ideologically, normatively and practically it had influenced and led to the redefinition of the constitutional order of nation states in the period starting at the end of the 18th century and up to the first decades of the 21st century.<sup>4</sup>

---

Serbian nineteenth-century constitutionality would have to be left out (e.g. everything before the Congress of Berlin in 1878). Some of the most influential constitutions emerged in periods of Serbian quasi or semi-independence. The Constitution of 1990 was, likewise, still enacted during the formal existence of SFRY, but it was practically written for an independent country and with the clear anticipation of future disintegration of the federal Yugoslavia. In addition, state union of Serbia and Montenegro was more of a union of states than the independent, sovereign state *per se*. This issue remains debatable (and complex), but undoubtedly, the Constitution of 2006 cannot be considered a milestone as it presents a more or less ‘bad copy’ of the 1990 constitution.

- <sup>4</sup> 1) The beginning of the first “wave” of modern constitutionalism is linked to the US Constitution of 1787, which is based on the principle of separation of powers. It has introduced a presidential system and modern federalism. On the other hand in 19th century Europe, parliamentarism and a unitary state became the constitutional standard. What remained common for both these variations is that the foundation on the formal division of powers, as well as the constitutional proclamation of a relatively narrow circle of personal and political rights.
- 2) The second “wave” is the liberal-democratic constitutionality sprung from the civil revolutions and national struggles for liberation beginning in 1848/1849. The principle of people’s sovereignty was added to the principle of separation of powers. Suffrage was evolving from limited and unequal to universal and equal. A necessary between constitutionalism and democracy was starting to be established, and later become the guiding idea of modern constitutionality. Hence in the second “wave”, democracy and people’s sovereignty as fundamental constitutional principles took precedence over the supremacy of the constitution. However, in the 1920s, the crisis of parliamentary democracy began. In the 1930s, in most European states, liberal democracy was replaced with the authoritarian constitutionality.
- 3) The third “wave” of modern constitutionalism “rose” on the “ruins” of totalitarian regimes. Peace, freedom, equality and justice as universal values were to be defended from the position

The idea of constitutionality was not unknown to medieval Serbia at the time of its greatest power. The provisions of Emperor Dušan's Code of 1349 (amended in 1354) on the independence of the judiciary were a kind of a Serbian "pre-constitution".

The so called "Sretenje constitution" of 1835 (also named after the date of its enacting – Candlemas – 15<sup>th</sup> of February) had, in terms of its content, all the features of a true constitution. The division of power was not yet clearly and unambiguously set, but its contours were undoubtedly present. The intention of Dimitrije Davidović, the creator of this constitution, is already quite clear from the very title of the act – "the constitution" (*Ustav*), a term that in Serbian language derives from the words "to stop, limit, put boundaries" (to the power of the state "against" the individuals).<sup>5</sup> This intention could have been achieved primarily through the institution of the State council, whose members were though appointed by the Prince himself. The National Assembly also existed – as a representative body, but its function did not include legislative competences – its primary duty was to regulate taxes and other duties following the principle "*no taxation without representation*".<sup>6</sup> The Sretenje Constitution was however short-lived and almost immediately put out of force under the severe pressure of the great powers of the time. Its destiny served in a way a sort of prediction of the future constitutional life of Serbia – one would not be wrong to say that all the constitutions of Serbia were more of a "stillborn" than "real" or "living" constitutions. This also applies to the Constitution of the Kingdom of Serbia from 1888 (so called "Radical's Constitution" – after the Radical political party), which is usually regarded as "the best Serbian constitution", *inter alia* because of the introduction of the parliamentarism and a proportional electoral system,<sup>7</sup> political mechanisms that were completely new and practically unknown in Europe of the time. Still, this constitution was

---

of a universal legal order. This legal order was created under the auspices of the United Nations. It was based on the UN Charter from 1945 and the Universal Declaration of Rights from 1948. The internationalization of human rights began. The post-war constitutionality, firstly in the Western Europe states, was also marked by the establishment of a constitutional judiciary. The constitutional judiciary, in various modalities, is a confirmation that the supremacy of the constitution is an essential principle of a modern constitutional state. The era of the new constitutionalism, i.e. constitutional democracy, had started.

<sup>5</sup> Snežana Savić, *Liberalno prirodno pravo u istoriji srpske ustavnosti, Dva veka srpske ustavnosti*, Beograd: SANU, 2010, p. 84.

<sup>6</sup> Miroslav Đorđević, *Istorijat izbora u Kneževini i Kraljevini Srbiji, Izbori u domaćem i stranom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2012, p. 278.

<sup>7</sup> "With the proportional system, which was introduced by the Constitution of 1888, the biggest change was introduced. The proportional system was a new, theoretical, unproven experience in Europe. Except for Denmark and some Swiss cantons, the system was not introduced or

a “bud” of liberal-democratic constitutionality that could not “flourish” in either the first (1888-1894) or its second period of being in force (1903-1914).

The third big “wave” of constitutionality, after the Second World War, in which the constitutional judiciary became the “supporting pillar” of the rule of law, unexpectedly quickly “flooded” the Socialist Federal Republic of Yugoslavia and its republics. The constitutional judiciary within the system of unity of power and the one-party system could not have the role and significance that it had in the Western European states of the time (Italy, Germany). Its very existence, however, was clearly influencing the concept of constitutional judiciary three decades later, in the period of post-socialist constitutionalism.<sup>8</sup> This came to full expression and comprehension in the 1990 Constitution of Serbia.

## 2.2. The periodization of the constitutional history of Serbia in the works of Serbian eminent constitutional scholars

The second periodization of the modern constitutional history of Serbia was partly created by probably the greatest constitutional lawyer that Serbia had in the first half of the 20th century, professor Slobodan Jovanović. The other part is the work of perhaps the greatest constitutional scholar of the second half of the 20th century, professor Ratko Marković. Both authors gave periodizations of constitutional history according to the two criteria mixed – the normative features of the constitutions and constitutional reality. The first criterion was however more dominant.

Slobodan Jovanović offered the periodization of the constitutional history of the Principality and the Kingdom of Serbia, which existed in 19<sup>th</sup> and the beginning of the 20<sup>th</sup> Century (1808-1914). According to Jovanović, there were 7 distinctive periods: 1) the age of creation of the state power (1808-1838); 2) the age of the bureaucratic oligarchy (1838-1860); 3)

---

implemented anywhere else at the time.” Marko Pavlović, Narodna skupština u ustavima Kneževine i Kraljevine Srbije, *Dva veka srpske ustavnosti*, Beograd, SANU, 2010, p. 111.

<sup>8</sup> The institute of constitutional judiciary was not alone in this sense. Socialist Yugoslavia also had other institutions (unlike most of other countries of the eastern bloc) reminiscent to the ones of the western democracies – e.g. the „Social self-management protector“ as an independent body – closely resembling western Ombudsman institution. Some authors argue that while it was professedly “communist” in philosophy, Yugoslavia was increasingly “democratic in practice, as it recognized that the agreed state interests did not necessarily mean a lack of attention to the individual rights. – Walter Gellhorn, *Ombudsman and others*, Harvard University Press, Cambridge 1967, p. 256. See also: Miroslav Đorđević *et all*. Historical Development of Corruption Prevention Mechanisms in Southeast European Countries, *Legal Mechanisms for prevention of Corruption in Southeast Europe*, Institute of Comparative Law, Belgrade 2013, p. 21-23

the age of the police state (1860-1869);<sup>9</sup> 4) the age of constitutionality (the “Regent’s Constitution” from 1869); 5) the age of parliamentarism (the first period of the “Radical’s” Constitution of 1888 being in force); 6) the age of reaction (1894-1903 – the second period, “the return” of the Regent’s Constitution); 7) the age of the restored parliamentarism (from the entry into force the Constitution of the Kingdom of Serbia of 1903 until 1914 – the beginning of the First World War).

The periodization offered by the professor Ratko Marković covers the period of two Yugoslavian states (from 1918 until the creation of the two member states federation – Federal Republic of Yugoslavia in 1992). He divided the constitutionality of the first Yugoslav state into four periods: 1) the age of temporary constitutionality (from 1918 until 1921 – the Vidovdan Constitution’s entry into force); 2) the age of monarchical parliamentarism (1921-1929, ending with the suspension of the Vidovdan Constitution); 3) the age of absolute monarchy (1929-1931, until the entry of the September Constitution of 1931 into force); 4) the age of indirect parliamentarism (1931-1939); 5) the age of the executive (non-representative) government (on the eve of the Second World War). Ratko Marković divided constitutionality of the Second Yugoslavia into two periods: 1) the period of state socialism (1946-1953), which was characterized by the copying of the Constitution of the USSR of 1936 – Stalin Constitution; and 2) the period of self-governing (socialist self-managing) constitutionality (1953-1992, until the dissolution of the SFRY).<sup>10</sup> The self-governing constitutionality was in a way a unique Yugoslav experiment – in essence it implies the socialist constitutionality with some modified features of the liberal western constitutionality. The dissolution of the Second, socialist Yugoslavia represents, in fact, the beginning of the new, practically sovereign state of Serbia (though still within the “smaller” – Federative Republic of Yugoslavia, together with Montenegro) that started its life with the Constitution of 1990 (the so-called “Milošević Constitution” – after the first president of Serbia after dissolution of the Socialist Yugoslavia – Slobodan Milošević).

### 2.3. The periodization from the standpoint of state sovereignty

From the standpoint of state sovereignty, it is possible to classify four distinctive periods. The first covers the constitutionality of Serbia as

---

<sup>9</sup> The second and the third period covers the time when the “Turkish” Constitution of 1838 was in force.

<sup>10</sup> Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, p. 139.

an autonomous province in the Ottoman Empire. It begins with the first acts of constitutional character enacted at the time of the First Serbian uprising (1808, 1811) and ends with the full international recognition of the state independence in 1878. There are two essential characteristics of this period: the struggle for national liberation and the establishment of a functional state organization. Thus, the constitutional acts and constitutions adopted in this period had primarily three basic functions: to constitute the state and state power (*constitutive function*), to establish a system relatively independent from the Turkish administration (*organizational function*) and to clearly express the ultimate goal – full completion (regaining) of the Serbian statehood (*symbolic function*). Therefore, constitutionalism, in the sense of separation of powers and the protection of human rights, in that period, was a mere proclamation. The constitutionality of the sovereign Kingdom of Serbia is to be considered as the second period. Perhaps if the Kingdom's Constitution of 1888 (as aforementioned – later reinstated in 1903) had lasted longer, a true parliamentary democracy would have been established. However, the First World War extinguished the independent Serbian constitutionality. After the war it evolved into the constitutionality of the first Yugoslav state. The third period of the Serbian constitutionality therefore hence lies within the Yugoslav constitutional framework. Three distinct phases can be distinguished: 1) the “drowning” of the authentic Serbian constitutionality within the centralist-unitary system of the first Yugoslav state (until the beginning of the Second World War); 2) the constitutionality of Serbia as one of the six republics, i.e. federal units in the Second Yugoslavia (SFRJ); 3) the revival of the authentic features of Serbian constitutionality in the quasi-federal framework of “small” Yugoslavia (FRY 1992-2003, later State union of Serbia and Montenegro 2003-2006).

Finally, the current period of constitutionality begins with departure of Montenegro from the state union and enacting of the Constitution of Serbia in 2006, which still remains in power. This last period can be considered as the age of sovereign constitutionality of the Republic of Serbia.

The aforementioned periodizations may be useful to a reader in order to become more familiar with the Serbian modern constitutional history. However, from the standpoint of the topic of this paper, we find it most suitable to create the periodization according to its very title – the criterion of the influence of Serbia's historical constitutions on its modern constitutionality. Previous periodizations of Serbian constitutional history originate either from other authors or present the result of combining several different criteria while trying to find common denominators to serve as support

for such approach. No one in the Serbian constitutional doctrine has even offered the periodization from the standpoint of constitutional identity, as the one that we provide here. This periodization arose as a result of several of our papers in which we analyzed the impact of reference national constitutions on the creation of a modern constitutional identity.<sup>11</sup>

Before subjecting the particular historical constitutions of Serbia to analysis, in order to establish which of the principles, values and concrete solutions from these constitutions still remain relevant for defining Serbia's modern constitutional identity, one has to address the very concept of the constitutional identity first.

### 3. SOME CHARACTERISTICS OF THE CONCEPT OF CONSTITUTIONAL IDENTITY

At the end of the 20th century, constitutional identity was being written about firstly in political philosophy and constitutional theory. Consequently, constitutional identity has been constituted more as a philosophical-legal than as a normative-legal concept. Its primary characteristics are uncertainty and vagueness. There is no agreement about what is the normative "minimum" that it should encompass.<sup>12</sup>

There are two basic sources of the concept. The first one is the European integration. For several decades, there have been persistent attempts to define the European Union as a community that is more than a loose (political) union of the member states, and less than a state itself. These attempts resulted in a difference even conflict or contradiction between the two types of constitutional identity – the European constitutional identity and the national constitutional identity. Some at first glance new questions arose that the traditional theory of the constitutional law could not answer. Those are, for example: redefining the sovereignty concept and transferring jurisdiction from member states to the EU institutions, creating the European constitutional law, building a particular type of European federalism, etc. However, the old western democracies were not ready to renounce the substantial

---

<sup>11</sup> Miroslav Đorđević, "Legitimitet Vidovdanskog ustava – idealizam bez uporišta", *100 godina od Vidovdanskog ustava* (ur. Srđan Đorđević i Jelena Vučković), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2021, p. 27 – 42; Miroslav Đorđević, Istorijat izbora u Kraljevini SHS i Kraljevini Jugoslaviji, *Strani pravni život*, 3/2013, p. 293–308; Miroslav Đorđević, Istorijat izbora u Kneževini i Kraljevini Srbiji, *Izbori u domaćem i stranom pravu* (ur. Oliver Nikolić i Vladimir Đurić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2012, p. 275–288.

<sup>12</sup> See: Michel Rosenfeld, „Constitutional Identity“, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (ed. M. Rosenfeld, A. Sajó), Oxford 2012, p. 756-757.

features of their national constitutionality for the sake of supranational creation of the member states. Therein lays the second source of constitutional identity – in an effort to preserve the core of the national constitution, the constitutional principles and values that have been created for decades and even centuries. As for the former real-socialist countries, they had even a more complex task – to reconcile the European and national constitutional identity when enacting new constitutions. In the first decades after the break of real-socialism, they did it more in favor of ‘European’, and to the detriment of the national identity. In the last couple of years, some of the countries did a lot in order to strengthen the national constitutional values even when those constitutional solutions were not completely in accordance with sometimes only virtually constructed European values (Poland, Hungary). In some cases, it turned out that the interventions of the national constitution-makers did not necessarily weaken the European constitutional identity, but that they favored the harmony of relations, and even the unity of identity. As a rule it happened in the states with the strong and relatively developed national constitutional tradition (Poland, Hungary). It proves the thesis that there should be a harmony not a concurrence between two set of values and principles – the European and national.

The vagueness of the concept is by the rule its weakness. For the purposes of this paper, we use one of a variety of the possible meanings of constitutional identity, that is, the set of constitutional principles and values that are the foundation and essence of every constitution. The concept of (national) constitutional identity emerged from the jurisprudence of European Constitutional Courts (firstly in Germany, France, Italy, Spain, then in Poland, Hungary). At first, it looked like its goal was to preserve national state sovereignty threatened by the process of the European integration. Its substantial purpose is different. Constitutional identity is the ‘heart’ of the constitution, its essence, which cannot be changed or is hard to change. As Dieter Grimm explains: „Constitutions entrench the principles of the political and societal order and shield them from rapidly changing majorities and situations. Rather, they provide the lasting structures and guidelines under which an adaptation of the legal system to new challenges or altered preferences can take place.“<sup>13</sup> Constitutional identity is doubtless an amalgam

---

<sup>13</sup> The concept that is clearly and precisely defined has higher chances to succeed in practice. Otherwise, it stays on the level of abstract theoretical reasoning. However, in law and politics, the vagueness of terms and concepts sometimes serves a purpose. Here come two examples. One is about constitutional customs and (or) constitutional conventions, while the other is about constitutional principles. Both types of rules are known to be part of what is called an un-codified constitutional law in theory. What exactly are these rules, where is their source,

of the highest achievements of European legal civilization and of the most valuable national features. This concept should reflect unity of common principles and values, that is, the European principles and values interpreted and implemented in “the national way” – interpreted and implemented in accordance with national legal and political culture and circumstances.

If we consider the substance of the European identity, then it could be summarized in the expression “the unity in diversity”.<sup>14</sup> It means that European standards and European values are neither in advance “given solutions”, nor the abstract categories that could be implemented without taking legal and political culture of a national political community into account.

In substance, there should be no concurrence between the national and the European constitutional identity. National constitutional identity should be the European constitutional identity that takes it into account specific national values and circumstances, those which define the title of sovereignty (nation, people or citizens), the state organization (simple or compounded state), forms of government (monarchy or republic), types of government (parliamentary system with a strong or weak head of state), territorial organization (one or more levels of a local government, as well as potential existence of territorial autonomy), etc. In other words, the division or even tension between the European and national constitutional identity is opposed to the very nature of constitutional identity. If identity is the essence of the constitution, then a state cannot have two essences being two identities.

The above statement is supported by the Article 1 of the Constitution of Serbia from 2006: „Republic of Serbia is a state of Serbian people and all citizens who live in it, based on the rule of law and social justice, principles of civil democracy, human and minority rights and freedoms, and commitment to European principles and values“. Based on this article,

---

how are they formulated, is their violation resulting in some legal or similar sanctions, those are all questions that cannot be given reliable answers. Nevertheless, it does not question their meaning and role in the life of the constitutional order. The constitutional customs in stable constitutional democracies allow the codified constitution to function better and last, to ‘live’ longer, and not be formally changed too often. Certainly, these rules apply also to interpreting the constitution. Constitutional principles give basic criteria and guidelines for interpreting the constitution, for understanding better and correctly the constitutional norms that are general and insufficiently clear, sometimes even mutually contradictory. Therefore, the vagueness of the constitutional identity concept does not need to be endangering the interpretation and application of the constitution but can contribute to constitutional stability as one of the core values of a modern constitutional democracy. See more: Federico Fabbrini, Andrés Sajó, „The Dangers of Constitutional Identity“, *European Law Journal*, 2019, p. 457-473. <https://doi.org/10.1111/eulj.12332>.

<sup>14</sup> Dieter Grimm, „The Basic Law at 60 – Identity and Change“, *German Law Journal*, Vol. 11, No. 01, 2010, p. 33.

Serbia is bound to respect European values and principles and make them an integral part of its own constitutional identity. Therefore, the European identity is legally rooted in the core of the modern Serbian constitutionality even though Serbia is not an EU member state.<sup>15</sup>

Despite the vagueness of the concept, certain sources of constitutional identity could be identified with certainty. First one is national and European constitutional history (national and European constitutional heritage). The second is the interpretation of the constitution by national constitutional courts and the “dialogue” between them and supranational courts such as the European Court of Human Rights and the European Court of Justice (for the EU member states). The third source is the internationalization of constitutional law – particularly the crucial role of the Venice Commission in that process. The constitutional doctrine can be added (although not everywhere and not equally) as an ‘additional source’ as a tool for joining the action of all the above sources into a single unity.

#### 4. FOUR CONSTITUTIONS – FOUR “MILESTONES” IN SERBIAN CONSTITUTIONAL HISTORY

According to Ratko Marković, “Serbia is a country that has its own constitutional identity, nothing less important for its overall national identity than other European countries with the greatest constitutional traditions, such as France and Germany”, while “in Serbian constitutions, especially those from the 19th century, the certain provisions are to be found that remain “*de facto* in power” even though they are nowadays strictly speaking no longer binding for anyone, because the constitutions that they were part of ceased to be in force a long time ago”.<sup>16</sup> Therefore, to a question where the constitutional identity lays, Marković answers that it is to be found in exemplary provisions of the old Serbian constitutions from the 19th century, the same ones that are “binding” even nowadays due to the extraordinary solutions they offer rather than by their legal force.

The search for the roots of Serbia’s modern constitutionality should focus especially on four historical constitutions that have at least two common denominators – particular normative quality and, above all, a certain degree of authenticity. We will give a brief overview of the three major

---

<sup>15</sup> The extent to which the constitution of Serbia from 2006 implemented this concept into most of its provisions is a different matter.

<sup>16</sup> Ratko Marković, „Ustavnost Srbijina“, *Spomenica akademiku Gaši Mijanoviću*, Banja Luka 2011, p. 14.

milestone constitutions that were in force in 19<sup>th</sup> century and afterwards focus more on the last constitution from “the big four” – the Constitution of Serbia of 1990.

#### 4.1. Three “milestones” in the 19<sup>th</sup> Century

The first constitution that could be characterized as a “milestone” of Serbian constitutional history was its first “real” constitution (rather than the “act of a constitutional character”) – the Constitution of 1835 – “Sretenje Constitution”. In the history of modern Serbia, it had marked the beginning of true modern, written constitutionality. Enacted at the Great Assembly in the city of Kragujevac on 2 February 1835 (Julian calendar), the Sretenje Constitution was the first complete Serbian constitution, although it was not the work of a sovereign constitutional authority because Serbia was still not an independent state at that time but an autonomous province of the Ottoman Empire.

The Sretenje Constitution was more of a symbol than a sincere normative expression of the effort to lay the foundations of constitutionality based on the division of power and guarantees of personal and political rights. However, “whether they called it the first Serbian constitution or not, there is no doubt that the Sretenje document established the Serbian constitutionality”<sup>17</sup>.

In practice, the Sretenje Constitution was a “stillborn”<sup>18</sup>. It was written in two weeks and suspended after only six weeks from the entry into force. One of the reasons (though to a lesser extent) for its short life should be sought in the fact that it did not correspond to the socio-political reality of Serbia at that time. It was more of a “constitutional imagination” of its main author, great scholar Dimitrije Davidović. As aforementioned, this will become the “fate” of most Serbian constitutions, some of which were linguistically and stylistically very well-groomed, but all without real contact with social reality. However, “the real cause of the suspension of the Constitution should be sought exclusively in international relations and the interests of the great powers”<sup>19</sup>.

The second „milestone” of the Serbian constitutional history is the Constitution of 1869 – the so called “Regent’s Constitution”. According to Article 1 of the Constitution, the Principality of Serbia is a “hereditary constitutional

---

<sup>17</sup> Sima Avramović, „Sretenjski ustav – 175 godina posle“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2010, p. 40.

<sup>18</sup> Milovan Milovanović, *Državno pravo i druge ustavnopravne studije*, Beograd 1997, p. 282.

<sup>19</sup> Sima Avramović, p. 48.

monarchy” with the people’s representation “ . In this way, not only is there a certain form of government – constitutional monarchy, it has already been clearly stated that the Prince will share state power with the representative body. No matter how prosaic in practice it might have been, this provision had, bearing in mind the circumstances at the time, the exceptional importance for the development of a constitutionality based on the limitation of monarchical power. The Prince was the holder of the executive power and he shared the legislative power with the National Assembly. The right of the legislative initiative was however only in the hands of the Prince, and he also had the right to appoint some of the MPs. On the other hand, the proclamation of the free mandate of MPs was a big achievement at the time and well as the regular holding of parliamentary sessions. The independence of judiciary was guaranteed and expressed in a manner that may serve as an inspiration even for a modern constitution-maker: “Justice is pronounced in the name of the Prince. In the administration of justice, the courts are independent and do not stand under any authority other than the law” (Article 109); “No state power, neither legislative nor administrative, can exercise judicial functions, nor can courts again exercise legislative or administrative power.” (Article 110).

The Constitution of 1869 also contained, in addition to some controversial provisions from the perspective of modern constitutionalism, a whole series of solutions that could still stand almost unchanged, essentially and stylistically, in some contemporary Serbian constitution.<sup>20</sup>

The Constitution of Kingdom of Serbia from 1888 („the Radical’s Constitution“), often qualified as “the best Serbian constitution ever”, was the first constitutional act of the sovereign state of Serbia, after gaining full independence at the Berlin Congress in 1878. It had formally introduced parliamentarism, broad local self-government, proportional electoral system and relatively rich list of human rights and freedoms. According to its normative characteristics, it is a fine representative example of liberal-democratic constitutionality.

However, the Constitution from 1888 failed at finding and establishing the right balance between striving for modern, advanced solutions and the real needs of the Serbian society of the time. On one hand, the provisions in this Constitution incorporated the highest achievements of constitutional law theory, but on the other hand, it also represented the constitutional discontinuity, constitutionality based on experiment and constitutional misconceptions, in some parts – even delusions. Even though this constitution

---

<sup>20</sup> More on the Constitution of 1869 see: Vladan Petrov, Pouke i poruke Namesničkog ustava iz 1869., *Pravni život*, 12/2019, p. 551 – 564.

failed at the main task of modern constitutionality, which is finding and keeping the constitutional balance, its content is still full of ‘traces’ necessary for conceptualizing the modern constitutional identity of Serbia. They can be found in the provisions related to the position of the Parliament; the free mandate of Parliament members; judicial independence; strong and developed local governments, etc. More than 130 years later those fundamental constitutional questions remain for the Serbian constitution-maker to answer to: 1) how to properly empower the position and the role of a body representing the electorate; 2) what is the best type of government – especially in the light of the role of a head of the state; 3) How to find the right balance between the freedom of thought of MPs and their inevitable connection to the political party to which they practically ‘owe’ their representative mandate to; in other words, how to properly ‘empower’ the still very much needed principle of a free mandate of MPs; 4) how to define a judicial independence in order for it to truly serve justice as well as how to increase its reputation among citizens and in the society; 5) what is the right measure for territorial decentralization of Serbia, the right scope of local government autonomy etc.

#### 4.2. The fourth „milestone“: the Constitution of 1990 – one missed opportunity to resolve some of the important identity issues

The major features of the 1990 Constitution were the following ones: 1) disputed democratic legitimacy, given the procedure for its adoption; 2) democratic definition of the state based on the rule of law; 3) determination of citizens as bearers of sovereignty; 4) acceptance of the organic concept of state functions; 4) proclamation of the standard catalog of human rights and freedoms; 5) proclamation of free economy; 6) a parliamentary system with the President of the Republic whose constitutional powers has been interpreted differently; 7) proclamation of the independence of the judiciary and the permanence of the judicial function; 8) enhanced centralization, with two autonomous provinces without the essential feature of territorial autonomy – legislative power; 9) positioning of the Constitutional Court in the system of division of power; 10) extremely firm and complex revision procedure that was neither rational nor justified; 11) ambivalent attitude towards the SFRY (federal) Constitution.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> See more: Vladan Petrov, Ponovno rađanje liberalno-demokratske ustavnosti u Srbiji i ustavni identitet – uz tri decenije od donošenja Ustava Srbije iz 1990, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 4/2020, p. 11–35.

This constitution was adopted by the socialist, one-party assembly on September 28, 1990. In the debate that took place before the adoption, two major objections were basically pointed out. First, the break up with the previous constitutional and political system required the Constitution to be adopted by a constitutional assembly elected by the people. Second, a constitution enacted by a one-party assembly would have no democratic legitimacy to establish the foundations of a new society. That is why, before the Constitution, the first democratic, multi-party elections had to be held. The Constitution of Serbia from 1990 was adopted by the Assembly of the system which was dying out. The SFRY was falling apart.

According to the Article 1, Serbia was: 1) democratic; 2) civil state (“state of all citizens living in it”); 3) based on the rule of law; 4) and on social justice. Therefore, the constitutional definition of Serbia itself already represented a clear break up with the socialist order. This constitution, at least declaratively, belonged to the type of democratic-social constitutionality. Article 9 regulated the division of power into legislative, executive and judicial (although without explicitly naming it). According to the Constitution of 1990, Serbia had become a civil parliamentary democracy.

The creators of the Constitution opted for the concept of civil, rather than national or people’s sovereignty. Civic sovereignty is theoretically more suited for multinational societies. “Sovereignty belongs to all citizens of Serbia. – Citizens exercise sovereignty through a referendum, a popular initiative and through their freely elected representatives.”<sup>22</sup>

The catalog of human rights (“Freedoms, rights and duties of man and citizen”) included internationally recognized personal and political rights, as well as basic economic and social rights. Instead of the state planned economy, the Constitution proclaimed a free market.

The system of government was basically parliamentary – a system based on a soft division of power, characterized by two basic mechanisms: 1) the right of the executive to dissolve parliament; 2) political responsibility of the government before the parliament with the ultimate political sanction – the possibility for the parliament for a vote of no confidence. According to the Constitution, the President of the Republic could dissolve the National Assembly only on the reasoned proposal of the Government. Collective and individual responsibility of the government and its ministers (before the National Assembly) was established (“The Government and each of its members are accountable to the National Assembly for their work”<sup>23</sup>).

---

<sup>22</sup> Art. 2, Constitution of the Republic of Serbia of 1990.

<sup>23</sup> Art. 91 para. 1, Constitution of the Republic of Serbia of 1990.

The position and role of the President of the Republic caused significant controversy. While most scholars claimed that the President of the Republic was too strong and that his constitutional powers were the basis for establishing of an authoritarian regime, other pointed out to the exaggeration and political motives of such assessments and conclusions. In fact, the weakest point of the constitutional position of the President of the Republic was the constitutional regulation of his responsibility, at least for two reasons: 1) "Violation of the Constitution" is an extremely vague basis, which indicates political rather than constitutional (legal) responsibility; 2) the procedure for enforcement of the responsibility of the President of the Republic by the system of "recall by the citizens" was regulated in the way that the President was made practically irremovable.

The constitution proclaimed the independence and autonomy of the judiciary. In a comprehensive manner, it defined the role of courts in terms of content: "Courts protect the freedoms and rights of citizens, the rights and interests of legal entities established by law and ensure constitutionality and legality" (Article 95). The permanent tenure of the judicial function was absolute. The grounds for the termination of the judicial office, as well as for the dismissal against one's will, were determined by the Constitution itself.

The provisions on territorial autonomy, along with the norms regulating the position and the powers of the President of the Republic, were the most criticized. With the enacting of the Constitution the autonomous provinces lost their features of quasi-federal units that they had according to the SFRY Constitution of 1974. It was a (political) step backwards, which could not (and did not) lead to the positive result. After the test of time, now it seems that the positive outcome maybe could have been achieved if the process of reintegration of the Albanian national minority in Kosovo and Metohija and their inclusion in the institutional life at the republican and provincial level had been more supported (though some constant opposition to active participation was also present among some Albanians, even before the dissolution of SFRY).

The Constitution of 1990 moved the Constitutional Court out from the system of unity of power, to which, by the nature of things, it does not belong, to the system of division of power. Constitutional judges were elected to a permanent tenure. The Constitution did not stipulate special conditions for the election of judges of the Constitutional Court. The incompatibility of the function of a judge of the Constitutional Court with other functions and professional activities was however absolute. All the judges

of the Constitutional Court were elected by the National Assembly on the proposal of the President of the Republic.

As for the revision procedure, the Constitution was formally extremely firm. An extremely complex procedure for its change was envisaged: 1) two votes in the Assembly and a two-thirds majority of the total number of deputies for the change of each constitutional provision; 2) the mandatory constitutional referendum in which a majority of all the registered voters opted “yes” was necessary the change the Constitution to be successful. Theoretically, the reason for such extreme rigidity of the Constitution could be found in the need to consolidate the emerging democratic political institutions. Practically, the “protective function” of the Constitution within the revision procedure was definitely inappropriately complex.<sup>24</sup>

The Constitution of Serbia from 1990 was adopted with a definite tendency to finally solve the question of identity. Professor Miodrag Jovičić wrote that through the entire constitutional history, “Serbian citizens had to express and prove their identity by creating and defending their own country, as well as by conquering and exercising rights of organizing the system on their own. None of the fights were easy because they happened under the hardest historical circumstances.”<sup>25</sup> Such circumstances were also present at the time when the Constitution of Serbia of 1990 was adopted. This Constitution was created in discrepancies between a tendency for a complete rupture with the old socio-political system and establishing grounds of a new socio-democratic order on one hand, while maintaining some kind of a relationship with the federal state (SFRY) on the other. It strived for something that was incompatible – choosing statehood to protect its territorial integrity and constitutional dignity damaged by the resolutions of the SFRY Constitution from 1974, while maintaining the common state that was created more than 70 years ago thanks to the military merits of the Kingdom of Serbia. Therefore, the Constitution from 1990 had to tackle certain questions related to identity, to open and address them in the content itself, but could not answer almost any of them from the objective standpoint. It is not the fault of neither the constitution writer, nor of the formal constitution-maker, but of political and historical circumstances that could not provide the right constitutional moment. However, there are undoubtedly ‘traces’ of the modern constitutional identity of Serbia in this Constitution.

---

<sup>24</sup> See: Vladan Petrov, „Ustavotvorne i revizione procedure u postkomunističkoj Srbiji – bilans i pogled unapred“, p. 16-18.

<sup>25</sup> Miodrag Jovičić, „Kakve nam poruke upućuje ustavna istorija Srbije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu (Annals of the Faculty of Law in Belgrade)*, 5/1989, p. 562.

First of all, it was a completely new constitution content-wise. Secondly, the Constitution from 1990 defined fundamental principles and values correctly – the basic elements of constitutional identity: the rule of law, civil democracy, and the social role of a state. Unlike the current Constitution (of 2006), this Constitution understood better the multinational character of Serbia as a country, which was defined as “a civil state” and not a “state of Serbian people and other citizens” even though this difference can be perceived as a more formal and symbolic than fundamental and real. Thirdly, the Constitution from 1990 remained more as a constitutional declaration of constitutional principles and values than as a clear and credible strategic plan for accomplishing and protecting them. It might be the most obvious in the provisions related to territorial autonomy that were ‘lifeless’ as they represented an attempt to return to the state that must have been known to be irreversible. Tending to complete its protective role, the Constitution was too narrow and rigid, thereby being almost unchangeable, in the period when it had to be exactly extensive, flexible, and easy to change because of the changes in the content and structure that Serbian society had to go through. Finally, the Constitution of Serbia from 1990, as well as the Constitution from 1888, was written with a fine use of Serbian normative language and clear style. This should be also the quality of the modern constitutional identity of Serbia.<sup>26</sup>

Although the constitutional history of Serbia can be considered as substantial and rich, there were few real constitutional moments in which the most favorable objective and subjective conditions for the success of constitutional construction are present. Internal circumstances as well as external influences seem never to have been supportive or suitable for our constitution-makers. On the contrary – almost all the constitutions of Serbia were somewhat “forced” – failed to be enacted at the right constitutional moment.

This review of the constitutional history of Serbia, with an emphasis on reference points in the construction of a modern national constitutional

---

<sup>26</sup> No foreign influences, globalization, and ‘internationalization’ can be considered as the legitimate reasons for the national constitution-maker to ‘spoil’ the Serbian language with the use of foreign words and formulations. Serbia has enough ‘treasure’ in its previous constitutions in this sense (as well as in the Constitution from 1990), so it does not have the need to damage its constitutional identity with the use of ready-made sentences and phrases from international legal acts, no matter how important and exemplary these acts are. See more about the historical constitutions as the sources of national constitutional identity: Vladan Petrov, „Ponovno rađanje liberalno-demokratske ustavnosti u Srbiji i ustavni identitet – uz tri decenije od donošenja Ustava Srbije iz 1990“, *Arhiv za pravne i društvene nauke (Archive for Legal and Social Sciences)*, 4/2020, p. 27-32.

identity, purposely did not include the period of Yugoslav constitutionalism. The first Yugoslavia, in which the Serbian constitutionalism and statehood “drowned”, is completely uninteresting from the standpoint of potential influence on the constitutional identity of modern Serbia. In the Second Yugoslavia, real-socialist constitutionalism was on the completely opposite pole from the classical, liberal-democratic constitutionality and is hence not applicable as well. One of the few exceptions could be the institute of the constitutional judiciary (introduced within the system of unity of power), that could not be really functional or effective, but the very fact of its existence did somewhat influence the concept of the constitutional judiciary in the post-socialist period.

## 5. CONCLUDING REMARKS – A PERIODIZATION OF SERBIAN CONSTITUTIONAL HISTORY FROM THE PERSPECTIVE OF THE NATIONAL CONSTITUTIONAL IDENTITY

The “bumpy road” of the Serbian constitutional development did not prevent the creation of a constitutional tradition. It is however somewhat incoherent, full of beautiful constitutional “pearls”, but also some worthless, failed attempts, on which the idea of liberal and democratic constitutionalism stumbled. However, in that indisputable wealth of constitutional development, there are elements for creation of a modern constitutional identity of Serbia.<sup>27</sup>

If we start from the “milestones” of Serbian constitutionalism, the four constitutions, whose key features have been presented in this text, and take into consideration both of their normative value and their lasting “reach” (in one wider sense), the periodization should be as follows: 1) The era of laying the constitutional foundations (from the Sretenje Constitution of 1835 to the Regent’s Constitution of 1869); 2) the era of authentic constitutionalism (Regent’s Constitution of 1869); 3) the era of declarative parliamentarism (from the Radical’s Constitution of 1888 to the First World War, with a break between 1894 and 1903); 4) the era of non-independent constitutionalism of the authoritarian type (constitutionality of the First Yugoslav State); 5) the era of non-independent constitutionalism of the specific socialist type (Second Yugoslav State); and finally: 6) the era of finding a new authentic

---

<sup>27</sup> See more: *Srpski ustavi, knjiga prva, Ustavi Kneževine i Kraljevine Srbije sa ustavnim aktima od prvog srpskog ustanka* (eds. V. Petrov, D. Simović, M. Radojević), Beograd 2021.

constitutionality on the heritage of the European constitutional heritage (from the Constitution of Serbia from 1990 until today).

This periodization leads to conclusion that in order for Serbia to resolve its constitutional issue more permanently, it is necessary to: a) find a system of balanced division of power; 2) determine realistic scope of protection of human rights and freedoms, according to European standards; 3) determine the right meeting point (“sweet spot”) between parliamentarism and presidentialism; and 4) to strategically resolve the Kosovo and Metohija political issue by organizing *sui generis* system of its “sovereign rights”, on the principle of territorial decentralization (in which territoriality as a classic component of sovereignty will be put in the background in relation to human rights protection as basic prerequisite for the rule of law).

## УМЕСТО ПАРЛАМЕНТАРНЕ ХРОНИКЕ\*\*

### Трећа фаза српског правосуђа

Реформа српског правосуђа ускоро улази у трећу фазу. Извршене су промене Устава у складу са европским стандардима. За који дан биће усвојени и правосудни закони у складу са тим истим стандардима. Дакле, правни темељ за независно, одговорно и ефикасно правосуђе биће коначно постављен. Следи најзахтевнији корак чији се први озбиљни ефекти могу осетити тек за пет до десет година. Није реч само о примени нових закона, већ и о неопходности да се обезбеди адекватан правни амбијент за владавину права у пракси, ону коју ће осетити грађани јер ће њихова права бити делотворније заштићена пред судовима.

Стварање правне културе као нужног услова владавине права је сложен процес. Тај процес тражи стабилан политички оквир, који не зависи искључиво, па чак ни преовлађујуће, од унутрашњих политичких прилика у малој земљи као што је Србија, већ од европски и светски релевантних политичких чинилаца. Правни принципи и садржина права данас су на глобалном нивоу постали крајње релативна категорија. Погубљени су вредносни оријентири међународноправног поретка утемељеног непосредно после Другог светског рата. Нови нису на видiku. У таквим околностима, градити изнутра владавину права, чини се „немогућом мисијом“. На такве „мисије“ и на различита нередовна стања ми смо одавно навикли. То је можда, да се изразим језиком науке, и наша „компаративна предност“.

\* Аутор је редовни професор на Правном факултету Универзитета у Београду. Електронска адреса аутора: vpetrov@ius.bg.ac.rs

\*\* Текстови изворно објављени у дневном листу Политика: „Трећа фаза српског правосуђа“ (10.02.2023) и „Сретење и трајање“ (16.02.2023).

Кад ступе на снагу нови правосудни закони најпре ће се у прописаним роковима формирати правосудни савети – Високи савет судства и Високи савет тужилаштва. По називу, таква тела имали смо и до сада. По суштини, то су нова, уставно потентна тела која ће доносити најважније одлуке за правосудни систем. Уставна моћ повлачи за собом и уставну одговорност. То је прва и основна заповест у правној држави.

Устав и нови закони омогућавају да се ВСС и ВСТ формирају тако да буду у довољној мери независни, али да ли ће они постати „моторна снага“ реформисаног правосуђа зависиће на првом месту од тога хоће ли при њиховом формирању критеријуми знања, компетентности, стручног и људског интегритета превагнути над приватним интересима политичке трговине. Стога апелујем на судије које ће бирати судије у ВСС, односно тужиоце који ће бирати тужиоце у ВСТ, као и на народне посланике који ће бирати истакнуте правнике у ова тела, да посебно обратe пажњу на одговорност која им је новим уставним амандманима поверена. Ако политика у сваком смислу (судска (судијска), страначка, приватно-сопственичка итд.) преовлада, завидан труд писаца уставних амандмана и правосудних закона, остаће „мртво слово на папиру“.

Питање да ли ће, када и каква Србија ући у Европску унију и у какву заједницу (исту, реформисану, неку нову и сл.) није питање за нас. Нас треба да интересује хоће ли Србија у будућности постати европски уређена правна држава. То је услов њеног даљег економског и сваког другог напредовања, а не ултимативно чланство у ЕУ (иако не треба одустајати од стратегије европских интеграција).

На том путу, треба „подмладити“ правосуђе, мотивисати младе правнике да желе да постану судије и тужиоци (не само због већих плата), подсећати професоре права да је њихова света дужност да образую људе који ће умети и смети да изричу правду (а не да подстичу и развијају несигурност и поданички дух код младих људи), реформисати правосудни испит тако да се он не своди на обичну репродукцију (не)знања стеченог на факултету, садржински (а не само декларативно) развијати институционалне односе сарадње правних факултета, правосудне академије, министарства правде, Народне скупштине, струковних невладиних организација (добар, не и савршен, пример је био рад на уставним амандманима и правосудним законима).

И још нешто. Класици правне науке друге половине деветнаестог века, у романтичарском духу, нису пропуштали да истакну једну велику истину: нема ништа од права и правде док се ове вредности

налазе само у правним текстовима и док не нађу своје право место у душама, односно свести и носилаца јавних функција и обичних грађана. Замолио бих народне посланике кад буду расправљали наредних дана о правосудним законима да имају то у виду. Исто важи и за грађане, ако се, ипак, одлуче да прате скупштинску расправу. Колико год им се чинило да није тако, њих се највише тиче.

### Сретење и трајање

Прошле године, пред Сретење, Србија је усвојила промене Устава о правосуђу. Ове године, пред Сретење, Скупштина је донела правосудне законе. На тај начин, постављен је темељ европски уређене правне државе. Зграда није готова. Далеко смо ми од правне и политичке културе, коју одликују дух толеранције, тежња за компромисом и превага општег над посебним, страначким и ситносопственичким интересом, што се и показало претходних дана у Скупштини, када се расправљало о главним питањима нашег уставног идентитета – о Косову и Метохији и о владавини права. То се мора јасно рећи баш данас, јер данас је Сретење.

Сретење је празник који има вишеструку симболику. То је сусрет сина са оцем, човека са Богом, материјалног са духовним, прошлости и садашњости са будућношћу. И тај сусрет није нешто тренутно или привремено. То није трен, већ сједињење у трајању – у вечности. Зато се сваке године на овај дан подсећамо на почетке наше модерне државности и уставности – на Сретењски устав из 1835. који је формално-правно живео свега неколико дана, али је у духовном, идентитетском смислу обезбедио себи трајање док је српског народа и српске државе.

Трајање, међутим, не значи непромењивост и непокретност. Вода је највећа животна сила. Устајала, није само мутна и непријатног мириса, већ је немоћна и осуђена да, пре или касније, нестане или испари. Бистра вода непрекидно тече и представља праву животну силу, ону која не познаје ниједну материјалну препреку. Да бисмо трајали морамо се непрестано мењати и прилагођавати, успоравати и убрзавати, извирати и понирати, вијугати путањама које нам други, физички снажнији, одређују, неретко намећу, али не смемо изгубити нашу суштину – наше људе, нашу људскост, наш идентитет, нашу духовност. Морамо неговати интелектуални патриотизам, онај што памећу и мудрошћу, а не силом и галамом, брани државу и народ.

Сретење нас подсећа да је трајање изнад пролазности тренутка, ма колико се он чинио тешким и неправедним. Сретење нас учи да је садашњост једина реалност, али да она само има смисла ако је загледана у будућност, као и да једино може постати будућност, ако је исправно и здраво ослоњена на прошлост. Сретење је прави тренутак да се, као Оче наш, науче мудре речи блаженопочившег патријарха Павла: „Време је једно трајање које има прошлост, садашњост и будућност. Будућности такође нема, она ће бити. А шта има? И има само садашњост. А шта је садашњост? Док сат не откуца так-так, то је будућност. Кад откуца, то је прошлост. А шта је онда садашњост? Та категорија времена не односи се на Бога. На њега се не односи време. На њега се односи вечност, а вечност је стална садашњост. Нема ни прошлости ни будућности. Нема ни јуче ни сутра. Има само сада.“

Сретење је сусрет ради трајања, а не ради нестајања. Право трајање не познаје „можда“, али ни „мора“. Право трајање познаје само веру и љубав. Из њих извиру: државничка и свака друга мудрост, трпеливост и свака смислена активност на корист општег добра, државе и њених грађана. То су поруке светих нам Немањића, то су поруке светлих битака из прошлости, то је борба, али не сурова и сирова, што сваког учесника, привидног победника и губитника, вуче на дно. То је она борба која гледа ка горе, ка небу и још даље. То је завет нашег владике Његоша: „Нека буде борба непрестана! Нека буде што бити не може!“

## МЕЂУНАРОДНО ПРАВОСУЂЕ ДАНАШЊИЦЕ\*\*

Државе живе свој живот као и појединци. Оне развијају своју активност, иду за својим циљевима, те према томе као и појединци долазе у сукоб једна са другом. Ти су сукоби и разне природе и разног интенситета. Њихов повод може бити економска конкуренција, територијална експансија, питање престижа, питање оправданости или величине накнаде штете, тумачења уговора, итд. Као што су по својој природи разни, тако су ти сукоби разни и по своме интенситету, а исто су тако разни и начини њиховог решавања које познаје међународна пракса. Али пре но што изнесемо могућности које нам данашњица пружа на овом пољу, од интереса је погледати како су се међународни сукоби решавали до данашњице.

У вези са овим обично се дели доба *до данашњице* на она три класична периода: 1) на доба самопомоћи када је рат био једина могућност решења свих сукоба и свих спорова међународних; 2) на доба када се услед нецелисходности дотадашњег начина решавања спорова прешло на мирно решење њихово помоћу трећег, незаинтересованог, арбитра, тј. на доба арбитраже у зачетку, и 3) на доба када је арбитража као таква била необавезна, али је поступак при арбитражном суђењу већ био обавезан (поступак је већ био обичајно право). Ово се треће доба граничи са данашњицом у којој имамо не само феномен обавезног арбитражног поступка, већ и феномен обавезне арбитраже као такве.

То би била у три потеза дата еволуција решавања међународних спорова до данашњице. Сада је још од значаја извући линију дијаграма саме арбитраже у колико се она диже и спушта, према томе у колико извесно доба пружа повољније или мање повољне услове за њен опстанак и развитак.

\* Др Анка Гођевац Суботић (Књажевац, 1890 – Њујорк, 1986).

\*\* Рад је изворно објављен у Архиву за правне и друштвене науке, бр. 5/1934, књ. XXIX, стр. 397-405. Предавање одржано на Коларчевом Народном Универзитету у Београду, 24.02.1934. године.

Доба малих античких држава грчких било је врло повољно за арбитражу, услед истог ступња политичких слобода, као и услед истог ступња културе на коме су се те државице налазиле.

У доба великог римског царства дијаграм арбитраже пада, да се опет дигне у доба цветања феудалства, када налазимо често папе и сизерене као арбитре.

Доба великих апсолутистичких држава које затим наилазе, опет је неповољно за развој и успевање арбитраже, према томе она опада све до новијег доба, када опет стиче полета и потстрека, како прво услед тековина Француске револуције, тако доцније услед за њу двају важних момената: I и II Хашке Конференције.

Тиме смо дошли до периода данашњице, у којој је, у вези са еволуцијом мирног решења спорова, најважнији моменат стварање Лиге народа.

Црвени конац који се провлачи кроз ову еволуцију међународног правосуђа, јесте она тежња ка сталности и обавезности, тим двома главним одликама унутрашњег правосуђа. Ну и ова тежња за сталношћу и обавезношћу имала је своје етапе. Пошто се постигла сталност и обавезност у вези са поступком, хтела се усталити и учинити обавезном и сама арбитража као начин решења спорова.

Ова тежња добијала је у прошлости у неколико маха конкретан облик. Она се први пут конкретизирала у установи Сталног Арбитралног Суда, установљеног на I Хашкој Конференцији 1899. г. Овај суд, на чијој ћемо се природи доцније опширно задржати, у суштини је само једна стална листа судија, која странкама стоји на расположењу у случају спора. Но државе у својој тежњи за сталношћу и обавезношћу, мислећи да су овом установом постигле сталност, пошле су сад један корак даље – ка обавезности – установивши такозвани Суд за ратни плен (*Cour des Prises*). Међутим како поморско право није било највећим делом кодификовано, то су државе пристајући на један такав обавезни суд тражиле да се то право на једној конференцији фиксира, како би имале извесну сигурност у погледу права на основу кога ће им тај за њих обавезни суд решавати спорове. Тај је посао требао да се обави на Лондонској Конференцији (1908. г). Та је конференција претрпела неуспех на питању контрабанде животних намирница (које је нарочито било од виталног интереса за Велику Британију), према томе нити је дошло до кодификације међународног поморског права, нити је Суд за ратни плен у опште ступио у живот.

Оно што није успела да оствари Европа, покушала је и остварила бар за изванредан период времена Америка. Државе Централне Америке: Коста Рика, Гватемала, Никарагуа, Хондурас и Салвадор дозвале су у живот један суд: „*La Cour de Justice Centre – Americaine*“, који је био и обавезан и сталан. Али и овај суд се скрхао на „обвезности“, тј. будући да Никарагуа није хтела да се повинује једној његовој пресуди, суд није ни ушао у други период свога живота.

Сада смо дошли пред питање: шта је данашњица постигла на пољу сталности и обвезности у вези са међународним правосуђем? Али претходно се намеће друго: Какве нам могућности данашњица пружа у *опште* у вези са решењем међународних спорова?

Све ове могућности које нам данашњица на том пољу пружа и које наводимо предпостављају: да државе у спору нису везане никаквим међународним уговорима, у погледу решавања дотичне врсте спорова. Дакле у том случају државама стоји на расположењу: 1) да реше спор путем дипломатских преговора; 2) путем конференција и конгреса; 3) путем дипломатских посредовања, и 4) путем добрих услуга. Сва ова четири начина имају једну заједничку карактеристику, а она је: да се путем њих спор *не пресуђује* (те према томе остају изван наслова нашег чланка) већ се решава једним компромисним решењем.

Сем ових могућности постоји данас могућност изношења спора пред Скупштину или Савет Лиге народа. Али будући да су и Скупштина и Савет Лиге политички органи, то се пред њих не износе често правни спорови, већ политички спорови или спорови мешовите природе.

Даље, поред ових начина решења спорова, данашњица нам пружа могућност изношења спора пред неког *ad hoc* изабраног арбитра, изношење спора пред т. зв. Мешовите Арбитралне Судове<sup>1</sup>, и изношење спора пред т. зв. Стални Арбитрални суд у Хагу. Сви ови начини према својој заједничкој карактеристици спадају у групу чисте арбитраже. Осим њих, данашњица пружа још једну могућност, њима сличну али савршенију: Стални Суд Међународне Правде у Хагу. Ова се институција по својој природи налази на пола пута између праве арбитраже и правог судства. Она је се до сада највише успела да приближи установи правога суда, у смислу унутрашњих судова; она је последња реч данашњице у еволуцији међународног правосуђа. Ово наше тврђење биће најбоље поткрепљено једном кратком а прегледном

---

<sup>1</sup> За ликвидацију извесних спорова приватно правне природе (неизвршења уговора, питања секвестра, итд) пониклих услед рата установљени су уговорима о миру специјални, тако звани Мешовити Арбитрални судови, који заседају по разним местима, најчешће у Паризу.

паралелом између Сталног Арбитралног Суда у Хагу и Сталног Суда Међународне Правде, који има такође своје седиште у Хагу, и који дела паралелно са оним првим.

Арбитрални суд створен је на I Конференцији Мира у Хагу има само једну привидну сталност, јер у суштини, као што је то већ наглашено, од свега је само стална једна листа судија депонована у хашком секретаријату, са које странке у даном тренутку бирају судије (а ове између себе претседника). Будући да нема праве сталности, нема ни континуитета између пресуда судских, те према томе ни могућности стварања јуриспруденције, а следствено ни могућности утицања путем јуриспруденције на формирање међународног права. У погледу обвезности Арбитрални Суд је сасвим необавезан, тј. ма да постоји обавеза извршавања пресуда, не постоји ма каква обавеза за државе да своје спорове у опште поднесу пред тај суд, нити и једна држава може другу путем тужбе исвести пред суд.

Сем тога одлика је овог суда да пресуђује спорове *ex aequo et bono* а уз поштовање позитивног права, што је уопште једна од битних одлика сваке арбитраже.

На супрот овоме постигао је Стални Суд Међународне Правде једну апсолутну сталност и једну делимичну обвезност. Његов колегијум који се бира посредством Скупштине и Савета Лиге народа на девет година сталан је, заседа најмање једаред годишње у редовном сазиву у Палати Мира у Хагу. Последица ове сталности је континуитет између пресуда и могућност стварања јуриспруденције, па према томе и могућност утицања на формирање међународног права. Дакле сталност је у овој институцији потпуно остварена, док је обвезност само делимично и то посредством факултативне клаузуле, коју су до сада потписале 42 државе.<sup>2</sup> У вези са моментом обвезности од велике је важности међутим да код овога суда први пут у међународноправним односима наилазимо на феномен тужбе, на основу које једна држава другу без њеног непосредног пристанка може извести пред суд. Сем ових разлика једна је од битних и та, што Стални суд примењује на првом месту међународно право, а тек изузетно у недостатку овога и по изричном пристанку странака, пресуђује спор на основу правде и правце, дакле Стални Суд Међународне Правде за разлику од Арбитралног *примарно* је везан за *позитивно право*.

---

<sup>2</sup> Клаузула која даје могућност државама да на основу принципа реципрочности прихвата обавезност суда за извесну врсту спорова.

Из ових супротности које смо у овој паралели изнели излази, да је Арбитрални Суд само један зачетак суда, док је Стални Суд Међународне Правде за сада најсавршенији облик правог суда (у смислу унутрашњих судова) међународне заједнице, те према томе говорити о међународном правосуђу данашњице, значи говорити о Сталном Суду Међународне Правде.

Како је уопште данашњица успела да потпуно оствари сталност а делимично и обвезност једне међународне судске инстанције, чије је остварење до сада изгледало немогуће? Творци Лиге народа у своје опсежном старању да превентивним и палиативним путем очувају мир створили су три форума за мирно решавање спорова: Скупштину, Савет и Стални Суд Међународне Правде. У суштини стварање овог трећег форума омогућено је тиме, што су ова прва два већ постојала. Пактом Лиге народа, чланом 14 предвиђено је стварање Сталног Суда Међународне Правде. На основу тога Савет Лиге народа сазвао је познати Комитет Десеторице најчувенијих правника данашњице, који су добили у дужност да израде пројекат Статута будућег Сталног Суда Међународне Правде. Тај Статут поднет је Скупштини и примљен је као једна посебна Међународна Конвенција, што је од битног значаја за начин измене тога Статута. Тим Статутом предвиђен је и начин бирања судија те тако одклоњена главна тешкоћа о коју су се ломили сви дотадањи пројекти једног сталног међународног Суда. Државе се до сада никада нису могле сложити на питању избора и броја судија. И мале као и велике хтеле су да имају свога представника у томе суду, што би пак довело до једног немогућег броја за један стални судски колегијум. Да би се сад и велике и мале државе задовољиле приликом избора за Стални Суд Међународне Правде, поступило се на овај начин: судија постаје онај који бива изабран апсолутном већином гласова како од стране Скупштине (у којој имају већину мале државе), тако и од стране Савета (у коме су у већини велике силе). Дакле вештим искоришћавањем ових органа Лиге народа успела је данашњица да оствари један заиста сталан међународни суд.

У вези са обавезношћу поменули смо већ како је факултативна клаузула пружила могућност државама да на основу начела реципроцитета прихвате обвезност Суда за извесну врсту спорова, те се на тај начин данашњица у приличној мери дотакла и свог другог идеала у вези са међународним судством – обвезности.

Ко суди у Сталном Суду Међународне Правде? Колегијум овога суда чине највећа имена данашње правне науке, личности које су

биране не само по свом великом ауторитету правника већ и као представници разних цивилизација и разних правних схватања. На тај начин, не само што се с правом сматра да судије овог суда суде у име међународне заједнице (а не и у име странака у спору), већ се на њихове пресуде гледа као на резултанте свих правних система данашњице.<sup>3</sup>

Коме суди Стални Суд Међународне Правде? Странке пред Судом могу бити само државе не и појединци. Члан 34 и 35 Статута Суда јасно повлачи надлежност Суда *ratione personae*, тј: само државе или чланице Лиге народа могу бити странке пред судом (чл. 34), и: странке пред Судом могу бити чланице Лиге народа, као и државе поменуте у анексу Пакта (чл. 35), сем тога пред Судом се могу појавити и остале државе, ако прихвате извесне за то прописане услове.

На основу чега суди Стални Суд Међународне Правде? Суд примењује на првом месту писано међународно право, тј. посебне и опште међународне уговоре. Затим обичајно међународно право. На трећем месту опште правне принципе признате од цивилизованих народа. Као помоћним средством за одређивање правних правила Суд се служи судским пресудама и доктрином најчувенијих правника, а ако су странке изричито сагласне (у недостатку правног правила) Суд може спор пресудити на основу правде и правике.

До сада је Суд изрекао 21 пресуду и 25 саветодавних мишљења (функција давања саветодавних мишљења је једна специјална одлика Суда; он их даје по разним спорним питањима на тражење Скупштине или Савета Лиге народа). Наша држава имала је два пута спор пред Сталним Судом Међународне Правде. Први пут је од Суда тражено саветодавно мишљење поводом српско-албанског разграничења, у вези са Св. Наумом. Други пут је Суд имао да изрекне пресуду поводом наших предратних дугова француским портерима, а у вези са плаћањем у злату.

Овим досадашњим излагањем теориски је у главним контурама извучен последњи и најсавршенији тип међународног суда данашњице, чијим се пресудама, и поред критике која му се чини, покоравају све државе па и оне најмоћније. Сада на крају неизбежно је позабавити се и том критиком.

Један од најчешћих приговора који се чине Суду, јесте знак питања постављен пред објективност његових пресуда. Нарочито велику полемику изазвале су пресуде познате под именом „Лотис“, „Српски

---

<sup>3</sup> Loder, Anzilloti, Huber, итд.

предратни дугови“, итд, оне су те, за које се мисли да су у великој мери пољуљале поверење у ову судску инстанцију. Изван оквира нашег излагања (под данашњим насловом) морају остати сва она „за“ и „против“, публикована баш у вези са овим пресудама Суда, ну при свем том наше је гледиште, да то неповерење према Суду има јаче свој корен у оној атмосфери општег међународног неповерења, но баш у самом функционисању Суда. Упозоравамо на један од оних момената из досадашњег делања Суда, у коме је он досегао висок степен објективности, тј. када је у спору познатом под именом „Ирак“, судија енглеске народности гласао противу енглеске тезе.

Пред овог приговора указује се често, нарочито у последње време, на ону сенку разочарења, која са Лиге народа пада на Стални Суд Међународне Правде. Не поричући извесне очигледне неуспехе Лиге, ми се сада не упуштамо у разлагања о томе шта је боље: да ли са једном Лигом оваквом каква је са могућношћу прилагођавања потребама даног времена – или без ње. За нас је овде од важности ово: разчланити однос који постоји између Суда и Лиге, те према томе видети, да ли је оправдано да критика Лиге буде и критика Суда?

Има неколико момената који говоре за везу која постоји између Суда и Лиге: порекло Суда, бирање судија, буџет Суда и функција давања саветодавних мишљења.

Суд није *створен* Пактом Лиге народа, већ је његово стварање само *предвиђено* чланом 14 Пакта, а ступио је у живот на основу једне посебне међународне конвенције: Статута Сталног Суда Међународне Правде (што смо већ у почетку истакли). Баш из тога порекла Суда види се, да та веза између Суда и Лиге није онаква, као што се то обично замишља и хоће да представи. Статут, будући једна самостална и перфектна међународна конвенција, може бити међан само вољом држава потписница, а не једностраним актом Лиге народа, а исто тако државе које приступе Суду (потписујући Статут), не морају приступити Лиги (потписујући Пакт), као што је то случај са Сједињеним Државама Северне Америке.

Даља веза на коју се указује јесте избор судског колегијума. Већ је наглашено да судија Сталног Суда Међународне Правде постаје онај кога изаберу Скупштина и Савет Лиге. На тај начин се сматра да је задовољен и принцип мерења и принцип бројања гласова, да су задовољене претензије великих и страховања малих. Према томе само јединим вештим искоришћењем двају органа Лиге народа добија се

судски колегијум Сталног Суда Међународне Правде – на неки начин путем једном међународног плебисцита.

Остаје нам још материјална веза између Суда и Лиге, која се састоји у томе, што се буџет Суда остварује из буџета Лиге, а на крају још функција давања саветодавних мишљења. На основу ове посебне функције Суда, хтео се извести закључак о координираном положају Суда према Лиги, хтео се Суд свести на неку врсту правног саветника Лиге. Правни саветник Лиге је њена правна секција (једна од сталних секција лигина секретаријата), а чланом 14 Пакта Лиге (којим је предвиђено и стварање Суда), предвиђено је и давање саветодавних мишљења од стране Суда, а на тражење Савета или Скупштине. Текст Пакта је двојезичан, француски и енглески, те су одатле и потекла та разна тумачења ове функције. Текст француски гласи: „*La Cour donnera aussi des avis consultatifs sur tout différend*“, док је текст енглески: „*may also give an advisory opinion*“, што се преводи са: „може такође давати саветодавна мишљења“. Ради се о томе: да ли је давање саветодавног мишљења само једна *дужност* Суда, или је то и његово *право*? Суд је у својој пракси имао прилике да покаже, како ову функцију сматра својим *правом*, тј. да није безусловно везан дати на тражење Савета или Скупштине у сваком случају саветодавно мишљење. Одбивши у случају Источне Карелије да да своје саветодавно мишљење, Суд је јасно подвукао своју самосталност у односу према Лиги, а у вези са том својом посебном функцијом.

Од свега до сада изложеног у погледу односа Лиге и Суда свакако се јасно излучио прави однос њихов, те према томе се и намеће закључак, да критика Лиге не треба да буде и критика Суда.

Последњи и најтежи приговор који се чини Сталном Суду Међународне Правде јесте онај, који се чини и међународном праву, и међународном правном поредку: да нема ни правог закона, ни законодавца, ни санкције, јер све у крајњој линији зависи од воље држава. Тај се исти приговор чини и Суду, указујући у овом случају на ефемерност оне битне одлике сваке судске инстанције, на – обавезност.

Ако се међународно право упоређује са унутрашњим правом, а међународни правни поредак са унутрашњим (па према томе и Стални Суд Међународне Правде пореди са унутрашњим судом), онда је тај приговор уместан. Оно што је суштствено унутрашњем праву – она *виша* државна воља која је *над* појединачним вољама, тога у тој истој врсти нема у међународном

праву. У модерној демократији постаје закон (израз у коме се та виша воља јавља) једним *хемиским* стапањем појединачних воља у државну вољу, тј. у једну сасвим другу супстанцу, у којој се више не могу разазнати они састојци из чијег је она стапања постала. У међународној заједници, међународни закон (уговор или обичај) постаје такође једним једињењем појединачних воља, само што то није стапање појединих састојака у једну нову супстанцу, већ је то једно *механичко* једињење, из кога се лако могу разлучити његови састојци, из чијег је збира тај закон постао.<sup>4</sup> Појединачне воље стапајући се у државну вољу трпе једну *квалитативну* измену. Појединачне воље сабране у међународни закон трпе само једну *квантитативну* измену. Узрок овом феномену је само један: теорија суверенитета државног, која је у темељу данашњег међународног права. Према томе за будућност постоје две могућности у погледу еволуције како међународног права, тако и међународног правосуђа а све у специјалној вези са појмом обвезности: или ће међународно право остати на оним истим темељима на којима стоји и данас, онда и његова обвезност, као и обвезност Суда може само за неколико степени квантитативно поћи у напред,<sup>5</sup> или се међународном праву мора наћи други темељ, да би и оно, према томе и међународно судство, могло квалитативно еволуирати у смислу унутрашњег права и унутрашњег правосуђа.

**др Анка Гођевац, 1934.**

---

<sup>4</sup> У међ. уговору, у закључном његовом акту јасно се виде воље чији збир дотични уговор чини међ. закон – за државе потписнице.

<sup>5</sup> Тј, што ће можда још већи број држава путем неког свог пристанка пристати на обвезност суда за још већи број спорова.



## УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Редакција часописа „*Архив за правне и друштвене науке*“ прихвата радове који су уређени на следећи начин.

Радови који нису усклађени са датим упутствима неће бити разматрани за објављивање у часопису.

За писање рада користити **ћирилично писмо**.

Текст писати у фонту *Times New Roman*, величина фонта **12**, са увученим пасусима и проредом **1,5** и маргинама *Normal 2,5 cm*.

**Обим рада не сме бити већи од 36.000 карактера са размаком** (приликом провере броја карактера користити: *Review/Word Count/Character (with spaces)*) – активирати опцију *Include textboxes, footnotes and endnotes*. Литературу изоставити приликом провере.

**Име и презиме аутора** се пише на средини, малим словима – *Bold* и *Italic* (фонт 12).

**Афилијација** се пише испод имена аутора на средини, малим словима – *Italic* (фонт 12). Уколико је аутор запослен на факултету, након навођења факултета, наводи се и универзитет (нпр. *Правни факултет, Универзитет у Београду*). Уколико је аутор запослен на институту, наводи се и град у коме се институт налази (нпр. *Институт за политичке студије, Београд*).

**Наслов** се пише на средини, великим словима – *Bold* (фонт 14). Фуснота поред наслова служи за навођење назива и броја пројекта у оквиру кога је чланак написан.

**Сажетак** се пише испод наслова на средини малим словима величина фонта 12. Испод тога пише се текст сажетка у обиму од 100 до 250 речи – фонт 12, *Justify*. Сажетак садржи предмет анализе, циљ рада, коришћене теоријско-методолошке приступе, резултате и закључке рада.

**Кључне речи** се пишу испод текста сажетка малим словима (фонт 12), и одвајају зарезом. Наводи се од 5 до 10 кључних речи.

**Поднаслови** се пишу на средини, великим словима – *Bold* (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне се такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – малим обичним словима *Bold* (фонт 12).

### **Начин цитирања:**

**Фусноте** у форми напомена се дају на дну стране у којој се налази коментарисани део текста или навођене литературе. Фусноте уносите командом *Insert – Reference – Footnote*. Фусноте се пишу у фонту *Times New Roman*, величина слова **10**. Фусноте треба поравнати по левој и десној маргини, односно изабрати опцију *Justify*.

**Приликом навођења фуснота руководити се следећим упутствима:**

• **приликом навођења монографије/књиге фуснота мора садржати:**

– Име и презиме аутора, наслов рада курсивом (*Italic*), назив издавача, место, годину издања и број стране.

– **Пример:** Драган Стојановић, *Уставно судство*, Свен, Ниш, 2017, стр. 104.

– Уколико издање има **више** од два аутора/уредника наводи се име и презиме првог аутора/уредника уз додавање скраћенице (*et al.*) *Italic*.

• **приликом навођења чланака из часописа:**

– Име и презиме аутора, назив чланка под наводницима, назив часописа курсивом (*Italic*), назив издавача, место издавања, број, година излагања и број стране.

– **Пример:** Владан Петров, „У потрази за уставном стабилношћу у Републици Србији“, *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 12/2017, том IV, стр. 592.

• **приликом навођења зборника радова/поглавља из књиге:**

– Име и презиме аутора, назив рада под наводницима, назив зборника/поглавља курсивом (*Italic*), имена и презимена приређивача зборника у загради, назив издавача, место издања, година издања, број стране.

– **Пример:** Коста Чавошки, „Устав као средство агитације и пропаганде“, у зборнику: *Два века српске уставности* (приредили: Александар Фира, Ратко Марковић), Српска академија наука и уметности и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 330.

• **приликом навођења извора са Интернета** (не смеју прећи више од **10%** коришћене литературе):

– Име и презиме аутора, наслов чланка курсивом (*Italic*), пуну интернет адресу и датум приступа.

– **Пример:** Karen Devine, *Stretching the IR theoretical spectrum of debate on Irish neutrality: arguments and evidence in favor of a critical*

*social constructivist framework of understanding*, Internet, [http://doras.dcu.ie/609/1/int\\_pol\\_sci\\_29\\_4\\_2008.pdf](http://doras.dcu.ie/609/1/int_pol_sci_29_4_2008.pdf), 05/03/2018.

• **приликом навођења архивске грађе:**

– мора да садржи назив институције у којој се грађа чува, фонд, фасциклу (уколико има), назив документа (ако нема назива документа одређује се тако да одговори на питања: ко? коме? шта?), место, датум.

– **Пример:** Архив Србије, МИД, К-Т, ф 2, р93/1894, Извештај Министарства иностраних дела о постављењу конзула, Београд, 19. април 1888.

• **приликом навођења прописа/закона:**

– Пуним називом прописа/закона, курзивом гласило у коме је пропис објављен, број и година објављивања.

– **Пример:** Закон о судијама – ЗоС, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009 - одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 - одлука УС, 121/2012, 124/2012 - одлука УС, 101/2013, 111/2014 - одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 - одлука УС, 106/2015, 63/2016 - одлука УС и 47/2017).

• **приликом навођења публикација у новинама:**

– Име и презиме аутора, назив чланка под наводницима, назив новине курзивом, датум објављивања

– **Пример:** Слободан Кљакић, „Черчиллов рат звезда против Хитлера“, *Политика*, 21. 12. 2004.

• **Код поновљеног цитирања истог извора узастопно на истој страни користити:**

– Исто, број стране

– **Пример:** Драган Стојановић, *Уставно судство*, Свен, Ниш, 2017, стр. 104. Исто, стр. 105.

• **Код поновљеног цитирања истог извора уколико није узастопно и на истој страни користити:**

– Име, презиме аутора, назив извора, нав.дело, број стране.

– **Пример:** Драган Стојановић, *Уставно судство*, Свен, Ниш, 2017, стр. 104.

Драган Стојановић, *Уставно судство*, нав. дело, стр. 104.

• **Код уноса табела и графикона користити:**

Изнад табеле/графикона центрирано пише се Табела/Графикон, редни број, назив табеле, величина фонта 10.

Испод табеле/графикона пише се Извор: навести извор по правилима цитирања за фусноте, величина фонта 10.

За „види више“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „Упореди“ скраћеница „Упор.“.

**Литература се наводи на исти начин као и у фуснотама, с тим што се прво наводи презиме, па име аутора. У случају када постоји више аутора који су у фуснотама означени скраћеницом *et al.*, у литератури се наводи пуно име и презиме свих аутора.**

Литература је поређана по азбучном реду за изворе на ћириличном писму, који се први наводе, а затим по абecedном реду за изворе на латиници. **Одвојено се наводи попис коришћених правних извора (Под насловом Правни извори, у оквиру којих се може издвојити посебно судска пракса) и попис извора коришћених са интернета (Извори са интернета).**

За чланке из часописа, зборника као и за поглавља у књигама потребно је навести од које до које стране је чланак или поглавље у зборнику/књизи.

**Литература садржи само изворе који су наведени у фуснотама.**

Након литературе, латиничним писмом навести **име и презиме аутора** на средини – *Bold* (фонт 12), испод тога наслов рада на енглеском великим словима – *Bold* (фонт 14).

**Резиме (*Resume*)** се пише на средини, малим словима – *Bold* (фонт 12). Испод тога пише се текст резимеа на енглеском језику у обиму до **1/10** дужине чланка. Резиме садржи резултате и закључке истраживања до којих је аутор дошао у свом раду и то знатно шире него у сажетку.

**Кључне речи (*Keywords*)** се пишу малим словима (фонт 12) и одвајају зарезом.

Радови који се предају за објављивање морају да се заснивају на новијој литератури, посебно на изворима, тј. радовима који су објављени у научним часописима правне и политиколошке тематике.

Аутори су у обавези да приликом слања радова доставе и изјаву о ауторству, тј. да тај рад није раније објављиван, те да он није аутоплагијат или плагијат.

Радови са *ауторском изјавом (потписана и скенирана)* шаљу се на адресу:

arhiv@ips.ac.rs.

## УПУТСТВА ЗА РЕЦЕНЗЕНТЕ

Улога рецензента је да допринесе очувању високог квалитета нашег часописа. Рецензије су анонимне у оба смера. Рок за рецензирање је седам дана од пријема рада. Садржај рецензије је поверљив, те се не сме откривати особама које нису у уредништву часописа. Уколико рецензент у било ком тренутку схвати да постоји било који вид конфликта интереса у вези са радом који треба да рецензира потребно је да о томе што пре обавести редакцију. Приликом рецензије рукописа, рецензент треба да попуни рецензентски лист у прилогу.

Име, презиме и звање аутора текста:

Назив рада:

Актуелност, друштвени и научни значај разматране теме:

У којој мери је аутор јасно назначио теоријски, методолошки приступ у раду:

Да ли је рад заснован на савременој и релевантној литератури, посебно у којој мери је аутор користио најновије резултате објављене у научним часописима и зборницима (посебно часописи и зборници из области права и политикологије):

Научни и друштвени допринос рада:

Општи коментар о квалитету рада:

Ваша сугестија аутору за побољшање квалитета рада, ако је потребно:

Молимо Вас да одаберете једну од препорука за категоризацију рада:

Оригинални научни рад

Прегледни рад

Научна критика, полемика и осврти.

Молимо Вас да одаберете једну од препорука о публикавању овог рада:

Објавити без измена

Објавити уз мале измене

Након корекције, рад послати на нови круг рецензије

Одбити

Додатни коментари за уредника који се тичу етичких (плагијаризам, превара, итд) или неких других аспеката рада, а који ће уреднику помоћи у доношењу коначне одлуке о даљем статусу рада.

CIP - Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

34(497.11)

АРХИВ за правне и друштвене науке = Archive for  
Legal and Social Sciences / главни и одговорни уредник  
Владан Петров. - Год. 1, књ. 1, св. 1 (1906)-год. 9, књ. 17,  
св. 4 (1914) ; год. 10, књ. 1(18), св. 1 (1920/1921)-год. 31,  
књ. 42(52), св. 3 (1941) ; год. 32, књ. 1(60), св. 1/2 (1945)-  
. - Београд : Савез Удружења правника Србије и  
Републике Српске : Институт за политичке студије, 1906  
- (Гроцка : Донат Граф). - 23 cm

Тромесечно. - Текст на срп. и енгл. језику. – Прекид у  
излажењу од 2014-2018. год.

ISSN 0004-1270 = Архив за правне и друштвене науке  
COBISS.SR-ID 578831