

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U BEOGRADU

*Biblioteka*  
ZBORNICI

PERSPEKTIVE IMPLEMENTACIJE EVROPSKIH  
STANDARDA U PRAVNI SISTEM SRBIJE – KNJIGA 4

Zbornik radova  
Priredio prof. dr Stevan Lilić

---

*Izdavač*

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu  
Centar za izdavaštvo i informisanje

*Za izdavača*

prof. dr Sima Avramović, dekan

*Urednik*

prof. dr Dragan M. Mitrović

*Izdavanje Zbornika pomoglo je  
Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.*

© Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2014.

Sva prava zadržana. Nijedan deo ove knjige ne može biti reprodukovana, presnimavan ili prenošen bilo kojim sredstvom – elektronskim, mehaničkim, kopiranjem, snimanjem ili na bilo koji drugi način bez prethodne saglasnosti autora i izdavača.

*www.ius.bg.ac.rs*

PERSPEKTIVE  
IMPLEMENTACIJE  
EVROPSKIH  
STANDARDA U PRAVNI  
SISTEM SRBIJE

KNJIGA 4

ZBORNİK RADOVA

*Priredio*  
*Prof. dr Stevan Lilić*

BEOGRAD, 2014

PERSPECTIVES OF  
IMPLEMENTATION OF  
EUROPEAN STANDARDS  
IN THE SERBIAN LEGAL  
SYSTEM

VOLUME 4

COLLECTED ARTICLES

*Editor*

*Prof. dr Stevan Lilić*

BELGRADE, 2014

## SADRŽAJ

Predgovor .....	9
<i>Stevan Lilić</i>	
Žalba i prigovor u Nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku Srbije .....	11
<i>Marija Draškić</i>	
Pravo na regres roditelja koji je sam izdržavao dete .....	25
<i>Jovica Trkulja</i>	
Prilog istraživanju fenomenologije ostrakizma intelektualaca u Srbiji .....	39
<i>Dragica Vujadinović</i>	
Evropski ustavni patriotizam – između ideala i izazova realnosti ..	71
<i>Mirjana Stefanovski</i>	
Rasprava o gornjem domu u nikoljskom odboru 1868 .....	87
<i>Olivera Vučić</i>	
Ustavno pravosuđe između sudskog aktivizma i sudske uzdržanosti .....	109
<i>Žika Bujuklić</i>	
Rimsko-vizantijska pravna tradicija u budvanskoj komuni pod mletačkom vlašću .....	122
<i>Milena Polojac</i>	
Hugo Donellus – sistematičar s početka novog veka, o deliktima i Akvilijevom zakonu .....	137
<i>Dejan B. Đurđević</i>	
Aktuelna reforma propisa o javnobeležničkim overama i evropski standardi u oblasti preventivne pravne zaštite .....	150
<i>Marija Karanikić Mirić</i>	
Kolektivna zaštita potrošača u srpskom pravu .....	165
<i>Nikola Bodiroga</i>	
Objektivni rok za podnošenje predloga za ponavljanje parničnog postupka – odluka Ustavnog suda i evropski standardi .....	186
<i>Mirjana Drenovak Ivanović</i>	
Javno saopštavanje dela i zaštita autorskog i srodnih prava u informacionom društvu: novine u pravu Evropske unije i njihov uticaj na pravni okvir zaštite u Srbiji .....	196
<i>Bojana Čučković</i>	
Standardi Evropske unije u oblasti procene uticaja na životnu okolinu .....	209

*Uroš Novaković*

Vršenje roditeljskog prava, prenošenje roditeljskog prava i lični odnosi deteta, srodnika i bliskih osoba nemačkom, francuskom, ruskom i irskom pravu . . . . .	223
---	-----

*Valentina Cvetković Đorđević*

Osnovna značenja pojma <i>causa</i> u rimskom pravu . . . . .	235
---	-----

*Marko Milenković*

Agencifikacija i poslovi uprave u oblasti zaštite od jonizujućih zračenja i nuklearne sigurnosti u kontekstu evropskih integracija . . . . .	249
--	-----

*Katarina Golubović*

U potrazi za efektivnim pravnim lekom za „suđenje” u razumnom roku – <i>ex post et ex ante</i> . . . . .	264
--	-----

*Robert Jović*

Da li je akt kojim se odlučuje o pravima i obavezama korisnika komunalnih usluga, upravni akt ili nije? . . . . .	279
---	-----

*Maša Mišković*

Zaključenje ugovora u sistemu <i>Common Law</i> . . . . .	301
---	-----

*Andrea Vukoičić*

Voda – ljudsko pravo ili koncesija? . . . . .	313
---	-----

*Jovana Stamenković*

Energetska politika Evropske unije i perspektiva Republike Srbije . . . . .	328
---	-----

*Katarina Raković*

Transformacija lokalne samouprave u kontekstu evropskih integracija . . . . .	340
---	-----

## TABLE OF CONTENTS

Forward. . . . .	10
<i>Stevan Lilić</i>	
Appeal and Objection in the Draft Law on General Administrative Procedure of Serbia . . . . .	11
<i>Marija Draškić</i>	
Right to Recovery of the Parent Who Was the Sole Parent-Support Debtor . . . . .	25
<i>Jovica Trkulja</i>	
A Contribution to the Research into Phenomenology of Ostracism of Intellectuals in Serbia . . . . .	39
<i>Dragica Vujadinović</i>	
European Constitutional Patriotism – Between the Ideal and Challenges of the Reality. . . . .	71
<i>Mirjana Stefanovski</i>	
Discussion on Second Chamber in Saint Nicholas’ Day Committee in 1868. . . . .	87
<i>Olivera Vučić</i>	
Constitutional Jurisprudence between Judicial Activism and Judicial Abstention. . . . .	109
<i>Žika Bujuklić</i>	
Roman-Byzantine Legal Tradition in Budva under Venetian Rule . . . .	122
<i>Milena Polojac</i>	
Hugo Donellus Early Modern Systematiser on Delicts and the Lex Aquilia . . . . .	137
<i>Dejan B. Đurđević</i>	
Current Regulatory Reform on Notary Authentication and European Standards in the Field of Preventive Justice . . . . .	150
<i>Marija Karanikić Mirić</i>	
Consumer Collective Redress in Serbian Law. . . . .	165
<i>Nikola Bodiroga</i>	
Deadline for Requesting Repeated Civil Trial – Constitutional Court Ruling and European Standards. . . . .	186
<i>Mirjana Drenovak Ivanović</i>	
The Right of Communication to the Public of Works and Protection of Copyright and Related Rights in the Information Society: New Solutions in the EU Law and their Impact on Serbian Legal Framework. . . . .	196

<i>Bojana Čučković</i>	
Standards of the European Union Relating to Environmental Impact Assessment . . . . .	209
<i>Uroš Novaković</i>	
Excercise of Parental Responsibility, Transfer of Parental Responsibility and Personal Relations Between Child, Relatives and Third Persons in German, French, Russian and Irish Law . . . . .	223
<i>Valentina Cvetković-Dorđević</i>	
The Basic Meanings of the Term Causa in Roman Law . . . . .	235
<i>Marko Milenkovic</i>	
Agencification and Public Administration Tasks in the Field of Ionizing Radiation Protection and Nuclear Safety in the Context of European Integration . . . . .	249
<i>Katarina Golubovic</i>	
Searching for Effective Remedy for the „Trial” Within Reasonable Time – <i>Ex Post Et Ex Ante</i> . . . . .	264
<i>Robert Jović</i>	
Is the Act that Decides on the Rights and Obligations of Beneficiaries of Communal Services Administrative or Not? . . . . .	279
<i>Maša Mišković</i>	
Formation of Contract in the Common Law System . . . . .	301
<i>Andrea Vukoičić</i>	
Water – Human Right or Concession? . . . . .	313
<i>Jovana Stamenković</i>	
EU Energy Policy and Serbia’s Perspective. . . . .	328
<i>Katarina Raković</i>	
Transformation of Local Self-Government in the Context of European Integration . . . . .	340



## PREDGOVOR

Publikacija *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* predstavlja četvrti zbornik radova koji su rezultat istraživanja u okviru istoimenog projekta, koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu uz podršku Ministarstva nauke Republike Srbije. Zbornik je nastao kao rezultat potrebe za preispitivanjem stepena implementacije pravnih tekovina i vrednosti Evropske unije deset godina posle otpočinjanja društvenih reformi. Nakon političkih promena 2000. godine i dobijanja statusa kandidata za člana Evropske unije, Srbija se našla u novoj situaciji koja zahteva temeljnu rekonstrukciju pravnog sistema, čijoj su neefikasnosti doprinosile prevaziđene koncepcije koje su dominirale devedesetih godina prošlog veka. Prethodni petodišnji projekat *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, koji je istraživački tim realizovao u periodu od 2006. do 2010. godine imao je zadatak da razmatra i kritički analizira stanje u pravnom sistemu Srbije u izrazito osetljivoj fazi priključivanja evropskim integracijama. Ovim projektom nastavlja se sa temeljnim istraživanjem kvaliteta i trajnosti pravnih promena. Period od deset godina u kojem su vršene izmene u pozitivnom zakonodavstvu daje osnov da se evaluira do sada urađeno i da se ukaže na one segmente pravnog sistema čija je reforma delimično ostvarena ili je potpuno izostala. Kako bi rezultati istraživanja bili dostupni široj naučnoj i stručnoj javnosti, prilozi učesnika projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* predstavljeni su u ovom zborniku – Knjiga 4, sa ciljem da se doprinese daljoj reformi i izgradnji pravnog sistema Srbije koji je zasnovan na evropskim vrednostima. U ovaj zbornik je uključeno i nekoliko radova kandidata na doktorskim studijama i mastera pravnih nauka. Prilozi izražavaju lične stavove autora.

Urednik

## FORWARD

This publication on the *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* represents the Fourth Volume of articles which are the result of research on the project of the same name which is implemented by the Faculty of Law of Belgrade University and supported by the Ministry of Science of Serbia. After the political changes in 2000, and after acquiring the status of EU member candidate, Serbia required a fundamental reconstruction of the legal system whose inefficiency was partly resulting from outdated concepts that dominated the nineties. After successfully implementing the previous research project „Legal Capacity of Serbia for European Integration” (2006–2010), whose goal was to consider and critically analyze the situation in the Serbian legal system in the stage of the country’s EU integration process, and the publication of five subsequent volumes of research results, the new project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* plans to continue to examine the quality and sustainability of legal change. After ten years of reforming the legal system, there is a need to conduct an evaluation of reforms completed to date, and to point to segments of the legal system, whose reform is partially or completely absent. This volume of *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* is a collection of papers resulting from a research project implemented by the University of Belgrade Faculty of Law under the auspices of the Ministry of Science of Serbia. In order to make research results available to the scientific and professional community, as well as to the general public, and to contribute to further reforms of the legal system of Serbia based on European values, contributions of the project team on *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal system* are presented in this Volume 4. This Volume contains several contributions by PhD and masters candidates. The articles reflect the personal views of the authors.

The Editor

## ŽALBA I PRIGOVOR U NACRTU ZAKONA O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU SRBIJE

### Apstrakt

U Izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije za 2014. godinu između ostalog se navodi da „tek treba usvojiti nov zakon o upravnom postupku”. Sredinom 2013. godine, ranije Ministarstvo pravde i državne uprave Srbije objavilo je Radnu verziju Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku. U međuvremenu formirano je posebno Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu, koje je Nacrtom Akcionog plana za sprovođenje reforme javne uprave Srbije za period od 2014. do 2016. godine predviđeno da izradi Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku. Međutim, taj Nacrt je još uvek u nadležnosti Ministarstva pravde. Uočava se slab kvalitet Obrazloženja Nacrta, protivrečne formulacije o predmetu regulacije, o upravnoj stvari i dr. U odnosu na postojeći Zakon o opštem upravnom postupku (ZUP), Nacrt ZUP-a sadži određene izmene i dopune u pogledu pravnih sredstava. S jedne strane, određena pravna sredstva zadržava (žalba, ponavljanje postupka, menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom, poništavanje i ukidanje po osnovu službenog nadzora i oglašavanje rešenja ništavim), s druge, uvodi novo (prigovor) i, konačno, neka postojeća izostavlja (ukidanje i menjanje pravnosnažnog rešenja uz pristanak ili po zahtevu stranke, vanredno ukidanje). U radu je dat detaljni osvrt na žalbu i prigovor, uz komparativni osvrt na Zakon o općem upravnom postupku Hrvatske i Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku Crne Gore.

Ključne reči: *Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku Srbije. – Žalba i prigovor u upravnom postupku.*

## 1. PROTIVREČNOSTI U VEZI SA DONOŠENJEM NOVOG ZUP-A SRBIJE

### 1.1. Izveštaji Evropske unije o napretku Srbije o upravnom postupku

Zanimljiva je okolnost da je prema *Akcionom planu za sprovođenje reforme državne uprave za period 2004. do 2008. godine*<sup>1</sup> bilo predviđeno da se nov Zakon o opštem upravnom postupku (ZUP) usvoji u poslednjem kvartalu

\* Dr Stevan Lilić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1 Izvrštaji o napretku Srbije dostupni su na internet stranici Kancelarije za evropske integracije Vlade Republike Srbije (<http://www.seio.gov.rs/dokumenta/eu-dokumenta.211.html>).

2004. godine. Skoro deset godina kasnije, ovaj je zakon još uvek „u proceduri”. Takođe je zanimljivo da se ovaj zakon u više navrata našao i u dokumentima Evropske unije, posebno u tzv. izveštajima o napretku u kojima se, u poglavljima o „vladavini prava”, posebno spominje ZUP kao zakon koji treba „harmonizovati” sa evropskim standardima jer je to jedan od niza uslova koje zakonodavstvo Srbije treba da ispuni na putu evropskih integracija.<sup>2</sup> Još 2006. godine u *Izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije*, između ostalog se navodi (str. 8): „Reforma državne uprave kao ključni prioritet Evropskog partnerstva se nastavlja. (...) Međutim, u iščekivanju da se reforma državne uprave u potpunosti izvrši (...) Zakon o opštem upravnom postupku još nije revidiran.” U *Izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije za 2009. godinu*, između ostalog se navodi (str. 9): „Međutim, zakonodavni okvir koji reguliše državnu upravu još nije dovršen. Zakon o opštem upravnom postupku, Zakon o upravnim sporovima, ažurirani akcioni planovi za sprovođenje strategije reforme državne uprave i relevantni podzakonski akti još nisu usvojeni. Preduzeti su samo početni koraci za uvođenje konkretnih mera u borbi protiv korupcije u državnoj upravi, a dalja akcija ili sudska kontrola nisu adekvatni.” Slično je i sa *Izveštajem Evropske komisije o napretku Srbije za 2010. godinu* (str. 8): „Zakon o upravnim sporovima, kojim se uređuje sudsko razmatranje upravnih akata i rad Upravnog suda, usvojen je u decembru 2009. godine. (...) Međutim, zakonodavni okvir i dalje nije zaokružen. Još nije donet Zakon o opštem upravnom postupku. Zakon o upravnom sporu nije u potpunosti usaglašen sa evropskim standardima.” Takođe i u *Izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije za 2012. godinu* navode se iste konstatacije (str. 10): „Zakonski okvir je još uvek nepotpun. Tek treba usvojiti nov zakon o upravnom postupku i o zaposlenima u lokalnoj vlasti i platama. Zakon o upravnim sporovima i dalje nije u potpunosti usaglašen sa evropskim standardima u sudskom preispitivanju upravnih akata.” Konačno, i u *Izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije za 2014. godinu* konstatuje se da (str. 13): „Nije bilo nikakvog napretka na polju odgovornosti i pružanja usluga. Novi Zakon o opštem upravnom postupku tek treba da se usvoji. Zakon o upravnom sporu još uvek nije u potpunosti usaglašen sa evropskim standardima sudske ocene upravnih akata.”<sup>3</sup>

## 1.2 Protivrečnost u vezi sa izradom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku

Sredinom 2013. godine, tadašnje Ministarstvo pravde i državne uprave Srbije objavilo je *Radnu verziju Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku*.<sup>4</sup> Na internet stranici Ministarstva navodi se da je: „Radna grupa koju je for-

2 Vlada Republike Srbije, *Akcioni plan za sprovođenje reforme državne uprave za period 2004. do 2008. godine* (oktobar 2004). (Dostupan na: <http://www.prsp.sr.gov.yu/dokumenta.jsp>).

3 Između ostalog, usklađivanje propisa o opštem upravnom postupku sa evropskim standardima podrazumeva i da Srbija donese „svoj” ZUP, jer se u Srbiji i dalje primenjuje raniji „jugoslovenski” ZUP koji je preuzet u pravni poredak Srbije nakon raspada Državne zajednice Srbija i Crna Gora.

4 *Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku i Obrazloženje Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku* (dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>).

mirao ministar pravde i državne uprave izradila radnu verziju Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku.” Na toj internet stranici može se naći „Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku – radna verzija”, kao i „Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku – Obrazloženje”. Osim toga, na sajtu se mogu naći i „Izveštaj o sprovedenoj javnoj raspravi o Nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku”, kao i Obrazac za komentare. Međutim, zanimljivo je da na internet stranici Ministarstva nema odluke o sastavu Radne grupe za izradu Nacrta ZUP-a, kao što je to slučaj kada su u pitanju nacrti drugih propisa.<sup>5</sup>

Nakon parlamentarnih izbora koji su održani u maju 2014. godine, dotadašnje Ministarstvo pravde i državne uprave reorganizovano je u dva ministarstva: *Ministarstvo pravde* i novo *Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave*. Iako bi po prirodi stvari izrada novog Zakona o opštem upravnom postupku spadala u nadležnost Ministarstva državne uprave, izrada radne verzije tog zakona i dalje je u nadležnosti Ministarstva pravde. S druge strane, na sajtu Ministarstva državne uprave može se naći *Nacrt Zakona o inspekcijском nadzoru* (koji je po svojoj tematici tzv. poseban upravni postupak).<sup>6</sup>

Izrada Nacrta ZUP-a odvija se u kontekstu reforme javne uprave. U dokumentu Vlade Srbije *Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji za period 2014–2016*,<sup>7</sup> između ostalog, ističe se i sledeće: „Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji (Strategija RJU) obezbeđuje nastavak započetih reformskih aktivnosti u ovoj oblasti i proširuje ih na sistem javne uprave.” (str. 1)

U dokumentu pod nazivom *Nacrt Akcionog plana za sprovođenje reforme javne uprave u periodu od 2014. do 2016. godine* (avgust 2014),<sup>8</sup> u poglavlju „4.2.1. Unapređenje upravnih procedura u skladu sa opštim principima tzv. Evropskog administrativnog prostora”, predviđen je i vremenski okvir (tzv. timeframe) za „Pripremu teksta Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku kojim će se unaprediti rad organa uprave i imalaca javnih ovlašćenja i ostvarivanje i zaštita prava i pravnih interesa građana i privrednih subjekata u skladu sa opšteprihvaćim principima evropskog upravnog prava”. Prema Akcionom planu, Nacrt ZUP-a treba da izradi „ministarstvo nadležno za poslove državne uprave” (vremenski okvir: septembar 2014), s tim što nakon toga Vlada treba da uputi Predlog Zakona o opštem upravnom postupku Narodnoj skupštini na usvajanje (vremenski okvir: novembar 2014). Prema

5 Ova „netransparentnost” je u najmanju ruku neuobičajena jer se, recimo, na istoj internet stranici Ministarstva može naći „Rešenje o obrazovanju radne grupe za pripremu teksta Nacrta zakona o posredovanju u rešavanju sporova”. S druge strane, Kancelarija za regulatornu reformu i analizu efekata propisa, propisuje „Matricu rešenja o obrazovanju projektne grupe” i predviđa obavezu „informisanja donosioca odluka i zainteresovanih subjekata” (dostupno na: <http://www.ria.gov.rs/podaci/branko/Aneks%20G%20-%20Matrica%20za%20formiranje%20radne%20grupe.pdf>).

6 *Nacrt Zakona o inspekcijском nadzoru*, Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave (Dostupno na: <http://www.mduls.gov.rs/latinica/dokumenta-ostalo.php>).

7 *Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji za period 2014–2016*, „Službeni glasnik RS”, br. 9/2014, 42/2014. (Dostupno na: <http://www.mduls.gov.rs/latinica/index.php>).

8 *Nacrt Akcionog plana za sprovođenje reforme javne uprave u periodu od 2014. do 2016. godine*. Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave (dostupno na: <http://www.mduls.gov.rs/latinica/nacrt-akcionog-plana-srju.php>).

dostupnim podacima, niti je Akcioni plan usvojen, niti je Ministarstvo za državnu upravu preuzelo izradu Nacrta zakona o opštem upravnom postupku. Imajući te okolnosti u vidu, pitanje pravnih sredstava u Nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku posmatraće se u kontekstu teksta Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku koji je izradilo Ministarstvo pravde i državne uprave 2013. godine.

### *1.3. Protivrečnosti u Obrazloženju Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku*

U *Obrazloženju* Nacrta ZUP-a, kao osnovni razlog za donošenje novog ZUP-a navodi se sledeće: „Na prvom mestu, preko je potrebno usklađivanje ZUP-a sa Ustavom Srbije (iz 2006. godine).” Međutim, „analiza sadržaja” pokazuje nešto drugo. Kako se ističe: „Što se tiče ‘preke potrebe’ usklađivanja sa Ustavom iz 2006. godine slobodno se može reći da je ovaj razlog potpuno netačan. Ne samo da potreba nije preka, nego ona uopšte ne postoji. Postojeći ZUP ne sadrži odredbe koje bi bile u suprotnosti sa Ustavom. Ako takve odredbe postoje, trebalo ih je izričito navesti. Formalno posmatrano, rok za usaglašavanje zakona sa Ustavom je istekao 31. 12. 2008. godine i to na osnovu člana 15. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije. Suštinski, usaglašavanje postojećeg Zakona je izvršeno usvajanjem Zakona o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku iz 2010. godine, koji sadrži 32 člana. Prema tome, izgleda kao da je navođenje potrebe usaglašavanja sa Ustavom navedeno samo zato da se navede neki objektivan razlog.”<sup>9</sup>

Osim usaglašavanja sa Ustavom, u *Obrazloženju* su kao razlozi za donošenje novog ZUP-a navedeni još i „potreba usklađivanja sa proverenim aktuelnim uporednopravnim rešenjima” i „potreba usklađivanja sa međunarodnim standardima” (posebno sa načelima i pravilima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koju je naša zemlja ratifikovala 2003. godine). Međutim, „analiza sadržaja” tih razloga pokazuje sledeće: „Nijedan od ovih razloga ne može se prihvatiti kao osnovni, a još manje kao razlog za korenitu promenu ZUP-a. (...) Mimo hrvatskog Zakona, u Nacrtu se ne mogu prepoznati tragovi nijednog drugog „uporednopravnog” rešenja, a kamoli da su „proverena”. (...) Vezu između međunarodnih standarda i Zakona o opštem upravnom postupku teško je pronaći, pa i u Nacrtu. Veoma je malo takvih rešenja u Nacrtu, a i tamo gde se mogu eventualno prepoznati, veliko je pitanje da li im je uopšte mesto u Zakonu o opštem upravnom postupku.”<sup>10</sup>

9 Dragan Milkov, *Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku – Korak napred ili deset u stranu?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2013, str. 87–89. Autor (ispravno) konstatuje: „Ako ne postoje objektivni razlozi, onda se Zakon očigledno menja zbog nekih subjektivnih razloga, jer se menja! Autoru ovog teksta nije poznato tačno koji su subjektivni razlozi doveli do pisanja potpuno novog Zakona o opštem upravnom postupku. Poznato mu je da neki teoretičari godinama pokušavaju da u propise unesu svoje teorijske ideje, ali je izgleda sada došlo vreme da to i realizuju” (str. 88).

10 D.Milkov, *op. cit.*, str. 87.



#### 1.4. Neadekvatna obrazloženja razloga za donošenje novog ZUP-a

U vezi sa Nacrtom ZUP-a, posebno su problematične pojedine formulacije u Obrazloženju. Između oslatog, na samom početku Obrazloženja se konstatuje: „Važeći ZUP bio je dugodišnji pouzdani procesni oslonac i valjani nezaobilazni opšti putokaz rada javne uprave. No, iako pravničko-zanatski skladan i stabilan, u novom sistemu Republike Srbije ovaj zakon se pokazuje u mnogim pitanjima kao neprikladan, nedovoljan, mestimično i preopširan.” Šta zapravo znači formulacija „valjani nezaobilazni opšti putokaz”; ili formulacija: „pravničko-zanatski skladan i stabilan”? Teško je oteti se utisku da Obrazloženje više liči na „slobodan sastav” nego na logično strukturisano i argumentovano izlaganje *ratio legis* za donošenje tako značajnog procesnog zakona kao što je ZUP. Za razliku od toga, evo primera formulacije koju sadrži Obrazloženje Nacrta ZUP-a Crne Gore, koje donošenje novog ZUP-a stavlja u kontekst principa evropskog upravnog prava i kategorije Evropskog upravnog prostora: „Poslije više od 50 godina od donošenja prvog ZUP-a suštinski se promijenilo razumijevanje javne uprave i sve su veći zahtjevi za kvalitetnijim upravnim praksama koji su orijentisani ka građanima. (...) Konceptualni osnov za proces izrade novog ZUP-a (*policy paper*), u skladu sa principom vladavine prava i načelima dobre uprave koji su zajednički za zemlje članice EU, Vlada Crne Gore je usvojila u julu 2011. godine. Načela evropskog upravnog prava, kao i standardi upravne prakse u zemljama članicama EU se samo djelimično ostvaruju u važećem Zakonu o opštem upravnom postupku Crne Gore. Važeći Zakon ne sadrži sve moderne vrste upravnih aktivnosti i, samim tim, ne pruža potpunu pravnu zaštitu u odnosu na te aktivnosti. On predviđa relativno komplikovan i dugotrajan upravni postupak i ne obezbjeđuje neophodan opšti pravni okvir za e-upravu. Imajući u vidu činjenicu da se Crna Gora nalazi u veoma zahtjevnoj fazi EU integracija, neblagovremenost, neefikasnost u upravnom odlučivanju i nedovoljan kvalitet javnih usluga koje državna uprava pruža građanima postaju problem koji će biti pod pažnjom EU tokom pregovaračkog procesa. Evropski upravni prostor počiva na četiri osnovna načela i to: načelu vladavine prava, pouzdanosti i predvidljivosti; načelu otvorenosti i transparentnosti; načelu odgovornosti, kao i načelu efikasnosti i efektivnosti (*European Principles for Public Administration, OECD-Sigma Paper no. 27*).”<sup>11</sup>

#### 1.5. U Obrazloženju Nacrta ZUP-a ne predviđa se analiza efekata zakona

Ozbiljan propust Obrazloženja novog Nacrta ZUP-a odnosi se na konstataciju da: „Za ovaj zakon nije potrebno izvršiti analizu efekata zakona.” Ovo je zapanjujuća konstatacija jer je „analiza efekta zakona” obaveza evropskog standarda, i to za svaki zakon koji se donosi. Još više zabrinjava konstatacija iz Obrazloženja da analiza efekta ZUP-a nije potrebna „jer se ne stvaraju obaveze za privredne i druge subjekte”.

11 Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku Crne Gore. (Dostupno na: [www.mup.gov.me/ResourceManager/FileDownload.aspx?rId](http://www.mup.gov.me/ResourceManager/FileDownload.aspx?rId)).

Iz konstatacije u Obrazloženju Nacrta ZUP-a da za taj zakon „nije potrebno izvršiti analizu efekata zakona, s obzirom na to da se njime ne stvaraju obaveze za privredne i druge subjekte”, proizilazi da se upravne odluke čije donošenje reguliše ZUP ni na koga ne primenjuju. Međutim, stvari stoje upravo suprotno: ZUP se takoreći odnosi na „sve”, i to kako na brojne „privredne subjekte” (porezi, zaštita konkurencije, javne nabavke, građevinske i ekološke dozvole itd.), tako i na „druge subjekte” (državljanstvo građana; informacije od javnog značaja za medije i nevladine organizacije; rad organa državne uprave, lokalne samouprave i pokrajinske autonomije; rad brojnih nedržavnih subjekata sa upravnim javnim ovlašćenjima itd.).

Na internet stranici *Kancelarije za regulatornu reformu i analizu efekata propisa*, između ostalog, ističe se da: „Analiza efekata propisa (AEP) predstavlja metod kojim se analiziraju mogući efekti novih propisa ili izmena i dopuna postojećih. Ovaj metod podrazumeva proces koji se zasniva na nizu koraka kojim se na sistematičan način daje odgovor na pitanje da li će nova regulativa ili izmena postojećih propisa imati željeni efekat. Tokom ovog procesa identifikuju se potencijalni ključni i sporedni efekti koji prate predložene izmene i u slučaju kad je to moguće kvantifikuju se verovatni troškovi primene i poštovanja predloženih propisa koje bi snosili pojedinci i privredni subjekti, kao i troškovi sprovođenja novih ili izmenjenih propisa od strane državnih organa. Pored sistematskog i konzistentnog razmatranja potencijalnih efekata, AEP podrazumeva i informisanje donosioca odluka i zainteresovanih subjekata o rezultatima analize. AEP omogućava da se donose propisi kod kojih su koristi veće od troškova, odnosno da se primeni ona alternativa pri kojoj su troškovi minimalni. (...) Kancelarija za regulatornu reformu i analizu efekata propisa prvo vodi računa o tome da li je obrađivač propisa odgovorio na sva pitanja propisana članom 40. Poslovnika Vlade (čl. 40, st. 2: ‘Prilozi uz nacrt zakona’ Poslovnika Vlade predviđa obavezu predlagača propisa da, uz nacrt zakona, izrađuje i dostavlja na mišljenje analizu efekata propisa), te utvrđuje da li je obrađivač propisa ispunio obavezu u formalnom smislu.”<sup>12</sup>

## 2. KONTROVERZNE FORMULACIJE U NACRTU ZUP-A

### 2.1. Predmet i cilj zakona

Prema članu 1. Nacrta ZUP-a („predmet i cilj zakona”): „Ovim zakonom, u cilju obezbeđenja zakonitog i delotvornog ostvarivanja i zaštite prava i pravnih interesa stranaka kao i zaštite javnog interesa, uređuju se pravila za postupanje u upravnim stvarima.” Problem je u tome što se u upravnom postupku ne obezbeđuje samo „ostvarivanje i zaštita prava i pravnih interesa stranaka”, već se takođe „utvrđuju obaveze” (porezi, radna obaveza i sl.), što nije navedeno. Osim toga, formulacija „zaštita javnog interesa” nije precizna

12 Kancelarija za regulatornu reformu i analizu efekata propisa (dostupno na: <http://www.ria.gov.rs/kontrola-kvaliteta-analize-efekata-zakona/t>).



jer osim „zaštite” treba osigurati i „ostvarenje” javnog interesa (npr. u raznim inspeksijskim postupcima, prinudnim merama i sl.).<sup>13</sup>

## 2.2. Primena zakona

Član 2. Nacrta ZUP-a („primena zakona”) predviđa da se ZUP primenjuje na situacije koje se odnose na odlučivanje o upravnim stvarima, što se konkretno odnosi na: a) rešavanje o pravima, obavezama ili pravnim interesima stranke; b) zaključivanje upravnih ugovora; c) preduzimanje upravnih radnji i d) pružanje javnih usluga. Ova odredba je veoma problematična jer to znači da se upravni postupak sprovedi, osim kada je u pitanju „rešavanje o pravima, obavezama ili pravnim interesima stranke”, i na postupak „zaključivanja upravnih ugovora”, „preduzimanja upravnih radnji”, kao i na postupak „pružanja javnih usluga”.

Dovoljno je izdvojiti postupak „zaključivanja upravnih ugovora” kao ilustraciju kontradiktornosti predloženog rešenja. Zaista, kako je procesno moguće sprovesti „dvostranački kontraktualni postupak” zaključivanja (upravnog) ugovora u kojem učestvuju dve strane sa ravnopravnim pravima i obavezama u „jednostanačkom upravnom postupku” u kojem jedna strana odlučuje o priznavanju prava ili utvrđivanju obaveze „stranke”. Reč je o logičkoj (i stravnoj) nemogućoj procesnopravnoj situaciji.

## 2.3. Upravna stvar

Prema članu 3. stav 1. Nacrta ZUP-a („upravna stvar”): „Upravna stvar, u smislu ovog zakona, jeste pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj nadležni organ, neposrednom primenom propisa iz odgovarajuće upravne oblasti, pravno ili faktički utiče na položaj stranke.” Ovde je problem u formulaciji da je upravna stvar „pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa”. U čemu je „javni interes” kada neko, recimo, traži izdavanje vozačke dozvole. To je očigledno „privatni”, a ne javni interes. S druge strane, u upravnom postupku mogu se naći i „sporne situacije”, naročito kada je reč o dvostranačkim i višestranakačkim upravnim postupcima. U stvari, nije reč o „nespornoj situaciji” kao takvoj, već se htelo reći da se ne misli na „spornu situaciju iz sudske nadležnosti”. Očigledno je da su to loše i krajnje nestručne formulacije.

U definisanju „upravne stvari”, Zakon o općem upravnom postupku Hrvatske (čl. 2, st. 1) mogao je da posluži kao referentni primer: „Upravnom stvari smatra se svaka stvar u kojoj javnopravno tijelo u upravnom postupku rješava o pravima, obavezama ili pravnim interesima fizičke ili pravne osobe ili drugih stranaka (u daljnjem tekstu: stranke) neposredno primjenjujući zakone, druge propise i opće akte kojima se uređuje odgovarajuće upravno područje.”<sup>14</sup>

13 Nomotehnički posmatrano, nije dobro koristiti izraz „interes stranaka” jer je upravni postupak po pravilu jednostranački postupak u kojem učestvuje jedna „stranka”, dok je dvostranački ili višestranakački upravni postupak izuzetak. Ovde je problem u tome što je kao pravilo uzet izuzetak, a izuzetak kao pravilo.

14 Zakon o općem upravnom postupku Hrvatske (dostupno na: <http://www.zakon.hr/z/65/Zakon-o-op%C4%87em-upravnom-postupku>).

Konačno, tome treba dodati i okolnost da se definicija uprave stvari prema Nacrtu ZUP-a bitno razlikuje od definicije upravne stvari koju sadrži Zakon o upravnim sporovima.

### 3. PRAVNA SREDSTVA U NACRTU ZUP-A

U odnosu na postojeći ZUP, Nacrt ZUP-a sadrži određene izmene i dopune. S jedne strane, određena pravna sredstva zadržava (žalba, ponavljanje postupka, menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom, poništavanje i ukidanje po osnovu službenog nadzora i oglašavanje rešenja ništavim), s druge strane, uvodi novo (prigovor) i, konačno, neka postojeća izostavlja (ukidanje i menjanje pravnosnažnog rešenja uz pristanak ili po zahtevu stranke, vanredno ukidanje).

Uparedno posmatrano, Zakon o općem upravnom postupku Hrvatske (2010) kao pravna sredstva (pravne lijekove) predviđa: žalbu, prigovor, obnovu postupka i oglašavanje rešenja ništavim, dok Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku Crne Gore kao pravna sredstva (pravne lijekove) predviđa: žalbu, prigovor, ponavljanje postupka, oglašavanje rešenja ništavim, poništavanje i ukidanje po osnovu službenog nadzora.

### 4. ŽALBA U NACRTU ZUP-A

Žalba u Nacrtu ZUP-a uglavnom je regulisana na isti način kao i u važećem ZUP-u, s tim što je osnovna novina uvođenje instituta „odustanka od žalbe”. U obrazloženju Nacrta ZUP-a, između ostalog navodi se: „novina je da se u slučaju odustanka od žalbe, drugostepeni postupak obustavlja rešenjem, a ne zaključkom”. U obrazloženju se takođe ističe da su odredbe o žalbenom postupku „unekoliko skraćene i pojednostavljene u odnosu na postojeće, s ciljem da se postupak ubrza”. Tako, prvostepeni organ treba da okonča postupak po žalbi najkasnije u roku od 30 dana od dana podnošenja žalbe (član 130. stav 4). Neblagovremena, nedopuštena i žalba izjavljena od neovlašćenog lica odbacuju se rešenjem prvostepenog organa. Kada prvostepeni organ nađe da je žalba u potpunosti osnovana, novim rešenjem će zameniti svoje ožalbeno rešenje, čime praktično (iako pravo na žalbu protiv novog prvostepenog rešenja ostaje) otpada potreba za drugostepenim postupkom (iako pravo na žalbu protiv novog prvostepenog rešenja ostaje). Postupak pred drugostepenim organom može da rezultira odbacivanjem žalbe, odbijanjem žalbe, poništavanjem rešenja u celini ili delimično, njegovom izmenom ili oglašavanjem rešenja ništavim. U Nacrtu je posebno predviđeno ovlašćenje drugostepenog organa da, kada poništi prvostepeno rešenje, sam reši stvar – ne vraćajući predmet prvostepenom organu – „u svim situacijama kada to smatra celishodnim, u skladu sa načelima ovog zakona” (član 131. stav 7). S druge strane, „drugostepeni organ je dužan da sam reši stvar kada je ranije prvostepeno rešenje istog organa već jednom bilo poništeno, kao i u slučaju ponovljenog ćutanja prvostepenog organa” (član 131. stav 8). U vezi sa žalbom, u Nacrtu ZUP-a (čl. 125–134) predviđa se sledeće.

**Pravo na žalbu.** Protiv rešenja donetih u prvom stepenu i protiv pravnih akata donetih u postupku izvršenja stranka ima pravo na žalbu ako zakonom žalba nije isključena. Stranka ima pravo na žalbu i kada organ protiv čijeg je rešenja dopuštena žalba ne izda rešenje u zakonom propisanom roku, osim ako posebnim zakonom nije drugačije propisano. Protiv zaključka se ne može neposredno izjaviti posebna žalba ni neposredno pokrenuti upravni spor.

**Sadržina žalbe.** U žalbi se mora navesti rešenje koje se pobija, naziv organa koji je rešenje doneo i u kom pogledu stranka nije zadovoljna rešenjem. Svaki podnesak, čak i ako nije označen kao takav, smatraće se žalbom ako je namera stranke da ospori upravni akt dovoljno jasna. Kada u žalbi iznosi nove činjenice i dokaze koje organ ne utvrđuje po službenoj dužnosti, stranka je dužna da obrazloži zbog čega ih nije iznela u toku prvostepenog postupka. Kada se u žalbi iznose nove činjenice i dokazi, a u postupku učestvuju dve ili više stranaka sa suprotnim interesima, svakoj stranci se dostavlja prepis žalbe i daje rok za izjašnjavanje o novim činjenicama i dokazima. Taj rok ne može biti kraći od osam ni duži od 15 dana od dana obaveštavanja o sadržini žalbe.

**Rok za izjavljivanje žalbe.** Žalba se izjavljuje u roku od 15 dana od dana obaveštavanja o rešenju.

**Odustanak od žalbe.** Stranka može odustati od izjavljene žalbe sve do obaveštavanja o rešenju o žalbi. Odustanak od žalbe može se dati u pismenom obliku ili usmeno na zapisnik pred organom koji je doneo rešenje protiv koga je izjavljena žalba i ne može se kasnije opozvati. Kad stranka odustane od žalbe, postupak po žalbi obustavlja se rešenjem koje sadrži i troškove žalbenog postupka.

**Predavanje žalbe.** Žalba se neposredno predaje ili šalje organu koji je doneo prvostepeno rešenje. Ako je žalba u roku neposredno predata ili poslata drugostepenom organu, on će je bez odlaganja poslati prvostepenom organu. Žalba neposredno predata ili poslata drugostepenom organu smatra se, u pogledu roka, kao da je predata prvostepenom organu. Kada stranka izjavljuje žalbu zbog neizdavanja rešenja u zakonom propisanom roku, žalba se neposredno predaje drugostepenom organu.

**Odložno dejstvo žalbe.** U toku roka za žalbu rešenje se ne može izvršiti. Propisno izjavljena žalba odlaže izvršenje rešenja dok stranka ne bude obavestena o rešenju o žalbi, ako zakonom nije drugačije propisano. Kad je žalba izjavljena protiv rešenja donetog u upravnoj stvari u kojoj je učestvovalo dve ili više stranaka sa istovetnim zahtevima, žalba bilo koje od stranaka odlaže izvršenje rešenja u odnosu na sve stranke. Rešenje se može izuzetno izvršiti u žalbenom roku, kao i pošto je žalba izjavljena, ako je to zakonom predviđeno, ako treba preduzeti neodložne hitne mere u javnom interesu ili ako bi usled odlaganja izvršenja stranci bila naneta nenadoknativa šteta. O tome se odlučuje rešenjem, u kome se mora obrazložiti zbog čega žalba ne odlaže izvršenje rešenja. Protiv tog rešenja može se podneti tužba sudu nadležnom za upravne sporove, o kojoj sud odlučuje u roku od pet dana.

**Postupanje prvostepenog organa po žalbi.** Prvostepeni organ ispituje da li je žalba blagovremena, dopuštena i izjavljena od ovlašćenog lica, a može i da ispituje formalnu i materijalnu zakonitost i celishodnost rešenja prema navodima žalbe, kao i da preduzima dodatne procesne radnje radi utvrđivanja činjenica. Postupajući po žalbi, prvostepeni organ po službenoj dužnosti ispituje razloge za oglašavanje rešenja ništavim. Kada u postupku učestvuje dve ili više stranaka sa suprotnim interesima, o žalbi se obaveštavaju sve stranke i određuje im se primeren rok za odgovor na žalbu. Prvostepeni organ treba da okonča postupanje po žalbi najkasnije u roku od 30 dana od dana podnošenja žalbe. Kad prvostepeni organ utvrdi da žalba nije blagovremena, dopuštena i izjavljena od ovlašćenog lica, odbaciće žalbu rešenjem. Protiv tog rešenja može da se izjavi žalba koja se neposredno predaje ili šalje drugostepenom organu. Ako drugostepeni organ nađe da je ona osnovana, odlučiće ujedno i po žalbi koja je bila odbačena. Kad prvostepeni organ nađe da je žalba u potpunosti osnovana, novim rešenjem zameniće rešenje koje se žalbom pobija, o čemu će obavestiti stranku. Protiv tog rešenja može da se izjavi žalba nadležnom drugostepenom organu. Ako dve ili više stranaka učestvuje u postupku sa suprotnim interesima, one moraju biti obavestene o novom rešenju. Kad prvostepeni organ utvrdi da je postupak koji je prethodio rešenju pravilno sproveden i da je rešenje zasnovano na zakonu, dužan je da dostavi žalbu drugostepenom organu zajedno sa svojim pravnim mišljenjem i svim spisima koji se odnose na predmet. Prvostepeni organ je dužan da u svom pravnom mišljenju oceni sve navode žalbe.

**Postupanje drugostepenog organa po žalbi.** Drugostepeni organ ispituje da li je žalba blagovremena, dopuštena i izjavljena od ovlašćenog lica kao i formalnu i materijalnu zakonitost i celishodnost rešenja prema navodima žalbe. Postupajući po žalbi, drugostepeni organ po službenoj dužnosti ispituje razloge za oglašavanje rešenja ništavim. Kada drugostepeni organ utvrdi da žalba nije blagovremena, dopuštena i izjavljena od ovlašćenog lica, odbaciće žalbu rešenjem. Protiv tog rešenja može se neposredno pokrenuti upravni spor. Drugostepeni organ rešava o žalbi na osnovu činjenica utvrđenih u prvostepenom postupku. Ako oceni da u tom postupku činjenice nisu potpuno utvrđene ili da su pogrešno utvrđene, može dopuniti postupak ili zatražiti da to učini prvostepeni organ. Ako je potrebno, on može sam da otkloni nedostatke u postupku ili formi akta. Drugostepeni organ može da odbije žalbu, poništi rešenje u celini ili delimično, oglasi ga ništavim ili da ga izmeni. Pri tome on uzima u obzir interese zainteresovanih lica. Drugostepeni organ će odbiti žalbu kada utvrdi da je rešenje pravilno i na zakonu zasnovano, odnosno kad nađe da je u prvostepenom postupku bilo nedostataka, ali da oni nisu mogli uticati na rešenje upravne stvari. Drugostepeni organ će odbiti žalbu i kada nađe da je prvostepeno rešenje zasnovano na zakonu, ali iz drugih razloga, a ne onih koji su u rešenju navedeni. Kada poništi prvostepeno rešenje, drugostepeni organ će meritorno rešiti upravnu stvar u svim situacijama kada to smatra celishodnim, u skladu sa načelima ovog zakona. Drugostepeni organ je dužan da sam reši stvar kada je ranije prvostepeno

rešenje istog organa već jednom bilo poništeno, kao i u slučaju ponovljenog ćutanja prvostepenog organa. Kada poništi prvostepeno rešenje a sam ne reši stvar, drugostepeni organ je dužan da svojim rešenjem ukaže prvostepnom organu u kom pogledu treba da dopuni postupak. Prvostepeni organ je dužan da u svemu postupi po drugostepenom rešenju i da, bez odlaganja, a najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema predmeta, donese novo rešenje. Protiv novog rešenja stranka ima pravo na žalbu. Poništavanjem rešenja poništavaju se i sve pravne posledice koje je ono proizvelo. Drugostepeni organ može povodom žalbe izmeniti prvostepeno rešenje u korist žalioca i izvan zahteva postavljenog u žalbi, a u okviru zahteva postavljenog u prvostepenom postupku, ako se tim ne vređa pravo trećih lica.

**Drugostepeno rešenje.** Drugostepeni organ o žalbi odlučuje rešenjem koje je konačno. Odredbe ovog zakona koje se odnose na oblik i sastavne delove prvostepenog rešenja shodno se primenjuju na rešenje koje se donosi po žalbi. U obrazloženju drugostepenog rešenja moraju se oceniti i svi navodi žalbe. Ako su u obrazloženju prvostepenog rešenja pravilno ocenjeni navodi koji se u žalbi iznose, drugostepeni organ se može pozvati na razloge prvostepenog rešenja.

**Postupak po žalbi u slučaju „ćutanja uprave”.** Ako drugostepeni organ utvrdi da prvostepeni organ nije izdao rešenje iz opravdanih razloga, on određuje prvostepenom organu novi rok za izdavanje rešenja koji ne može biti duži od 30 dana. Ako utvrdi da razlozi za neizdavanje prvostepenog rešenja nisu opravdani, drugostepeni organ će sam rešiti upravnu stvar ili naložiti prvostepenom organu da u roku od 15 dana izda traženo rešenje.

**Rok za izdavanje drugostepenog rešenja.** Drugostepeni organ mora da izda rešenje po žalbi što je pre moguće, a najkasnije u roku od 60 dana od dana predaje žalbe, ako posebnim zakonom nije određen kraći rok.

Slične odredbe o žalbi sadrže odgovarajuće odredbe Zakona o općem upravnom postupku Hrvatske (čl. 105–121), s tim što, osim „odustanka od žalbe”, sadrži i opciju „odricanja od prava na žalbu” (čl. 106, st. 1–2): „Stranka se može odreći prava na žalbu u pisanom obliku ili usmeno na zapisnik, od dana primitka prvostupanjskog rješenja do dana isteka roka za izjavljivanje žalbe. Odricanje od prava na žalbu u višestranačkim stvarima ima pravni učinak samo ako se sve stranke odreknu prava na žalbu.” Slične odredbe o žalbi, uključujući i „odustanak od žalbe”, sadrži i Nacrt ZUP-a Crne Gore (čl. 123–135).

## 5. PRIGOVOR NACRTU ZUP-A

Nacrt ZUP-a uvodi novo pravno sredstvo – prigovor. U Obrazloženju Nacrta ZUP-a, između ostalog, navodi se da je Prigovor „novopredloženo pravno sredstvo” koje se „može izjaviti protiv upravnog ugovora, zaključenog poravnanja, upravne radnje, pružanja javnih usluga, kao i kada organ ne

preduzima upravne aktivnosti koje je po zakonu dužan da preduzme, ako te aktivnosti nemaju karakter upravnog akta niti su povezani sa donošenjem upravnog akta, a podnosilac prigovora smatra da su mu time povređena prava ili pravni interesi”. Takođe se ističe da je prigovor „remonstrativni pravni lek” koji se izjavljuje starešini organa uprave, odnosno organizacije na čije se postupanje odnosi, kao i da „u poređenju sa rešenjem – ostale upravne aktivnosti imaju ‘unutrašnju’ stepenicu pravne zaštite više: prigovor starešini istog organa”. U vezi sa prigovorom Nacrt ZUP-a (čl. 135–138), predviđa sledeće.

**Pravo na prigovor i predmet postupka po prigovoru.** Prigovor se može izjaviti protiv upravnog ugovora, zaključenog poravnanja, upravne radnje i pružanja javnih usluga, kao i kada organ ne preduzima upravne aktivnosti koje je po zakonu dužan da preduzme, ako te aktivnosti nemaju karakter upravnog akta niti su povezane sa donošenjem upravnog akta, a podnosilac prigovora smatra da su mu time povređena prava ili pravni interesi. U postupku po prigovoru ispituju se zakonitost i celishodnost upravnih aktivnosti iz stava 1. ovog člana.

**Izjavljivanje prigovora i postupanje po prigovoru.** Prigovor se izjavljuje starešini organa na čije se postupanje odnosi. Odredbe ovog zakona o obliku, sadržini, roku i predavanju žalbe shodno se primenjuju na prigovor. U postupku odlučivanja po prigovoru, starešina organa utvrđuje činjenično stanje u vezi sa prigovorom.

**Rešavanje o prigovoru.** Starešina organa odlučuje o prigovoru rešenjem u roku od 15 dana od dana izjavljivanja prigovora. Rešenjem se može: 1) obustaviti sprovođenje upravne radnje i otkloniti njene posledice; 2) naložiti obavljanje upravne radnje ili druge upravne aktivnosti na koju stranka ima pravo; 3) naložiti preduzimanje mera utvrđenih zakonom radi otklanjanja nedostataka u postupanju organizacije koja pruža javne usluge; 4) naložiti izvršenje upravnog ugovora ili raskinuti upravni ugovor i odrediti pravne posledice njegovog raskida; 5) raskinuti zaključeno poravnanje i 6) naložiti preduzimanje drugih mera predviđenih zakonom.

**Pravna sredstva protiv rešenja o prigovoru.** Protiv rešenja o prigovoru može se izjaviti žalba ako ga je izdao organ protiv čijih je rešenja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje organizacija državne uprave, dozvoljena žalba. Ako je rešenje po prigovoru izdao organ protiv čijih rešenja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje organizacija državne uprave, nije dozvoljena žalba, protiv takvog rešenja može se pokrenuti upravni spor. Protiv rešenja donetog po žalbi na rešenje po prigovoru može se pokrenuti upravni spor.

Odredbe o prigovoru sadrži i Zakon o općem upravnom postupku Hrvatske (čl. 122), s tim što su znatno kraće i sadrže samo opšte procesne uslove. Odredbe o prigovoru sadrži i Nacrt ZUP-a Crne Gore (čl. 136–139), s tim što je u vezi sa tim dato i temeljno kontekstualno obrazloženje. Tako: „Zaštita prava korisnika javnih usluga od strane nadležnih nadzornih organa (član 39 i 40) je novina Nacrta. Riječ je o izuzetno rastućem području koje će sve više



dobijati na značaju s procesom pristupanja Crne Gore u EU. Pod pružanjem javnih usluga od opšteg interesa smatraju se aktivnosti javnopravnih organa, odnosno drugih pružaoca javnih usluga koje imaju uticaja na prava, obaveze i pravne interese fizičkih i pravnih lica, a kojima se ne rješava u upravnom postupku. Takođe, pod pružaocima javnih usluga od opšteg interesa smatraju se pravna i fizička lica koja na osnovu zakona pružaju javne usluge. Pri tome, posebno se ističu načela kontinuiteta, univerzalnosti, kvaliteta i razumne cijene, transparentnosti postupka i nediskriminacije korisnika javnih usluga. Time se javnopravni organi postavljaju kao temelj zaštite javnog i privatnog interesa. Nacrt ZUP-a prepoznaje potrebu zaštite opšteg i javnog interesa nad partikularnim i privatnim interesom. Predviđeno je da se javnopravni organ stara da nadležni subjekti iz javnog i privatnog sektora, vršeci javne usluge, pružaju ih na optimalan način, u javnom interesu (neophodan nivo usluga, neprekidnost obavljanja, jednaki uslovi pristupa). Time se štite korisnici javnih usluga koji mogu uputiti prigovor nadzornom organu. S druge strane, organ nadležan za vršenje nadzora dužan je ispitati navode korisnika javnih usluga, preduzeti mjere iz svoje nadležnosti po pravu nadzora i bez odlaganja, a najkasnije u roku od 30 dana od dana izjavljivanja prigovora, obavijestiti korisnika usluga u pisanom obliku o preduzetim mjerama. Ako korisnik usluga nije zadovoljan preduzetim mjerama ili u propisanom roku nije obaviješten o preduzetim mjerama, može pokrenuti upravni spor.<sup>15</sup>

*Prof. dr Stevan Lilić\**

## APPEAL AND OBJECTION IN THE DRAFT LAW ON GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE OF SERBIA

### Summary

*The 2014 Serbia Progress Report of the European Commission states that the „Law on General Administrative Procedure is still to be adopted”. In mid 2013, the previous Ministry of Justice and Public Administration announced a Working Version of the Draft of the Law on General Administrative Procedure. In the meantime, a new Ministry of Public Administration and Local Self-Government was formed, which has charged by the Action Plan for the Implementation of the Strategy for the Reform of the Public Administration of Serbia for the 2014–2016 period as the responsible agency for the drafting of the new*

15 *Obrazloženje Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku Crne Gore*, str. 56–57 (dostupno na: [www.mup.gov.me/ResourceManager/FileDownload.aspx?rId](http://www.mup.gov.me/ResourceManager/FileDownload.aspx?rId)).

\* Stevan Lilić, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

*Law on General Administrative Procedure. However, the Draft is still within the competence of the Ministry of Justice. The quality of the Narrative of the Draft is very poor, and there are many contradictory formulations regarding the subject matter, the nature of administrative matters, etc. In regard to the existing Law, the Draft Law contains certain differences related to legal remedies. On one hand, some legal remedies are kept (appeal, review, administrative dispute, administrative supervision, annulment, on the other hand, a new remedy is introduced (objection), and finally some are excluded (extraordinary cancellation). The article deals in detail with the appeal and objection, and offers comparative insight in regard to these remedies in the Law on General Administrative Procedure of Croatian and the Draft Law on General Administrative Procedure of Montenegro.*

*Key words: Draft Law on General Administrative Procedure of Serbia. – Appeal and objection in administrative procedure.*



## PRAVO NA REGRES RODITELJA KOJI JE SAM IZDRŽAVAO DETE

### Apstrakt

*Osoba koja je faktički davala izdržavanje, a nije imala pravnu obavezu da to čini, na osnovu člana 165. Porodičnog zakona ima pravo na naknadu od lica koje je po tom zakonu bilo dužno da daje izdržavanje. Sve donedavno, u dugogodišnjoj sudskoj praksi redovnih sudova u Srbiji nikada nije bilo dovedeno u pitanje tumačenje prema kome se to pravilo ima primeniti i na onog roditelja koji je sam izdržavao dete, što znači da i taj roditelj ima pravo na regres od drugog roditelja. Međutim, Vrhovni kasacioni sud nedavno je doneo odluku koja nije u skladu sa prethodnim opšteprihvaćenim stavom u pogledu takvog tužbenog zahteva. Nasuprot takvom stanovištu, ovaj tekst prikazuje argumente koji, s jedne strane, pokazuju da se pojam „osobe koja je faktički davala izdržavanje, a nije imala pravnu obavezu” nesumnjivo mora primeniti i na roditelja koji jeste bio obavezan da doprinosi za izdržavanje svog deteta, ali ne i da bude jedini dužnik izdržavanja. S druge strane, roditelji solidarno odgovaraju za obaveze preuzete radi podmirenja potreba zajedničkog života u braku, kao i za obaveze koje po zakonu terete oba supružnika, pa je i njihova obaveza da podmiruju potrebe izdržavanja zajedničkog deteta zajednička i solidarna.*

*Ključne reči: Zakonsko izdržavanje. – Roditeljsko pravo. – Prava deteta.*

### 1. POJAM I PRAVNA PRIRODA ZAKONSKOG IZDRŽAVANJA

Obligacija izdržavanja je pravni odnos između dve određene strane u kome jedna strana (poverilac izdržavanja) ima pravo da zahteva od druge strane (dužnik izdržavanja) određeno davanje, koje se sastoji u obezbeđenju sredstava za zadovoljenje osnovnih životnih potreba.<sup>1</sup>

---

\* Autorka je redovna profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda Srbije. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije..

1 U literaturi se nailazi i na druge slične definicije izdržavanja: „Izdržavanje znači redovno snabdevanje jednog lica materijalnim dobrima u cilju podmirenja njegovih potreba.” – Gams, A., *Bračno i porodično imovinsko pravo*, Beograd 1966, str. 110; „Zakonsko izdržavanje je dužnost i pravo članova porodice, kojim se obezbeđuje redovno davanje u novcu ili u drugim materijalnim dobrima licu koje ne može samo obezbediti svoju egzistenciju, u cilju podmirenja svih njegovih potreba (potpuno izdržavanje), ili samo jednog dela

Obligacija izdržavanja nastaje iz različitih izvora. Može poticati iz ugovora (ugovor o doživotnom izdržavanju, ugovor o hraniteljstvu itd.), jednostranog pravnog posla (na primer, iz testamenta) ili drugih pravnih činjenica, kao što su brak, srodstvo i vanbračna zajednica.<sup>2</sup> Uobičajeno je da se u ovom poslednjem slučaju govori o *zakonskom* izdržavanju, zbog toga što se izdržavanje supružnika, odnosno vanbračnih partnera i srodnika uređuje zakonskim normama. Razume se, i ostali izvori obligacije izdržavanja takođe se, u krajnjoj liniji, zasnivaju na zakonu koji određenim pravnim činjenicama daje pravnu snagu i pretvara ih u izvore obligacija. Naime, nastanak svakog obligacionog odnosa uslovljen je postojanjem odgovarajućih pravnih činjenica koje su sadržane u pretpostavkama pravnih normi objektivnog prava. Pravne činjenice su veoma raznovrsne, tako da je moguće i korisno, posebno u teorijskom smislu, klasifikovati ih prema određenim merilima i zajedničkim osobinama. Rezultat takvog grupisanja jesu skupovi pravnih činjenica koji su u teoriji obligacionog prava označeni kao izvori obligacija.<sup>3</sup> U tom smislu, dakle, zakon ne bi mogao biti smatran nikakvim posebnim izvorom obligacije izdržavanja jer je zakon izvor obligacionog odnosa, ali samo kao opšti pravni akt koji određenom činjeničnom skupu daje pravnu snagu. Uprkos tome, zakon figurira u različitim klasifikacijama izvora obligacija kao naročit izvor nastanka obligacija, a među obligacijama koje su tipično „zakonske” gotovo redovno nailazi se i na obligaciju izdržavanja. Objašnjenje treba tražiti u češćoj i ustaljenijoj pojavi nekih pravnih činjenica u pravnom životu, čime one postaju imenovani izvori obligacija, što vodi proučavanju svakog izvora posebno. Drugi skupovi pravnih činjenica, koji po zakonu takođe vode nastanku obligacija, nemaju zajedničkih obeležja, te su se pretvorili u „zakonske” obligacije. Drugim rečima, i „zakonske” obligacije nastaju na osnovu nekih činjenica, a ne iz zakona samog po sebi, iz činjenica koje zakonska norma ne stvara, već samo priznaje. Međutim, kako je „zakonsko izdržavanje” opšte-prihvaćen pojam u pravnoj literaturi za supružansko, partnersko i srodničko izdržavanje, to će on biti upotrebljavan na isti način i u ovom tekstu.

Zakonsko izdržavanje ima nekoliko važnih karakteristika koje ukazuju na njegovu specifičnu pravnu prirodu i koje ga udaljavaju od drugih oblika izdržavanja. Najvažnije odlike pravne prirode zakonskog izdržavanja jesu sledeće: zakonsko izdržavanje je uređeno imperativnim normama (što znači da se poverilac i dužnik izdržavanja ne mogu sporazumevati o samom pravu, odnosno dužnosti izdržavanja, niti se poverilac izdržavanja može odreći

---

njegovih potreba (delimično izdržavanje).” – Mladenović, M., *Porodično pravo*, knjiga II, Beograd 1981, 561–562.

- 2 U domaćoj pravnoj književnosti bila je veoma rasprostranjena zabluda da je i građansko-pravni delikt izvor obligacije izdržavanja. Za iscrpnu argumentaciju protiv takvog stava, a za razlikovanje obaveze izdržavanja od naknade štete u obliku rente, videti Stanković, O., *Naknada štete u obliku rente*, Beograd 1975, str. 67–69, Katunac, Ž., *Pravna priroda i visina zahteva izdržavanih lica prema ubici njihovog izdržavaoca*, „Pravni život”, br. 2–3/1954, str. 43.
- 3 Opširnije o različitim podelama izvora obligacija u pravnoj teoriji i zakonodavstvu videti: Perović, S., *Obligaciono pravo*, Beograd 1980, str. 140–150.

svoga prava,<sup>4</sup> ali je dozvoljeno sporazumevanje o visini i modalitetima davanja izdržavanja<sup>5</sup>); zakonsko izdržavanje je lično imovinsko pravo (to svojstvo znači da je zakonsko izdržavanje i kao pravo i kao dužnost strogo vezano za ličnost poverioca i dužnika, pa se ne može prenositi na druge osobe ni *inter vivos* ni *mortis causa*;<sup>6</sup> pravo na zakonsko izdržavanje ne zastareva<sup>7</sup> (ali zastarevaju potraživanja povremenih davanja koja dospevaju godišnje ili u kraćim određenim vremenskim razmacima, i to za tri godine od dospelosti svakog pojedinog davanja<sup>8</sup>); obaveza zakonskog izdržavanja se može menjati kako zbog promenjenih okolnosti,<sup>9</sup> tako i u slučaju automatske mesečne

- 
- 4 Zabrana odricanja od prava na izdržavanje potvrđena je i zakonskom normom koja se odnosi na sva lica između kojih se može konstituisati zakonsko izdržavanje. Videti čl. 8. st. 2. Porodičnog zakona („Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 18/2005). No, nije tako bilo ranije. Naime, kako se među ranijim zakonskim odredbama srpskog prava nije nalazila i norma o zabrani odricanja od prava na izdržavanje između razvedenih bračnih drugova, Vrhovni sud Srbije je na osnovu sistematskog tumačenja tadašnjeg zakona zauzeo stanovište da se „razvedeni bračni drug može odreći prava na izdržavanje, odnosno prava na povećanje dosuđenog izdržavanja”. Videti: Pravno shvatanje Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 12. novembra 1990. Iz arhive suda. Takvo stanovište suda ne bi se moglo prihvatiti ne samo zato što je bilo u suprotnosti sa celokupnom dotadašnjom sudskom praksom nego, pre svega, zbog toga što nije nudilo nikakve valjane razloge za izrečeni stav. Nakon usvajanja novog Porodičnog zakona Srbije takvo tumačenje moralo bi se oceniti kao potpuno pogrešno. Opširnije o zabrani odricanja od supružanskog izdržavanja videti: Draškić, M., *Zasnivanje obligacije izdržavanja u bračnom pravu Jugoslavije*, Beograd 1986, str. 71–73.
  - 5 Videti čl. 82. st. 1. tačka 4. Zakona o javnom beležništvu („Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 31/2011). Nakon 1. septembra 2014. godine takav ugovor može se sačiniti samo u obliku javnobeležničkog zapisa, a početak primene ovog zakona određen je čl. 6. Zakona o izmenama Zakona o javnom beležništvu („Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 19/2013).
  - 6 Zbog takve prirode zakonskog izdržavanja nije dozvoljena kompenzacija sa bilo kojom drugom novčanom obavezom niti zakonsko izdržavanje može biti predmet prinudnog izvršenja. Videti čl. 341. tačka 5. Zakona o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ”, br. 29/1978 i „Službeni list SRJ”, br. 31/1993) i čl. 147. tačka 1. Zakona o izvršenju i obezbeđenju („Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 31/2011).
  - 7 Videti čl. 373. st. 3. Zakona o obligacionim odnosima. Od ovog pravila postoje samo dva izuzetka. Zastarevaju, naime, pravo na zakonsko izdržavanje razvedenog supružnika i partnera iz vanbračne zajednice. Videti čl. 279. st. 3. i 5. Porodičnog zakona.
  - 8 Videti čl. 372. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima. No, zastarevanje ne teče između bračnih drugova, između roditelja i dece dok traje roditeljsko pravo, između staraoca i štićenika, te između osoba koje žive u vanbračnoj zajednici. Videti čl. 381. Zakona o obligacionim odnosima.
  - 9 Videti čl. 164. Porodičnog zakona. Tumačenje te odredbe u pravnoj teoriji, međutim, nije bilo jedinstveno i dovelo je do nastanka dva različita pravna stanovišta. Prema jednom, promena visine izdržavanja predstavlja prečutnu primenu klauzule *rebus sic stantibus* u porodičnom pravu, pošto je sudu dozvoljeno da po zahtevu zainteresovanog lica poveća, snizi ili potpuno ukine obavezu izdržavanja, kao i da izmeni način izdržavanja dosuđen pravnosnažnom odlukom, ako su se okolnosti na osnovu kojih je odluka doneta docnije izmenile. Tako Prokop, A., *Porodično pravo – Odnosi roditelja i dece*, Zagreb 1972, 172, Perović, S., *op. cit.*, 423, Mitić, M., *Porodično pravo u SFRJ*, Beograd 1980, 413. Prema drugom stanovištu, nije reč o primeni pravila o uticaju promenjenih okolnosti koje funkcioniše u ugovornom pravu i na osnovu koga se ugovor može izmeniti, ili čak i

revalorizacija dosuđenog zakonskog izdržavanja u novcu;<sup>10</sup> obaveza zakonskog izdržavanja zavisi i od tzv. minimalne sume izdržavanja, koja predstavlja sumu koju kao naknadu za hranjenike odnosno lica na porodičnom smeštaju periodično utvrđuje ministarstvo nadležno za porodičnu zaštitu;<sup>11</sup> zakonsko izdržavanje ima privilegovan status u izvršnom postupku (što znači, s jedne strane, da zakonsko izdržavanje ima relativno prvenstvo namirenja kod prinudnog izvršenja prodajom nepokretnosti,<sup>12</sup> a s druge strane, izvršenje se sprovodi na minimalnoj zaradi, odnosno na invalidnini, ortopedskom dodatku ili invalidskom dodatku samo za potraživanja po osnovu zakonskog izdržavanja, kao i nekih vidova naknade štete, i to samo do iznosa od jedne polovine tih primanja<sup>13</sup>); zakonsko izdržavanje ima privilegovan status i u parničnom postupku (na primer, sud je dužan da naročito hitno postupa u sporovima o izdržavanju, što znači da se prvo ročište zakazuje u roku od osam dana od dana kada je tužba primljena u sudu, a drugostepeni sud dužan je da donese odluku u roku od 15 dana od dana kada mu je dostavljena žalba,<sup>14</sup> u parnicama za zakonsko izdržavanje mesno je nadležan, pored suda opšte mesne nadležnosti, i sud na čijem području tužilac ima prebivalište,

raskinuti, kada zbog izvanrednih događaja koji se nisu mogli predvideti u vreme zaključenja ugovora ispunjenje obaveze postane preterano otežano za jednu ugovornu stranu. Naprotiv, promena visine izdržavanja nije uslovljena, najčešće, nikakvim izuzetnim i nepredvidivim okolnostima, već činjenicom da se poremetio odnos između potreba poverioca izdržavanja i mogućnosti dužnika izdržavanja. Tako Stanković, V., *Zakonska obaveza izdržavanja u jugoslovenskom pravu*, doktorska disertacija, Beograd 1960, 194, Gams, A., *op.cit.*, 125, Korać, R., *Pravna priroda promjenljivosti visine zakonske alimentacije*, „Glasnik Advokatske komore Vojvodine”, br. 12/1985, 4–7.

- 10 Naime, poverilac izdržavanja može po svom izboru zahtevati da visina izdržavanja bude određena u fiksnom mesečnom novčanom iznosu ili u procentu od redovnih mesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja. Ako se poverilac izdržavanja opredeli za ovo drugo rešenje, visina izdržavanja, po pravilu, ne može biti manja od 15% niti veća od 50% redovnih mesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja (zarada, naknada zarade, penzija, autorski honorar itd.), umanjenih za poreze i doprinose za obavezno socijalno osiguranje. Ako, pak, dužnik izdržavanja ne ostvaruje stalna mesečna novčana primanja, logično je da se poverilac izdržavanja opredeli da zahteva da izdržavanje bude određeno u fiksnom mesečnom novčanom iznosu, pa u tom slučaju ne može biti govora o automatskoj mesečnoj revalorizaciji. Videti čl. 162. st. 1–2. Porodičnog zakona.
- 11 Ovakvom odredbom, dakle, sudovi dobijaju uputstvo da prilikom određivanja visine zakonskog izdržavanja vode računa da ono ne bude manje od onoga što građanima mora da obezbedi država na osnovu socijalnih davanja koja su najbližnja izdržavanju. Sa druge strane, razume se, dužnik izdržavanja uvek ima mogućnost da dokazuje da su potrebe poverioca izdržavanja manje nego što je to uobičajeno, odnosno da su prihodi dužnika izdržavanja nedovoljni da zadovolje kriterijum minimalne sume izdržavanja. Videti čl. 160. Porodičnog zakona. Na osnovu odluke Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, koja je na snazi od 7. maja 2014. godine, mesečna naknada za izdržavanje deteta u hraniteljskoj porodici iznosi 23.428,00 dinara. Videti <http://www.minrzs.gov.rs/doc/davanja/Cene%20porodicnog%20smestaja%20od%2001.05.2014%20SKENIRANO.pdf>
- 12 Videti čl. 137. tačka 2. Zakona o izvršenju i obezbeđenju.
- 13 Videti čl. 148. st. 2. i 4. Zakona o izvršenju i obezbeđenju.
- 14 Videti čl. 280. Porodičnog zakona.

odnosno boravište, ako je tužilac poverilac izdržavanja<sup>15</sup> itd.); zakonsko izdržavanje uživa posebnu zaštitu u krivičnom<sup>16</sup> i naslednom pravu<sup>17</sup> itd.

## 2. ŠTA JE PRAVO NA REGRES?

Među specifičnim odlikama pravne prirode zakonskog izdržavanja, dve su posebno važne za temu ove rasprave. Najpre, zakonsko izdržavanje se ne može tražiti za proteklo vreme jer je od davnina poznat i prihvaćen pravni princip da se ne živi u prošlosti (*in praeteritum non vivitur*). Stoga se izdržavanje ne može tražiti za vreme koje je proteklo, već samo za budućnost. U našoj sudskoj praksi prihvaćeno je stanovište da se izdržavanje, po pravilu, može dosuditi od momenta podnošenja tužbe, a samo izuzetno i za vreme od 6 meseci pre podnošenja tužbe, pod uslovom da poverilac izdržavanja navede opravdane razloge zbog kojih nije ranije podneo tužbu.<sup>18</sup>

S druge strane, isplaćeni iznosi zakonskog izdržavanja se ne vraćaju. Drugim rečima, ako je zakonsko izdržavanje davao onaj ko nije bio dužan ili je dužnik plaćao više nego što je bio dužan, zakonska obaveza izdržavanja pretvara se u naturalnu obligaciju prema poveriocu izdržavanja. Međutim, lice koje je faktički davalo izdržavanje ima pravo da zahteva naknadu tih troškova od onog ko je po zakonu bio dužan da daje izdržavanje. Štaviše, Porodični zakon je u okviru ove odredbe predvideo i to da ako je više lica istovremeno bilo dužno da daje izdržavanje, oni odgovaraju trećem licu solidarno za učinjene troškove izdržavanja. To znači da je svako od ovih lica u obavezi da ispuni ceo dug (tzv. pasivna solidarnost), ali samo do visine svojih materijalnih mogućnosti.<sup>19</sup>

Dakle, u situaciji kada dužnik zakonskog izdržavanja iz bilo kog razloga nije bio obavezan sudskom odlukom na plaćanje izdržavanja u vreme kada je to bilo neophodno (na primer, vanbračno očinstvo je utvrđeno više godina nakon rođenja deteta, poverilac izdržavanja uopšte nije podnosio tužbu za izdržavanje protiv dužnika, iako je na to imao pravo, jer je prebivalište dužnika izdržavanja bilo nepoznato, dužnik izdržavanja je duže vreme obećavao

15 Videti čl. 43. st. 1. Zakona o parničnom postupku („Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 72/2011).

16 Onaj ko ne daje zakonsko izdržavanje, a ta dužnost je utvrđena na osnovu izvršne odluke ili izvršnog poravnjanja pred sudom ili drugim nadležnim organom, podleže krivičnoj odgovornosti za krivično delo „nedavanje izdržavanja”. Videti čl. 195. Krivičnog zakonika („Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 85/2005).

17 Zbog nedostojnosti za nasleđivanje ne može biti zakonski ili testamentalni naslednik osoba koja se teže ogrešila o zakonsku obavezu izdržavanja prema ostaviocu. Videti čl. 4. st. 1. tačka 4. Zakona o nasleđivanju („Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 46/1995).

18 „Izdržavanje deteta unatrag, najduže za šest meseci, može se priznati pod izuzetnim uslovima, ako tužiteljica navede i dokaže opravdane razloge koji su je sprečili u pokretanju parnice ranije.” Videti odluku Vrhovnog suda Vojvodine Gzz. 62/52. Navedeno prema: Gams, *op. cit.*, 138.

19 Videti čl. 165. Porodičnog zakona. Opširnije o solidarnim obligacijama videti: Perović, *op. cit.*, 123. i dalje. Videti i čl. 414. i 423. Zakona o obligacionim odnosima.

da će obavezu dobrovoljno ispuniti i time poverioca izdržavanja dovodio u zabludu itd.), usvajanje tužbenog zahteva za izdržavanje za to proteklo vreme više ne bi bilo moguće. Budući da je neko drugi faktički izdržavao poverioca izdržavanja za to vreme, na putu da uspe u takvom sporu poveriocu izdržavanja stoji pomenuto pravilo da se ne živi u prošlosti. Kako iz same definicije zakonskog izdržavanja proizilazi da je ono namenjeno za podmirenje osnovnih egzistencijalnih potreba izdržavane osobe u vreme kada one postoje, činjenica da su te potrebe već podmirene u realnom vremenu koje je proteklo, odnosno da ih je podmirivao neko ko nije bio dužan da to čini, znači da njihovo zadovoljavanje više nije potrebno za to proteklo vreme, odnosno da se potraživanje onoga ko je i bez zakonske obaveze plaćao troškove izdržavanja pretvorilo u naturalnu obligaciju. Drugim rečima, posebnost pravne prirode zakonskog izdržavanja jeste u tome da se obezbedi uredno, a to znači nesmetano i kontinuirano snabdevanje poverioca izdržavanja sredstvima za pokriće osnovnih životnih troškova (kao što su stanovanje, ishrana, odevanje, zdravstvena zaštita itd.), odnosno podmirenje troškova neophodnih za zadovoljavanje drugih životnih potreba izdržavanog lica (na primer, potrebe za obrazovanjem, kulturom, održavanjem socijalnih kontakata, bavljenjem sportom i druge). Dakle, ono što je plaćeno kako bi se obezbedilo da se zaštiti egzistencija jednog lica zakonskim izdržavanjem i trebalo je da bude plaćeno i ne može se tražiti nazad, kako bi to inače bilo moguće kada su u pitanju opšta pravila obligacionog prava. Međutim, upravo zbog takve izuzetne prirode zakonskog izdržavanja moguće je nešto drugo, a to je pravo onoga ko je podmirivao troškove izdržavanja prema osobi prema kojoj takva obaveza po zakonu nije postojala, ili nije postojala u tom obimu u kome je izvršena, da se regresnim tužbenim zahtevom za naknadu troškova izdržavanja obrati onome ko je po zakonu bio dužan da daje izdržavanje, ili je njihova obaveza bila solidarna.

Takvo stanovište je kao nesporno bilo prihvaćeno u pravnoj teoriji<sup>20</sup> i u domaćoj sudskoj praksi decenijama unazad, bez obzira na to da li se radilo o pravu roditelja koji je sam izdržavao dete na naknadu troškova izdržavanja od drugog roditelja, ili je bila reč o nekom drugom slučaju zakonskog izdržavanja. Evo nekoliko tipičnih sentenci sudskih odluka koje su objavljivane u rasponu od preko 40 godina.

„Jedan od roditelja koji je sam izdržavao maloletno dete u toku više godina ima pravo da od drugog roditelja traži naknadu srazmernog dela učinjenih izdataka za proteklo vreme, kad je utvrđeno da je on sam snosio te izdatke zbog toga što je drugi roditelj svoju obavezu prema maloletnom detetu očito izbegavao (krije svoje boravište i mesto zaposlenja, davao lažne podatke o svom imenu, obećavao da će isplatiti svoju obavezu) i tako drugog roditelja održavao u zabludi.”<sup>21</sup>

20 Videti Gams, A., *op. cit.*, 123–124. i 161–162, Bakić, V., *Porodično pravo u SFRJ*, Beograd 1988, 361, Mitić, M., *Porodično pravo u SFRJ*, Beograd 1980, 411, Mladenović, M., *op. cit.*, 569.

21 Videti odluku Vrhovnog suda Srbije Rev. 769/65 od 18. juna 1965. Navedeno prema Jan-ković, M., *Komentar Zakona o braku i porodičnim odnosima*, Beograd 1981, 229.



„Lice koje je učinilo troškove radi izdržavanja nekog lica ima pravo da traži naknadu tih troškova od lica koje je bilo obavezno da daje izdržavanje, ukoliko su ti troškovi bili nužni, bez obzira da li je lice koje je učinilo troškove i samo bilo obavezno da daje izdržavanje izdržavanom licu.”<sup>22</sup>

„Kada je samo jedan od roditelja doprinosa izdržavanju zajedničke maloletne dece, a drugi roditelj to nije činio, iako je bio u mogućnosti, onda roditelj koji je snosio troškove izdržavanja zajedničke maloletne dece ima pravo da traži da mu drugi roditelj naknadi deo tih troškova u iznosu kojim bi bio, srazmerno svojim materijalnim mogućnostima, obavezan da doprinosi izdržavanju svog deteta.”<sup>23</sup>

„Roditelj koji je faktički snosio troškove izdržavanja maloletnog deteta može, u smislu odredbe člana 319. Zakona o braku i porodičnim odnosima, u svoje ime ostvarivati pravo na naknadu tih troškova od drugog roditelja, koji je po zakonu bio dužan da ih snosi.”<sup>24</sup>

### 3. PRAVO I DUŽNOST RODITELJA DA IZDRŽAVAJU SVOJE DETE

Obaveza roditelja da izdržavaju svoju maloletnu decu univerzalno je priznata kao jedna od osnovnih i najvažnijih dužnosti iz sadržine roditeljskog prava. U tom pogledu sva su deca u jednakom položaju pred zakonom, bez obzira na svoj status bračnog, odnosno vanbračnog deteta. Obaveza roditelja da izdržavaju svoje maloletno dete zajednička je obaveza roditelja, bez obzira na to koji od roditelja vrši roditeljsko pravo i da li uopšte vrši roditeljsko pravo.<sup>25</sup> Ista obaveza pogađa i druge krvne srodnike u pravoj ushodnoj liniji, ako roditelji nisu živi ili nemaju dovoljno sredstava za izdržavanje.<sup>26</sup>

Roditelji su dužni da izdržavaju dete iz sopstvene imovine ili prihoda, a u skladu sa svojim mogućnostima. Mogućnosti roditelja, međutim, ne procenjuju se na način na koji se to čini kada su u pitanju neki drugi oblici zakonskog izdržavanja, već se smatra da su roditelji uvek dužni, makar i po cenu žrtvovanja nekih sopstvenih potreba, da obezbede izdržavanje svom maloletnom detetu.<sup>27</sup> Otuda okolnost što je roditelj, na primer, nezaposlen i bez

22 Videti presudu Vrhovnog suda Srbije Gzz. 286/75 od 28. aprila 1976. Navedeno prema Janković, M., *op. cit.*, 228.

23 Videti odluku Vrhovnog suda Srbije Rev. 2408/83. Zbirka sudskih odluka iz oblasti građanskog prava 1973–1986, Beograd 1986, odluka br. 1068.

24 Videti presudu Vrhovnog suda Srbije Rev. 292/04. Navedeno prema: Vuković, S., Stanojčić, G., *Komentar Porodičnog zakona*, Beograd 2013, 190.

25 Videti čl. 154. st. 1. Porodičnog zakona. To, drugim rečima, znači da se ni roditelj koji je potpuno ili delimično lišen roditeljskog prava ne oslobađa dužnosti da izdržava svoju decu. Videti čl. 81. st 4. i čl. 82. st. 2. Porodičnog zakona.

26 Videti čl. 154. st. 2. Porodičnog zakona.

27 U nekim zakonskim tekstovima obaveza roditelja se slikovito formuliše kao dužnost roditelja da u izvršavanju obaveze izdržavanja iskoriste „sve svoje mogućnosti i sposobno-

sopstvene imovine, što još studira, što se nalazi na odsluženju vojnog roka ili na izdržavanju kazne zatvora, odnosno što je svojom voljom raskinuo radni odnos, ne predstavlja izvinjavajući razlog za oslobađanje roditelja od obaveze izdržavanja maloletnog deteta.<sup>28</sup> Jednom rečju, roditelji su dužni da se odriču vlastitog egzistencijalnog minimuma i da ulažu posebne napore za pribavljanje potrebnih materijalnih sredstava kada je u pitanju njihova obaveza izdržavanja maloletnog deteta.

Ukoliko roditelji nemaju dovoljno materijalnih sredstava, a dete stiće prihode (dete koje je navršilo 15 godina života i svojim radom ostvaruje zaradu) ili poseduje imovinu, ono je dužno da doprinosi za svoje izdržavanje. U svakom slučaju, međutim, dužnost deteta je da samo delimično podmiruje potrebe svog izdržavanja iz sopstvene zarade ili imovine i ona je supsidijarna u odnosu na dužnost roditelja i krvnih srodnika.<sup>29</sup> Štaviše, uz odobrenje or-

sti". Videti čl. 215. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine. Slično se izjašnjava i sudska praksa: „Roditelj je dužan uzdržavati svoje malodobno dijete i onda ako to ide na štetu njegova vlastita izdržavanja." Videti odluku Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 469/79 od 16. marta 1979, Pregled sudske prakse, Prilog Naše zakonitosti, br. 15/1979, odluka br. 60. „Roditelji su dužni uzdržavati svoju malodobnu djecu čak i onda ako bi došlo u pitanje i samo nužno uzdržavanje roditelja." Videti odluku Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 2548/76 od 17. juna 1976, Pregled sudske prakse, Prilog Naše zakonitosti, br. 10/1976, odluka br. 35.

„Polazeći od sadržine odredaba o izdržavanju... obim obaveze izdržavanja se ne može svesti na obezbjeđenje osnovnih životnih potreba, nego će se smatrati da je roditelj ovu obavezu ispunio samo ukoliko je djetetu obezbijedio takav nivo životne egzistencije koji odgovara njegovim materijalnim mogućnostima." Videti Odluku Okružnog suda u Zenici Gž. 251/80 od 24. oktobra 1980, Bilten Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, br. 3/1981, 6.

- 28 „U sporu za izdržavanje za zaključak o mogućnostima roditelja da doprinosi izdržavanju svoje maloletne dece nije od odlučujućeg značaja okolnost što je jedan roditelj student, već se mora utvrditi... da je on u mogućnosti da stiće zaradu." Videti odluku Vrhovnog suda Srbije Gž. 728/85.

„Okolnost da je jedan roditelj nezaposlen i bez sopstvene imovine ne oslobađa ga obaveze da doprinosi izdržavanju maloletne dece." Videti odluku Vrhovnog suda Srbije Gž. 732/84.

„Okolnost da se roditelj izvesno vreme nalazi na odsluženju vojnog roka, uzeta sama za sebe, nije dovoljna za zaključak o neosnovanosti zahteva maloletnog deteta za obezviavanje tog roditelja na izdržavanje." Videti odluku Vrhovnog suda Srbije Gž. 158/84.

„Lice koje se nalazi na izdržavanju kazne zatvora dužno je da doprinosi izdržavanju svoje maloletne dece, ako je, s obzirom na ušteđevinu, prihode od imovine ili druge prihode, u mogućnosti da daje izdržavanje." Videti odluku Vrhovnog suda Srbije Gž. 724/85.

„Bez značaja je za obavezu roditelja da izdržavaju svoju maloletnu decu okolnost što je jedan od roditelja svojom voljom prekinuo radni odnos, ako je taj roditelj sposoban za rad i privređivanje i ostvarivanje zarade i van radnog odnosa, jer se i takvim radom mogu obezbeđivati sredstva potrebna za izdržavanje maloletne dece." Videti odluku Vrhovnog suda Srbije Gž. 1459/84. Sve odluke navedene u ovoj fusnoti objavljene su u Zbirci sudskih odluka iz oblasti građanskog prava 1973–1986, Beograd, 1986, odluke br. 1015, 1016, 1019, 1020 i 1021.

- 29 Videti čl. 154. st. 3. Porodičnog zakona. Konvencija o pravima deteta predviđa da roditelji imaju prvenstvenu odgovornost da, u okviru svojih sposobnosti i finansijskih mogućnosti, obezbede životne uslove potrebne za razvoj deteta i životni standard primeren fizičkom, mentalnom, duhovnom, moralnom i socijalnom razvoju deteta. S druge strane, države članice su obavezane i da preduzimaju sve odgovarajuće mere kako bi obezbedile da dete dobije izdržavanje od roditelja te da pomognu roditeljima u tom cilju (obezbeđujući materijalnu pomoć, programe potpore, podsticanje pristupanju međunarodnim



gana starateljstva, roditelji mogu otuđiti ili opteretiti i samu imovinu deteta radi njegovog izdržavanja.<sup>30</sup>

Ako roditelj ne izvršava svoju obavezu izdržavanja prema maloletnom detetu, koja je utvrđena izvršnom sudskom odlukom ili izvršnim poravnanim pred sudom, može biti i krivično odgovoran.<sup>31</sup> Drugi roditelj, koji vrši roditeljsko pravo, dužan je da protiv njega u ime deteta pokrene i vodi spor o izdržavanju, odnosno spor za izmenu odluke o izdržavanju. Najzad, umesto roditelja koji iz neopravdanih razloga ne zahteva izdržavanje za dete, tužbu za izdržavanje deteta može podneti i organ starateljstva.<sup>32</sup>

Izdržavanje maloletnog deteta nameće posebne obaveze i za sud. Najpre, u bračnom sporu, kao i u maternitetskom i paternitetskom sporu, sud je dužan da odluči o vršenju roditeljskog prava, a odluka o vršenju roditeljskog prava uvek sadrži i odluku o izdržavanju deteta.<sup>33</sup> S druge strane, ako je poverilac izdržavanja dete, sud mora voditi računa ne samo o minimalnoj sumi izdržavanja, već je dužan da donese odluku koja će visina utvrđenog izdržavanja omogućiti takav nivo životnog standarda za dete kakav uživa roditelj dužnik izdržavanja.<sup>34</sup> To znači da će potrebe deteta kao poverioca izdržavanja zavisiti ne samo od objektivnih okolnosti (godine, zdravlje, obrazovanje, sport itd.) nego i od subjektivno većih mogućnosti za davanje izdržavanja koje su utvrđene na strani njegovog roditelja kao dužnika izdržavanja. Najzad, ako ima više poverilaca izdržavanja, pravo deteta na izdržavanje ima prvenstvo, što znači da je sud dužan da u slučaju odlučivanja o više istovremenih zahteva za izdržavanje vodi računa da se prvenstveno mora namiriti potreba deteta za izdržavanjem.<sup>35</sup>

Najzad, kao što je već rečeno, ako je više lica istovremeno bilo dužno da daje izdržavanje, oni odgovaraju trećem licu solidarno za učinjene troškove izdržavanja. Nema nikakvog razloga da se to pravilo o pasivnoj solidarnosti ne odnosi i na roditelje kao dužnike izdržavanja u odnosu na njihovo maloletno dete.<sup>36</sup> Upravo takvo stanovište, u skladu sa višegodišnjom sudskom praksom, zauzimaju i dalje apelacioni sudovi u Srbiji:

---

sporazumima itd.). Videti čl. 27. Konvencije o pravima deteta. Tako i Mladenović, M., *op. cit.*, 613. Suprotan stav iznela je prof. Ana Prokop. Ona je smatrala da ako dete ima prihoda – bilo od svog rada, bilo od svoje imovine – ti prihodi prvenstveno treba da se upotrebe za pokriće njegovog izdržavanja, a tek ako oni nisu dovoljni, razliku moraju podmiriti roditelji iz svojih prihoda ili imovine. Videti Prokop, A., *op. cit.*, str. 148

30 Videti čl. 193. st. 3–4. Porodičnog zakona.

31 Videti čl. 195. Krivičnog zakonika (krivično delo „nedavanje izdržavanja”).

32 Videti čl. 278. st. 3. Porodičnog zakona.

33 Videti čl. 226. st. 1. i čl. 260. st. 1. u vezi čl. 272. st. 1–2. Porodičnog zakona.

34 Videti čl. 162. st. 3. Porodičnog zakona.

35 Videti čl. 166. st. 4. Porodičnog zakona. Upravo takav ispravan stav zauzela je sudska praksa i pre nego što je donet novi Porodični zakon: „Zakonska obaveza roditelja dece da izdržavaju svoje roditelje se isključuje ako roditelji dece nisu u mogućnosti da zbog obaveze izdržavanja dece doprinose izdržavanju svojih roditelja.” Videti odluku Vrhovnog suda Srbije Rev. 825/05 od 25. oktobra 2006, Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 74/2006, 87–89.

36 Videti čl. 165. Porodičnog zakona.

„Naime, presuda kojom je utvrđeno da je tuženi prirodni otac maloletnog S. I. ima deklaratorni karakter, što znači da je sud presudom samo utvrdio postojanje ove činjenice – očinstva tuženog u odnosu na maloletnog S. I. Taj odnos nije sudskom presudom konstituisan niti je tuženi postao otac u momentu donošenja presude, već je to od rođenja deteta, od kada je i dužnik njegovog izdržavanja po samom zakonu. Oba roditelja, i tužilja i tuženi su solidarni dužnici izdržavanja S. I. kao poverioca izdržavanja. Stoga se na ovaj odnos, nasuprot stavu prvostepenog suda, ima primeniti odredba čl. 165. stav 2. Porodičnog zakona, kojom je propisano da ako je više lica istovremeno bilo dužno da daje izdržavanje, njihova obaveza je solidarna. To znači da ukoliko jedan od solidarnih dužnika u celosti ispuni obavezu prema poveriocu, on kao isplatilac može tražiti od svakog od ostalih solidarnih dužnika da mu naknadi ono što je platio za njega.”<sup>37</sup>

„Član 165. Porodičnog zakona predviđa da lice koje je davalo izdržavanje, a nije imalo pravnu obavezu za to, ima pravo na naknadu od lica koje je po zakonu bilo dužno da izdržavanje plaća poveriocu izdržavanja. Ako je više lica bilo dužno da plaća izdržavanje, njihova obaveza je solidarna. Dakle, više lica bi solidarno odgovaralo onom licu koje je faktički davalo izdržavanje, a nije imalo pravnu obavezu. Logičkim tumačenjem člana 165. stav 2. Porodičnog zakona sledi da, ako je jedan solidarni dužnik izdržavanja sam snosio troškove izdržavanja poverioca izdržavanja, takođe ima pravo od drugog solidarnog dužnika da ostvari naknadu. Dakle, lice koje je tužioca izdržavalo od rođenja do završetka redovnog školovanja bi bilo legitimisano na podnošenje ovakve tužbe, a ne poverilac izdržavanja. On je bio legitimisan na podnošenje tužbe za izdržavanje za vreme za koje se traži tekuće izdržavanje, od podnošenja tužbe pa ubuduće.”<sup>38</sup>

#### 4. POKUŠAJ VRHOVNOG KASACIONOG SUDA DA PREOKRENE SUDSKU PRAKSU?

Vrhovni kasacioni sud je, međutim, u jednoj skorašnjoj odluci iznenada odstupio od ranijeg stanovišta Vrhovnog suda Srbije i pokušao da preokrene dosadašnju čvrsto utemeljenu praksu svih nižesetepenih sudova, usmeravajući je u suprotnom pravcu:

„Odredbom člana 165. stav 1. Porodičnog zakona, lice koje je faktički davalo izdržavanje, a nije imalo pravnu obavezu, ima pravo na naknadu od lica koje je po ovom zakonu bilo dužno da daje izdržavanje. Imajući navedeno u vidu, pravilno su nižestepeni sudovi odbili

37 Videti rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Gž. 196/11 od 28. marta 2011. Navedeno prema Vuković, S., Stanojčić, G., *op. cit.*, 189.

38 Videti presudu Apelacionog suda u Novom Sadu Gž. 170/12 od 14. marta 2012. Iz arhive suda.

eventualni tužbeni zahtev tužilje M. da joj tuženi na ime regresa za izdržavanje njihove zajedničke dece isplati traženi iznos. Stoga što je tužilja, kao roditelj, imala zakonsku obavezu da doprinosi izdržavanju zajedničke maloletne dece stranaka, pa zato nema pravo na naknadu datih sredstava za izdržavanje od lica koje je po zakonu takođe dužno da daje izdržavanje.”<sup>39</sup>

Na osnovu ovakvog obrazloženja moguće je pretpostaviti da je Vrhovni kasacioni sud svoje stanovište zasnovao na tumačenju prema kojem pravo na regresni zahtev za naknadu troškova učinjenih radi izdržavanja maloletnog deteta imaju sva treća lica prema onome ko je bio dužan da plaća zakonsko izdržavanje, ali da to pravo nema drugi roditelj „...stoga što je tužilja, kao roditelj, imala zakonsku obavezu da doprinosi izdržavanju zajedničke maloletne dece stranaka, pa zato nema pravo na naknadu datih sredstava...” Drugim rečima, pravo na naknadu troškova učinjenih na ime izdržavanja može da ostvari samo osoba koja nije imala nikakvu obavezu davanja zakonskog izdržavanja, a ne i dužnik izdržavanja koji je tu svoju obavezu ostvarivao u većem obimu od onoga na koji je bio obavezan.

Takvo stanovište, po mom mišljenju, potpuno je pogrešno. Naime, tačno je da je majka dece, koja je bila tužilja u ovom sporu, imala obavezu da doprinosi izdržavanju zajedničke maloletne dece stranaka, ali nikako nije bila dužna da to čini sama. Obaveza zakonskog izdržavanja maloletnog deteta tereti potpuno jednako oba roditelja i to na način, kao što je već rečeno, da takvu obavezu moraju izvršavati čak i po cenu ugrožavanja sopstvene egzistencije, odnosno tako da visina utvrđenog izdržavanja omogući detetu takav nivo životnog standarda kakav uživa roditelj dužnik izdržavanja. Upravo kako to i sam kaže u ovoj presudi Vrhovni kasacioni sud – majka je imala obavezu da „doprinosi” izdržavanju zajedničke dece – što bez sumnje mora značiti da ako je njen doprinos bio i jedini izvor izdržavanja za maloletnu decu, ona je svoju obavezu vršila u meri većoj od one na koju je bila dužna. Stoga se i na roditelja koji je sam podnosio troškove izdržavanja maloletnog deteta mora odnositi jezičko značenje norme iz člana 165. stav 1. Porodičnog zakona jednako kao i na svako treće lice, u tom smislu da „lice koje je faktički davalo izdržavanje, a nije imalo pravnu obavezu” svakako obuhvata kako onog ko je plaćao iako uopšte nije bio obavezan, tako isto i onog ko je plaćao više nego što je bio dužan. Drugim rečima, pojam onoga „ko nije bio obavezan” logički može značiti da nije uopšte bio obavezan, kao i da nije bio obavezan u meri u kojoj je bio preuzeo plaćanje izdržavanja. Štaviše, upitanost o razlozima za promenu stava Vrhovnog kasacionog suda još je i veća kada se ima na umu da je Zakon o braku i porodičnim odnosima – u vreme čijeg važenja je formirana jednoobrazna sudska praksa o kojoj je ranije bilo reči – na vrlo sličan način definisao ostvarivanje prava na naknadu za dato izdržavanje.<sup>40</sup>

39 Videti presudu Vrhovnog kasacionog suda Rev. 857/10 od 15. septembra 2010. Iz arhive suda.

40 „Fizičko ili pravno lice koje je snosilo troškove izdržavanja nekog lica može tužbom tražiti naknadu tih troškova od onoga, ko je po ovom zakonu dužan da daje izdržavanje,

S druge strane, Porodični zakon takođe predviđa da za obaveze preuzete radi podmirenja potreba zajedničkog života u braku, kao i za obaveze koje po zakonu terete oba supružnika, odgovaraju supružnici solidarno svojom zajedničkom i posebnom imovinom.<sup>41</sup> Nema sumnje da je obaveza zakonskog izdržavanja maloletnog deteta upravo primer za obavezu koja po zakonu tereti oba roditelja. Štaviše, istovetnu odredbu poznavao je i raniji srpski Zakon o braku i porodičnim odnosima<sup>42</sup> i upravo na osnovu takvog tumačenja formirala se i učvrstila dugogodišnja praksa redovnih sudova i nepodeljena podrška koju je takva primena zakona dobila u pravnoj teoriji.<sup>43</sup> Zbog toga ostaju nedovoljno jasni razlozi koji su motivisali naš najviši sud da promeni stav i usmeri sudsku praksu u suprotnom pravcu. Razume se, promena stava suda je načelno dopuštena i legitimna, ali se za tako nešto uvek moraju pružiti uverljivi razlozi, kako bi se otklonila svaka sumnja u objektivnu nepristrasnost suda u slučaju u kome donosi „prevratničku” odluku.

Najzad, opšti standardi zaštite ljudskih prava, koje potvrđuju odredbe o ravnopravnosti roditelja u Ustavu,<sup>44</sup> Konvenciji o pravima deteta,<sup>45</sup> Protokolu broj 7 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>46</sup> i Porodičnom zakonu,<sup>47</sup> kao i bogata sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava<sup>48</sup>, zahtevaju da roditelji u svojim pravima i obavezama prema deci budu u apsolutno jednakoj poziciji. To je pravično i na najbolji način služi zaštititi najboljeg interesa deteta.

---

ukoliko su učinjeni troškovi bili potrebni.” (čl. 319. st. 1. Zakona o braku i porodičnim odnosima).

41 Videti čl. 187. st. 1. Porodičnog zakona.

42 Videti čl. 336. st. 2. Zakona o braku i porodičnim odnosima.

43 Štaviše, jednu od retkih presuda koje su odstupale od dobro ustanovljene prakse Vrhovnog suda Srbije, u kojoj je zauzeto stanovište da roditelj koji je bio u mogućnosti da sam izdržava dete i da nije bio potreban doprinos drugog roditelja zbog toga nema pravo da traži od tog dugog roditelja da mu ovaj ma šta naknadi na ime svog doprinosa za izdržavanje, već da bi to pravo imao samo roditelj koji se zadužio radi izdržavanja deteta, oštro je kritikovao profesor Andrija Gams. Prema njegovom mišljenju: „Odluka je sasvim nepravilna. Bez obzira koliko priroda ima jedan roditelj, mora da doprinosi i drugi roditelj izdržavanju zajedničkog deteta prema svojim mogućnostima. Nije od pravnog značaja da li se jedan roditelj u tu svrhu zadužio ili nije.” Videti odluku Vrhovnog suda Srbije Rev. 259/58 i Gams, A., *op. cit.*, 167.

44 „Roditelji imaju pravo i dužnost da izdržavaju, vaspitavaju i obrazuju svoju decu, i u tome su ravnopravni.” (čl. 65. st. 1. Ustava)

45 „Države članice će uložiti sve napore kako bi se uvažavalo načelo da oba roditelja imaju zajedničku odgovornost u podizanju i razvoju deteta. Roditelji ili, u zavisnosti od slučaja, zakoniti staratelji imaju glavnu odgovornost za podizanje i razvoj deteta. Interesi deteta su njihova osnovna briga.” (čl. 18. st. 1. Konvencije o pravima deteta)

46 „Supružnici uživaju jednaka prava i dužnosti u međusobnim građansko-pravnim odnosima, kao i u njihovom odnosu prema deci u vezi sa brakom ili u slučaju razvoda.” (čl. 5. Protokola br. 7. uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima)

47 „Roditelji su ravnopravni u vršenju roditeljskog prava.” (čl. 7. st. 2. Porodičnog zakona)

48 Videti, umesto svih drugih: *Case of Evans v. United Kingdom*, No. 6339/05 od 7. marta 2006, § 64–68.

## 5. EPILOG UMESTO ZAKLJUČKA

I pored toga što je Vrhovni kasacioni sud pokušao da preusmeri dosadašnju sudsku praksu novim tumačenjem odredbe Porodičnog zakona o pravu na regres roditelja koji je sam izdržavao dete, a prema drugom roditelju koji se o tu obavezu ogrešio, jedno Veće Apelacionog suda u Beogradu istrajalo je na svom ranijem stanovištu:

„Roditelji imaju obavezu da izdržavaju dete. Njihova obaveza je proistekla iz zakona. Roditelj koji je isključivo ili u delu većem nego što je obavezan, učestvovao u izdržavanju deteta ima pravo da potražuje od drugog roditelja (koji je u celini ili delimično zanemario svoju obavezu izdržavanja prema detetu) da mu nadoknadi deo troškova koje je imao za izdržavanje zajedničkog deteta, a koji deo je srazmeran materijalnim mogućnostima roditelja koji nije uredno izvršavao svoju obavezu izdržavanja i koja naknada, istovremeno, mora da odgovara potrebama deteta kao poverioca izdržavanja. Dakle, roditelj koji je izdržavao dete ima pravo na regres – pravo na vraćanje od roditelja koji nije učestvovao u izdržavanju deteta. U suprotnom došlo bi do sticanja bez osnova kod roditelja koji je zanemario svoju zakonsku obavezu izdržavanja deteta... Roditelji solidarno odgovaraju za izdržavanje dece. ... Njihova obaveza je solidarna i proističe iz istog osnova... pa tužilac u smislu člana 218. i 423. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima ima pravo da od tužene kao drugog roditelja traži da mu nadoknadi deo troškova koje je on utrošio za izdržavanje zajedničke dece i koji deo je srazmeran materijalnim mogućnostima tužene u tom periodu i koji je po zakonu bila dužna da plaća na ime svog doprinosa za izdržavanje zajedničke dece, a koji istovremeno u svemu odgovara i potrebama dece kao poverilaca izdržavanja.”<sup>49</sup>

Nakon što je Odeljenje sudske prakse Apelacionog suda u Beogradu zaustavilo ovu odluku kao spornu – a imajući u vidu izrečeno stanovište u citiranoj presudi Vrhovnog kasacionog suda – pitanje je razmotreno najpre na sednici Građanskog odeljenja, a potom i na sednici svih sudija Apelacionog suda u Beogradu, koja je održana 1. oktobra 2014. godine. Tom prilikom, Apelacioni sud u Beogradu je, većinom glasova svih prisutnih sudija (46 prema 14), odlučio da ostane pri svom stavu, odnosno da ne prihvati stanovište Vrhovnog kasacionog suda da se pravo na regres za isplaćeno izdržavanje može uspešno isticati prema svim trećim licima, ali ne i prema drugom roditelju deteta.<sup>50</sup>

49 Videti presudu Apelacionog suda u Beogradu Gž. 1197/12 od 6. decembra 2012, kojom je preinačena presuda Osnovnog suda u Zaječaru P. 117/12 od 21. maja 2012. Iz arhive suda. Videti takođe Govedarica, M., *Solidarnost obaveze roditelja da izdržavaju dete*, referat sudije izvestioca za sednicu Građanskog odeljenja Apelacionog suda u Beogradu od 22. marta 2013, str. 4.

50 Videti opširnije Govedarica, M., *Neka sporna pitanja iz porodičnog prava*, referat pripremljen za Godišnje savetovanje sudija Srbije „Sudijski dani – 2014“, Vrnjačka Banja, 5–7. oktobar 2014, 10.

*Prof. dr Marija Draškić\**

## RIGHT TO RECOVERY OF THE PARENT WHO WAS THE SOLE PARENT-SUPPORT DEBTOR

### Summary

*According to the Article 165 of the Serbian Family Act a person who has actually provided support without being legally obliged to do so has the right to recovery from the person who, according to this Act, was under the obligation to provide support. Until recently, it was never challenged in the long-standing jurisprudence of the Serbian regular courts that this rule should be also applied to the only parent who maintained the child and that he/she should have the right to recovery from the other parent. However, the Supreme Court of Cassation announced the decision which is not in line with the former common understanding of such a claim. Contrary to this attitude, this text reveals the arguments that, on one hand, the notion of „person who has actually provided support without being legally obliged to do so” is without any doubt applicable also to the parent who was legally obliged to give support to his/her child, but not as a sole parent-support debtor. On the other hand, spouses are jointly and severally liable with their joint and separate properties for obligations undertaken to satisfy the needs of cohabitation in marriage, as well as for obligations which, by law, burden both spouses, and following the rule that if more than one person were under the obligation to provide support at the same time, their obligations are joint and several.*

Key words: *Support. – Parental rights. – Rights of the child.*

---

\* Marija Draškić, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. Judge of the Constitutional Court of Serbia. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.



## ПРИЛОГ ИСТРАЖИВАЊУ ФЕНОМЕНОЛОГИЈЕ ОСТРАКИЗМА ИНТЕЛЕКТУАЛАЦА У СРБИЈИ

### Апстракт

Освећљавајући пројект интелектуалаца у Србији, аутор је прво указао на феномен остракизма интелектуалаца који је дубоко укоренjen у српској традицији. На тај остракизам накалемио се бољшевички антиинтелектуализам који је системски и систематски вршио немирање јавне државе, независне уметности и слободне мишљења. У периоду од 1945. до краја деведесетих година, у Србији и Југославији је на делу био политички систем у којем је технологија политичке репресије била добро осмишљена – комплексна и деловорна. Идејно-политичка основа те репресије била је ригидна комунистичка идеологија, култура Титове личности, те деловање партије и друштвених организација. Инструментне политичке репресије чинили су војска и полиција, као инструментне силе и службе државне безбедности. Нормативнојавни оквир политичке репресије оствариван је кривичнојавним законодавством и инструментализацијом јавног живота. Освећљена су четири типа пројекта интелектуалаца: (1) пројект народних непријатеља, (2) суђење за деликт мишљења, (3) забране књижевности, новина, часописа, позоришних представа, филмова и ТВ емисија и (4) културно-политички случајеви. Будући да су узроци, садржина и јавне манифестације поменутих случајева политичке репресије и пројекта интелектуалаца у Србији недовољно истражени у нашој друштвеној науци, аутор се залаже за критичко преиспитивање ауторитарних аспеката прошлости српског друштва и културе и за ново критичко вредновање наше савремене политичке и културне историје. Он сматра да је остракизам интелектуалаца непримерен модерном друштву знања, научно-техничкој професији, слободи, демократији и владавини права. Присуство аутономној, критичкој интелектуалаца у модерном јавном животу кључ је слободи и демократији. Стога избор зналаца и расуло интелектуалној хабитуса могу имати кобне последице за судбину наше државе.

Кључне речи: Политичка репресија у Србији. – Антиинтелектуализам. – Остракизам интелектуалаца. – Деликт мишљења. – Забрана уметничких и научних дела. – Издаја и аутокомпромисијација интелектуалаца.

\* Др Јовица Тркуља, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у јавни систем Србије (179059)*, који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

## УВОД

1. – У најширем смислу, остракизам је у старој Грчкој означавао гласање црепићем да би се одлучило о прогонству на одређено време оних истакнутих грађана за које се сматрало да су опасни за државну заједницу. Временом су се искристалисала два основна значења термина „остракизам”: „(1) суд грађана у старој Грчкој који је осуђивао потенцијалне угрожаваоце власти на привремено прогонство из Атине; (2) политичка идеологија у тоталитарним друштвима која се залаже за прогон неподобних особа из јавног живота; јавни презир, бојкот.”<sup>1</sup>

У античкој Атини остракизам је политичка мера која је првобитно била уперена против људи који су желели да врате тиранију или да на неки други начин подрију државу. Та мера се убрзо претворила у средство политичког разрачунавања међу неистомишљеницима. Аристотел у свом *Устава атинском* пише да је институт остракизма увео атински законодавац Клистен 508/7. год. пре н. е. и да је почео да се примењује 487. год. пре н. е.<sup>2</sup> Примењиван је против оних грађана који су својим великим утицајем угрозили демократију у полису.

Одлуку о остракизму доносила је еклесија, народна скупштина у античкој Атини коју су чинили сви слободни грађани. Чланови еклесије су на комадићу црепа – остракону (грч. *остракон*: глинени цреп) исписивали име суграђанина који је, по њиховом мишљењу, требало да буде протеран. Као разлози за остракизам најчешће су помињани утицај на суграђане, али и расипништво, корупција, безбожништво, „кварење омладине” и сл. Одлука је доношена уколико је 6.000 грађана гласало за прогон. Остракизовани је морао да напусти град у року од десет дана. Одлазио је у иностранство где је остајао пет до десет година. Није се сматрао нечасном особом и задржавао је своју имовину и грађанска права. Одлука о помиловању остракизованог доношена је на сличан начин.<sup>3</sup>

У античкој Грчкој остракизам није често примењиван, а случајеви помиловања били су релативно чести. У периоду од 487. до око 415. год. пре н. е. може се говорити о десетак случајева остракизма, при чему су сви протерани 488–481. год. пре н. е. опозвани у Атину да би грађани успоставили „свето јединство” у време Ксерксовог похода из 480. Многи истакнути политичари су помоћу остракизма успевали да се реше својих најопаснијих противника и да учврсте политички положај. Тако је, на пример, Темистокле остракизмом из Атине протерао Аристиду, вођу умерене струје која се супротстављала напредовању демократије (483. год. пре н. е.). Историчари су забележили да је установа слична остракизму постојала у V веку пре н. е. у Сиракузи под именом *џе-*

1 Иван Клајн, Милан Шипка, *Велики речник стараних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад 2007, стр. 866.

2 Аристотел, *Устава атински*, Предговор, превод и напомене Петар Јевремовић, Плато, Београд 1997.

3 [www.istorijskabiblioteka.com/art:ostrakizam](http://www.istorijskabiblioteka.com/art:ostrakizam)



шализам (грч. *πεταλισμός*, према *πέταλον*: лист, јер се гласало на листу маслине).<sup>4</sup>

Вешти политичари су успевали да манипулишу остракизмом, тако да је он све чешиће изазивао негодовање народа. Тако, на пример, Плутарх пише да је прогон Хипербола у Атини изазвао огорчење народа, јер се јасно показало да различите политичке струје лако могу да манипулишу остракизмом као политичким оружјем. Пошто се од остракизма тако направила „поруга и подсмех”, Атињани су временом одбацили тај поступак.<sup>5</sup> Упркос томе, закон о остракизму је остао на снази и током IV века пре н. е.

2. – У овом раду се заступа теза о остракизму интелектуалаца у Србији – неповерењу и најгорем односу Срба према својим најобразованијим и најумнијим људима, које су из различитих разлога често омаловажавани, маргинализовани и прогањани. Под њим се подразумевају различити начини и облици прогона интелектуалаца у српској савременој историји.

Смисао овог појма у античкој Грчкој није истоветан са значењем које му се придаје када говоримо о положају интелектуалца у савременом друштву. Стога би генезу и промену значења тог појма у савременој култури требало развити и прецизније одредити. У нашој савременој култури постоје примери попут Сократа, они који нису хтели да напусте своју Атину, али и они који су попут Аристотела прихватили да буду прогнани на одређено време или вечно, да се Атина, како је то говорио Аристотел, не би два пута огрешила о филозофију. Код нас постоје они који су себе сматрали дисидентима, али и они који никако нису желели да се њихова интелектуална позиција тако тумачи, иако су били жестоко супротстављени ауторитарном режиму. Постоје примери интелектуалаца, и домаћих и страних, који су постали кудикамо значајнији када су анатемисани него пре тога.

Из тих разлога, питање остракизма је много сложеније него што се то чини на први поглед и тек предстоји напор да се то питање истражи и теоријски утемељи. Овај рад је скроман прилог истраживању феноменологије остракизма интелектуалаца у Србији.

## 1. ПРОБЛЕМИ ИСТРАЖИВАЊА ПРОГОНА ИНТЕЛЕКТУАЛАЦА У СРБИЈИ

1. – Остракизам интелектуалаца је дубоко укореван у српској традицији. У нашој историји, од Растка Немањића и турског доба до данашњих дана, српска духовна елита је плаћала данак непослушности. Репресија домаће и стране окупационе власти низала се једна за другом,

4 Исто.

5 Плутарх, *Атински државници*, Избор из Упоредних живописа, превод с оригинала, увод и коментар Милоша Н. Ђурића, Просвета, Београд 1950.

у континуитету. Тешко је рећи која је власт у томе била ревноснија, а који прогони српских умова већи и погубнији. У том контексту даровитост се јавља као друштвена стигма. У нашој културној традицији, духовне елите су попримале обележја „интелектуалне секте”. Њиховим животом и стварањем управљали су властодршци и политички моћници, а не личне вредности и надарености. Због тога су у повести српског народа многи надарени појединци остракизовани. Прогоњени од власти и политичких моћника, они су губили борбу с медиокритетима који су вазда играли значајну улогу у друштву, посебно у култури. Тако се ствара ситуација да даровити појединци нису у потпуности прихваћени од друштва (елите), што „представља стигму или нарушени идентитет”.<sup>6</sup>

Два су кључна разлога за то. Први разлог је у чињеници што свака власт зазире од аутономних, критичких интелектуалаца, који су увек изазивали и данас изазивају подозрење и страх моћника. Они у таквим умовима виде неку врсту „субверзије” и зато не бирају средства да их маргинализују, онемогуће да стварају, јавно делују и, ако је потребно, и униште. Стога није случајно да и савремена технологија моћи у Србији почива на послушности, на владавини медиокритета, као и на ширењу страха од изузетности даровитих духова. Други разлог је везан за трагичну чињеницу да су непријатељи српског народа и освајачи његове државе од Косовске битке 1389. до нашег времена систематски уништавали духовну аристократију српског народа. Он је опстајао захваљујући бунама, устанцима, хајдуцима – дакле, онима који су били у стању „стићи, утећи и на страшном месту постојати”. Духовни делатници су били у другом плану. Прогоњени и маргинализовани, они су далеко од очију народа, најчешће у манастирским ћелијама, факултетским семинарима, библиотекама и атељеима, посвећено обрађивали своје духовне парцеле и били непризнати, често стигматизовани, понижени и презрени.

У таквом историјском контексту, за разлику од других европских народа који имају самосвест о значају и вредности своје духовне елите, српски народ, нажалост, у својој тегибној повести ту свест није успео да стекне. Отуда није случајно што у његовом језику термини „филозофирати” и слични изрази из интелектуалног речника имају пејоративно значење.

Када пажљиво анализирамо све периоде репресије од устаничких дана до данас, запазићемо да је у свима њима константа био прогон аутономних интелектуалаца у различитим областима. Након Другог светског рата на остракизам интелектуалаца, који је био дубоко укоренен у Србији, накаленио се *большевички антиинтелектуализам*, на челу с Комунистичком партијом као колективним интелектуалцем и страхом, одбојношћу, чак и мржњом према аутономним интелектуалцима. Њего-

6 Erving Gofman, *Stigma*, Mediterran Publishing, Novi Sad 2009, стр. 133–134. Према Гофмановом мишљењу, „стигматизација представља друштвени процес етикетања свих оних група, као и њихових појединаца који се разликују од нормалности већине у свом друштвеном окружењу, а управо то окружење конструише друштвену прихvatљивост ма која год различитост била у питању”.

ве манифестације су веома различите: од енормног девалвирања и потцењивања интелектуалног рада и услуга, до повремених антиинтелектуалних удара из центара политичке моћи по аутономној интелигенцији.

Главни фактори и детерминанте који су предодредили репресивност друштва у том периоду били су следећи: (1) идеолошко-револуционарни фактори, (2) ратни услови, (3) недемократско социјално-политичко наслеђе, (4) спољнополитички притисци, (5) снага отпора револуцији, (6) културно-антрополошки и цивилизацијски фактор. Ипак, преодминантан био је идеолошко-револуционарни чинилац. Презети идеолошки и практични модели, лењинистичко-стаљинистичке теорије и праксе, подразумевали су систематску репресију и насиље како приликом преузимања власти, тако и у одржавању и промени друштвеног система.<sup>7</sup> Стога су различити облици политичке репресије према интелектуалцима били на делу све време владавине комунизма у Србији, а практикују се у измењеном облику до данас.

Као идејно-политичка основа и правни оквир за бољшевички антиинтелектуализам послужио је институт деликта мишљења, који се у огољеном виду први пут појавио у Лењиновом писму Курском од 17. маја 1922. године. У том писму Лењин је понудио модел који „принципијелно и политички веродостојно (а не само правнички уско) отворено истиче и афирмише становиште које мотивише суштину и оправдање терора, његову неопходност”<sup>8</sup> Југословенски комунисти су доследно примењивали ту „Лењинову скицу”: после рата су стрељали и прогонили као „непријатеље народа” бројне припаднике грађанске класе и противнике Комунистичке партије Југославије. Потом су до краја своје владавине системски и систематски прогонили политичке неистомишљенике комунизма. Све то су настојали да увију у одговарајућу правну форму.

2. – У периоду од 1945. до краја деведесетих година у Србији и Југославији на делу је био политички систем у којем је технологија политичке репресије била добро осмишљена – комплексна и делотворна. Она се одвијала у троуглу: (1) ригидна комунистичка идеологија, (2) репресивни војно-полицијски апарат и (3) инструментализација кривичноправног законодавства и правосуђа.<sup>9</sup>

7 Срђан Цветковић, *Између срја и чекића 2: Рејресија у Србији 1953–1985*, Службени гласник, Институт за савремену историју, Београд 2011, стр. 663.

8 „Друже Курски! Као допуну нашег разговора шаљем Вам скицу допунског параграфа Кривичног законика. То је само скица, која, наравно, захтева сваку обраду и прераду. Основна мисао је, надам се, јасна без обзира на све недостатке скице: отворено истаћи принципијелно и политички веродостојно (а не само правнички уско) становиште које мотивише суштину и оправдање терора, његову неопходност, његове границе. Суд не треба да искључи терор: обећати то била би самообмана, већ га треба образложити и озаконити принципијелно, јасно, без лажи и улепшавања. Треба дати што шире формулације, јер ће тек револуционарна савест одредити мање или више шире примене у пракси.“ (Лењиново писмо Курском од 17. маја 1922)

9 Срђан Цветковић, *Између срја и чекића 2: Рејресија у Србији 1953–1985*, стр. 63–178.

Према многим својим обележјима, држава ФНРЈ/СФРЈ била је партијска, антиправна држава у којој није било правне контроле власти, демократске и аутономне јавности, правне сигурности, у којој је доминирала нерационална и прескупа бирократија, владао правни релативизам и потпуно игнорисање природног права итд. У њој су разорене све претпоставке правне државе либертерске провенијенције и устоличен деционизам у праву, макијавелизам у политици и елементи терора у власти. Тиме је отворен широк пут за репресију према опозицији и противницима режима. Први на удару су се нашли аутономни критички интелектуалци.

На основу карактеристика комунистичког правно-политичког поретка и специфичности у историји социјалистичке Србије/Југославије, могуће је разликовати четири периода са становишта репресивности: (1) прогон непријатеља народа и државе (1944–1952), (2) прогон унутрашњег непријатеља (1953–1968), (3) прогон непријатеља самоуправљања (1969–1985) и (4) издаја и аутокомпромитација интелектуалаца у транзицији (1986–2000).<sup>10</sup>

3. – Гушење стваралачких слобода и прогон интелектуалаца била је честа појава у бившој Југославији, посебно у Србији од краја Другог светског рата па до данашњих дана. Међутим, изостала су озбиљна истраживања узрока, социјално-политичких субјеката, појавних манифестација и конкретних случајева политичке репресије и остракизма интелектуалаца у том периоду. Мало је оних који су се прихватили да шире и дубље испитају и истраже сплет околности који условљава овакву врсту конфликта и репресије.

Од почетка деведесетих година појавили су се поједини аутори који систематски истражују проблеме политичке репресије у Србији. Посебно треба поменути новинаре и публицисте Марка Лопушину и Желимира Кешетовића, који су истраживали цензуру у Србији, адвокате Срђу Поповића и Рајка Даниловића, књижевника Маринка Арсића Ивкова и историчара Срђана Цветковића, који су проучавали политичку репресију и прогон интелектуалца у комунистичкој Србији. Осим њих, тим питањима су се бавили узгред у својим истраживањима и други научници, филозофи, књижевници, правници, публицисти.<sup>11</sup> О

10 Опширније о репресији у овим периодима видети у књизи Срђана Цветковића: *Између срја и чекића 2: Репресија у Србији 1953–1985*, Службени гласник, Институт за савремену историју, Београд, 2011.

11 Рајко Даниловић, *Упошреба нејријашељ: Полијичка суђења 1945–1991. у Југославији*, Ваљевац, Ваљево 1993. (друго, проширено издање: Београд 2002); Срђа Поповић, *Лућ у варварство*, Хелсиншки одбор за људска права, Београд 2000; Маринко Арсић Ивков, *Кривична естетика*; Срђа Поповић, *Последња инстанца I–III*, Хелсиншки одбор за људска права, Београд 2003; Срђан Цветковић, *Између срја и чекића 1–2*. Осим њих, значајне књиге и сведочанства о овој теми написали су: Радован Зоговић, *Књижевна суданија*, ауторско издање, Београд 1974; Есад Ђимић, *Полијичка као судбина: прилог феноменологији политичког страдалништва*, Младост, Београд 1982. (друго проширено издање, Стварност, Загреб 1989); Душан М. Бошковић, *Сјановишија у сјору*, Истраживачко-издавачки центар ССО Србије,

разним аспектима политичке репресије и екстремизма, расправљано је последњих година на бројним трибинама, округлим столовима и стручним скуповима. Захваљујући томе, политичка репресија и деликт мишљења у Србији постали су предмет истраживања значајних научних институција у Србији.<sup>12</sup>

У актуелним расправама о садржају, актерима и учинцима преласка из ауторитарног у демократски поредак, тема о интелектуалцима заузима изузетно место и има велики значај. Посебно је спорна и контроверзна улога интелектуалаца у тзв. транзиционим процесима. Многи аспекти противречних процеса транзиције (посебно економски, институционални и социоструктурални) теоријски су сагледавани и о њима постоји обимна литература. Али то није случај са осветљавањем улоге интелектуалаца у транзицији, и то у двоструком смислу те улоге: како су се и колико они сами мењали у тим променама и колико су својим идејама, професионалним и политичким ангажовањем допринели одређеним позитивним искорацима из претходног друштвеног стања. И најважније, колико су интелектуалци одговорни за регресивне и погубне компоненте тих промена, поготову на подручју Србије и бивше СФРЈ.

4. – Пада у очи да до данас није утврђен ни приближан попис жртава репресије. Тај посао је неопходно обавити не само из научноистраживачких мотива, већ и из етичких, правних и политичких разлога. Јер, такав списак је неопходан када се приступи правном савладавању наше ауторитарне прошлости, исправљању неправди које су нанете жртвама ауторитарних режима и примени Закона о рехабилитацији и Закона о реституцији, које је Народна скупштина Србије донела 2011. године.

У својим истраживањима цензуре у Србији новинар и публициста Марко Лопушина дошао је до податка да је у периоду од 1945.

---

Београд 1981; Војислав Коштуница, Коста Чавошки, *Сйраначки йлурализам или монизам, обнова и заширање йослерайне ойозиције*, Институт друштвених наука, Центар за филозофију и друштвену теорију, Београд 1983; Љубодраг Димић, *Айиййрой кулйура*, Рад, Београд 1988; Миломир Марић, *Деца комунизма*, Младост, Београд 1988; Марко Лопушина, *Црна књиа. Цензура у Јујославији 1945–1991*, Фокус, Београд 1991; Борислав Михаиловић Михиз, *Аујйобиографйа о друйима, I–II*, БИГЗ, Београд 1993; *Научно наслеђе Правној факултйејта Универзйејта у Београду 1841–1941*, реферати са симпозијума одржаног 9. и 10. априла 1992, приредили Стеван Врачар и Јовица Тркуља, Правни факултат у Београду, Београд 1994; Предраг Ј. Марковић, *Београд између Исйока и Зайада 1948–1965*, Службени лист СРЈ, Београд 1996; Момчило Митровић, *Изйубљене илузйе, йрилози за друшйвену исйорију Србије 1944–1952*, Београд 1997; Олга Московљевић, *Књиа на ломачи*, ИКП Никола Пашић, Београд 1998; Илија Мољковић, *Књијено-политичка огледања*, Београд 1998; Драгољуб Тодоровић, *Књиа о Ђосићу*, Трећи миленијум, Београд 2005.

- 12 Последњих година на Филозофском факултету Универзитета у Београду одбрањено је више магистарских и докторских дисертација о политичкој репресији у Србији. У неколико института политичка репресија је тема више пројекта (Институт за савремену историју, Институт за новију историју, Институт за европске студије, Институт друштвених наука и др.). Најзад, угледни издавач „Службени гласник” је у периоду од 2009. године до данас, у едицији „Отпори и забране”, објавио више књија о прогону интелектуалаца у комунистичкој Србији и Југославији.

до 1991. године забрањено 1.300 наслова (570 књига, 380 новина и часописа, 76 филмова, 70 позоришних представа, педесетак народних и новокомпонованих песама и шлагера, пет изложби слика, неколико радијских и телевизијских емисија, доста карикатура, афоризама). За четрдесет и пет година, на граници Југославије је заплешено 500 дела насталих у емиграцији и иностранству.<sup>13</sup> У тзв. специјалним фондовима Народне библиотеке Србије и САНУ има 2.500 „ухапшених” наслова – књига које су забрањене и нису издаване читаоцима.<sup>14</sup>

Према подацима Желимира Кешетовића, тај број је знатно мањи. Он је истраживао забрану публикација у Србији у периоду од 1945. до 1990. године и констатовао да је укупно забрањено 148 публикација (судски 69, самоуправно 14, политички 65). Од тог броја, књижевних дела је 47, историографских, политичких и сличних публикација 56, научно-теоријских дела 18, остало 27. Разлози забране су: личност аутора или преводиоца (32), неистине, лажне вести, узнемирење грађана и слично (32), национализам или шовинизам (16), други политичко-идеолошки разлози (48), порнографија и морал (4), остало (16).<sup>15</sup>

Књижевник Маринко Арсић Ивков сматра да је број забрањених књига које наводе Кешетовић и Лопушина знатно мањи од стварног броја. Спискови које они наводе извесно нису коначни. Он наводи „провокативни податак” да је „међу београдским културним радницима помињана чак и цифра од петнаестак хиљада цензурисаних дела за пола века постојања социјалистичке Југославије”.<sup>16</sup>

У својим истраживањима политичке репресије у Србији од 1944. до 1985. године историчар Срђан Цветковић је дошао да сличног закључка као и Марко Лопушина. Најзад, један број прогона интелектуалаца у Србији и Југославији помињу и адвокати Срђа Поповић у књизи *Последња инстинкта* и Рајко Даниловић у књизи *Ујошреба нејријатијеља*.

Полазећи од резултата истраживања ових аутора, у овом раду ћу указати на континуитет, главне типове и случајеве гушења стваралачких слобода и прогона интелектуалаца у Србији од средине четрдесетих до краја деведесетих година прошлог века. У истраживањима различитих случајева и подручја у којима су се спроводили политичка репресија и прогон интелектуалаца у Србији у периоду од 1946. до краја деведесетих година прошлог века, могуће је разликовати следеће четири групе: (1) прогон народних непријатеља, (2) суђење за деликт мишљења, (3) судске забране новина, књига, часописа, филмова и позоришних представа и (4) културно-политички случајеви. Разуме се, ова класификација је условна, несигурна и ризична. С једне стране, њоме нису обухваћене све

13 Марко Лопушина, *Црна књија: Цензура у Југославији 1945–1991*, Фокус, Београд 1991, стр. 20–21.

14 *Исто*, стр. 9.

15 Желимир Кешетовић, *Цензура у Србији*, „Задужбина Андрејевић”, Београд 1998, стр. 92.

16 Маринко Арсић Ивков, *Кривична естетика*, стр. 119.



групе прогона, а с друге стране, између тих група није увек јасна линија разграничења, те се поједини случајеви јављају у више група. Најзад, она обухвата само неке, познате случајеве прогона и забрана. Ипак, она може да послужи у теоријско-методолошким истраживањима прогона интелектуалаца у Србији.

## 2. ПРОГОН НАРОДНИХ НЕПРИЈАТЕЉА

1. – У периоду од 1944. до 1952. године репресија према аутономним интелектуалцима испољавала се у отвореном, грубом облику. На делу је била изузетна репресивност комунистичког режима који је бескомпромисно учвршћивао своју власт. Као и у свим земљама у којима су комунисти дошли на власт („народне демократије”), и у Србији и Југославији извршен је обрачун са тзв. непријатељима народа и државе. Један од главних метода тог обрачуна и облика притисака на опозицију било је фабриковање државних непријатеља и њихова употреба за пропаганду са циљем јачања унутрашње кохезије и учвршћивања власти.

У првим годинама после рата извршен је обрачун са политичким и класним непријатељима, инструментализацијом антифашизма кажњавањем колабораната и ратних злочинаца на институционалан и већим делом ванинституционалан начин. Тај обрачун је посебно погодио интелектуалце. Реч је, прво, о изгону више десетина универзитетских наставника и сарадника одлуком Државне комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача, Суда части и других партијско-државних органа. Потом је следила маргинализација и затирање грађанске интелигенције. Најзад, ту је и масован прогон десетина хиљада ибеовца, међу којима је био и велики број интелектуалаца. Тај период репресије започео је пресудом Војног суда Првог корпуса Народноослободилачке војске Југославије, која је објављена на насловној страни листа *Политика* 27. новембра 1944. године. Том драконском пресудом осуђено је на смрт и стрељано 105 грађана Београда, и то само зато што нису симпатисали и подржавали комунисте, који су управо освајали власт, Београд и Србију. Међу тих 105 невиних грађана Београда били су универзитетски професори и културни делатници (Бранко Поповић, сликар, професор Техничког факултета; Илија Пржић, професор Правног факултета; Милош Тривунац, професор; Светислав Стефановић, књижевник; Григорије Божовић, књижевник; Коста Михајловић, директор гимназије у Чачку; новинари Јован Тановић, Велибор Бата Јовановић, Светолик Савић, Душан Глишић, Богдан Симић, Александар Бабовић, Вујица Брковић, Младен Иванић; глумци Александар Цветковић, Јован Танић и Љубомир Васиљевић и др.).<sup>17</sup> У Нишу су стрељана седморица

17 „Саопштење Војног суда Првог корпуса Н.О.В.Ј. о осуђеним ратним злочинцима у Београду, *Политика*, Београд, 27. новембар 1944. На овом списку од 105 стрељаних особа били су стварни сарадници Гестапоа, љотићевци и недићевци, четници, али и виђенији јавни и културни радници. Очигледна је намера нове власти да наметне



глумаца Народног позоришта, а у Новом Саду књижевник и новинар Велислав Спасић.

2. – Томе су се убрзо придружиле и пресуде Суда части Универзитета у Београду којима је остварена чистка на Универзитету у Београду, заправо једна од највећих хајки на националну интелигенцију у догадашњој историји Србије. У кратком периоду од 5. децембра 1944. до јуна 1945. године, у Србији је на основу одлука Суда части извршен прогон више од шездесет професора и сарадника Универзитета у Београду и угледних српских научника. Они су или удаљени са Универзитета или су удаљени са Универзитета с тим да се њихов предмет преда надлежним судовима.

(1) *Удаљени са факултета*: академик Веселин Чајкановић, редовни професор Филозофског факултета; др Боровоје Д. Милојевић, редовни професор Филозофског факултета; др Реља З. Поповић, редовни професор Правног факултета; др Радослав Грујић, редовни професор Богословског факултета; др Петар Ђорђевић, ванредни професор Богословског факултета; инж. Павле Васић, ванредни професор Техничког факултета; др Адам Лазаревић, ванредни професор Правног факултета; др Бранко Милетић, ванредни професор Филозофског факултета; др Бранислав Миловановић, ванредни професор Филозофског факултета; инж. Никола Обрадовић, ванредни професор Техничког факултета; др Лала Станојевић, ванредни професор Медицинског факултета; Јеремија Митровић, асистент Филозофског факултета.

(2) *Удаљени са Универзитета, с тим да се предмет преда Суду части за суђење ратних српских националних часних*: др Никола Поповић, редовни професор Филозофског факултета; др Хенрик Барић, редовни професор Филозофског факултета; др Михаило Градојевић, ванредни професор Пољопривредно-шумарског факултета; др Јустин Поповић, ванредни професор Богословског факултета; инж. Миодраг Тотих, доцент Пољопривредно-шумарског факултета.

(3) *Удаљени са Универзитета с тим да се предмет преда Државној комисији за утврђивање злочина окупатора и њихових помајача*: др Јосип Бален, редовни професор Пољопривредно-шумарског факултета.

(4) *Удаљени са Универзитета који су одбејели у Немачку због својих „издајничких радова“*: др Вјећеслав Жардечки, редовни професор Филозофског факултета; др Јован Марков, редовни професор Пољопривредно-шумарског факултета; др Иван Свишчев, редовни професор Техничког факултета; др Тихомир Тихомиров, ванредни професор Медицинског факултета; Владислав Вајферт, доцент Филозофског факултета; др Гојко Влајинац, доцент Техничког факултета; Никола Крајински, хон. професор Правног факултета; др Ђоко Слијепчевић, доцент Богословског факултета; др Стеван Иванић, прив. доцент Медицинског факултета; инж. Милосав Васиљевић, прив. доцент Техничког факултета; Алексеј

---

став да сви они носе исти степен одговорности, те да кажњавање ратних злочинаца инструментализује за обрачун са идеолошко-политичким противницима и класним непријатељем.

Лебедев, редовни професор Техничког факултета; Сергије Трегубов, хон. професор Правног факултета; Александар Попов, хон. наставник Техничког факултета; Симеон Керечки, асистент Техничког факултета; Ђорђе Марјановић, асистент Техничког факултета; Борис Никитин, асистент Техничког факултета; Никола Битенбиндер, асистент Техничког факултета; Григорије Гагарин, асистент Филозофског факултета.<sup>18</sup>

Одлуке о удаљавању са Универзитета биле су коначне. Није било другостепеног органа коме се осуђени могао обратити. Жалосно је што су многе оптужбе биле засноване само на идеолошким неслагањима. Брзина којом су одлуке донете већ побуђује сумњу у њихову правичност. У таквој ситуацији се природно рађа сумња да је у неким случајевима такав суд инструментализован за неке обрачуне који, у ствари, нису били проблем Универзитета. Занимљиво је да за четврту групу осуђених једини документ чини списак оних који се из заробљеништва у Немачкој нису вратили у земљу.

О овој чистки на Универзитету у Београду која је трајала у првој години после Другог светског рата, код нас се деценијама ћутало. Универзитет у Београду се још није озбиљно суочио са овом тамном страном своје прошлости. Додуше, Савет Универзитета у Београду формирао је јуна 2008. године Радну групу за припрему извештаја о удаљавању професора Универзитета у Београду 1945. године. Задатак Радне групе био је да: 1) проучи архивску грађу коју је Институт за савремену историју прикупио за потребе Универзитета у Београду, као и остале доступне материјале, 2) истражи околности под којима су, по ослобађању Београда у Другом светском рату, професори Универзитета у Београду испитани пред Судом части, 3) преиспита оптужбе које су против појединих професора изнете, 4) анализира поступак који је вођен, препоруке Суда части државним органима, као и административне мере које су након тога изречене. Нажалост, тај посао до данас није завршен.<sup>19</sup>

18 Момчило Митровић, *Изубљене илузије, Прилози за друштвену историју Србије*, Институт за новију историју Србије, Београд 1997, стр. 114–117.

19 Радна група за припрему извештаја о удаљавању професора Универзитета у Београду 1945/46. године формирана је одлуком Савета Универзитета у Београду, број 612-1396/1/08 од 17. јуна 2008. године у саставу: проф. др Момчило Митровић, директор Института за новију историју Србије, проф. др Иван Јуранић, Хемијски факултет, проф. др Леон Којен, Филозофски факултет, проф. др Јовица Тркуља, Правни факултет, и проф. др Слободан Г. Марковић, Факултет политичких наука. Радна група је констатовала да Суд части Универзитета у Београду није судио по правним и демократским начелима, као и да је његова улога била првенствено идеолошка. Радна група сматра да органи Универзитета не могу улазити у правну и политичку валањост сваког појединачног поступка вођеног пред тим судом 1944/45. године. Зато је предложено да се на основу свих ових података Савет Универзитета огради од Суда части, изрази извињење према свима који су страдали из идеолошких и политичких разлога и због непостојања коректне процедуре осуди рад Суда части као нелегалан и нелегитиман. Истовремено, треба констатовати да су поједини професори сарађивали са окупационим властима, али да недовољно и неједнако очувана грађа и непостојање фер правне процедуре 1945/46. године не остављају другу могућност него да се све одлуке Суда части оцене као непри-

Осим ових наставника и сарадника удаљених са Универзитета, одлукама Суда части у овом периоду остракизовани су по разним основама и други истакнути интелектуалци: Сава Банковић, професор теологије (Ниш, 1945, Сремска Митровица, 1973); Јосип Кулунџић, позоришни редитељ и писац (Београд, 1945); Жанка Стокић, глумица (1945); Сима Пандуровић, књижевник (1945); Слободан Јовановић, професор универзитета (Београд, 1946); Коста Кумануди, професор универзитета (Београд, 1946, 1951); Ђуро Ђуровић, новинар, публициста (Београд, 1945, 1973); Лазар Марковић, професор универзитета и политичар (Београд, 1946, 1954); Драгић Јоксимовић, адвокат (Београд, 1947); Драгољуб Јовановић, професор универзитета (Београд, 1947); Варнава (Војислав) Настић, епископ (Сарајево, 1948); Борислав Пекић, књижевник (1949); Драгослав Михаиловић, књижевник (Ћуприја, 1950).

### 3. СУЂЕЊЕ ЗА ДЕЛИКТ МИШЉЕЊА

1. – Као правни основ за репресију и прогон интелектуалаца, служио је деликт мишљења, који треба разликовати од вербалног деликта. *Вербални деликт* је широко заступљен у свим кривичним законима, у свим епохама и свим државама. У њима се вербални деликт третира као право кривично дело, са свим битним елементима кривичног дела. Најкарактеристичнија дела вербалног деликта су кривична дела против части и угледа, као што су: клевета, увреда, изношење личних и породичних прилика, омаловажавање пребацивањем за кривично дело и друго. Као такав, вербални деликт је ушао у кривично законодавство модерних земаља које су узор правне државе и владавине права.

За разлику од наведених примера вербалног деликта, *деликт мишљења* представља одговорност за саму мисао која тек настаје или је настала, без обзира на то да ли је јавно изречена или не и који је повод њеног настанка. Њиме се криминализују само мишљење, лични став, свест о нечему чак и када није објављена. Код деликта мишљења нема кривичног дела нити умишљаја, нема намере да се оно почини. Реч је о личном ставу и погледу појединца на конкретна збивања у земљи, без претензије да се позива или подстиче на обарање власти, на противуставну промену друштвеног и државног уређења, на подривање безбедности земље и сл. Зато се деликт мишљења не сме криминализовати јер се њиме не чини ниједно кривично дело, већ се само изражава субјективни став појединца, што је предуслов за обезбеђивање слободе и демократског поретка једне земље. Зато су антички филозофи и римски правници истакли начело: *Cogitationis nemo poenam patitur* (Мишљење не подноси кажњавање)! Насупрот овом начелу, „у кривичном пра-

---

хватљиво негирање аутономије универзитета. Савет Универзитета у Београду до данас није донео одлуку поводом овог предлога. (Предлог Радне групе за припрему извештаја о удаљавању професора Универзитета у 01 број: 612-2340/9-12, Београд, 27. фебруара 2012. године).

ву од времена римског принципата до апсолутне монархије, позната је установа *crimen laese maiestatis*, која је штитила цара, односно краља и његове доглавнике, а пука вербална ‘повреда величанства’, па чак и сама помисао на увреду, окротно је прогањана, остављајући оптуженог на милост и немилост власти, тј. без икаквих могућности заштите или правних гаранција у кривичном процесу”.<sup>20</sup>

Иако је институт *crimen laese maiestatis* напуштен у нововековном друштву у правним државама које се заснивају на владавини права, нажалост, неретко су се устоличавали тоталитарни политички режими који су почивали на суђењу људском мишљењу. У том смислу остали су запамћени репресивни закони француских влада из деведесетих година XVIII века, који су остали познати као „злочиначки закони” („*Les lois scelerates*”), затим „Закони против социјалиста” („*Sozialistengesetz*”) у Немачкој 1878, нацифашистички закони тридесетих година XX века у Немачкој, стаљинистички кривични закони у СССР-у, који су преузимани и примењивани у СФРЈ. Репресија је у свим тим случајевима била усмерена против слободе мисли и изражавања, са основном намером да дискредитује „превратничке идеје” као обичан злочин који треба искоренити из друштвеног живота.<sup>21</sup>

Међутим, захваљујући либералним идејама, конституционализацији политичке власти и владавини права, постепено је сазревала свест да се идеје не могу анулирати репресалијама и застрашивањем. Модерна демократска правна држава се разликује од аутократије и деспотизма по томе што признаје разлике у мишљењу и што њихово јавно изражавање не кажњава. После Другог светског рата, у већини демократских земаља прихваћено је начело да *deli d' opinion* (деликт мишљења) не може бити гоњен као други деликти.

Зато је важно правити дистинкцију између вербалног деликта и деликта мишљења.<sup>22</sup> За разлику од вербалног деликта, деликт мишљења кажњава све оно што је законом изричито одређено да не потпада под вербални деликт. Ауторитарни и тоталитарни режими су помоћу изопачене, софистичке дијалектике успевали да свако оспоравање њихове страховладе прогласе за непријатељску делатност „против народа и државе” и да га прогоне као субверзивни и кривичноправни чин. Они нису разликовали критичку реч од субверзивног, антидржавног кривичног дела. Разлика је јасна: „увреда и клевета јесу вербални деликт, али нису деликт мишљења; шпијунажа јесте вербални деликт, али није деликт мишљења”.<sup>23</sup> Нажалост, у нашим медијима и публицистици

20 Саопштење Филозофског друштва Србије поводом суђења Михаилу Ђурићу, “*Cogitationis nemo roenam patitur*”, *Филозофија*, бр. 2/1972, Београд.

21 *Исто*.

22 О дистинкцији између вербалног деликта и деликта мишљења аргументовано и документовано пишу адвокат Рајко Даниловић у књизи *Ујошреба нејријашеља – Полијичка суђења у Јујославији 1945–1991*, стр. 84–85. и Срђа Поповић у књизи *Пуј у варварсјво*, стр. 134–137.

23 Срђа Поповић, *Пуј у варварсјво*, стр. 136.

не уочава се ова разлика и, по правилу, термин „вербални деликт” употребљава се за појам деликт мишљења.

С тим у вези, деликт мишљења је у комунистичкој Србији и Југославији био основ за производњу непријатеља, за прогоне, хапшења, суђења, осуђивања и упућивања на робију многих аутора научних, филозофских, књижевних и уметничких дела, новинарских и публицистичких текстова и сл.<sup>24</sup> У бројним процесима суђења за деликт мишљења тај квазиправни институт коришћен је за дисциплиновање интелектуалних стваралаца у разним областима, уклањање политичких противника, спречавање аутономне критике власти и политичке олигархије. Деликт мишљења је као Дамаклов мач лебдео над свим интелектуалним ствараоцима и јавним делатницима. Уколико би се пак неко и усудио да аутономно, критички и јавно изнесе своје мишљење и у складу с њим дела, следила је репресија (суђење, забране, стварање морално-политички неподобних случајева). Тако је деликт мишљења постао моћно средство „превентивне контрареволуције”, „репресивне толеранције” и контроле.

2. – Најпознатији случајеви суђења интелектуалцима за деликт мишљења у комунистичкој Србији су: Милован Ђилас, политичар и књижевник (Београд, 1955, 1956, 1962); Владимир Дедијер (1955); Александар Павловић (1958); Богдан Крекић (1958); Милан Жујовић (1958); Адем Демаћи, књижевник и новинар (1958, 1964, 1975); Михајло Михајлов, професор и књижевник (1965, 1966, 1974, 1979); Зоран Глушчевић, књижевник и уредник (Београд, 1969); Владимир Мијановић, студент Филозофског факултета (Београд, 1970); Михаило Ђурић, професор универзитета (Београд, 1972); Лазар Стојановић, редитељ (Београд, 1972); књижевници Рожа Шандор, Мирослав Мандић и Ото Толнаи (1972); Љубомир Момчиловић, књижевник (Београд, 1972); студенти Милан Николић, Павлушко Имшировић, Јелка Кљајић, Данило Удовички, Владимир Мијановић, Љиљана Мијановић (Београд, 1972); Славко Богдановић, књижевник (Нови Сад, 1972); Иван Ивановић, књижевник (Прокупље, 1973); Божидар Јакшић, социолог (Сарајево, 1973); Радомир Вељковић, пуковник (Сарајево, 1973); Љиљана Мијановић Јовичић (Београд, 1973); Драгољуб Игњатовић, књижевник и новинар (Ваљево, 1974); студенти Миодраг Стојановић, Зоран Ђинђић (Београд, 1974);

24 „Од нетрпељивости према другачијем мишљењу само је један корак до производње непријатеља. Ту су зачеци поделе на пријатеље и непријатеље, што је стање рата, и што може бити оправдано у односу између држава у ратном стању или у стању припреме за рат. А када то постане уобичајена подела у време мира у једној држави, тада је то најпоузданији знак ауторитарне и недемократске владе и владавине. У једнопартијским друштвима, као што је југословенско од Другог светског рата до 1991. године, овај метод је стриктно примењиван, па је судски прогон, првенствено, као и други видови прогона неистомишљеника, постао обележје тог политичког модела власти. Нема сумње да је у питању био прогон људи са другачијим политичким уверењем и да се, заправо, радило о обрачуну са политичким мишљењем, које је различито од званичног мишљења владајуће партије. Тога су били свесни и прогоњени.” Рајко Даниловић, *нав. дело*, стр. 84.

Срђа Поповић, адвокат (Ваљево, 1975); Јово Илић (Београд, 1979); Мирослав Јосић Вишњић, књижевник (1976); Саво Јовић, свештеник и писац (Тузла, 1980); Момчило Селић, архитекта и књижевник (Београд, 1980, 1980); Радивој Бербаков, сликар (Зрењанин, 1981); Сабит Рустеми, књижевник и Сабедин Халити, уредник (Приштина, 1981); Гојко Ђого, књижевник (Београд, 1981); Павлушко Имшировић (Београд, 1982); Милан Милишић, књижевник (Дубровник, 1983); Војислав Шешел, научни сарадник и публициста (Сарајево, 1984); Процес шесторици – Миодраг Милић, публициста, Владимир Мијановић, публициста, Павлушко Имшировић, социолог, Милан Николић, социолог, Драгомир Олујић, новинар и публициста, Гордан Јовановић, филозоф (Београд, 1984); Милан Младеновић, публициста и књижевник (Београд, 1985); Вицеи Карољ, публициста (Суботица, 1987).

#### 4. ЗАБРАНЕ НОВИНА, КЊИГА, ЧАСОПИСА, ПОЗОРИШНИХ ПРЕДСТАВА, ФИЛМОВА И ТВ ЕМИСИЈА

У обрачуну са аутономним критичким интелектуалцима, ауторитарни режими су најчешће посезали за забраном књига, часописа, позоришних представа, филмова, радијских и телевизијских емисија. Те забране су оствариване, с једне стране, (зло)употребом органа правосуђа и, с друге стране, инструментализацијом или превентивним деловањем редакција, издавачких и уметничких савета, стручних удружења, политичких организација и сл. У истраживању великог броја случајева разних забрана у Србији од 1945. до краја деведесетих, можемо разликовати четири групе: (1) забране књига, (2) забране часописа, новина и листова, (3) забране позоришних представа, (4) забране филмова, ТВ драма и серија.

1. – *Забрањене књије*: Бранко Ђопић, *Јеретичка ѝрича* (1950); Милован Ђилас, *Нова класа* (1957); Живојин Павловић, *Кривудава река*, збирка приповетки (1963); Бошко Новаковић, *Пријоведачи II*, хрестоматија приповетки (1964); редакција *Гледишта* избацила текст Небојше Попова о Савезу комуниста (1965); Милош Московљевић, *Речник српској језика* (1966); Драгољуб Голубовић и Живота Милићевић, *Књија о Пенезићу* (1966); Александар Цветковић, *Порука човеку и човечанству* (1967); Растко Закић, *На љућу рану, љућа ѝрава* (1967); Младен Марков, *Вечни сан мрачни свече* (роман је објављен након избацивања неподобних делова, 1967); Чедо Вуковић, *Развође* (1968); Живојин Павловић, *Џијанско ѝробље*, збирка приповедака (1970); Јован Зубовић, *Крајина и Крајиници и Срби у ѝрошлосћи* (1970); Антоније Исаковић, *Трен*, одложено објављивање (1970); Слободан Селенић, *Писмо-ѝлава*, обустављено штампање (1970); Миливоје Мајсторовић, *Биће боље* (1970); Никола Милошевић, *Идеологија, ѝсихологија и сѝваралашѝво*, обустављено штампање (1970); *Документѝација 1–2* (1971), стрип о Марку Краљевићу у *Полиѝикином забавнику* (1971); целокупно друго издање



*Порџреџа из иџторије и књижевности* Слободана Јовановића у оквиру Библиотеке „Српска књижевност у сто књига”, спаљено је или уништено на машини за резање и прераду старе хартије (1971); Страхимир Ристића Буцованија (1972); Михаило Марковић, *Преисџивања* (1972); Иван Ивановић, *Црвени краљ* (1972); Горан Спасић, *И мрџви се оџи-мају* (1973); Загорка Голубовић, *Човек и њејов свети* (привремена забрана, 1973); Милован Данојлић, *Онде џоџок, онде цвек* (1973); повучен из продаје и употребе у школама уџбеник *Иџторија филозофије*, због Миладина Животића као коаутора уз Вељка Кораћа и Бранка Павловића (1974); Никола Ј. Ристић, *Србија у борби за осџваривање вишевековној завекџа наших народа* (1974); друго издање књиџе *Ко је ко у Јујославији* (1974); Милија К. Маликовић, *Раџка и њена околина* (1975); Чеда Вулевић, *Повраџак џредака* (1975); повучени из продаје зборници *Проблеми филозофије и марксизма*, *Еџичко-хуманџстички џроблеми социјализма*, *Социолоџија* и *Основи науке о друџтву* (1975); Добрило Ненадић, *Киџа на џерџијорији оџиџине Ариље* (1975); Жика Лазић, *Грађани села Луја* (1975); Радован Гајић, *Ојањ и џејео* (1976); Вукан Ђулафић, *Нови Парар и околина* (1976); Мирослав Јосић Вишњић, *ТБЦ – џрви зџлоб* (1976); Војислав Лубарда, *Преображење* (1978); Предраг Ђудић, *Људске слабости* (1979); Драгољуб Јовановић, *Музеј живих људи* (1980); Ортега Гасет, *Побуна маса* (1980); Гојко Ђого, *Вунена времена* (1981); Јован Радуловић, *Илиниџак* (1981); Драган Хаџи-Антић, *Случај Гојко Ђојо, документи* (1982); Есад Ђимић, *Полиџика као судбина* (1982); Небојџа Попов, *Друџтвени сукоби – изазов социолоџији* (1983); Миодраг Скулић, *Узроци економске кризе у Јујославији* (1983); Љубомир Симовић, *Иџточнице* (1983); Живојин Павловић, *Иџљувак џун крви* (1984); Растко Закић и Драган Антић, *Анџолоџија о времену у којем живимо* (1984); Растко Закић, *Укрџиене речи* (1984); Михаило Поповски, *Тајанџтвени свети масона* (1984); Илија Мољковић, *У зајџу* (1985); група аутора, *Социјални џроблеми јујословенској друџтва* (1985); Бела Телеки, *Из иџторије Бекеја* (1985); Војислав Шешељ, *Велеиздајнички џроцес и Хајка на јерекџика* (1986); Растко Закић, *Државне брије* (1986); Веселин Ђуретић, *Савезници и јујословенска рајна драма I-II*, (1986); Војислав Шешељ, *Дисидентџски сџоменар и Демокрајије и дојма* (1987); Александар Баљак, *У џраницата демокрајије* (1987); Растко Закић, *Моје новине* (1987); Милован Данојлић, *Изабрране џесме* (1987); Војислав Шешељ, *Књије за ломачу, Освајање слободе и Пледојаје за демокрајски усџав* (1988); растурен је већ припремљен слог две књиџе Јовановићевих *Сабраних дела* са реџала штампарије *Књижевних новина* (1989); Расто Закић, *Моја вежбанка* (1989); спречена дистрибуџија књиџе Филипа Радуловића *Љубави Јосија Броза* (1990); Вујадин Милановић, *Приџиџински универзиџет: висока школа сејарајизма* (1990).

2. – *Забрањени и ујашени часоџиси, листови и новине*: лист *Јеж* (1947), часоџиси *Сведочанџтва* и *Зайџиси* (1951), часоџиси *Ревџија*, *Црвено јесџе* и *Нова мисао* (1953), часоџис *Дело* због текста Михајла Михајлова „Љето московско 1964” (1965); године 1968: часоџиси *Православље*, бр. 1, *Сџуденџ*, бр. 4 (8. и 25. јуна); *Наши дани* (15. април); *Сџуденџске но-*



вине бр. 1, *Видици* бр. 121–122, *Дело*, бр. 7–8, *Дуја фељџон*, бр. 62, 63, 64, 65. и лист *Црвене новине* (5. јун 1968); *Књижевне новине*, бр. од 30 августа због текста Зорана Глушчевића „Пет варијација на тему врело прашко пролеће” (1969); лист *Чивија* и часопис *Адам и Ева* (1969), часопис *Видици*, бр. 142–143 (1970); године 1970 забрањени су: лист Савезе студената Војводине *Индекс*, лист студената Филозофског факултета у Београду *Frontistorion*, лист Завичајног клуба студената из Чачка *Бумеранг*, затим *Димитровградска хроника* на бугарском језику; године 1971. забрањени су: илустровани магазин *Флеш*, бр. 1, лист *Студент*, бројеви од 30. априла и 24. августа, лист *Чик*, бр. 41, *Чик-експра*, бр. 1, часопис *Култура* због текста Николаја Берђајева, часопис *Уметности* посвећен градњи Мештровићевог маузолеја на Ловћену, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3, листови *Студент*, бр. 21, *Страдија* и *Сирена*, часописи *Филозофија*, бр. 2 и *Гледишта*, бр. 5–6 (1972), *Сомборске новине*, бр. 970 (1973), часопис *Праксис* (1974), часописи *Мостови*, *Књижевне новине*, бр. 471, и *Филозофија* бр. 1–2 (1974), листови *Зум рејорџер*, *Нови Чик*, бр. 46, (1974), часопис *Градина* (1975), часопис *Филозофија* (1975), часопис *Наша прошлости*, Краљево (1976), Јеремиј Д. Митровић, *Баточина и околина у прошлости* (1976), стрип *Дечјих новина* о партизанским куририма Мирку и Славку, *Никад робом* (1976), прекинута је серија разговора у листу *Младост* под називом „Југословенска филозофија данас” (1976), „илегални” часопис *Часовник* (1979), часопис *Јавност* (1980), *Књижевне новине* (1983), часопис *Theoria*, бр. 3 и 4 (1983), часопис *Theoria*, бр. 4 (1984), лист *Сјорџ*, бр. 9589 (1984), *Омладинске новине*, бр. 476 (1984), листови *Студент*, бр. 21–22 и *Нове омладинске новине*, бр. 498 (1984), забрањено је објављивање фељтона Ђорђа Личине *Живот Пејра Карађорђевића* у листу *Интервју* (1984), *Књижевне новине* бр. 703 (1986), крагујевачки лист *Пољеди*, бр. 28 (1986), листови *Глас економиста* и *НОН* (1986), лист *Младост* (1987), *Књижевне новине* бр. 757–758 (1988), листови *Дуја*, бр. 365, *Младост* и *Полишкин свети* (1988), студентски листови *Студент*, бр. 3, Београд, *НОН*, бр. 694, Београд, *Графит*, Ниш и *Vota e re*, бр. 8, Приштина (1989), привремено забрањен лист Српског покрета обнове *Српска реч* (1990), обустављена дистрибуција часописа *Гледишта* због текстова о Небојши Попову и Љубомиру Тадићу (1990), престао да излази лист *НОН* (1991), на ТВ Студио Б прекинут и забрањен пренос демонстрација 9. марта (1991).

3. – *Забрањене позоришне представе*: представе Београдског драмског позоришта *Пиџамалион* и *Ујанији* (1946); представа Југословенског драмског позоришта *Бал вампира* (1952); концерт *Улицама велеграда* (1951); представа крагујевачког позоришта *Наследство* (1954); драма Радована Ившића *Краљ Гордон* у Атељеу 212 (1955); Бекетова драма *Чекајући Годоа* у Београдском драмском позоришту (1956), Анујев *Бал вампира* у Југословенском драмском позоришту (1952), представа Раше Попова и Душана Макавејева *Нови човек на Црвеном тврћу* (1962), драма Скендера Куленовића *Свијетло на друћом сираћу* у Београдском драмском по-

зоришту (1962), представа Александра Поповића *Каје доле* у Атељеу 212 (1968), представа Александра Поповића *Друја враћа лево* у Атељеу 212 и представа Драгослава Михаиловића *Кад су цветале њиве* у Југословенском драмском позоришту (1969), представа Александра Поповића *Пала карпа* у Југословенском драмском позоришту, (1970), представа Александра Поповића *Мрак и шума јусија* у Београдском драмском позоришту и Јована Д. Булајића *Балада* у Ужичком позоришту (1971), кабаре Станоја Жикића *Ојера за њри јаја* у Народном позоришту (1972), представа Александра Поповића *Увек зелено* у Југословенском драмском позоришту (1972), представа Бране Црнчевића *Кафаница, судница, лудница* у Атељеу 212 (1972), драме Димитрија Николајевића *Генерација* и Љубише Ристића *Алекса и кулиови* у Крагујевачком позоришту (1973), поз. комад Самјуела Бекета *Крај ире* у Народном позоришту (1973), представа Бранка Пендовског *Дочек* у Београдском драмском позоришту и Бране Црнчевића *Баџак јосјодина Жоржа* у Атељеу 212 (1974), представа Иве Брешана *Смрт једника кућној савјетњи* у Београдском драмском позоришту (1978), драма Матије Бећковића *Међа Вука Манијоја* у Народном позоришту, Миодрага Илића *Сан зимске ноћи*, Душана Јовановића *Карамазови* и Александра Поповића *Мрешићење шарана* у Београдском драмском позоришту (1980), драма Јована Радуловића *Голубњача* у Српском народном позоришту у Новом Саду (1982), драма Александра Поповића *Јелена Ђековић* у Народном позоришту у Приштини (1982), драма Борислава Пекића *Обешњак* у Атељеу 212 (1983), цензурисани делови представа Душана Ковачевића *Радован III* (1983), драме Душана Ковачевића *Маршоници њрче њчасни круј* у Српском народном позоришту, Егона Савина *Рајнички расњанак* у Звездара театру, Александра Поповића *Мрешићење шарана* у Народном позоришту у Пироту, Ива Брешана *Вићење Исуса Христја у касарни ВП 2507* („Годофест” у Београду), представе по књигама Вука Драшковића *Судија* и Есада Ђимића *Полиџика као судбина* на сцени Дома омладине у Београду (1984), кабаре Студентског културног центра Београда *Неусјео дочек '54* на Данима комедије у Светозареву (1984), драма Иве Брешана *Нечасјиви на Филозофском факултету* у Звездара театру (1985), представа Драгана Томића *Раскриће* у Народном позоришту у Приштини (1986), *Кабаре* Милана Гутовића у Југословенском драмском позоришту (1989), представа (дипломски рад) Горана Вукчевића *Карло Друји Омађијани* у Српском народном позоришту у Новом Саду (1990); у Покрајинском народном позоришту у Приштини скинуте представе: Екрема Круеџија *Барске жрјиве*, Реџепа Ђосје *Смрт не долази из њаквих очију* и Имре Шкрелџија *Парадокс*, Сабрија Хамитија *Фуџа* и Ласла Вегела *Јудџија* (1990), представа Томислава Панајотовића *Слушај амо* у пиротском Народном позоришту (1990), прекинуто играње драме Синише Ковачевића *Светји Сава* у Југословенском драмском позоришту (1990).

4. – *Забрањени филмови, ТВ драме и серије*: филм Владимира Погаџића *Прича о фабрици* (1947), филмови Радивоја Лоле Ђукића *Грчка деца* (1948) и *Језеро* (1949), док. филм Олге и Жоржа Скригина *Крајујевац или*

*Велика деца* (1950), филм Николе Радошевића *Ајџомска бајка* (1957), филм Душана Макавејева *Сјоменицима не треба веровати* (1958), док. филм Живојина Павловића *Воз 4686* (1959), филм Живојина Павловића, Кокана Ракоњца и Марка Бабца *Кайи, воде, рајници* (1961), док. филм Крсте Шканате *Кафана* (1962), краткометражни филмови Драгослава Лазића *Загушнице* и Пурише Ђорђевића *Песма* (1962), док. филм Душана Макавејева *Парада* (1962), филм Маријана Вајде *Шеки, јази снима се!* (1962), филмови Живојина Павловића, Марка Бабца и Кокана Ракоњца *Град*, Живојина Павловића *Поврајак* и Александра Петровића *Дани* (1963), филм Миће Поповића *Човек из хрстиве шуме* (1965), док. филм Јована Јовановића *Студентски град* (1966), филм Живојина Павловића *Глуви баруи* по роману Бранка Ђопића (1966), филмови Љубише Јоцића *Филм о Студентском граду*, Томислава Радића *Жива истина* и Мирослава Антића *Свети њесак* (1968), филмови Александра Петровића *Биће скоро пројаси светиа*, Живојина Павловића *Заседа* и Желимира Жилника *Рани радови и Лињањска њбања* (1969), филм Крсте Папића *Лисице* (1970), филмови Душана Макавејева *W.R. Мистерије орјанизма*, Мирослава Антића *Доручак са ђаволом* и Ратка Илића *Амбасадор Владимир Роловић је убијен у Сјокхолму* (1971), док. филм Божидара Вучуровића *Фрушкојорски манастџири* (1971), филм Лазара Стојановића *Пластични Исус* (1972), филмови Јована Јовановића *Револуција која њече*, Карпа Ађимовића *Године Негосџаје ми Соња Хени*, Лазара Стојановића и Томислава Готовца *Здрав њодмладак*, Крста Шканате *Дванаест месеци зиме* (1972), прекинуто снимање филмова Дејана Ђурковића *Иво Лола* и Желимира Жилника *Слобода или сџриј* (1972), серијал Радивоја Лоле Ђукића *Невидљиви* (1972), филм Александра Петровића *Маестро и Маријарџа* и Предрага Голубовића *Црвени удар* (1973), филм Јована Ађина *Ружа од бейџона* (1975), филм Стевана Живкова *Пуџ* (1978), драма Јована Радуловића *Вучари Доње и Горње Полаче* бункерисана након првог емитовања на ТВ Београд (1980), на ТВ Београд прекинуто емитовање телевизијске серије Васе Поповића *Филиј на коњу* (1980), филм Исе Ђосје *Чувари маџле* (1988), комедија Бранислава Нушића *Народни њосланик* у Покрајинском народном позоришту у Приштини (1988).

## 5. КУЛТУРНО-ПОЛИТИЧКИ СЛУЧАЈЕВИ

Посебну групу репресије и прогона интелектуалаца у Србији чине културно-политички случајеви у којима су комбиновани методи интервенције власти са суптилним методама (ауто)цензуре и институција културе, науке, медија и њихових стручних и програмских савета.

Најпознатији културно-политички случајеви јесу: политичка осуда *Анаџџомџе једној морала* Милована Ђиласа (1954), Декларација о називу хрватског језика (1967), Предлог за размишљање (1967), студентске демонстрације (1968), хајка на противнике изградње Његошевог маузолеја аутора Ивана Мештровића на Ловћену (1971), случај либерала на РТС-у (1972), прогон праксисоваца (1972–1975), избацивање с посла профе-

сора Правног факултета Универзитета у Београду (1973), отпуштање Александра Петровића с посла у Академији за позориште, филм, радио и телевизију (1973), избацивање с посла професора Филозофског факултета Универзитета у Београду (1973–1977), спречавање отварања изложбе Миће Поповића у Културном центру Београд (1974), магнетофонска афера пред судом у Тузли (1977), затварање изложбе Милића од Мачве (1975), опозивање награде Скупштине општине Ваљево „Милован Глишић” која је додељена Мирку Ковачу за роман *Ране Луке Мештровића* (1974), повлачење из штампе књиге Карла Маркса *Кришика Хејелове филозофије* због неподобности преводиоца Љубомира Тадића (1975), одузимање награде Фонда „Владислав Рибникар” Мићи Поповићу (1971), случај часописа *Видици*, осуда идеолошке оријентације часописа поводом „Речника технологије“ (1981–1982), покретање листа *Самоуправа* у Новом Саду (1987), Индексово радио-позориште суспендовање с програма Београда 202 (1988), отказивње изложбе карикатура „Тито без речи” у организацији редакције листа *Јез* (1990), оштра осуда од стране Градског комитета Савеза комуниста Београда и позивање партијске организације и колектива издавача да преиспитају коначну одлуку о БИГЗ-овом покушају да се издају *Сабрана дела* Слободана Јовановића (1989), забрана јавног емитовања ЛП плоче групе „Галија” *Зебра бизони* (1990), избацивање с посла новинара 1991–2000, изгон наставника по Закону о универзитету из 1998–2000. Најзад, поменимо да је у периоду од 1990. до 2000. године више стотина новинара остало без посла по основу разних видова неподобности. По Закону о универзитету из 1998. године, за непуне три године са Универзитета у Београду удаљено је отприлике двеста наставника и сарадника.

Када се посматрају све четири групе случајева притисака и репресије, запажамо да су ређи били случајеви директне забране и прогона од стране власти и државе. То се постизало суптилнијим методама аутоцензуре и пребацивањем одговорности на саме институције културе и науке, на њихове стручне и програмске савете. Тако су смели уметнички и научни узлети, који су водили слободном начину размишљања, гашени тихо, „изнутра”. Власти су желеле да сачувају привид слободе, па су оно што треба да буде гашено гушили иза јавне сцене, прављењем одређене атмосфере, у којој би, под наизглед невидљивим притисцима политичара, саме институције културе доносиле одлуку о забрани.

Захваљујући томе, кључне културне и научне институције Србије остале су до данас без сопственог критичког потенцијала. То је погубна последица вишедеценијског принципа самоцензурисања, који им је прво наметан, а који су они потом интериоризовали. С тим у вези, последњих година присуствујемо суноврату скоро свих области наше науке и културе. Додуше, у њима више нема забрана и цензуре, али зато у њима доминирају шунд, јефтина забава, смеће. Институције науке, књижевности, позоришта, филма, ликовне уметности постале су неважне, предмет интересовања маргиналаца, медиокритета и каријериста, јер их у широком луку заобилазе истински ствараоци.

## 6. КОНТИНУИТЕТ РЕПРЕСИЈЕ У СРБИЈИ: СЛУЧАЈ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

Осим наведених група и примера репресије у науци и култури, било је и мноштво случајева остракизовања интелектуалаца о којима нема довољно или нема уопште сачуваних података и релевантних докумената. Јасно је да није сваки од наведених случајева засебан случај („случај за себе”) и несводив на друге. Напротив, постоји њихов заједнички именуатељ, тако да се код њих може запазити бар једна заједничка типолошка црта. Наведени случајеви нису случајни! Сви ти случајеви указују на то да у Србији постоји континуитет репресије у култури и да су као и раније и током читавог XX века на бројне институције српске културе вршени својеврсни политички удари и остракизовање интелектуалних посленика у њима.

Није тешко уочити да су појачани притисци и репресија крајем шездесетих, почетком осамдесетих и деведесетих година XX века. То је било време када је држава губила легитимитет и улазила у период кризе. Прекретне тачке биле су: студентски немири (1968), Титова смрт (1980), почетак распада СФР Југославије (1990), криза, слом режима Слободана Милошевића (1998–2000), криза легитимитета власти Бориса Тадића (2011–2012).

Као илустрацију за тезу о континуитету изгона интелектуалаца у Србији, навешћемо веома дуг списак професора Правног факултета у Београду који су од 1851. до 2000. године били прогањани и удаљавани са факултета.<sup>25</sup>

У овој стожерној институцији српске културе дуг ланац остракизма започео је далеке 1851. године. Наиме, три године после оснивања Факултета, 1851. године, Димитрије Матић, професор Отчествених права, удаљен је са факултета. Исте године удаљени су са Факултета и професори Коста Цукић и Ђорђе Ценић. Владимир Јовановић, отац чувеног професора Слободана Јовановића, удаљен је са факултета 1864. године, а потом прогнан из земље. Познати професори и културни радници Стојан Вељковић, Глигорије Гершић и Ђорђе Павловић удаљени су 1871. године. Писац Устава из 1888, Милован Миловановић, више пута је удаљаван и враћан на Правни факултет. После удаљавања Миленка Весића 1899. године, наступа период извесног затишја. Само је угледни професор, Божидар В. Марковић 1939. превремено пензионисан, а професор Михаило Илић је због својих слободоумних, републиканских уверења морао да пређе заобилазни пут од 1921. године преко Суботице, да би тек 1926. године био изабран за ванредног професора Правног

25 Драгаш Денковић, „Прилог проучавању улоге Правног факултета у борби за слободу научне мисли”, у: *Научно наслеђе Правног факултета Универзитета у Београду 1841–1941*, реферати са симпозијума одржаног 9. и 10. априла 1992, приредили Стеван Врачар и Јовица Тркуља, Правни факултет у Београду, Београд 1994.



факултета у Београду. Тим путем је ишао и Михаило Константиновић. Вративши се из Лиона, где је 1923. године докторирао, Константиновић је крајем те године изабран за доцента на Правном факултету у Суботици. Он је тек у фебруару 1935. премештен на Правни факултет у Београду, где је 1937. изабран за редовног професора.

За време Другог светског рата окупаторски режим је вршио репресију и прогон наставника београдског Правног факултета. Угледни професор и декан Правног факултета, Ђорђе Тасић ухапшен је и убијен 1943. године. Гестапо је 1941. године ухапсио професора административног права Михаила Илића, оснивача и уредника библиотека „Јавно право”, „Политика и друштво” и листа *Найрег*. После три године робије на Бањици, стрељан је у марту 1944. године. Милош Радојковић је 1942. ухапшен и следеће године одведен у Маутхаузен. Један број професора је поднео оставке на универзитетска звања јер нису били спремни да обављају свој посао под окупацијом. То су професори Божидар С. Марковић, Тихомир Васиљевић, Никола Костадиновић, Милан Жујевић и Драгаш Денковић. Повремено су затварани и шиканирани професори Тома Живановић, Љубомир Дуканац, Бранислав Недељковић, Душан Домчевић, Јован Ђорђевић и Борислав Благојевић.

Крајем новембра 1944. године, на основу пресуде Војног суда Првог корпуса Народноослободилачке војске Југославије, као „непријатељ народа” стрељан је Илија Пржић. Живојин Перић је емигрирао у Швајцарску и тамо умро. Слободан Јовановић се није враћао из Лондона, јер је пресудом Врховног суда ФНРЈ осуђен на казну лишења слободе с принудним радом у трајању од 20 година, губитак политичких и појединачних грађанских права у трајању од 10 година, конфискацију целокупне имовине и губитак држављанства. Име Слободана Јовановића је 1947. године брисано са листе чланова САНУ, а објављивање његових дела је забрањивано све до почетка деведесетих година.

Непосредно после рата, 1946. године, неколико наставника је удаљено из ванакадемских разлога. То су већ поменути Божидар С. Марковић, затим Драгољуб Јовановић, Реља Поповић, Адам Лазаревић, Милан Владисављевић, Ђорђе Мирковић и Миливоје Марковић, а нешто касније и Милан Жујевић.

Један од најугледнијих професора и највећих интелектуалаца у послератном периоду, Михаило Ђурић осуђен је 1972. на две године робије због учешћа у академској расправи о амандманима на Устав СФР Југославије од 1963. Убрзо после њега са Факултета су удаљени и Коста Чавошки и Стеван Ђорђевић – због текстова и јавних наступа у којима су критиковали стављање права под туторство власти. Група професора која је потписала петицију за помиловање Михаила Ђурића такође је, 1973. године, удаљена са Факултета. То су били: Андрија Гамс, Ружица Гузина, Стеван Врачар, Александар Стојановић, Бранислава Јојић, Данило Баста и Војислав Коштуница.

Двадесет пет година касније, са Правног факултета је, позивом на репресивни Закон о универзитету од 26. маја 1998, за само три месеца,

од септембра до децембра 1998. године, одстрањено осам професора и сарадника, а против двоструко већег броја изречене су различите казнене мере – од суспензија до новчаних санкција. Укратко, готово једна четвртина запослених у настави на београдском Правном факултету постала је жртва казнене политике декана-намесника и његових политичких татора. Био је то последњи беочуг у дугом ланцу изгона са овог факултета.<sup>26</sup>

## 7. ИНТЕЛЕКТУАЛНИ ВАЗАЛИ И ЛАКЕЈИ

Сви поменути случајеви указују на то да у Србији постоји континуитет репресије у култури и да су у XIX и XX веку на бројне институције српске културе вршени ратнички походи и остракизовање интелектуалних посленика у њима. Посебно треба имати у виду да је у Брозовом режиму укорееен амбивалентан однос према интелектуалцима, који се касније доследно примењивао, а остао је изражен до данас. Услов за напредовање у струци и свим областима стваралаштва била је морално-политичка подобност. Експресно су напредовали они који су били у партијским форумима и врху власти и који су водили рачуна да се не замере власти. У том контексту веома је индикативан пример немалог броја наших изузетно талентованих научника, филозофа и уметника који су као млади створили вредна дела и на велика врата ступили на српску културну сцену. Њих је магијски привлачила власт, као што лептире привлачи пламен свеће у мраку. Међутим, како су се приближавали власти и позицији интелектуалних вазала, тако су њихове инспирације, инвентивност и стваралаштво пресахњивали.

На другој страни, према аутономним интелектуалцима, за које је критички однос према постојећем *conditio sine qua non* професионалног ангажмана, формирао се априорни скептицизам, који је у кризним фазама и „револуционарним заокретима”, по правилу, прерастао у остракизам. Ти интелектуалци су кренули тешким и мукотрпним путем на чијем почетку као упозорење стоје мудре речи Ноама Чомског: „Интелектуалцу који није у стању да издржи пресију власти у ситуацији када говори критички о друштву, боље је да се тим послом не бави, јер он мора рачунати на друштвену маргинализацију ако жели да одржи своју принципијелну позицију.” Реч је о аутономним и критичким интелектуалним посленицима у различитим областима нашег друштвеног живота, који нису могли ни да објављују ни да се укључе у јавни живот, али су успели да афирмишу етос самосвојног јавног деловања утемељеног на јединству мишљења, говора и чињења, на прожимању животног и мисаоног опредељења. Они су – по цену репресије, изгона, језиве маргинализације, понижења и сиромаштва – успели да сачувају аутономну критичку позицију, те да се часно, одговорно и професионално баве својим послом.

26 Јовица Тркуља, „Изгон наставника Правног факултета у Београду”, *Hereticus*, вол. V, бр. 2, 2007, стр. 181–355.



Разуме се да је прва група интелектуалних посленика, као кудикамо бројнија, била правило, док је друга била изузетак. Југословенски властодршци, на челу са Јосипом Брозом и Едвардом Кардељем, који су основне лекције стаљинизма успешно савладали у централу Коминтерне у Москви тридесетих година XX века, доследно су применили Стаљинову политику антиинтелектуализма. Штавише, они су његову тактику према интелектуалцима „омасови их да би их понизио” довели до апсурда (нарочито после 1968. године), те је у том смислу афористичар Владимир Булатовић Виб средином седамдесетих луцидно закључио: „Ускоро ће у овој земљи бити више доктора наука него писмених људи.”

Тако је формирана огромна армија политикантске, лакејске интелигенције, спремне да свакој политичкој одлуци прибави „научнотеоријски” и „стручни” легитимитет. Њихова улога је била драгоценост за функционисање ауторитарног режима. Они су били и остали својеврсни вазали и лакеји политичких моћника. Своју лакејску функцију они обављају у складу са османлијском традицијом *евеј-ефендије*. Наиме, на турском двору постојао је евет-ефендија чија је улога била да слуша султана и да „са разумевањем” клима главом, односно да све што султан каже потврди – *џако је!* Те функције на модерним дворovima више нема, али занат је опстао, инфилтриравши се у све „новодворске” функције. У савременим политичким системима бројни саветници, портпароли, министри, експерти и слични само су један велики евет-ефендија чија је функција да аминује и легитимише сваку одлуку официјелне власти. Дакле, вазали и лакеји наших политичких моћника јесу модерне евет-ефендије – такојевићи.

Гушење аутентичног уметничког стваралаштва и слобода не би успело да није било сарадника који су деловали изнутра. Спољашња цензура, коју чине полиција, правосуђе и политика, није толико ефикасна као гушења која се врше унутар саме научне и уметничке заједнице (уредника, критичара, писаца, професора, научних саветника, експерата, рецензената и сл.), који су своје знање и способност нудили, између осталог, и на политичком тржишту онима којима је потребно а спремни су да то плате. Они су за собом оставили пустош и конфузију, пометњу на пољу културе и у свим областима стваралаштва. „Довољно је да прелистамо књижевне критике у дневним листовима за последњих педесет година, позоришне репертоаре, читанке и уџбенике књижевности, спискове школске лектире, награђених и слављених књижевника, па да нас спопадне језа. Што је још горе, то несрећно време удвориштва и неморала није само истумбало вредности, него је уништило и осећај за вредно. Сурогат, епигонство, плагијат и кич више се не разликују од оригинала и праве уметности.”<sup>27</sup>

27 Маринко Арсић Ивков, *Кривична естетика: Пројон интелектуалаца у комунистичкој Србији*, ЦУПС, Астимбо-књига, Београд 2003, стр. 110. Ивков упозорава на далекосежне последице деловања „мрачних људи из мрачне прошлости”: „Поред тога, једна толико болесна епоха створила је интересне групе, кланове, коте-

Трагови опакe, неодговорне, непрофесионалне и нечасне делатности ове политикантско-лакејске интелигенције остали су дубоко урезани у законима, оптужницама и пресудама, у књижевним, позоришним, филмским, музичким и ликовним критикама, у дневним листовима и стручним часописима, позоришним и филмским репертоарима, читанкама и уџбеницима историје, права и књижевности, у списковима школске лектире, у бројним наградама, слављењу и идолатрији тзв. националних величина. На страницама њихових (не)дела остали су дубоки трагови, печат „оловних”, „мрачних”, „вунених” и „смутних” времена, горко сведочанство да је сваки човек који је желео да постане значајно име морао да пристане на неки вид сарадње са ауторитарним режимом, на улогу интелектуалних вазала и кетмана. У таквој ситуацији многа људска лица преобразила су се у лажне образине; из страха или користи многи су тзв. културни радници, уметници, научници и филозофи прихватили сарадњу у политички режираним представама.

## 8. ИЗДАЈСТВО И АУТОКОМПРОМИТАЦИЈА ИНТЕЛЕКТУАЛАЦА

Након остракизма интелектуалаца дубоко укорeњеног у српској традицији, након бољшевичког антиинтелектуализма у другој половини XX века, у протекле две деценије наше друштво је задесила *издаја и аутокомпромитација српске интелектуалне елите*.

Синтагму „издаја интелектуалаца” први је употребио Жилијен Бенда у наслову своје књиге из 1928. године, у којој каже да је „наше доба доба интелектуалне организације политичких мржњи. Снабдевши класне, расне и националне страсти мрежом доктрина, дајући им морални и интелектуални ауторитет, изазвали су мржњу и сукоб и, у ствари, постали промотери рата”.<sup>28</sup>

Занимљиво је да су ту синтагму одмах почели да користе водећи српски интелектуалци тога времена. Ђорђе Тасић је помиње у свом предавању о „Међународној правној свести” у Хагу 1938. године.<sup>29</sup> Милан Грол је у свом есеју из тридесетих година под насловом „Издаја зналаца” жигосао „две појаве болесног стања нашег друштва”: 1) отуђивање интелектуалаца од свог народа – издвајање школованих људи из тзв. прос-

---

рије, камарадерију, који као губаве красте гуше и оно мало преосталог здравог тела и бране своје место освојено под комунистичком стегом. Мрачни људи из мрачне прошлости мислили су и на будућност. Благовремено су клонирали своје наследнике, по свему налик њима, осим по образовању. Разместили су их по редакцијама, факултетима, и свим другим институцијама преко којих се надгледа уметничко стваралаштво.” Маринко Арсић Ивков, „Кривична естетика – Гушење уметничких слобода у комунистичкој Србији“, *Hereticus*, бр. 1, 2003, стр. 31–51.

28 Жилијен Бенда, *Издаја интелектуалаца*, Социјална мисао, Београд 1996.

29 Ђорђе Тасић, *Међународна правна свест*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2002, стр. 90.

тог народа, тако да су се „велики стручњаци показивали често као мали људи”; и 2) болест интелектуализма и високоумља која има као последицу неприродну појаву – да је образованих људи све више а ваљаних људи све мање. Парафразирајући наслов књиге Ж. Суареза „Много идеја мало људи”, Грол је закључио: „Много зналаца а мало људи!”<sup>30</sup>

Није ли се нама током последње деценије XX века десила својеврсна издаја интелектуалаца? Нису ли водећи српски интелектуалци постали промотери мржње и рата? Нису ли се наши велики зналци и стручњаци показали као мали људи и катастрофални политичари који су допринели слуђивању српског народа? Није ли у Србији све више образованих а све мање ваљаних људи? Најзад, каква је одговорност водећих српских интелектуалаца и културних институција за српску голготу на крају XX века?

Све то нас ставља пред одсудно питање улоге и одговорности српске интелектуалне елите у протеклим деценијама и данас. Нису ли српски интелектуалци имали једну од главних улога на крају XX и почетком XXI века? Нису ли управо они снабдели шовинистичке страсти мрежом рационализација и доктрина? Нису ли они прибављали морални и интелектуални ауторитет погубним политичким одлукама? Нису ли они изазвали мржњу и сукобе, те тако постали промотери безумља и рата?

Нажалост, велики број наших интелектуалних посленика својим делима и животом исписивао је и исписује потврдан одговор на ова питања. Протекле две деценије ће бити забележене као време зла, насиља и превара у југословенској ратној апокалипси која је обесмислила сваку реч и интелектуални напор. У том драматичном времену српски интелектуалци су се кретали различитим путевима.

Први пут је био пут меланхоличног и резигнираног „бацања пера у трње” и дизања руку од интелектуалног рада и стварања. На том путу се нашла већина наших интелектуалних посленика, затечена асиметријом између великих очекивања од тзв. револуције 1989. односно демократског преврата 2000. године и суморне реалности која је грубо разоткрила изневерене наде.

Други пут је био пут друштвеног и политичког ангажмана. Немали број српских интелектуалних посленика ангажовао се на следећи начин:

*Хушкачи.* Они су свој интелектуални дискурс ставили у функцију рата и агресивне политике ауторитарног режима. Потрудили су се да дубиозним политичким одлукама аутистичних режима прибаве научну, стручну визу; да наш пут до заједничке државе српског народа мора ићи преко гробова других југословенских народа; да српски народ успостави равнотежу између сопствене моралне савести и непринципијелне, агресивне политике својих влада.

*Профитџери.* Уз сву трагедију, погубна власт и ратови на тлу СФРЈ показали су се и као уносна, профитабилна делатност. Многи интелек-

30 Милан Грол, *Кроз две деценије Југославије*, библиотека „Политика и друштво”, Центар за унапређивање правних студија, Београд 1999, стр. 15–18.

туални посленици су у тој власти и рату видели изузетну прилику за сопствену корист. Свестрано подржавани и финансирани од ратних и антиратних лобија у земљи и свету, често под маском „одбране историјских националних права” и „заштите људских права”, или „хуманитарне помоћи”, они су своје уметничке способности и научне, стручне и теоријске ставове ставили у функцију ратне машинерије и заузврат остварили профит, разне привилегије и неслућену промоцију. У мирнодопском периоду ти интелектуалци се јављају као: (1) „чувари светог”, односно чувари онога што актуелна власт држи за свето, 2) „интелектуални мандарини” који свој позив и способности стављају у службу своје власти и нације и 3) „експерти”, стручњаци за друштвени инжењеринг који располажу траженим стручним знањима и који своја знања и своје способности износе на тржиште и нуде свима којима су потребна и спремни су да их плате.<sup>31</sup>

*Политииканџи.* Велики број водећих српских интелектуалаца ушао је у политику и активно се ангажовао као: а) лидери водећих политичких странака и државе, заправо лидери политичког неумља, политички пигмеји који су демонстрирали своју личну фрустрацију и политичку недораслост; б) „велики везири” и интелектуални вазали чија је улога да политичким одлукама својих сизерена прибаве научну визу; в) кетмани који се претварају да тобоже верују и прихватају једну политику; г) конвертити који се, радикално мењајући уверења и ставове, прилагођавају сваком политичком тренутку; д) камелеони који немају озбиљна уверења, те лако преоблаче политичку одежду; и) продане душе и пришипетље разних светских фондова, који су по налогу својих спонзора спремни на све.

Улазећи у политичку арену, они су сагорели као научници и истраживачи, а потом компромитовали и потрошили ионако скроман кредит интелигенције у Србији. Тако је поново, као у Брозово време, формирана политикантска, вазална интелигенција сачињена од бројне армије партијских аналитичара, кабинетских саветника, експерата, портпарола, али и корумпираних професора универзитета, научних саветника и истраживача, новинара, уредника и других интелектуалних посленика.

*Месијански интелектуалци.* Они наводно поседују сигурне спасоносне формуле за решавање отворених горућих проблема друштва и стога им само треба омогућити да јавним проповедањем сакупе масовну подршку следбеника.

*Мисионари.* Овој групи припадају они интелектуалци у Србији који, закупљени јавним добром и привржени општим вредностима и цивилизацијским достигнућима модерног демократског друштва западноевропског типа, теже да остваре просветитељску мисију у Србији, да

31 Уп. Срђан Врцан, „Неке напомене о улози интелектуалца овдје и данас”, зборник *Интелектуалци у иранзицији* (приредио Ј. Тркуља), Народна библиотека „Јован Поповић”, Кикинда 2003, стр. 131–142.

примитивно, патријархално, ауторитарно, националистичко и ксенофобично српско друштво уведу у Европу. Према мишљењу Слободана Антонића, идеолошка матрица таквог мисионарства је једноставна: 1) Народ у Србији је примитиван, антимодеран и неевропски. 2) Такав примитиван народ колективно је болестан од национализма. 3) Његова елита је такође оболела од национализма. 4) Један од лекова за српски национализам је да се до краја доведе „природна дезинтеграција СРЈ”. 5) Други лек су репресивне мере: забрана књига, забрана јавног деловања, изрицање затворских казни и, уопште, докидање „антицивизацијског плурализма”.<sup>32</sup>

Мисионари су посебно горљиви критичари и бескомпромисни борци против српског национализма. Али ту борбу упропашћују потцењујући модернизаторске капацитете и демократске потенцијале српског друштва и тражећи национализам и тамо где га нема. Суочени са неприхватањем или одбацивањем шире заједнице, они су склони ружењу властитог народа или чак отвореном призивању окупације „цивизованих странаца”.<sup>33</sup>

*Рујинери.* Ову веома бројну и хетерогену групу наших интелектуалних посленика чине они који се не слажу са политиком режима и актима власти, али су убеђени да се ништа не може променити, те да отпор треба одложити за неко боље време. Они су спремни да у име своје струке и стваралаштва прихвате понижавајућу позицију у друштву која ће им омогућити минималне услове за бављење својим позивом. Њих не интересују ни узроци ни последице трагичног стања у земљи, а прећутну пасивну подршку режиму сматрају условом свог опстанка, деловања у струци и задржавања тешко стечених позиција. „Гледајући своја посла”, они чекају да се ситуација сама од себе промени.

*Алтернативци.* Релативно је мали број наших интелектуалаца који су се искрено ангажовали на тзв. алтернативној сцени (друштвени покрети, синдикати, професионална и струковна удружења, непрофитне организације, алтернативни медији, образовни и слични центри). Супротстављајући се безумљу, ратној стихији и рушењу стожерних културних институција, они су настојали да сачувају мостове који су Србију повезивали са цивилизацијским тековинама модерног света.

*Емигранци.* Талас репресије, беде, рата и незнања избацио је из Србије у свет стотине хиљада младих и образованих људи. Међу њима је много врхунских стручњака, научника и уметника који афирмацију доживљавају далеко од своје земље. Немали је број и оних који су се резигнирано повукли у изолацију и отиснули у „унутрашњу емиграцију”. За једнима и другима остала је огромна празнина коју најчешће

32 Слободан Антонић, „Мисионарска интелигенција у данашњој Србији”, зборник *Интелектуалци у транзицији* (приредио Ј. Тркуља), Народна библиотека „Јован Поповић”, Кикинда 2003, стр. 229–231. Београд, 1999.

33 *Исто*, стр. 228.

попуњавају медиокритети. Многи су склони да разлоге националног и политичког суноврата Србије виде у овом егзодусу и остракизму најумнијих и највитаљнијих снага српског народа. Јер, ако је темељ средњовековног друштва била земља, а нововековног капитал, извесно је да ће темељ друштва XXI века бити знање. Са остракизмом према властитој памети српски народ у том веку не очекује ништа добро.

Трећим путем је ишао мали број наших интелектуалаца, сматрајући да је он једино примерен њиховом људском и професионалном ангажману. То је пут теоријског истраживања, стручне, филозофске и уметничке артикулације драматичних збивања. Одговори ових честитих интелектуалаца имаће значај археолошког белега ископаног из згаришта једне цивилизације, који ће једног дана неки нови археолози откопавати и уграђивати као делове компликованог мозаика српске и југословенске трагедије.

Тек предстоји напор да се отпочне мукотрпан процес отклањања погубних последица издаје и аутокомпромитације српске интелектуалне елите. То подразумева темељно и стручно (пре)вредновање дела насталих у време удвориштва и неморала, под стегом ауторитарних режима. Немогуће је извршити успешан препород Србије ако истовремено не дође до духовног преображаја нашег народа. Једино тако може да се прекине садашња владавина шунда, кича и неукуса у нашем културном животу; да изађемо из круга затвореног друштва у коме владају примитивци оличени у новокомпонованим богаташима – „бизнисменима” и инстант-политичарима.

## ЗАКЉУЧАК

Феномен остракизма интелектуалаца дубоко је укоренен у српској традицији. Када пажљиво анализирамо периоде репресије у нововековној српској историји, запазићемо да је у свима њима константа био прогон аутономних интелектуалаца у различитим областима. Два су кључна разлога за то: (1) свака власт настоји да онемогући или маргинализује деловање аутономних критичких интелектуалаца; (2) непријатељи и освајачи српског народа и државе су од турског доба до нашег времена систематски уништавали духовну аристократију српског народа, тако да српски народ није успео да стекне самосвест о значају и вредности духовне елите.

На традиционалан српски остракизам интелектуалаца надовезао се бољшевички антиинтелектуализам чија је битна карактеристика репресија, системски и систематски прогон интелектуалаца. Идејно-политичка основа те репресије била је комунистичка идеологија, а остваривана је помоћу војно-полицијског апарата и инструментализацијом легислативе, јуристике и правосуђа. Оштрица те репресије је посебно погодила аутономне и критичке интелектуалце и манифестовала се на следећи начин: (1) прогон народних непријатеља, (2) суђење за деликт



мишљења, (3) забране књига, новина, часописа, позоришних представа, филмова и телевизијских емисија, и (4) културно-политички случајеви.

У новије време, од девете деценије XX века, наше друштво је захватила издаја и аутокомпромитација интелектуалаца. Бројни водећи српски интелектуалци, уместо да са становишта струке дају одговоре о тектонским променама после пада Берлинског зида 1989. године и о драматичним збивањима на прелому векова – ушли су у политичку арену и оперативно се ангажовали. При томе, њихов интелектуални рад и стваралаштво су пресахнули, а својим деловањем на политичкој сцени су компромитовали и потрошили ионако скроман кредит интелигенције у Србији.

Друштвене последице ове издаје и компромитације интелектуалаца су катастрофалне. Друштво се налази у свеколикој кризи. У протекле две деценије, као последица владавине недораслих политичких и интелектуалних елита, од државотворног, историјски-културно признатог и победничког народа, претворени смо у губитнички народ, коме се отимају територије и богатства. Изгубили смо територију Српске Крајине, на којој су вековима живели Срби, и територију Косова и Метохије. Изгубили смо млађи и образовани део нашег народа који се иселио у иностранство, друштвено богатство, које се одлило у иностранство и на приватне рачуне, историјске савезнике и углед који смо имали у свету. Системски и систематски су урушаване безмало све вредности: животни услови су катастрофални, незапосленост рекордна, социјална сигурност никаква, здравствено стање нације рђаво, просвета запостављена, духовни живот занемарен. Наука и култура су изопштене из друштвеног живота.

Уместо да нас такво стање друштва мотивише на протест и побуну, препустили смо се равнодушности и апатији, као да је постојеће стање судбина од које нам нема спаса. Скоро да нема јавне критичке речи, медији су режимски или пригушени, једва да има опозиционог живота. Практично се враћамо једноумљу и клими неталасања, (ауто)цензури. Са јавне сцене Србије потиснути су аутономни, критички интелектуалци. На њој доминирају „политички ангажовни интелектуалци”, који су зарад вишег статуса, разних привилегија, брже политичке или професионалне промоције прихватили поданички однос, евет-ефендије, интелектуалних вазала и лакеја.

Тек предстоји напор да се истраже узроци, садржина и појавне манифестације поменутих случајева политичке репресије и прогона интелектуалаца у Србији. Овај рад је прилог истраживању феноменологије остракизма интелектуалаца у Србији и представља пледоаје за критичко преиспитивање ауторитарних аспеката прошлости српског друштва и културе, за ново критичко вредновање наше савремене политичке и културне историје. У Србији XXI века, века у којем ће темељ друштва и развоја бити знање, не би смело бити места за остракизам интелектуалаца. Подсетимо се да институт остракизма у старој Грчкој није до-



нео ништа добро и да је релативно брзо напуштен. У тој колевци остракизма, античкој Атини, прогони истакнутих Атињана су, временом, у V веку пре н. е., изазвали огорчење народа. Постало је јасно да поједини политичари и политичке групе користе остракизам за маргинализацију и уклањање политичких противника, тако да су Атињани убрзо одбацили овај институт. Тим путем су ишла напредна, развијена модерна друштва, тако да је одбацивање института остракизма интелектуалаца значајна цивилизацијска тековина. Тај институт је посебно непримерен савременом друштву знања, научно-техничког прогреса, слободе, демократије и владавине права. Јер, присуство аутономног, критичког интелектуалца у модерном полису кључ је слобде и демократије. Стога изгон зналаца и расуло интелектуалног хабитуса могу имати кобне последице за судбину нашег народа и државе.

*Prof. dr Jovica Trkulja\**

## A CONTRIBUTION TO THE RESEARCH INTO PHENOMENOLOGY OF OSTRACISM OF INTELLECTUALS IN SERBIA

### Summary

*In researching the persecution of intellectuals in Serbia, the author first stresses the phenomenon of ostracism of intellectuals, which has deep roots in the Serbian tradition. The above-mentioned ostracism merged nicely with the Bolshevik anti-intellectualism, which put forth systemic and systematic negation of the rule of law, independent art and free thinking. Political system in which the technology of political repression was well-developed, complex and efficient was in place in Serbia and Yugoslavia from 1945 until the end of 1990's. Ideological and political foundations of the repression were the rigid Communist ideology, the cult of Tito's personality, and activities of the Communist party and other associated social organisations. Army and police, as well as secret services as instruments of force, constituted the basis for repression. Normative and legalistic framework for the political repression was provided through the criminal codes and the judiciary that was in service of the regime, lacking independence. The author analyses 4 types of persecution of the intellectuals: 1) Persecution of the „nemies of the people”, 2) Court trials for „delicts of thought”, 3) Prohibition of books, newspapers, magazines, theatre plays, movies and TV shows, 4) „political cases” in cultural life. Since the causes, contents and manifestations of the above-mentioned cases of political repression and perse-*

---

\* Jovica Trkulja, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

*cution of the intellectuals in Serbia have not been sufficiently researched in social sciences, the author calls for a critical re-assessment of authoritarian aspects of Serbian society in the past and a critical re-evaluation of our contemporary political and cultural history. The author stresses that ostracism of intellectuals is incompatible with a modern society of knowledge, scientific and technological progress, liberty, democracy and the rule of law. Presence of autonomous intellectual who is free to be critical is the key to freedom and democracy in the modern „polis”. Therefore, the persecution of those with knowledge and disruption of the intellectual habitat may have fatal consequences for the destiny of Serbian people and the state.*

**Key words:** *Political repression in Serbia. Anti-intellectualism. – Ostracism of intellectuals. – Delict of thought. – Prohibition of scientific works and works of art. – Betrayal and self-compromization of the intellectuals.*

## EVROPSKI USTAVNI PATRIOTIZAM – IZMEĐU IDEALA I IZAZOVA REALNOSTI

### Apstrakt

*Pojam ustavnog patriotizma se odnosi na privrženost političkoj zajednici na osnovu poštovanja ljudskih prava i ustavnih principa. On predstavlja građansku alternativu etno-kulturalnoj formi političke opredeljenosti, utemeljenoj na teritoriji i kulturnoj homogenosti.*

*Ustavni patriotizam ima interpretativnu i subjektivnu dimenziju: predstavlja normativnu građansku interpretaciju političkog identiteta, s jedne strane, a s druge strane, kada je internalizovan od individualnih građana, on postaje i verzija subjektivne dimenzije političkog identiteta – iskazuje osećaj pripadnosti demokratskoj ustavnoj državi. On je nerazdvojiv od institucionalne i pravno-političke strukture moderne ustavne države (objektivna dimenzija političkog identiteta).*

*Pojam ustavnog patriotizma spada u idealnotipske koncepte, i zato istovremeno sadrži i normativni i empirijski sadržaj. Pojam i praksa ustavnog patriotizma doživeli su istorijsku genezu. U njegovim najrazvijenijim savremenim modalitetima, ustavni patriotizam ima kapacitet da izađe u susret rastućim trendovima globalizacije, migracija, mešanja naroda, pretvaranja političkih zajednica u multikulturalne. Idealnotipski uzev, građanski koncept političke zajednice je produktivna osnova za mirnu koegzistenciju individua i društvenih grupa, manjina i većina, i to kako uzev u postojećim nacionalnim državama, koje afirmišu ustavnu demokratiju i koje su sve manje etnički homogene, tako i u novim formama političkih zajednica, koje predstavljaju kompleksne multinacionalne i polietničke entitete.*

*Evropski ustavni patriotizam može biti smatran najadekvatnijim modelom interpretacije političkog identiteta Evropske unije i osećaja privrženosti ovoj novonastajućoj transnacionalnoj političkoj zajednici.*

*Pre primarnog bavljenja evropskim ustavnim patriotizmom, u tekstu će biti govora o pojmovima ustavnog patriotizma i evropskog identiteta.*

**Ključne reči:** *Politički identitet. – Ustavni patriotizam. – Evropska unija. – Politički identitet EU. – Evropski ustavni patriotizam.*

---

\* Dr Dragica Vujadinović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije. Rad se u određenoj meri sadržinski oslanja na tekst, koji je autorka izvorno napisala na engleskom jeziku: D. Vujadinovic, *European Constitutional Patriotism*, A. Dupeyrix&G.Raulet (eds.), *European Constitutionalism – Historical and Contemporary Perspectives*, Euroclio 83, P.I.E.. Peter Lang, Brussels 2014, ISSN 0944-2294, ISBN 978-2-87574-192-9, D/2014/5678/.

## 1. USTAVNI PATRIOTIZAM

Koncept ustavnog patriotizma je izvorno povezan sa konceptom političkog identiteta nacionalne države, bilo da se radi o demokratskoj pravnoj državi ili demokratskoj ustavnoj državi.<sup>1</sup>

Svaki politički identitet ima tri međusobno povezane dimenzije: objektivnu (institucionalno-pravni okvir), subjektivnu (osećaj pripadništva, identifikacija sa političkom zajednicom), interpretativnu (tumačenja političkog identiteta od strane intelektualnih i političkih elita suštinski doprinose formiranju datog identiteta, a s tim u vezi je i politička i istorijska odgovornost elita).

Osim bliske povezanosti s pojmom političkog identiteta, pojam ustavnog patriotizma je povezan i sa pojmovima političke legitimnosti, kulture ljudskih prava, demokratske političke kulture, javne sfere, ustavne kulture, ustavnog identiteta.

Ustavni patriotizam predstavlja oblik identifikacije s političkim telom na osnovama poštovanja demokratskih vrednosti i ustavno garantovanih jednakih ljudskih prava, za razliku od utemeljenja političkih afilijacija na vrednostima tla, etniciteta, partikularne kulture i jezika, na koje su se nacionalne države tradicionalno pozivale.<sup>2</sup>

Politički identitet može biti tumačen sa stanovišta univerzalnih vrednosti i ustavnih principa (građanska interpretacija), s jedne strane, i sa stanovišta etničkog, religijskog, tradicijskog, kulturnog, teritorijalnog porekla (etno-kulturna interpretacija). Ustavni patriotizam predstavlja normativnu građansku *interpretaciju* političkog identiteta. Kada je internalizovan od individualnih građana, on postaje takođe i verzija *subjektivne* dimenzije političkog identiteta – iskazuje osećaj pripadnosti demokratskoj ustavnoj državi. On je nerazdvojjiv od institucionalne i pravno-političke strukture moderne ustavne države (*objektivna* dimenzija političkog identiteta).

Pojam ustavnog patriotizma spada u idealnotipske koncepte i zato istovremeno sadrži i normativnu i empirijsku dimenziju. U normativnoj dimenziji, taj pojam artikuliše najbolja značenja građanske pripadnosti političkoj zajednici i, utoliko, uspostavlja i određene standarde o tome šta bi trebalo ostvariti u institucionalnom političko-pravnom okviru i političkoj praksi; istovremeno, taj pojam ima i svoje empirijske manifestacije, u meri u kojoj su dati institucionalni okvir i politička praksa usklađeni sa principima i vrednostima ustavnog patriotizma i otelotvoruju ih.

1 Robert Alexy pravi razliku između „formalne pravne države”, „demokratske pravne države” i „demokratske ustavne države”. (Alexy, A., „Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, in: *Philosophie der Menschenrechte*, Herausgegebene von Stefan Gosepath und Georg Lohman, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 2013, 244–264).

2 Habermas, J., *The Inclusion of the Other*, Polity Press, Cambridge, Massachusetts, 1998; takođe: Fossum, J. E., „On the Prospects for a Viable Constitutional Patriotism in Complex Multinational Entities: Canada and the European Union Compared”, [http://www.academia.edu/3029998/On\\_the\\_Prospects\\_for\\_a\\_Viable\\_Constitutional\\_Patriotism\\_in\\_Complex\\_Multinational\\_Entities\\_Canada\\_and\\_the\\_European\\_Union\\_Compared](http://www.academia.edu/3029998/On_the_Prospects_for_a_Viable_Constitutional_Patriotism_in_Complex_Multinational_Entities_Canada_and_the_European_Union_Compared), p. 2.

Suštinska osobina ustavnog patriotizma u njegovim najrazvijenijim savremenim modalitetima jeste njegov kapacitet da izađe u susret rastućim trendovima migracija, mešanja naroda i diversifikacija. Koncept i praksa ustavnog patriotizma na produktivan način spajaju elemente univerzalnih i partikularnih opredeljenja, izražavaju posvećenost univerzalnim vrednostima i principima uz istovremeno priznavanje – u granicama nenarušavanja bazičnih ustavnih principa – različitosti kultura, vera, sistema vrednosti, koji se ukrštaju unutar multikulturalnih političkih zajednica. Za razliku od etno-kulturalnih koncepcija političke zajednice, koje ne mogu da obuhvate uspostavljenu multikulturalnu realnost i, štaviše, lako isklizavaju u neprijateljstvo spram migranata i manjina (koji predstavljaju „drugog”), građanske koncepcije ustavnog patriotizma sadrže u sebi teorijsku i praktičko-političku otvorenost za globalizacijske, transnacionalne i migracijske promene koje su masivno u toku u svim državama i u međunarodnom kontekstu.

Iako civilna interpretacija demokratske pravne/ustavne države najbolje odgovara karakteru ovog tipa države, takođe je moguća i etno-kulturalna interpretacija liberalno-demokratske države. U tom slučaju je akcenat na etničkim i kulturalnim osobinama umesto na ustavnom identitetu; nasuprot tome, ustavni patriotizam pretpostavlja posvećenost zajedničkim političkim principima i zaštiti ljudskih prava umesto zajedničkom nacionalnom/etničkom poreklu, kulturi, jeziku. Ustavni patriotizam je kontrapoliran etno-kulturalnoj interpretaciji identiteta i etnicistički zasnovanom osećaju pripadništva. To, međutim, ne znači nužno napuštanje i negiranje značaja vezanosti za kulturno nasleđe i pripadništvo određenoj zajednici porekla, već znači davanje prioriteta ljudskim pravima i univerzalnim vrednostima.

Pojam ustavnog patriotizma je imao svoju teorijsku i praktičko-političku genezu, u smislu razvijanja značenja i ciljeva (normativnih standarda), kao i realnih sadržaja (institucionalnih okvira, koji se ostvaruju), počev od odbrane demokratske države od neprijatelja demokratije (slučaj Vajmarske republike), preko obnove političkog identiteta Nemačke na građanskim osnovama (ustavnim principima) u kontrapoliranju spram nacističkog iskustva, do idealnotipskog koncepta koji u sebe inkorporira građanske interpretativne modele i osećaj pripadništva građana svojoj političkoj zajednici zasnovan na opredeljenju za ustavnu demokratiju vezano za sve demokratske države, kao i za transnacionalne nove političke zajednice kao što je Evropska unija. Pojavio se u Nemačkoj nakon Drugog svetskog rata. Novu popularnost je dobio krajem devedesetih godina, kada je postao privlačan model za objašnjavanje legitimacijskih kapaciteta liberalno-demokratske nacionalne države uopšte uzev. Takođe, počeo je da se koristi kao normativni model za razumevanje evropskog identiteta kao supranacionalne političke zajednice. Deo razloga za tu novu popularnost ustavnog patriotizma treba tražiti u njegovom kapacitetu za izlaženje u doba globalizacije u susret rastućim trendovima multikulturalizma, i to i u nacionalnim državama i u Evropskoj uniji.

U teorijsko-politički diskurs je ustavni patriotizam uveo Šternberger (*Sternberger*) 1979. godine (čak i ranije, 1958. godine). On je nastojao da

ponudi koncepciju patriotizma koja nije nacionalistička; primarno se fokusirao na lojalnost prema državi, a ne na ustavna prava.<sup>3</sup> On je vezivao ovaj pojam za „militantnu demokratiju”<sup>4</sup>, demokratski poredak koji je sposoban da se brani od spoljnjih i unutrašnjih neprijatelja demokratije uvođenjem potencijalno neliberalnih ograničenja određenih prava.<sup>5</sup>

Na tragu pomenutih Šternbergerovih ideja, nemački ustavni patriotizam je inicijalno bio povezan sa „militantnom demokratijom” (odbranom demokratske države nedemokratskim sredstvima) i „memorijom” o neuspehu Vajmarske republike. On je značio zaštitu i očišćenje od negativnih istorijskih iskustava. Kako Miler (*Muller*) konstatuje, inicijalne formulacije ustavnog patriotizma nisu bile mnogo inkluzivne jer su obuhvatale primarno nemačke građane. Kao forma političke povezanosti, ta inicijalna koncepcija nije nudila rešenja za multikulturalna svojstva. Zato je Jürgen Habermas (*Jurgen Habermas*) dodao univerzalne i inkluzivne elemente u originalnu koncepciju ustavnog patriotizma, tako što se fokusirao mnogo više na ljudska prava i na demokratske procedure nego na državu i odbranu od neprijatelja demokratije.<sup>6</sup>

Koncepcija koju je Habermas kreirao, takođe je sadržala osvrt na prošlost, ali prevashodno u vezi sa sećanjem na Drugi svetski rat i, posebno, holokaust. Njen cilj je bilo preispitivanje političkog identiteta Nemačke tog vremena i pomenutog iskustva, kao i građenje novih osnova za privrženost datoj političkoj zajednici.<sup>7</sup> Habermas je težio pročišćavanju javne sfere i promociji demokratske političke kulture i univerzalnih moralnih principa. Prevazilaženje fašizma je pozadina građenja postnacionalnog identiteta, centriranog oko univerzalnih principa vladavine prava, demokratije, i ljudskih prava.

Habermas je unapredio značenje ustavnog patriotizma i govorio je o „postkonvencionalnim identitetima” individua, kao i o „post-tradicionalnom društvu”. U post-tradicionalnom kontekstu, građani su sposobni da usvoje univerzalnu tačku gledanja na ljudska prava i moralnu brigu; takođe, od njih se očekuje da kritički razmišljaju o pojedinačnim tradicijama i individualnim iskustvima, interesima i željama.<sup>8</sup>

Psihološki decentrirane osobe, koje relativizuju svoje želje i namere u svetlu moralne brige, formiraju post-tradicionalno društvo, koje ne suspenduje religiju, tradiciju ili konvencionalnu moralnost, ali ih sve skupa preispituje, „reinterpreтира ih u svetlu univerzalnih zahteva iskazanih na opštiji način kroz bazična ljudska prava i konstitucionalne norme”.<sup>9</sup>

3 *Ibid.*, 284.

4 Karl Lowenstein je „militantnu demokratiju” definisao prvi put 1939. godine. (Videti: Muller, J. W., *Origins of Constitutional Patriotism*, *Contemporary Political Theory*, 2006, 284)

5 *Ibid.*, 284.

Videti takođe: Preuss, U., *The Constitution of a European Democracy and the Role of the Nation State*, *Ratio Juris*, Vol. 12, Issue 4, December 1999.

6 Muller, J. W., *op. cit.*, 288–289.

7 Muller, *op. cit.*, 291.

8 *Ibid.*, 287.

9 *Ibid.*



Nema nepromenljivog objekta identifikacije – bilo u smislu nacije, ili za te svrhe – istorijskog ustava, kako to Habreimas kaže. Individue razvijaju osećaj pripadništva kroz deliberaciju, pregovaranje, preispitivanje ili reviziju datog političkog tela. Javna sfera je prostor „racionalizacije kolektivnih identiteta”, nezavršivog procesa građenja političkog identiteta.<sup>10</sup>

Taj pojam nije iskazao sve svoje mogućnosti na slučaju Nemačke. Kao što je već pomenuto, ustavni patriotizam je neočekivano stekao novu popularnost krajem devedesetih godina. Najviše zahvaljujući Habermasu i njegovim jakim uticajima, on je postao privlačan model izražavanja građanske lojalnosti i pripadanja u slučaju demokratske pravne države i ustavne demokratije generalno. Pojam je postao upotrebljiv i za preispitivanje problema političkog identiteta pojedinih država u kontekstu globalizacije, migracija, multikulturalnih promena, kao i u slučaju zemalja u tranziciji ka demokratskom poretku. Taj pojam je dobio na značaju i upotrebi takođe kao normativni i praktičko-politički model za razumevanje identiteta Evropske unije kao supranacionalne političke zajednice.

Prema Milerovom mišljenju, ustavni patriotizam označava ideju da politička privrženost treba da bude centrirana oko normi, vrednosti i, još direktnije – procedura liberalno-demokratskog ustava. On obuhvata vrednosti kao što su inkluzivnost, individualnost, raznolikost.<sup>11</sup> Pojam ne referira samo na pisani ustav u njegovoj celini (pozitivističko tumačenje); on se odnosi na „ustavnu kulturu” koja okružuje svaki ustav i ne uključuje samo ustavne temeljne stavove (*essentials*) povodom kojih postoji saglasnost, već i ustanovljene modalitete debate i neslaganja o najpouzdanijoj interpretaciji i najboljoj primeni tih temeljnih stavova.<sup>12</sup>

Fosum (*Fossum*) razlikuje dve krajnosti u verzijama ustavnog patriotizma, i to sa stanovišta toga koliko se one distanciraju od nacionalne države i kulturnog nasleđa date državne teritorije i dominantne kulture: prva je najbliža nacionalističkom partikularizmu; druga je najbliža kosmopolitizmu.<sup>13</sup> On primećuje da postoji čitava skala opcija između dva pomenuta ekstrema, u odnosu na normativne univerzalije. Zaključuje da nas druga verzija ustavnog patriotizma „kakva već jeste zavisna od eksplicitne kosmopolitske konstelacije, najdalje odvodi od države i predstavlja značajno njeno napuštanje, dok se prva verzija suštinski oslanja na državnu formu i može da operiše unutar sistema država”.<sup>14</sup>

Omid Pajrou Šabani (*Omid Payrow Shabani*) insistira na daljem unapređivanju koncepta ustavnog patriotizma za potrebe multikulturalnog konteksta aktuelnog socijalnog i političkog života. On veruje da politička teorija zaostaje za radikalnim i brzim promenama koje se događaju u svetu. Prema

10 *Ibid.*

11 Muller, J. W., „Three Objections to Constitutional Patriotism”, *Constellations*, Vol. 14, No. 2, 2007, 195.

12 *Ibid.*

13 Fossum, J. E., *op.cit.*, 6–9.

14 *Ibid.*

njegovom mišljenju, današnji subjekt nije homogeni građanin jednojezične, jednonacionalne i jednoreligijske zajednice, već heterogeni građanin multikulturalnog sveta. On tvrdi da pripadanje postaje mnogo pre stvar hibriodnog identiteta nego ranijeg konvencionalnog permanentnog identiteta: „Današnje zajednice su... ogromni multikulturalni kosmopolitski centri sa svojim kineskim četvrtima, malim Italijama, indijskim kvartovima, i tako dalje. I u takvim fluidnim gradovima, u kojima je hibridizam rastočio koheziju bilo kakve konvencionalne ustaljenosti, solidarnost ne može biti sagledavana u svetlu fiksiranog identiteta kao političkog lepka koji bi nas držao zajedno.”<sup>15</sup>

Prema njegovom mišljenju, multikulturalni kontekst heterogenih građana koji žive zajedno prikladan je za deliberativnu demokratiju, demokratski konstitutcionalizam i ustavni patriotizam.<sup>16</sup>

## 2. EVROPSKI IDENTITET

Evropski identitet<sup>17</sup> u svojoj objektivnoj dimenziji, kao i u svojoj subjektivnoj dimenziji koja se odnosi na identifikovanje individua i grupa s tom političkom zajednicom, predstavlja proces građenja političke zajednice odozgo-nadole (s vrha do dna) i odozdo-nagore (s dna do vrha). I treće dimenzija – koja se tiče relevantnih interpretativnih modela – predstavlja značajan faktor građenja evropskog identiteta. Druga i treća dimenzija imaju dva modaliteta – etno-kulturalni i građanski.

Evropska unija je utemeljena na demokratskom konstitutcionalizmu i kao takva je u procesu kompletiranja svog institucionalnog ekonomskog, pravnog i političkog sistema. Četiri osnovne slobode su konstitutivne za evropski identitet; za te svhe su konstitutivne i univerzalne vrednosti i ljudska prava, kao i prakse umrežavanja Evropljana na različitim mikro i makro nivoima.

Evropski identitet se definiše u kontrastu s pominjanom traumatskom prošlošću Evrope (kolonijalizam, imperijalizam, nacizam, fašizam, staljinizam, antisemitizam), kao mirotvorni projekat usmeren ka toleranciji, deliberaciji i kompromisu. On je takođe definisan u odnosu na „relevantne druge”. Oni u sebe uključuju – nakon pada berlinskog zida i u kontekstu rasta ekonomskih promena koje se događaju u globalizovanom svetu – osim Amerike i, recimo, Kinu i Indiju, a u kontekstu interne multikulturalne izmešanosti često su „relevantni drugi” ekonomski i politički imigranti, pripadnici religijskih i etničkih manjina, najčešće oni muslimanskog nasleđa.<sup>18</sup>

15 Shabani, O. A. P., „Who is Afraid of Constitutional patriotism?”, *Social Theory and Practice*, Vol 28, p. 442. Videti takođe: Ignatieff, M., *The Needs of Strangers*, Pinguin Books, New York 1986.

16 *Ibid.*, 443.

17 Vujadinovic, D., „On European Identity”, *Synthesis Philosophica*, Zagreb, Croatia 2011. Videti takođe izvanredno informativnu analizu i opis muslimana kao „drugih” u EU, u knjizi: Navida Kermani, *Ko smo mi – Nemačka i njeni muslimani*, Samizdat B92, Beograd 2013. (prevod s nemačkog *Wer ist Wir? Deutschland und seine Muslime*, Verlag C.H.Beck, 2010).

18 Giddens, E., *Europe in the Global Age*, Clio Belgrade 2009.

Evropski identitet mora da se definiše i u odnosu spram multikulturalizma, pluralizma i procesa globalizacije. Postkolonijalna radna snaga i ostali talasi migracija transformisali su relativno homogena nacionalna društva u multikulturalna. Nekontrolibilan karakter tih migracija<sup>19</sup>, uključujući one između osamdesetih i devedesetih godina 20. veka pa do danas, nametnuo je potrebu za uvođenjem Šengen zone dvehiljaditih i pretvorio Evropu u izvesnoj meri u „tvrđavu” u odnosu na spoljnji svet i u odnosu na „druge” unutar same EU.

Pad berlinskog zida je podstakao proces proširenja Evropske unije, koji je pak značajno izmenio smisao i sadržaj evropskog identiteta; „nove” demokratije su unele nove forme različitosti, konzervativizma, etnonacionalizma, kao i obnovljeni značaj religijskog faktora u evropsku politiku i proces građenja evropskog identiteta. Obnova značaja hrišćanstva sa proširenjem EU do 25 članica i posebno s faktorom katoličanstva Poljske i pravoslavlja Rumunije i Bugarske, kao i prisustvo muslimanske religije i značajne muslimanske manjine unutar EU, doveli su u pitanje evropski sekularizam.

Potpisivanje Ugovora u Mastrihtu 1992. godine, sa sledeštenim uvođenjem kategorije evropskog građanina, predstavljalo je značajan iskorak u procesu građenja evropskog identiteta.

Postoje tri glavna modaliteta interpretacije evropskog identiteta u nastajanju – etno-kulturalni (etno-nacionalistički, evroskeptički), građanski (ustavni patriotizam) i pluralni (multikulturalni). Pluralistička interpretacija se može smatrati prevashodno verzijom građanske interpretacije, pošto insistira na izlaženju u susret različitostima pod ambrelom univerzalnih ljudskih prava i ustavnih principa i pošto uzima u obzir pluralističnu prirodu evropske političke zajednice. Osim pomenutih multikulturalnih, pluralističkih pristupa problemu evropskog identiteta, koje karakterišu otvorenost, tolerancija, princip inkluzivnosti i koji shodno ovim osobinama konvergiraju sa ustavnim patriotizmom (na način na koji je Šabani o tome govorio), multikulturalna rešenja problema političkog identiteta takođe mogu da iskliznu ka etnonacionalističkim kolektivističkim i partikularističkim rešenjima.

U slučaju evropskog identiteta, etno-kulturalna koncepcija je duboko evroskeptična. Na primer, eminentni predstavnik tog vida interpretacije Entoni Smit (*Anthony Smith*), govori o tome da bi istinski ujedinjena Evropa mogla (i morala) da nastane postepenim formiranjem zajedničkih evropskih memorija, tradicije, vrednosti, mitova i simbola, nalik etnicitetu i naciji. On zapravo ne veruje da je to uopšte moguće.<sup>20</sup>

Etno-kulturalna interpretacija je suštinski povezana s pominjanim etnonacionalističkim trendovima u „novim” državama članicama EU. Uz to, etno-kulturalna interpretacija evropskog identiteta nam pomaže da razumemo

19 Favell, A., „Immigration, Migration, and Free Movement in the Making Europe”, u: Checkel, J. T. and Katzenstein, P.J., *European Identity*, Cambridge University Press, 2009, 167–189.

20 Jovanovic, M., „In Search of a European Identity”, u: Jovanovic, M., Vujadinovic, D. and Etinski, R. (Eds.), *Human Rights and Democracy in the EU*, Belgrade/Maribor 2009.

obnovu ksenofobije i etnonacionalizma i u „starim” državama članicama, koji inače nastaju kao reakcija na masovne imigracije, globalizaciju i evropeizaciju. Patriotska identifikacija sa sopstvenom državom – kao suprotstavljena i zajedničkom evropskom identitetu i multiplim evropskim identitetima – povezana je sa rastom trenda partikularizma i evroskepticizma.

Projekat evropskog ustavnog patriotizma, osim što preuzima osobine ustavnog patriotizma vezanog za pojedinačne države, ima i svoje specifičnosti. Pitanje je u kojoj meri su ustavni principi otelotvoreni u praksi formiranja EU, zatim, u kojoj meri građani EU generalno usvajaju evropsku ustavnu kulturu zaštite ljudskih prava, mirotvornosti, solidarnosti, socijalne pravde; u kojoj meri formiraju evropsku političku moralnost, samosvest Evropljana i osećaj pripadnosti EU; da li i u kojoj meri imaju motive da se osećaju ne samo građanima države porekla već EU, kao transnacionalne političke zajednice. I takođe, za artikulisanje evropskog ustavnog patriotizma bitno je da li proevropski intelektualci uspevaju da profilišu i kristališu prednosti transnacionalnog evropskog projekta i da pojasne građanima njegovu atraktivnost i pogodnosti koje im pruža; drugim rečima, evropski javni prostor je bitan, u njemu se vrši deliberacija o EU i strateškim pitanjima značajnim za opstanak i izgradnju EU.

Evropski ustavni patriotizam mora da odgovori na pitanje šta može da privuče građane Evrope ideji i praksi ujedinjene Evrope i kako bi oni to ujedinjenje mogli da ostvare.<sup>21</sup> Kompletan i finalni odgovor na to pitanje, doduše, nije ni moguć, jer je reč o otvorenom, nedovršenom, pluralnom modelu političkog identiteta. Utoliko, u nastojanju da se odgovori na pomenuto pitanje, više se radi o otvaranju pitanja i o idealnotipskim smernicama za razmišljanje nego o odgovoru u punom i pravom smislu reči.

### 3. EVROPSKI USTAVNI PATRIOTIZAM

Ustavni patriotizam predstavlja ne samo normativni model interpretacije EU i privrženosti njoj, već i ustavno-institucionalnu realnost EU. U Ustavnoj povelji, članu 1–2, napisano je: „Unija je utemeljena na vrednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokratije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava...”<sup>22</sup>

Pojam evropskog ustavnog patriotizma su najviše razvili Jürgen Habermas i Jan Verner Müller (*Jan Werner Müller*). Međutim, sve više se baveći pojmom evropskog ustavnog patriotizma, drugi autori – kao što su Kalhan (*Calhoun*), Volker (*Walker*), Baubok (*Baubock*), Kostakopolu (*Kostakopolou*) i drugi – nastoje da prošire pojam, kako bi on postao što inkluzivniji i otvoreniji za različitosti i za prevazilaženje „manjka solidarnosti” („solidarity gap”).

U nastojanju da definišu evropski ustavni patriotizam, Habermas i Müller postavljaju pitanje – kako može ustavna kultura, koja je u određenoj meri

21 Habermas, J., *The Divided West*, Polity Press, 2006, 76.

22 Kumm, M., „The idea of Thick Constitutional Patriotism and Its Implications for the Role and Structure of European legal History”, *German Law Journal*, Vol. 06, No. 02, 320.

uspostavljena u nacionalnim državama, da se transformiše u osećaj pripadništva i vezanosti za evropsko političko telo. Ustavni patriotizam – kao svojstvo nacionalnih država – pretpostavlja se, ali istovremeno treba da bude prevaziđen, prilagođen i transformisan za potrebe supranacionalnog konteksta političke zajednice.

Habermas smatra da je osnovno pitanje – koji uslovi moraju biti ispunjeni da bi građani bili u stanju da prošire građansku solidarnost preko granica svojih nacionalnih država, sa ciljem postizanja uzajamne inkluzije. Građanska koncepcija „nacije” – nasuprot njenoj etničkoj koncepciji – „odražava i aktuelno istorijsko nadilaženje evropskih nacionalnih država i činjenicu da je demokratsko građanstvo uspostavljeno kao apstraktno, kao zakonom posredovana solidarnost među strancima”.<sup>23</sup>

Habermas veruje da promena fokusa od identifikovanja s državom na usmerenost ka ustavu vodi relativnom razdvajanju ustava od države.<sup>24</sup> Po pitanju mogućeg širenja građanske solidarnosti preko granica nacionalnih država, on primećuje da funkcionisanje Ujedinjenih nacija u sprečavanju povrede ljudskih prava i očuvanju mira pokazuje začetke komunikativnih struktura globalne javne sfere. Ipak, smatra da takva uska osnova legitimnosti i zajednički potencijal čvrstih reakcija i akcija nije dovoljan za integrisanje Evropske unije.<sup>25</sup>

On nastoji da identifikuje zajedničke elemente onoga što je sadržano (*shared*) u evropskom mentalitetu, političkoj kulturi, političkoj moralnosti i što predstavlja „podržavajuće dispozicije” za „paneuropski diskurs”. Oni se tiču osobina vezanih za mirotvornu i kooperativnu Evropu, otvorenu za druge kulture, spremnu da se uključi u dijalog, sposobnu da se na kompromisan način nosi sa izrazitim kulturnim različitostima, sposobnu da pacifikuje klase razlike posredstvom države blagostanja, i spremnu na samoograničavanje državnih suvereniteta u kontekstu EU.

Evropa je bila primorana da nauči „bolne lekcije o tome kako da se različitosti komuniciraju, da se institucionalizuju suprotnosti i da se stabilizuju tenzije”. Prema njegovom mišljenju, tragovi zajedničke političke moralnosti su se pojavili u trećoj četvrtini 20. veka („Zlatno doba”), u vezi sa „priznavanjem različitosti, uzajamnim priznavanjem drugih u njihovoj drugosti”. Kao empirijske manifestacije zajedničkog identiteta ili evropskog mentaliteta on navodi i uspon sekularizacije, visok nivo poverenja u organizaciona postignuća i kontrolne kapacitete države, skepticizam spram efektivnosti tržišta, snažan osećaj za „dijalektiku prosvetiteljstva” i želju za multilateralnim i pravno regulisanim međunarodnim poretkom.<sup>26</sup>

Habermas je identifikovao pet svojstava koje Evropljani dele, zajednički poseduju: neutralnost autoriteta otelovljenu u razdvojenosti crkve i države,

23 Jovanovic, M., *op. cit.*, 57.

24 Habermas, J., *The Divided West*, *op. cit.*, 79.

25 *Ibid.*, 80.

26 *Ibid.*, 43–45.

poverenje pre u politiku nego u kapitalističko tržište, etos solidarnosti u borbi za društvenu pravdu, visoko uvažavanje za međunarodno pravo i za prava individua i podrška za organizacijsku i vodeću ulogu države.<sup>27</sup> On nastoji da istraži koliko su održive te zajedničke osobine i veruje da je neophodan dalji razvoj panevropskog diskursa, evropskog javnog prostora za svrhe još jasnijeg ispoljavanja posleratnog evropskog mentaliteta.

U svojoj najnovijoj knjizi iz 2012. godine, *Kriza Evropske unije: Odgovor*<sup>28</sup>, on govori o očekivanjima da bi suočenje sa krizom kao zajedničkom sudbinom moglo dovesti do rasta uzajamnog poverenja među Evropljanima (*European peoples*) i do „rasta transnacionalne – doduše slabašne – građanske solidarnosti među građanima Unije“.<sup>29</sup>

Za Habermasa je ključno formiranje transnacionalne javne sfere. On kaže da proces formiranja svesti ne može da bude kontrolisan odozgo ili proizveden administrativnom odlukom.<sup>30</sup> Unutrašnja dinamika javnog diskursa na evropskom nivou moguća je i bitna je za oblikovanje identiteta i ona je postojala u deliberacijama povodom konflikta interesa u slučaju rata u Iraku, zdravstvenih reformi i imigracione politike.<sup>31</sup> Globalna kriza, kao i kriza Evrozone, otvaraju nove prostore za javni diskurs o evropskim problemima.

Habermas govori o manjku svesti među Evropljanima o tome koliko mnogo i koliko duboko oni imaju zajedničku sudbinu, koliko velike su prednosti monetarne unije, oslobađanja od viza i mnogo drugih stvari. On primećuje da neodgovorno ponašanje evropskih intelektualaca jeste doprinelo manjku svesti i nedovoljno razvijenom uzajamnom poverenju među Evropljanima.<sup>32</sup>

Vajlerov (*Weiler*) model supranacionalnog građanstva – kao kombinacije nacionalnog i evropskog građanstva – ukazuje na to da ova dva građanstva treba da ostanu razdvojena i komplementarna. On zagovara multipli identitet i multiple *demoi*, gde individue simultano ispoljavaju oboje – i organsko-kulturološku identifikaciju sa svojom nacijom i članstvo u evropskim supranacionalnim vrednostima koje transcendiraju etno-kulturne razlike.<sup>33</sup>

Jan Verner Miller, kao i Habermas, smatra da se evropski ustavni patriotizam i ustavni patriotizam nacionalnih država uzajamno informišu i ojačavaju. On tvrdi da „Evropska nacija“ i „evropski ustavni patriotizam“ zavise od „evropske javne sfere“, a delom i sami moraju da kreiraju tu javnu sferu.<sup>34</sup> On, međutim, smatra da sećanje na holokaust ne može da ima formativnu ulogu u slučaju evropskog identiteta, ako se hoće dovoljno inkluzivan model za imigrante i manjine. Mili-

27 *Ibid.*

28 Magazin *The Global Journal* je objavio njegov intervju sa Fransisom Fukujamom (Francis Fukuyama), 18. maja 2012, pod naslovom: „The European Citizen: Just a Myth?“ (<http://theglobaljournal.net/article/view/695/>)

29 Habermas, J., *The Crisis of the European Union*, A Response, English ed. Polity Press, 2012.

30 Interview, *op. cit.*

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*, 4.

33 Videti: Muller, J-W., *European Constitutional Patriotism*, Princeton University Press, 2007.

34 Muller, J-W., „A ‘Thick’ Constitutional Patriotism for the EU? On Morality, Memory, and Militancy“, <http://www.princeton.edu/~jmueller/CP-ThickCPEurope-JWmueller.pdf>



tantna demokratija bi mogla jedino da igra ulogu ako bi liberalna demokratija u nekoj od evropskih država zaista došla u stvarnu opasnost.

On smatra da bi evropski ustavni patriotizam trebalo da bude centriran oko ustavnog identiteta, to jest univerzalnih liberalnih demokratskih vrednosti i praksi, prelomljenih i interpretiranih kroz specifična istorijska iskustva pojedinih nacija i država. On veruje da je EU razvila te principe i prakse kao deo osobenog ustavnog identiteta.<sup>35</sup>

On govori o više nivoa procesa evropske identifikacije, zavisnih od partikularnih problema i projekata, a ne o „kolektivnom evropskom identitetu”. Međutim, smatra da to ne isključuje mogućnost pojave i novog tipa kolektivnog identiteta.<sup>36</sup>

Miler nabraja tri posebne karakteristike, koje razdvajaju EU kao specifičnu i inovativnu vrstu transnacionalne političke zajednice: prvo, njena konstitucionalizacija je povezana sa procesom deliberacije i političke borbe s otvorenim krajem; drugo, postoji kontinuitet između liberalno-demokratskog karaktera evropskih nacionalnih država i same EU; treće, postoji kontinuitet između ustavnog patriotizma evropskih nacionalnih država i evropskog ustavnog patriotizma.

On kaže da je ustav EU projekat u toku, da EU kao politička zajednica nije zasnovana na prethodnoj građanskoj solidarnosti, već na uzajamnoj saglasnosti oko projekata i poduhvata. Nadalje, taj proces nije otvoren samo s obzirom na svoje krajnje ishode; on je otvoren i u odnosu na svoje konstituente. Evropska utemeljujuća snaga (*constituent power*) sama po sebi je predmet proširenja. EU nije zasnovana na jednoj osnivajućoj moći (*constituent power*) ili na jednom *demos*-u. Ona je nasuprot tome zasnovana na rastućoj grupi *demoi*.<sup>37</sup> Nije reč o kreiranju bazičnog identiteta, koji podržava ustav, već o dinamičnom i kompleksnom procesu „zajedničkih (*shared*) identiteta”, uz istovremeno tolerisanje i očuvanje različitosti.<sup>38</sup>

Prema Milerovom mišljenju, konstitucionalna arhitektura EU, sa sposobnošću da očuva različitost nacionalnih država, predstavlja mirotvorni kontinuitet sa njihovim liberalno-demokratskim karakterom i istovremeno predstavlja prevazilaženje partikulariteta tih pojedinačnih država. Kreiranje ustava (*constitution making*) evropske političke zajednice zasnovano je na deliberaciji i političkim borbama bez unapred propisanog jedinstvenog cilja; normativna konstitucionalna kultura je u ovom slučaju kontinuirani projekat, koji stoji nasuprot jasno definisanih konstitucionalnih poredaka pojedinih država.

Normativna i ekonomska privlačnost EU proizilazi iz činjenice da njena konstitutivna moć (*constituting power*) nosi potencijal proširenja i sposobna je za „prelivanje preko granica” Unije („transnational overflowing”) ka

35 *Ibid.*, 20.

36 *Ibid.* Videti takođe: Katzenstein, P. J. and Checkel, J. T., Conclusion – European identity in Context, u: *op.cit.*, 213.

37 Muller, J-W., *European Constitutional Patriotism*, *op. cit.*, 226.

38 Muller, J-W., „A ‘Thick’ Constitutional Patriotism for the EU? On Morality, Memory, and Militancy”, *op. cit.*, 21.

državama koje još nisu u EU. Privlačnost EU proizilazi i iz njene otvorenosti i labavih veza. Evropski narodi su privučeni Uniji i teže joj u meri u kojoj ona stimuliše različitosti i ne nameće homogenost i jedinstvo. Evropski narodi će u kontinuitetu morati da pregovaraju i moraće da odlučuju koliko žele da zajednički dele, a koliko da ostave razdvojenog.<sup>39</sup>

Miler prihvata Vajlerov zahtev za „ustavnom tolerancijom” i diskutuje o „tihoj kosmopolitskoj revoluciji”, koja je transformisala nacionalne države a da ih nije progutala. Takođe smatra da Unija zahteva da svi narodi uče jedni od drugih na pozadini stalno opstajućeg mnoštva.<sup>40</sup> Atraktivnost evropske političke zajednice (*European polity*) proizilazi i iz višeslojnih nivoa vladanja, iz nedostatka jednog centra moći koji bi dominirao nad nacionalnim državama.<sup>41</sup>

Evropljani se ne osećaju pozvanim na poslušnost; njih privlače prednosti evropske političke zajednice, ali se s njom ne identifikuju strastveno. Ideal uzajamnog priznavanja različitih *demos* i slavljenje različitosti jesu veoma privlačni, ali nose i rizik od pretvaranja evropskog transnacionalnog multikulturalizma u pluralni monokulturalizam. Privlačnost evropske zajednice proizvodi lojalnost i ubeđenje, koji su uvek otvoreni za kritiku i preispitivanje.

Ustavni patriotizam je primer na delu refleksivnog, samokritičkog pripadanja bez slabljenja zajednice, ali i bez jakog identifikovanja s njom. Ustavni patriotizam obećava kombinaciju kritičkog preispitivanja i kompleksne emotivne povezanosti s političkom zajednicom.<sup>42</sup>

Nasuprot pojmu ustavnog patriotizma koji se odnosi na nacionalnu državu, koji karakterišu precizno doneti ustavi datih nacionalnih država, evropski ustavni patriotizam odražava moto „jedinstvo u različitosti”, u smislu samokritičkog pripadništva, lojalnosti bez pasioniranog identifikovanja, odnosno onoliko lojalnosti koliko se beneficija za uzvrat dobija. On takođe odražava osobeni karakter EU kao nedovršenog procesa sopstvenog građenja demokratske transnacionalne zajednice, bazirane na univerzalnim principima i demokratskim procedurama.

Miler, kao i Habermas, smatra da je od odlučujućeg značaja pitanje – kako bi ti principi mogli da budu što jasnije i vidljivije predloženi (približeni) javnosti. On naglašava odgovornost intelektualaca i elita za razjašnjavanje i predočavanje javnosti prednosti evropske zajednice.

Kreg Kalhan (*Craig Calhun*) ukazuje na činjenicu da je ustavni patriotizam pogodan za multiple koncepcije dobrog života u modernim društvima, da je on kompatibilan sa različitim ustavnim aranžmanima i da u sebi nosi brižljivi balans između posvećenosti univerzalnim principima i priznavanja partikularnosti. Kao i Habermas i Miler, on ukazuje na ključni značaj javne sfere za promociju ustavnog patriotizma i evropskog identiteta.<sup>43</sup>

39 Muller, J-W., *European Constitutional Patriotism*, op. cit., 138–146.

40 Muller, J-W., „A ‘Thick’ Constitutional Patriotism for the EU? On Morality, Memory, and Militancy”, op. cit., 22.

41 Muller, J-W., *European Constitutional Patriotism*, op. cit., 149.

42 *Ibid.*, 167–168.

43 Calhoun, C., „Constitutional Patriotism and the Public Sphere: Interests, Identity, and Solidarity in the Integration of Europe”, Published online, 14 November 2006, 278.

Prema njegovom mišljenju, ustavni patriotizam se suočava s teškoćom prevazilaženja „manjka solidarnosti” („solidarity gap”). Prihvatanje političke kulture zasnovane na ljudskim pravima i aktivnoj javnoj sferi ima odlučujućí značaj za pretvaranje stranaca u sugrađane i za prevazilaženje problema manjka solidarnosti, kao i neravnoteže između univerzalnih intencija i priznaja partikularnosti.

Nil Volker (*Neil Walker*) dodaje ovom diskursu izraz ustavnog pluralizma. Konstitucionalizam ne sme da ostane suviše centriran oko države; on mora da postane otvoreniji za društvene tokove koji su povezani sa politikom različitosti. Poenta je da je postvestfalska konfiguracija pluralna, nasuprot onoj jednodimenzionalnoj vestfalskoj; pojedini entiteti nisu više izolovane, ustavno samodovoljne monade po ugledu na nacionalne države.<sup>44</sup> Ustavni pluralizam priznaje i prepoznaje da se evropski poredak razvio preko granica tradicionalnog internacionalnog prava i da sada ima samosvojne ustavne zahteve, koji koegzistiraju sa opstajućim zahtevima pojedinačnih država.<sup>45</sup>

Volker takođe ukazuje na promene koje su se dogodile u vezi sa suverenitetom. On kaže da pripisivanje suvereniteta EU po pitanju nekih kompetencija koje su prethodno bile u isključivoj jurisdikciji članica EU ne dovodi na ozbiljan način u pitanje kontinuirani suverenitet država članica kada je reč o njihovim teritorijalnim jurisdikcijama. On, međutim, dodaje da suverenitet nacionalnih država članica EU može da postane „značajno, neprecizno i progresivno ograničen”.<sup>46</sup>

On kaže da se promena događa zajedno s promenom značenja građanstva. U okvirima modernog diskursa o konstitucionalizmu, građanstvo ne može više da bude vezano isključivo za državu. Nakon Ugovora iz Maastrichta, ta nova situacija ima svoj pravni izraz u pravnom statusu evropskog građanstva.<sup>47</sup>

Baubok (*Baubock*) smatra da su identiteti u modernim političkim zajednicama, uključujući EU, oblikovani multiplim preklapanjima i promenama naklonosti različitih društvenih grupa i udruženja, među kojima su najvažnije one vezane za rodnu, seksualnu, političku i ideološku orijentaciju, religijska ubeđenja, kao i klasu, jezik i etnicitet. „U takvim političkim zajednicama (polities), demokratsko predstavljanje i građanstvo treba da kombinuju tradicionalno liberalno pravilo jednakih prava za jednake građane i sa osetljivišću za te kolektivne identitete.”<sup>48</sup> To implicira mere za „simboličko priznanje” manjine ili kulture imigrantske zajednice i preraspodelu resursa, da bi se tim zajednicama omogućilo da se razvijaju bez primoravanja na prinudnu asimilaciju ili nametnutu segregaciju.

44 Walker, N., The Idea of Constitutional Pluralism, *The Modern Law Review*, Vol. 65, No.3, May 2002, 355.

45 *Ibid.*, 337.

46 *Ibid.*, 346. Videti takođe: McCormick, Beyond the Sovereign State, *The Modern Law Review*, Vol. 56, No. 1, January 1993., 1.

47 Walker, N., The Idea of Constitutional Pluralism, *op. cit.*, 351.

48 Baubock, R., *Citizenship and National Identities in the European Union*, Harvard Jean Monnet Working Papers 4/1997.

Ideju inkluzivnije evropske politike, multiplih identiteta i pojma konstruktivnog, odgovornog evropskog građanstva razvija i grčka autorka Kostakopoulou (*Kostakopoulou*). Prema njenom mišljenju, evropsko građanstvo bi trebalo da bude stvar opšte brige za budućnost pluralističke političke zajednice. Formalno uključivanje pripadnika trećih zemalja koji žive i rade u Evropskoj uniji trebalo bi da bude regulisano zakonima EU, i to bez ikakvog zahtevanja od njih da poseduju i građanstvo neke od zemalja članica EU.<sup>49</sup> Takođe, politička demokratija mora da postane u većoj meri participatorna i inkluzivna, a socijalna politika mora da postane pravednija u odnosu na loše stojeće društvene grupe. Ona poziva odgovorne građane da se bore protiv restriktivnih mera za imigracije i azil, koje se uvode u mnogim zemljama članicama. Ona priziva na „etos odgovornosti i poštovanja” i na „vrlo građanstvo zasnovano na etosu Drugog”.<sup>50</sup>

## ZAKLJUČAK

Evropski ustavni patriotizam ima svoje začetke u ustavnoj kulturi i elementima zajedničkog mentaliteta evropskih naroda i građana Evrope i podržano je od institucionalnopravnog okvira konstitucionalne demokratije. Evropski ustavni patriotizam je ipak još uvek više deklarativni, idealnotipski model nego realnost u punom smislu reči. Ključni problem je vezan za evropsku javnu sferu, koja je veoma daleko od pune razvijenosti. Takođe je ključni problem inkluzivnost, koja upravo slovi kao glavni kvalitet ustavnog patriotizma; pitanje je kako evropski ustavni patriotizam da aktivira svoj kapacitet za prihvatanje različitosti u kontekstu odbrane univerzalnih principa.

Postoje unutrašnje teškoće u implementaciji evropske liberalne političke kulture, koja podupire evropski ustavni patriotizam i koja je razdvojena od partikularnih pretpolitičkih različitih kultura; postoje unutrašnje teškoće u susretanju (suočavanju) konstitucionalizma sa neliberalnim političkim kulturama, kao i u davanju prava imigranatima, manjinskim grupama, slabima generalno, nevidljivim pojedincima i grupama da se iskažu i da utiču na političke odluke; dakle, davanje prava da se oglase onima koji često potiču sa dna društveno-ekonomskih i obrazovnih lestvica, a koji takođe često usvajaju neliberalne političke i kulturne vrednosti, i koji – upravo zbog toga – nailaze na neprijateljstvo i predrasude „domaćeg” stanovništva.

Prema Habermasu<sup>51</sup>, postoje jaki razlozi za ostajanjem zajedno i za odbranom kulturnih i socijalnih formi zajedničkog života i usvojenih vrednosti i principa koji su u skladu sa evropskom ustavnom kulturom u nastajanju. Naime, očuvanje uticaja Evrope na međunarodnoj sceni upravo zavisi od toga.

Klaus Ofe (*Claus Offe*) afirmiše sličnu i komplementarnu formu argumentacije. Prema njegovom mišljenju, ekonomske i političke mere koje su ne-

49 Videti: Jovanovic, M., In Search of a European identity, *op. cit.*, p. 63.

50 *Ibid.*, 65.

51 Habermas, J., *The Crisis of the European Union, A Response*, *op. cit.*

ophodne za rešenje tekuće ekonomske, političke i identitetske krize zahtevaju građansku solidarnost svih Evropljana, saglasnost o merama koje bi odgovarale svima, a ne samo interesima bilo kreditorskih bilo dužničkih zemalja. Ovo u dugom toku i u širokim razmerama pretpostavlja i nameće tretiranje dugova kao zajedničkih, to jest prekomponovanje dugova (*debt mutualization*) praćeno masivnom redistribucijom među zemljama članicama i klasama. To bi značilo da se mere štednje ne bi više prebacivale pre svega na leđa zemalja dužnika i na niže klase, već bi adekvatnim merama redistribucije i štednje bile snažno i pravedno zahvaćene i zemlje kreditori i bogatije klase.<sup>52</sup>

Način rešavanja aktuelne krize mogao bi biti presudan za budućnost EU i za sudbinu evropskog ustavnog patriotizma. Naime, mere štednje, koje uporno sprovode tehnokratsko-finansijski centri EU, ne doprinose unapređenju evropskog ustavnog patriotizma; naprotiv, građani pojedinih država EU upravo na evropske integracije prebacuju krivicu za teškoće i siromašenje koje ih je zadesilo.

Ostaje, međutim, otvoreno pitanje da li proevropske elite mogu da prevaziđu partikularizme nacionalnih država, partijskih ideologija i partikularističkih interesa da bi dosegle javno rezonovanje u opštem interesu evropske zajednice; da li javna deliberacija na evropskom nivou i evropskom javnom prostoru može ili ne može snažno da zaživi kako bi se prevazišla duboka kriza i pretnja opšteg kolapsa. Pitanje će ostati na opasan način otvoreno i sa destruktivnim kapacitetima. Međutim, društveni pokreti i narodi Evrope, *demos*, mogli bi i morali bi, kako to Ofe nagoveštava, da krenu sa nuđenjem jasnijih i snažnijih zahteva, kao i odgovora na pitanje kako rešiti duboku ekonomsku, političku i socijalnu krizu. Oni bi mogli da proizvedu pritisak na elite u EU i evropske centre moći koji bi možda mogao da rezultira rešenjima u korist EU koja je u većoj meri socijalna (neophodan je novi projekat socijalne Evrope), koja je suštinski u većoj meri inkluzivna (pitanje pomirenja i produktivnog suživota univerzalnih vrednosti i pluralnih partikulariteta još uvek treba rešiti), u kojoj progredira zajednički javni diskurs (evropski javni prostor) i koja je manje deklarativno a više supstancijalno zasnovana na evropskom ustavnom patriotizmu.

Rastuća ekonomska kriza Evrozone i evropskog identiteta ugrožavaju dalji razvoj evropskog ustavnog patriotizma. Na evropskim intelektualcima leži odgovornost da razjasne kontekst krize, da objasne realnost zajedničke sudbine Evropljana i da naglase nužnost rešavanja krize sa stanovišta evropskog javnog rezonovanja i evropskog ustavnog patriotizma. Na evropskim građanima i društvenim pokretima je da artikuliraju zahteve, proteste, modalitete izleženja iz krize na osnovama opšteg dobra i zajedničkih evropskih interesa. Fokusiranje na razlikama i podelama, na partikularnim interesima nacionalnih država i njihovih javnosti ne može da donese održivo rešenje.

---

52 Ofe, C., „Europe Entrapped: Does the European Union Have the Political Capacity to Overcome its Current Crisis?“, in: Jovanovic, M. and Vujadinovic, D. (Eds.), *Identity, Political and Human Rights Culture as Prerequisites of Constitutional Democracy*, Eleven International Publishing, Amsterdam 2013.

*Prof. dr. Dragica Vujadinović\**

## EUROPEAN CONSTITUTIONAL PATRIOTISM – BETWEEN THE IDEAL AND CHALLENGES OF THE REALITY

### Summary

*The concept of constitutional patriotism refers to an allegiance to the political community, which derives from respect for human rights and constitutional principles. It represents a civic alternative to ethno-cultural form of attachment, which founds a political commitment on the territory and cultural homogeneity.*

*Constitutional patriotism has had an interpretative and subjective dimension: it represents a normative civic interpretation of political identity, one based on universal values and human rights; it also becomes a version of the subjective dimension of political identity when internalized by individual citizens (expresses a sense of belonging to the democratic constitutional state). It is inseparable from an institutional and legal-political structure of the modern constitutional state (the objective dimension of political identity).*

*The concept of constitutional patriotism belongs to the ideal-typical concepts, and insofar it contains both the normative and empirical dimension. The concept and practice of constitutional patriotism have experienced a historical genesis. In its most developed current manifestations, it expresses capacities for matching the rising trends of globalization, migrations, melting of the peoples, turning of political communities into multicultural ones. Ideal-typically speaking, the civic concept of political community represents a fruitful basis for a peaceful co-existence of individuals and groups, majorities and minorities, in both the given nation states, which affirm constitutional democracy and are less and less ethnically homogenous, and in new forms of political communities, which are complex multi-national and poly-ethnic entities.*

*European constitutional patriotism may be considered as the most adequate model of interpreting the political identity of European Union and of the sense of belonging/commitment to this new-emerging trans-national political community*

*Before focusing specifically on European constitutional patriotism, we will consider concepts of constitutional patriotism and European identity.*

*Key words: Political identity. – Constitutional patriotism. – European Union. – Political identity of the EU. – European constitutional patriotism.*

---

53 Dragica Vujadinović, PhD, Professor, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.



Проф. др Мирјана Стефановски\*

## РАСПРАВА О ГОРЊЕМ ДОМУ У НИКОЉСКОМ ОДБОРУ 1868.

### Апстракт

Постављено као кључни проблем уставне реформе, питање торње дома било је претресано у првој уставној расправи у Србији у децембру 1868. године. У раду се анализирају образложења сујројспављених схваћања о двојакој улози торње дома у очувању уставне равнојеже власи: с једне стране, да буде брана скујијинској свемоћи и да умеравана пренајеноси и једносраноси изабраној дома, те као елементи стабилности отклања ујојребу владаочевој већи, а с друге стране, да организован као надзорна власи, буде јак центар ојјора према влади. Предлози начина образовања торње дома (начело изборности са модалитетима посредној или корпоративној избора, принцији именовања са варијантима везаности прорисаним својствима или кандидатским листима, чланство по положају, трајање мандата) разматрају се са становишта обезбеђивања зајужености друштвених редова, представљености образоване мањине и јемства самосталности. У погледу овлашћења торње дома, већина учесника у расправи заложила се за право законодавне иницијативе оба дома и превају скујијине у случајевима несигласности, или у солуцији пласана на заједничкој седници, или у решењу ајела на народ. Такође, већина се изјаснила за суделовање торње дома у појуйку кривичне министарске одговорности и у фази ојјужења и у фази суђења, док проблем политичке одговорности министра пред домовима парламента није појробније расправљан. Аутор закључује да су за Јована Ристића пледишта исказана у Никољском одбору била ујозорење да би торњи дом мојао деловорније да контролише и обуздава владу нејо скујијина и да је то пресудно ујицало да дводомни систем није био усвојен у Намесничком уставу.

Кључне речи: Уставна расправа. – Дводомни систем. – Састав торње дома. – Министарска одговорност.

Уставном реформом, најављеном у намесничкој прокламацији Великој народној скупштини у јуну 1868. године, према усклађеним изјавама из намесничког програма и скупштинских жеља у погледу

\* Др Мирјана Стефановски, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије (179059)*, који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

законодавне власти народног представништва и министарске одговорности, Кнежевина Србија је требало да добије класично уређење једне уставне монархије.<sup>1</sup> Необично важна, као израз оновремених политичких схватања и погледа на уставност, била је расправа која је о установи горњег дома била вођена на седницама знаменитог Никољског одбора у децембру 1868.<sup>2</sup> Према приликама у тадањој Србији, био је то један веома репрезентативан скуп личности од значаја и угледа, који су по позиву намесника и владе били окупљени да би расправљали о главним питањима уставне реформе. С изузетком истакнутих носилаца режима кнеза Михаила, позвани да учествују у раду одбора били су и њихови млађи политички следбеници, за које се знало да су начелни противници намесничке политике. У том великом уставном одбору од преко седамдесет чланова окупили су се, осим министара и државних саветника, многи званичници државне управе и судства, способни и искусни чиновници, као и професори велике школе и познати либерални интелектуалци и политичари. Слободан Јовановић рећиће да је ту био сабран „цвет чиновништва и интелигенције”.<sup>3</sup> Позвани су били и виђењнији људи из народа, свештеници, трговци и сељачки представници, који су глас народних говорника и опозиционара стекли на скупштинама државним за владе кнеза Михаила.<sup>4</sup>

Пред Никољски одбор намесничка влада није изашла са припремљеним нацртом устава. Уставни програм намесништва био је дело Јована Ристића, а Ристић није хтео да допусти да пре сазивања скупштине која ће решавати о новом уставу уставни пројект буде разматран у кругу политичара упућенијих у уставну материју, који би могли оспорити његова битна решења. Отуда је приликом отварања рада одбора недвосмислено било опредељено да је његова улога само саветодавна,<sup>5</sup> да би у завршној речи којом су закључене одборске седнице било најављено да

1 Беседа којом је Намесништво књажеског достојанства отворило уставни одбор – *Јединство*, 8. децембар 1868; Ж. Живановић, *Полијичка историја Србије у другој половини деветнаестог века*, I, Београд 1923, 215–218.

2 На значај разматрања питања састава и улоге горњег дома у Никољском одбору указао је Слободан Јовановић, издвајајући карактеристичне ставове трију политичких група – намесничке, либералне и конзервативне – да би их критички обједињено представио (*Дводомни систем, Полијичке и њравне расправе*, II, Сабрана дела Слободана Јовановића, том 2, Београд 1990, 235–244; *Влада Милана Обреновића, књ. I (1868–1878)*, Сабрана дела Слободана Јовановића, том 4, Београд 1990, 63–66). Сумарним приказом, који веома отежава а неретко и не допушта разумевање исказаних гледишта, рад Никољског одбора представио је Јаша Продановић. (*Уставни развојак и уставне борбе у Србији*, Београд 1936, 164–172), да би од савремених аутора расправу о горњем дому из 1868, маниром сличним Јовановићевом обједињеном представљању ставова политичких група, приказао Марко Павловић (*Српска њравна историја*, Крагујевац 2005, 396–399; *Правна европеизација Србије*, Крагујевац 2008, 113–117).

3 С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића*, I, 63.

4 *Устомене и доживљаји Димитрија Маринковића 1846–1869*, пр. Д. Страњаковић, Београд 1939, 206.

5 *Јединство*, 9. децембар 1868.

ће намесништво, испитавши разлоге изнете током расправе о главним питањима уставне реформе, спремити пројект устава и предложити га народној скупштини.<sup>6</sup> При изради новог устава Ристић је хтео да очува за себе одлучну реч и пуну контролу.

Уставни одбор био је отворен на Светог Николу 8. децембра 1868. (по старом календару) говорима намесника Миливоја Петровића Блазнавца и Јована Ристића, митрополита Михаила и председника владе Ђорђа Ценића. После свечаног отварања на којем је Ристић у значајној беседи јасно определио правац уставне реформе, било је још девет седница одбора којима су председавали Ђорђе Ценић и Радивоје Милојковић. Иако је био професор права и имао богато искуство службе у администрацији и судству, Ценић је имао само улогу да формулише конкретна питања о којима чланови одбора треба да се изјасне, али као човек пређашњег режима, министар правде и државни саветник под кнезом Михаилом, није учествовао у расправи о спорним стварима. Становиште намесничке владе у одбору излагао је и бранио министар унутрашњих дела и Ристићев близак политички пријатељ Радивоје Милојковић, а његова је улога била да у важнијим питањима оспорава противна гледишта. Донедавно председник апелационог суда, он је служио за једног од наших најбољих правника, са врским образовањем које је добио на правним студијама на универзитетима у Хајделбергу и у Паризу. Седнице одбора држане су у великој сали „Старог здања” спрам Саборне цркве. Његова радња позната је по протоколима на основу званичних белешки секретара Јована Авакумовића, који су објављивани у листу *Јединство*, чији је уредник тада био истакнути либерал Стојан Бошковић.<sup>7</sup>

Најисцрпније и најсвестраније у Никољском одбору било је разматрано питање горњег дома. На његову особиту важност упутио је Јован Ристић у својој намесничкој беседи.<sup>8</sup> Усвајање дводомног система у новом српском уставу он је представио као природни пут еволутивног развитка установа. Народна скупштина и државни савет – разлагао је – установе су које су поникле на домаћем земљишту и, постојећи упоредо, органски су се развијале, саобразно друштвеним приликама и потребама државног живота. Уставна реформа, вођена идејама одмерености и поступности, имала би задатак да их преуреди у складу са достигнутим степеном развитка и склопи у једно законодавно тело какво изискују савремене потребе. Клонећи се вазда доктринарног приступа, Ристић се за дводомни систем није заложио као његов начелни заговорник. Оно што налаже да државни савет буде и даље задржан као чинилац у законодавству, преуређен тако да може да послужи као стожерни елемент за

6 *Јединство*, 20. децембар 1868.

7 *Јединство*, 8. децембар 1868 – 3. јануар 1869.

8 *Јединство*, 8. децембар 1868. Идеје очувања континуитета у изградњи државних установа и поступности и смотрености у реформама Ристић ће и доцније истичати као руководна начела уставног преображаја земље под владом намесништва 1868. године (*Једно намесничко 1868–1872*, Београд 1894, 41–44).

изградњу горњег дома, то, према његовим погледима, нису апстрактни, начелни разлози ваљаног организовања законодавне власти, него темељни захтев поступности у реформама. „У политици унутрашњој нема опасније игре – опомињао је – но кад се оно усваја, што се не може одржати; кад се оно данас натраг узима, што се јуче дало. Кад једном утврдимо темељ, на коме ћемо своје установе развијати, каква може бити опасност, ако из обзира на смотреност, не узмемо све одједном? Напротив незгоде би заиста биле велике, ако би узели правац, у коме би принуђени били, да данас оно рушимо, што смо јуче сами подигли.” Претпостављајући да ће доцнији развитак упутити на увођење једнодомног народног представништва, сматрао је да ће то бити много лакше и без потреса, него ако би потоње искуство показало да је горњи дом неопходан, када би прелазак на дводомни систем био много тежи и опаснији.

У прилог дводомног представништва Ристић је сумарно навео и начелне разлоге, нарочито истицане у француској уставној теорији и политичкој књижевности. Историјско искуство је показало да је усредсређивање власти у једној скупштини обележје доба преврата, када превладава воља да се сва сила револуционарног покрета сабере у једном центру, како би се одатле излила свом жестином. После стишавања друштвених потреса пак „тражио се и други чинилац, да обустави наглост и подигне ограде против једностраности”. Иначе, претресање законских предлога у два дома свакако доприноси свестранијем испитивању и зрелијем решавању, који су услов за ваљано законодавство. Горњи дом је такође међа која може уздржати скупштину у моментима раздражености и пристрасности, ако би се, заведена од неодговорних личности, повела за тренутним страстима или интересима. Ристић је још додао да би посебно због нарави нашег народа, који је по темпераменту склон заносима и наглостима у политици, било мудро дводомним системом поставити брану против застрањивања и пренагљености. Најзад, он је нагласио и особено преимућство постојања горњег дома у монархијама. Када је власт монарха у законодавству противстављена једнодомном законодавном телу, владалац лакше бива увучен у борбе партија. Постављен између владоца и скупштине, горњи дом представља „умеравајућег посредника”, па личност и ауторитет владоца остају уздигнути изнад партијских трвења и политичких окршаја. Посебно је за Србе који су имали „горко искуство са судбином својих владалаца” важно да не губе из вида ту „лекцију историје”.

Образлажући потребу горњег дома, Ристић је нарочито истакао разлог неодговарајуће социјалне заступљености друштвених група у српским скупштинама. Како је сеоско становништво, које је најпретежније у бирачком телу, несклоно да за посланике бира оне који не припадају његовом реду, у скупштинама потеклим из народног избора сељачки представници су у огромној већини, па оне нису „најверније огледало сваковрсних сила народних”. Установом горњег дома омогућила би се заступљеност и осталих друштвених редова, те би се у законодавству „обгрлиле све животне силе народа”. Одговарајућа представљеност раз-

личитих струја и интереса у законодавству требало је, према Ристићевој замисли, да се оствари путем владаочевог именовања чланова горњег дома. Осим именованих чланова, у састав горњег дома по положају би улазили и сви државни саветници. Задржан и даље као централни орган власти, државни савет би добио посве нову улогу. Имао би функцију административног суда, надлежног да решава жалбе против министарских решења и сукобе између управних власти. Уједно би му као саветодавном телу владе били поверени и послови законодавне комисије. У време док трају заседања скупштине, сталном саставу државног савета придружили би се и саветници постављени од владоца на неколико скупштинских периода. Тако проширен савет, који би бројао најмање 40 а највише 50 чланова, представљао би горњи дом народног представништва. Чланови по положају из сталног савета, упознати са пословима законодавства, доносили би у рад законодавног тела стручна знања. Владачевим именовањем уводили би се представници оних друштвених редова који нису заступљени у скупштини потеклој из народног избора. Прописана својства за саветнике требало би да пруже јемства за очување њихове самосталности. Тако склопљено законодавно тело – образлагао је – „би обухватило разноврсне силе народне и било израз воље и свести његове”.<sup>9</sup> У Ристићевој интерпретацији, према овом исказу, представљеност различитих слојева друштва у два дома народног представништва репрезентује уједно и различита морална, односно духовна својства народног бића. Елемент политичке воље био би изражен у доњем, а елемент политичке свести у горњем дому.

Поводом начелне дебате о дводомном систему, сви чланови Никољског одбора изјаснили су се за поделу законодавног тела на два дома.<sup>10</sup> Потоња расправа о саставу горњег дома, међутим, обелоданила је врло удаљена, чак крајње супротстављена схватања о његовом месту и улози.

Као најжешћи противник намесничког предлога наступио је Аћим Чумић, професор кривичног права, који је државне науке студирао у Хајделбергу и у Паризу. Савременици ће дуго памтити Чумићева предавања на великој школи у време намесништва, због којих би под прозоре слушаонице знало да се слегне „и пола београдске чаршије”, да се забави слушајући га како грми против устава и страшно и жучно напада владу.<sup>11</sup> Свој први велики политички наступ Чумић је имао у Никољском

9 *Јединство*, 8. децембар 1868.

10 *Јединство*, 14. и 16. децембар 1868. Поводом једногласног изјашњавања чланова Никољског одбора за увођење дводомног система, Никола Крстић је забележио у свом дневнику да му је колега из касационог суда Јаков Димшић испричао „како су многи у први мах били за то да буде један дом, али се нико не усуди да то искаже, но сви бише за то да буду два дома” (Никола Крстић, *Дневник. Јавни животи*, II, 1. јануар 1868 – 31. децембар 1876, пр. М. Јагодић, Београд 2006, 88). Одлично обавештен, аустријски конзул Калај такође је у свом дневнику забележио како му је Љубомир Каљевић рекао да су многи против тога да се образује горњи дом и да ће и касније бити противници дводомности (*Дневник Бењамина Калаја 1868–1875*, пр. А. Радонић, Београд – Нови Сад 1976, 131).

11 К. Христић, *Зайиси стјарој Београђанина*, Београд 1987, 291.

одбору. Утисак који је начинио својом беседом био је тако силан да му је уредник „Јединства” Стојан Бошковић посветио чак два уводника.<sup>12</sup> У дугом и бурном говору он је продорној критици подвргао слабости наших политичких нарава, у којима је видео главну опасност по устав. Смисао уставности – разлагао је – јесте у ваљаном законодавству и у поштовању права. Законодавно тело треба да има таква својства да буде кадро да ствара добре и праведне законе и да надзире да се они поштују. У народној скупштини, како се то могло видети на свим ранијим скупштинама, не само да нема довољно знања за ваљано разматрање закона, ни потребног старања о општем интересу него нема ни довољно самосталности и смелости за вршење надзора над владом. Чиновници, опет, који имају само специјална знања, увек су зависни од владе и њој потчињени. Ни народна скупштина ни чиновнички савет – закључио је Чумић – по својим својствима не би били кадри да обуздају владу. Да би могао да заустави неправедне законске предлоге, да владу контролише и да позове министре на одговорност због непоштовања закона, неопходно је да горњи дом буде организован на начин који би му обезбедио пуну независност од владе. Такву независност његових чланова може да утврди само принцип изборности. С друге стране, старање о општем интересу подразумева самосталност спрема популарних мишљења. Ту високу политичку свест и независност од популарних расположења у народу горњем дому може да обезбеди само непокретност његових чланова. Насупрот намесничком предлогу саветника постављених и привремених, Чумић је истакао радикално противстављен захтев да сенатори буду изабрани и доживотни.<sup>13</sup>

У Никољском одбору Аћим Чумић је наступио као главни говорник испред групе млађих конзервативаца, који су се поставили као начелна и доследна опозиција намесничком режиму. Уз Чумића тада су се политички истакла и двојица врских интелектуалаца са париским универзитетским дипломама, Ђорђе Павловић и Милан Пироћанац. Ђорђе Павловић је био професор грађанског права на великој школи, из које га је намесничка влада касније одстранила због подршке једном студентском протесту. Полемишући са Стојаном Бошковићем, он се сагласио да на страни нема примера горњег дома чији би чланови били изабрани и доживотни. Ипак, у особеним српским приликама – нагласио је – изборно начело неопходно је јемство независности од владе, а непокретност гаранција самосталности.<sup>14</sup> Због блискости са Гарашанином, Милана Пироћанца је намесничка влада већ била сменила са места начелника у министарству иностраних послова и из Београда макнула у унутрашњост у судску струку. Из намесничког предлога он је прихватио једино то да чланови државног савета улазе у горњи дом по положају. То што су постављени имала је, међутим, да надомести сталност саветничког поло-

12 *Јединство*, 16. и 18. децембар 1868; Никола Крстић, *Дневник. Јавни животои*, II, 90; *Успомене и доживљаји Димитрија Маринковића*, 208.

13 *Јединство*, 30. децембар 1868.

14 *Јединство*, 1. јануар 1869.



жаја. Остали чланови горњег дома били би изабрани и то према уставом утврђеним квалификацијама. А како насртаји на законитост могу долазити и „озго”, од владе, као и „оздо”, од народа, односно од скупштине потекле из непосредних избора – образлагао је – они би свакако требало да буду доживотни. Тако образован и сталног састава, горњи дом би имао моралну снагу и независност и према влади и према народу.<sup>15</sup>

Противници владине свемоћи као опозиција намесништву, млађи конзервативци прибегли су идеји изабраног горњег дома, али су из неповерења у политичку зрелост народа, у противности са самим изборним принципом унели и начело сталности, те су тако спојили у теорији несагласне елементе – изборност и непокретност. Једнако као што су у намесничком предлогу састава горњег дома били неприродно спојени постављање са привременим мандатом, због бојазни Ристићеве да се једном именовани чланови савета не отргну испод владине контроле.<sup>16</sup>

Против Чумићевог предлога састава горњег дома иступио је Стојан Бошковић, један од главних либералних говорника. Он је прво указао на то како сам предлог почива на једној логички противуречној поставци: наиме, ако „ни у народу ни у чиновништву нашем нема гаранције да ће умети, смети и хтети да бране слободу и права народна”, како се онда може очекивати да ће такво изборно тело моћи да изнедри један савет, тако високих умних и моралних квалитета које Чумић тражи од горњег дома. Даље – подвукао је Бошковић темељну слабост предлога да чланови горњег дома буду изабрани и доживотни – то значи неколицини случајно изабраних људи (Чумић је, не би ли га учинио што способнијим за вршење реалне власти, предлагао савет као уско тело од свега 20 до 25 чланова) дати власт да за неколико деценија решавају о судбини земље. Тако би садашњи нараштај, којем Чумић управо замера то што је слабе политичке свести и незнатне културе, унапред везао руке и потомству које ће, међутим, у промењеним приликама свакако имати и битно другачија схватања и много напредније жеље. Такав вечити савет – упозорио је – не само да би био дубоко конзервативан, него би, разрешен сваке контроле и одговорности, могао бити и врло опасан. Он би се лако изметнуо у једну олигархију, попут некадашњег великашког савета. Као ранији уставобранитељски савет, био би стална опасност и по народну слободу и по права династије.<sup>17</sup>

Искусства која су Срби имали са старим државним саветом за важења Турског устава из 1838, за протојереја Игњата Васића убедљива су поука колико би опасно било образовати онакав горњи дом какав тражи Аћим Чумић, те га уздигнути за господара и над народом и над кнезом. Зна се – казивао је – како су стари саветници „вукли народ у провалије и несреће” и памти се како су „доводили Турке због своје

15 *Јединство*, 14. и 21. децембар 1868.

16 С. Јовановић, *О дводомном систему*, Политичке и правне расправе, II, Београд 1910, 153–156.

17 *Јединство*, 16. децембар 1868. и 1. јануар 1869.

неслоге, а на штету народних права”. Оспоравајући изборност горњег дома, лознички прота интуитивно је дошао и до разлога који је био носећи аргумент француских политичких писаца против дводомног система: „Ја се бојим да онај двоструки избор доведиће на то, да ће једни рећи: ‘ми смо народни, а ви нисте.’” Иако ове речи подсећају на класичан аргумент опата Сјејеса да политичка воља као израз народне суверености, будући недељива, изискује и само једно народно представништво, за Игњата Васића био је то аргумент да други дом мора имати и другачији политички основ. Наспрам изабране скупштине, савет треба да постане именованем. Народњачке представе некадашњег светоандрејца, неповерљивог према чиновницима, упутиле су га на то да се заложи да се уставом прописани услови за владаочево именовање лица на саветнички положај не смеју везати за њихове функције и звања у државној служби, него да једине квалификације треба да буду личне врлине поштења, образованости и искуства.<sup>18</sup>

Снага и дејство Чумићеве беседе нагнали су и најјачег говорника владе Радивоја Милојковића да своје излагање посвети нарочито оспоравању концепције горњег дома коју су изнели млађи конзервативци.<sup>19</sup> Тежиште критике било је да покаже како управо она својства која конзервативци траже од горњег дома – знање и независност – не би могла бити обезбеђена у изабраном и доживотном савету. С једне стране, оспорио је да се у принципу изборности уопште налазе јемства квалитета. Слабо учешће народа у државним пословима и скучен јавни живот нису пружали прилике народу да упозна и оцени праве способности и вредности људи. Штавише, искуство недавне прошлости показало је да се народ знао поводити за оним људима који су располагали силом. С друге стране, оспорио је да је потпуна независност вредност сама по себи. Независност не значи неодговорност и самовољу. У доживотном савету народ не би могао бити истинито и верно представљен, па се и не зна у чије име би ти вечити саветници вршили власт. Неодговорни, они би имали одрешене руке да терају у властољубљу и личним прохтевима. Када се има на уму колико је земља већ патила од преврата, најпогубније је то што би и народ и влада били немоћни спрам евентуалних насртаја ових „патријарха” на законито стање и њихових превратних тежњи.

Прелазећи на одбрану намесничког предлога, Милојковић је потом образлагао да ће својства која се траже од савета, а то су пре свега квалитети знања и искуства, већма доћи до изражаја ако саветнике поставља владалац на извесно време. Влада, којој је на догледу „сва већа умна радна снага које има у народу“, поузданије ће моћи да у горњем дому прикупи све оно што је у друштву најбоље. Оно у чему би, истина, могло бити сумње – признавао је главну слабост предлога – јесте питање да ли ће од владе именовани саветници бити од ње довољно независни. При томе се одмах постарао да умањи значај ове слабости. Када је о доношењу зако-

18 *Јединство*, 14. децембар 1868. и 1. јануар 1869.

19 *Јединство*, 1. јануар 1869.

на реч, ту према Милојковићевом објашњењу независност заправо није неопходна, јер сами закони као општа ствар не задиру у личне интересе министара. Питање независности надзорног тела поставља се изоштрено поводом одговорности за извршавање закона. Народна скупштина, а не горњи дом, она је политичка власт која је позвана да контролише владу. За министарску одговорност као јемство законитости много важније од независности горњег дома јесте да суд који ће судити министрима буде састављен од виших и најнезависнијих судија у земљи.<sup>20</sup>

Владин предлог о постављеном горњем дому у Никољском одбору подржао је и митрополит Михаило, који ће и у наредним деценијама у политици остати важна потпора Ристићевим либералима и близак пријатељ странке и самог Ристића. Према назорима црквеног поглавара, главна сврха уставне организације власти треба да буде остварење слоге у народу схваћеном као органска целина. Владу не би требало постављати наспрам народа као непријатељски логор. Интерес српства и велики национални задатак изискују да Србија има јаку владу. У савету она треба да нађе ослонац и помоћ у врсним личностима, у таквим људима који се одликују искуством, поштењем и независним мишљењем и који знају шта је то држава и умеју да сагледају праве интересе свега народа и читаве земље. Влада мора имати убеђење о томе да су њихови погледи такви да се могу сложити са назорима владе у пословима законодавства и државне политике. Складан однос између савета и владе утврђивао би однос поверења народног представништва према извршној власти, док би слободно изабрани посланици у народној скупштини ваљало тек да се васпитавају у пословима законодавства и уче вишим погледима на државу. За то поверење, које је услов снажне владе, важно је да се приликом владаочевог постављања саветника нарочито обазире на народно мишљење о њима. Спајајући вредности правде, реда и мира са идејом националне слободе, у митрополитовој патријархалној замисли идиличне „слоге владе и народа“ и „узајамног њиховог поверења и договора“, биле су такође уграђене и либералне мисли о слободној штампи и министарској одговорности, на којима би се темељиле уставност и законитост у земљи.<sup>21</sup>

Глас људи из народа имао је особену политичку тежину због утиска у јавности у погледу саглашавања у одбору са владиним предлогом постављеног горњег дома. Намесници су се зато постарали да такав глас подршке добију, а да је у питању наговор одозго видљиво је по одсуству каквог самосталног образлагања у иступању једног Милије Радовановића, кмета из Селевца,<sup>22</sup> или у унапред припремљеном писаном излагању Симе

20 *Ibid.*

21 *Јединство*, 9. и 24. децембар 1868.

22 *Јединство*, 14. и 21. децембар 1868. Поводом иступања у одбору личности попут кмета Милије Радовановића или трговца Димитрија Главинића, Никола Крстић је забележио као свој дневнички коментар, да је бесмислено „телалити“ о „самосталном мишљењу“ људи који о уставним питањима и државном устројству „ни нај-

Несторовића, трговца из Великог Црнића у Пожаревачком округу, са потписима још десеторице народних представника из унутрашњости.<sup>23</sup> Владин предлог о постављеним саветницима подржали су и неки представници грађанства, попут професора велике школе Панте Срећковића, доктора Јована Валенте, појединих познатих трговаца и свештеника, судија и чиновника из окружних вароши. Бењамин Калај забележио је у дневнику да га је Ристић уверавао да ће у одбору свакако бити прихваћен предлог владе да кнез именује чланове сената. „Само неколико професора – представљао је намесник аустријском конзулу расположење у народу у погледу мере уставне реформе – као Чумић, Павловић и људи као Каљевић желе да чланове сената бира народ, али они не чине странку, премало их је за то, а велика маса народа не жели ове ултрадемократске форме већ одржаваће кнежевског угледа.“<sup>24</sup> Као што је Ристић уверавао Калаја да у одбору не постоји јаче противљење намесничкој концепцији горњег дома, тако се и влада старала да у јавности створи слику да је намеснички предлог уставне реформе добио најширу подршку. Илија Гарашанин, повучен на свом имању у Гроцкој, писао је Мариновићу како пажљиво чита оно што се о радњи одбора објављује у новинама, али да је дознао да су излагања учесника који су заступали гледишта противна плановима владе била цензурисана.<sup>25</sup>

Подржавајући предлог намесништва, Јован Валента је штавише допустио да се утицај владе на радњу горњег дома и даље распростре, тако што број његових чланова не би био уставом утврђен, већ би се оставило увиђавности и слободној оцени владе да путем кнежевог именовања уведе у горњи дом онолико саветника колико држи за сходно.<sup>26</sup> Тако би се постављањем нових, влади поузданијих саветника, могао одмах затомити сваки изразитији отпор политици владе, ако би се у погледу неког важнијег питања исказао у горњем дому. Карактеристична је била оцена Косте Цукића, дугогодишњег министра кнеза Михаила, забележена у Крстићевом дневнику онога дана када се сазнало да је намесништво сазвало Никољски одбор. „Цукић овако карактерише рад тој комисији: Радивој (Милојковић) ће тражити веће слободе; комисија ће томе бити противна и нешто ће окрњити; а Скупштина ће и од комисијиног посла нешто окрњити, те ће се после трубити по новинама (да) влада хоће веће реформе, али народ неће да се заведе, јер им није време.“<sup>27</sup> Да се овај цинични коментар ослањао на добром познавању и личности и манира Ристићевих, постаје видљиво када се читају његова потоња

---

мање не знају“, па не могу о томе „ни имати никаква јасна појма и мишљења“, него се „знало да ће оно хтеги што влада хоће и који су научени унапред шта да говоре“.  
(Никола Крстић, *Дневник. Јавни живои*, II, 92).

23 *Јединство*, 28. децембар 1868.

24 *Дневник Бењамина Калаја*, 135.

25 Писмо И. Гарашанина Ј. Мариновићу од 22. децембра 1868 – *Писма Илије Гарашанина Јовану Мариновићу*, књ. II, пр. С. Ловчевић, Београд 1931, 236.

26 *Јединство*, 24. децембар 1868.

27 Никола Крстић, *Дневник. Јавни живои*, II, 80.

објашњења разлога што су била усвојена нека од наопаких решења Намесничког устава, попут бизарних владиних посланика.<sup>28</sup> По прилици је увиђање да ће намесничка влада провести оно што је наумила било разлог што су искусни политичари Јован Мариновић, близак пријатељ и сарадник Илије Гарашанина, и Димитрије Црнобарац, један од наших тада најбољих правника, ћутали све време трајања расправе у одбору.

Професор историје Панта Срећковић, једном сликом преузетом из политичке књижевности, упоредио је по преимућствима дводомни систем организовања законодавне власти са начелом вишестепености у организацији судске власти. Колико су опасни преки судови, толико је опасна и „прека власт“ једнодомног народног представништва. Обуздавајући пренагљености скупштине, постојање горњег дома уноси у законодавну радњу више промишљености и зрелости, услед свестранијег испитивања законских предлога у два дома. Да оба дома не би имала истоветан политички лик, уколико би се применило изборно начело, горњи дом треба да потекне из посредних избора, као представништво територијалних заједница. Како је пак Србија мала и територијално уједињена земља – образлагао је Срећковић – постављање чланова горњег дома боље је решење од њиховог избора по окрузима. Када, међутим, у будућности буде једном остварен национални циљ уједињења свих српских земаља, тада ће најбоље решење бити да горњи дом буде склопљен као представништво области. Да би подела на округе ипак била на посредни начин изражена у саставу горњег дома, залажући се за постављање његових чланова, предложио је да путем владаочевог именовања у горњи дом уђе и по један члан из сваког округа, који би био познат по каквој родољубивој заслуги за отаџбину. Иначе би, према прописаним квалификацијама за остале чланове горњег дома (високо образовање или године државне службе), то тело, обезбеђујући заступљеност интелигенције, требало да у законодавни рад унесе квалитете знања, стручности и искуства у државним пословима. Битније удаљавање од владиног предлога било је његово становиште о неспојивости места у државном савету и чланства у горњем дому. Одстрањујући чланове по положају, Срећковић се заложиио за чист модел постављеног горњег дома.<sup>29</sup>

Према луцидно поједностављеном лаичком опажању шабачког трговца Димитрија Главинића, дводомни систем и не би био нека новина за Србију јер у савету и скупштини „ми смо и до сада имали као неки горњи и доњи дом“. Попут Панте Срећковића, и он је раздвојио горњи дом и стални савет. Стални савет образовао би се избором већином гласова у оба дома законодавног тела између кандидата које би у двоструком броју предлагао владалац. Тај начин образовања већма би одговарао битно различитој улози сталног савета – да буде политичка власт која би контролисала извршавање закона и вршила надзор над радом локалних власти у окрузима.<sup>30</sup> То трагање за једним независним

28 Ј. Ристић, *Једно намесничштво*, 44–45.

29 *Јединштво*, 14, 24. и 28. децембар 1868.

30 *Јединштво*, 14. и 24. децембар 1868. и 1. јануар 1869.

државним телом високог политичког ауторитета, које би нарочито испитивало злоупотребе власти од врха до дна државне управе, среће се у више наступа представника из народа у Никољском одбору. Више пута поновљена мисао о државним „комисарима“ казује о томе колико се, нарочито у унутрашњости, осећао недостатак ваљане независне контроле законитости рада управе. Иначе, према квалификацијама које су се захтевале за саветничко звање, у погледу лика горњег дома опажају се две различите тенденције. На једној страни, савет је замишљан више као скуп виђенијих људи из народа, уз заступљеност свих округа. Према другом гледишту, било би то тело високог нивоа образовања и стручне спреме, претежно чиновничко по своме саставу.

Ранко Алимпић, који је од либерала први пришао намесништву, својим залагањем за доживотни мандат постављених саветника оспорио је кључну тачку Ристићевог предлога. С гаранцијом непокретности, једном именовани, чланови горњег дома били би надаље потпуно ослобођени од утицаја владе. Њихова независност би тиме била поуздано ујемчена. Оличавајући моралну снагу народног представништва, горњи дом би могао да наступа самостално и према скупштини и према влади.<sup>31</sup> Иако војник по образовању (војне науке је студирао у Прусској и у Белгији), Ранко Алимпић је предложио једно правно конзистентно решење које би, да је у намесништву уопште било воље да се постигне компромис, у политичком смислу представљало ваљану основу за измирење противстављених ставова у Никољском одбору. Но, Ристић никако није мислио да допусти да се горњи дом отргне од владиног утицаја и контроле. Карактеристично о томе сведочи моменат када је Радивоје Милојковић, сумирајући на крају расправе изнете предлоге о организацији горњег дома, изоставио баш овај предлог о постављеном и непокретном савету.

Наступ проте Јована Јовановића био је нарочито неугодан за намеснике због великог угледа који је имао у народу као главни опозиционар на Михољској скупштини у последњој години кнез Михаилове владавине. Предлог проте Јовановића из основа је рушио Ристићеву замисао да влади путем креирања састава горњег дома обезбеди снажан утицај на рад народног представништва. Он се заложиио да чланове горњег дома бира народна скупштина на три године, колико траје и скупштинска периода. У односу на посланике, према прописаним квалификацијама одликовали би се високим образовањем и дугогодишњим судијским искуством.<sup>32</sup> Добило би се тако једно тело квалификованије од скупштине за законодавну радњу и за делотворну контролу извршне власти, али које, произлазећи из воље скупштинске већине, ниуколико не би било политички противстављено доњем дому. Носећа идеја проте Јовановића била је да се обезбеди управо политичка истоветност домова народног представништва и њихово политичко јединство у односу према влади.

31 *Јединствено*, 14. и 21. децембар 1868.

32 *Јединствено*, 21. децембар 1868.



Љубомир Каљевић, који је у то време уживао глас слободоумног интелектуалца и био познат као уредник *Србије*, опозиционог листа чије је писање о важним политичким темама постајало све неугодније за намесничку владу,<sup>33</sup> дао је значајно разјашњење разлога неслагања у погледу улоге коју би установа горњег дома имала у особеним друштвеним и политичким приликама у Србији. Начелни аргумент из Ристићеве беседе о преимућствима дводомног система – да горњи дом представља брану скупштинској свемоћи, за Каљевића је тек апстрактан разлог, пренесен из француске политичке књижевности, који у политичким околностима уставне реформе у Србији звучи готово цинично. Управо обрнуто – нагласио је – „у нас нема и још за дуго неће бити опасности од народа него од владе“. Без довољно знања и самосталности мишљења, наше скупштине ће још дуго бити одвећ послушне свакој влади. Значајније суделовање интелигенције и спремније и самосталније скупштине не могу се добити путем непосредних избора, услед неповерења које се у народу уврежило према чиновништву, поглавито због злоупотреба полицијских власти. Оно мало образованих људи што би се нашло у скупштини, изгубило би се у маси сељачких посланика, вазда поводљивих и неотпорних према влади. Пошто је оспорио умесност Ристићевог представљања улоге коју би горњи дом имао у новом уставном склопу, Каљевић је упозорио да би дводомни систем, са једном скупштином без самосталности и једним саветом без независности, учинио народно представништво пуким оруђем владе: Ако би се још, како то предлаже намесништво, таквој скупштини придружио горњи дом „састављен од људи које је сама влада пробрала – онда смо добили представништво владино а не народно“.<sup>34</sup>

Према Каљевићевом разумевању, особене прилике у Србији изискују да се горњи дом образује као тело које би било кадро да преузме ону функцију за коју сама скупштина нема довољно ни знања ни самосталности – да контролише и обуздава владу. Потребан квалитет компетентности може да донесе само заступљеност интелигенције, а неопходне врлине моралне снаге и самосталности могу да се изведу једино из начела изборности. Сматрао је да би представљеност интелигенције у горњем дому била доследно обезбеђена корпоративним избором његових чланова. Али је такође увиђао да би такав избор био рђаво примљен у народу. Прихватио је зато систем посредних избора са прописаним квалификацијама кандидата из предлога проте Јована Јовановића. Како би начинио и извештај уступак у сусрет намесничком предлогу, од протине идеје одступио је утолико што би, према његовом решењу, две трећине чланова горњег дома бирала народна скупштина, док би једну трећину бирао владалац, али између кандидата које предложи скупштина.<sup>35</sup> Уз Каљевићев предлог пристало је више учесника у

33 Никола Крстић, *Дневник. Јавни животои*, II, 82.

34 *Јединство*, 14. 16. и 21. децембар 1868.

35 *Ibid.*

расправи, међу којима и млади професор Стојан Новаковић, тада већ врло цењен у научним круговима.<sup>36</sup>

Познати научник Јанко Шафарик покушао је да идеју да скупштина бира чланове горњег дома већма измири са Ристићевим старањем да влади обезбеди примаран утицај на његов лични састав. Према Шафариковом предлогу, чланове горњег дома бирала би скупштина, али везана при томе кандидатском листом коју би сачинила влада, предлажући скупштини двоструки број лица, између којих би она вршила избор.<sup>37</sup> За слично решење претходно се заложио и протејереј Никола Поповић, ректор богословије. Док је Шафарик, захтевајући за саветнике вишегодишње искуство у државној служби и високо образовање, горњи дом замишљао као скуп највише чиновничке интелигенције, прота Никола Поповић у њему је пре свега гледао тело које би се одликовало личним моралним својствима својих чланова. Занимљиво је да се он изјаснио и против решења да сви архијереји буду чланови горњег дома по праву достојанства, предлажући да скупштина бира само једног епископа и то без владиног кандидовања.<sup>38</sup>

У расправи о месту и улози горњег дома у уставном склопу, Каљевићевом разлагању о неопходности установљавања једног јаког отпорног центра према влади, начелне разлоге противставио је Чедомиљ Мијатовић, такође говорник из круга млађих либерала, но који је управо под Ристићевим намесништвом катедру економије на великој школи заменио за пробитачнији положај начелника у министарству финансија. Усвајање дводомног система он је образлагао пре свега као нужно средство против опасности које су скопчане са владавином демократског већинског принципа, будући да је то и у далеко просвећенијим земљама једина гаранција против пренагљености, поводљивости и застрањивања скупштине. Обуздавајући крајности представничког система, горњи дом је у односу законодавног тела према влади уједно и важан чинилац очувања уставне равнотеже између законодавне и извршне власти. Наспрам скупштини произашлој из општих и непосредних избора, горњи дом би према његовом предлогу био образован комбиновањем посредних избора са принципом именовања, уз незнатан број чланова који би улазили по положају, попут митрополита, председника ученог друштва и председника трговачког и занатлијског одбора. Све остале чланове, чије би квалификације биле опредељене имовинским и образовним цензусом, именовао би владалац између кандидата изабраних на окружним скупштинама.<sup>39</sup> Тако би уз заступљеност мањине по својствима имућности и образованости, састав горњег дома одражавао и представљеност округа, истовремено почивајући на изборној основи и бивајући снабдевен ауторитетом владалачког именовања.

36 *Јединство*, 24. децембар 1868.

37 *Јединство*, 1. јануар 1869.

38 *Јединство*, 30. децембар 1868.

39 *Јединство*, 14, 18. и 24. децембар 1868.

Комбиновање изборног начела са принципом именовања, уз битно измењено политичко тежиште, заступали су учесници из народа у Никољском одбору. То је онда давало и посве другачији политички лик горњем дому. Изјашњења познатих опозиционара на ранијим скупштинама, крагујевачког трговца Тодора Туцаковића и адвоката Мате Поповића из Смедерева,<sup>40</sup> као и гласови одобравања којима су била пропраћена, представљали су за Ристића упозорење да намесничка замисао горњег дома, чији би састав контролисала влада, не само да изазива начелно противљење интелектуалаца, него да наилази и на значајан отпор међу народним представницима. Према њиховом предлогу, чланове горњег дома именовао би владалац између кандидата које би у двоструком броју изабрала велика народна скупштина. Битно је да тај избор од стране најширег народног представништва не би био ограничен прописаним квалификацијама кандидата у погледу образованости, искуства у државној служби или имућности.<sup>41</sup> Замишљен као скуп истакнутих народних првака, са изборном основом у великој народној скупштини, горњи дом би имао и нарочити политички ауторитет на којем би засновао и своју самосталност и независност у односу према влади. Политички врло близак скупштини, додатно би још ојачавао представнички карактер законодавног тела и његову снагу према извршној власти.

Упућени на сарадњу са намесништвом, понешто заморени дугогодишњом опозицијом, а највећма из политичке увиђавности, прваци либерала у Никољском одбору показали су се вољним да одступе од својих начела и, када је реч о саставу горњег дома, да понуде једно средње, компромисно решење.<sup>42</sup> Међу њима је ипак било разлика у погледу тога у којој су мери били спремни да, креирајући један мешовити горњи дом, иду у сусрет влади.

Врло компромисно је било иступање Стојана Бошковића, главног публицисте либералне групе и популаризатора њихових идеја. У начелној расправи о дводомном систему он је уважио, како аргументацију Мијатовићеву, да горњи дом представља потребну брану против претераности и једностраности скупштине и превратних странпутица, тако и Каљевићеве разлоге о неопходности горњег дома као бране против владине свемоћи. Подсетио је како су се наше скупштине, држане после Светоандрејске, на којој је збачен један кнез а други враћен на престо, допуштајући да се окрње народна права, претвориле и саме у послушно

40 Димитрије Маринковић је забележио у својим успоменама занимљив разговор који је водио са Матом Поповићем по изласку са седнице одбора. Када га је упозорио да је главна слабост његовог предлога у томе што влада може утицати на изборе, „па да се изаберу све њени људи“, Мата Поповић му је одговорио: „Ама зар ти мислиш да ја не знам то. Не сад, него још за двадесет и више година, влада ће да ради како она хоће и поред скупштине, но ја само хоћу да се овде запише шта је право народно... Тек нек има то право и да се зна шта је његово.“ (*Успомене и доживљаји Димитрија Маринковића*, 209).

41 *Јединство*, 1. јануар 1869.

42 Вид. С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића*, I, 44–45, 131–133; *О дводомном систему*, 148, 154–155.

оруђе реакције. Улога дводомног система – нагласио је – јесте да спречава како насиље влада, тако и безакоње револуција: „...треба власти поделити, да не буде тираније, а треба их и ујединити, да не буде анархије, и да буде јединства у законодавству“. Предлажући састав горњег дома, ипак се потом много мање постарао за предохране опасности од насртаја владиног на уставна права и слободе. Потребна јаке власти у тадањим српским приликама за њега је била разлог да се „за сада“ одустане од чистог начела изборности, које доследно изражава идеју народног представништва. Влади би било остављено да сама поставља половину или највише две трећине чланова горњег дома. Другу половину или најмање једну трећину чланова влада бирала би између три кандидата изабраних од народа у сваком округу.<sup>43</sup>

Јован Бошковић, бечки ђак и професор велике школе, био је далеко мање вољан да изађе у сусрет Ристићевом предлогу. Попут Каљевића, и он се заложиио да горњи дом буде креиран као представништво интелигенције, у чијој ће се средини наћи и најбољи зналци закона. Но, док је Каљевић држао да је идеји представљености интелигенције примерен принцип корпоративног избора, Бошковић је сматрао да се она доследно обезбеђује чланством по праву звања. Превагу у горњем дому зато би ваљало да имају чланови по положају. То су најпре сви чланови сталног државног савета. Они би, међутим, за разлику од намесничког предлога, постајали државни саветници владаочевим именовањем са кандидатске листе коју утврђује скупштина и били би непокретни и доживотни. По положају, у горњи дом би улазили још сви архијереји, ректор велике школе, управитељ војне академије, начелник грађевине и председници апелационог и касационог суда. Један његов део био би биран из реда других чиновника, а остале би постављао кнез, при чему би бројчани однос постављених и изабраних чланова био једнак.<sup>44</sup> Добило би се тако једно тело високог образовног нивоа, које би својим саставом обезбеђивало заступљеност знања и искуства у законодавству и чије би самосталност и независност биле поуздано утврђене. Предлог Јована Бошковића се тиме значајно приближио начелном конзервативном становишту.

Заступајући различите варијанте комбинованог система, Бошковићев предлог следиили су и други учесници у расправи. Тако је Коста Јовановић, начелник полицијског одељења у министарству, предлагао да горњи дом буде састављен од сталних чланова државног савета, других чланова по положају (архијереји, најстарији председник епархијске конзисторије и председник касационог суда), чланова из корпоративног избора (професори велике школе и богословије) и, најзад, од постављених чланова, но који би чинили мање од једне трећине укупног састава.<sup>45</sup> Идући даље ка компромису са намесничким предлогом, Тодор Бојовић је предлагао да владалац именује половину чланова горњег дома, док би једну четвртину његовог састава бирао варошки сталеж, а једну

43 *Јединство*, 18. и 24. децембар 1868.

44 *Јединство*, 14. и 21. децембар 1868. и 1. јануар 1869.

45 *Јединство*, 24. децембар 1868.

четвртину би чинили чланови по положају (све владике, председници касационог и апелационог суда и главне контроле, ректори велике школе и богословије и управници трговачког одбора и управе фондова).<sup>46</sup> Игуман Вићентије пак старао се да својим предлогом највећма искључи утицај владе на састав горњег дома. Знатну превагу имали би чланови по положају (државни саветници и вирилисти из Бојовићевог предлога), који би чинили две трећине укупног састава горњег дома, док би једну трећину његових чланова бирала скупштина из своје средине.<sup>47</sup>

Врло особено је било иступање Стојана Вељковића, одличног правног зналца, који је под кнезом Михаилом био уклоњен са катедре и премештен у судску струку због својих либералних наступа, да би сада у Никољском одбору, заступајући идеју сталешке представљености, исказао једно доследно конзервативно становиште. У горњем дому он је видео једно тело виших погледа и исправнијег и дубљег разумевања савремених идеја, постављено као умеравајући, „озбиљни елеменат“, наспрам популарних представа, парцијалних интереса и тренутних тежњи, које су предусне при избору скупштинара. Други дом је такође и важан елемент стабилности, будући предохрана политичким сукобима до којих би долазило уколико би у законодавству вољи скупштине био противстављен само владаочев вето. Истовремено, горњи дом је и битан чинилац равнотеже власти, која се утврђује компетентном контролом законитости рада владе. Саобразно тој концепцији, положај, достојанство и звање били би основ за чланство у горњем дому. У његов састав улазили би државни саветници, митрополит, владике, професори и високи државни чиновници. Поред горњег дома, састављеног, како се разабера из сажетих белешки у протоколима, само од чланова по положају, овај хајделбершки доктор права залагао се за доњи дом као сталешко представништво. Земљорадници и трговци бирали би по класама у скупштинску унапред одређен број представника, као што би одговарајући број скупштинара бирале и чиновничке корпорације.<sup>48</sup>

Расправа у Никољском одбору била је усредсређена на проблем карактера горњег дома и зато заокупљена спорним питањима његовог састава и улоге у уставном склопу. Отуда се о другим питањима дводомног система поглавито није расправљало, те су се учесници по правилу без образлагања или дебате изјашњавали за неко од решења.

Неугодно сазнање за Јована Ристића и Радивоја Милојковића представљало је изјашњавање већине учесника да оба дома народног представништва треба да имају право законодавне иницијативе. Било је то гледиште које су исказали не само познати либерали, попут Љубомира Каљевића, Чедомиља Мијатовића, Јована Бошковића или проте Јована Јовановића, него и високи владини чиновници, као што су то били Коста Јовановић, Сава Сретеновић или Милован Спасић, па и сам мит-

46 *Јединство*, 21. децембар 1868.

47 *Јединство*, 24. децембар 1868.

48 *Јединство*, 16. и 20. децембар 1868.

рополит Михаило.<sup>49</sup> Вероватно старањем намесника, како би се створио утисак да право законодавне иницијативе народног представништва није и народни захтев, у припремљено писано излагање Симе Несторовића са потписима десеторице народних представника из унутрашњости, био је унет став да формални законски пројекти могу потећи само од кнеза. Насупрот готово сагласном становишту исказаном у одбору о равноправности домова, Панта Срећковић и још двојица чланова изјаснили су се против тога да горњи дом има право законодавне иницијативе.<sup>50</sup> Панта Срећковић је још изричито формулисао став о пуном буџетском праву скупштине и политичкој одговорности владе пред доњим домом. С друге стране, прота Јован Јовановић тражио је да оба дома имају и законодавну иницијативу и право да врше контролу над радом владе, а политичку одговорност министара хтео је да утврди и условом да скупштина буџет усваја тек на крају годишњег сазива, пошто владар одобри сва скупштинска решења.<sup>51</sup>

Претрес у одбору и иначе је био вођен као политичка расправа о одређеним уставним питањима, где су онда и лаици, па и неуки људи из народа могли да назначе какво је њихово мишљење и тако предоче своје политичко расположење. Оскудица стручних знања приметна је нарочито приликом расправљања конкретних питања, као што је било питање карактера санкције закона, када су почесто били стављани и неприкладни, па и бизарни предлози. Управо је проблем домашаја кнежевог вета у законодавству изазвао врло живо занимање. Од десетак учесника који су то питање издвојили, при чему су професори права остали уздржани, сви су, карактеристично, хтели ограничење владалачког права санкције. При томе се само неколицина залагала за једно од познатих решења. Љубомир Каљевић је формулисао кнежево одрицање потврде закона као суспензивни вето – враћање законског предлога народном представништву на поновно решавање у току исте скупштинске периоде. Прота Јован Јовановић, уз још пар говорника, поставио је владаочево ускраћивање санкције закона као врсту апела на народ. Кнез би тада употребио право распуштања скупштине, те би коначна одлука зависила од исхода решавања у новом скупштинском саставу.<sup>52</sup>

У погледу начина решавања сукоба између домова, предлози у расправи у Никољском одбору кретали су се око различитих варијанти два основна модела, уставно уобличена или изграђена у пракси дводомних система: форме заједничког гласања домова или вида апела на народ. Љубомир Каљевић, Стојан Бошковић и Панта Срећковић предложили су решавање у заједничкој седници домова. У случају несагласности, домови би се саставили у једно тело, а њихова заједничка одлука усвајала би се већином гласова. Одлучна превага коју скупштина прили-

49 *Јединство*, 21, 24. и 30. децембар 1868.

50 *Јединство*, 24. и 28. децембар 1868. и 1. јануар 1869.

51 *Јединство*, 21. и 28. децембар 1868.

52 *Јединство*, 21. децембар 1868.



ком заједничког гласања задобија већ бројчаном премоћи својих чланова, била би према предлогу проте Јована Јовановића унеколико ублажена захтевом постизања двотрећинске већине гласова. Сима Несторовић и Сава Сретеновић предлагали су да се у случају сукоба између домова одлучивање о законском предлогу одложи за наредну скупштинску периоду, па тек ако се ни у поновљеном поступку засебног решавања домови не би сагласили, да се приступи гласању у заједничкој седници. Према предлогу Чедомиља Мијатовића, који је подржало пар учесника у расправи, решавајућа би имала да буде одлука скупштине у новом саставу: „нек на послетку народ одржава своје мишљење“. У логици апеловања на народ, народна воља изражена на изборима имала би да буде и пресудна. Пресудни изражај народне воље имао је на уму и Милован Спасић, предлажући једно особено и посве необично решење: да се у случају сукоба између домова око неког закона сазове велика народна скупштина, којој би се онда придружио савет, те би састављени уједно, решавали већином гласова.<sup>53</sup> Заједничко свим учесницима било је то да су, у понешто ублаженијем виду или пак у пуној мери, својим предлозима за решавање сукоба између домова у законодавству утврђивали претежност народне скупштине.

У намесничкој беседи у Никољском одбору Јован Ристић је министарску одговорност издвојио као особито важну тековину коју треба да донесе уставни преображај Србије. Ту темељну установу уставне монархије нарочито ефектно представио је спасоносном за очување династије баш у години трагичне кнежеве погибије. Својевремено је Филип Христић још 1864. у савету образлагао предлог да се донесе закон о министарској одговорности, приказујући како су у Србији управо због непостојања одговорности министара страдали владооци. Народни гнев, прикупљен услед некажњености министарских недеља и незаконитости, окретао се онда против личности самог кнеза, па је дошло до апсурдног повесног исхода, да су се у нас владооци непрестано мењали, а министри остајали једни исти.<sup>54</sup> Христићев историјски приказ као да је убиством кнеза Михаила још једном био потврђен, па је Ристић сада опет истакао исте разлоге: „Жалостно искуство, које су чести државни преврати задали нашој младој кнежевини, препоручују ово средство нама више него и народима, у којих је од векова сталност династична утврђена. И ми ћемо ову сталност тек онда постићи, кад се одучимо правити владооца одговорним за све, што би нам се неправом чинило. Без таквог јемства могли би имати то смутно позорје, да нам владооци и даље остану одговорни и покретни, а њихови органи неодговорни и

53 *Јединство*, 21, 24, 28. и 30. децембар 1868.

54 Вид. Ј. Касановић, *Министарска одговорност у српском јавном праву*, Београд 1911, 33–34. Занимљиво је да је Ристић тада у писмима Гарашанину осуђивао Христићево образложење као нешто што би приличило једном Владимиру Јовановићу или Миловану Јанковићу, који су у то време у кругу кнез Михаиловог правитељства сматрани за бунтовнике усијаних глава (вид. М. Павловић, *Преображенски усџав. Први српски усџав*, Крагујевац 1997, 251–252).

непокретни, а то је, на жалост, облик, који представља историја наше кнежевине.<sup>55</sup>

Говором Аћима Чумића испред млађих конзервативаца у први план стављен је проблем недовољне способности народне скупштине да, због оскудице знања и помањкања смелости, врши делотворну контролу законитости рада владе. Остварење министарске одговорности такође зато налаже да се у склоп народног представништва уведе сенат, са позданим гаранцијама независности и самосталности. Само такав сенат, уздигнут изнад дневних политичких интереса и популарних страсти и посве независан у односу према влади, могао би бити судски форум који би имао и политичку моћ и довољно квалификованости да суди за министарске кривице.<sup>56</sup>

Када је на последњој одборској седници била отворена конкретна расправа о поступку кривичне одговорности министра, гледиште млађих конзервативаца заступао је Димитрије Радовић, знаменит међу нашим судијама по својој темељитој правничкој спреми и високој судијској етици. Изборност као јемство независности и непокретност као гаранција самосталности – образлагао је – учинили би чланове горњег дома и непристрасним, „непартајичним“, и независним, и довољно „правно и политички изображеним“ да уливају пуно поверење и поштовање и поседују ауторитет једног суда за суђење министрима. Да се не би преклапале надлежности оптуживања и суђења, право оптужбе министра имала би само народна скупштина. Да би се онда министри заклонили од неоснованих, ситничарских и партијских оптужби, за акт оптужења у скупштини би се тражила двотрећинска већина гласова.<sup>57</sup>

У потоњој расправи могла су се чути различита мишљења, како у погледу надлежности за акт оптужбе, тако и у погледу састава суда за суђење министрима. Већина говорника ипак се изјаснила за суделовање горњег дома и у фази оптужења министра и у фази суђења за министарске кривице. Такође, већина се изјаснила за то да буде установљен нарочити суд за суђење министрима, који би био склопљен од одређеног броја чланова горњег дома из састава сталног државног савета и највиших судија узетих из апелационог и касационог суда.<sup>58</sup> То што су се тим поводом у расправљање живо укључили чланови одбора из унутрашњости, залажући се при томе, макар и лаички постављеним решењима, за ширу иницијативу у поступку покретања механизма кривичне министарске одговорности и једноставније подизање оптужбе, као и за независност суђења, казује колико су се у народу тегобно осећали помањкање контроле и одсуство јемстава законитости рада владе. Пред тим најважнијим захтевом обезбеђивања законитости рада извршне

55 *Јединство*, 8. децембар 1868.

56 *Јединство*, 14. и 30. децембар 1868.

57 *Јединство*, 3. јануар 1869.

58 *Ibid.*

власти нестајало је код народних представника сваке суревњивости и уздржаности према установи горњег дома.

У Никољском одбору био је једногласно прихваћен предлог Ранка Алимпића, уз који су пристали и многи виђенији људи из народа, да велика народна скупштина буде власна да решава о промени устава. Отворено је при томе остало питање како би домови народног представништва били заступљени у фази иницијативе у ревизионој процедури која би била нормирана новим уставом. Посебно, нема јаснијих назнака да ли би у поступку утврђивања предлога за промену устава било доследно проведено начело равноправности домована, или би пак, по обрациу решавања у законодавном поступку, била у случају несагласности утврђена превага народне скупштине.

\* \* \*

Расправа у Никољском одбору показала је да се у кругу интелигенције и међу виђенијим људима из народа горњи дом разумева пре свега као једно тело које би по својим својствима, одликама знања, искуства и самосталности мишљења, било кадро да контролише и обуздава владу. За Јована Ристића било је то упозорење да би његова замисао другог дома, постављеног и привременог, који би умеравана скупштину и био подложен утицају владе, наишла на противљење у Великој народној скупштини и да би горњи дом, ако би једном био установљен, могао временом постати јак отпорни центар према владу. То је пресудно утицало да је намесничка влада пред Велику народну скупштину изашла са предлогом устава у којем је установа горњег дома била надомештена једним наopakим решењем – увођењем у средину скупштине до једне четвртине посланика које именује кнез (чл. 42, 45. Намесничког устава). Тако је од европских држава још само Србија после Грчке и Луксембурга тада усвојила систем једнодомног представништва.

*Prof. dr Mirjana Stefanovski*<sup>59</sup>

## DISCUSSION ON SECOND CHAMBER IN SAINT NICHOLAS' DAY COMMITTEE IN 1868

### Summary

*Nominated as a key problem of constitutional reform the question of Second Chamber was discussed in the first constitutional debate in Serbia in December 1868. In this article are analysed expositions of opposite conceptions of twofold*

\* Mirjana Stefanovski, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

*role of the Second Chamber aimed at preservation of constitutional balance of powers: on one side, to be a bulwark against parliamentary omnipotence and to moderate reckless and one-sidednesses of the elected chamber, and as an element of stability to disuse the monarch's veto; on the other side, organized as control power to be a strong resistant centre against the government. The propositions of organizing principles of the Second Chamber (electoral principle with modalities of indirect or corporative election, principle of appointment with the variations of binding by prescribed qualities or candidate lists, membership by position, duration of mandate) are analysed from the standpoint of providing proper representation of social orders and educated minority and guarantees of individual independence. Concerning the powers of the Second Chamber the majority of participants in debate stood for the legislative initiative of both chambers and preponderance of elected chamber in cases of disagreement, or by voting in the joint session or by appeal to electoral body. The majority also stated for the participation of the Second Chamber in the procedure of ministerial criminal responsibility both in phases of accusation and of trial, while the problem of ministerial political responsibility in bi-cameral system was not fully discussed. The author concludes that for Jovan Ristić the standpoints expressed in Saint Nicholas' Day Committee were warning that the Second Chamber would more effectively control and restrain government than the elected body alone; and that was the decisive reason why the bi-cameral system was not adopted in Regent Constitution of 1869.*

*Key words: Constitutional debate. – Bi-cameral system. – Composition of the Second Chamber. – Ministerial responsibility.*

Проф. др Оливера Вучић\*

## УСТАВНО ПРАВОСУЂЕ ИЗМЕЂУ СУДСКОГ АКТИВИЗМА И СУДСКЕ УЗДРЖАНОСТИ

### Апстракт

Усвоштављање уставног судства било је праћено бројним оспоравањима која су полазила од политичког карактера устава као мерила пресуђења што, неминовно, води политичкој природи уставног судства, немоћности контроле народа уставног суда као усвођљеног тела, збњи од ширине надлежности ових органа и карактера одлука које доносе и, посебно, од поремећаја који ће њихово увођење изазвати у пољеду функционисања начела поделе власти. Посебна забринутост исказивана је у пољеду моћности да уставни суд, као самосталан орган, независан од законодавне, извршне и власти редовних судова, у своме деловању искаже неприхватљиву меру судског активизма, односно недовољну опремност на дужно уздржавање од соствене активности, којим би потврдио и учинио оправданим сва уопштавања његових критичара. Искуства остварена у пракси уставног судског усвођљања у САД, показују да мера исказаног судског активизма варира у зависности од конкретних друштвених околности, природе и значаја спорних правних питања која Суд решава и судијског састава који доноси одлуке, док праксу уставног правосуђа у европским државама условљава прецизнији нормативни оквир којим се регулише активизам суда. Посебан пример предштава уставно правосуђе у Републици Србији иде су моћности судијског активизма знајно изледније.

Кључне речи: Уставни суд. – Судски активизам. – Судска уздржаност. – Стирана искуства. – Норма и пракса у Републици Србији.

Од времена успостављања уставног судства, чувеним Уставом Ханса Келзена који је донет 1920. године у Аустрији, у коме је својеврсни „подухват столећа” на пољу уставноправне науке и праксе оспораван из значајног броја разлога, постојала је бојазан да ће та новоуведена институција у своме деловању бити непознаница и у пољеду свог претпостављеног активизма. Тако се једна од многих збњи које су тада

\* Др Оливера Вучић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и судија Уставног суда Србије. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (179059), који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

истицане у погледу новоуспостављеног органа заштите устава и уставности односила управо на активизам који би се јавио као последица самосталног процењивања потребе његовог исказивања од стране самог уставног органа, везано за поступање у конкретном случају. Да подсетимо, разлога за опонирање успостављању уставног судства било је много.<sup>1</sup> Међу њима, као најпознатији, били су они који су везивани за природу овога органа или, прецизније, за питање – колика ће бити мера његовог политичког деловања и политичке улоге, односно да ли се овим ширењем организационе структуре државне организације угрожава неки од већ постојећих и потврђених органа. С тим у вези, најпре орган законодавне власти, у смислу његове неприкосновене надлежности и сувереног доношења највиших правних аката после устава – закона. Односно, да ли се успостављањем уставног судства у мери која није оправдана, па ни прихватљива, нарушава општеприхваћено начело поделе власти које се сматра стубом и носиоцем сложеног начела владавине права. Надаље, да ли ће се неспорни политички карактер устава, као мерила којим се уставни суд руководи у решавању уставних спорова, пренети на карактер његовог судовања, а тако и на природу и карактер, па тиме и значај његових одлука, као и да ли ће се и на који начин с правом истицати карактер политичког јавити као могуће, чак сасвим очекивано, поступање у избору судија овога суда које ће тешко бити заклоњено од политике и политичког у сваком друштву и да ли ће тако изабране судије бити независне у своме судијском деловању, понајпре у односу на извршну власт и њене носиоце. На крају, али не и као једино преостало, јер ова прилика не дозвољава да се изнесу сви наводи опонената уставног судства, као разлог одвраћања од увођења ове институције навођена је могућност да се овај орган, из многих разлога, јави као самостално дејствујући, без импулса који би дошао од неког другог органа или појединца. У те и такве разлоге треба убројити с правом очекивани, за потребе вршења уставне функције нужан, неспорно стручни састав, односно угледне правне стручњаке доказаног друштвеног и професионалног статуса чија би се реч и став исто тако нужно морали поштовати, затим уставом утврђену надлежност која подразумева оцену рада свих чинилаца који доносе акте и предузимају радње којима се може повредити врховни закон земље – устав, а потом и одлуке које овај орган доноси а које представљају судове без призива, које се односе на све, извршне су и коначне. Дакле, појава самосталног дејства, исказивања свог аутономног активизма и деловање, за разлику од органа редовног судства, на основу сопствене одлуке којом се, ничим са стране условљен, активира механизам који ће пресудити у одређеној спорној правној ствари, без чекања да неко од уставом овлашћених предлагача покрене уставног судски поступак и механизам заштите устава.

1 О најзначајнијим замеркама увођењу уставног судства контроле уставности в. више у: Hans Lehner, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München 1954, S. 45, и Hans Spanner, *Zür richterlichen Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht, Bd. III, Heft 1, Wien 1951, S. 41.



Само успостављање уставног судства отворило је питање: да ли је и у којој мери прикладно поступање уставног судства које се манифестује као судски активизам, или је уставном судству, због његове уставне природе, уставне функције и друштвене мисије, прикладније поступање које се манифестује као судска уздржаност и деловање које настаје и одвија се тек након позива који долази изван самога суда. Уставни суд је, неспорно, у мери у којој је суд, осмишљен као орган чије ће деловање и поступање бити изазвано и опредељено захтевом који ће поднети различити субјекти који делују изван самог суда и који ће му се обратити из разлога потребе да својом одлуком утврди да ли је дошло до повреде устава или закона и очекивањем да се таква повреда отклони елиминасањем таквог акта из правног поретка. Али, уставни суд је, по самој уставној дефиницији своје природе и уставног положаја, истовремено и орган који представља чувара важећег устава, те није неразумно, а није ни правно и политички по себи штетно, да и сам, као активни чинилац друштвеног и уставног система и чувар највише рангираног права у држави, делује у смислу остварења те своје природе и своје уставом опредељене функције и тако још ефикасније заштити устав и уставни поредак и њиме ујемчена људска и мањинска права.

Кључ ове дилеме, ако је на данашњем степену развоја уставног судства уопште у питању актуелна као базична дилема, лежи у мери којом ће се уставни суд руководити приликом таквог свог поступања, односно у правилној и друштвено и правно одговорној и оправданој процени када ће и у којим приликама деловати на такав начин. То треба разумети и подржати као суштину одговора на постављено питање и на својеврсну дилему која се редовно, доиста са променљивом снагом, поставља у деловању сваког уставносудског органа, у било којој држави у којој такви органи постоје и поступају и у различитим условима. У овој констатацији треба видети и својеврсну одбрану активизма самог уставног суда и одлука које доноси и које представљају резултат те самостално извршене процене.

„Проблем” судског, односно уставносудског активизма, изнет је на светску уставноправну сцену најмаркантније у пракси Врховног суда Сједињених Америчких Држава у чувено време конзервативизма америчких судија и њиховог реформисања од америчког председника и представља најупечатљивији доказ да судски активизам постоји и да се против њега, уколико оцена која му се даје изазива такво поступање, може и мора борити управо зарад одбране принципа од којих се, приликом успостављања уставног судства, пошло.<sup>2</sup> Подсетићемо да су, изборивши се за право вршења контроле уставности, судови Сједињених Америчких Држава, како савезни, тако и државни, наставили да ту контролу врше као део својих редовних функција, не сматрајући је

2 Ваља напоменути да управо уставни суд који је настао као последица генијалне идеје чувеног аустријског теоретичара права Келзена – Уставни суд Аустрије има опредељену могућност да, под прописаним условима, сам покрене поступак уставног спора, дакле да делује *ex officio* и тиме по сопственој оцени покрене уставносудске поступке.

својом изузетном влашћу, већ пре редовном дужношћу.<sup>3</sup> Пракса, настала таквим поступањем, показује да је по доношењу првих пресуда почетком XIX столећа, тачније пресуде из 1803. године, отпочело раздобље затишја у активности судова, у коме закони нису проглашавани неуставним. Деценије које су потом уследиле представљале су период потпуног замирања ове врсте судског ангажовања. Извесно оживљавање се догодило почетком друге половине XIX столећа, када је започео благи раст активности, који је достигао своје највише тачке у трећој и четвртој деценији XX столећа.<sup>4</sup> Од 1920. до 1936. године Врховни суд је прогласио неуставним скоро половину (36) од 77 савезних закона, колико их је укупно прогласио неуставним од чувеног спора из 1803. године. Основне одлике тако успостављене судске контроле уставности следиле су судбину самог устава Сједињених Америчких Држава, тог, Јовичићевом речју казано, „праустава”, служећи касније, многим државама као образац сопственог поступања у овој ствари. То поступање је одликовало пажљиво изучавање *Федералистичких списа (The Federalist Papers)*, који, како истиче Чавошки, „и данас уживају неоспорни ауторитет изворног тумачења Устава”,<sup>5</sup> као и предузимљивост самог Суда. Уз њих, природно, треба поменути и карактеристике условљене начином образовања Суда, његовим саставом, карактером мандата чланова који га чине, начином на који они доносе одлуке и могућностима којима притом, као појединци, располажу. Будући да се тај систем контроле уставности примењује искључиво у вези с решавањем одређеног спора, чија је, дакле, нужна претпоставка да је одређени процес пред судом у току, при чему ни то није довољно да би контрола уставности била предузета, нужно је истаћи да једна од странака у спору треба да покрене такву иницијативу, односно да стави приговор да је закон на који се друга странка позвала противустан, позивајући суд да утврди веродостојност навода и у том смислу донесе одлуку. У вези са том одликом запажају се две ствари. Прво, да се контрола уставности не врши као посебан поступак, већ се о њој решава као о претходном питању неког конкретног случаја и, друго, да се суд сам, по сопственој иницијативи, не упушта у испитивање уставности, већ то чини само на иницијативу једне од странака.<sup>6</sup>

3 Тако М. Стојановић, *Судска контрола уставности – Упоредноправни увод на неке проблеме уставности*, Београд 1960, стр. 40.

4 Из оваквих прегледа може се закључити да постоји непосредна веза пресуђивања о овој врсти спорова и политичких прилика појединих етапа у развоју америчкога друштва. О томе Стефановић истиче да се Суд није упуштао у испитивање уставности федеративних закона „gotovo sve do secesionističkog rata, jer za to vrijeme nije nitko pokretao pred njim takvo pitanje” и да је „tek posle toga rata bila definitivno utvrdjena ta praksa”. Међутим, након тога, настаје период пуне активности, те је само Врховни федеративни суд „do 1913. godine proglasio protivustavnima 33 federativna i 200 zakona posebnih država. U svim tim slučajevima radilo se, razumije se, o protivustavnosti s obzirom na federativni Ustav”. J. Stefanović, *op. cit.*, стр. 58–59.

5 К. Чавошки, *Уставности и федерализам, Судска контрола уставности у анілосаксонским федералним државама*, Београд 1982, стр. 57.

6 Тако, Суд се неће упустити у одлучивање по захтеву за испитивање уставности неког закона: „ако одлука о томе не мора да утиче на одлуку о правима странака”.

Неспорно је да се значајном одликом система судске контроле уставности Сједињених Америчких Држава оправдано сматра примена доктрине самоограничења (*self-restraint*) као својеврсне бране неограниченој слободи судског поступања.<sup>7</sup> Основни циљ тога начела је да суд остане у домену права, да се заузда његово ангажовање у политичким стварима и, тиме, умањи стална опасност да суд постане орган-конкурент класичној политичкој власти.<sup>8</sup> Та се одлика обликовала самим трајањем и вршењем контроле уставности, сталним радом Суда на изградњи и уобличавању система правила свога понашања. Сачињена је од низа принципа, који, узети заједно, граде доктрину самоограничења.<sup>9</sup> Иако је у појединим периодима Суд у различитој мери држао до ове своје карактеристике, чини се ипак оправданим гледање на њу као на последицу увиђања америчког судства да се у погледу његове нарастајуће снаге и праксом ширених компетенција, неке ствари у начину

„ако је могуће да се закон протумачи на начин који би отклонио питање уставности”, „ако закон није стварно повредио права неке странке”, „ако је штета која је отуда настала незнатна, или тек треба да наступи”, ако „се странка и сама користила тим законом”. В. више у: М. Стојановић, *op. cit.*, стр. 42, уз ослањање на А. Tunc, S. Tunc, *Le Systeme constitutionnel des Etats-Unis d’Amerique, Le systeme constitutionnel actuel*, Paris 1954, р. 287. Овде су, у ствари, набројани само неки од принципа који сачињавају садржину начела самоограничења суда.

- 7 О самоограничењу Врховнога суда в. К. Heller, „Judicial self restraint in der Rechtsprechung des Supreme Court und des Verfassungsgerichtshofes”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 39, No. 2, 1988, р. 89–136.
- 8 Пишући о идеји судског самоограничења („Judicial self-restraint”, односно „judicial auto-limitation”) и значају њене „оправдане победе” над „судским активизмом” (judicial activism), Мијановић истиче да инсистирање на примени ове идеје не значи залагање да се судови, којима је поверено вршење функције контроле уставности, „одричу својих уставом утврђених овлашћења нити забрану да у вршењу своје функције политички резонују и узимају у обзир економске, социјалне и политичке елементе и аспекте проблема, већ да своје надлежности врше одговорно и у складу са уставом не дозвољавајући прекорачење овлашћења и самоволно прекорачивање надлежности, посебно закорачење у законодавни домен и претварање у надпарламентарне институције”. Јер, управо ће доследна примена овога начела омогућити судовима да се успостављају као „самостални и врло ауторитативни органи са широким овлашћењима, без опасности да ће та овлашћења злоупотријебити и наметнути се као нова политичка власт и „екстрауставни” фактор”. G. Mijanović, „Doktrina ‘self-restraint’ u teoriji i praksi sudske kontrole ustavnosti”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, god. XXVIII, 1980, str. 185.
- 9 Напомињући да различити писци истичу различит број принципа судског самоограничења, Марковић се, сматрајући је најпотпунијом, опредељује за класификацију Х. Абрахама (H. Abraham). Наводећи, уз исцрпно образложење, 16 таквих принципа, Марковић вели да је Суд свестан важности поверења јавности и да је управо доктрина самоограничења, односно принципи који је чине, показатељ његовог напора да то поверење оправда и задржи. Р. Марковић, Покретање уставног спора о уставности нормативних аката, Београд 1973, р. 93–123, уз ослањање на H. Abraham, *The Judicial Process*, New York 1962, р. 310–326. В. и поменути рад J. M. Klebba, у коме аутор казује о три врсте ограничења – уставним, конгресним и ограничењима федералних судова од стране самих судова, које назива „уздржанашћу”, задржавајући се поближе на објашњењима сваког од ових ограничења понаособ. J. M. Klebba, *op. cit.*, стр. 215–218.

вршења те функције, чак у самом приступу њој, управо зарад добробити самога судства, морају мењати. Тако су прве деценије постојања и деловања Суда и деценије његове релативно блиске прошлости пример доследности у поштовању доктрине самоограничења. Преостали део праксе судског деловања у стварима контроле уставности у Сједињеним Америчким Државама потврдио је да ни „ово осећање самоограничења није довољна запрека, ако су судије одлучне да следе властиту филозофију која потиче из једног минулог времена”.<sup>10</sup>

Тако је, у својој дугој пракси, Суд у Сједињеним Америчким Државама прешао осетљиву границу између правног и политичког, упустивши се, вршењем контроле уставности закона, у оцену њихове сврсисходности, чиме је закорачио у суверени домен законодавца. Уосталом, ако се подсетимо да је још Токвил (*Tocqueville*) тврдио да су овлашћења Врховнога суда Сједињених Америчких Држава „скоро потпуно политичка, мада је његово устројство потпуно правосудно”,<sup>11</sup> то и није било изненађење. Нарочито снажно и уочљиво било је такво поступање судства у погледу социјалних закона. Посежући у тим приликама, с јасном намером да се онемогући њихово ступање на снагу, понекад и са изразито неприкладним образложењима, Суд није остављао ни законодавцу ни грађанима ни бледи трачак сумње у своје мотиве и претензије. Проглашавајући неуставним и законе који суштаствено то нису били, Суд се отворено упустио, остварујући тако негативну варијанту Келзеновог „негативног законодавца”, у стварање законодавства, још више, у креирање политике америчког друштва, усуђујући се да пресуђује не о конкретним случајевима, већ, у крајњој линији, о друштву као целини.<sup>12</sup>

Врхунац таквог поступања Суда достигнут је у време Рузвелтовог председниковања, када се Суд отворено поставио као брана тада смераним социјалним реформама. Црпећи снагу из добијеног поверења америчког народа, Рузвелт се смело упустио у борбу против снаге, чвр-

10 К. Чавошки, *op. cit.*, стр. 106.

11 А. de Tokvil, *O demokratiji u Americi*, Titograd 1990, str. 130–131.

12 Изразито критичко и оштро мишљење о америчком Суду и његовом деловању из времена двадесетих и тридесетих година овога столећа изрекао је, као својеврсни теоретичар-сведок, у нашој литератури Ђорђевић. Истицањем, прво, да се ова установа „претворила у своју сопствену негацију” и „од чувара чистоте и интегритета Устава постала фабрика новог устава” и, друго, од чувара законитости „творца несигурности законитости”, јер одговор на питање да ли је један закон одиста закон, да ли је уставан или не, „остаје у стању неизвесности све док се Највиши суд о том не изрази”, Ђорђевић је о оновременом америчком Суду говорио као о суду „неограничених права”. У вези с претходним, „Врховни суд је створио један нов однос хијерархије између основних грана државне власти, нарочито између законодавне и судске власти, противно основној равнотежи власти установљеној Уставом”, те је тако, „судска власт преузела да влада државом, али остављајући одговорност власти другима”, а од уставне и демократске владе стигло се до, Ламберовим (*Lambert*) изразом, „влада судија”, или по Хеинсовим (*Haines*) речима „судократије”. На крају, Врховни суд се, по, чини нам се претерано оштрој оцени Ђорђевића, „у својој најбитнијој улози, од инструмента гаранција основних права грађана... преобразио у инструмент гушења основних права највећег броја грађана”. Ј. Ђорђевић, *op. cit.*, стр. 363.

стине и конзервативизма тадањег Суда, отпочевши, како вели Хелер (*Heller*), свој рат с Врховним судом.<sup>13</sup> Разумним поступањем, својством које га је очигледно красило и, уосталом, омогућило тако дуго и плодно руковођење огромном америчком државом, Рузвелт је успео да овако важно, не само правно, већ пре свега политичко питање будућности, па и опстанка Врховног суда у тадашњем обличју, разреши уз најмање друштвених потреса. Он се није понео за радикалним захтевима, који су се чули у заносу критике, за укидањем права суда да контролише уставност закона. Мудро радећи, он није посегнуо ни за поступком промене Устава. Напротив, не дирајући у светост највишег закона, до кога Америка и Американци толико држе, и чувајући форме које су њиме створене, Рузвелт се усмерио на могућности које је сам Устав отварао тиме што се није упустио у регулисање одређених питања. Једно од таквих било је питање састава Суда, и управо се њиме Рузвелт послужио да би се домогао жељеног циља. Поштујући мисао творца Устава да ће се именовањем доживотних судија остварити циљ да се судови ставе „изнад свих искушења или утицаја који би могли да ометају слободу њихових одлука”,<sup>14</sup> Рузвелт је устао против чињенице што је, према Хејнсовој педантној рачуници, тадашњих девет судија Врховног суда имало укупно 641 годину и што је прилив нове крви, свежих идеја, био нужност за америчко друштво снажних и непрекидних промена. Од тога доба није се променио само састав Врховног суда, већ, уопште гледано, његов став – од тада је почео да се мења начин његовог деловања, приступ споровима које је пресуђивао и његов однос према другим органима власти и самом друштву у целини.

У том смислу, начело самоограничења је једна од набројаних одлика америчког Суда. Јер, иако је у дугој пракси коришћено с различитом количином елана, ово је начело неизоставни део не само положаја Суда у систему или начина његовог деловања, већ нужни састојак његове природе, па и један од услова његовог опстанка. Повратак доследнијој примени начела самоограничења, удаљавање од примене *judge-made-law* система, нарочито након сукоба с Рузвелтом, потврђује такво схватање и сам Суд. Последње деценије његовог поступања у материји контроле уставности представљају раздобље напора да се постигне континуитет таквог поступања. Па ипак, треба се подсетити да су многи чланови Конгреса, научници и безмало сваки од америчких председника, попут Линколна (*Lincoln*), Рузвелта (*Roosevelt*) или Регана (*Reagan*), на овај или онај начин, имали повод и били у прилици да критикују надлежности Врховног суда. Хелер ће се стога с правом запитати да ли је могуће да чак две стотине година никоме није пошло за руком да Врховни суд држи у његовим оквирима и да стога од своје актуелности ништа не изгуби већ овештала реченица поменутих америчких угледника – „...ми желимо судије које су тумачи права, а не ствараоци новог права”.<sup>15</sup>

13 К. Heller, *op. cit.*, стр. 100.

14 New York Herald, 6. фебруар 1937. Наведено према Ј. Ђорђевић, *op. cit.*, стр. 367.

15 К. Heller, *op. cit.*, стр. 90.

Питање уставносудског активизма и уставносудске уздржаности којим се у овом раду бавимо, нужно је сагледати и у светлости једног посебног разлога, који је настао услед вишедеценијског постојања и деловања посебне варијанте „социјалистичког уставног правосуђа”, које је имало неке своје особене одлике и својства, међу којима је, неспорно, и друштвена улога активног чувара устава и социјалистичких друштвених вредности, посебно права радних људи и ангажоване и делатне бригае за њихово несметано уживање. Замисао социјалистичког уставотворца била је инспирисана европском идејом уставног судства, али је у пракси изградње нормативног оквира и судског поступања кројена по мери особеног социјалистичког обрасца уставносудске заштите.<sup>16</sup> Отуда и посебне могућности уставних судова тада, али и њихово опстајање у промењеним условима у уставима бивших југословенских република данас. Овде свакако мислим на институт иницијативе који се по слову устава даје „сваком”, и то у већини случајева без потребе да се исказе и докаже посебан и дефинисани интерес за предузимање таквог обраћања уставном суду.<sup>17</sup>

Ако се осврнемо на уставно правосуђе у Републици Србији и његове могућности самосталног активног деловања, дакле оног које није изазвано захтевом који је дошао са стране, изван Суда, или о коме Суд има нормативним оквиром широко постављене могућности одлучивања у смислу његовог прихватања или одбијања, морамо поћи најпре од аутономног судског активизма преко покретања поступка по службеној дужности и, потом, од иницијативе која је Уставном суду поднета.

Прва међу значајним чињеницама је да сам Уставни суд може покренути поступак оцене уставности или законитости неког акта. Уставни услов је само да то покретање сагласно тражи десет од петнаест судија Уставног суда, дакле двотрећинска већина судијског састава. Друге услове уставотворац и законодавац не постављају, стварајући тако могућност сасвим самосталне позиције Уставног суда да процени да ли ће такву могућност и искористити, уз не тако велику и тешко савладиву препреку коју представља повећни степен сагласности од уобичајеног који представља правило.<sup>18</sup> Овде се отварају већ „стандардна” питања која теорија

16 В. више код О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, *Уставни судови бивших југословенских република – теорија, норма, пракса*, Београд 2010, посебно стр. 69 и даље.

17 У погледу начињене разлике између предлога за покретање поступка и иницијативе, истицано је да предлог представља „правну легитимацију за покретање поступка и ако та легитимација постоји суд је дужан да решава”, док је иницијатива „упозорење суда на одређене прописе који се сматрају од оних који покрећу иницијативу, да нису у сагласности са Уставом и законом”. Тако Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, Београд 1972, стр. 682. Поступак за оцењивање уставности и законитости могао је покренути и сам Уставни суд, *ex officio*, и то у време социјалистичке уставности без икаквог ограничења, што је сматрано елементом посебног карактера југословенског уставног судства, које није било „само арбитар у сукобима о уставности и законитости, већ и активни носилац остваривања и заштите уставности и законитости”. *Истио*, стр. 680.

18 У раду о уставним и законским могућностима доступности уставном суду (Концепција уставног судства данас – уставни суд између „ексклузивног, врховног ар-



поставља. Колико је примерено да суд, као орган тзв. пасивне власти, која делује по позиву, државе или странке, сам исказује активну улогу у погледу вођења одређеног спора, а посебно његовог исхода. Колико је уставни суд ту објективан приликом пресуђења јер самим покретањем спора он је већ, без сумње, исказао свој став сумње у саправност посматраног акта и тако наговестио могући исход? У том случају Уставни суд није објективан трећи чинилац који у односу на друга два која су у спору „дели правду”. Наиме, сам Уставни суд је страна у спору јер сам одлучује да се упусти у оцену једног акта који му се чини сумњивим по питању своје усклађености са уставом или законом. И још нешто. Овде је Уставни суд унапред заложии свој ауторитет угледног познаваоца права и непристрасног проценитеља евентуалне правне грешке неког доносиоца одређеног акта. У овој ствари Уставни суд је обелоданио засновану сумњу и сва је прилика да је исход изгледан јер се суд не вара тек тако лако и без оправданог и чврстог основа. Изгледа да је овде ствар решена већ на почетку и да је исход познат са великим процентом извесности већ код предузимања почетних радњи, што суду никако не приличи и што се може увек и то аргументовано нападати. У одбрану оваквог решења увек је добро и оправдано истицати да је природа уставног судства различита од природе редовног судства и да у тој сложенијој структури уставносудске природе треба тражити разлог оправдања за постојање овакве могућности. Дакле, ова могућност јесте одговор на посебну улогу која је у друштву поверена Уставном суду и на његову одговорност за стање правног поретка, односно очување неокрњене позиције и значаја самог устава који је на снази. Сасвим је неспорно да Уставни суд мора исказати одговоран однос према овако широко постављеној могућности самосталног покретања уставносудског поступка контроле уставности или законитости и не тумачити је и не примењивати у корист сопственог „активизма”, а о трошку сопственог интегритета или интегритета других органа власти, па и самих грађана.<sup>19</sup>

---

бистра” и „суда обичних људи”) истакли смо да је „овако висок степен сагласности код поступања Суда на овај начин разумљива последица чињенице да сопствена иницијатива нужно значи већ у тој почетној фази поступка исказану сумњу у уставност или законитост акта који се испитује, сумњу која и опредељује судије да крену у покретање датог поступка и која се може разумети и као својеврсно прејудуцирање одлуке која треба да се донесе”. В. О. Вучић, *О заштити права*, Београд 2010, стр. 73–74.

- 19 Д. Стојановић сматра да „управо зарад очувања њихове независности (мисли се на уставносудске органе, О. В.) и непристрасности, искључиво други државни органи, некада и појединци, морају пред њима да покрећу поступак. Независно од ретких изузетака, за уставни суд такође важи начело *ne procedat iudex ex officio*. Упоредно посматрано, уставни суд може официјелно, *ex officio*, да покреће поступак једино ако је у питању решавање *прејиходној* или *прејудуциционој* питања. Тиме остаје задржано опште важеће правило да тек онда када буду испуњене неопходне процесне претпоставке, уставни судови могу да делују, покрећу, воде поступак и доносе мериторне одлуке”. Д. Стојановић, „Премисе уставне контроле права и њихово остваривање у пракси Уставног суда Србије”, Зборник радова *Улога и значај уставног суда у очувању владавине права 1963–2013*, Београд 2013, стр. 118.

Друга и много чешће коришћена уставна могућност односи се на постојање иницијативе која је постављена изузетно широко јер је, уставним речником, Уставном суду могу поднети сви. Док је Уставни суд везан поднетим предлогом, чије подношење представља и почетак уставног спора који ће се водити пред Уставним судом, о поднетој иницијативи, њеној судбини, суд тек треба да одлучи и да донетим решењем о њеном прихватању отпочне процедуру уставног судовања. Иако је и судбина захтева изнетог у предлогу овлашћеног предлагача неизвесна у погледу крајњег исхода јер Суд може одлучити по својој слободној оцени да ли је оспорени правни акт сагласан Уставу или неком од важећих закона и тако својом одлуком потврдити да је подносилац предлога био у праву, потпуно или само делимично, предлагачу је обезбеђено уставносудско поступање. Када је Уставном суду поднета иницијатива, судски активизам је смештен у одлуку Уставног суда да ли су наводи подносиоца иницијативе такви да их сматра прихватљивим за отпочињање поступка или да је бар сигнал дат иницијативом, ма колико она била оскудна у своме образложењу или неука у подастирању аргументације, довољан, оправдан и смислен да Уставни суд на указану ствар реагује и по њој поступа. Зато у одлуци о покретању поступка која долази након поднете иницијативе Уставни суд Србије исказује свој прavi, а рекла бих и пуни судски активизам. Овом приликом Уставни суд делује потпуно самостално невезан границама којима се руководио иницијатор, неспутан роком или неком другом оградом свог поступања. Ако се уз све речено наведе да је Законом о Уставном суду уређено да у поступку оцењивања уставности или законитости Уставни суд није ограничен захтевом овлашћеног предлагача, односно иницијатора (чл. 54. ст. 1), и да Уставни суд може наставити поступак за оцену уставности или законитости када овлашћени предлагач или иницијатор одустане од поднетог предлога или иницијативе, ако за то нађе основа (чл. 54. ст. 2), могући степен исказивања судског активизма увелико расте. У суштини, Уставни суд у Републици Србији у свим овим случајевима о свом поступању одлучује потпуно самостално. Да ли ће се кретати у границама које је определио подносилац иницијативе, да ли ће те границе, из разлога које сам уважава, превазићи и ићи даље у оцени упитне уставности или законитости оспореног акта, Уставни суд ће одлучити по сопственој процени, исказујући одређену меру судског активизма. Дозвољени однос према поднетој иницијативи јесте легитимацијски основ за самостално поступање Уставног суда, које није ништа друго до Уставом и законом успостављени судски активизам. Како је број иницијатива које се подносе Уставном суду знатан, а и број позитивног реаговања Уставног суда на њих није мали, то се на основу поступања Уставног суда по поднетим иницијативама које нам приказује судска пракса<sup>20</sup> може закључити да

20 Према извештајима судске праксе Уставног суда Србије, у 2008. години донет је 191 закључак о одбацивању поднетих иницијатива, при чему је у 46 предмета био оспорен закон. У 12 предмета то је учињено због ненадлежности Суда, у девет предмета у питању су биле неблагоприятне иницијативе, у пет неуредне иницијативе, док је

је удео овог начина исказивања самосталног судијског деловања далеко претежнији од оног који је настао као последица поступања *ex officio*. Разлог за такво стање треба видети и у чињеници да се овде сам Уставни суд осећа заштићеним од оцене да је од самог почетка на одређеној страни у спору, да није сопственом одлуком, у смислу самосталне иницијативе, отворио спор и да само следи „захтев за поступање” који му је поднет и на који је, сагласно својој уставом опредељеној функцији, дужан да реагује ако у њему препозна засноване аргументе. Но то све не може прикрити, још мање елиминисати, чињеницу да је суд самовласно одлучио да у одређеној ствари поступа, да суди и пресуђује.

Како је механизам контроле уставности легалан и легитиман начин уклањања одређених закона и других правних аката из правног поретка, дакле „подесан инструмент” за корекције деловања законодавца, у Републици Србији Народне скупштине, или за њихово очување, иако разлози саправности могу упућивати на потребу другачијег поступања, о чему се аргументовано изјашњавају подносиоци иницијатива или уставом овлашћени предлагачи, угледно уставно судство строго се мора чувати несмотреног посезања за самосталним активним приступом. Ово из разлога што се, као најопаснији ексцеси и злоупотребе уставно-судског деловања управо могу јавити начини коришћења успостављених могућности да Уставни суд искаже своју пуну самосталност не само код пресуђења, што је једино исправно и прихватљиво, већ код самосталног одлучивања о покретању сопственог поступка.<sup>21</sup>

у преосталих 20 предмета у питању био недостатак других процесних претпоставки. У току 2009. године, донето је 117 закључака о одбацивању иницијатива-предлога, од којих је у 32 предмета био оспорен закон, тако што је ненадлежност Суда била разлог одбацивања у осам предмета (седам иницијатива и један предлог), у једном предмету се радило о неблагоприятној иницијативи, 17 иницијатива и два предлога су били неуредни, док је у четири преостала предмета установљен недостатак других процесних претпоставки. 2010. године донето је 103 закључка о одбацивању, од којих је у 29 предмета био оспорен закон, 13 предмета је на овај начин окончано због ненадлежности Суда, девет због неуредне иницијативе и седам због недостатка других процесних претпоставки. Наредне, 2011. године у 92 случаја је закључком одбачена иницијатива, закони су били у питању у 41 предмету, Суд се огласио ненадлежним у 12 предмета, иницијативе су биле неблагоприятне у два предмета, било је, по оцени Суда, 13 неуредних иницијатива и 14 случајева недостатка других процесних претпоставки. Током 2012. године иницијативама су у 60 случајева оспорени закони (укупно је донето 176 закључака о одбацивању иницијатива), у 20 предмета због ненадлежности Суда, услед неуредних поднесака закључак о одбацивању донет је у осам предмета, очигледно неоснованих било је 19 иницијатива у два предмета Суд је оценио да је реч о злоупотреби права на подношење иницијативе, док је недостатак других процесних претпоставки био разлог одбацивања 11 поднетих иницијатива. У прошлој, 2013. години донето је највише – 213 закључака о одбацивању иницијатива, од чега се 68 односило на оспоравање уставности закона. У 21 предмету радило се о ненадлежности Суда, неблагоприятност подношења иницијативе била је разлог њеног одбацивања у два случаја, три иницијативе биле су оцењене као неуредне, док је 26 поднетих иницијатива од Суда било оцењено као очигледно неосноване. Преосталих 16 предмета одбачени су закључком због недостатка других процесних претпоставки.

21 О променама које смо помињали и које су се ипак десиле и сведоче о својеврсној „европеизацији уставног правосудја” у бившим социјалистичким државама (сада

Па ипак, строго контролисано деловање, у смислу „само” или „ауто” контроле Уставног суда, не треба суд да уведе у забран потпуне уздржаности која ће бити лишена сваког активизма – што би се свакако морало сматрати недовољно прихватљивим, али треба да уведе Уставни суд у склад са сопственом уставном природом, са својом уставом опредељеном улогом, и да оствари хармонију са очекивањима која у односу на њега, као ексклузивног заштитника и чувара устава и уставности, имају грађани, зарад заштите чијих интереса, права и слобода Уставни суд и постоји.

*Prof. dr Olivera Vučić\**

## CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE BETWEEN JUDICIAL ACTIVISM AND JUDICIAL ABSTENTION

### Summary

*The establishment of the constitutional judiciary was followed by numerous disapprovals based on the political character of the constitution as the criterium of adjudication, which leads inevitably to the political character of the constitutional judiciary, the incapability of the constitutional court's control by the people as a consequence of its nature of an appointed body, the fear of the extent of this body's competences and the character of its decisions and, particularly, of the disturbances which its establishment would cause for the functioning of the separation of powers principle. Specific concern was expressed for the possibility for the court as the independent body, independent from the executive, legislative and power of the ordinary courts, to voice in its activity the unacceptable measure of judicial activism, that is the deficient readiness for the due abstinence from*

---

самосталним државама а некада републикама у саставу социјалистичке Југославије), сведоче најбоље нека уставна решења која су данас на снази а у којима се изражава став о потреби судске уздржаности. Тако је по Уставу Босне и Херцеговине Уставни суд БиХ уставни орган, чије су надлежности изричито прописане Уставом БиХ и који, као последња инстанца у тумачењу Устава БиХ, има коначну реч у уставноправним споровима насталим између осталих уставних органа. Упркос томе, његова уставноправна функција не укључује право да прошири своје надлежности изван уставноправног мандата. Задатак Уставног суда БиХ да штити Устав БиХ истовремено га присиљава на самоограничење. Уставни суд БиХ носи посебан терет одговорности, а то је да у последњој инстанци одлучује о најважнијим уставноправним питањима у БиХ. То захтева да судије овог суда, као највише позиционирани у судској хијерархији, поседују стручну перфекцију, одмереност, далековидост и судијску суздржаност”. Ch. Steiner i N. Ademović, *Ustav Bosne i Hercegovine – Komentar*, Sarajevo 2010, str. 623.

\* Olivera Vučić, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. Judge of the Constitutional Court of Serbia. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

*its own activism, which would confirm and justify all warnings of its critiques. The experiences of the US Constitutional court activism show that the measure of the voiced judicial activism depends on the variance of concrete social circumstances, the nature and the importance of the pertinent legal questions and the composition of the Court, while the constitutional judicial practice in European states is conditioned by the more precise legal framework which regulates the judicial activism. Specific example is the constitutional judiciary in the Republic of Serbia where the possibilities for judicial activism are much wider.*

**Key words:** *Constitutional court. – Judicial activism. Judicial abstinence. – Foreign experience. – Norm and practice in the Republic of Serbia.*

Проф. др Жика Бујуклић\*

## РИМСКО-ВИЗАНТИЈСКА ПРАВНА ТРАДИЦИЈА У БУДВАНСКОЈ КОМУНИ ПОД МЛЕТАЧКОМ ВЛАШЉУ

### Апстракт

Аутор се бави судбином овој средњовековној традицији после доласка под млетачку власт и констатира да се на примеру Будве јасно показује како промена моћној и цивилизацијски супериорној „защитника“ не мора нужно обезбедити даљи просперитет и свим његовим поданицима. Услед најезде Турака, источњачка позиција Будве се постојано променила и она је сведена на млетачко војно утврђење. За православни живаљ у траговима Зетској приморја, па и Будве, то је период вишевековне борбе, не само за толико оцетанак, него и за очување свој духовној наслеђа. Аутор закључује да су управо прејиси Душановој законика (Паштровски, Грбаљски) и Законика Св. Саве (Иловички) представљали основ очувања српско-византијске правне традиције на приморју, како световне, тако и духовне. Ојуда аутор констатира да је доба настанка Будванској савезу, за владавине цара Душана, представљало врхунац развоја будванске комуне, зеница која она у наредним вековима више није могла досећи.

Кључне речи: Будвански савез. – Зетско приморје. – Византијско правно наслеђе. – Душанов законик. – Законика Св. Саве. – Римска курија и кули Св. Саве. – Млетачка република.

1. Када је Србија дошла под врховну византијску власт, своју државност морала је изграђивати под окриљем њеног ауторитета, али је у области права та доминација ипак довела до цивилизацијског помака. То богато правно наслеђе снажно је прожимало и Душанов законик, а његове одредбе примењиване су не само у новоосвојеним областима у залеђу, већ су директно утицале и на статутарна права градских комуна, као што је то у случају Будве. Несумњиво да и сам подухват кодификовања

\* Проф др Жика Бујуклић, редован професор Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (179059), који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.



Статута тога града у време Душанове владавине представља догађај који је оставио трајни печат у правном животу те средњовековне комуне.

Као што у сфери економије постоји узајамност интереса између градова на обали и богатог залеђа – јер једино у њиховој међусобној симбиози могу опстати трговински токови, тако се и у области права морао изнаћи баланс који би омогућио даљи просперитет тих двеју заједница. Док је снажно Царство било на врхунцу моћи, та се равнотежа остваривала поштовањем управо тих реално постојећих интереса. Градско племство је у Статуту видело јемство своје самосталности и слободе, а у очувању „древне аутономије” залог свог опстанка. Цар Душан им је Статутом потврдио дотадашње привилегије, тако да су Будвани били директни поданици свога града, а тек су преко своје „општине” (*communitas*) потпадали под власт Српске државе. У периоду Немањића није било знатнијих политичких потреса који би тај, па и друге зетске градове, изложили крупнијим разарањима, пљачки или изнуђивањима. Њихова комунална аутономија, отеловљена у градским статутима, изграђена је управо захваљујући том релативно мирном и стабилном развоју српске државе у чијим су оквирима били. Доласком Зетског приморја под Немањиће, нестало је подвојености и непријатељства између градова и залеђа, карактеристичних за претходна раздобља. Током тог мирног периода, који је трајао више од једног и по столећа, земље у унутрашњости и њихови путеви били су трајно отворени грађанима из приморских комуна, тако да су ови задобили улогу посредника у караванској трговини која је водила ка Медитерану.<sup>1</sup> Међутим, када је централна власт ослабила, а потом и нестала, пресечена је жила куцавица која је та приморска насеља повезивала са балканским залеђем. Формалноправно ти градови су у то време били потпуно слободни, али са аспекта даљег економског развоја и њихове одбрамбене моћи, они тада постају најрањивији.

После урушавања државе Немањића, у приморју се смењују различити обласни господари пред којима комунална власт покушава да спасе своја већ стечена права, али је то било све теже, јер изостанак чврсте централне власти у залеђу проузрокује метеж и општу несигурност. Успешност те борбе зависила је од величине и снаге појединих комуна, али и степена аутономије коју су до тада поседовале. Градови се финансијски исцрпљују, па и у међусобним ратовањима и пљачкама покушавају да нађу излаз за очување своје егзистенције. Економски веома неразвијена Будва, у тој неравноправној борби имала је мало шанси за опстанак. После смене многих завојевача, Будва је „спас” од бројних непријатеља, а поготово Турака, потражила под окриљем млетачког

1 Томе је нарочито допринела производња сребра и других важних метала, која је у Србији значајније отпочела средином XIII века, а за којима је била велика потражња на европским тржиштима. Трговци су се тада трајније везивали за рударска места, попут насеобине немачких рудара Саса у Новом Брду. С. Ђирковић, „Стариград – средњовековна Будва”, уводна студија у књизи Ж. Бујуклић, *Правно уређење средњовековне будванске комуне*, стр. 9–22, спец. 13.

лава.<sup>2</sup> Међутим, мада је Венеција Будви признала и оно мало преостале аутономије, током XV века ово „немирно Поморје” више никоме није могло обезбедити ранију сигурност и просперитет.<sup>3</sup> Signoria је формално потврђивала постојеће статуте, али би потом додатним регулама (*reformationes*) постепено мењала све прописе који су сметали њеним политичким и економским интересима. Тиме је моћна метропола с друге стране Јадрана одузимала аутономна права градовима у Зетском приморју, претварајући их углавном у војна утврђена оспособљена за одбрану од турске најезде.<sup>4</sup>

Таква судбина није мимоишла ни Будву. Под дугом млетачком владавином Статут је остао на снази, додато је и седам нових чланова, али су представници млетачке власти („ректори”) били овлашћени да приликом суђења, уколико нема домаћих одредаба, примене улцињски и потом барски статут. За сва кривична дела надлежност је одмах, већ у почетку млетачке владавине, прешла на которског ректора (начелника), који је грађанима Будве судио по млетачким законима. Зато се и претпоставља да су приликом тадашњег редиговања текста овог статута (и превођења на италијански) изостављени многи прописи из кривичног права.<sup>5</sup> Ерозију правне самосталности пратила је и економска немоћ. Под влашћу Венеције градска власт више није била у стању да издржава кнеза и најамнике нити да поправља утврђења, што је било неопходно због сталне турске опасности. Зато је константно зависила од финансијске дарезљивости Венеције, односно њене процене о стратешкој исплативости одржавања тог малог утврђења на самој граници према Отоманском царству.<sup>6</sup> Сукоби са суседима поводом граница њеног дистрикта били су чести и раније, али сада су постали питање голог опстанка, јер су Турци крајем XV века загосподарили територијом у непосред-

2 Формално ће Будва бити у склопу немањинке државе до смрти цара Уроша (1371) а фактички до 1360. године, када се већ помиње Балша I као њен господар. Балшићи су у овом граду били присутни у неколико наврата, а први пут су владали више од три деценије (до 1392). Потом се на кратко појављују Радич Црнојевић (1392–1396), босански војвода Сандаљ Хранић (1396–1398) и потом опет Балшићи (1398–1402). После прве владавине Млечана (1405–1412), они су опет у Будви (1412–1419), а након њихове друге владавине (1420–1426) Будва је у саставу Српске деспотовине (1423–1442), после чијег пада Млечани тим градом управљају следећа три и по века: од 1442. до 1797. године, када су Кампоформијским миром Бока и градови у околини прикључени Аустрији. Уп. Л. Ђурашковић (ур.), *Будва – град краља Кагма*, Београд 2011, стр. 29–72 (С. Ђирковић).

3 И. Божић, *Немирно Поморје XV века*, Београд 1979.

4 *Лексикон српској средњеј века*, Београд 1999, одр. статуту, стр. 702–704 (Ж. Бујуклић).

5 Н. Вучковић, *Средњовековни сјајнији града Будве*, Будва 1970, стр. 40–41. Л. Ђурашковић (ур.), *Будва – град краља Кагма*, Београд 2011, стр. 69 (С. Ђирковић).

6 Отуда ће, на пример, Млечани стати на страну Будве када су Которани желели да разоре будванске солане и тај град потчине себи, како би спречили конкуренцију которском „тргу” (месту где се овом робом трговало и наплаћивала царина). Власт у Венецији то није допустила, већ је, напротив, дозволила Будви да се снабдева сољу и житом на својим поседима. Л. Ђурашковић, *нав. дело*, стр. 69 (С. Ђирковић).

ном будванском залеђу. Са окрњеним дистриктом, фиктивном градском аутономијом и потпуном економском зависношћу од Венеције, Будва је преживљавала следећих неколико векова, све док Наполеон није укинуо Млетачку републику 1797. године.

Није тешко закључити да је доба настанка овог статута, за владавине цара Душана, представљало врхунац развоја будванске комуне, зенит који она у наредним вековима више није могла достићи. И зато, када летописац млетачке Будве из XVII века, њен славни мештанин племићког порекла и локалпатриота, за њу искаже диван хвалоспев, можемо то само схватити као жал за давно минулим временима: „*La città di Budua, benchè piccola di circuito delle mura, ma grande d'honorata fama e di valore.*” (Град Будва, мада мален по опсегу зидина које га окружују, велики је по часном гласу и угледу који ужива.) Уосталом, и сам аутор ове похвале, каноник дон Крсто Ивановић, био је приморан да, због ратних неприлика којима је била изложена Будва, прерано напусти свој град и трајно се настани у Италији.<sup>7</sup> Тамо је стекао докторат правних наука, а изузетна достигнућа у области уметничког стваралаштва достигао је у Венецији, где му и данас почивају кости.<sup>8</sup> Захваљујући летопису *Annali di Budua* (из 1650. године) и његовом препису Будванског статута, сазнајемо далеко више о прошлости ове средњовековне комуне – због чега му правноисторијска наука мора бити посебно захвална.<sup>9</sup>

7 Спорно је када је напустио Будву, јер постоје различити подаци у литератури, па и да је то учинио већ са 25 година. Уп. увод Р. Ротковића, приређивача превода Ивановићевог дела *Минерва за сјолом*, Титоград 1978, стр. 9–39, као и предговор М. Милошевића за књигу К. Ивановић, *Драме и њисма*, Обод 1996, стр. 7–42. До неспоразума долази услед различитог датовања његовог рођења. О томе: М. Пантић, *Књижевност на њлу Црне Горе и Боке Котторске од XVI до XVIII века*, Београд 1990, стр. 155–166.

8 М. Velimirović, „Cristoforo Ivanovich from Budva: the first Historian of the Venetian Opera”, *Zvuk*, 1967, стр. 135–145. Новија литература о томе А. L. Bellina, „Brevità, frequenza e varietà: Cristoforo Ivanovich librettista e storico dell'opera veneziana”, *Musica e storia*, 2/2000, стр. 367–390; Е. Rosand, *Opera in Seventeenth-century Venice*, Oxford 2007, стр. 26–27, 399–401. „Cristoforo Ivanovich from Budva: the first Historian of the Venetian Opera”, *Zvuk*, 1967, стр. 135–145.

9 Ивановић је Статут добро познавао јер га је 1653. године преписао према старијим рукописима или можда оригиналу који му је тада био доступан, пошто му је служба градског нотара и каноника омогућавала, као сам каже, да дође у непосредан контакт са документима месног архива (*nell'ufficio della cancelleria prettoria*, App. cap. VII). Тиме је Статут вероватно и спасао од коначног пропадања. О збивањима у Будви и око ње писао је по властитом сазнању, али и користећи дела својих савременика, попут списа чувеног дубровачког повесничара опата Мавра Орбина (*Il regno degli Slavi*). Оригинални текст његовог списа *Annali di Budua* није сачуван, већ само два његова каснија преписа. Тзв. „задарски рукопис” објавио је и превео Н. Вучковић, „Будвански анали Крста Ивановића”, *Историјски записи*, 4/1965, стр. 623–652. Доступно на <http://ljetopisbudve.blogspot.com/>. Ивановић у тој хроници описује порекло свога града, говори о његовој прошлости и владарима који су га држали, све до одласка из будванске луке „деспота Ђурфа, последњег господара Србије, Зете и Будве”, када је Будва добровољно приступила Млетачкој републици 1442. године „имајући у виду интегритет и правду Републике Венеције, која влас-

2. На примеру Будве јасно се показује како промена моћног и цивилизацијски супериорног „заштитника“ не мора нужно обезбедити даљи просперитет и свим његовим поданицима. Најездом Турака из основа се променила геостратешка позиција овог приморског града, па и његовог балканског залеђа, и то на њихову штету. Када се потом, открићем Америке и поморског пута за Индију, трговина са Средоземља почела пребацивати на Атлантик, започео је и сумрак Млетачке републике. За Зетско приморје он је отпочео много пре тога.

Попут древних Римљана који су се у време суноврата своје државе, у периоду домината, враћали правним списима својих славних јуриспрудената (тзв. „сенат мртвих“), тако се и српско живље у области Паштровића у својим судским исправама позивало на „књиге староставне”.<sup>10</sup> За владавине Млечана, у тој приморској области надомак Будве списи Душановог законодавства су се преписивали у манастиру Режевићи, ћириличним писмом и на локалном наречју, и ту су се вековима ти староставни зборници чували као највећа драгоценост.<sup>11</sup> У самој Будви је

тодржцима у свету служила за узор праведног и доброг владања” и која је зато Будви „потврдила све законе и повластице признате под деспотом Ђурђем”; потом говори о управи града, о његовим друштвеним односима, економској ситуацији, о водећим породицама, патрицијским и пучким, о катедралној цркви Св. Ивана и другим будванским богомољама, о религијском животу његових суграђана итд. О томе М. Пантић, *Књижевност на њилу Црне Горе и Боке Койторске од XVI до XVIII века*, стр. 157–158. Аутор указује на постојање недовршеног Ивановићевог списка *Istoria della Lega Ortodosa contro il Turco*, који се сада налази у Универзитетској библиотеци у Харварду и који тек чека научну валоризацију (*нав. дело*, стр. 165–166).

- 10 До сада је објављено преко 500 паштровских исправа, али ти документи тек чекају своју научну обраду. В. Богишић, „Десетине судских записа из Паштровића”, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. I, 5–6/1906; А. Соловјев, „Паштровске исправе XVI–XVIII века”, *Сјоменик LXXXIV*, СКА, Београд 1936; И. Божићи др., *Пашћировске исправе XVI–XVIII века*, Државни архив НР Црне Горе, Историјска грађа I, Цетиње 1959; Ј. Бојовић и др., *Пашћировске исправе (1600–1878)*, Историјски архив, књ. 2, Будва 1990; Б. Шекуларец, *Пашћировске исправе*, књ. 3, Петровац на мору 1999. О томе И. Божић, „Средњовековни Паштровићи”, *Историјски часопис*, 9–10/1959, стр. 151–184; Ј. Даниловић, „Суђење по правди и правници код Паштровића”, *Правни животи*, 5–6/1996, стр. 5–23; Иста, „О мирузу у паштровском обичајном праву”, *Зборник Средњовековна историја Црне Горе*, Подгорица 1999, стр. 351–367. Анализом паштровских исправа констатовано је да је установа мираза регулисана не само обичајним правом, већ да су поједини принципи очувања женине „прђије” током брака (*dos semper salva est*) „несумњиво из византијског и старог српског права” (стр. 363, 366).
- 11 Рукопис који је пронађен у овом манастиру потиче из XVIII века и налази се архиву ЈАЗУ (ХАЗУ), па се назива и „Загребачки”. Ј. Недељковић, „О неким особинама народног језика преписа законика цара Душана из Паштровића”, *Зборник Мајице српске за филолоџију и линвистичку*, 1–2/2007, стр. 615–619; Ђ. Бубало, *Душанов законик*, стр. 57. У исто време настао је и Грбаљски препис Душановог законика (свега 76 чланова), заједно са привилегијама млетачких власти намењених становништву аутономне Грбаљске жупе (између Будве и полуострва Луштица у Боки). Рукопис Законика и копије исправа налазе се у Богишићевој библиотеци у Цавтату. А. Соловјев, „Душанов законик код Паштровића”, *Архив за правне и друштвене науке*, 44, Београд 1933, стр. 17–26; Исти, „Књига привилегија Грбаљске жупе (1647–1767) са Душановим закоником”, *Сјоменик СКА*, 87, Београд 1938, стр. 21–79; V. Mošin, „Paštrovski spisak Dušanovog zakonodavstva prema Zagrebačkom

сећање на посету цара Душана том градићу 1351. године, после боравка у Котору, очувано у повељи коју је он у то време издао.<sup>12</sup> Локална традиција говори о томе да је тада у Режевићима, уз већ постојећу цркву Стефана Првовенчаног, освештао још једну, посвећену архиђакону Стефану, и да је управо тада манастирском братству подарио свој Законик.<sup>13</sup> Паштровићи су живели у непосредној близини Будве, и не много удаљени од Котора и Бара, дакле, градова који су припадали области која је дуго била византијска, а потом у саставу српске државе.<sup>14</sup> Отуда међу њима постоје и одређене сродности у области имовинског права, које се разликују од оних у севернијим далматинским градовима.<sup>15</sup> Паштровске утврде Св. Стефан и Кастел Ластва (Петровац) биле су пре градићи него сеоска насеља, а његови житељи, мада претежно тежаци, бавили су се трговином и били познати као добри поморци, али и као пирати.<sup>16</sup> Поједини припадници ове ситне властеле имали су своје баштине, а од појединих феудалних господара добијали су проније, понекад и изван паштровског атара, на подручју Будве. Наравно, уз обавезу да „војску војују” и да плаћају „соће”, како је то предвиђено чланом 42 Душановог законика.<sup>17</sup> Под Млечанима су се током читавог XV века одржали про-

rukopisu”, *Starine JAZU*, 43/1951, стр. 7–27; И. Синдик, „Душаново законодавство у Паштровићима и Грбљу”, *Зборник у част шесте стогодишњице законика цара Душана*, САНУ, Београд 1951, стр. 119–182; Ђ. Бубало „Јагићев рукопис и приморска редакција Душановог законодавства”, *Средњовековно њраво у Срба у отлегалу истројских извора*, САНУ, Београд 2009, стр. 121–131 и тамо нав. литература.

- 12 *Budua in potestate Stephani Serbiae et Graeciae imperatoris* (1351): „Adesso sia noto a tutti, come io Stephano imperator, essendo a Budua in la giesia de sancta Dei Genetrice...”. Š. Ljubić, *Statuta et leges civitatis Buduae*, Monumenta historico-iuridica Slavorum meridionalium, JAZU, III, Zagreb 1882–83, стр. 83.
- 13 Уп. Т. Пејовић, А. Чиликов (ур.), *Православни манастири у Црној Гори*, Београд–Подгорица 2011, стр. 118–123. Уколико је легенда тачна, она би се могла односити само на текст који је обнародован на сабору у Скопљу 1349. године. У сваком случају, међу многобројним сачуваним судским актима из Паштровића, постоје и они који сведоче да се заиста судило по одредбама Душановог законика. А. Соловјев, „Студије из историје нашег народног права у XVIII веку”, *Гласник земаљској музеја у Сарајеву*, 2/1947, стр. 224–240.
- 14 После њене пропасти, Паштровићи су се борили за очување своје „племениташке” аутономије, прво у односу на различите обласне господаре, а када су 1423. године дошли под млетачку власт, своју „древну” самосталност доказивали су бројним фалсификованим повељама. И. Божић, „Средњовековни Паштровићи”, стр. 151 и даље. Та област добила је назив по најугледнијој породици из тог краја, а један од Паштровића је (према Јиречеку) био властелин у царској служби кога га је Душан 1355. године послао као изасланика у Дубровник да преузме „поклад” (депонован новац или друге вредности), намењен за слање у Јерусалим (нав. дело, стр. 152, нап. 5).
- 15 На пример, за разлику од градских статута на хрватском приморју, који су прописивали да се у мираз не могу давати непокретности, у статутима Дубровника, Котора, Будве, па и у Паштровићима, таква забрана није постојала (као и у римско-византијском праву), те се и у оваквом доталном режиму могу препознати правни утицаји моћне државе из залеђа. Ј. Даниловић, „О миразу у паштровском обичајном праву”, стр. 355.
- 16 *Истро*.
- 17 И. Божић, „Средњовековни Паштровићи”, стр. 154.



нијари наслеђени из доба Немањића, не само у Будви и Паштровићима, већ их је било највише око Скадра, а појединачно у околини Дриваста и по дистрикту Улциња и Бара, града који је најдуже остао под српском влашћу. Очигледно је да се ова византијска установа, посредством немањићке државе задржала у Зетском приморју, а да су је из одбрамбених разлога прихватили прво обласни господари, а потом и Млечани.<sup>18</sup>

У Будванском статуту о установи проније не говори ниједна одредба, али на њено постојање указују други извори, о чему је опширно расправљано у нашој раније поменутој студији.<sup>19</sup> Занимљиво је да на подручју око Котора нема пронијара јер је та економски најмоћнија комуна у њиховом присуству видела ограничавање своје аутономије и крћење градских земљишних права. И друге самоуправне приморске општине желеле су да спрече феудалне господаре из окружења да њихове грађане претворе у пронијаре, али нису биле довољно економски моћне да им се супротставе. Установа проније сужавала је свакако и „права” Венеције у млетачким општинама на нашем приморју, али јој је војна помоћ пронијара била неопходна због учесталих ратова. Зато је Сињорија дозвољавала локалним управницима да претварају у пронију и села која то раније нису била. Међутим, њихову службу су све чешће преузимали странци, који су прикупљали дажбине, али су избегавали да испуне своју војну обавезу када би, на позив врховног господара, морали да „војују”. У тим немирним временима пронијарска служба је постала начин богаћења одметнутих феудалних господара. Они су поверавали прикупљање „дохотка” својим овлашћеним „заповедницима” (*comandatori*), који су пљачкали сељаке захтевајући више него што је и сама млетачка власт одредила. Тиме се ова установа потпуно деформисала и изгубила сврху због које је настала.<sup>20</sup>

3. На прихватање византијске духовне, али и правне традиције, свакако је пресудно утицала православна црква. Извори нам потврђују да је Будва била седиште католичког прелата и по томе се није битније издвајала у низу приморских градова. Међутим, једну од особености овога града представља чињеница да је он био „повремено у тешњој повезаности са српском православном црквом и њеним старешинама: архиепископом, патријархом и, касније, зетским митрополитом”.<sup>21</sup> О тим везама нема никаквог помена у Статуту редигованом под млетачком влашћу, нити у хроници овога града написаној из пера католичког каноника оданог Венецији дон Крста Ивановића. Међутим, сачувани дубровачки и которски документи, и поред своје фрагментарности, те везе недвосмислено потврђују.<sup>22</sup> Средином XV века, у Будви је краће време

18 *Историја Црне Горе*, II/2, стр. 181 (И. Божић).

19 Ж. Бујуклић, *Правно уређење средњовековне будванске комуне*, стр. 75 и даље, спец. 82–86.

20 *Историја Црне Горе*, II/2, стр. 181–183 (И. Божић).

21 С. Ђирковић, „Стариград – средњовековна Будва”, стр. 17.

22 *Исто*.



столовао православни зетски митрополит, који је силом прилика напустио седиште епископије православне цркве, основане у Зети читава два века пре тога (у манастиру Св. Михаила на Превлаци код Тивта).<sup>23</sup> Све време под њеном управом била је и област Будве. У том граду су монаси православног обреда рано основали манастир Sancta Maria de Castello,<sup>24</sup> док је древна локална црквица Св. Саве Освећеног (Палестинског), све до владавине цара Душана, више пута прелазила из руку православних у руке католика, а зна се да је под Балшићима (1403–1419) у овој богомољи служио српски свештеник.<sup>25</sup> Могуће да је Св. Сава и сам посетио ову црквицу (посвећену духовнику по коме је и добио име) управо када се из будванске луке отиснуо на дуго путовање ка Светој земљи.<sup>26</sup>

Чињеница да је 1220. године први архиепископ српски Свети Сава основао Зетску епископију и одредио да њено седиште буде у манастиру Св. Арханђела Михаила на Превлаци, била је од пресудног значаја за учвршћење и опстанак византијске правне традиције, не само световног карактера, него и црквеноканонског. Пошто је тај манастир представљао светионик православља на Зетском приморју, није ни чудо да су се канонска правила источне провинције примењивала вековима на овом подручју. Најважнији извор било је свакако Законоправило Св. Саве, правни кодекс који је, као и његови номоканонски грчко-византијски узор, обухватао норме црквеног (44 поглавља) и грађанског права (20 поглавља). Од канонских текстова Свети Сава је користио

- 23 О времену столовања зетских митрополита у Будви (1435, 1437–1442) вид. М. Јанковић, *Епископије и митрополије Српске цркве у средњем веку*, Београд 1985, 96, 169. Савина епископија је у време цара Душана (1346) уздигнута у ранг митрополије, а из Будве ће се касније њено седиште, преко манастира Богородице Крајинске и Врањине (оба на Скадарском језеру) и Св. Николе на Ободу, пренети на Цетиње. После пропасти средњовековне српске државе, над пространим властелинством манастира Св. Михаила смењивали су се многи господари: Балшићи, Радич Црнојевић, Сандаљ Хранић, браћа Ђурашевићи, деспот Стефан Лазаревић, Ђурађ Бранковић, которска општина, Венеција и др. Пошто је у доба Немањића та област обухватала бројна села и двадесетак цркава, називана је „Светомихољска метохија”. Уп. I. Стјерчевић, *Prevlaka*, Zagreb 1930, стр. 1–7; И. Божић, *Немирно Поморје XV века*, стр. 37–82 („Село Богдашићи у средњем веку”) и стр. 83–91 („О пропасти манастира св. Михајла на Превлаци”).
- 24 М. Ковачевић, „Црква S. Maria de Castello у Будви”, *Стираринар*, XX, Београд 1969, стр. 181 и даље.
- 25 Извори говоре о будванском попу Бјеладину, који се помиње у повељи Балше III изdatoј манастиру Св. Николе у Прасквици. С. Накићеновић, „Бока”, антрополошка студија, *Српски етнографски зборник*, XX, Београд 1913, стр. 582–583; М. Чанак Медић, „Црква Светог Саве у Будви”, *Зограф*, 27/1998–1999, стр. 17–22.
- 26 С. Ђирковић, „Стариград – средњовековна Будва”, стр. 13–14: „Када је бивши архиепископ српски Сава одлазио по други пут у ‘Света места’, укрцао се на брод у Старом Граду, и током пловидбе до Бриндизија (Брендич), докле су морали ићи путници за Палестину, био је нападнут од стране гусара”. Занимљиво је да се Будва (од илирског *Butha*), због своје велике старине, још у средњем веку називала код словенског живља Стариград, па се и у латинским натписима јавља *Civitas Antiqua* (стр. 10). О култу Св. Саве у Будви и околини П. Шеровић, „Историја и традиција о Св. Сави у Боки Которској”, *Зетски иласник*, год. XI, бр. 780, Цетиње 1939, стр. 2.

више од стотину догматских, егзегетских и апологетских списа, а главнину црквеног законодавства чине одлуке васељенских и помесних сабора, правила црквених отаца, одлуке и мишљења појединих патријарха и митрополита.<sup>27</sup> Део који се односио на световно право сачињавали су изводи из Јустинијанових Новела (конституција издатих после 534. године), правни зборник који је саставио Јован Схоластик и Прохирон („Закон градски”) обнародован у Цариграду између 867. и 879. године (као зборник византијског грађанског, кривичног и процесног права).<sup>28</sup> Управо таквим преузимањем римско-византијског правног наслеђа средњовековна Србија је постала саставни део тада моћне источнохришћанске цивилизације.

Намеће се неминовна историјска паралела са Западом. Скоро у исто време када Сава Немањић ствара Законоправило, у Енглеској 1215. године настаје *Magna Carta Libertatum*, акт којим се енглеско племство изборило за ограничавање краљеве самовоље, и тиме успоставило клицу идеје парламентаризма. Ова повеља је тако постала драгоцен део европске и светске правне баштине. Ипак, његов обим се ограничава на свитак пергамента, чији садржај обухвата углавном обичајноправне норме, изложене без одређене систематизације, а језик на коме је написан био је латински. Законоправилом Светога Саве, међутим, српски народ добија свеобухватан правни кодекс, исписан на више од осам стотина страница, са нумерисаним главама и поглављима, и то на свом језику. Српски језик тиме постаје официјелни језик дворске канцеларије и свих државних докумената. Преводећи грчке номоканонске текстове,

27 М. Петровић, „Историјскоправни значај Законоправила Светога Саве”, *Гласник права*, 2/1993, Правни факултет у Крагујевцу, стр. 16. Аутор констатује да рад Св. Саве „није само сакупљачки, селективни или само преводилачки, већ је он састављач књиге са којом ниједна византијска номоканонска књига није иста” (стр. 17). У другој студији одбацује претпоставке да се српски архиепископ користио већ постојећим словенским преводима оваквих списа, као и да је *Номоканон* превео са једног јединог грчког канонског рукописа. Анализом *Законоправила* Петровић долази „до скоро незаобилазне претпоставке” да је Сава у тај рад могао укључити као помоћнике образоване бугарске, руске и грчке монахе, прво у Хиландару а потом и Студеници јер су му могли користити „при избору најбољих рукописа или при провери правилног поимања сложених грчких појмова”. Исти, „Свети Сава као састављач и преводилац *Законоправила* – српског *Номоканона*”, *Историјски часопис*, 49/2003, стр. 31.

28 А. Соловјев, „Градски закон у средњовековној Србији”, *Архив за правне и друштвене науке*, 16/1928, стр. 342–350; В. Мошин, „Правни списи Светога Саве”, Сава Немањић – Свети Сава (историја и предање), САНУ, Београд 1979, стр. 101–126; М. Петровић, *Црквенограђански значај Законоправила Светог Саве*, Београд 2013, стр. 79–97, 245–252 и тамо нав. литература. Аутор напомиње да се словенски превод Прохирона први пут јавља у *Законоправили* и да је Св. Сава, вођен тежњом да очува целину овог законског споменика, уносио прописе за које се унапред знало да су непримењиви у Србији. Садржавао је одредбе о породичном праву, али и правила везана за поклон, купопродају, залогу, оставу, ортаклук, зајам с каматом, затим прописе о наслеђивању, попут легата и кодицила, а помиње и установу емфитевзе („насажденије”), дугорочан и отуђив закуп земље. Ту су и одредбе о крађама, паљевини, убиству, о сведоцима, о „онима који узимају две сестре”, итд. Уп. М. Павловић, *нав. дело*, стр. 51 и тамо нав. литература.

Сава их је умногоме мењао и надопуњавао, уобличавајући их у нову, оригиналну духовну творевину. Он је био уједно и језикословац јер је морао обогатити књижевним изразима народни говор, а поједине термине је вероватно и сам сковао јер их не затичемо у другим средњовековним списима тога доба. Отуда није ни чудо да се у тако обимном тексту скоро и не могу наћи речи страног порекла, првенствено грчког. У Законоправилу „Србин” је означен као „свој”, за разлику од Ромејца (тј. Византинца) чиме се истиче самосвојност и различитост од оних који су Србима узор, али се тиме опредељују и према свим другим хришћанским народима, поготово православним.<sup>29</sup> Ту самобитност могли су да очувају једино живећи под заштитом своје круне и по законима своје Цркве. Обједињујући у Законоправилу прописе световног карактера (νόμοι) са нормама црквеног права (κανόνες), Сава је следио учење светих отаца по коме између ова два облика власти мора постојати „сагласје” („симфонија” – συμφωνία): „Највећи дарови Божји међу људима дајти човекољубљем одозго, јесу: свешћенство и цесарство; љрво да служи ономе шћго је божанско, а друго, да уљравља и да се сћшара о ономе шћго је људско. А оба, исходећи из једној исћгој начела, украшавају људски живољ...”<sup>30</sup> Држава се, дакле, схвата као творевина од Бога дата, а круна на владарским главама долази са самога неба.<sup>31</sup> Сава Немањих је добро осетио да συμφωνία није само теолошка догма већ императив преживљавања, поготово на балканским ветрометинама.

Тим монументалним правним спомеником се, штавише, не окончава историја средњовековног српског законодавства. Напротив, на темељима које је створио Сава Немањих, надограђују се за нешто више од једног века нова здања, оличена у скраћеној верзији Синтагме Матије Властара, затим у тзв. Јустинијановом закону, а на његовом врху уздићи ће се Законик цара Душана. Чак и у његово време, *Законољравило* не престаје да важи, већ напротив, складно надопуњује и заокружује оно што није нормирано у другим прописима. Тиме се ствара, назовимо га, *Corpus iuris civilis et canonici* српског народа, а његови Јустинијани и Трибонијани биће Св. Сава и Душан Силни.

29 М. Петровић, „Историјскоправни значај Законоправила светога Саве”, стр. 16.

30 *Законољравило Свейгој Саве* (прир. и превод М. Петровић, Љ. Штавланин-Ђорђевић), Историјски институт, Београд 2005, стр. 109. М. Павловић, *Срјска љравна истљорија*, Крагујевац 2005, стр. 51 и даље.

31 Концепција складности и узајамности између цркве и државе зарад добробити народа, први пут је формулисана у једној од Јустијанових новела, а одатле се проширила у византијско право. Сава га је преузео из *Номоканона Јована Схоласћика*. За старословенски назив *Законољравило* се од XIII века почиње у Русији, Бугарској, а неко време и у Румунији, користити нови назив: *Кормчаја књига* („крманошка књига” која нас води правим путем до спасења), а у XIX веку се код нас назива *Крмчија* (нпр. Прота Матеја Ненадовић). Д. Богдановић, „Крмчија Светога Саве”, Сава Немањих – Свети Сава (историја и предање), САНУ, Београд 1979, стр. 91–98; М. Петровић, *нав. дело*, стр. 104. О коренима и еволуцији ових идеја исцрпно пише знаменити византолог Ж. Дагрон, *Цар и љрвосвешћеник*, Београд 2001, уз користан разговор академика Љ. Максимовића, стр. 407–415.

4. Када су градови Зетског приморја изгубили тог моћног заштитника, хришћанско становништво је било приморано да се, пред опасношћу од турских неверника, потчини Млетачкој републици, католичком доминиону на Јадрану. За православно живље, међутим, тиме започиње борба не само за голи опстанак пред турском најездом, већ и за очување свога духовног наслеђа. Између „чекића и наковња” и пред дилемом којем се царству приволети, српски народ се определио за своју древну црквеновизантијску традицију. Тада се коначно укоренио култ Св. Саве и чак се почео идејно распостирати и у оним духовним срединама где је православље вековима свођено на омрзнуту јерес. Томе је, зачудо, припомогла управо католичка пропаганда, која из својих интереса, зарад борбе против Османлија, у то време подстицала свесловенско родољубље и развијала историјска предања Словена, па и оних који су (по њима) били шизматици. Не чуди отуда појава житија Светога Саве на латинском, потресно описивање његовог мучеништва у делима католичких писаца, слављење божје освете над Турцима због тих злодела, истицање идеје да се он прогласи за католичког свеца и сл. Свакако да је то чињено са циљем лакшег унијаћења Срба.<sup>32</sup>

Међутим, у Дубровнику, Приморју, Босни и другим балканским крајевима, почиње се временом стварати идеја јужнословенског „илиризма”, у коме су средњовековне српске старине, ма колико шизматичке, укључујући и светитељство Саве Немањића, постајале део заједничких „словинских” осећања. На тој основи је бројно православно живље учврстило своју самобитност на приморском појасу од Равних Котара до Боке Которске и када се устоличила Црна Гора као утврђени бедем српства, Римска курија је осетила опасност и одлучно кренула у потирање овог историјског наслеђа, укључујући и култ Св. Саве. Почињу га се одрицати управо они који су га до недавно уздизали, тако да светосавље остаје оно што је изворно увек и било, симбол постојаности српског народа и темељ његове православне духовности.

Отуда су древни црквеноправни списи били важан део тог културног наслеђа, које је требало очувати за потомство. Најстарији препис Законоправила Св. Саве, из 1262. године – нимало случајно – настао је у Иловици (како се тада називала Превлака), где је архиепископ српски управо устоличио Зетску епископију.<sup>33</sup> Настао је само неколико деце-

32 Упечатљив пример је спис барског надбискупа и „примаса српског” Андрије Змајевића (1624–1694), који је у свом обимном спису „Држава света, славна и крепосна летописа црквонога” читаво поглавље посветио Св. Сави. Као извор су му послужили искључиво дела других католичких каноника, попут Дубровачанина Мавра Орбина и Шибенчанина Ивана Томка Мрнавића (прослављеног по биографији српског архиепископа: *Vita Sancti Sabbae episcopi Simeonis Sthepani Rasciae Regis filii* из 1631. године). Змајевић је родом из Пераста, али је с поносом истицао да је „од Његуша” и да је „ватрени католик и ватрени Србин”. Пошто је Бар (где је седиште надбискупије) био под Турцима, он је столовао у Будви. М. Пантић, „Андрија Змајевић о Светом Сави”, Сава Немањић – Свети Сава (историја и предање), САНУ, Београд 1979, стр. 407–413.

33 Иловички препис има 398 листова од пергаментa и налази се у Библиотеци ЈАЗУ (ХАЗУ) у Загребу. Постоји још десет млађих рукописа, од којих су најважнији: Раш-

нија касније од његовог изворног текста из 1219. године, који нам се није сачувао, а само годину дана након пада Латинског царства на Босфору, 1261. године.<sup>34</sup> Очигледна је политичка потреба састављања овог списка: православна црква је желела да заштити (поврати) територије које су биле под њеном идеолошко-политичком јурисдикцијом и да обезбеди разграничење са областима над којима је Запад, у то доба, имао војну и стратешку премоћ (латинска надбискупија је била у Бару). У тексту иловичког Законоправила, писар Богдан нам је оставио и неке драгоцене напомене (глосе). Он указује да је зетски епископ Неофит одлучивао о редакцији самог списка као суверени господар у епископији, задужен да заштити православну веру на територији која је под његовом канонском јурисдикцијом.<sup>35</sup> Лако се може претпоставити да су такве „књиге староставне” постојале и у Будви док је у њој столовао зетски епископ, а да су у потоњим временима, попут преписа Душановог законика, такви списи представљали основ очувања српско-византијске правне традиције, како световне тако и духовне. У Зетском приморју та улога је очигледно припала Иловичком препису Савиног правног кодекса, али и Паштровском (Режевићком) препису Душановог законика. Ту не мислимо само на сачувани препис из XVIII века, већ и на бројне предлошке који су током векова настајали у овом немањихком манастиру, као и другим црквама на подручју подно Паштровских гора.<sup>36</sup> Ништа мање није значајан ни Грбаљски препис, настао скоро у исто време под окриљем млетачке власти, као вид гаранције аутономних права те простране и плодне приморске жупе. Написан на ћирилици и српском језику, додуше са много локализама и италијанизама, он је несумњиво био симбол

ки препис, настао 1305. године у Петровој цркви у Расу (427 листова), који се чува у Историјском музеју у Москви; Дечански препис, настао око 1340. године (284 листова), који се чува у архиви манастира Дечани; Сарајевски препис (366 листова), настао је 1326. и чува се у старој Светоархангелској цркви у Сарајеву; Пчињски препис, настао око 1370. године (305 листова) и чува се у архиви САНУ; Морачки препис, настао око 1615. године и чува се у Музеју Српске православне цркве у Београду. О томе С. Троицки, *Како треба издати Светосавску крмчију (Номоканон са тумачењима)*, САНУ, Споменик СП, Одељење друштвених наука, н.с. 4, Београд 1952, 1–144; Д. Богдановић, „Крмчија Светога Саве”, стр. 91–98; М. Петровић, *Црквеноћрађански значај Законоправила Светог Саве*, Београд 2013, стр. 51–52. Најновија археолошка истраживања одбацују устаљену тврдњу да је Зетска епископија постављена на рушевинама бенедиктинског манастира, пошто ископавања показују да је на Превлаци већ током VII–IX века постојао српски манастир. Ђ. Јанковић, „Условљеност оснивања Зетске епископије на Превлаци”, Научни симпозијум 780 година Зетске епископије, Михаљска превлака – Београд 1999, стр. 78–91; И. Пашић, „Манастир Св. Архангела Михаила на Превлаци – археолошки слојеви из 13. и са почетка 14. века”, *Гласник Српској археолошкој друштва*, 20/2004, стр. 171–192.

34 Преписао га је „многогрешни” Богдан, по благослову зетског епископа Неофита и ту је чуван до XV века, до рушења манастира 1452. године. Касније рукопис доспева у Србију. Л. Цернић, „Нека запажања о писарима Иловичке крмчије”, *Археолошки прилози*, 3, Београд 1981, стр. 49; М. Петровић, *нав. дело*, стр. 119–120.

35 В. Никчевић, „Композиција Иловичке крмчије и њен настанак”, *Зборник Средњовековна историја Црне Горе*, Подгорица 1999, 381–403.

36 Данас: Будванска ривијера.



самосвојности сеоског живља у том приморском појасу између Будве и Тивта.<sup>37</sup> Ретки сачувани записи нам потврђују да су још дуго после пропасти српске државе народни судови у Грбљу, као и у Паштровићима, судили по Душановом законуку.<sup>38</sup>

Ти позни преписи из приморја (тзв. „зетска редакција”), настали четири века после издавања Законика, свакако су прилично удаљени од оригиналне верзије (која нам се није сачувала), али су ипак и они рађени према старијим предлошцима које су преписивачи морали имати пред собом. Да није тако, у овим крајевима се не би ни позивали на древни Законик, већ би створили неки нови зборник. Ту традицију морала је поштовати чак и млетачка власт, која не само да је преписе одобрила, већ је Грбаљски зборник управо сачинио „канцелар комуниста” Антоније Батут, дакле, представник Млечана.<sup>39</sup>

Академик Ђирковић с правом истиче да, за разлику од „побожног става” код преписивања канонских регула, литургијских текстова или житија светаца, „тога није било према прописима земаљских власти, намењених да одређују свакодневне односе међу људима.”<sup>40</sup> Сматрамо да управо ова разноликост у прописима из различитих епоха показује како правна рецепција није само трансплант конкретних институција, већ се може схватити и као прихватање древне правне традиције (у овом случају српско-византијске) која је цивилизацијски била на далеко вишем нивоу. Она се баштинила као вредност по себи, али се и прилагођавала датим историјским околностима. Отуда, чак и када се традиција претвара у мит, она постаје стожер духовног окупљана и део културне баштине тога народа.

## ЕПИЛОГ

Пред отоманском најездом нестала је Српска држава, племство је побијено или потурчено, али је током вековног турског ропства опстала Српска црква. Она је у народу сачувала византијску државно-пра-

37 Уп. нап. 61. Вид. такође М. Пантић, В. Вучинић (ур.), *Грбаљ кроз вијекове* – Зборник радова са научног скупа „Грбаљ кроз вијекове” Грбаљ и Котор, 11–13. октобра 2001. године, Друштво за обнову Манастира Подластва, 2005. О антагонизму између патрицијског Котора и пучког Грбља, праћеном бројним бунама грбаљских кметова, вид. Д. Маликовић, „Котор и Грбаљ у XV веку”, *Зборник радова Филозофског факултета*, 36/2006, стр. 52 и даље.

38 И. Синдик, „Душаново законодавство у Грбљу и Паштровићима”, Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана, Београд 1951, стр. 119–182. Има трагова да су се на овај Законик позивали у Перасту почетком XVII века. П. Шеровић, „Суђење по Душановом Законику у XVII вијеку у Перасту”, *Историјски записи*, Цетиње, књ. IV, 4–6/1949, стр. 215–217; Исти, „Још један случај примјене Душановог Законика у Перасту у XVII вијеку”, *Историјски записи*, Цетиње, књ. VIII, 1–3/1952, стр. 170–172.

39 О садржајним и језичким трансформацијама у различитим прописима Законика говори се у недовршеном спису професора С. Ђирковића, „У потрази за изгубљеним оригиналом Душановог законика”, који је постхумно објављен у: Ђ. Бубало, *Душанов законик*, стр. 7–11.

40 С. Ђирковић, *нав. дело*, стр. 8. Уп. М. Пешикан, „О међусобним односима верзија Душановог законика”, *Законик цара Стефана Душана*, III, САНУ, Београд 1997, стр. 11–24.



вну традицију и свест о самобитности српског народа. Патријарси су постали његови предводници, а монаси једини писмени људи. Пред фрескама на којима су представљене „лоза Немањића” (у Дечанима, Грачаници, Пећкој патријаршији и др.) и многобројне ктиторске представе са ликовима српских владара, неписмена раја је тражила утеху и наду за спасење и веру да ће некада обновити своју државу. За то ће морати да протекну столећа, током којих су се устанцима, бунама и ратовима коначно изборили за своју слободу. Сан о обнови Душановог царства био је идеја водиља свих тих векова. На ту српско-византијску традицију позивао се и црногорски књаз Никола у химни коју је спевао 1867. године, кличући „Онамо, ‘намо за брда она” налази се разорен двор „мојега цара” (Душана), престони немањићки град Призрен, тамо се „дигу Дечани свети” и, позивајући да се против Турака сви сакупе „на српска поља на бојна поља”, закључује да ће спокој својој души наћи „кад Србин не буде више роб”. Та државноправна традиција била је мит, али и дубоко усађена вера обичног човека, ратника, као и умних глава, политичара, па и самих државника.

Када је црногорски књаз одлучио да право своје кнежевине прилагоди потребама новог времена, поверио је Валтазару Богишићу да сачини правни кодекс и наложио му да „главну пажњу скрене на народне појмове о правди, на обичаје, предања и на живе потребе српског народа” (Указ од 25. марта 1888. године.).<sup>41</sup> Његов Имовински законик постао је ремек дело правничке струке, духовни споменик пред којим ће остати задивљена тадашња Европа. Кодификујући обичајно право тога поднебља, Богишић га је занавек сачувао, али и уденоу у римска правна начела, уобличена у староставном народном језику.<sup>42</sup> Тако је древна римско-византијска правна традиција изнова оживела и на овом тлу. У Србији то се десило нешто раније, доношењем Српског грађанског законика 1844. године.

Када су крајем XIX века српском народу светски моћници признали обновљену државност, раздвојили су га и омеђили у две државе, остварујући тако своје замашне геостратешке интересе. Био је потребан тзв. Велики рат да би се српски народ, уз губитак трећине популације, приближио остварењу свог „вековног сна”. Тада су се и градови Зетског приморја ослободили аустроугарске окупације, а уједињењем српских земаља испунио се (бар по некима) древни немањићки завет.

41 О томе Ж. Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд 2013, стр. 117. Уп. <http://www.pravnik.rs/valtazar-bogisic.aspx>. На веб-страници <http://www.cetinje-mojgrad.org/?p=11051> објављен је интегрални текст Указа, али уместо „српског народа”, стоји „црногорског народа”.

42 Ј. Даниловић, „О Валтазару Богишићу” (предговор), *Изабрана дела и Општи имовински законик за Црну Гору, Класици југословенској права*, Београд, 1986, стр. 5–40.

*Prof. dr Žika Bujuklić,\**

## ROMAN-BYZANTINE LEGAL TRADITION IN BUDVA UNDER VENETIAN RULE

### Summary

*The author deals with the fate of the medieval commune of Budva after coming under Venetian rule and notes that the example of this city clearly shows how the change of a powerful and in the sense of civilization, superior „protector” does not necessarily ensure future prosperity for all his subjects. As a result of the Turkish invasion, the geo-strategic position of Budva changed completely and it was reduced to a Venetian military fortress. For the Orthodox population in the cities of the Zeta coast, including Budva, this was a period of many centuries of struggle not only to survive, but also to preserve their spiritual heritage. The author concludes that the copies of Dušan’s Code (Paštrovski, Grbaljski) and Nomokanon of St. Sava (Ilovički), were the basis of preserving the Serbian-Byzantine legal tradition on the coast, both secular and spiritual. Therefore, the author concludes that the time when the Statute of Budva was created, during the reign of Emperor Dušan, represents the pinnacle of development of the Budva commune, a zenith which it, in the coming centuries, could no longer reach.*

*Key words: The Statute of Budva. – Zeta Littoral. – Byzantine legal tradition. – Dušan’s Code. – Nomokanon of St. Sava. – Roman Curia and St. Sava Cult. – Venetian Republic.*

---

\* Žika Bujuklić, PhD. Professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

Prof. dr Milena Polojac\*

## HUGO DONELLUS – SISTEMATIČAR S POČETKA NOVOG VEKA, O DELIKTIMA I AKVILIJEVOM ZAKONU

### Apstrakt

*Hugo Donellus je dao veliki doprinos stvaranju modernog privatnog prava. Izvršio je novu sistematizaciju obimne materije Justinijanove kodifikacije. Odvojio je norme materijalnog od procesnog prava, a privatno pravo je utemeljio kao sistem subjektivnih prava sačinivši listu „dobara“ koja pripadaju pojedincu kao što su život, telo, sloboda, čast, ugled, spoljni predmeti (stvari) i obligaciona prava. Njegov doprinos nije ništa manji ni na terenu deliktnog prava. Pojmovno je razdvojio izraze delictum, maleficium, crimen, a naziv maleficium rezervisao je za privatni delikt iz kojeg nastaje obligacija, koji će kasnije prihvatiti Hugo Grocije u svojoj čuvenoj definiciji. Ipak, i pored ovog terminološkog uopštavanja, zadržao je rimsko shvatanje da postoji niz delikata privatnog prava sa svojim posebnim tužbama. Iako se Donellus, u skladu s humanističkim postavkama, trudio da ne promeni originalno značenje tekstova, što je vidljivo po uskoj interpretaciji Akvilijeve zakona, on je svojim sistematizatorskim težnjama uspeo da izmeni samu suštinu rimskog klasičnog prava. Stvarajući zatvoren, neprotivrečan sistem koji polazi od pravila, ne od činjenica, uvodi deduktivni način rezonovanja, što je suprotno načinu koji su primenjivali rimski pravници. Taj posao će dovršiti pravници 18. veka i škola prirodnog prava.*

*Ključne reči: Humanizam u pravu. – Moderno privatno pravo. – Sistematizacija. – Maleficium. – Lex Aquilia.*

## HUMANIZAM I RENESANSA U PRAVU

Renesansa u pravu počela je već pojavom škole glosatora u Bolonji u 12. veku, ranije nego u drugim duhovnim sferama, ali to ipak nije bila renesansa u pravom smislu te reči. Srednjovekovni svetonazor koji je uticao na prve profesore prava ogledao se u njihovoj neograničenoj veri u autoritet kao i u sholastičkom metodu podučavanja bez kritičkog odnosa prema izvorima. Novi pravi pokret humanizma i renesanse u pravu, kao i u književnosti i slikarstvu, počinje u 15. veku kao izraz duha vremena, kada se interesovanje umesto za

---

\* Dr Milena Polojac, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

transcendentalno i Boga ponovo okreće zemaljskom životu i čoveku, a zatim i ka antičkim uzorima u literaturi i umetnosti. Na temeljima antičke kulture, prema shvatanju humanista, treba da počiva odgoj i obrazovanje čoveka. Humanizam je svoju snagu crpeo iz novog i ličnog osećanja za antički svet koji je izražavao čovekovu duboku duhovnu želju za ponovnim rođenjem.<sup>1</sup>

Novi pogled na rimsko pravo nastaje kao reakcija na najuticajnijiu školu toga vremena, školu postglosatora (komentatora) ili školu bartolista, kako je ona nazivana prema svom najuglednijem predstavniku. Pravnici humanisti kritikovali su pragmatičan pristup komentatora koji su na rimsko pravo gledali kao na skup pravila podesnih za rešavanje aktuelnih problema i koji su se svojim komentarima na već postojeće komentare sve više udaljavali od izvornih tekstova Justinijanove kodifikacije. Ovu kritiku predvodio je Italijan Andrea Alcijat, ali se centar pravnog humanizma ubrzo preselio iz Italije u Francusku gde je dosegao i svoj vrhunac. Humanistički pravници bili su poznati po svojoj erudiciji. Oni su bili odlični poznavaoци antičke literature i ljudi kritičkog duha. Kritika humanističkih pravnika išla je u nekoliko pravaca. Bili su kritični prema glosama i komentarima svojih prethodnika koje su odbacivali najpre zbog stila – zbog toga su dobili ime škola elegantne jurisprudencije, a zatim i zbog nekritičnog odnosa prema tekstu Justinijanove kodifikacije. Nastojali su da otkriju izvorno značenje tekstova kao i to ko je njihov autor. Prvi su tražili interpolacije. Najveći humanistički pravnik, kritičar tekstova bio je Kiža (franc. *Jacques Cujas* lat. *Cuiacius*). Zahvaljujući ponajviše njemu, rimsko pravo je postalo istorijskoppravna nauka. Ipak, uticaj te škole, način podučavanja i pogled na rimsko pravo nazvan francuski način – *mos gallicus*, nikada nije u toj meri ostvario uticaj kakav su pre i posle njega imali glosatori i komentatori.

Kritika pravnika humanista išla je u još jednom pravcu, prema sistemu pravnih pravila u Justinijanovoj kodifikaciji. Najvažniji delovi Justinijanove kodifikacije, *Digesta*, a zatim i Kodeks nisu imali jasan i racionalan sistem u okviru kojeg su izložena pravna pravila. Bio je mnogo ponavljanja i protivrečnosti. Prema uzoru koje su pružale prirodne nauke, pojavila se ideja da materiju treba izlagati od opšteg ka pojedinačnom. To je uticalo i na promenu ideja u pogledu obrazovanja i drugačiju organizaciju univerzitetske nastave prema predmetima u današnjem smislu te reči, a ne kako su glosatori podučavali prateći redosled ondašnjih „udžbenika“: *Digestum vetus*, *Infortiatum* etc. prema redosledu *Digesta*. Najveći humanistički pravnik sistematičar bio je Hugo Donelus (1527–1591) (lat. *Hugo Donellus*, franc. *Hugues Doneau*), koji je dao veliki doprinos stvaranju koherentnog pravnog sistema i učinio je prvi pokušaj da se materija rimskog prava izloži prema sadržini, logičkim redom. Time je postao utemeljitelj građanskopravne nauke.

Donelus potiče iz ugledne francuske porodice. Pravo je studirao u Tuluзу i Buržu (*Bourges*), koji je tada bio glavni centar pravnog humanizma. Bio je učenik Duarena (franc. *François Duaren*, lat. *Franciscus Duarenus*), koji je poznat kao prvi sistematičar i začetnik reforme nauke i obrazovanja. Donelus

1 Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe* (preveo Tony Weir), New York 1995, repr. 2003, 63.

je postao profesor u Buržu, ali je kao protestant morao da pobegne iz Francuske u Ženevu nakon pokolja hugenota u noći Svetog Bartolomeja 1572. Kratko vreme je podučavao u Hajdelbergu (1573–1579), a zatim u Lajdenu (1579–1587), čuvenom holandskom protestantskom univerzitetu koji je u to vreme bio protivteža katoličkom univerzitetu u Luvenu. U Lajdenu je većim delom nastalo i njegovo najvažnije delo, *Komentar civilog prava (Commentarii de iure civili)*, delo impozantno po obimu i sadržaju u 28 knjiga koje je kasnije štampano u Frankfurtu. Iz političkih razloga on napušta Holandiju i nastavlja podučavanje u Nemačkoj (Altdorf), gde je i umro 1591. godine.

## COMMENTARII DE IURE CIVILI

U svom velikom *Komentar civilnog prava* koje je štampano u Frankfurtu 1589. godine, Donelus je uneo revolucionarne novine u Justinijanovu materiju privatnog prava izloženu u Digestama i Kodeksu.<sup>2</sup>

Prva novina tiče se sistematizacije. Jedna od osnovnih ideja pravnih humanista je bila da pravo mora predstavljati racionalan i koherentan sistem, što svakako nije bio slučaj sa izlaganjem materije u okviru Justinijanovih Digesta i Kodeksa. Donelus odmah na početku najavljuje da neće koristiti sistem koji je primenjen u Pandektama, tj. Justinijanovim Digestama (*De compositione, et collocatione Pandectarum, et quid auctor in ea desideret, quamobrem ea in his libris non utatur*). Fragmenti starih pravnika nisu složeni po logičkom redu u okviru pojedinih titulusa. Takođe, titulusi nisu složeni po racionalnom redu u okviru pojedinih knjiga, niti su knjige tako poredane u okviru celokupnih Digesta. Donelus pravi jasnu razliku između sistematizacije prava koju odbacuje i samog prava tj. njegovog sadržaja koje smatra kvalitetnim; on ne odbacuje Justinijanovo *ius civile*, nego ga samo dovodi u red. (*Auctor Pandectarum ordinem repudiat. Ius civile Justinianeum non repudiat, sed in ordinem redigit*).<sup>3</sup>

Međutim, da bi mogao uspostaviti novi, racionalan, logičan sistem Justinijanovih pravnih pravila, Donelus je morao učiniti prethodne važne korake koji će se pokazati kao revolucionarni. Trebalo je razdvojiti norme materijalnog prava od normi procesnog prava. To je bio težak korak jer su pravila materijalog i procesnog prava u Justinijanovoj kodifikaciji bila neraskidivo povezana. Zato je Donelus morao prethodno da reši pitanje šta za rimske pravnike znači *actio* i *agere*.<sup>4</sup> Poseban problem predstavljalo je to što su u

2 *Hugonis Donelli Opera omnia. Commentariorum de iure civili, tomus quartus, cum notis Osualdi Hilligeri*, Florentiae, MDCCCXLII (1842). Korišćena je knjiga sabranih dela francuskog humaniste Huga Donelusa u 12 tomova, koja se nalazi u fondu Univerzitetske biblioteke Svetozar Marković.

3 I.XII. *Quid ergo? Dicit aliquis. Tu jus civile a Justiniano, nec a praestantissimo jurisconsulto Juliano compositum repudias? Minime vero ego civile a veteribus traditum, et, ut nunc est, Justiniani mandato compositum, repudio: (Šta dakle? Neko bi rekao. Ti odbacuješ Justinijanovo pravo građana (ius civile), ili sistem najuglednijeg pravnika Julijana? Nikako, istina ja odbacujem ius civile koje su nam preneli stari (pravnici) kakvo je sada složeno prema nalogu Justinijana).*

4 To je učinio u komentaru na naslov Justinijanovih Institucija *De actionibus* (IV.6). Ovaj traktat prethodio je njegovom velikom komentaru *ius civile*. P. Stein, „Donellus and the origins of the modern civil law“, *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg 1993, 146.

Justinijanovom pravu obligacije i tužbe usko povezane (D.44.7 nosi naziv *de obligationibus et actionibus*), a to je davalo povoda za zaključak da samo obligacije rađaju tužbe, ne i ostala prava, npr. stvarna prava. Takav zaključak nije mogao opstati jer su *actiones in rem* u Justinijanovom izlaganju dolazile na prvo mesto. S druge strane, prema Gajevom sistemu Institucija, obligacije su bile deo prava koje se odnosi na stvari (*ius quod ad res pertinet*). One su u ovom sistemu predstavljale specifičnu vrstu stvari – *res incorporales*, bestelesne stvari. Tužbe Gaj nije smatrao za *res incorporales*, nego ih je on izdvojio u posebnu granu prava (*ius quod ad actiones pertinet*). Zatim je Donelus istraživao šta je to specifično u prirodi tužbi i zaključio da *actio* ima dvostruku prirodu; to nije samo pravo nekog lica da tuži kao deo njegovog subjektivnog prava – *ius*, tj. *facultas agendi, ius persequendi in iudicio quod sibi debetur* (Celsus, D.44.5.51), nego i procedura sama kojom se to pravo ostvaruje.<sup>5</sup> Nakon ove distinkcije bilo je moguće razdvojiti norme materijalnog i procesnog prava, što je on učinio u svom velikom komentaru. Prvih šesnaest knjiga posvećeno je materijalnom pravu, a ostale procesnom pravu.

Donelus se u svom komentaru bavio isključivo Justinijanovim pravom i zaključio je da je to privatno pravo jer se ogromna većina tekstova odnosi na pravo koje se direktno tiče interesa pojedinaca. Dok se božansko pravo tiče onoga što je Božje, javno pravo onoga što je javni interes, dotle privatno pravo ima u vidu ono što pripada pojedincima. Tako Donelus postavlja pravni sistem privatnog prava kao sistem subjektivnih prava. Pravo (lat. *ius*) može se shvatiti kao sistem normi (u objektivnom smislu) ili sistem prava koja nekome pripadaju (pravo u subjektivnom smislu). Donelus pravni sistem shvata kao sistem subjektivnih prava koje pojedincu pripadaju po objektivnom pravu. *Ius* znači, dakle, pravo koje pripada nekom pojedincu. Ali šta je to što pripada pojedincu, šta je to njegovo *suum*? Subjektivna prava koja čine srž privatnog prava podeljena su u dve kategorije. Prvu kategoriju čini ono što je uistinu i po pravu naše, kao što u život, telo, sloboda, ugled (*in persona ipsa pleraque esse cuiusque, cuiusmodi sunt vita, corporis incolumitas, libertas, existimatio*), a tu takođe spadaju i stvari koje su predmet naše svojine. U drugu kategoriju spada ono što nam neko duguje, to su dakle, prava izvedena iz onog što je neka druga osoba dužna učiniti za nas na temelju ugovora ili delikta. Iako dakle obligaciona prava nisu istinski naša, u smislu kao što je to naš dobar glas ili naša kuća, ona su ipak i dalje prava koja nam pripadaju.<sup>6</sup>

Kad je reč o pravu delikata, Donelova zasluga sastoji se u tome što je pokušao da na uopšten način definiše delikt kao izvor obligacija – *maleficium* i da ga pojmovno razdvoji od sličnih pravnih kategorija kao što su *delictum, crimen, peccatum*. Ova generalizacija bila je jedan korak dalje u razvoju pravne kulture. Ipak, Donelus je ostao na pola puta i zadržao je shvatanje o pojedinim deliktima i kvazideliktima kao izvorima obligacija uz poznatu rimsku nomenklaturu.

5 Peter Stein (1993), 147. P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge 1999, 81 (izvorno objavljeno na nemačkom pod nazivom *Römisches Recht und Europa*, Frankfurt am Main 1996).

6 P. Stein, (1993) 448, P. Stein, (1999), 81; = P. Stein, *Rimsko pravo i Europa, Povijest jedne pravne kulture*, (preveo s nemačkog originala Nikola Petrak), Zagreb 2007, 104.



## O DELIKTIMA – COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI, LIBER DECIMUSQUINTUS

Za temu delikata važna je petnaesta knjiga komentara *ius civile* i to počevši od glave 24. koja govori uopšteno o privatnim deliktima kao izvoru obligacija (*Quae delicta nos privatis obligent; et de obligationibus quae ex maleficio nascuntur*). To je treća vrsta pravnog osnova iz kojih se rađa obligacija (*tertium genus earum caussarum, ex quibus omnis obligatio nascitur, fuit in divisione summa maleficium, § I*). Ovde Hugo Donellus pravi terminološku razliku između *crimen*, *delictum* i *maleficium*.<sup>7</sup> *Maleficium* je tehnički termin koji koristi za nedozvoljeno delo privatnog prava iz kojeg se rađa obligacija:

*Nunc de maleficio sic agimus, quatenus ex eo nascitur obligatio, atque hinc etiam civiliter et pecuniariter agitur... Unde qui ex maleficio obligatur, idem dicuntur obligari ex delicto.* (Sada tako govorimo o *maleficium* utoliko što se iz njega rađa obligacija, i ovde se dakle tuži po privatnoj tužbi i na novčani iznos... Stoga onaj koje je obavezan iz *maleficijuma*, isto se kaže da je obavezan iz delikta.)

*Delictum* i *maleficium*, ako se ovaj izraz upotrebi u svom najužem, specifičnom značenju, nisu sinonimi. *Maleficium* je jedna vrsta delikta (*delictum*) i greha (*peccatum*). Ali nije svaki delikt i greh *maleficium*. Između njih je odnos *genus – species*:

*Sed non omne delictum et peccatum est maleficium. Inter haec tantum interest, quantum inter genus et speciem. Delictum genus est: quo verbo significatur factum id omne aut omissum, quod est contra legem Dei eademque legem naturae mentibus nostris inscriptam.* (Nije svaki delikt i greh *maleficium*. Između njih je takva razlika kolika je između roda i vrste. Delikt je rod [*genus*]: kojom reči se označava ono što je učinjeno ili propušteno, što je protiv Božjeg zakona isto kao i zakona prirode zapisano u našem umu.)

Donellusovo određenje reči *delictum* kao genusnog pojma, ulazi u sferu moralne teologije, jer podrazumeva sve ono što je loše učinjeno prema Bogu, sebi samima i drugima:

*Itaque delictum et peccatum est, non tantum si quid peccatur adversus alios, sed etiam et quidem maxime si quid adversus Deum, si quid etiam adversus nos ipsos, ut si quid imprudenter, si quid timide et ignave, si quid intemperanter admittimus; ubi dignitatem a Deo naturae nostrae iditam violamus.* (Takođe, delikt je i greh; ne samo ako se zgrešilo protiv drugih, nego takođe još i više ako se [zgrešilo] protiv Boga, i ako se što god [zgrešilo] protiv nas samih, kao ako smo nešto dopustili iz

<sup>7</sup> *Quid maleficium, quid crimen, quid delictum. Ab utroque quid differat maleficium. Šta je maleficium, šta crimen, a šta delictum? Po čemu se maleficium razlikuje od oba prethodna?*

nepažnje, ili straha i kukavičluka ili neodmerenosti: tu smo prekršili dostojanstvo naše božanske prirode).

Izraz *maleficium* je rezervisan za onu vrstu delikata iz kojih se rađa obligacija. To je delikt privatnog prava pričinjen drugim privatnim licima:

§ III...*non omne delictum est maleficium: ita non ex quovis delicto nascatur obligatio, sed solum ex maleficio; id est ex eo genere delicti, quod specialiter maleficium appellatur... At maleficium est ea species delicti, qua peccatur adversus alios.* (Nije svaki delikt maleficijum: naime, ne rađa se obligacija iz bilo kojeg delikta nego samo iz maleficijuma: to jest iz one vrste delikta koji se posebno naziva maleficijum... Maleficium je ona vrsta delikta kojim se greši protiv drugih).

*Sola nos delicta privatis obligant, quae adversus privatos admittentur quae et dicuntur specialiter maleficia.* (Nas obavezuju po privatnom pravu samo delikti koji su pričinjeni protiv privatnih lica i za koje se posebno kaže *maleficia*).

Nakon što odredio i definisao *maleficium* u svom najužem značenju kao tehnički termin za nedozvoljeno delo učinjeno protiv drugog lica, kojim se nanosi povreda nekom tuđem dobru, iz kojeg se rađa obligacija utuživa putem privatne tužbe sa tužbenim zahtevom na sumu novca, Donelus sada поближе određuje njegove karakteristike. Pri tome se u najvećoj meri služi materijalom i argumentima koji su tradicionalno vezani za raspravu o Akvilijevom zakonu: povreda drugima može biti nanesena činjenjem i nepažnjom odnosno propuštanjem (*Delictorum, quibus peccatur adversus alios, duo sunt genera. Quaedam sunt in faciendo, quaedam in negligendo*).<sup>8</sup> Uzima se u obzir i najmanji nehat (*culpa vel imperitia levissima*)<sup>9</sup>, ali samo ako je reč o činjenju; ako je neko protivpravno zapalio, polomio ili uništio (*usserit, fregerit, rumperit injuria*), a ne ako trpi ili dopusti da se tuđa stvar slomi, razbije itd. Navodi primer uzufektuara koji zapusti obradu zemljišta. On ne odgovara po Akvilijevom zakonu, jer se njegova krivica sastoji u propuštanju, a ne u činjenju (*si fructuarius cui ususfactus fundi relictus est, agrum non proscindat, vites non subserat, aquarum ductus corrumpi patiat, lege Aquilia id est ex delicto non tenetur*). Donelus preuzima originalan rimski materijal, ali i onaj koji je već pretrpeo naučnu obradu glosatora. Naime, glosatori su dali tumačenje po kojem se *culpa levissima* odnosi samo na aktivnu, pozitivnu radnju, ne i propuštanje. *Culpa levissima in omittendo* nije dovoljna da bi se tužba mogla podići.<sup>10</sup> To je razlikovanje ukinuo kasnije Grocije, ali se staro shvatanje i nakon toga zadržalo, na primer, u Nemačkoj.<sup>11</sup>

8 Ulp/Neracije D.9.2.27.11.

9 Ulp. D.9.2.44pr.

10 Giovanni Rotondi, „Dalla lex Aquilia all'art. 1151 C. Civ.“, *Scritti giuridici, II*, Milano 1922, 465 etc. = *Rivista di diritto commerciale, XIV* (1916), *XV* (1917).

11 Eltjo J. H. Schrage (ed.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*, Berlin 2001, Introduction, 26.

Izraz *crimen* je sada rezervisan samo za delikte javnog prava.<sup>12</sup> Govori još i o grehu (*peccatum*) u užem smislu kao deliktu protiv Boga.<sup>13</sup>

Iako je Donellus izvršio generalizaciju u tom smislu što je definisao *maleficium* kao opšti pojam nedozvoljenog dela privatnog prava, on ipak naglašava da ne postoji jedna opšta tužba i opšti *maleficium*, nego postoje različite tužbe zavisno od vrste prestupa (*Verum non uno modo: sed actione pro qualitate cujusque maleficii constituta. Non enim unum genus est maleficii. Hinc genera maleficiorum distincta*). Pojedini tipovi maleficijuma ustanovljeni su s obzirom na to koje naše dobro je povređeno. Ako je povređena nečija ličnost, onda se ta vrsta maleficijuma naziva injurija (*Quod in personam alterius maleficium est, idest unius generis, et proprie dicitur injuria*). Ako se *maleficium* odnosi na tuđu stvar onda postoji više vrsta prestupa (*Quod in res admittitur, multiplex et varium licetque generaliter alieni detractorem vocemus*).

U sledećim glavama Donellus govori o pojedinim privatnim prestupima (*maleficii*). Počinje od rimske injurije (*caput 25*), zatim prelazi na *maleficia* koja se sastoje u nanošenju štete (*damnum*), s tim da je nanošenje štete različito zavisno od toga o kakvoj vrsti štete je reč (*caput 26*). Prvi *maleficium* koji se sastoji u nanošenju štete putem oštećenja stvari i koji se utužuje putem Akvilijeovog zakona, Donellus obrađuje u glavi 27, a u istoj glavi govori još i o bespravnoj seči tuđih stabala, starom deliktu iz Zakona XII tablica. U sledećim poglavljima Donellus govori primerice o krađi (*de furto et rebus amotis, caput 30*), o razbojništvu i stvarima silom otetim (*De rapina seu de vi bonorum raptorum, caput 31*), o sili, o dolusu (*De dolo, caput 41*), o izigravanju poverioca (*De his, quae in fraudem creditorum patronive alienata sunt: illic de Paulina actione prodita; hic Faviana seu Calvisiana, caput 42*). U poglavlju 43. Donellus govori o kvazideliktima (*De obligationibus quae quasi ex maleficio nascuntur*). Komentar o šteti koja nastaje iz protivpravnih radnji van ugovora autor nastavlja se do poglavlja 53.

Nakon što je u glavi 25. obradio *maleficium* protiv nečije ličnosti – *iniuria*, on prelazi na imovinske delikte. I ovde je vidljiva njegova težnja ka sistematizaciji i klasifikaciji. Najpre se imovinski delikti dele na one gde postoji *damnum*. Donellus tumači *damnum*, citirajući Paula, kao situaciju u kojoj je došlo do umanjenja imovine nekog lica (*deminutio patrimonii*), pri čemu počinitelj ne stiče nikakvu korist. Posebna kategorija imovinskih delikata u kojima počinitelj stiče korist su *furtum, rapina, extorsium, concussium*. Imovinskih delikata kod kojih postoji *damnum* takođe ima više vrsta: zavisno od toga da li je stvar uništena ili pokvarena, što u pravom smislu reči ulazi u okvir primene Akvilijeovog zakona, ili je stvar potpuno sačuvana bez oštećenja, ali

12 *Nam et crimina publicorum judiciorum delicta et maleficia appellamus. Crimen autem est delictum, quod accusationem ad vindictam delicti jure publico paratam habet.....: ut sit crimen id, de quo criminatio et accusatio ad poenam delicti non pecuniariam institui potest. ....Ut, cum dicimus defuncto reo crimen exstingui. etc.*

13 *Si quid ergo peccatur adversus Deum, seu adversus eam partem legis quae cultum et amorem erga Deum exigit: si quid in nobis ipsis imprudenter, si quid per ignaviam, aut intemperantiam admittamus; haec aut non coerentur legibus, aut non ita, ut cuiquam nos privato obligent. § IV*

je ona ipak za vlasnika izgubljena kao u slučaju kada je neko drugome prsten bacio u reku<sup>14</sup> ili je tuđu životinju odvezao tako da ona pobegne. (*Damnum omne infertur dupliciter. Aut enim infertur allato interitu vel corruptione rei, ut cum quid alieni interimitur, uritur, frangitur, rumpitur. Aut ipsum salvis et integris rebus contigit ita, ut cum res per se integrae meneant, pereant tamen domino nihilominus: ut, si anulum alienum in flumen quis dejecerit, si animal compenditum solverit, ut fugeret.*)

Donelus nastavlja sa daljim klasifikacijama i podelama; kada je *damnum* nastao oštećenjem stvari, to može biti psihičko ili fizičko oštećenje. Prvi slučaj je kada se tuđem robu pokvare karakter i navike i tada se koristi tužba na temelju pretorovog edikta *de servo corrupto* (§ III. *Res aliena corrumpitur aut ab animo, aut a corpore. Ab animo servus alienus, cujus mores corrumpuntur, qua ex re fit deterior. De eo genere damni actio constituta est edicto: quod est de servo corrupto*). Ako je stvar pokvarena fizički, onda se primenjuje Akvilijev zakon (*De damno dato, quod corruptione corporis contigit: quod indicatur lege Aquilia*). Sličan je slučaj fizičkog oštećenja stvari i u slučaju seče stabala i to je razlog zašto je Donelus ta dva delikta obradio u istoj glavi.

Došao je red da se u poglavlju 27. poblize komentariše *maleficium* pod nazivom *damnum datum (iniuria)* na temelju Akvilijevog zakona čija je specifičnost ta što je imovinski gubitak nastao fizičkim kvarenjem stvari (*quod corruptione corporis contigit*). Delikt iz Akvilijevog zakona je tako ostao u uskim okvirima, zahvaljujući Donelusovoj strogoj interpretaciji teksta. Takva vrsta interpretacije je bila karakteristična za humanizam.

Ova glava ima devet paragrafa. To je neuporedivo manje od obima Justinijanovog titulusa *Digesta Ad legem Aquiliam* koji sadrži 57 fragmenata, od kojih su neki veoma dugački i sadrže veliki broj paragrafa. U prvom paragrafu govori o tome koje vrste kvarenja tj. oštećenja stvari pokriva prava i treća glava Akvilijevog zakona uz napomenu da druga glava nije u upotrebi:

§ I. *A corpore si res aliena corrumpitur, id damnum est, quod lege Aquilia vindicatur. L. 1. D. Ad leg. Aquil. Inst. eod. tit. in pr. Contingit autem id damnum his rebus, cum aut servus vel aliud animal occiditur, aut cum quidquid est aliarum rerum, uritur, frangitur, rumpitur. Ac de his rebus ea lege cautum est. De interemptione primo capite: de reliquo damno capite tertio. Nam secundum non est in usu.*

U drugom paragrafu komentariše zakonsku reč *injuria*:

§ II. *Injuria damnum datum sic acceperunt veteres, non jure datum, id est culpa... Ut intelligamus non solum eum teneri hac lege ob damnum datum, qui dedit sciens prudens dolo malo, sed et qui per imperitiam aut nihil minus cogitans quam damnum dare, si dedit culpa. Usque adeo, ut placeat eum teneri, qui damnum dedit culpa etiam levissima. ... Ea autem culpa hoc verbo intelligenda est, cum quod a diligente provideri*

14 Sabin/Ulp. D.9.2.27.21. Ovo je granični slučaj koji, u strogom smislu reči, nije akvilijanski delikt.

*potuit, ne quid damni ex re aliqua accideret, non est provisum. Exstat definito in L. si putator, D. ad leg. Aquil.* (Prevod: Naneti štetu „injuria“ kako su shvatali stari [pravnici], jeste naneti protivno pravu, to jest krivicom. Treba da razumemo da po ovom zakonu štetu nanosi ne samo onaj ko to učini znajući i svesno zlom namerom, nego i onaj ko to učini zbog nestručnosti, ili ništa manje se ne smatra da je pričinio štetu ako je naneo nepažnjom. Čak do te mere, da se smatra da odgovara i onaj koji je naneo štetu iz najmanjeg nehata. Ova, međutim, nepažnja treba da bude shvaćana tako da nije predviđeno, da bi mogla nastupiti šteta [u okolnostima] koje bi pažljiv [čovek] mogao predvideti. Ova defincija postoji u zakonu „ako potkresivač drveća“<sup>15</sup> u Just. Digestama, titulus „o Akvilijevom zakonu“.)

Paragraf četvrti se odnosi na razloge kada je, u nužnoj odbrani, isključena injurija uz pozivanje na čuveno pravilo *vim vi repellere, omnes leges omnia jura permittunt*.<sup>16</sup>

*§ IV. Jure fecisse intelligitur, qui adversus vim ad defensionem sui fecit, cum aliter periculum effugere non posset. Ut si quis aggressorem servum, si taurum irruentem occiderit. Vim vi repellere, omnes leges omnia jure?permittunt... Sed si magistratus si quid adversus resistentem fecerit violentius ac propterea quid ruperit, nihil facit injuria, qui facit jure licitio et jure honoris.* (Smatra se da čini u skladu s pravom onaj ko čini protiv sile radi samoodbrane, jer na drugi način ne bi mogao izbeći opasnost. Kao ako neko ubije roba napadača ili pobesnelog bika. Svi zakoni i sva prava dozvoljavaju da se silom odbije sila... Ali ako bi magistrat učinio nešto nasilno protiv onoga ko se opire i zbog toga nešto slomio, nije učinio ništa pritivpravno, onaj ko čini (nešto) pravom dopušteno i časno).<sup>17</sup>

Kada je šteta naneta slučajem, nema odgovornosti ako nije prethodila nikakva krivica počinioca. (*§ V. Casus in damno dato ita excusationem habet, si cum nulla facientis culpa praecesserit.*)

U sledećem paragrafu (*§ VI*) govori se o načinu na koji se procenjuje šteta (*aestimatio damni*), u poslednjih godinu dana ili trideset dana zavisno od oštećenog objekta, dakle računajući godinu ili mesec unazad od nastanka štete. Ovde se Donellus nije pomakao mnogo dalje od antičkih komentara. Razlika je samo u naporu da se sistematizuje materija. Tako on kaže da postoje dve vrste procene: protiv onog ko prizna i protiv onoga ko poriče (*Sed ad hanc justis damni aestimationem adjecta est poena lege Aquilia, eaque duplex; in confitentem quidem una: adversus infitiantem autem etiam altera.*)<sup>18</sup>

15 Kvint Mucije Scevola/Paulus D.9.2.31.

16 Paulus D.9.2.45.4.

17 Ulpijan D.9.2.29.7.

18 *§ VI. Haec verba, quanti ea res erit, sic accepta sunt, non quanti erit ea res, quae occisa aut deterior facta est: sed quanti id damnum omne, quod ob rem corruptam contingit, sive sit*

Paragraf sedmi govori o aktivnoj legitimaciji kod Akvilijanske tužbe. Osnovno polazište je rimsko pravilo da je tužba ustanovljena isključivo u korist vlasnika, iako i druga lica imaju interes da stvar bude neoštećena tj. da šteta ne bude naneta. Da bi objasnio slučaj ranjavanja slobodnog čoveka, *filius familias*, i opravdao pravo njegovog *pater familias* da podigne akvilijansku tužbu, Donelus uvodi distinkciju: on razlikuje da li je šteta naneta stvari u prometu ili onim stvarima koje nisu u prometu. U ovu drugu kategoriju on svrstava ranjavanje slobodnog čoveka.

Ima i poređenja i uočavanja razlike u odnosu na *furtum*. Kod krađe, kao što je poznato tužiti za krađu može i poslugoprimec i založni poverilac jer oni odgovaraju strogo, za kustodiju.

§ VII. *Constitutata est haec actio domino, cujus res occisa, aut deterior facta est, ut utroque capite legis expressum est. D. L. 2. d. L. si servus, §. hujus, L. item, Mela, §. legis, ad leg. Aq. Proinde si res est in commerciis, quanvis in eodem facto duorum intersit damnum datum non esse, ut domini, et ejus cui res commodata, aut pignori data erat: tamen domino soli dabitur actio damni nomine, non ei cujus alioqui damnum datum non esse interest, etsi hoc aliter in actione furti observatur. Quod si res in commerciis non erit, ut si filiusfamilias, aut peterfamilias vulneratus fuerit: cessabit directa legis Aquiliae; quia neque pater filii sui dominus est, neque quis quam sui ipsius. Sed placet hoc casu et ambos utilem actionem habere suo nomine, et patrem ex persona filii, si quod damnum ex ea re passus sit. L. 13. L. qua actione, D. ad leg. Aquil. In quod iudicium veniet non deformitatis aestimatio, cum liberum corpus aestimationem non recipiat: sed impensarum in curationem factarum, et operarum amissarum, quasque amissurus qui esset inutilis factus. L. 3. D. si quadrup. paup. fec. dic. d. L. qua actione, D. ad leg. Aquil. Quoad tamen domino soli hanc actionem dari dicimus, si res sit in commerciis, sic accipiemus, ut fructuarius et usuarius contineantur, non ut his detur directa actio legis Aquiliae, sed utilis, re fructuaria rupta aut occisa. L. item Mela, §. ult. et. L. seq. D ad leg. Aquil. L. locum, §. Ult. D. de usufr. (Prevod: Ova tužba je ustanovljena [u korist] vlasnika, čija je stvar ubijena ili je oštećena, kao što je izraženo u oba poglavlja zakona. Digesta, Zakon „si servus“ paragraf ispred „hujus“ [D.9.2.27.3], Zakon „item, Mela“, paragraf „legis“, [titulus, naslov] „o Akvilijevom zakonu“ [D.9.2.11.6].<sup>19</sup> Zatim, ako je stvar u prometu, kada je u interesu dvojice da se ne nanese šteta, i to vlasnika i onoga kojem je stvar data na poslugu ili je data radi ručne zaloge: tada se samo vlasniku samom odobrava tužba zbog štete, ne i nekome drugome čiji je takođe interes da se ne priči-*

---

*aestimatio rei interemptae aut deterioris factae, ...tamen et primo capite legis, tertia constituitur actio in id, non quanti tunc res erit cum damnum est; sed quanti fuit retro versus, aut in eo anno, aut in iis triginta diebus proximis, quibus res occisa, aut rupta est. In ea anno, cum servus, aut quadrupes, quae pecudum numero sit, occisa erit. In diebus triginta, cum aut alia animalia occisa erunt, aut res quaevis tantum rupta aut deterior facta...*

19 *Legis autem Aquiliae actio ero competiti, hoc est domino.*



ni šteta, međutim, drugačije je određeno u slučaju tužbe zbog krađe. Ako stvar ne bi bila u prometu, kao što je kada je bio ranjen sin porodice [*filiusfamilias*] ili otac porodice [*paterfamilias*]: izostaje direktna tužba iz Akvilijevog zakona; jer niti je otac vlasnik svoga sina, niti je neko vlasnik samoga sebe. Nego je dopušteno u ovom slučaju imati tužbu iz razloga korisnosti u svoje ime, ili tu tužbu ima otac zbog svoga sina, ako bi šteta bila na taj način pričinjena. Zakon 13 [D.9.2.13] i zakon „*qua actione*“ Digesta, „O Akvilijevom zakonu“ [D.9.2.7]. Kada pak kažemo da se samo vlasniku samom odobrava tužba, ako je reč o stvari u prometu, onda prihvatamo da uzufruktuar i uzuar imaju pravo na tužbu, ako je stvar koja je predmet uzufruktusa oštećena ili ubijena, ali se njemu ne daje direktna tužba iz Akvilijevog zakona, nego *actio utilis*, iz razloga korisnosti. Zakon „*item Mela*“ poslednji paragraf [D.9.2.11.10]<sup>20</sup> i zakon koji sledi, Digesta, „O Akvilijevom zakonu“ [D.9.2.12], zakon „*locum*“ poslednji paragraf, titulus Digesta *de usufr.*)

Poslednji paragraf (§ IX) posvećen je ostalim maleficijumima u kojima je gubitak imovine – *damnum* nastao fizičkim oštećenjem stvari, a ne spadaju u okvir Akvilijevog zakona, zbog njegovih specifičnih ograničenja: tu je nedozvoljena seča tuđih stabala koja je sankcionisana zakonom dvanaest tablica, *in duplum*. Ovo je u stvari delikt koji ima elemente nanošenja štete i krađe.

U glavi 28. Donelus govori o slučajevima nanošenja štete kada je tuđa stvar ostala cela i neoštećena, a ipak je vlasnik pretrpeo imovinski gubitak (*Caput XXVIII – De damnis datis, quae integris et incorruptis rebus alienis contingunt. Quam varie haec dentur: et quae sint eo nomine jure proditae actiones*).<sup>21</sup> Kao primer navodi slučaj kada neko tuđi prsten izbije vlasniku iz ruke i on padne u more ili reku (*Aut enim aliquid sit in re aliena, quo ea ipsa res abeat a domino suo quanvis integra; ut si quis anulum alienum excusserit de manibus domini, et is deciderit in mare, aut flumen*). Reč je o poznatom slučaju koji je razmatrao klasični rimski pravnik Sabin.<sup>22</sup> To su granični slučajevi kada je bilo problematično da li se može primeniti tužba iz Akvilijevog zakona.

Iako u ovom poglavlju Donelus ostaje veoma tradicionalan, ipak su vidljivi njegovi pokušaji da se *damnum datum* proširi na druge slučajeve izvan Akvilijevog zakona. Delikti nanošenja štete predstavljaju sada jednu zasebnu skupinu koja ima zajedničke osobine, ali i specifičnosti. Zajedničke osobine su umanjeње imovine (*deminutio patrimonii*) bez koristi za počinioca, a specifičnosti su da li je reč o oštećenju stvari, psihičkom ili fizičkom, ili o gubitku imovine bez ikakvog oštećenja same stvari. Ali *damnum* je i kada sudija loše

20 *An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat: et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum.*

21 *§ I. Non solum damnum tunc est, cum ita imminuitur patrimonium alienum, ut res ipsae alienae aut intereant, aut corrumpantur, de quo genere ante diximus, pertinentique aut ad edictum praetoris de servo corrupto aut ad legem Aquilianam; sed etiam cum deminuitur manentibus nihilominus integris et incorruptis alienis rebus: quod genus alterum damni dati initio posuimus. I autem contingit multis modis, qui et ipsi legibus et jure publico vindicantur.*

22 Sabin/Ulp. D.9.2.27.21.

presudi. Među specifičnim oblicima delikta nanošenja štete svakako je onaj regulisan Akvilijevim zakonom najvažniji.

Time je napravljen korak da se *damnum (deminutio patrimonii)* shvati veoma široko. Ipak ovaj pojam se još uvek odnosi na imovinski gubitak na stvarima, a ne i na ostalim ličnim dobrima koje pripadaju čoveku (*vita, corpus, libertas, existimatio*), za koji je rezervisan izraz *injuria*. Ovo potkrepljuje i stav Donelusa u slučaju ranjavanja sina pod vlašću. *Filius familias* je prema rečima Donelusa stvar van pravnog prometa (*res extra commercium*) i zbog toga je moguće primeniti akvilijansku tužbu. *Pater familias* kao vlasnik ima aktivnu legitimaciju u sporu po akvilijanskoj tužbi.

\*\*\*

Hugo Donelus je dao veliki doprinos stvaranju modernog privatnog prava. Odvojio je norme materijalnog od procesnog prava, privatno pravo je utemeljio kao sistem subjektivnih prava sačinivši listu „dobara“ koja pripadaju pojedincu kao što su život, telo, sloboda, čast, ugled, spoljni predmeti (stvari) kao i obligaciona prava. Izvršio je novu sistematizaciju obimne materije Justinijanove kodifikacije, menjajući redosled kojim je ona izložena pre svega u Justinijanovim Digestama.

Njegov doprinos nije ništa manji ni na terenu deliktne prava. I ovde je vidljiva njegova sklonost ka uopštavanju i sistematizovanju. Generalizovao je pojam privatnog delikta i za njega rezervisao naziv *maleficium* koji će kasnije prihvatiti Hugo Grocije u svojoj čuvenoj definiciji privatnog delikta kao izvora obligacija. Pojmovno je razdvojio izraze slične sadržine i dao im uže, tehničko značenje (*delictum, crimen*).

Ipak, zadržao je shvatanje svojstveno rimskim pravnicima da postoji niz delikata (*maleficii*) privatnog prava, ali ih je nastojao sistematizovati i objediniti srodne delikte u okviru zajedničkih kategorija. Najpre je delikte podelio u dve velike grupe: povreda ličnosti je *injuria*, a svi ostali se odnose na povredu imovine. U ovoj drugoj kompleksnoj skupini delikata opet postoje dve kategorije. U prvoj kategoriji su delikti kod kojih postoji *damnum*, dok u drugoj to nije slučaj. *Damnum* je imovinski gubitak (*deminutio patrimonii*) koji je nastao za vlasnika stvari pri čemu počinitelj nije stekao korist za sebe. U drugoj kategoriji su delikti kod kojih postoji imovinski gubitak, ali i korist koji je počinitelj deliktom stekao (*furtum, rapina*). Sada se opet kategorija delikata u kojima postoji *damnum (datum)* deli u potkategorije: kriterijumi su da li je reč o psihičkom ili fizičkom oštećenju stvari, ili je *damnum* nastao iako je stvar zadržana u celosti, neoštećena.

Među deliktima iz kategorije *damnum datum* svakako je onaj iz Akvilijevog zakona najvažniji. Donelus ga ostavlja u uskim okvirima štete koja je prouzročena fizičkim oštećenjem stvari, vođen idejama humanizma o strogoj interpretaciji tekstova. Granične slučajeve iz titulusa Digesta *Ad legem Aquiliam* u kojima nema fizičkog oštećenja stvari on odvaja od akvilijanskog delikta. S druge strane, neke rasprave i rešenja vezana za akvilijanski delikt, Donelus

unosu u opšti pojam *maleficiuma*, kao što su odgovornost za najmanji nehat (*culpa levissima, culpa in omittendo*). Svime ovime doprinosi posebnom statusu ovog delikta i shvatanju da je to delikt *par excellence*.

Iako se Donellus, u skladu s humanističkim postavkama, trudio da ne promeni originalno značenje tekstova što je vidljivo po uskoj interpretaciji Akvilijevog zakona, on je, svojim sistematizatorskim težnjama, uspeo da izmeni samu suštinu rimskog klasičnog prava. Potrudivši se da izgradi zatvoren, neprotivrečan sistem koji polazi od pravila, ne od činjenica, izmenio je način rezonovanja koji su primenjivali rimski pravници. On ovaj proces nije dovršio, što je vidljivo u obimnom korišćenju izvornog rimskog materijala. To će učiniti pravници 18. veka i škola prirodnog prava kojoj je Hugo Donellus ostavio u nasleđe nove temelje nauke privatnog prava.

*Prof. dr Milena Polojac\**

## HUGO DONELLUS EARLY MODERN SYSTEMATISER ON DELICTS AND THE LEX AQUILIA

### Summary

*Hugo Donellus' contribution to the formation of the modern civil law deserves special recognition. Following the idea that law must form part of a rational and coherent system, he reorganised the chaotic arrangement of Justinian's codification. He also made sharp distinction between substantive law which is concerned with subjective rights, and civil procedure, which is concerned with their enforcement. He made therefore the classification of „quod nostrum est“ – life, body, freedom, reputation, including things which are objects of our ownership and obligations. He thus tiled the way for the new, deductive way of reasoning. In the field of law of delicts, he conceptualized the term maleficium to denote private delict as a source of obligation, distinguishing it from delictum, crimen and peccatum. However, he did not go as far as to modify rules of Roman law preserving roman list of delicts. He applied traditional, narrow interpretation of the lex Aquilia in accordance with the spirit of legal humanism.*

Key words: *Legal humanism. – Modern private law. – Systematization. – Maleficium. – Lex Aquilia.*

---

\* Milena Polojac, PhD. Associate professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

## AKTUELNA REFORMA PROPISA O JAVNOBELEŽNIČKIM OVERAMA I EVROPSKI STANDARDI U OBLASTI PREVENTIVNE PRAVNE ZAŠTITE

### Apstrakt

*Od 1. septembra 2014. godine poslovi overe potpisa, rukopisa i prepisa počinju da prelaze iz nadležnosti osnovnih sudova i opštinskih uprava u nadležnost javnih beležnika. Javnobeležničke overe uređene su novim Zakonom o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa, koji je počeo da se primenjuje od 1. septembra 2014. godine. U ovom radu su obrađene suštinske novine koje je doneo pomenuti zakon i njihovu usklađenost sa standardima javnobeležničke delatnosti u modernim evropskim pravnim sistemima. Nakon analize novih rešenja autor zaključuje da je novi zakon višestruko koristan za građane Srbije jer im olakšava pristup nadležnom overitelju, a s druge strane, uvođenjem dužnosti ovlašćenog overitelja da vrši preventivnu kontrolu podnete isprave, novi zakon podiže preventivnu pravnu zaštitu na viši nivo.*

*Ključne reči: Javni beležnik (notar). – Javnobeležnička isprava (notarska isprava). – Overa potpisa (legalizacija).*

### I. UVOD

U Srbiji je više od dvadeset godina primenjivan Zakon o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa,<sup>1</sup> koji je obavljanje tih poslova stavio u nadležnost osnovnih (nekada opštinskih) sudova i organa uprave. Od 1. septembra 2014. godine u većem delu države počeli su da rade javni beležnici,<sup>2</sup> čime se Republika Srbija svrstala u red zemalja koje imaju javnobeležničku službu. Paralelno sa uvođenjem javnog beležništva, država je izvršila izmene određenih zakona kako bi postojeći pravni poredak prilagodila postojanju javnih belež-

---

\* Dr Dejan B. Đurđević, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1 Zakon je objavljen u „Službenom glasniku RS”, br. 39/93 (u daljem tekstu: ZOPRP/93).

2 Ministar pravde je 1. avgusta 2014. godine doneo rešenje o imenovanju javnih beležnika za područje 32 osnovna suda u Republici Srbiji. Za sada na području ostalih osnovnih sudova nisu imenovani notari. Vidi: <http://www.mpravde.gov.rs/obavestjenje/6516/imenovani-prvi-javni-beleznici.php>.

nika kao nove pravničke profesije.<sup>3</sup> Jedan o tih zakona je i Zakon o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa, koji je Narodna skupština usvojila 31. avgusta 2014. godine.<sup>4</sup> U ovom radu biće analizirane neke od suštinskih novina koje je doneo pomenuti zakon i njihova usklađenost sa standardima javnobeležničke delatnosti u modernim evropskim pravnim sistemima. Najznačajnije novine tiču se: nadležnosti za poslove overe i uvođenje ograničene preventivne zaštite u materiji overe potpisa (legalizacije).

## II. NADLEŽNOST ZA POSLOVE OVERY

### 1. Stvarna nadležnost

Po ZOPRP/93 overavanje potpisa, rukopisa i prepisa bilo je u nadležnosti opštinskih (kasnije osnovnih) sudova, s tim što je te overe mogla da vrši i opštinska uprava kao povereni posao (čl. 2). ZOPRP/14 predviđa da su za overavanje potpisa nadležni javni beležnici.

Novo rešenje ima bar dve očigledne prednosti. Prva se ogleda u tome što se građanima olakšava pristup ovlašćenim overiteljima. To posebno dolazi do izražaja u opštinama sa velikim brojem stanovnika, gde broj javnobeležničkih kancelarija daleko premašuje broj sudova i opštinskih uprava. Kao primer mogu se navesti opštine na području Trećeg osnovnog suda u Beogradu (Novi Beograd, Zemun i Surčin).<sup>5</sup> Prema ZOPRP/93 stanovnici tih opština mogli su da overavaju potpise na četiri mesta (zgrada suda i tri opštinske zgrade), dok im ZOPRP/14 stavlja na raspolaganje najmanje 14 javnobeležničkih kancelarija.<sup>6</sup> Druga dobra strana takvog pristupa jeste ta što se ustanovljavanjem nadležnosti javnih beležnika za poslove overe daje značajan doprinos rasterećenju sudova i opštinskih uprava, što je u skladu sa tendencijama koje postoje u državama EU.<sup>7</sup>

Od pravila da je za poslove overe nadležan javni beležnik, zakonodavac je predvideo tri izuzetka:

1° U gradovima i opštinama za koje nisu imenovani javni beležnici (na primer: Kruševac, Aranđelovac i sl.), do imenovanja javnih beležnika, potpise, rukopise i prepise overavaju osnovni sudovi, odnosno opštinska uprava kao povereni posao (čl. 29. st. 3. ZOPRP/14). Na ovaj način zakonodavac prevazilazi probleme koje u praksi stvara sistem „dvostrukog koraka” u uvođenju notarijata.

3 Vidi: Zakon o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku, „Službeni glasnik RS”, br. 55/14, i Zakon o prometu nepokretnosti, „Službeni glasnik RS”, br. 93/14.

4 Zakon je objavljen u „Službenom glasniku RS”, br. 93/14 (u daljem tekstu: ZOPRP/14).

5 Vidi čl. 3. st. 1. tač. 6. Zakona o sedištim i područjima sudova i javnih tužilaštava, „Službeni glasnik RS”, br. 101/2013.

6 Vidi Rešenje ministra pravde o imenovanju javnih beležnika od 1. avgusta 2014.

7 Vidi Preporuku o merama za sprečavanje i smanjivanje opterećenja sudova (br. R (86) 12) koju je doneo Komitet ministara Saveta Evrope 16. septembra 1986. godine. Jedna od preporučenih mera sastoji se u rasterećenju sudova od tzv. „vansudskih dužnosti”, u koje spadaju i notarski poslovi.

- 2° U gradovima, odnosno opštinama za koje su do 1. septembra 2014. godine (dan stupanja na snagu Zakona o javnom beležništvu) imenovani javni beležnici, potpise, rukopise i prepise mogu, osim notara, da overavaju i osnovni sudovi, odnosno opštinske uprave kao povereni posao. Zakonodavac je predvideo da takva konkurencija nadležnosti traje najduže do 1. marta 2015. godine (čl. 29. st. 2. ZOPRP/14). Vremenski ograničeno zadržavanje nadležnosti sudova i opštinske uprave za vršenje overa pravdano je težnjom da se izbegnu „mogući problemi, koji bi nastali kao posledica prelaska na novu nadležnost za obavljanje ovih poslova”.<sup>8</sup> Ako se ima u vidu svakodnevna učestalost poslova overe, kao i činjenica da jedna tek konstituisana notarska služba ne može momentalno da dostigne pun kapacitet, sasvim je opravdano rešenje koje predviđa da u periodu od šest meseci poslove overe, osim javnih beležnika, vrše sudovi i opštinska uprava.
- 3° Prepis javne isprave može overiti i njegov izdavalac (čl. 1. st. 3. ZOPRP/14). Taj izuzetak je uveden iz razloga ekonomičnosti, jer učesniku u prometu može biti lakše i jeftinije da mu izdavalac javne isprave overi njen prepis nego da ide kod javnog beležnika. Pravno-dogmatско opravdanje za taj izuzetak zakonodavac nalazi u principu *a maiore ad minus*: ako neko može da izda ispravu („više”), zašto ne bi mogao da overi njen prepis („manje”).<sup>9</sup>
- 4° Za overavanje potpisa, rukopisa i prepisa srpskim državljanima u inostranstvu nadležna su konzularna predstavništva Republike Srbije. Njihova nadležnost proističe iz zakonske odredbe koja predviđa da konzularna predstavništva obavljaju one poslove koji: „spadaju u konzularne funkcije predviđene međunarodnim ugovorima i diplomatsko-konzularnom praksom”.<sup>10</sup> U članu 5(f) Bečke konvencije o konzularnim odnosima (*Convention de Vienne sur les relations consulaires*) predviđa se da se konzularne funkcije, između ostalih, sastoje i u vršenju javnobeležničkih poslova.<sup>11</sup> U obavljanju poslova overe konzularno predstavništvo je dužno da postupa u skladu sa zakonima Republike Srbije.<sup>12</sup>

## 2. Mesna nadležnost

Za obavljanje poslova overe mesno je nadležan svaki javni beležnik, nezavisno od toga gde se nalazi prebivalište, odnosno boravište lica koje zahteva

8 Vidi: Ministarstvo pravde, *Obrazloženje nacrtu zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa*, Beograd 2014, izvor Arhiva Ministarstva pravde, broj: 011-00-94/2014-05, str. 4.

9 Vidi: Ministarstvo pravde, *Obrazloženje nacrtu zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa*, Beograd 2014, izvor Arhiva Ministarstva pravde, broj: 011-00-94/2014-05, str. 1.

10 Vidi čl. 9. st. 1. Zakona o spoljnim poslovima („Službeni glasnik RS”, br. 116/2007, 126/2007 i 41/2009).

11 Konvencija je potpisana u Beču 24. aprila 1963. godine. Ratifikovana je Uredbom Saveznog izvršnog veća SFRJ („Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi”, br. 5/1966).

12 Vidi čl. 9. st. 2. Zakona o spoljnim poslovima.



da se preduzme službena radnja overe (čl. 2. ZOPRP/14). Sledstveno tome, student koji ima prebivalište u Leskovcu može overiti potpis na ovlašćenju za korišćenje motornog vozila kod javnog beležnika u Kragujevcu.

Pravila o mesnoj nadležnosti svakog javnog beležnika za obavljanje poslova overe primenjuju se i onda kada se overavaju potpisi na ugovorima koji se tiču nepokretnih stvari, a koji ne moraju da budu sačinjeni u formi javnobeležničkog zapisa ili notarske solemnizacije. Na primer, ako zakupodavac i zakupac u formi notarski overene isprave zaključuju ugovor o zakupu poslovnog prostora koji se nalazi u Subotici, overu potpisa može da obavi javni beležnik čija se kancelarija nalazi u Novom Sadu.

### 3. Funkcionalna nadležnost

Poslove overe u javnobeležničkoj kancelariji ne mora da obavlja isključivo javni beležnik. Kada je reč o overi potpisa, rukopisa i prepisa, zakonodavac je predvideo poseban pravni režim angažovanja javnobeležničkih pripravnika i javnobeležničkih pomoćnika. Potpise, rukopise i prepise mogu overavati i javnobeležnički pripravnici (čl. 1. st. 2. ZOPRP/14) i javnobeležnički pomoćnici.<sup>13</sup> Prilikom potpisivanja klauzule o overi, notarski pripravnici, odnosno notarski pomoćnici dužni su da napomenu da stavljaju potpis u ime javnog beležnika kod kojeg rade.<sup>14</sup> Posebnost režima angažovanja javnobeležničkih pripravnika i javnobeležničkih pomoćnika na poslovima overavanja potpisa, rukopisa i prepisa sastoji se u tome što javni beležnik nije dužan da svojim potpisom potvrdi da je pregledao ispravu. Overa kopije, overa izvoda iz javnih, trgovačkih i poslovnih knjiga i overa odštampanog primerka elektronskog dokumenta smatraju se posebnim vrstama overavanja prepisa, tako da se i za te službene radnje primenjuje poseban, liberalniji režim angažovanja notarskih pripravnika, odnosno pomoćnika.

## III. OGRANIČENA KONTROLA PODNETE ISPRAVE

### 1. Postavljanje problema. Uporednopravni pogled

Jedno od najznačajnijih pitanja koje se postavlja u vezi sa overavanjem potpisa tiče se odgovornosti notara za sadržaj podnete isprave. Ako bi se stvar posmatrala usko, sa stanovišta pravne prirode overavanja potpisa, kao i činjenice da dokaznu snagu javne isprave ima isključivo klauzula o overavanju, onda bi trebalo prihvatiti stanovište da notar ne odgovara za sadržaj podnete isprave.<sup>15</sup> Takav pristup posebno odgovara javnim beležnicima jer ih rasterećuje od odgovornosti: prilikom overe potpisa notar svu svoju pažnju

13 ZOPRP/14 nije eksplicitno predvideo da javnobeležnički pomoćnik može samostalno da overava potpise, rukopise i prepise. Međutim, ovakav zaključak proističe iz logičkog tumačenja (*argumentum a fortiori*): onaj ko može više, može i manje.

14 Vidi čl. 42. st. 2. Zakona o javnom beležništvu. Zakon je objavljen u „Službenom glasniku RS”, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014 (u daljem tekstu: ZJB).

15 Uporedi, E. Bernhard, „Beurkundung”, *Beck'sches Notar-Handbuch* (Hrsg. G. Brambring, H.-U. Jerschke), München 2009, str. 1455: „Pošto overavanje potpisa nema za posledici

treba da usmeri na utvrđivanje identiteta podnosioca isprave, a u ostalom bi se overa potpisa svela na gotovo mehanički posao.

Takvo stanovište je došlo do izražaja u nekim pravnim sistemima. Tako § 79. st. 6. austrijskog Zakona o javnom beležništvu predviđa sledeće: *Notar se mora upoznati sa sadržinom isprave onoliko koliko je neophodno za upisivanje u Registar o overama. Notar ne odgovara za sadržinu isprave niti za postojanje ovlašćenja stranke. Ne primenjuje se propis iz § 34.*<sup>16</sup> Na istom stanovištu stoje i notarski propisi u švajcarskim kantonima.<sup>17</sup>

Pomenuto pravilo iz austrijskog zakonodavstva imalo je veliki uticaj na prava država nastalih na teritoriji bivše SFRJ. Čl. 77. st. 4. hrvatskog Zakona o javnom bilježništvu predviđa: „Pri ovjeri potpisa javni se bilježnik treba upoznati sa sadržajem pismena samo utoliko ukoliko je to potrebno za popunjavanje rubrika upisnika o ovjerama i potvrdama; on nije odgovoran za sadržaj pismena niti je dužan ispitivati da li su sudionici ovlašteni na dotični posao.” Gotovo identičnu odredbu možemo naći u čl. 63. st. 3. crnogorskog Zakona o notarima.

Srpski zakonodavac je u prvo vreme takođe sledio ovakav pristup. Član 93. st. 3. i 4. ZJB (odredba je ukinuta 2014. godine donošenjem ZOPRP/14) predviđao je sledeće: „Prilikom overe potpisa na nejavnoj ispravi, javni beležnik mora se upoznati sa sadržajem isprave samo u meri u kojoj je potrebno da ispuni rubrike upisnika o overama isprava. Javni beležnik nije odgovoran za sadržinu isprave i nije dužan da utvrđuje da li su ispunjeni uslovi za punovažnost pravnog posla ili izjave.” Međutim, opšta pravila ZJB, koja se odnose na sve službene radnje notara, propisuju određeni korektiv i nameću obavezu javnim beležnicima da i prilikom overe potpisa sprovode određeni nivo kontrole podnete isprave.<sup>18</sup> Tako, član 53. st. 2. ZJB predviđa da je javni beležnik dužan da uskrati službenu radnju ako je ona nespojiva sa njegovom službenom delatnošću i ako se njegovo učešće traži radi postizanja nedopuštenog cilja.

Potrebe prakse i razlozi pravičnosti nalažu da se od ovog sistema delimično odstupi. Da bi forma mogla u potpunosti da ispuni svoju zaštitnu funkciju, neophodno je da učenici u pravnom prometu dobro poznaju kako pravila forme, tako i određena pravila supstancijalnog prava, što često nije slučaj. Duskorašnja praksa sklapanja ugovora o prodaji nepokretnosti u formi sudski overene isprave pruža najbolji dokaz za to koliko overa potpisa može

---

cu zasvedočavanje sadržine izjave, ono se može vršiti bez obzira na to kakva je forma i sadržina teksta isprave.”

16 U § 34 austrijskog Zakona o javnom beležništvu predviđa da notar ne sme da sačini notarski zapis o zabranjenom pravnom poslu, kao i o pravnom poslu u pogledu kojeg postoji osnovana sumnja da je privedan, odnosno da ga stranke preduzimaju da bi izigrale zakon ili protivpravno naškodile trećim licima. Osim toga, ova odredba nalaže notaru da uskrati sačinjavanje notarskog zapisa licima za koje zna ili može osnovano pretpostaviti da usled maloletstva ili nekog drugog razloga nemaju poslovnu sposobnost koja se zahteva za konkretan pravni posao.

17 Vidi: L. Carlen: *Notariatsrecht der Schweiz*, Zürich 1976, str. 111.

18 Uporedi: E. Bikić, S. Suljević, u: E. Bikić *et al.*, *Notarsko pravo*, Sarajevo 2013, str. 154.

biti opasna. Klauzula o overi potpisa otisnuta štambiljem na ugovor o prodaji, ispod koje su se nalazili sudski pečat i potpis sudskog službenika, kod kupaca koji nisu vični pravu stvarala je ponekad lažni osećaj da je sve u najboljem redu. Od laika se ne može očekivati da ima svest o pravom domašaju legalizacije klauzule, odnosno da zna da mu overa potpisa ne garantuje da je ugovor punovažan, niti mu pruža bilo kakvo jemstvo da je nepokretnost koju kupuje u svojini prodavaca i da na njoj nema tereta. U takvim situacijama forma javno overene isprave se izobličila u svoju suprotnost: od zaštitnika nevestog učesnika u prometu, ona se pretvorila u njegovog podmuklog protivnika.<sup>19</sup>

Da bi se prevladale opasnosti koje sa sobom nosi forma javno overene isprave, mnogi pravni poreci predviđaju da notar prilikom legalizacije ima dužnost ograničene preventivne zaštite. Ta dužnost podrazumeva izvesnu kontrolu podnete isprave, ali ne u onoj meri i sa onim stepenom odgovornosti koji se zahteva prilikom sačinjavanja notarskog zapisa. Tako, nemački Zakon o potvrđivanju isprava (*BeurkG*) u § 40. st. 2. predviđa: *Notar treba da ispita ispravu samo u pogledu postojanja razloga za odbijanje službene radnje.*<sup>20</sup> Na taj način nemački zakonodavac je obavezao javne beležnike da se prilikom overavanja potpisa poštuju „minimalnu kontrolnu proceduru”.<sup>21</sup>

Štaviše, i u pravnim sistemima čiji zakoni oslobađaju javnog beležnika od obaveze da prilikom overe potpisa kontroliše sadržinu podnete isprave, u praksi primene prava dolazi do priličnog približavanja sistemu ograničene preventivne zaštite. Kao ilustracija mogu da posluže sledeći primeri iz austrijskog prava. Austrijski autori K. Vagner i G. Knehtel, kada razmatraju odgovornost javnog beležnika za sadržinu isprave prilikom overe potpisa, staju na stanovište da: „notar svakako mora uskratiti vršenje službene radnje ako na osnovu neophodnog uvida u sadržinu isprave nesumljivo proističe da se radi o zabranjenom poslu”.<sup>22</sup> *Uredba austrijskog saveznog ministra spoljnih poslova o vršenju poslova overavanja od strane austrijskih diplomatsko-konzularnih predstavništava u inostranstvu* od 16. marta 1984. godine,<sup>23</sup> u § 3. st. 4. pred-

19 Na ove negativne aspekte forme upozoravali su i pisci Motiva za nacrt nemačkog građanskog zakonika: „Iako nametanje smotrenog rasuđivanja i sa time povezana zaštita od prenatrženosti leži u interesu brojnih privredno slabih i poslovima nevičnih ljudi, formalizam ipak za te osobe predstavlja mač sa dve oštrice. Obraćanje pažnje na formu zahteva kako njeno tačno poznavanje, tako i izvesnu veštinu za njenu upotrebu. Poslednje, ako ne i oba, mnogima često nedostaje. Potpisuje se u dobroj veri, te na taj način forma postaje zamka u koju se nevična strana na svoju štetu upliće, dok nesavestan protivnik u formi vidi i nalazi dobrodošlo sredstvo za iskorišćavanje i prevaru.” Vidi: *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, Band I: Allgemeiner Teil, Amtliche Ausgabe, Berlin/Leipzig 1888, str. 179. Digitalizovana verzija knjige dostupna na: <https://archive.org/stream/motivezudementw01germgoog#page/n183/mode/2up> (uvid izvršen 25. jula 2014).

20 Gotovo istovetno pravilo nalazimo u notarskim propisima koji važe na teritoriji Bosne i Hercegovine. Vidi: čl. 90. st. 4. Zakona o notarima Republike Srpske; čl. 95. st. 4. Zakona o notarima Federacije Bosne i Hercegovine; čl. 69. st. 4. Zakona o notarima Brčko Distrikta.

21 Vidi: P. Limmer, in: H. Eylmann, H.-D. Vaasen (Hrsg.), *Bundesnotarordnung. Beurkundungsgesetz – Kommentar*, München 2011, str. 1243.

22 Vidi: K. Wagner, G. Knechtel, *Notariatsordnung*, Wien 2000, str. 351.

23 Uredba je objavljena u austrijskom Saveznom službenom listu (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*) od 5. aprila 1984. Vidi: [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPDF/1984\\_140\\_0/1984\\_140\\_0.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPDF/1984_140_0/1984_140_0.pdf) (uvid izvršen 29. jula 2014).

viđa da se ovlašćeni overitelj mora upoznati sa sadržinom isprave u meri koja je neophodna za upisivanje u Registar o overama, kao i da on ne odgovara za sadržinu isprave niti za postojanje ovlašćenja izdavaoca isprave. Međutim u § 3. st. 5. Uredbe stoji da se overa potpisa mora odbiti ako je očigledno da isprava sadrži prividan posao, odnosno posao čiji je cilj izigravanje zakona ili protivpravno škođenje trećim licima. Austrijska sudska praksa je još na početku 20. veka zauzela stanovište po kojem se notaru zabranjuje da overava potpise kada postoji razlog za njegovo izuzeće.<sup>24</sup>

## 2. Rešenje srpskog prava

Srpski zakonodavac se opredelo za sistem ograničene preventivne zaštite. Član 11. ZOPRP/14 predviđa da notar treba da se upozna sa sadržinom podnete isprave *samo u meri koja je neophodna za popunjavanje upisnika o overama i potvrdama, kao i da on nije odgovoran za sadržinu podnete isprave, niti je dužan da utvrđuje da li podnosilac ima pravo da potpiše podnetu ispravu*. Međutim, zakonodavac predviđa četiri situacije u kojima postoji dužnost notara da odbije overavanje potpisa.

1° *Postojanje razloga za izuzeće javnog beležnika.* – Notar ne može overavati svoj potpis na ispravi niti je dozvoljeno da overava potpise svog supružnika, određenih krvnih i tazbinskih srodnika itd. Inostrana sudska praksa stoji na stanovištu da notar treba da odbije i overavanje potpisa kada je potpisnik društvo u čijem se rukovodstvu on nalazi.<sup>25</sup> Prilikom ocene da li postoji razlog za izuzeće, nije relevantan samo podnosilac isprave, već i lice koje se u ispravi pominje.<sup>26</sup> Na primer, javni beležnik je dužan da odbije overu potpisa na punomoćju ne samo onda kada postoji razlog za izuzeće u odnosu na vlastodavca (potpisnika isprave), već i onda kada razlog za izuzeće postoji i u odnosu na punomoćnika.

2° *Kada podneta isprava sadrži pravni posao koji je zabranjen.* – Ova odredba odnosi se na apsolutno ništave pravne poslove, kao što su: ugovor o nasleđivanju, ugovor o odricanju od nasleđstva koje nije otvoreno, ugovor o sadržini testamenta i sl.<sup>27</sup> U takvim situacijama obraćanje notaru radi overe potpisa može biti dvostruko motivisano. Jedan razlog bi mogla biti želja podnosioca isprave da izigra zakon ili da nekoga prevari, čemu notar svakako ne sme da doprinese. Drugi razlog mogao bi da leži u neupućenosti podnosioca isprave. Iako notar ne odgovara za sadržinu podnete isprave, načelo savesnosti i poštenja mu nalaže da odbije overavanje potpisa na ispravi koja sadrži zabranjen pravni posao i da podnosioca isprave zaštititi od bespotrebnih

24 Vidi sudske odluke citirane kod: K. Wagner, G. Knechtel, *op. cit.*, str. 353.

25 Vidi odluku E2. navedenu kod: K. Wagner, G. Knechtel, *op. cit.*, str. 353. U tom smislu: K. Winkler, *Beurkundungsgesetz – Kommentar*, München 2013, str. 651.

26 U tom smislu vidi: K. Wagner, G. Knechtel, *op. cit.*, str. 352.

27 Vidi čl. 179–181. Zakona o nasleđivanju.

troškova. Takođe, javni beležnik ne sme da overi potpis lica za koje je očigledno da ne poseduje poslovnu sposobnost potrebnu za preduzimanje pravnog posla o kojem se sastavlja isprava.<sup>28</sup>

3° *Kada podneta isprava sadrži pravni posao za koji je kao obavezna propisana forma javnobeležničkog zapisa ili javnobeležničkog potvrđivanja isprave.* – Reč je o situacijama kada ugovornici sačine bračni ugovor ili neki drugi ugovor za koji je propisana forma notarskog zapisa kao obavezna i dođu kod notara da im overi potpise na takvom ugovoru. Ako bi neki od tih ugovora bio zaključen u formi notarske overe potpisa, pogodila bi ga sankcija apsolutne ništavosti.<sup>29</sup> Imajući u vidu tu okolnost, taj razlog za odbijanje službene radnje predstavlja konkretizaciju prethodnog. Notar je dužan da odbije overavanje potpisa i onda kada za neki pravni posao nije predviđen javnobeležnički zapis kao obavezna forma, ukoliko isprava sadrži pravni posao za čiju punovažnost nije dovoljna legalizacija (na primer, ako stranka otkuca na mašini testament i donese ga radi overe potpisa, notar je dužan da odbije preduzimanje tražene službene radnje).<sup>30</sup>

4° *Kada se overavanjem potpisa potpomaže ostvarivanje nedozvoljenih i nepoštenih ciljeva.* – Reč je o slučajevima u kojima se isprava podnosi na overavanje potpisa radi: pranja novca,<sup>31</sup> izigravanja propisa o sticanju državljanstva,<sup>32</sup> oštećenja poverilaca i sl. Da bi odbio overavanje potpisa, notar mora steći ubeđenje o nepoštenim motivima podnosioca isprave<sup>33</sup> (na primer, prilikom sklapanja ugovora o prodaji pokretne stvari ugovornici se u prisustvu javnog beležnika dogovore da sačine drugu ispravu sa manjim iznosom cene da kupac ne bi plaćao veliki porez). Postojanje sumnje u to da ponosilac isprave overava potpis radi ostvarivanja nedozvoljenih i nepoštenih ciljeva nije dovoljno za uskraćivanje preduzimanja službene radnje.<sup>34</sup> Tako, saznanje notara da je podnosilac isprave prezadužen i da sklapanjem

28 U tom smislu vidi: P. Limmer, in: H. Eylmann, H.-D. Vaasen (Hrsg.), *op. cit.*, str. 1243; K. Winkler, *op. cit.*, str. 653-654; K. Wagner, G. Knechtel, *op. cit.*, str. 352.

29 Vidi čl. 82. st. 4. ZJB i čl. 70. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima.

30 Oko ovog pitanja u teoriji ne postoji jedinstveno stanovište. H. Grziwotz, J. Heinemann, *Beurkundungsgesetz – Kommentar*, Köln 2012, str. 387, smatraju da u ovom slučaju notar nije dužan da odbije overavanje potpisa. Za suprotno mišljenje vidi: K. Winkler, *op. cit.*, str. 651-652, koji s pravom smatra da bi overavanje potpisa u takvoj situaciji kod testatora stvorilo lažnu predstavu da je njegov testament formalno ispravan, te da opštoj notarskoj dužnosti savesnog i poštenog postupanja više odgovara da se uskrati takva overa.

31 K. Wagner, G. Knechtel, *op. cit.*, str. 196.

32 H. Grziwotz, J. Heinemann, *op. cit.*, str. 41.

33 U tom smislu vidi: C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, *Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare – Kommentar*, Berlin 2009, str. 99; H. Grziwotz, J. Heinemann, *op. cit.*, str. 43. H. G. Ganter, „Zweifelsfragen im Notarhaftungsrecht“, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 6p. 11/1998, стр. 852.

34 Vidi: C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, *op. cit.*, str. 99; H. Grziwotz, J. Heinemann, *op. cit.*, str. 43.

ugovora o poklonu stvara „apstraktnu” mogućnost oštećenja poverilaca, ne predstavlja dovoljan osnov da se odbije overavanje potpisa.<sup>35</sup> Irelevantno je kako je notar saznao za motive podnosioca isprave. To znači da će notar biti dužan da odbije overavanje potpisa ako je u nekom privatnom krugu (na primer, iz razgovora sa prijateljima) saznao da se *in concreto* overavanjem potpisa potpomaže ostvarivanje nedopuštenih i nepoštenih ciljeva.<sup>36</sup>

U sva ova četiri slučaja, notar je dužan da odbije overavanje potpisa samo onda kada je njihovo postojanje *očigledno*.<sup>37</sup> Da bi se razumelo pravo značenje termina „očigledno” u ovom kontekstu, neophodno je ispitati *ratio legis* čl. 11. Zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa.

Član 11. Zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa treba razumeti kao sredinu između dve krajnosti. S jedne strane, usled pravne prirode legalizacije,<sup>38</sup> a i notarske tarife, od notara se ne može zahtevati da prilikom overe potpisa postupa podjednako posvećeno i pažljivo kao prilikom sačinjavanja notarskog zapisa.<sup>39</sup> S druge strane, potpuno oslobađanje javnog beležnika od svake odgovornosti za sadržinu podnete isprave može imati za posledicu rezultat koji je u suprotnosti sa njegovom dužnošću da se ponaša u skladu sa načelom savesnosti i poštenja.<sup>40</sup> Iako notar prilikom legalizacije nije dužan da ispituje ispravu „sa onom pažnjom i onako detaljno kako to čini prilikom sačinjavanja javnobeležničkog zapisa...”, to ne znači da može da pusti svaku overu.<sup>41</sup> Takođe, notar ne bi smeo da overava potpise ako od ranije poseduje saznanja (službena ili privatna) da se takvom radnjom postižu nedozvoljeni ili nepošteni ciljevi.

35 Vidi: C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, *op. cit.*, str. 99. Vidi i odluku Vrhovnog zemaljskog suda u Kelnu: OLG Köln, 2 VA (Not) 5/87, od 8. марта 1988, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, бр. 1/1989, стр. 54.

36 U tom smislu: H. Grziwotz, J. Heinemann, *op. cit.*, str. 43.

37 O značenju pojma „očigledno” u inostranoj sudskoj praksi, vidi: LG München I, 1. mart 1972. – 13 T 112/72, *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (MittBayNot)*, Heft 1/1972, 181.

38 Vidi: Ministarstvo pravde, *Obrazloženje nacrtu zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa*, Beograd 2014, izvor Arhiva Ministarstva pravde, broj 011-00-94/2014-05, str. 2: „Za razliku od sastavljanja javnobeležničkog zapisa, koji je po svojoj celokupnoj sadržini javna isprava, kod overavanja potpisa svojstvo javne isprave ima samo klauzula o overavanju, a ostatak dokumenta ima prirodu privatne isprave. Iz tog razloga, prilikom overavanja potpisa dužnost notara da pruži preventivnu pravnu zaštitu je ograničena.”

39 Uporedi: C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, *op. cit.*, str. 491: „Overavanje potpisa, do duše, predstavlja notarsku delatnost, ali nije sačinjavanje javnobeležničkog zapisa.”

40 Vidi: Ministarstvo pravde, *Obrazloženje nacrtu zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa*, Beograd 2014, izvor Arhiva Ministarstva pravde, broj 011-00-94/2014-05, str. 3: „Prilikom određivanja domašaja koji ima član 11. ovog Zakona, mora se voditi računa o članu 9. st. 1. Zakona o javnom beležništvu, koji predviđa da je notar dužan da obavlja svoju delatnost u skladu sa načelom savesnosti i poštenja.”

41 Vidi: Ministarstvo pravde, *Obrazloženje nacrtu zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa*, Beograd 2014, izvor Arhiva Ministarstva pravde, broj 011-00-94/2014-05, str. 2-3.



Kompromis je nađen na sledeći način: „Notar treba da se upozna sa sa-  
držinom isprave u onoj meri u kojoj je to potrebno radi popunjavanja upi-  
snika o overama i potvrdama i da odbije overavanje potpisa ako pri takvom  
površnom pregledu stekne saznanja da postoji razlog za njegovo izuzeće, da  
podneta isprava sadrži pravni posao čije je zaključenje zabranjeno imperativ-  
nim propisima, odnosno da isprava sadrži pravni posao za koji je kao oba-  
vezna propisana posebna forma, kao i da se overavanjem potpisa potpomaže  
ostvarivanje nedozvoljenih i nepoštenih ciljeva.”<sup>42</sup>

Sledstveno izloženom, postojanje razloga za odbijanje legalizacije smatra  
se očiglednim u dva slučaja: 1° ako notar od ranije poseduje saznanja o raz-  
logu za odbijanje legalizacije i 2° ako notar može utvrditi postojanje razloga  
za odbijanje overe potpisa na osnovu jednog površnog pregleda isprave koji je  
neophodan radi popunjavanja upisnika o overama i potvrdama.<sup>43</sup>

### 3. Poseban slučaj ograničene kontrole podnete isprave

Poseban slučaj ograničene preventivne zaštite predviđen je kod overe  
potpisa lica koje se prilikom potpisivanja legitimise kao zastupnik. Reč o si-  
tuacijama kada podnosilac isprave tvrdi da podnetu ispravu potpisuje u tuđe  
ime, tako da se pravna dejstva potpisivanja računaju drugom licu (zastupa-  
nom), kao da je ono lično potpisalo ispravu.

Zastupnik potpisuje podnetu ispravu tako što na njoj svojeručno ispisuje  
svoje lično ime, a ne lično ime vlastodavca. U tekstu podnete isprave treba da  
stoji napomena da zastupnik ispravu potpisuje u ime vlastodavca. Nije neop-  
hodno da ta napomena stoji uz potpis.<sup>44</sup>

*Stricto sensu*, kada overava potpis zastupnika, javni beležnik ne bi trebalo  
da ispituje da li potpisnik ima ovlašćenje da podnetu ispravu potpisuje u tuđe  
ime. Međutim, takva praksa bi mogla da stvori probleme trećim licima, koja  
bi, pouzdajući se u javnobeležnički pečat na ispravi, mogla da budu dovede-  
na u zabludu i da pomisle da je potpisnik ovlašćen da u tuđe ime preduzme  
neku pravnu radnju. Na primer, Primus neovlašćeno u ime Sekundusa sačini  
ponudu za prodaju Sekundusovog automobila, overi potpis na toj ponudi i  
pošalje je Tercijusu. Kod Tercijusa, prosečnog čoveka koji nije dovoljno vičan  
pravu, klauzula o overi potpisa može da stvori pogrešno ubeđenje da Primus  
poseduje Sekundusovo punomoćje. Sporovi koji bi mogli da nastanu ako bi  
Tercijus prihvatio takvu ponudu ozbiljno bi poljuljali poverenje građana u  
pravosudni sistem države i javnobeležničku službu. Iz tog razloga zakonoda-  
vac zahteva od javnog beležnika da pre overe potpisa proveri tačnost tvrdnje  
podnosioca isprave da ima svojstvo zastupnika.

Provera se vrši u skladu sa odredbama Javnobeležničkog poslovnika.<sup>45</sup>  
Javni beležnik treba da izvrši uvid u odgovarajuće registre (matične knjige,

42 Vidi: Ministarstvo pravde, *Obrazloženje nacрта zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa*, Beograd 2014, izvor Arhiva Ministarstva pravde, broj 011-00-94/2014-05, str. 2.

43 Uporedi: P. Limmer, in: H. Eylmann, H.-D. Vaasen (Hrsg.), *op. cit.*, str. 1243.

44 Vidi: D. Huhn, H.-J. v. Schuckmann, *Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare – Kommentar*, Berlin 2003, str. 453.

45 Vidi čl. 26–31. i čl. 36–40. Javnobeležničkog poslovnika.

katastar nepokretnosti, Registar privrednih subjekata, Registar udruženja i sl.) ili u podnete javne isprave koje su podobne da dokažu postojanje ovlašćenja za zastupanje (punomoćje, izvod iz matične knjige rođenih, akt o osnivanju pravnog lica i sl.). Svaku ispravu na osnovu koje je utvrdio da podnosilac isprave ima ovlašćenje za zastupanje, javni beležnik je dužan da kopira, a ako je postojanje ovlašćenja za zastupanje utvrdio uvidom u javni registar, javni beležnik sačinjava o tome overen izvod. Kopiju isprave na osnovu koje je utvrdio ovlašćenje za zastupanje, odnosno izvod iz javnog registra, javni beležnik povezuje sa kopijom isprave na kojoj je overio potpis i to sve čuva u svojoj arhivi.<sup>46</sup>

Javni beležnik je dužan da odbije overu potpisa ako podnosilac isprave ne može da dokaže svoje ovlašćenje za zastupanje.

#### 4. Overa potpisa na ispravi koja je sačinjena na stranom jeziku

U praksi se može dogoditi da javnom beležniku radi overe potpisa bude podneta isprava koju on ne može da pročita jer ne vlada jezikom, odnosno pismom na kojem je isprava sačinjena. Prilikom rešavanja ovog problema, neophodno je pravilno odmeriti dva suprotstavljena interesa. Prvi je interes preventivne zaštite, koji nalaže da u takvom slučaju javni beležnik odbije overu potpisa ili da angažuje sudskog prevodioca. Međutim, takav pristup bi protivurečio načelu slobodnog pristupa notaru jer bi doveo do toga da se odbijaju overe iako za to ne postoji opravdan razlog, ili bi pak stvarao učesnicima u prometu neprimereno visoke troškove za legalizaciju potpisa na ispravi.<sup>47</sup>

Prema vladajućem shvatanju, dužnost notara da prilikom overe potpisa vrši ograničenu kontrolu podnete isprave uslovljena je njegovom mogućnošću da je pročita i razume njenu sadržinu. Uopredna notarska praksa, kojoj bi trebalo da se priklone i srpski javni beležnici, ne insistira na tome da notar prilikom legalizacije vrši ograničenu kontrolu podnete isprave, ako ne razume jezik na kojem je isprava sačinjena, odnosno ako nije u stanju da pročita pismo na kojem je isprava napisana.<sup>48</sup> Dovoljno je da javni beležnik pita podnosioca isprave o sadržini teksta isprave i svrsi koju želi da postigne overavanjem potpisa, kako bi mogao da popuni Upisnik o overama i potvrđama.<sup>49</sup> Prilikom legalizacije isprave sačinjene na stranom jeziku javni beležnik je dužan da u klauzuli o overi napomene da usled nepoznavanja jezika na kojem je isprava

46 Vidi čl. 65. Javnobeležničkog poslovnika.

47 O pravno-političkom aspektu problema vidi Mišljenje Nemačkog notarskog instituta (*Deutsches Notarinstitut – DNotI*), objavljeno u: *DNotI – Report*, 19/2008, str. 145 i dalje.

48 U tom smislu: K. Lerch, *Beurkundungsgesetz – Kommentar*, Köln 2011, str. 307; C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, *op. cit.*, str. 491; H. Grziwotz, J. Heinemann, *op. cit.*, str. 387; K. Winkler, *op. cit.*, str. 652; K. Wagner, G. Knechtel, *op. cit.*, str. 352; H. M. Malzer, „Die öffentliche Beglaubigung – Wesen, Funktion, Bedeutung und Perspektive einer zivilrechtlichen Formschrift“, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 6p. 3/2000, crp. 175.

49 Takvo rešenje proističe iz analogne primene čl. 14. st. 2. Zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa. Na isti način rezonuju i: H. Grziwotz, J. Heinemann, *op. cit.*, str. 387; K. Winkler, *op. cit.*, str. 653. Vidi i: Mišljenje Nemačkog notarskog instituta, *DNotI – Report*, 19/2008, str. 147. Za austrijsko pravo, vidi: K. Wagner, G. Knechtel, *op. cit.*, str. 352.

sačinjena nije bio u mogućnosti da lično proveri njenu sadržinu.<sup>50</sup> Ova dužnost se obrazlaže potrebom da se učesnicima u prometu ukaže na to da prilikom legalizacije notar nije ni površno kontrolisao ispravu.<sup>51</sup>

Međutim, i ovde treba ukazati na to da nepoznavanje jezika i/ili pisma na kojem je sačinjena isprava ne znači da javni beležnik može da „pusti svaku overu potpisa”. Ako notar, uprkos tome što ne razume jezik na kojem je sačinjena isprava, utvrdi da postoji razlog za uskraćivanje legalizacije, on je dužan da odbije preduzimanje tražene službene radnje.<sup>52</sup> Na primer, ako javni beležnik na osnovu izjave podnosioca isprave o sadržini podnete isprave stečne uverenje da postoji razlog za njegovo izuzeće, odnosno da isprava sadrži apsolutno ništav pravni posao, on mora da odbije overu potpisa.

### 5. Overa blanko potpisa

Praktični zahtevi ubrzavanja i olakšavanja pravnog saobraćaja sudaraju se sa javnobeležničkom funkcijom preventivne pravne zaštite i kada je reč dozvoljenosti overavanja blanko potpisa. Overa blanko potpisa postoji onda kada javni beležnik overava potpis na praznoj ispravi, ili na ispravi čiji su pojedini delovi namerno ostavljeni nepopunjeni (na primer, blanko punomoćje, u kojem su navedena ovlašćenja punomoćnika ali je ostavljeno da se podaci o punomoćniku naknadno dopišu).

U uporednom pravo ovo pitanje nije uređeno na jedinstven način. Razlikuju se tri sistema.

Prvi sistem je onaj u kojem zakonodavstvo dozvoljava i uređuje overu blanko potpisa. Predstavnik takvog sistema je nemačko pravo. Nemački Zakon o potvrđivanju isprava (*BeurkG*) u § 40. st. 5. predviđa sledeće: *Potpis bez pripadajućeg teksta notar overava samo ako se dokaže da treba izvršiti overu pre utvrđivanja sadržine isprave. U klauzuli o overi potpisa navodi se da prilikom vršenja overe nije postojao tekst na koji se taj potpis odnosi.*

Drugi sistem čine države čija zakonodavstva ne uređuju overu blanko potpisa, ali se u praksi primene prava učesnicima u pravnom prometu dozvoljava da kod notara overavaju potpise na praznoj hartiji ili na hartiji čiji su pojedini delovi namerno ostali nepopunjeni. Takav je slučaj u austrijskom pravu, gde pravna nauka i praksa stoje na stanovištu da je dozvoljeno overavanje blanko potpisa. Notar je dužan da u odgovarajući registar, kao i u legalizacionu klauzulu unese napomenu da je overio blanko potpis. Notar odbija da overi blanko potpis ako posumnja da se tekst isprave prikriva u zloj nameri.<sup>53</sup>

50 U tom smislu: H. Arndt, K. Lerch, G. Sandkühler, *Bundesnotarordnung – Kommentar*, Köln 2012, str. 416; C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, *op. cit.*, str. 492.

51 Vidi: H. Arndt, K. Lerch, G. Sandkühler, *op. cit.*, str. 416; Mišljenje Nemačkog notarskog instituta, *DNotI – Report*, 19/2008, str. 147.

52 U tom smislu: C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, *op. cit.*, str. 492; H. Arndt, K. Lerch, G. Sandkühler, *op. cit.*, str. 416; K. Winkler, *op. cit.*, str. 653; Mišljenje Nemačkog notarskog instituta, *DNotI – Report*, 19/2008, str. 148.

53 Vidi: K. Wagner, G. Knechtel, *op. cit.*, str. 341.

Treći sistem čine države u kojima je overa blanko potpisa zabranjena. U pravnim sistemima koji važe u Bosni i Hercegovini zakonodavstva ne sadrže nikakve odredbe o overi blanko potpisa, ali su uticajni autori nametnuli stav da tako nešto nije dozvoljeno.<sup>54</sup>

Srpsko pravo načelno zabranjuje overu blanko potpisa (čl. 14. ZO-PRP/14). Pod određenim uslovima dozvoljeno je da notar overi potpise na ispravi čiji pojedini delove namerno nisu popunjeni. Da bi tako nešto javni beležnik mogao da uradi, neophodno je da se ispune dva islova.

1° *Podnosilac isprave treba da pruži okvirne podatke o tome kako bi prazni delovi isprave trebalo da budu popunjeni.* – Propisivanjem ovog uslova zakonodavac je težio da prevaziđe najveći problem koji se javlja kod overe blanko potpisa, a to je da javni beležnik nema ograničenu kontrolu. U kojoj meri podnosilac isprave treba da individualizuje prazne delove podnete isprave, procenjuje se s obzirom na konkretne okolnosti. *Grosso modo* gledano, neophodan je onaj stepen individualizacije koji će onemogućiti zloupotrebe ili popunjavanje isprave na način koji vodi njenoj ništavosti. Na primer, ako se overava potpis na punomoćju koje se daje advokatu za prodaju određene pokretne stvari, pri čemu su podaci o punomoćniku (advokatu) ostali nepopunjeni (blanko punomoćje), ne postoji potreba da podnosilac bliže individualizuje punomoćnika jer je za punovažnost punomoćja potpuno irelevantno koji će advokat figurirati kao punomoćnik. Ali ako stranka podnese na overu blanko punomoćje za ustupanje udela u društvu sa ograničenom odgovornošću, javni beležnik je dužan da odbije preduzimanje službene radnje.<sup>55</sup> Takvo stanovište pravda se potrebom da se spreče špekulativne radnje sa udelima u društvu sa ograničenom odgovornošću, kao i da se protivzakonito ne širi prometna sposobnost udela u društvu sa ograničenom odgovornošću.<sup>56</sup>

54 U tom smislu vidi: E. Bikić, S. Suljević, u: E. Bikić *et al.*, *op. cit.* str. 154, koji pokušavaju da nađu opravdanje za zabranu overe blanko potpisa na terenu pravne dogmatike: „Predmet ovjere može biti potpis na nekoj privatnoj (nejavnoj) ispravi (pismeno). Iz ovakvog zakonskog određenja proizlazi da se ne može ovjeriti potpis na nekom papiru koji ne sadrži određeni tekst, tj. ne može se ovjeriti potpis na nečemu što nije pismeno odnosno isprava.” Takvo stanovište polazi od pojma isprave, koji se može odrediti kao „telesni predmet na kome je pismeno izražen određeni misaoni sadržaj”. Ako na hartiji nije ništa napisano, onda nema ni isprave, pa samim tim nema ni šta da se overava. Tačno je da prazan list papira ne predstavlja ispravu u smislu građanskog materijalnog i procesnog prava. Međutim, razvijajući svoju ideju Bikić i Suljević prenebregavaju jedan važan detalj – onog momenta kada stranka na prazan papir stavi svoj potpis, taj papir postaje privatna isprava jer je na njemu ispisan određeni misaoni sadržaj. Iz svega izloženog, može se zaključiti da se zabrana overe blanko potpisa može osporavati sa pravno-političkog, ali ne i sa pravno-dogmatskog stanovišta. Osim toga, stanovište Bikića i Suljevića nije u stanju da objasni zašto se zabranjuje overa potpisa na delimično ispunjenoj ispravi.

55 U tom smislu vidi: H. Grziwotz, J. Heinemann, *op. cit.*, str. 388; K. Winkler, *op. cit.*, str. 662.

56 Uporedi: D. Leenen, *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, Berlin/New York 2011, str. 254. Vidi odluku nemačkog Saveznog vrhovnog suda: BGH, II ZR 23/53, od 24. marta 1953, *Neue Juristische Wochenschrift*, 6p. 31/1954, crp. 1157.

2° *Podnosilac isprave mora da dokaže da postoje važni razlozi koji opravdavaju overu potpisa na nepotpuno ispisanoj ispravi.* – Kada se overava potpis na nepopunjenoj ispravi, mogućnosti prevare, falsifikovanja i drugih zloupotreba su veće nego što je slučaj sa klasičnom overom potpisa.<sup>57</sup> Takve opasnosti koje sobom nosi overa blanko potpisa nalažu da se takva javnobeležnička radnja dozvoli samo onda kada za to postoje naročito opravdani razlozi. Kao primer opravdanog razloga u uporednom pravu navodi se situacija kada isprava namenjena za upotrebu u inostranstvu mora da bude bez odlaganja poslata, pri čemu potpisnik ne može sasvim da je popuni jer nije upućen u formalnosti i procedure koje važe u stranoj državi.<sup>58</sup> Ukoliko kod notara postoji sumnja da su pojedini delovi podnete isprave ostali nepopunjeni da bi se sprečila kontrola njene sadržine, on je dužan da odbije legalizaciju.<sup>59</sup>

Klauzula o overi blanko potpisa, osim stalnih, mora da sadrži još neke dodatne elemente. To su: 1° napomena o delovima isprave koji nisu bili popunjeni u momentu overavanja potpisa, 2° navođenje okvirnih podataka koje je pružio podnosilac isprave o tome kako bi ti delovi trebalo da budu popunjeni i 3° razlozi zbog kojih je overen potpis na nepotpunoj ispravi.

## ZAKLJUČAK

Donošenje Zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa iz 2014. godine višestruko je korisno za građane Srbije. Prenošenjem nadležnosti za overe sa sudova i opštinskih uprava na javne beležnike, građanima je olakšan pristup nadležnom overitelju. To je posebno izraženo u opštinama sa većim brojem stanovnika i većim obimom pravnog prometa, gde broj javnobeležničkih kancelarija daleko premašuje broj sudova i opštinskih uprava.

Novim zakonom su predviđena neka rešenja koja preventivnu zaštitu podižu na viši nivo. Za razliku od prethodnog zakona, gde nadležni overitelj nije bio ovlašćen da kontroliše sadržinu isprave, novi zakon obavezuje javnog beležnika da izvrši tzv. ograničenu kontrolu podnete isprave i da odbije službenu radnju ako je očigledno da postoji razlog za izuzeće javnog beležnika, da podneta isprava sadrži pravni posao koji je zabranjen, da podneta isprava sadrži pravni posao za koji je kao obavezna propisana forma javnobeležničkog zapisa ili javnobeležničke solemnizacije ili da se overavanjem potpisa pomaže ostvarivanje nedozvoljenih ciljeva.

57 Uporedi: P. Limmer, in: H. Eylmann, H.-D. Vaasen (Hrsg.), *op. cit.*, str. 1241.

58 Vidi: H. Grziwotz, J. Heinemann, *op. cit.*, str. 388; K. Winkler, *op. cit.*, str. 660.

59 Vidi: C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, *op. cit.*, str. 488.

*Prof. dr Dejan B. Đurđević*

## CURRENT REGULATORY REFORM ON NOTARY AUTHENTICATION<sup>60</sup> AND EUROPEAN STANDARDS IN THE FIELD OF PREVENTIVE JUSTICE

### Summary

*Since 1st September 2014 the task of legalization of signatures, manuscripts and transcripts has been transferred from the jurisdiction of ordinary courts and municipal authorities to the notaries. Notary legalization is governed by the new Law on legalization of signatures, manuscripts and transcripts being in force from September 1, 2014. This paper deals with substantial novelties implemented by the Serbian law and their compliance with the standards imposed by modern European legal orders. Having analyzed new solutions as provided in Serbian law, the author concludes that the new Law offers multiple benefits for the citizens of Serbia. Firstly, it facilitates the access to notaries. On the other hand, it imposes a duty to notary to carry out the preventive control of the submitted documents, which has as a consequence the substantial improvement of preventive justice in the Republic of Serbia.*

Keywords: *Notaries. Notarial deed. – Legalization of signature. – Authentication.*

---

\* Dejan Đurđević, Ph.D., Associate professor, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Legal Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.



## KOLEKTIVNA ZAŠTITA POTROŠAČA U SRPSKOM PRAVU

### Apstrakt

Horizontalna pravila o kolektivnoj zaštiti (*collective redress, recours collectif*) ne postoje u srpskom pravu: Nakon što je Ustavni sud sredinom 2013. utvrdio da zakonska pravila o posebnom parničnom postupku za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana nisu u skladu s Ustavom, zakonodavac više nije pokušavao da uredi to pitanje, čak ni kada je drugim povodom menjao i dopunjavao isti zakon. Srbija više nema ni pravila o sektorskoj kolektivnoj zaštiti potrošača u sudskom postupku: pravila kojima je bio uređen poseban parnični postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa potrošača ne važe od sredine 2014, to jest od usvajanja novog Zakona o zaštiti potrošača. Nije sporno to što ta pravila nisu bila ni dovoljno jasna ni dovoljno razvijena; sporno je samo da li je trebalo raditi na tome da se ona poboljšaju ili je od njih trebalo sasvim odustati. Zakonodavac je izabrao ovo drugo: izuzeo je zaštitu kolektivnih interesa potrošača iz nadležnosti sudova i preneo je u nadležnost organa uprave. To ne mora po sebi da bude loše: evropski pravni sistemi poznaju mogućnost da se kolektivni interesi potrošača štite kako u sudskom, tako u upravnom postupku. Međutim, Evropska komisija je sredinom 2013. usvojila Preporuku o zajedničkim načelima o kolektivnim zahtevima za propuštanje i kolektivnim zahtevima za naknadu štete, u vezi s povredama prava koja su garantovana pravom Evropske unije (2013/396/EU). U tom neobavezujućem horizontalnom dokumentu Komisija je preporučila državama članicama da, u skladu s utvrđenim zajedničkim načelima, na nacionalnom nivou urede dva mehanizma kolektivne zaštite: kolektivni zahtev za naknadu štete i kolektivni zahtev za propuštanje. Prvi se po prirodi stvari ističe u parničnom, a drugi ili u parničnom ili u upravnom postupku. Imajući sve to u vidu, izložiću nova zakonska pravila o zaštiti kolektivnih potrošačkih interesa u upravnom postupku, pokušati da sagledam razloge zbog kojih se zakonodavac opredelio da sprovođenje takvog postupka poveri organima uprave a ne sudovima i uporediti nova pravila s pomenutom Preporukom.

Ključne reči: *Kolektivna zaštita potrošača. – Kolektivni zahtev za propuštanje. – Kolektivni zahtev za naknadu štete. – Preporuka 2013/396/EU.*

---

\* Dr Marija Karanikić Mirić, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

## 1. UVOD

Mehanizmi zaštite zakonom garantovanih prava potrošača brojni su i u literaturi se obično razvrstavaju na javnopravne i privatnopravne. U prve spada vansudska zaštita u upravnom postupku i sudska zaštita pred prekršajnim, upravnim i krivičnim sudovima, a u druge sudska zaštita u opštem parničnom postupku i u posebnim parničnim postupcima za zaštitu individualnih i kolektivnih potrošačkih prava i interesa, kao i različiti mehanizmi vansudskog rešavanja potrošačkih sporova. Uz to postoje i mehanizmi samouređivanja, to jest samoregulacije trgovaca u okviru njihovih komora, udruženja i saveza.<sup>1</sup>

Mehanizmi pravne zaštite potrošača mogu da se podele i na mehanizme individualne i kolektivne zaštite. U prvom slučaju reč je o zaštiti subjektivnog prava potrošača, koju on može da ostvaruje u opštem parničnom postupku ili u posebnim parničnim postupcima.<sup>2</sup> U drugom slučaju reč je o različitim mehanizmima pravne zaštite kolektivnih potrošačkih interesa u upravnom ili parničnom postupku. Različiti mehanizmi kolektivne zaštite potrošača, to jest zaštite kolektivnih potrošačkih prava i pravom priznatih interesa predstavljaju odgovor na praktične probleme koji nastaju pri primeni individualnih mehanizama zaštite u potrošačkom kontekstu. Specifičnost tog konteksta je izuzetno veliki broj transakcija relativno male vrednosti: potrošačka roba se masovno proizvodi, stavlja se u promet u ogromnom broju pojedinačnih transakcija i, potom, masovno koristi odnosno troši. Isto se može kazati za potrošačke usluge. To znači da postoji veliki broj pojedinačnih situacija u kojima veliki broj pojedinačnih interesa može da bude povređen. Međutim, vrednost pojedinačnog povređenog interesa po pravilu je toliko mala da, gledano iz ugla potrošača, ta vrednost ne opravdava pokretanje sudskog postupka koji bi mogao dugo da traje i mnogo da košta. To dalje znači da trgovac može da se pouzda u „potrošačku apatiju“, to jest u to što potrošač po pravilu neće pokrenuti sudski postupak za zaštitu svog subjektivnog prava ukoliko je

1 Vid. više Franziska Weber, *Towards an Optimal Mix of Public and Private Enforcement in Consumer Law (Towards an Optimal Mix)*, Erasmus Universiteit, Rotterdam 2012, 53–72. Vid. takođe Marija Karanikić Mirić, „Zaštita zakonom garantovanih prava potrošača“, u: Stevan Lilić (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, Knjiga 3, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 169–191.

2 U srpskom pravu postoje posebna procesna pravila o individualnim potrošačkim sporovima, vid. Glava XXXV (Postupak u potrošačkim sporovima, čl. 488–493), Zakon o parničnom postupku – ZPP, „Službeni glasnik RS“, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014. U istom zakonu postojala su i pravila o horizontalnoj sudskoj zaštiti kolektivnih prava i interesa građana, što je trebalo da se odnosi i na kolektivna prava i interese potrošača (Glava XXXVI /čl. 494–505/ ZPP). Međutim, Ustavni sud Srbije utvrdio je da ova pravila nisu u skladu s Ustavom. Vid. Odluka Ustavnog suda IUz–51/2012 od 23. maja 2013, „Službeni glasnik RS“, br. 49/2013 od 5. juna 2013. Kritički osvrt na ovu odluku: Nikola Bodiroga, „Komentar odluke Ustavnog suda IUz–51/2012 o neustavnosti Glave 36 ZPP“, *Pravni instruktor* 45/2013 od 13. juna 2013, *ParagrafLex*. Suprotno: M. Karanikić Mirić, „Zaštita zakonom garantovanih prava potrošača“, 179–180. Jedna kolektivna tužba podneta je po ovim pravilima u februaru 2013. protiv tri banke, zbog nedopuštenog ugovaranja valutne klauzule u švajcarskim francima i jednostranog menjanja kamata i kamatnih marži. Izvor: <http://www.paragraf.rs/dnevnevesti/150414/150414-stampa5.html>, pristup: 25. jula 2014.

vrednost spora relativno mala. Drugo, dejstvo pravosnažne presude koja je doneta u takvom postupku subjektivno je ograničeno: pravosnažnost presude načelno nastupa samo između subjekata koji su bili stranke u presuđenom sporu – za sve ostale presuda je *res inter alios acta*.<sup>3</sup>

Mala verovatnoća da će potrošač uopšte zatražiti zaštitu u sudskom postupku i ograničenost pravnog dejstva presude isključivo na stranke u tom postupku jesu razlozi zbog kojih preventivno dejstvo takvih klasičnih mehanizama individualne zaštite nije dovoljno jako u omasovljenom potrošačkom kontekstu. Kada pravno zainteresovana strana zahteva poništaj nepravilne odredbe u nekom potrošačkom ugovoru, bez obzira na to da li je ona sama ujedno i strana u predmetnom ugovornom odnosu ili nije, ona to čini radi zaštite nekog svog individualnog pravom priznatog interesa. Za razliku od toga, kada poništaj zahteva potrošačka organizacija, ona to čini zarad zaštite kolektivnog potrošačkog interesa, s krajnjim ciljem da se odluka doneta u tom postupku odrazi na sve pojedinačne potrošačke ugovore određenog trgovca koji sadrže takvu nepravilnu odredbu. Analogno tome, zabrana određenog vida nepoštenog poslovanja, koju sud izrekne u postupku za zaštitu kolektivnih prava i interesa potrošača, važila bi ne samo u postupanju određenog trgovca prema konkretnom potrošaču nego u svim narednim postupanjima tog trgovca prema tom istom i drugim potrošačima. Potencijalni problemi u primeni takvih procesnih pravila umanjuju se određivanjem jednog posebno nadležnog suda za postupke za zabranu nepravilnih ugovornih odredaba ili nepoštenog poslovanja, propisivanjem dužnosti tog suda da objavljuje svoje odluke donete u postupcima za rešavanje potrošačkih sporova i na druge načine.<sup>4</sup>

## 2. MEHANIZMI KOLEKTIVNE ZAŠTITE U SRPSKOM POTROŠAČKOM PRAVU

Sudska zaštita kolektivnih interesa potrošača je u srpsko pravo uvedena po prvi put Zakonom o zaštiti potrošača iz 2010.<sup>5</sup> Tim zakonom bila

- 3 Vid. umesto svih Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku. Prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama (Komentar)*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd 2009, 809–811.
- 4 Više o sudskoj zaštiti kolektivnih potrošačkih prava i interesa vid. Hans-W. Micklitz, Jules Stuyck, Evelyn Terry, Luboš Tichý, „Collective Redress“, u: Hans-W. Micklitz, Jules Stuyck, Evelyn Terry (eds.), *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Hart, Oxford 2010, 523–537, Astrid Stadler, „Group Actions as a Remedy to Enforce Consumer Interests“, u: Fabrizio Cafaggi, Hans-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Intersentia, Antwerp 2009, 305–328, F. Weber, *Towards an Optimal Mix*, 61–66, Harald Koch, „Non-Class Group Litigation under EU and German Law“, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 11, 2/2001, 355–368 i Christopher Hodges, „Multi-Party Actions: A European Approach“, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 11, 2/2001, 321–354.
- 5 Zakon o zaštiti potrošača, „Službeni glasnik RS“, br. 73/2010: Ove postupke mogao je da pokrene potrošač, a ako je došlo do povrede kolektivnih interesa potrošača, zahev za pokretanje postupaka mogla su da podnesu i udruženja odnosno savezi udruženja za zaštitu potrošača, posebno evidentirani kod ministarstva nadležnog za poslove zaštite potrošača. Vrednost spora je bila ograničena na petsto hiljada dinara. U postupku zabrane

je predviđena mogućnost da posebno evidentirana organizacija za zaštitu potrošača, štiteći kolektivni potrošački interes, pokrene sudski postupak za zabranu nepravičnih ugovornih odredaba odnosno postupak za zabranu nepoštenog poslovanja.<sup>6</sup> Taj zakon je počeo da se primenjuje 1. januara 2011. Ipak, nema traga tome da su se pravila o sudskoj zaštiti kolektivnih potrošačkih interesa uopšte primenjivala za vreme njegovog važenja. U julu 2014. Narodna skupština je usvojila novi Zakon o zaštiti potrošača (ZZP 2014).<sup>7</sup> Tim novim propisom zakonodavac je izuzeo zaštitu kolektivnih interesa potrošača iz nadležnosti sudova i preneo je u nadležnost resornog ministarstva (vid. čl. 145–153 ZZP 2014).

Prema jednom shvatanju izraženom u domaćoj teoriji, svest sudova o prirodi propisa o zaštiti potrošača zasnovana je na tradicionalnoj ulozi uprave u sprovođenju ove zaštite. Ta svest je uticala na to da se zakonska pravila o sudskoj zaštiti potrošačkih prava i interesa veoma slabo primenjuju.<sup>8</sup> Čini se, ipak, da postoje dublji i kompleksniji razlozi za nesporno slabu primenu za-

nepravičnih ugovornih odredaba sud je mogao: da oglasi ništavom nepravičnu ugovornu odredbu u potrošačkom ugovoru, da naloži trgovcu da bez odlaganja obustavi ugovaranje nepravičnih ugovornih odredaba u poslovanju s potrošačima i da mu naloži da u sredstvima javnog informisanja o svom trošku objavi da mu je odlukom suda izrečena mera zabrane nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima. U postupku zabrane nepoštenog poslovanja sud je mogao: da utvrdi da je određeno poslovanje nepošteno po pravilima ZZP–2010, da naloži trgovcu da bez odlaganja obustavi takvo poslovanje, da utvrdi obavezu trgovca da o svom trošku ispravi deo oglasa čije objavljivanje se kvalifikuje kao nepošteno poslovanje, da naloži trgovcu da u sredstvima javnog informisanja o svom trošku objavi da mu je odlukom suda izrečena mera zabrane nepoštenog poslovanja. Potrošač, udruženje i savez udruženja bili su dužni da pre pokretanja nekog od ovih postupaka pozovu trgovca da spor reše vansudskim putem. Sud je mogao na zahtev potrošača odnosno udruženja ili saveza udruženja da donese privremenu meru kojom nalaže trgovcu da obustavi ugovaranje određenih odredaba ili određeni vid poslovanja do okončanja postupka. Ako trgovac protiv kojeg je doneta pravosnažna sudska odluka u nekom od pomenutih postupaka ne postupi po njoj, svako lice koje za to ima opravdani interes moglo je sudu da podnese zahtev za određivanje mere oduzimanja protivpravno stečene koristi i to u korist budžeta Republike Srbije. Vid. detaljnije: čl. 137–146 ZZP–2010.

6 Za razliku od odredaba ZPP o postupku za zaštitu kolektivnih prava, čija ustavnost je uspešno osporena pred Ustavnim sudom, ustavnost nejasnih i nedovoljno razrađenih odredaba ZZP–2010 kojima je tek skiciran postupak zaštite kolektivnih potrošačkih interesa nije preispitivana za vreme njihovog kratkog važenja. Nisam pronašla podatak da je ijedan postupak kolektivne zaštite po pravilima ZZP–2010 zaista i pokrenut. Izraz *nepošteno poslovanje* iz ZZP–2010 zamenjen je u ZZP–2014 izrazom *nepoštena poslovna praksa*. Reč je o doslovnom prevodu izraza *unfair commercial practices* iz odgovarajuće Direktive (Directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practices /Unfair Commercial Practices Directive/, OJ L 149, 11.6.2005, 22–39) i 2010. i 2014. godine domaća zakonska pravila o nepoštenom poslovanju odnosno o nepoštenoj poslovnoj praksi pisana su po ugledu na upravo pomenutu direktivu, a pravila o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima po ugledu na Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts /Unfair Contract Terms Directive/, OJ L 095, 21.4.1993, 29–34.

7 Zakon o zaštiti potrošača, „Službeni glasnik RS” br. 62/2014.

8 Tatjana Jovanić, „Uloga uprave u zaštiti kolektivnih interesa potrošača“, u: Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić (ur.), *Jačanje zaštite potrošača u Srbiji. Liber Amicorum Svetislav Taboroši*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, *passim.*, a osobito 311.

konskih pravila o posebnim parničnim postupcima za zaštitu individualnih i kolektivnih potrošačkih prava i interesa: procesna pravila sadržana u ZZP 2010 patila su od brojnih manjkavosti i praktično se nisu dala primeniti – bez obzira na percepciju sudova o tome kakva bi zaštita potrošačkih prava trebalo da bude. Tim manjkavostima doprineli su brojni nedostaci u postupku pisanja i donošenja zakona po principu pokušaja, pogrešaka i nedovoljno promišljenih pokušaja da se učinjene pogreške isprave. Uostalom, ZZP 2014 je četvrti zakon u ovoj oblasti u poslednjih dvanaest godina. Činjenica što su pravila nekog ranijeg zakona o sudskoj zaštiti bilo individualnih, bilo kolektivnih potrošačkih prava i interesa slabo primenjivana – ne može se uzeti kao argument protiv sudske zaštite kao takve.<sup>9</sup> Nakon pokušaja da se uredi poseban parnični postupak u kojem bi se štitila kolektivna prava i interesi građana po horizontalnom principu – potrošački, ali i antidiskriminacijski, ekološki, manjinski i drugi – izgleda da je napuštena ideja da kolektivnu zaštitu potrošača treba ostvarivati u sudskom postupku. Tako se sada potrošački kolektivni interesi štite u postupku pred organom uprave, dok antidiskriminacijski interesi i dalje uživaju sudsku zaštitu koju tužbom za utvrđenje, propuštanje odnosno uklanjanje posledica mogu da traže poverenik za zaštitu ravnopravnosti i organizacije za zaštitu ljudskih prava odnosno prava određene grupe (vid. fn. 20).

Ova tiha promena paradigme do koje je došlo u srpskom pravu ne mora po sebi da bude loša: evropski pravni sistemi poznaju mogućnost da se kolektivni interesi potrošača štite kako u sudskom, tako i u upravnom postupku.<sup>10</sup> Međutim, Evropska komisija je sredinom 2013. godine usvojila Preporuku o zajedničkim načelima o kolektivnim zahtevima za propuštanje i kolektivnim zahtevima za naknadu štete, u vezi s povredama prava koja su garantovana pravom Evropske unije (*Preporuka*).<sup>11</sup> Preporuka nije ograničena na potrošački kontekst, nego predviđa *horizontalnu* primenu zajedničkih načela

Novo rešenje je izraz poverenja u efikasnost uprave, njenu stručnost i sposobnost za brzo delovanje. *Ibidem*, 313.

- 9 Detaljno: Marija Karanikić Mirić, „Understanding the Enforcement Malfunction of Consumer Legislation in Serbia“, *Journal of Consumer Policy* 3/2013, 231–246. Vid. takođe: M. Karanikić Mirić, „Zaštita zakonom garantovanih prava potrošača“, 169–191.
- 10 Vid. Fabrizio Caffagi, Hans-W. Micklitz, „Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: The Way Forward“, u: F. Caffagi, H.-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement*, 401–445, Christopher Hodges, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems. A New Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford 2008, 9–92.
- 11 Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (2013/396/EU), *OJ L* 201, 26.7.2013, 60–65. Terminološka napomena: Reč *Injunction* (*die Unterlassungsklage*) prevodim kao zahtev za propuštanje. Taj zahtev može da se istakne bilo u upravnom bilo u sudskom postupku – već prema nacionalnom pravu određene države članice. Reč je o kondemnatornom zahtevu koji glasi na negativnu činidbu. Preporuka se odnosi na kolektivne zahteve za propuštanje, dakle, na zahteve koje ističu dva ili više fizičkih ili pravnih lica odnosno organizacija koja je legitimisana za pokretanje postupka kolektivne zaštite. Inače, Preporuka je upućena državama članicama i tiče se načina na koji bi one trebalo svojim nacionalnim pravima da uredi horizontalni mehanizam kolektivne zaštite.



kolektivne zaštite<sup>12</sup> u vezi s povredama prava garantovanih pravom Evropske unije. U tom neobavezujućem dokumentu Komisija je preporučila državama članicama da, u skladu s utvrđenim zajedničkim principima, na nacionalnom nivou uredi *sudski* postupak po kolektivnim zahtevima za naknadu štete i *sudski ili upravni* postupak po kolektivnim zahtevima za propuštanje. Imajući sve to u vidu, u ovom tekstu ću izložiti nova zakonska pravila o zaštiti kolektivnih potrošačkih interesa u upravnom postupku, pokušati da razmotrim razloge zbog kojih se zakonodavac opredelio da sprovođenje takvog postupka poveri organima uprave – umesto sudovima, te odmeriti ova nova pravila prema pomenutoj Preporuci Evropske komisije.

Nova zakonska pravila o zaštiti kolektivnog interesa potrošača u upravnom postupku počinju definisanjem *povrede kolektivnog interesa* (čl. 145 ZZP 2014): (1) Takva povreda postoji kada jedno lice – zakonodavac ne precizira da bi to morao da bude trgovac – na istovetan način odnosno istovetnom radnjom ukupnom broju od najmanje deset potrošača povredi neko pravo zagantovano Zakonom o zaštiti potrošača. Treba odmah ukazati na to što postoje i drugi zakoni kojima se potrošačima garantuju određena prava. Kao primer mogu da posluže Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga<sup>13</sup> i Za-

Napomena: Preporuka je rezultat dugog i mukotrpnog pregovaračkog procesa i predstavlja kompromisno i, reklo bi se, privremeno rešenje – srednji put kojim su u ovom trenutku zadovoljni i oni koji su smatrali da je zaštitu kolektivnih interesa trebalo urediti direktivom a ne preporukom, i oni koji su bili protiv mehanizama kolektivne zaštite kao takvih a naročito protiv ustanove *class action* koju poznaje pravo Sjedinjenih Američkih Država i koja bi, smatra se, mogla da dovede do proliferacije sudskih postupaka u Evropi. Štaviše, u Rezoluciji „Ka koherentnom evropskom pristupu kolektivnoj zaštiti“, Evropski parlament pominje napore koje Vrhovni sud SAD preduzima da bi stao na put očigledno neosnovanom (‘frivolnom’) parničanju i zloupotrebama instituta *class action* u Sjedinjenim Državama. Uz to, u ovoj Rezoluciji se ističe da Evropa ne sme da prihvati ni taj, ni bilo koji drugi institut koji je suprotan evropskoj pravnoj tradiciji. Upor. European Parliament resolution of 2 February 2012 on ‘Towards a Coherent European Approach to Collective Redress’ / ‘Vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif’ (2011/2089(INI)).

12 Horizontalni model je bio zastupljen u našem Zakonu o parničnom postupku. Odredbe ZPP o posebnom parničnom postupku za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana (a ne samo potrošača) nisu proglašene neustavnim zato što bi takvo pravno sredstvo po sebi bilo u suprotnosti s važećim Ustavom – nego zato što te odredbe, po razumevanju Ustavnog suda Srbije, nisu bile dovoljno jasne, precizne, određene i koherentne. Vid. Fn. 2. O sektorskoj kolektivizaciji pravne zaštite u praksi Evropskog suda za ljudska prava i prema antidiskriminacionom zakonodavstvu Srbije vid. Branka Babović, „Kolektivizacija sudske zaštite protiv diskriminacije“, *Pravni život* 11/2012, 1011–1021.

13 *Službeni glasnik RS* br. 36/2011. Iz obrazloženja koje je pratilo Predlog ZZP 2014 (u arhivi autora) jasno se vidi da je predlagač zakona bio svestan da su neka prava potrošačima garantovana sektorskim zakonima. Ipak, definiciju povrede kolektivnog interesa vezuje za povredu prava garantovanog Zakonom o zaštiti potrošača. Kasnije, u čl. 150 ZZP–2014, predviđena je mogućnost da ministarstvo naredi trgovcu da prekine kršenje ZZP–2014 ili drugog zakona, kojim se vređaju kolektivni interesi potrošača.

Na margini: Pomenuto obrazloženje zakona je zapravo „obrazloženje“: u njemu, po lošem običaju, predlagač ne izlaže društvene, ekonomske, pravno-političke i druge razloge za zakonodavnu intervenciju, već se ovaj pogrešno naslovljeni tekst svodi na prepričavanje zakonskog predloga. U Jedinstvenim metodološkim pravilima za izradu propisa („Službeni glasnik RS”, br. 21/2010) nalaze se, između ostalog, i Pravila izrade obrazlože-



kon o turizmu<sup>14</sup>. (2) Povredu kolektivnog interesa predstavljaju i zakonom propisani slučajevi nepoštene poslovne prakse i ugovaranja nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima – bez obzira na to da li je reč o učestalim ponašanjima ili o pojedinačnom slučaju. (3) Na kraju, nadležni organ može da utvrdi povredu kolektivnog interesa potrošača i kada je broj individualnih povreda manji od deset, ako takvu ocenu opravdavaju trajanje i učestalost postupanja trgovca i činjenica da ono generiše negativne posledice za svakog potrošača koji se nađe u datoj činjeničnoj situaciji.<sup>15</sup>

Iz navedene definicije vidi se da je zakonodavac početno odredio kolektivni interes kao sumu individualnih interesa, a povredu kolektivnog interesa kao zbir individualnih povreda: ako je broj individualnih interesa veći od zadatog broja, dolazi do njihove agregacije i, odjednom, ta suma, to jest zbir individualnih interesa zavređuje posebnu, kolektivnu zaštitu.<sup>16</sup> U tom osnovnom određenju nema nikakve „dodate vrednosti“, ničega po čemu bi se grupa potrošača uobličila kao zajednica koja i sama može da bude nosilac nekog interesa. Nasuprot tome, savremena teorija sagledava kolektivni interes potrošača kao transindividualni apstraktni interes koji nadilazi partikularne interese pojedinaca i ne može da se svede na njihov zbir.<sup>17</sup> Reč je o zajedničkom interesu celokupne potrošačke zajednice – zajednice pojedinaca koji su povezani time što ulaze u tržišne odnose s profesionalcima, i to radi zadovoljavanja svojih ličnih, neprofesionalnih potreba.<sup>18</sup> Marko Baretić ukazuje na to da su potrošači neodređena odnosno teško određiva grupa, toliko brojna da je čak

nja propisa, prema kojima obrazloženje predloga propisa treba da sadrži: analizu sadašnjeg stanja, probleme koje propis treba da reši, ciljeve koji se propisom postižu, razmatrane mogućnosti da se problem reši i bez donošenja propisa, odgovor na pitanje zašto je donošenje propisa najbolji način za rešavanje problema, objašnjenje osnovnih pravnih instituta i pojedinačnih rešenja, analizu efekata propisa itd. Samo primera radi, u Obrazloženju Predloga ZZP–2014 piše da je osnovni razlog za donošenje tog zakona uspostavljanje mehanizama za delotvorno sprovođenje zakonskih pravila, što će se, između ostalog, postići „dodeljivanjem isključive nadležnosti da se postupci za zaštitu kolektivnih interesa potrošača vode *pred privrednim sudovima* koji su najstručniji u poslovima trgovine“. Da podsetim: reč je o zakonu kojim se *ukida nadležnost sudova* i zaštita kolektivnog interesa potrošača poverava organima uprave.

14 „Službeni glasnik RS“, br. 36/2009, 88/2010, 99/2011 – dr. zakon i 93/2012.

15 Afirmativno o takvom razumevanju kolektivnog interesa: T. Jovanić, 316–317.

16 Na ovom tragu je Uredba 2006/2004 o saradnji nacionalnih organa u sprovođenju zaštite potrošača: „[...] *collective interests of consumers* means the interests of a number of consumers that have been harmed or are likely to be harmed by an infringement“, Art. 3 (k), Regulation on consumer protection cooperation, *OJ L* 364, 9.12.2004, 1–11. Suprotno: „[...] *collective interests* mean interests which do not include the cumulation of interests of individuals who have been harmed by an infringement“. Alinea 2, Preamble, Directive 98/27/EC on injunctions for the protection of consumers' interests, *OJ L* 166, 11.6.1998, 51–55.

17 Više o pojmu kolektivnog interesa u potrošačkom kontekstu vid. Marko Baretić, „Individualna i kolektivna zaštita potrošača u hrvatskom pravu“, u: Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, Vlatka Butorac Malnar (ur.), *Republika Hrvatska na putu prema europskom pravosudnom području. Rješavanje trgovačkih i potrošačkih sporova*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2009, 247–250.

18 M. Baretić, 250.

moguće da njeni interesi korespondiraju opštim društvenim interesima. Zato je možda i bolje kazati da potrošači imaju *difuzni* – a ne kolektivni – interes. U svakom slučaju: potrošači su heterogena i neorganizovana skupina koja se teško nosi sa snažno organizovanim skupinama trgovaca, pa nije najvažnije to kako se najpreciznije određuju skupni potrošački interesi – kao kolektivni, difuzni, grupni ili klasni. Dovoljno je da se izraz „kolektivni interesi potrošača“ prihvati kao tehnički termin.<sup>19</sup> Primera radi, hrvatsko pravo poznaje poseban parnični postupak za zaštitu kolektivnih interesa i prava građana. Taj postupak može tužbom da pokrene organizacija koja za to ima izričito zakonsko ovlaštenje i koja se, u sklopu svoje registrovane ili zakonom propisane delatnosti, bavi zaštitom kolektivnih interesa i prava građana. Kolektivni interes je zakonom definisan kao ekološki, moralni, etnički, potrošački, anti-diskriminacioni i drugi zakonom zajemčeni interes, koji je teže povređen ili ozbiljno ugrožen postupanjem osobe protiv koje se podnosi tužba.<sup>20</sup>

U vezi sa do sada rečenim: na terenu kolektivne zaštite potrošača trebalo bi napraviti razliku između mehanizama kolektivne zaštite većeg broja individualnih interesa (kolektivno ostvarivanje većeg broja pojedinačnih interesa odnosno subjektivnih prava) i postupaka za zaštitu kolektivnog interesa (zaštita kolektivnog, transindividualnog, zajedničkog interesa odnosno kolektivnog prava):

- 1) Kada se kolektivni interes razume kao puki zbir individualnih interesa, onda se njihova zaštita može kolektivno ostvariti i prostom primenom klasičnih pravila o spajanju stvari, odnosno parnica. Opšta pravila o *upravnom* postupku predviđaju mogućnost spajanja stvari u jedan postupak.<sup>21</sup> Tu nije reč o zaštiti kolektivnog interesa, nego o vođenju jednog postupka o pravima i obavezama više stranaka. Dalje, grupnu zaštitu većeg broja pojedinačnih interesa u *parničnom* postup-

19 *Ibidem*, 248–250.

20 Čl. 502 a, Zakon o parničnom postupku RH, „Službeni list SFRJ”, br. 4/1977 s brojnim izmenama i dopunama, „Narodne novine RH”, br. 35/1991 s brojnim izmenama i dopunama. Ovo je primer horizontalne zaštite, koja se tiče kolektivnih prava i interesa kao takvih. Kao što je rečeno: nakon što je utvrđena neustavnost predmetnih odredaba srpskog ZPP, u Srbiji postoje samo sektorska pravila o zaštiti kolektivnih interesa. Osim kolektivnog potrošačkog interesa, domaći zakonodavac je prepoznao takav interes i na terenu zabrane diskriminacije. Vid. čl. 43 i 46 Zakona o zabrani diskriminacije, „Službeni glasnik RS”, br. 22/2009. Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i organizacija za zaštitu ljudskih prava odnosno prava određene grupe lica može da podnese: tužbu za propuštanje radnje od koje pretila diskriminacija, tužbu za utvrđenje diskriminatorne radnje, tužbu za otklanjanje posledica diskriminatorne radnje. Tužbu za naknadu štete može da podnese samo oštećenik. Postupak je hitan, a revizija je uvek dozvoljena. Vid. takođe čl. 43 Zakona o ravnopravnosti polova, „Službeni glasnik RS”, br. 104/2009. Tu je zakonodavac otišao korak dalje, omogućivši da se u postupku kolektivne zaštite istakne i zahtev za naknadu pretrpljene štete: U slučaju da su diskriminatornim postupanjem povređena prava većeg broja lica, sindikat ili udruženje čiji su ciljevi vezani za unapređenje ravnopravnosti polova mogu u svoje ime da pokrenu parnični postupak i da u tom postupku, između ostalog, zahtevaju naknadu imovinske i moralne štete.

21 Vid. čl. 117–119, Zakon o opštem upravnom postupku – ZOUP, „Službeni list SRJ”, br. 33/97 i 31/2001 i „Službeni glasnik RS”, br. 30/2010.

ku omogućavaju klasična pravila o spajanju parnica protiv istog tuženika radi zajedničkog raspravljanja, ako se time ubrzava raspravljanje ili umanjuju troškovi.<sup>22</sup> Tu takođe nije reč o zaštiti kolektivnog prava ili interesa, nego o kolektivnoj zaštiti većeg broja individualnih interesa – mada se u širem smislu može kazati da postoji zajednički interes da raspravljanje kraće traje i manje košta. Zatim, kolektivna zaštita individualnih interesa se u nekim pravnim sistemima postiže i takozvanom grupnom ili klasnom tužbom (*class action*)<sup>23</sup> i to u dva oblika: prvi ću nazvati pristupnim modelom (*opt-in*)<sup>24</sup> jer on podrazumeva da se pojedinac izjasni da pristupa klasi oštećenika, a drugi istupnim modelom (*opt-out*) jer se svaki oštećenik smatra članom klase dok iz nje ne istupi. Grupna tužba je kondemnatorna, obično sadrži zahtev za naknadu štete koji veliki broj oštećenika iz istog štetnog događaja usmerava prema istom odgovornom licu. Prvenstveni cilj takve pravne zaštite jeste kompenzacija a ne prevencija. Srpsko procesno pravo ne poznaje ovaj instrument, a pojedina evropska prava su ga prihvatila u različitim oblicima – upravo u oblasti zaštite potrošača.<sup>25</sup>

- 2) Nasuprot kolektivnoj zaštiti većeg broja individualnih interesa, zaštita kolektivnih interesa podrazumeva da se kao nosilac zajedničkog, transindividualnog interesa prepozna kolektivitet. To dalje znači da posebno mora da se razreši pitanje aktivne legitimacije u postupku koji za cilj ima zaštitu ovako shvaćenog kolektivnog interesa. Zakonom se određuje ko je ovlašćen da pokreće takve postupke, pa su to obično organizacije za zaštitu potrošača koje ispunjavaju posebne stroge uslove u pogledu osposobljenosti i opremljenosti, a u nekim pravnim sistemima i određeni državni organi, agencije, ombudsmani itd. Ti mehanizmi su po pravilu preventivne prirode, oni redovno sadrže zahtev za propuštanje to jest negativnu činidbu i pružaju apstraktnu zaštitu. Primer postoji u hrvatskom pravu: ako utvrdi da je zahtev osnovan, sud odlukom: utvrđuje da je došlo do povrede propisa o zaštiti potrošača i precizno definiše tu povredu, naređuje tuženom da prekine s takvim postupanjem, naređuje mu da, ako je to moguće, usvoji mere koje su potrebne za uklanjanje štetnih posledica i zabranjuje mu takvo

22 Vid. čl. 328 ZPP.

23 Vid. više u informativnoj studiji Deborah R. Hensler *et al.*, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, Rand Institute for Civil Justice, Santa Monica 2000, a osobito o istoriji ovog instituta i kontroverzama koje on neprestano izaziva u pravu Sjedinjenih Američkih Država: 10–47.

24 U pomenutoj Preporuci koju je usvojila Evropska komisija kao zajedničko načelo kolektivne zaštite preporučuje se pristupni, to jest *opt-in* model (vid. čl. 21 Preporuke).

25 Primerice, bugarsko, dansko, finsko, norveško, poljsko, švedsko, portugalsko i pravo Ujedinjenog Kraljevstva. Izvor: BEUC – the European Consumers' Organisation, *Country Survey of Collective Redress Mechanisms*, Bruxelles 2011, [www.beuc.eu](http://www.beuc.eu), pristup: 25. jula 2014. Kao jedan klasičan vid preventivne kolektivne zaštite koji srpsko građansko pravo svakako poznaje treba navesti zahtev da se ukloni opasnost štete iz čl. 156, st. 1 i 2, Zakona o obligacionim odnosima – ZOO, „Službeni list SFRJ”, br. 29/1978 s kasnijim izmenama i dopunama.

ili slično ponašanje ubuduće.<sup>26</sup> Odluka kojom se usvaja tužbeni zahtev obavezuje tuženog da se uzdrži od istog ili sličnog ponašanja u odnosu na sve potrošače, a izvršenje na osnovu te odluke može da zahteva ne samo tužilac nego i druga ovlašćena lica i svaki potrošač na koga ona utiče. Odluka kojom sud po tužbi za zaštitu kolektivnih interesa potrošača utvrdi da je došlo do povrede propisa o zaštiti potrošača obavezuje ostale sudove u postupcima za naknadu štete koje pokrenu pojedinačni potrošači (čl. 117 i 118 ZZP-HR).

Vratimo se definiciji kolektivnog interesa po novom ZZP 2014: definišući povredu kolektivnog interesa kao povredu koju je jedan subjekat, istom radnjom ili na isti način, naneo ukupnom broju od najmanje deset potrošača, domaći zakonodavac je odredio kolektivni interes kao agregaciju pojedinačnih. Predvideo je zaštitu tako shvaćenog kolektivnog interesa u upravnom postupku, ostavljajući povređenom potrošaču da zaštitu svojih subjektivnih prava ostvaruje u parnici, tražeći, primera radi, poništaj, utvrđenje ništavosti ili naknadu štete.

Srpski zakonodavac izuzetno predviđa da kolektivni interes potrošača može da bude povređen i ako su povređeni individualni interesi manje od deset potrošača. Da je o tome reč može da utvrdi nadležno ministarstvo, uzimajući u obzir koliko dugo i koliko često se trgovac ponaša na određeni način, kao i to što takvo ponašanje trgovca izaziva negativne efekte po svakog potrošača koji se nađe u određenoj činjeničnoj situaciji. Drugim rečima, ministarstvo može da utvrdi da se određenim postupanjem trgovca vređa kolektivni interes potrošača i onda kada je tim postupanjem povređen samo jedan individualni potrošački interes. To potvrđuje da zakonodavac o kolektivnom interesu misli kao o zbiru individualnih interesa, te da povrede kolektivnog interesa ne može da bude sve dok nije povređen makar jedan individualni interes. Uslovi su sledeći: da je ponašanje trgovca takvo da bi ono dovelo do povrede individualnog interesa bilo kojeg potrošača koji se zatekne u datim okolnostima i još da se trgovac relativno dugo i relativno često ponaša na predmetni način.

Treća situacija u kojoj zakonodavac prepoznaje povredu kolektivnog interesa potrošača jesu slučajevi nepoštene poslovne prakse (čl. 17–23 ZZP 2014) i ugovaranja nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima (čl. 41–45 ZZP 2014). Nema izričite zakonske odredbe koja bi nalagala postojanje većeg broja individualnih povreda, nego se čini da je dovoljno da trgovac makar jednom u svome poslovanju postupi na način koji se kvalifikuje kao nepoštena poslovna praksa, odnosno da makar jednom s nekim potrošačem ugovori odredbu koja se kvalifikuje kao nepravična. Srpsko ugovorno potrošačko pravo poznaje sudsku kontrolu pravičnosti i posledične apsolutne ni-

26 Vid. čl. 114 hrvatskog Zakona o zaštiti potrošača – ZZP-HR, „Narodne novine RH”, br. 41/2014. I odredbama srpskog ZZP 2010 bila je propisana takva mogućnost, s jednim izuzetkom: nije bilo predviđeno da sud može da naredi tuženome da preduzme mere radi otklanjanja štetnih posledica koje je izazvao. Takav zahtev je mogao da postavi samo konkretan potrošač u postupku individualne sudske zaštite.

štavosti svake odredbe potrošačkog ugovora – bez obzira na to da li je reč o standardnoj odredbi ili o individualnoj pogodbi ugovora koji se kvalifikuje kao potrošački.<sup>27</sup> Drugim rečima, primena pravila o ništavosti nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima nije ograničena na standardne ugovorne odredbe na čiju sadržinu potrošač nije mogao da utiče, nego se proteže i na one odredbe o čijoj sadržini je potrošač pregovarao ili mogao da pregovara s trgovcem. Tako je bilo po odredbama ZZP 2010, a isto je i po odredbama novog ZZP 2014.<sup>28</sup>

Novina se sastoji u sledećem: u novouvedenom *upravnom* postupku kontrole nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima, upravni organ može da naloži trgovcu da prestane s ugovaranjem odredaba koje se po pravilima ZZP 2014 kvalifikuju kao nepravične. Međutim, samo *sud u parničnom postupku* može da utvrdi da takva ugovorna odredba ne proizvodi dejstvo u obligacionopravnom smislu, to jest da ona ne obavezuje potrošača. Ako se nepravična odredba ne može eliminisati iz ugovora po pravilima o delimičnoj ništavosti, onda ništavost jedne ugovorne odredbe za sobom povlači ništavost ugovora u celini. I ovu građanskopravnu posledicu ugovaranja nepravičnih odredaba može da utvrdi samo sud u parničnom postupku. Na kraju, ako je nešto izvršeno po osnovu apsolutno ništavog ugovora, dalju pravnu sudbinu onoga što strane drže bez pravnog osnova takođe može da izrekne samo sud u parničnom postupku. Pored svega navedenog, ako je povredom kolektivnog interesa potrošača trgovac ujedno prouzrokovao štetu određenom potrošaču, taj potrošač može jedino pred sudom u parničnom postupku da istakne zahtev za naknadu pretrpljene štete.

Pravosnažnost presude načelno nastupa samo između subjekata koji su bili stranke u presuđenom sporu. Pravosnažna odluka građanskog suda kojom je utvrđeno da određena ugovorna odredba ne obavezuje konkretnog potrošača zbog toga što je nepravična u smislu odredaba ZZP 2014 – ne vezuje upravni organ koji u postupku za zaštitu kolektivnog interesa potrošača utvrđuje nepravičnost takve odredbe u drugim potrošačkim ugovorima istog trgovca, odnosno u potrošačkim ugovorima drugih trgovaca.<sup>29</sup> Međutim, kolektivni interes potrošača se po zakonu smatra povređenim ako je ukupnom

27 Više o tome vid. Marija Karanikić Mirić, „Šta je novo u srpskom ugovornom (potrošačkom) pravu?“, u: Stevan Lilić (ur.), *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, Knjiga 5, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 135–137. Vid. takođe Marija Karanikić Mirić, „Nepravične odredbe u potrošačkim ugovorima“, u: Stevan Lilić (ur.), *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, Knjiga 4, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 128–146.

28 Vid. čl. 5 st. 1 tač. 24 ZZP 2010, u vezi sa čl. 44–48 istog zakona. Vid. čl. 5 st. 1 tač. 21 ZZP 2014, u vezi sa čl. 41–45 istog zakona. Srpsko pravo ovde garantuje jaču zaštitu od minimalne zaštite koju nalaže Direktiva o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima (pomenuta *Unfair Contract Terms Directive*), prema kojoj je dovoljno da se omogući sudska kontrola pravičnosti *standardnih* odredaba u potrošačkim ugovorima.

29 Nepravičnost ugovorne odredbe ne predstavlja prethodno pitanje u smislu čl. 134 ZOUP za nadležni upravni organ, jer spada u njegovu nadležnost po izričitoj zakonskoj normi: jedan od uslova da bi se neko pitanje kvalifikovalo kao prethodno u pomenutom smislu jeste da ono nije u nadležnosti organa pred kojim se kao prethodno postavilo. Vid. Zoran

broju od najmanje deset potrošača povređen jedan te isti individualni zakonom zaštićeni interes (čl. 145 st. 1 tač. 1 ZZP 2014). Ako je pravosnažnom odlukom građanskog suda već utvrđeno da je neka odredba koju je trgovac masovno ugovarao s potrošačima nepravična prema određenom potrošaču te stoga ne obavezuje tog potrošača, upravni organ koji utvrđuje da li je povređeno makar deset individualnih potrošačkih interesa trebalo bi da bude vezan tom odlukom suda u granicama njene pravosnažnosti i da pomenutog potrošača uračuna među povređene.<sup>30</sup>

S tim u vezi, otvara se i pitanje da li *pravosnažno rešenje upravnog organa* doneto po pravilima novog ZZP 2014 u postupku kolektivne zaštite potrošača – kojim se utvrđuje da je odredba koju je taj trgovac ugovarao s potrošačima nepravična, odnosno da je njegova poslovna praksa nepoštena – obavezuje sudove u individualnim postupcima potrošača protiv istog tog trgovca za utvrđenje ništavosti ove nepravične odredbe, odnosno za naknadu štete prozrokovane nepoštenom poslovnom praksom.<sup>31</sup>

- 1) Prema shvatanju koje je vladajuće u domaćoj pravnoj teoriji<sup>32</sup> odgovor na ovo pitanje trebalo bi da bude potvrđan.<sup>33</sup> To shvatanje *a contrario* proizlazi iz odredbe čl. 12, st. 1 ZPP, po kojoj sud može sam da reši o postojanju nekog prava ili pravnog odnosa, ako to za njega predstavlja prethodno pitanje a nadležni organ o ovome još uvek nije odlučio. Osim toga, smatra se da unutrašnja harmonija odlučivanja u

---

P. Tomić, Vera Bačić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2012, 318.

- 30 Hipotetički, kada bi deset potrošača imalo pravosnažne sudske odluke protiv istog trgovca kojim se utvrđuje nepravičnost i posledična ništavost iste odredbe koju su s njim ugovorili, za upravni organ ne bi trebalo da bude sporno da je došlo do povrede kolektivnog interesa potrošača.
- 31 Napomena: Ovde je reč o načelnom pitanju uticaja pravosnažnog upravnog rešenja na parnicu, i obrnuto: uticaja pravosnažne presude građanskog suda na upravni postupak. To pitanje bi moglo da se postavi samo ako je utvrđenje nepravičnosti ugovorne odredbe ušlo u izreku sudske odluke odnosno upravnog rešenja, to jest ako je i ovo utvrđenje obuhvaćeno pravosnažnošću. Da bi do toga došlo, potrošač u svojstvu tužioca, osim zahteva da sud utvrdi ništavost ugovorne odredbe ili pak ugovora u celini – treba da istakne i prejudicijalni zahtev da sud utvrdi da je predmetna ugovorna odredba nepravična po merilima ZZP 2014. Kada je reč o rešenju donetom u upravnom postupku, upravni organ prema čl. 149 ZZP 2014 odlučuje rešenjem o postojanju povrede kolektivnog interesa i određuje mere – a pošto povreda kolektivnog interesa može da se sastoji i u nepravičnosti ugovorne odredbe, čini se da bi u tom slučaju utvrđenje nepravičnosti ugovorne odredbe trebalo bi da bude obuhvaćeno izrekom upravnog rešenja, da bi pitanje uticaja pravosnažnog upravnog rešenja na parnicu uopšte moglo da se postavi. Važno je još i sledeće: nepravičnost ugovorne odredbe se u postupku pred sudom ne postavlja kao samostalno pravno pitanje, već samo u funkciji utvrđivanja ništavosti. Nasuprot tome, ZZP 2014 posebno uređuje upravni postupak za utvrđivanje povrede kolektivnog interesa, a ugovaranje nepravičnih odredaba prepoznaje kao vid povrede kolektivnog interesa potrošača.
- 32 Da je ovo shvatanje vladajuće potvrđuje i Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 67.
- 33 O vezanosti parničnih suda rešenjem donetim u upravnom postupku vid. B. Poznić, *Komentar*, 44–45.



jednom pravnom poretku nalaže da građanski sudovi uvažavaju odluke upravnih organa a upravni organi odluke građanskih sudova.<sup>34</sup> Poznić smatra da ovu vezanost građanskih sudova odlukama upravnih organa objašnjava to što se u upravnom postupku činjenično stanje utvrđuje nezavisno od volje stranaka, odnosno to što je upravni organ dužan da u postupku vodi računa o javnom interesu. Pravnopolitički zahtev da se održavaju jedinstvo pravnog sistema i red i sigurnost u pravnim odnosima predstavlja za Poznića manje ubedljivo objašnjenje jer, prema njegovom mišljenju, vezanost nije obostrana.<sup>35</sup> Nema prostora da se na ovom mestu detaljno raspravlja o tom pitanju. Ipak, važno je da se kaže da izloženo shvatanje treba preispitati sa stanovišta supstancijalne nezavisnosti sudova i hijerarhije pravnih akata u pravnoj državi. Kada se primeni na potrošački kontekst, ono nalaže sledeće: Ako postoji pravosnažno rešenje kojim je organ uprave odlučio o nepravdičnosti određene ugovorne odredbe, parnični sud je vezan tim rešenjem i dužan je da ga stavi u osnov svoje presude. Ako sud to ne učini, nego samostalno reši ovo pitanje,<sup>36</sup> učinio je procesnu povredu. Ta procesna povreda je beznačajna kada se odluka suda o nepravdičnosti ugovorne odredbe ne razlikuje od odluke upravnog organa kojom je isto pitanje ranije pravosnažno rešeno. Ako pak razlika postoji, sudsku odluku treba preinačiti u drugom stepenu u skladu s postojećim

34 A. Jakšić, 67. Jakšić izveštava o ovom mišljenju ali se s njime ne slaže. Izloženo vladajuće shvatanje prihvata i Ustavni sud Srbije: „ZPP sadrži odredbu iz koje se *a contrario* nameće zaključak da je sud vezan rešenjem upravnog organa. Sud je u parnici ovlašćen da sam reši prethodno pitanje o kome ne postoji pravosnažna odluka suda ili drugog nadležnog organa. Sud takvo ovlašćenje nema ako odluka drugog organa o pitanju od prejudicijalnog značaja već postoji. Ova regulativa se zasniva na temelju podele nadležnosti između sudstva i uprave u primeni zakona koja je ustanovljena ustavnim i organizacionim propisima. Posledica takve podele je dužnost sudova da poštuju pravosnažne akte uprave, upravo zbog potrebe održavanja jedinstva pravnog sistema, reda i sigurnosti u pravnim odnosima. Nezavisnost sudstva od uprave ne može ići dotle da parnični sud ignoriše odgovor koji o pitanju postojanja jednog odnosa daje upravni organ.“ Odluka UŽ-1799/2009 od 23. juna 2011; isto: Odluka UŽ-973/2011 od 13. novembra 2013. Izvor: Baza sudske prakse Ustavnog suda Srbije, <http://www.ustavni.sud.rs>, pristup: 14. avgusta 2014.

35 B. Poznić, *Komentar*, 45. Poznić smatra da zaključivanjem *a contrario* iz zakonskog pravila kojim je u pogledu postojanja krivičnog dela i krivične odgovornosti učinioca upravni organ vezan pravosnažnom presudom suda kojom se optuženi oglašava krivim (čl. 134, st. 3 ZOUP), kao i iz zakonskog pravila o dužnosti upravnog organa da prekine postupak kada mu se kao prethodno pitanje javlja postojanje braka ili utvrđivanje očinstva (čl. 135, st. 1 ZOUP: nema smetnji da se ova zakonska formulacija protegne i na materinstvo, vid. Z. P. Tomić, V. Bačić, 324), proizlazi da u ostalim situacijama vezanost nije obostrana. Drugim rečima, zaključivanjem *a contrario* iz navedenih zakonskih odredaba o vezanosti upravnog organa sudskim odlukama u izričito navedenim situacijama, dolazi se do toga da upravni organ u ostalim situacijama nije vezan odlukama sudova. Vid. Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1999, 78. Suprotno: A. Jakšić, 67.

36 Ovde se misli samo na nepravdičnost u smislu pravila o nepravdičnim odredbama u potrošačkim ugovorima iz ZZP 2014 (čl. 41–45). Tu nepravdičnost, kao što je rečeno, prema istim merilima propisanim ovim zakonom utvrđuje parnični sud u individualnom postupku za poništaj potrošačkog ugovora i upravni organ u postupku kolektivne zaštite.

pravosnažnim rešenjem upravnog organa.<sup>37</sup> To otvara prostor za neujednačenu praksu sudova i upravnih organa u pogledu nepravilnosti određene ugovorne odredbe kada sud odlučuje po tužbi za utvrđenje ništavosti pre nego što je upravni organ odlučio po kolektivnom zahtevu za utvrđenje i propuštanje.

- 2) Međutim, ima autora koji smatraju da vladajuće shvatanje o vezanosti građanskog suda pravosnažnom odlukom upravnog organa ne treba da se prihvati: ta vezanost povlači za sobom pitanje nezavisnosti sudova u odlučivanju u smislu čl. 6 st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP).<sup>38, 39</sup> Uz to, ističe se da građanski sud ne treba da bude vezan upravnim aktom, onda kada ni sam upravni organ nije njime vezan.<sup>40</sup>

Da sumiram: pravilima ZZP 2014 ukinuta je mogućnost koju je pružao prethodni zakon u ovoj oblasti, naime, da se u posebnom parničnom postupku kolektivne sudske zaštite poništava standardna nepravilna odredba u potrošačkom ugovoru. Smisao ukinutih pravila bio je u tome da se u jednom postupku utvrdi ništavost odredbe koju je jedan trgovac masovno ugovarao

37 Prema: B. Poznić, *Komentar*, 45.

38 Tog mišljenja je A. Jakšić, 68. Prema njegovom mišljenju, obavezujuće dejstvo upravnog akta u građanskom sudskom postupku postoji samo ako je o zakonitosti tog upravnog akta odlučivao i sud u odgovarajućem postupku. N. B. Jakšić smatra da je potrebno da je upravni sud *odlučivao* u sporu pune jurisdikcije: nije dovoljno da je zakonom bila propisana mogućnost da se pokrene upravni spor, nego je potrebno da je takav spor stvarno vođen i da je o njemu odlučeno. *Ibidem*. To bi, međutim, značilo da je parnični sud vezan odlukom suda pred kojim je vođen upravni spor, a ne odlukom organa uprave. Jakšić u tom smislu navodi Izveštaj Evropske komisije za ljudska prava od 19. maja 1994, u predmetu *British-American Tobacco Company Ltd v. The Netherlands*, Application No. 19589/92. Međutim, Komisija u tom Izveštaju kao centralno pitanje razmatra da li je povodom odluke upravnog organa *mogao* da bude vođen postupak pred nezavisnim sudom, a ne da li je takav postupak *de facto* vođen. Upor. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-45668>, para. 67, pristup: 15. avgusta 2014. Uostalom, u ovom predmetu se i ne postavlja pitanje vezanosti parničnog suda odlukom koja je doneta u upravnom postupku, nego da li je povređeno pravo određenog subjekta na delotvornu sudsku zaštitu ako je o njegovom imovinskom pravu odlučivao upravni organ, a nacionalno pravo ne predviđa mogućnost da se odluka upravnog organa osporava pred nezavisnim sudom. (Napomena: U čl. 149 st. 5 ZZP 2014 izričito je propisano da protiv rešenja donetog u postupku zaštite kolektivnog interesa potrošača može da se pokrene upravni spor.) Ipak, postoje drugi argumenti kojima bi moglo da se brani izloženo mišljenje A. Jakšića: kada se stavi na stranu pomenuti slučaj, ostaju argumenti koji se tiču supstancijalne nezavisnosti sudstva i hijerarhije pravnih akata u pravnoj državi, što je od značaja za pitanje vezanosti parničnog suda odlukom koja je doneta u upravnom postupku, posebno ako je organ uprave odlučivao o pravima ili obavezama stranke a nije bilo dopušteno da se njegova odluka osporava u postupku pred sudom.

39 Vid. Prevod EKLJP na srpski: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SRP.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf), pristup: 14. avgusta 2014.

40 A. Jakšić, 68. Prema Pozniću, parnični sud treba da bude vezan samo onim rešenjem koje je doneto u upravnom postupku kojim je utvrđeno da stranka ima neka prava ili obaveze jer samo takvo rešenje postaje pravosnažno. U protivnom, za sud bi bilo obavezno rešenje koje ne postaje obavezno ni za upravne organe, što nije prihvatljivo. Vid. B. Poznić, *Komentar*, 44.

sa svojim potrošačima, najčešće tako što je ona bila sastavni deo njegovih opštih uslova poslovanja. Aktivnu legitimaciju za pokretanje tog postupka imala su posebno evidentirana udruženja i savezi udruženja za zaštitu potrošača. Nema podataka o tome da su potrošačke organizacije zaista pokušale da pokrenu ovakav sudski postupak. Razlozi za njihovu neaktivnost su brojni i među njima figuriše i to što su procesne odredbe ZZZP 2010 bile nedovoljno jasne i precizne.<sup>41</sup> Međutim, to ne može da opravda potpuno odustajanje od ovog procesnog mehanizma, već može samo da bude razlog da se on bolje uredi.<sup>42</sup> Nakon ukidanja pravila o kolektivnoj sudskoj zaštiti preostaje mogućnost da svaki pojedinačni potrošač posebno pokrene parnični postupak u kojem će tražiti da sud utvrdi ništavost one standardne odredbe ili individualne pogodbe potrošačkog ugovora koja se prema pravilima potrošačkog prava kvalifikuje kao nepravična.

Zakonom je propisano da se kao nepravična kvalifikuje svaka odredba potrošačkog ugovora koja protivno načelu savesnosti i poštenja ima za posledicu značajnu nesrazmeru u pravima i obavezama ugovornih strana na štetu potrošača. Zakonski kriterijumi na osnovu kojih se utvrđuje da li je određena odredba ugovora nepravična jesu: priroda robe ili usluga na koje se ugovor odnosi, okolnosti pod kojima je ugovor zaključen, ostale odredbe istog ugovora ili drugog ugovora s kojim je predmetni ugovor u vezi, način na koji je postignuta saglasnost o sadržini ugovora i način na koji je potrošač obavestjen o sadržini ugovora (čl. 43 ZZZP 2014). Konkretizacija ovih apstraktnih pravnih standarda i minuciozna pravna evaluacija raznorodnih pravno relevantnih činjenica više priliči sudovima nego organima uprave.<sup>43</sup> To su pitanja na koja bi tradicionalno trebalo da odgovara sud u parničnom postupku, naročito imajući u vidu potrebu da organ koji ih razmatra postupi nezavisno i da odlučuje po pravilu javnog, neposrednog i usmenog raspravljanja. Prema novim pravilima ZZZP 2014, upravni organ mora da odgovori na sva ova pitanja da bi u postupku kolektivne zaštite utvrdio da li je predmetna odredba potrošačkog ugovora nepravična. Ako utvrdi da jeste, upravni organ će zabraniti trgovcu njeno ugovaranje u budućem poslovanju s potrošačima. Međutim, samo sud može da utvrdi apsolutnu ništavost već ugovorenih nepravičnih odredaba. Naravno, sud može i sam da utvrđuje nepravičnost ugovorne odredbe u postupku individualne sudske zaštite. Međutim, iz vladajućeg shvatanja o vezanosti parničnog suda rešenjem donetim u upravnom postupku proizlazi da bi do toga moglo da dođe samo ako o nepravičnosti predmetne ugovorne odredbe nije već pravosnažno rešeno u upravnom postupku protiv istog trgovca.<sup>44</sup> U svakom slučaju, kompleksnost stvorene konstrukcije mogla bi da oteža postizanje cilja koji je opredeljen pomenutim Obrazloženjem Predloga ZZZP 2014

41 Detaljnije vid. M. Karanikić Mirić, „Understanding the Enforcement Malfunction of Consumer Legislation in Serbia“, *passim*.

42 Upor. Čl. 106–123 (*Pravila o zaštiti kolektivnih interesa potrošača*), ZZZP–HR.

43 M. Baretić, 264–265.

44 Iz manjinskog shvatanja proizlazi da će sud utvrđivati nepravičnost ugovorne odredbe, bez obzira na rešenje koje je o tome doneto u upravnom postupku, izuzev ako je protiv pomenutog rešenja neuspešno vođen upravni spor. Vid. A. Jakšić, 68.

(vid. fn. 13): da Srbija konačno dobije delotvoran mehanizam zaštite zakonom garantovanih individualnih i kolektivnih prava i interesa potrošača.

### 3. POSTUPAK KOLEKTIVNE ZAŠTITE PREMA ZZP 2014

Novim ZZP 2014 propisano je da postupak zaštite kolektivnog interesa potrošača sprovodi ministarstvo nadležno za poslove zaštite potrošača (Ministarstvo), po pravilima opšteg upravnog postupka, ako nije izričito propisano odstupanje od tih pravila. Upravni postupak se vodi protiv trgovaca ili udruženja trgovaca koji svojim ponašanjem ugrožavaju ili prete da ugroze kolektivni interes potrošača. Taj postupak Ministarstvo pokreće po službenoj dužnosti ili povodom zahteva ovlašćenog lica. Pod ovlašćenim licem misli se na udruženja i saveze udruženja za zaštitu potrošača, upisane u posebnu evidenciju koju vodi Ministarstvo. Stranke u postupku jesu lice protiv koga je postupak pokrenut i podnosilac zahteva. O pokretanju postupka donosi se zaključak protiv kojeg nije dozvoljena žalba i koji naročito sadrži opis radnji ili akata koji mogu da predstavljaju povredu kolektivnog interesa potrošača, pravni osnov i razloge za pokretanje postupka, kao i poziv svim licima koja raspolazu podacima, ispravama ili drugim relevantnim informacijama, da ih dostave Ministarstvu. Ministarstvo obaveštava lice protiv kojeg je pokrenut postupak zaštite kolektivnog interesa potrošača o bitnim činjenicama, dokazima i ostalim elementima zbog kojih se postupak vodi i poziva ga da se o tome izjasni u roku od 15 dana od dana prijema obaveštenja.

Lice protiv kojeg se vodi postupak može u svome odgovoru da dà korektivnu izjavu, to jest „predlog obaveza koje je spremno da preduzme radi otklanjanja povrede zakona, sa uslovima i rokovima za sprovođenje“. Jezički i stilski ove odredbe nisu na zadovoljavajućem nivou, što se odražava i na njihovu jasnoću. Suština izloženog pravila trebalo je da bude u sledećem: trgovac se korektivnom izjavom obavezuje da u određenom roku i na određeni način popravi negativne posledice već učinjene povrede kolektivnog interesa potrošača. Zakonom je dalje predviđeno da se postupak za zaštitu kolektivnih interesa potrošača prekida ako se trgovac (ovde se ne pominje udruženje trgovaca kao potencijalna stranka protiv koje takođe može da se pokrene upravni postupak) obaveže korektivnom izjavom „da neće nastaviti ili ponoviti radnju ili akt kojim se šteti kolektivnom interesu potrošača“. Taj prekid može da traje do tri meseca, a o ispunjavanju obaveza koje je trgovac preuzeo na sebe Ministarstvo vodi računa po službenoj dužnosti. Ako stranka protiv koje se vodi postupak ne ispuni ili prekrši preuzete obaveze pre isteka roka od tri meseca, odnosno ako u međuvremenu učini novu povredu, postupak se nastavlja. Ako ona ispuni preuzete obaveze, postupak se obustavlja. Smisao ovih odredaba trebalo je da bude voljno otklanjanje posledica povrede kolektivnog interesa potrošača. Primera radi, trgovac bi u kratkom roku izmenio sopstvene opšte uslove poslovanja tako što bi iz njih uklonio nepravičnu standardnu ugovornu odredbu. Pored toga, on bi otklonio sve negativne posledice njenog

dosadašnjeg ugovaranja. Međutim, iz zakonskog teksta proizlazi da smisao korektivne izjave nije u samoobvezivanju trgovca da popravi posledice do sada učinjenog, nego u tome da se on voljno obaveže da u naredna tri meseca ne postupa protivno zakonu – što je već dužan da čini i na šta se, strogo uzev, i ne može punovažno obavezati.<sup>45</sup> On se, dakle, ne obavezuje da popravi učinjeno i obešteti povređene, nego da povredu ne ponovi. Ako to obećanje održi, trgovac biva „nagrađen“ obustavljanjem postupka.

Ministarstvo rešenjem odlučuje o postojanju povrede, izriče meru zaštite kolektivnog interesa potrošača i određuje rok za njeno sprovođenje. Ta mera može da se sastoji u sledećem: Ministarstvo može da naredi licu protiv kojeg se vodi postupak (1) da prestane s kršenjem ZZP 2014 ili drugog zakona, kojim se ugrožava kolektivni interes potrošača (zakonodavac se ovde izričito zadržava na ugrožavanju i ne pominje povredu), te da se uzdrži od takvih postupanja ubuduće; (2) da ukloni utvrđenu nepravilnost (misli se, verovatno, na posledice nezakonitog postupanja); (3) da prestane s nepoštenom poslovnim praksom; (4) da obustavi ugovaranje nepravičnih ugovornih odredaba. (5) Kada je reč o nepoštenoj poslovnoj praksi, Ministarstvo može i da zabrani takvo postupanje: ovde zakonodavac govori o zabrani a ne o naredbi trgovcu da se od nečega uzdrži. (6) Na kraju, kada je reč o ugovaranju nepravičnih ugovornih odredaba, zakonodavac – verovatno greškom – propušta da izričito propiše meru zabrane ponovnog ugovaranja takvih odredaba.

Rešenje kojim je izrečena neka od navedenih mera zaštite kolektivnog interesa potrošača objavljuje se na internet stranici Ministarstva. Kada utvrdi da je došlo do povrede kolektivnog interesa potrošača, Ministarstvo podnosi i zahtev za pokretanje prekršajnog postupka protiv trgovca odnosno udruženja trgovaca. Protiv rešenja donetog u postupku zaštite kolektivnog interesa potrošača može se pokrenuti upravni spor. Zakonodavac izričito propisuje da pokretanje ili vođenje postupka za zaštitu kolektivnog interesa potrošača ne sprečava potrošača kome je prouzrokovana šteta da pokrene pred nadležnim sudom postupak za naknadu te štete ili da pred sudom pokrene postupak za poništaj ili utvrđivanje ništavosti ugovora, odnosno da pred sudom pokrene bilo koji drugi postupak za zaštitu svojih prava.

Konačno, sve građanskopravne posledice nezakonitog postupanja trgovca moraju se utvrditi ili izreći u tradicionalnim (individualnim) sudskim postupcima za zaštitu subjektivnih prava: Zakon o parničnom postupku je menjan i dopunjavan i nakon što su njegove odredbe o posebnom postupku za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana prestale da važe zbog suprotnosti s Ustavom,<sup>46</sup> ali tom prilikom zakonodavac nije ni pokušavao da uredi

45 Upor. „Ministarstvo prekida postupak ako se trgovac korektivnom izjavom obaveže da neće nastaviti ili ponoviti radnju ili akt kojim se šteti kolektivnom interesu potrošača.“ Čl. 152 st. 1 ZZP-2014.

46 Do toga je došlo na osnovu pomenute Odluke US IUz broj 51/2012 od 23. maja 2013, koja je objavljena u „Službenom glasniku RS“, br. 49/2013 od 5. juna 2013. Ustavni sud nije smatrao da su mehanizmi kolektivne sudske zaštite kao takvi u suprotnosti s Ustavom, nego da konkretna pravila nisu u dovoljnoj meri jasna, određena, precizna i sadržajno neprotivrečna.

ovaj horizontalni mehanizam na način koji ne bi protivrečio Ustavu.<sup>47</sup> Sektorska pravila ZZP 2010 o posebnom *sudskom* postupku za zaštitu kolektivnih prava i interesa potrošača prestala su da važe stupanjem na snagu novog ZZP 2014. Drugih pravila o tome u srpskom potrošačkom pravu nema.

Razlozi za usvajanje novog ZZP 2014 ležali su u uočenim manjkavostima sistema zaštite potrošača u Srbiji. Kada se ograničimo na manjkavosti koje se uopšte mogu objasniti propustima u normiranju odnosno lečiti promenama u normativnoj sferi – osnovni uzrok tih manjkavosti nisu bile materijalnopravne odredbe prethodnog zakona nego njegove postojeće (i nedostajuće) procesne odredbe.<sup>48</sup> Umesto da pokuša da te procesne odredbe popravi rukovodeći se zajedničkim načelima kolektivne zaštite koja je u međuvremenu u vidu pomenute *Preporuke* usvojila Evropska komisija, zakonodavac se odlučio da potpuno odustane od mehanizma kolektivne sudske zaštite i da nadležnost u toj oblasti poveri upravnom organu. Vrsta postupka je promenjena, ali su brojne manjkavosti ostale: nedostaje određenosti i jasnoće u definisanju kolektivnog interesa, povrede tog interesa, upravne stvari i modaliteta odlučivanja o njoj. Nedostaje i razjašnjenje predmeta zaštite, pa nije sasvim jasno šta se štiti – kolektivno pravo, kolektivni interes, agregacija individualnih prava odnosno interesa. Nejasno je i određenje mera kojima se utvrđena povreda može otkloniti. Nije razjašnjen ni uticaj koji odluke donete u ovom upravnom postupku imaju dalje u pojedinačnim postupcima pred sudovima. Na kraju, ukinuta je mogućnost da se bilo koja građanskopravna posledica nezakonitog postupanja trgovca (poništaj, utvrđenje ništavosti, dosuđenje naknade, restitucija) utvrdi ili izrekne u postupku kolektivne zaštite. Potrošač sada u tom smislu ima na raspolaganju samo tradicionalne procesne mehanizme.

#### 4. ZZP 2014 U SVETLU PREPORUKE EU O ZAJEDNIČKIM NAČELIMA KOLEKTIVNE ZAŠTITE

U pomenutoj Preporuci Evropske komisije iz 2013. godine pravi se razlika između kolektivnih zahteva za propuštanje (*injunctive collective redress*) i kolektivnih zahteva za naknadu štete (*compensatory collective redress*). Preporuka nije ograničena na potrošački kontekst, nego predviđa horizontalnu primenu zajedničkih načela kolektivne zaštite u vezi s povredama prava koja su garantovana pravom Evropske unije, a naročito na polju zaštite potrošača, konkurencije, ulaganja, životne sredine, podataka o ličnosti i u oblasti finansijskih usluga. *Primenjeno na potrošački kontekst:*

- 1) Kolektivni zahtev za propuštanje podnose zajedno dva ili više potrošača, ili ga podnosi subjekt koji je posebno ovlašćen da štiti kolektivne interese potrošača (primera radi, organizacija za zaštitu potrošača), pod uslovom da dva ili više potrošača tvrde da im preti opasnost od povrede ili da su već pretrpeli povredu usled iste protivpravne radnje jednog ili više

<sup>47</sup> „Službeni glasnik RS”, br. 55/2014 od 23. maja 2014.

<sup>48</sup> Već bi lakši pristup sudovima, to jest olakšana zaštita onih subjektivnih prava koja su *opštim pravilima obligacionog prava* garantovana svima, umnogome poboljšala položaj potrošača.



trgovaca. U ovom potonjem slučaju, potrošači kojima pretila povreda ili su je već pretrpeli *nisu* stranke u postupku, nego je to onaj subjekt koji je ovlašćen da štiti kolektivne interese potrošača. Važno je da se istakne da iz Preporuke proizlazi da ovim kolektivnim zahtevima za *propuštanje* odgovara bilo sudski, bilo upravni postupak, odnosno da zajednička načela dopuštaju da se nacionalnim pravom predvidi mogućnost isticanja takvih zahteva u bilo kojem od ta dva postupka (vid. čl. 19 Preporuke). Međutim, u odeljku koji se tiče *zajedničkih* načela za kolektivne zahteve za propuštanje i kolektivne zahteve za naknadu štete,<sup>49</sup> Preporuka se na više mesta ograničava na nadležne sudove a upravni organi se ne pominju: primerice, kada je reč o oceni suda o dopuštenosti zahteva, obavezi podnosioca zahteva da na samom početku postupka obavesti sud o izvorima iz kojih će finansirati svoje učešće u postupku itd.

- 2) U slučaju da dva ili više potrošača pretrpe štetu izazvanu istom protivpravnom radnjom jednog ili više trgovaca, kolektivni zahtev za naknadu štete mogu da podnesu zajedno dva ili više potrošača, a to može i subjekat koji je posebno ovlašćen da štiti kolektivni interes potrošača.<sup>50</sup> Takva *kompensatorna* kolektivna zaštita ostvaruje se u postupku pred sudom.<sup>51</sup>

---

49 Preporuka sadrži zajednička načela koja se jednako odnose na kolektivne zahteve za naknadu štete i na kolektivne zahteve za propuštanje (čl. 4–18 Preporuke). Ta načela se tiču sledećih pitanja: uslovi koje treba da ispunjavaju subjekti koji su ovlašćeni da podnose kolektivne zahteve (neprofitni karakter, neposredna veza između njihovih ciljeva i datog kolektivnog interesa, opremljenost, stručna osposobljenost), način na koji se finansiraju podnosioci kolektivnih zahteva i mehanizmi koji obezbeđuju njihovu nezavisnost u donošenju procesnih odluka od trećeg lica koje finansira postupak, rana provera dopuštenosti zahteva, afirmacija principa da strana koja izgubi – snosi troškove druge strane ('loser pays principle'), način na koji se objavljuju podaci o pokretanju i toku postupka, olakšano odlučivanje u prekograničnim sporovima odnosno stvarima. Ovde nema prostora za detaljnu analizu usklađenosti pravila ZZP 2014 odnosno ZOUP sa svime što je preporučeno. Ako se odluči na to da uvede horizontalni mehanizam kolektivne zaštite, ili barem da u potrošačkom kontekstu propiše kompletnu – preventivnu i kompenzatornu – kolektivnu zaštitu, domaći zakonodavac bi trebalo da uzme u obzir preporučena načela jer ona predstavljaju minimum o kojem je do sada postignuta saglasnost u ovoj oblasti na nivou EU.

50 U nekim pravnim sistemima organizacije za zaštitu potrošača mogu da zahtevaju naknadu štete zbog povrede kolektivnog interesa potrošača, bez obzira na to da li je ijedan konkretan potrošač pretrpeo štetu. Tu je reč o kompenzatornoj zaštiti kolektivnog interesa – interesa čiji je nosilac zajednica – a ne o kolektivnoj zaštiti većeg broja individualnih prava na naknadu štete. Upor. Civic Consulting (Lead) and Oxford Economics, *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union – Part I: Main report*, 2008, 30, [http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress\\_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf), pristup: 25. jula 2014. Takva rešenja su izuzetno retka. Primera radi, u bugarskom pravu organizacija za zaštitu potrošača može da zahteva naknadu štete prouzrokovane povredom kolektivnog interesa potrošača. Dobijenu naknadu može da upotrebi samo za dalju zaštitu potrošačkih interesa. Bugarski Zakon o zaštiti potrošača (2005) dostupan je na bugarskom i engleskom jeziku, na stranici bugarskog Ministarstva ekonomije i energetike: <http://www.mi.government.bg/en/library/consumer-protection-act-1-c25-m258-2.html>, pristup: 25. jul 2014. Vid. čl. 188 tog zakona.

51 Preporuka poznaje još jedno pravno sredstvo, a to je kolektivni zahtev za propuštanje odnosno kolektivni zahtev za naknadu štete koji se podnosi nakon što je nadležni organ

Prvo, Srbija nema horizontalna pravila o kolektivnoj zaštiti. Pokušaj da se to učini napravljen je 2011. usvajanjem pravila o posebnom parničnom postupku za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana. Nakon što je 2013. godine Ustavni sud utvrdio da ove odredbe ZPP nisu u skladu s Ustavom, zakonodavac više nije pokušavao da uredi ovo pitanje – čak ni kada je drugim povodom menjao i dopunjavao taj isti zakon. Drugo, Srbija više nema ni pravila o sektorskoj kolektivnoj zaštiti potrošača u sudskom postupku: procesna pravila prethodnog ZPP 2010 kojima je bio uređen poseban parnični postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa potrošača ne važe od sredine 2014, to jest od usvajanja novog ZPP 2014. Nije sporno da su ta pravila bila nedovoljno jasna i razvijena – sporno je samo da li je trebalo raditi na tome da se ona poboljšaju ili je od njih trebalo sasvim odustati. Zakonodavac je izabrao ovo drugo, pa neću ni razmatrati onaj deo Preporuke koji se odnosi samo na kolektivne zahteve za naknadu štete, koji se po definiciji postavljaju u postupku pred sudom: trenutno u srpskom pravu ne postoji njihov funkcionalni ekvivalent, pa ni poređenje s njima nije moguće. Inače, Preporuka je u tom delu veoma detaljna i srpski zakonodavac bi trebalo da je uzme u obzir ukoliko iznova pokuša da uredi kolektivne mehanizme preventivne i kompenzatorne zaštite potrošača i drugih nosilaca kolektivnih interesa.

Kada je reč o preventivnoj zaštiti to jest o kolektivnim zahtevima za propuštanje, Preporuka upućuje na pravila o skraćenom postupku – uvek kada je moguće da se postupak sprovede po njima, te ukazuje na potrebu da se propišu odgovarajuće sankcije (penali, kazne i slično) za propuštanje trgovca da blagovremeno postupi po odluci o kolektivnom zahtevu za propuštanje. Tu je moguće poređenje s novim pravilima ZPP 2014 o sektorskoj kolektivnoj zaštiti potrošača u upravnom postupku: (1) U postupku zaštite kolektivnog interesa primenjuju se pravila opšteg upravnog postupka, ako zakonom nije drugačije propisano (vid. čl. 146, st. 5 ZPP 2014). Ovo se odnosi i na pravila opšteg upravnog postupka o uslovima pod kojima upravni organ može neposredno da odluči o upravnoj stvari u skraćenom postupku.<sup>52</sup> Kada se ima u vidu važnost koja se pridaje blagovremenom i efikasnom sprečavanju trgovca da postupa na način koji vređa kolektivne interese potrošača, izgleda da je trebalo da se *izričito* propiše da Ministarstvo može u skraćenom postupku neposredno da rešava o zahtevu za zaštitu kolektivnih prava i interesa potrošača. (2) Što se tiče kazni koje bi trebalo da obezbede efikasnost izvršavanja

---

javne vlasti utvrdio da je došlo do povrede prava EU (*action collective de suivi, collective follow-on action*).

52 On to može ako može da se utvrdi činjenično stanje na osnovu činjenica i dokaza koje je stranka navela u svom zahtevu; ili na osnovu opštepoznatih činjenica; ili činjenica koje su poznate organu; ili ako činjenično stanje može da se utvrdi neposrednim uvidom odnosno na osnovu podataka iz službenih evidencija a stranka ne mora da se sasluša radi zaštite njenih prava i pravnih interesa; ako je posebnim propisom predviđeno da upravna stvar može da se reši već ako su činjenice ili okolnosti učinjene *verovatnim* a iz svih okolnosti proizlazi da zahtevu stranke treba da se udovolji; kada je reč o preduzimanju u javnom interesu hitnih mera koje ne trpe odlaganje a činjenice na kojima rešenje treba da bude zasnovano jesu utvrđene ili bar učinjene verovatnim. Upor. čl. 131 st. 1 ZOUN.

rešenja donetog po zahtevu za propuštanje, čini se da bi ovde trebalo da se primene pravila opšteg upravnog postupka o izvršenju nenovčanih obaveza prinudom. Prema tim pravilima trgovcu u svojstvu izvršenika može da se izrekne novčana kazna koja ne može da bude manja od 5.000 niti veća od 20.000 dinara kada se izriče prvi put. Ta kazna može da se izrekne i više puta, ali zbir izrečenih kazni ne može da bude veći od desetstrukog iznosa prvi put izrečene novčane kazne. Drugim rečima, ukupan iznos svih kazni izrečenih u pokušaju da se trgovac privoli na uzdržavanje od postupaka kojima povređuje kolektivne interese potrošača ne može da pređe 200.000 dinara odnosno oko 1.700 evra – što ni izbliza nije dovoljno da bi se obezbedio onaj stepen efikasnosti izvršenja koji Preporuka postavlja kao cilj.<sup>53</sup>

*Prof. dr Marija Karanikić Mirić\**

## CONSUMER COLLECTIVE REDRESS IN SERBIAN LAW

### Summary

*This article follows the hesitant development of collective redress mechanisms in the sphere of consumer protection in Serbia. The National Assembly made the first attempt to regulate horizontal judicial collective redress in 2011, but the Constitutional Court ruled the relevant provisions of the Civil Procedure Act to be unconstitutional due to lack of clarity, soundness and coherence. The first sectoral collective redress mechanism was introduced in 2010. It was related specifically to the collective interests of the consumers: The Consumer Protection Act of 2010 contained some limited and insufficient provisions on judicial injunction procedure against unfair terms and unfair commercial practices, as well as an underdeveloped rule on skimming-off procedure in relation to the ill-gotten gains. These statutory provisions were abrogated in July 2014, when the National Assembly passed the new Consumer Protection Act. The leg-*

53 Novčana kazna koja bi mogla da se izrekne pravnom licu kao izvršnom dužniku u postupku prinudnog ostvarivanja potraživanja utvrđenog sudskom odlukom iznosi od 100.000 do 2.000.000 dinara. Vid. Čl. 51 st. 1 Zakona o izvršenju i obezbeđenju – ZIO, „Službeni glasnik RS”, br. 31/2011, 99/2011 – dr. zakon, 109/2013 – odluka US i 55/2014. Isto tako, sud bi mogao da obaveže izvršnog dužnika nenovčane obaveze utvrđene pravosnažnom sudskom odlukom na plaćanje sudskih penala predviđenih pravilima obligacionog prava, vid. čl. 52 i 53 ZIO, u vezi s čl. 294 ZOO. Međutim, pravosnažna odluka doneta u upravnom postupku predstavlja izvršnu ispravu prema čl. 13 ZIO samo ako glasi na ispunjenje novčane obaveze. To ovde nije slučaj, pa se izvršenje ne sprovodi po pravilima ZIO, nego prema pravilima ZOUP. Upor. Vesna Rakić Vodinečić, „Izvršni postupak”, u: B. Poznić, V. Rakić Vodinečić, 437.

54 Marija Karanikić Mirić, LL.M., Ph.D., Associate professor, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Legal Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

*islator exempted sectoral collective redress from the jurisdiction of the courts, and placed injunctive collective redress under the jurisdiction of the Ministry in charge of consumer protection. There are no rules on consumer compensatory collective redress in Serbia at this moment. The author examines the most recent legislative change, the reasons for and the consequences of this alteration, and the compliance of the new statutory rules with the Commission Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms (2013/396/EU).*

**Key words:** *Consumer collective redress mechanisms. – Injunctive collective redress. – Compensatory collective redress. – Recommendation 2013/396/EU.*

## OBJEKTIVNI ROK ZA PODNOŠENJE PREDLOGA ZA PONAVLJANJE PARNIČNOG POSTUPKA – ODLUKA USTAVNOG SUDA I EVROPSKI STANDARDI

### Apstrakt

*Ustavni sud je na sednici održanoj 21. februara 2013. godine, doneo odluku kojom se utvrđuje da odredba člana 428. stav 3. Zakona o parničnom postupku nije u saglasnosti sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorom. Na osnovu člana 168. stav 3. Ustava, odredba člana 428. stav 3. Zakona o parničnom postupku prestala je da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda u „Službenom glasniku Republike Srbije”. Član 428. stav 3. Zakona o parničnom postupku uređivao je objektivni rok za podnošenje predloga za ponavljanje postupka. Njime je bilo propisano da se po proteku roka od pet godina od dana kada je odluka postala pravnosnažna, predlog za ponavljanje postupka ne može podneti. Time je stvorena praznina koju je zakonodavac trebalo da popuni Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku („Službeni glasnik RS“; br. 55/2014).*

*Ključne reči: Predlog za ponavljanje parničnog postupka. – Objektivni rok. – Delotvornost. – Evropski sud za ljudska prava. – Ustavni sud.*

### 1. PREDLOG ZA PONAVLJANJE POSTUPKA PREMA NOVOM ZAKONU O PARNIČNOM POSTUPKU

Pre nego što se osvrnemo na argumentaciju koja stoji iza ovakve odluke Ustavnog suda, podsetićemo na sistem vanrednih pravnih lekova uređen novim Zakonom o parničnom postupku (dalje: ZPP). Svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu (član 36. stav 2. Ustava Srbije). Ustav Srbije utvrđuje obavezu zakonodavcu da omogući instancionu kontrolu, tj. najmanje dvostepen postupak, ali ne i postupak po vanrednim pravnim lekovima. Članom 6 (1) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: EKLJP) država članicu se ne primorava da uspostavi apelacione ili kasacione sudove. Ako ih ipak uspostavi, onda se moraju pošto-

---

\* Dr Nikola Bodiroga, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

vati garantije iz člana 6 (1) EKLJP, odnosno tom sudu se mora omogućiti da može da odluči o sporu koji se tiče utvrđivanja subjektivnih građanskih prava i dužnosti.<sup>1</sup> Prilikom uređivanja sistema vanrednih pravnih lekova mora se voditi računa o odnosu između pravnosnažnosti, te potrebe za poštovanjem pravne sigurnosti, s jedne, i zahteva za obesnaživanjem pravnosnažnih sudskih odluka koje su zahvaćene najtežim povredama zakona, s druge strane.

Novi Zakon o parničnom postupku uneo je određene izmene u režimu vanrednih pravnih lekova. Direktna revizija je ukinuta kao nedelotvoran pravni lek. Imovinski cenzus za reviziju je prvobitno zadržan u iznosu 100.000 evra, da bi potom Zakonom o izmenama i dopunama ZPP („Službeni glasnik RS“, br. 55/2014) smanjen na 40.000 evra (član 403. stav 3 ZPP), a revizija je usled usvajanja navedenih izmena i dopuna postala dozvoljena uvek kada je drugostepeni sud preinačio presudu i odlučio o zahtevima stranaka (član 403. stav 2. tačka 2. ZPP), kao i uvek kada je drugostepeni sud usvojio žalbu, ukinuo presudu i odlučio o zahtevima stranaka (član 403. stav 2. tačka 3. ZPP).<sup>2</sup> Razlozi za izjavljivanje revizije su redukovani, kako se ne bi preklapali sa razlozima za ponavljanje postupka. Zahtev za zaštitu zakonitosti sada postoji pod drugim imenom, kao „zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude“, sa znatno širim i neodređenijim razlogom za izjavljivanje. Taj pravni lek je rezervisan samo za republičkog javnog tužioca.

Predlog za ponavljanje parničnog postupka, najmanje sporan i najčešće upotrebljavan vanredni pravni lek, nije 2011. pretrpeo značajnije izmene. Naime, još usvajanjem Zakona o izmenama i dopunama ZPP 2009. godine dodat je još jedan razlog ponavljanja: odluka Ustavnog suda (dalje: US) o povredi zajemčenog ljudskog ili manjinskog prava u parničnom postupku. Ova izmena je prirodna ako se ima u vidu da se stranke pre obraćanja Evropskom sudu za ljudska prava (dalje: ESLJP) obraćaju US zbog povreda zajemčenih ljudskih i manjinskih prava. Pre usvajanja Zakona o izmenama i dopunama ZPP relevantna je bila jedino presuda ESLJP<sup>3</sup>. Samo uvođenje novog ra-

1 *Dobrić protiv Srbije*, presuda Evropskog suda za ljudska prava (§§ 51, 52) od 21. juna 2011. godine

2 Takvo uređivanje revizije izraz je nepoznavanja cilja tog pravnog leka i nespojivo je sa ulogom Vrhovnog kasacionog suda u organizaciji sudske vlasti.

3 ZPP 2004 u članu 422. stav 1. tačka 10. propisivao je da se postupak koji je odlukom suda pravnosnažno završen po predlogu stranke može ponoviti ako je po pravnosnažno okončanom postupku pred domaćim sudom, ESLJP doneo odluku o istom ili sličnom ili pravom odnosu protiv Srbije. Unošenje ovog razloga za ponavljanje postupka bilo je posledica Preporuke br. R (2000) 2 Komiteta ministara Saveta Evrope upućene državama članicama za preispitivanje ili ponovno otvaranje određenih predmeta na domaćem nivou po izricanju presuda ESLJP: shodno članu 46. EKLJP strane ugovornice su prihvatile obavezu da poštuju pravnosnažnu presudu ESLJP u svakom predmetu, kao i da Komitet ministara nadzire njeno izvršenje. Osim mere pravičnog zadovoljenja u skladu sa članom 41. EKLJP to mogu biti i mere kojima se oštećena strana stavlja u isti položaj koji je imala pre kršenja EKLJP. Praksa Komiteta ministara u pogledu nadziranja izvršenja presuda ESLJP pokazuje da se u vanrednim okolnostima preispitivanje predmeta ili ponovno otvaranje postupka pokazalo najefikasnijim, ako ne i jedinim sredstvom za postizanje *restitutio in integrum*.



zloga za ponavljanje postupka – odluke US o povredi zajemčenog ljudskog ili manjinskog prava u parničnom postupku, takođe je posledica zahteva za poštovanjem preporuka Saveta Evrope.<sup>4</sup>

Opređenje zakonodavca je bilo da predlog za ponavljanje postupka bude najvažniji vanredni pravni lek. To se vidi po brojnim razlozima za ponavljanje postupka, dugim rokovima, te propisivanju obaveznog advokatskog zastupanja u postupku po ovom pravnom leku. Razlozi za ponavljanje postupka su i dalje najteže povrede zakonitosti, s tim što su izvršene određene dopune, korekcije i preciziranja.

Postupak koji je odlukom suda pravnosnažno okončan može da se po predlogu stranke ponovi: 1) ako je sud bio nepropisno sastavljen ili ako je sudio sudija koji je po zakonu morao da bude isključen ili je rešenjem suda bio izuzet ili ako je u donošenju presude učestvovao sudija koji nije učestvovao na glavnoj raspravi;<sup>5</sup> 2) ako stranci nezakonitim postupanjem, a naročito propuštanjem dostavljanja, nije bilo omogućeno da raspravlja pred sudom;

4 Preporuka br. R (2004) 6 Komiteta ministara zemalja članica o poboljšanju domaćih pravnih sredstava. Na Ministarskoj konferenciji u Rimu održanoj 3. i 4. novembra 2000. godine povodom obeležavanja 50. godišnjice EKLJP naglašeno je da su zemlje članice prevashodno odgovorne za osiguranje poštovanja prava i sloboda navedenih u EKLJP, da one moraju pružiti pravne instrumente da se spreči kršenje i da se, gde je neophodno, dâ obeštećenje. U tom smislu član 13. EKLJP garantuje postojanje pravnog sredstva u domaćem zakonu kojim bi se osigurala prava i obaveze navedene u EKLJP. Iz tog člana proizilazi zahtev za postojanjem pravnog sredstva koje će biti delotvorno kako u pravu, tako i u praksi. Delotvornost pravnog sredstva ne zavisi od sigurnog ishoda za podnosioca predstavlja, ali podrazumeva minimalni zahtev brzine.

5 Ovaj razlog za ponavljanje postupka je bilo neophodno uvesti, zapravo vratiti, jer je taj razlog postojao sve do donošenja ZPP 2004, a onda je bez nekog detaljnog obrazloženja izostavljen. Stranke mogu da podnesu predlog za izuzeće, odnosno isključenje čim saznaju da postoji razlog, a najkasnije do zaključenja rasprave pred prvostepenim sudom, a ako nije bilo raspravljanja, do donošenja odluke. U postupku po pravnom leku stvari stoje nešto drukčije. Zahtev za isključenje sudije koji odlučuje po pravnom leku, stranka može da podnese do donošenja odluke o pravnom leku, a zahtev za izuzeće u roku od 15 dana od dana prijema spisa u sud višeg stepena. Ako veće bude promenjeno, rok za podnošenje zahteva za izuzeće počinje teći iznova od dana dostavljanja stranci te odluke suda. Ovo nije najsrećnije rešenje jer se razlog za izuzeće može manifestovati i kasnije (npr. na glavnoj raspravi pred drugostepenim sudom), i nakon proteka roka od 15 dana od prijema spisa u sud višeg stepena. Kako će stranka znati kada je predmet primljen u sud višeg stepena, ako se ne održava rasprava pred drugostepenim sudom i da li treba očekivati od stranke da prati kada je predmet primljen u sud višeg stepena. Time se stranka prekludira u podnošenju ovog zahteva, a isključenje i izuzeće sudije je institut koji je u funkciji prava na pravično suđenje. S druge strane, zahtev za isključenje se može podneti do donošenja odluke o pravnom leku. Neopravdano je u ovoj situaciji praviti razliku između isključenja i izuzeća, redovno se za razlog za izuzeće saznae kasnije, odnosno vidi se iz ponašanja sudije. U postupku pred drugostepenim sudovima, zabeleženi su slučajevi da u suđenju učestvuju krvni srodnici stranaka (npr. rođena sestra jedne od stranaka), pa pošto se odlučuje po pravilu bez rasprave, stranka sazna za to redovno tek pošto je odluka doneta. Revizija se iz tog razloga sada ne može izjaviti, a i ranije nije mogla ako je vrednost predmeta spora pobijanog dela drugostepene presude ispod postavljenog cenzusa. Tada bi stranci koja je uskraćena u pravu na pravično suđenje stajala na raspolaganju samo ustavna žalba. Opređenje zakonodavca je bilo da je bolje da se takve nezakonitosti otklanjaju po predlogu za ponavljanje postupka.

3) ako je u postupku kao tužilac ili tuženi učestvovalo lice koje ne može da bude stranka u postupku ili ako stranku koja je pravno lice nije zastupalo ovlašćeno lice ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik ili ako zakonski zastupnik, odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebno ovlašćenje za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, osim ako vođenje parnice, odnosno vršenje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno; 4) ako se odluka suda zasniva na lažnom iskazu svedoka ili veštaka; 5) ako se odluka suda zasniva na ispravi koja je falsifikovana ili u kojoj je overen neistinit sadržaj; 6) ako je do odluke suda došlo usled krivičnog dela sudije, odnosno sudije porotnika, zakonskog zastupnika ili punomoćnika stranke, protivne stranke ili trećeg lica;<sup>6</sup> 7) ako stranka stekne mogućnost da upotrebi pravnosnažnu odluku suda koja je ranije među istim strankama doneta o istom zahtevu; 8) ako se odluka suda zasniva na drugoj odluci suda ili na odluci nekog drugog organa, a ta odluka bude pravnosnažno preinačena, ukinuta, odnosno poništena; 9) ako je naknadno pred nadležnim organom na drugačiji način pravnosnažno, odnosno konačno rešeno prethodno pitanje (član 12) na kome je sudska odluka zasnovana; 10) ako stranka sazna za nove činjenice ili nađe ili stekne mogućnost da upotrebi nove dokaze na osnovu kojih je za stranku mogla da bude doneta povoljnija odluka da su te činjenice ili dokazi bili upotrebljeni u ranijem postupku; 11) ako stranka stekne mogućnost da upotrebi odluku ESLJP kojom je utvrđena povreda ljudskog prava, a to je moglo da bude od uticaja na donošenje povoljnije odluke;<sup>7</sup> 2) ako je Ustavni sud, u postupku po ustavnoj žalbi, utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku, a to je moglo da bude od uticaja na donošenje povoljnije odluke (član 426, stav 1).<sup>8</sup>

6 Taj razlog se može dokazivati samo pravnosnažnom krivičnom presudom, osim ako je zbog postojanja procesnih smetnji vođenje krivičnog postupka bilo nemoguće, u kojem slučaju se o postojanju krivičnog dela može rešiti kao o prethodnom pitanju.

7 Taj razlog je sužen jer sud sudi na osnovu Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih opštih akata. Kada je taj razlog za ponavljanje postupka uveden odredbama ZPP 2004, formulacija je bila nešto drugačija. Tada se tražilo da je, po pravnosnažno okončanom postupku pred domaćim sudom, ESLJP doneo odluku o istom ili sličnom pravnom odnosu. Očigledno se htelo reći da ako postoji više sporova zajedničkih činjeničnih i pravnih obeležja u kojima je počinjena ista povreda EKLJP, nije neophodno da svaka od tih stranaka ishoduje povoljnu presudu ESLJP, već je dovoljno da jedna uspe, pa da se stranke iz odnosa koji ima istovrsna činjenična i pravna obeležja na tu presudu mogu pozvati. Neke zemlje su otišle čak korak dalje i propisale da je u ponovljenom postupku parnični sud dužan da se drži pravnih shvatanja ESLJP. Ovdje je trebalo pronaći pravu meru koja neće dovesti u pitanje sudske funkciju kako je Ustavom definisana jer široke formulacije vode u primenu precedentnog prava. Zato povreda prava utvrđena pred ESLJP može biti razlog ponavljanja, ali samo ako je u uzročnoj vezi sa donošenjem nezakonite i nepravilne odluke. Naime, nije svaka povreda prava iz EKLJP takvog značaja da bi zbog nje postupak trebalo ponoviti (na primer, povreda prava na suđenje razumnom roku ne bi trebalo da vodi ponavljanju postupka).

8 Do sada smo imali takvu praksu da je taj razlog za ponavljanje postupka bio nepotreban. Kada utvrdi povredu prava, US je poništavao sudske odluke, pozivajući se na član 89. Zakona o Ustavnom sudu. Kad US utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom,

## 2. ROKOVI ZA PODNOŠENJE PREDLOGA ZA PONAVLJANJE POSTUPKA

ZPP razlikuje subjektivni i objektivni rok za podnošenje predloga. Predlog za ponavljanje postupka podnosi se u roku od 60 dana, i to: 1) u slučaju iz člana 426. tač. 1) i 2) ovog zakona, od dana kada je odluka dostavljena stranci; 2) u slučajevima iz člana 426. tačka 3) ovog zakona, ako je u postupku kao tužilac ili tuženi učestvovalo lice koje ne može da bude stranka u postupku, od dana kada je odluka dostavljena tom licu; ako stranku koja je pravno lice nije zastupalo ovlašćeno lice ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik, od dana kad je odluka dostavljena stranci, odnosno njenom zakonskom zastupniku, a ako zakonski zastupnik, odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebno ovlašćenje za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, od dana kad je stranka saznala za ovaj razlog; 3) u slučajevima iz člana 426. tač. 4) do 6) ovog zakona, od dana kada je stranka saznala za pravnosnažnu presudu u krivičnom postupku, a ako krivični postupak ne može da se sprovede, onda od dana kad je saznala za obustavu tog postupka ili za okolnosti zbog kojih postupak ne može da se pokrene; 4) u slučajevima iz člana 426. tač. 7), 8), 11) i 12) ovog zakona, od dana kada je stranka mogla da upotrebi pravnosnažnu odluku koja je razlog za ponavljanje postupka; 5) u slučaju iz člana 426. tačka 9) ovog zakona, od dana kada je odluka kojom je nadležni organ pravnosnažno rešio prethodno pitanje na kome je odluka zasnovana dostavljena stranci; 6) u slučaju iz člana 426. tačka 10) ovog zakona, od dana kada je stranka mogla da iznese sudu nove činjenice, odnosno nova dokazna sredstva. Ako bi rok iz stava 1. ovog člana počeo da teče pre nego što je odluka postala pravnosnažna, taj rok se računa od pravnosnažnosti odluke, ako protiv nje nije bio izjavljen pravni lek, odnosno od dostavljanja pravnosnažne odluke suda izrečene u poslednjem stepenu (član 428. stav 2).

Objektivni rokovi su morali biti ograničeni. ZPP 2004 je propisivao da se po proteku roka od pet godina od kada je odluka postala pravnosnažna predlog za ponavljanje postupka ne može podneti, osim ako se ponavljanje traži iz razloga koji se odnose na uskraćivanje prava na raspravljanje pred

---

odnosno radnjom, povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom, poništiće pojedinačni akt, odnosno zabraniće dalje vršenje ili narediti vršenje određene radnje i odrediti da se uklone štetne posledice u određenom roku. Sudska presuda je pojedinačni pravni akt, pa je US poništavao i sudske presude. To je, s jedne strane, izazivalo negodovanje sudova, s druge strane, iz pojedinih sudova su izlazile sudske odluke koje se nisu mogle održati na snazi. Tako je US vršio funkciju suda četvrtog stepena. Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o Ustavnom sudu usvojenim krajem 2011. godine, ovaj član je izmenjen. „Kada Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom, može poništiti pojedinačni akt *osim sudske odluke*, zabraniti dalje vršenje radnje ili odrediti preduzimanje druge mere ili radnje kojom se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede lili uskraćivanja zajemčenih prava i sloboda i odrediti način pravičnog zadovoljenja podnosioca” (član 89, stav 2). Nakon toga je US svojom odlukom IUZ 97/2012 proglasio neustavnim izuzimanje sudske odluke od poništavanja pa smo se vratili na prvobitno stanje.

sudom, povredu pravila o stranačkoj, parničnoj sposobnosti i odluku ESLJP. Međutim, neprihvatljivo je sa aspekta pravne sigurnosti omogućiti stavljanje van snage pravnosnažne odluke čak i kada je od njenog donošenja proteklo dosta vremena. Zato se zakonodavac opredelio za definisanje objektivnog roka i kod ovih razloga. Tako dolazimo do spornog člana 428. stav 3. ZPP koji je Ustavni sud proglasio neustavnim. On je glasio: „Po proteku roka od pet godina od dana kad je odluka postala pravnosnažna, predlog za ponavljanje postupka ne može da se podnese. Pred Ustavnim sudom se postavilo pitanje da li se može desiti da usled činjenice da je postupak pred ESLJP trajao duže nego što iznosi objektivni rok za podnošenje predloga za ponavljanje postupka, stranka može biti lišena prava na podnošenje ovog pravnog leka, s pozivom na povredu prava koju je utvrdio ESLJP (član 426. tačka 11. ZPP). Isto pitanje postavilo se pred US i povodom podnošenja predloga za ponavljanje postupka s pozivom na odluku US kojom je po ustavnoj žalbi utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupka, a to je moglo biti od uticaja na donošenje povoljnije odluke (član 426. tačka 12. ZPP).

Vanrednim pravnim lekovima, pa tako i predlogom za ponavljanje postupka dovodi se u pitanje pravnosnažna sudska odluka. Pravnosnažnost je u interesu pravne sigurnosti. Postupak jednom mora da se okonča. Pravnosnažna sudska presuda kojom je na autoritativan i nesumnjiv način odlučeno o potraživanju predstavlja sastavni deo prava na imovinu iz člana 1. Protokola I uz EKLJP. Zato se za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka (kojim se teži stavljanju van snage pravnosnažne sudske odluke) vezuju dosta strogi uslovi. Obavezno je advokatsko zastupanje. Predlog za ponavljanje postupka ima strožu sadržinu od drugih vanrednih pravnih lekova. Tako u predlogu za ponavljanje moraju da se navedu: zakonski osnov zbog kojeg se traži ponavljanje, okolnosti iz kojih proizilazi da je podnet u zakonskom roku i dokazi kojima se potkrepljuju navodi predlagača (član 429. stav 2. ZPP).

Posebno ograničenje predstavljao je član 428. stav 3. ZPP, odnosno postojanje objektivnog roka, nakon kojeg se predlog za ponavljanje postupka više ne bi mogao podneti. Duži rok je propisan jedino kada se ponavljanje postupka traži zbog uskraćivanja prava na raspravljanje pred sudom. Izuzetno od stava 3 ovog člana, predlog za ponavljanje postupka iz razloga navedenih u članu 426. stav 1. tačka 2. ovog zakona ne može da se podnese po proteku roka od 10 godina od dana kada je odluka postala pravnosnažna (član 428. stav 4 ZPP).

Kada stranka iscrpi sve pravne lekove propisane odredbama ZPP, može da podnese ustavnu žalbu. Ustavna žalba se može izjaviti u roku od 30 dana od dana dostavljanja pojedinačnog akta, odnosno od dana preduzimanja radnje kojom se povređuje ili uskraćuje ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom (član 84. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu). Nakon što se postupak po ustavnoj žalbi okonča stranka može da se obrati ESLJP. Obaveza prethodnog obraćanja US proizilazi iz činjenice da ESLJP ustavnu žalbu smatra delotvornim pravnim sredstvom u našem pravnom sistemu.

### 3. OBJEKTIVNI ROK KAO PREPREKA DELOTVORNOSTI PREDLOGA ZA PONAVLJANJE POSTUPKA

Pravo je stranke da podnese predlog za ponavljanje postupka pozivajući se na odluku ESLJP kojom je utvrđena povreda prava iz EKLJP, odnosno pozivajući se na odluku US kojom je utvrđena povreda ljudskog ili manjinskog prava povodom izjavljene ustavne žalbe. Tačno je da postupak pred ESLJP, odnosno pred US, može dugo da traje i da to trajanje postupka ne može da bude pripisano stranci. Usled toga može se desiti da stranka ishoduje presudu ESLJP, odnosno odluku US, nakon što je objektivni rok za podnošenje predloga za ponavljanje postupka protekao, odnosno nakon što je prošlo pet godina od pravnosnažnosti odluke protiv koje se želi podneti predlog za ponavljanje postupka.

Na početku smo napomenuli da ni EKLJP ni ESLJP ne primoravaju države potpisnice da ustanove sistem vanrednih pravnih lekova. Ta obaveza ne proizilazi ni iz Ustava Srbije. Ukoliko se pak država odluči da ustanovi sistem vanrednih pravnih lekova, na postupak po vanrednim pravnim lekovima moraju se primeniti standardi prava na pravično suđenje iz člana 6 (1) EKLJP. Isto tako država se ne može pozivati na to da određeni pravni lekovi u njenom sistemu postoje a da nije dokazana njihova delotvornost. To dalje nameće zahtev za poštovanjem standarda iz člana 13. EKLJP.

Delotvorno pravno sredstvo je ono pravno sredstvo koje je, po svojim osobinama i postupku koji se povodom njega vodi, takvo da omogućuje utvrđivanje povrede prava, obustavljanje daljih radnji koje predstavljaju povredu, ali i otklanjanje daljih posledica ove povrede. Delotvorno pravno sredstvo mora da pruži i mogućnosti za obeštećenje u slučaju utvrđene povrede.

ESLJP se u pojedinim predmetima protiv Srbije izjašnjavao o delotvornosti pojedinih pravnih sredstava u našem pravnom sistemu. Delotvorno pravno sredstvo mora biti deo normalnog postupka, a ne rezultat korišćenja diskrecionih ovlašćenja (*The Court reiterates that an effective domestic remedy must form part of the normal process of redress and cannot be of a discretionary character*). To dalje znači da podnosilac predstavke mora imati ovlašćenje da sam pokrene postupak, a ne da u tom smislu zavisi od dobre volje državnog službenika (*The applicant must therefore be able to initiate proceedings directly, without having to rely on the benevolence of a public official*).<sup>9</sup>

Kada se analiziraju navedeni standardi, predlog za ponavljanje postupka podnet s pozivom na odluku ESLJP o povredi prava, odnosno s pozivom na odluku US donetu o ustavnoj žalbi ne bi mogao da se smatra delotvornim pravnim lekom jer po njemu ne bi mogla da se utvrdi povreda prava, niti bi mogle da se obustave radnje koje predstavljaju povredu prava niti bi se posledice povrede mogle otkloniti, ako je odluka ESLJP, odnosno US doneta nakon što je protekao rok od 5 godina od pravnosnažnosti odluke. Predlog za ponavljanje postupka bi u toj situaciji bio odbačen kao neblagovremen.

9 Lepojić protiv Srbije, presuda ESLJP (paragrafi 54–57) od 6. novembra 2007. godine

Navedenu argumentaciju prihvata i Ustavni sud: „...Međutim, odredbom člana 428. stav 3. Zakona propisan je objektivni rok od pet godina za podnošenje predloga za ponavljanje postupka i u slučajevima kad stranka ste-kne mogućnost da upotrebi odluku Evropskog suda za ljudska prava kojom je utvrđena povreda ljudskog prava, a to je moglo biti od uticaja na donošenje povoljnije odluke u tom postupku, odnosno ako je Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog i manjinskog prava zajamčenog Ustavom u parničnom postupku, a to je moglo biti od uticaja na donošenje povoljnije odluke u tom postupku, i početak tog roka vezuje se za dan kada je parnični postupak pravnosnažno okončan. Ustavni sud nalazi da navedeno zakonsko rešenje nije saglasno sa Ustavom utvrđenim načelom da svako ima pravo na sudsku zaštitu, ako mu je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su tom povredom nastale (član 22. stav 1. Ustava), budući da se u tim slučajevima propisano pravno sredstvo ne može smatrati delotvornim sa stanovišta člana 13. Evropske konvencije. Ovo iz razloga što je nesporno da stranka ni na koji način ne može da utiče na to da se postupak zaštite njenih zajemčenih prava pred Ustavnim sudom i Evropskim sudom za ljudska prava okonča pre isteka roka propisanog odredbom člana 428. stav 3. Zakona. Kako je, prema stavu Evropskog suda za ljudska prava, ustavna žalba u Republici Srbiji delotvorno pravno sredstvo za zaštitu sloboda i prava građana i uslov za obraćanje Evropskom sudu je vođenje postupka pred Ustavnim sudom, u skladu sa pravom zajemčenim odredbom člana 22. stav 2. Ustava, odnosno da je građanin kao stranka prethodno zaštitu svojih prava pokušao da ostvari pred Ustavnim sudom, Sud je utvrdio da odredba člana 428. stav 3, u vezi razloga za ponavljanje postupka predviđenih članom 426. stav 1. tač. 11) i 12) Zakona o parničnom postupku, dovodi u pitanje ostvarivanje drugih prava zajemčenih Ustavom, i to konkretno ostvarivanje prava na pravično suđenje i prava na pravno sredstvo iz čl. 32. i 36. Ustava. Ovo stoga što stranka, u roku od šest meseci nakon odluke Ustavnog suda po ustavnoj žalbi, ima pravo da se obrati Evropskom sudu za ljudska prava...“

Sam pristup Ustavnog suda ovom problemu je parcijalan i osnov za reaganje Ustavnog suda je postojao mnogo ranije. Naime, predlog za ponavljanje postupka se, između ostalog, može podneti iz grupe razloga koje možemo zajedničkim imenom nazvati „krivična dela učesnika u postupku“. Ta grupa razloga postoji već nekoliko decenija u našim zakonima o parničnom postupku. Ukoliko se odluka suda zasniva na lažnom iskazu svedoka ili veštaka (član 426. tačka 4), odnosno na falsikovanoj ispravi (član 426. tačka 5), odnosno ako je do odluke suda došlo usled krivičnog dela sudije, odnosno sudije porotnika, zakonskog zastupnika ili punomoćnika stranke, protivne stranke ili trećeg lica (član 426. tačka 6). U slučaju da se predlog za ponavljanje postupka podnosi iz nekog od navedenih razloga, stranka postojanje tih razloga dokazuje pravnosnažnom presudom iz krivičnog postupka. To nesumnjivo proizilazi iz odredbe člana 428. stav 1, tačka 3: „Predlog za ponavljanje postupka se podnosi u roku od 60 dana, i to u slučajevima iz čl. 426. tač 4) do 6) ovog zakona, od dana kada je stranka saznala za pravnosnažnu presudu u krivičnom postupku, a ako krivični postupak ne može da se spro-



vede onda od dana kada je saznala za obustavu tog postupka ili za okolnosti zbog kojih postupak ne može da se pokrene“. Krivična dela kao razlozi za ponavljanje postupka postoje mnogo duže u našem parničnom zakonodavstvu nego presuda ESLJP, odnosno odluka US, pa i u toj situaciji se može desiti da krivični postupak traje duže nego što iznosi objektivni rok od 5 godina iz člana 428. stav 3. ZPP, za šta stranka koja podnosi predlog za ponavljanje postupka ne snosi krivicu, pa samim tim stranka koja podnosi predlog za ponavljanje postupka takođe može biti uskraćena u pravu na pravično suđenje. Na ovaj problem je ukazao i ESLJP u presudi *Melis protiv Grčke* od 17. aprila 2012. godine.

Zakonom o izmenama i dopunama ZPP („Službeni glasnik RS“, br. 55/2014), koji je donet kako bi se, između ostalog, i postupilo po odluci US, član 428. stav 3. ZPP izmenjen je tako da glasi: „Po proteku roka od pet godina od dana kada je odluka postala pravnosnažna, predlog za ponavljanje postupka ne može da se podnese, osim ako se ponavljanje traži iz razloga navedenih u članu 426. tač. 11) i 12) ovog zakona.“ To znači da se predlog za ponavljanje postupka s pozivom na odluku ESLJP ili US može podneti bez ikakvog vremenskog ograničenja. Zakonodavac je time propustio priliku da stavi u ravnotežu dva principa: princip pravne sigurnosti koji zahteva poštovanje pravnosnažnih presuda i princip delotvornosti pravnog leka. Time je zakonodavac samo delimično postupio po odluci US, a zapravo je stvorio još jednu pravnu prazninu. Umesto ranijeg kratkog objektivnog roka za podnošenje predloga za ponavljanje postupka s pozivom na odluku ESLJP ili US, zakonodavac se opredelio za nepostojanje roka. Problem nedelotvornosti predloga za ponavljanje postupka u situaciji kada se predlog podnosi zbog učinjenog krivičnog dela ni zakonodavac ni US nisu registrovali.

#### 4. ZAKLJUČAK

Odluka Ustavnog suda kojom je utvrđena neustavnost člana 428. stav 3. ZPP jeste korak ka unapređenju sistema pravnih lekova u našem parničnom postupku. U tekstu smo pokazali kako je objektivni rok iz člana 428. stav 3. ZPP bio prepreka delotvornosti predloga za ponavljanje postupka. Doduše, smatramo da se taj zaključak ne odnosi samo na situacije kada se predlog za ponavljanje postupka podnosi zbog odluke ESLJP ili US kojom je utvrđena povreda prava, već se on može proširiti i na podnošenje predloga za ponavljanje postupka zbog krivičnih dela počinjenih od strane učesnika u postupku. I u toj situaciji stranka koja podnosi predlog za ponavljanje postupka ne može biti kriva što je krivični postupak trajao duže od objektivnog roka za podnošenje predloga za ponavljanje postupka. Tom situacijom se Ustavni sud nije bavio, iako smo ukazali na presudu ESLJP u kojoj je analiziran ovaj problem. U svakom slučaju odluka Ustavnog suda stvorila je prostor za zakonodavnu intervenciju. Ta intervencija je bila u suštini ista kao i odluka Ustavnog suda, parcijalna i bez zadiranja u suštinu problema. Zakonodavac je, ukidajući objektivni rok za podnošenje predloga za ponavljanje postupka s pozivom na odluku ESLJP ili US, zapravo ukinuo pravnu sigurnost.

*Doc. dr Nikola Bodiroga, Assistant Professor\**

## DEADLINE FOR REQUESTING REPEATED CIVIL TRIAL – CONSTITUTIONAL COURT RULING AND EUROPEAN STANDARDS

### Summary

*The main focus of this paper is deadline for requesting repeated civil trial. This question is closely connected with effectiveness of this legal remedy. According to the Article 428, Paragraph 3 of 2011 Serbian Civil Procedure Code, motion for repeated trial couldn't have been filed after the expiry of five years from the day on which judgment became final. Since the proceedings before European Court for Human Rights and proceedings before the Constitutional Court could last more than five years, Constitutional Court found that in situation when repeated civil trial has been requested because of violations of human rights found by European Court for Human Rights or by Constitutional Court, motion for repeated civil trial cannot be considered an effective legal remedy. Therefore, Article 428, Paragraph 3 of Civil Procedure Code was in violation of Constitution. It became challenge for legislator to deal with this issue. According to the new provision of Article 428, Paragraph 3 Civil Procedure Code there isn't any deadline for requesting repeated civil trial because of violations of human rights found by European Court for Human Rights or by Constitutional Court. This created a state of legal uncertainty.*

*Key words: Motion for repeated civil trial. – Deadline. – Effectiveness. – Constitutional Court. – European Court for Human Rights.*

---

\* Nikola Bodiroga, PhD. Assistant professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

# JAVNO SAOPŠTAVANJE DELA I ZAŠTITA AUTORSKOG I SRODNIH PRAVA U INFORMACIONOM DRUŠTVU: NOVINE U PRAVU EVROPSKE UNIJE I NJIHOV UTICAJ NA PRAVNI OKVIR ZAŠTITE U SRBIJI

## Apstrakt

U februaru 2014. godine Sud pravde Evropske unije (Sud Evropske unije) je, u slučaju povodom tužbe novina Göteborg-Posten protiv švedskog društva Retriever Sverige, stao na stanovište da, radi usklađivanja određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu, Direktivu 2001/29/EZ treba tumačiti na način da stavljanje na internet stranicu hiperlinkova na koje je moguće kliknuti, a koji vode do dela slobodno dostupnih na drugoj internet stranici, ne predstavlja radnju javnog saopštavanja dela. To dalje znači da za te aktivnosti nije potrebno pribaviti ovlašćenje nosioca autorskog prava. Osim toga, Sud Evropske unije stao je na stanovište i da države članice nemaju pravo da pruže dodatnu zaštitu nosiocima autorskog prava određujući pojam javnog saopštavanja šire u odnosu na određenje stipulisano Direktivom 2001/29/EZ. U radu se ukazuje na osnove Direktive 2001/29/EZ, daje osvrt na stavove Suda Evropske unije koji su izneti u slučaju Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB i slučaju Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA i analizira uticaj koji oni imaju na razvoj zaštite autorskog i srodnih prava u informacionom društvu.

Ključne reči: Direktiva 2001/29/EZ. – Slučaj Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB. – Slučaj Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA. – Informaciono društvo. – Pravo interneta.

## 1. UVOD

Javno saopštavanje dela znači činjenje dostupnim javnosti autorskog dela žičanim ili bežičnim putem. To znači omogućavanje svakom licu da realizuje individualni pristup autorskom delu sa mesta i u vreme koje samo odabere.

---

\* Dr Mirjana Drenovak Ivanović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu na predmetima ekološko pravo i pravna informatika. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Kako autor ima isključivo pravo da odluči o tome da li će drugo lice imati pravo da njegovo autorsko delo javno saopšti, u slučaju povodom internet sajta koji uređuje švedsko društvo *Retriever Sverige*, a na kome je moguće kliknuti na hiperlink koji vodi do novinskih članaka objavljenih na drugim internet stranicama, pred Sudom Evropske unije otvoreno je nekoliko pitanja. Prvo, da li objavljivanje hiperlinka na ovaj način znači i javno saopštavanje autorskog dela i da li se time povređuje pravo autora da odlučuje o tome da li će autorsko delo biti javno saopšteno? Drugo, da li okolnost da se novinski članak na koji ukazuje hiperlink već nalazi na internet stranici kojoj može pristupiti svako, bez ograničenja, utiče na pravo autora da odluči o tome da li će i na koji način njegovo delo biti javno saopšteno i da li je autorsko pravo zaštićeno ako je pristup stranici ograničen na određeni način? Treće, da li je autorsko pravo jednako zaštićeno u slučaju kada se na internet stranici u potpunosti prenosi članak koji je već objavljen na drugoj, uz navođenje internet stranice na kojoj je objavljen i u slučaju kada se na internet stranici samo navodi hiperlink koji dalje vodi internet sajtu na kome je novinski članak objavljen? Da bi se pronašao odgovor na postavljena pitanja, neophodno je ukazati na osnove Direktive 2001/29/EZ o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu, koja na nivou Evropske unije uređuje pravo činjenje dostupnim javnosti autorskog dela.<sup>1</sup> Osim toga, neophodno je analizirati i stavove koje je Sud Evropske unije zauzeo u slučaju povodom tužbe novina *Göteborg-Posten* protiv švedskog društva *Retriever Sverige* u vezi sa prethodnim pitanjem koji je švedski žalbeni sud iz Sveae (*Svea hovrätt*) uputio povodom usklađivanja zakonodavstva država članica EU u oblasti autorskog i srodnih prava.<sup>2</sup>

## 2. PRAVNI OKVIR ZA UREĐENJE AUTORSKOG I SRODNIH PRAVA U INFORMACIONOM DRUŠTVU U PRAVU EVROPSKE UNIJE

Pravo interneta i autorsko pravo jesu grane prava koje poslednjih decenija beleže intenzivan razvoj. Razvoj tehnologije koja omogućava umnožavanje pisanih dela doveo je do potrebe da se zaštita autorskog dela pravno uredi. Prvi zakon o zaštiti autorskog prava jeste *Statute of Anne* donet u Velikoj Britaniji 1710. godine.<sup>3</sup> Taj zakon je korišćen kao model za donošenje posebnog zakona o zaštiti autorskog prava u Sjedinjenim Američkim Državama, koji je usvojen tek 1790. godine.<sup>4</sup> *Statute of Anne* je inspirisao i zakonodavce

1 Direktiva 2001/29/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 22. juna 2001. godine o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu, Službeni list EU L 167/10.

2 Slučaj C-466/12 Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v *Retriever Sverige AB*, od 18. oktobra 2012. godine.

3 *Act for the Encouragement of Learning, by securing copies of maps, charts and books, to the authors and proprietors of such copies* (1790), 7.

4 *Laws of the United States of America, from the 4<sup>th</sup> of March, 1789, to the 4<sup>th</sup> of March 1815: including the Constitution of the United States, the old Act of Confederation, treaties, and*

u Francuskoj i Nemačkoj koji tokom 18. veka donose svoje prve nacionalne zakone u toj oblasti.<sup>5</sup> Razvoj informacionog društva doveo je do pojave prava interneta kao posebne grane prava. Upotreba nove tehnologije otvorila je brojna pitanja koja zahtevaju primenu pravnih pravila različitih grana prava. U pravu Evropske unije posebna pažnja je posvećena pitanju kako postići razvoj elektronske trgovine uz istovremenu zaštitu jedinstvenog tržišta, na koji način obezbediti sigurnost pri elektronskim transakcijama, kako zaštititi privatnost pojedinaca, na koji način je moguće obezbediti zaštitu autorskog dela u slučaju primene informacione tehnologije.<sup>6</sup>

Na međunarodnom nivou, neki od odgovora na otvorene dileme pronađeni su u prvoj međunarodnoj konvenciji u oblasti zaštite autorskog prava – Bernskoj konvenciji iz 1886. godine. Nakon toga, donet je veći broj međunarodnih akata, među kojima i Univerzalna konvencija o autorskom pravu iz 1952. i Konvencija o osnivanju Svetske organizacije za intelektualnu svojinu iz 1967. godine.<sup>7</sup>

Osnovni izvor koji uređuje pitanja od značaja za usklađivanje određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu u pravu Evropske unije jeste Direktiva 2001/29/EZ. Imajući u vidu intenzivan tehnološki razvoj i kontinuirano usavršavanje primene interneta u svakodnevnim aktivnostima ljudi, neusklađenost pravne zaštite u primeni informacionih tehnologija imalo bi za posledicu ograničenje slobodnog kretanja proizvoda i usluga koji sadrže intelektualno vlasništvo, što bi se negativno odrazilo i na razvoj novih proizvoda i usluga koji sadrže autorsko i srodna prava. Stoga se još u Preambuli Direktive 2001/29/EZ ukazuje na važnost usklađivanja pravne zaštite autorskog i srodnih prava na nacionalnom nivou i nivou EU.<sup>8</sup> Usklađivanju autorskog i srodnih prava može se pristupiti implementacijom osnovnih standarda koji garantuju visok nivo njihove zaštite, u skladu sa načelima stipulisanim Direktivom 2001/29/EZ, dok bi razlike imanentne nacionalnim zakonodavstvima, koje nemaju negativan uticaj na funkcionisanje jedinstvenog unutrašnjeg tržišta, ostale da važe. Nacionalnim zakonodavstvima je poverena zaštita moralnih prava nosilaca autorskog i srodnih prava.<sup>9</sup>

*many other valuable ordinances and documents, with copious notes and references*, John Bioren, W. John Duane, New York 1815, 132.

5 Christophe Geiger, „The influence (past and present) of the Statute of Anne in France”, u: Lionel Bently, Uma Suthersanen, Paul Torremans, (ur.), *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Edward Elgar Publishing, 2010, 122–125.

6 Andrej Savin, *EU Internet Law*, Edward Elgar Publishing, 2013, 2–4.

7 Srbija je potpisnica sledećih međunarodnih ugovora u oblasti zaštite autorskog i srodnih prava: Convention on Literary and Artistic Works (Bernska konvencija), od juna 1930. godine; Convention on Unauthorized Duplication of Phonograms (Ženevska konvencija), od juna 2003. godine; Convention on Distribution of Programme-Carrying Signals Transmitted by Satellite (Briselska konvencija), od avgusta 1979. godine; Convention on Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisation (Rimska konvencija), od juna 2003. godine; Phonograms Convention, od juna 2003. godine; Satellites Convention, od aprila 1992. godine; WCT (WIPO Copyright Treaty), od maja 2002. godine; WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty), od maja 2002. godine.

8 Preambula Direktive 2001/29/EZ, recitativ 6 i 7.

9 *Ibid.*, recitativ 19.

Iako se Direktivom 2001/29/EZ uređuju osnove pravne zaštite autorskog i srodnih prava u informacionom društvu, njena primena je isključena u pitanjima koja se odnose na pravnu zaštitu računarskih programa, autorsko i srodna prava koja se odnose na radiodifuzno emitovanje programa i pravnu zaštitu baza podataka.<sup>10</sup> Direktiva se ne primenjuje ni na opšta pitanja poput roka trajanja zaštite autorskog prava i određenih srodnih prava.<sup>11</sup>

U skladu sa Direktivom 2001/29/EZ isključivo pravo davanja ovlašćenja ili zabrane za direktnu ili odloženu reprodukciju dela pripada njihovim autorima.<sup>12</sup> To dalje znači da su države članice u obavezi da nacionalnim zakonima normiraju isključivo pravo autora (na primer, umetnici izvođači, proizvođači fonograma, proizvođači prvih fiksiranja filmova, organizacije za radiodifuziju koje fiksiraju radiodifuzno emitovanje) da daju ovlašćenje ili da zabrane svako činjenje dostupnim javnosti autorskog dela žičanim ili bežičnim putem. To se odnosi i na stavljanje njihovih dela na raspolaganje javnosti „tako da im pripadnici javnosti mogu pristupiti s mesta i u vreme koje sami odaberu“.<sup>13</sup> Pravo davanja ovlašćenja ili zabrane za direktnu ili odloženu reprodukciju dela ne iscrpljuje se bilo kojom radnjom saopštavanja dela ili drugim stavljanjem dela na raspolaganje javnosti.

Nacionalnim zakonodavstvom se uređuje i pravna zaštita protiv izbegavanja „efikasnih tehničkih mera“, tj. tehnologija i uređaja koji sprečavaju ili ograničavaju aktivnosti koje nosilac autorskog ili srodnog prava nije odobrio. U smislu Direktive 2001/29/EZ, efikasne tehničke mere su one kojima nosilac prava korišćenja zaštićenog dela može da primeni sa ciljem ograničavanja njegovog korišćenja, a koje podrazumevaju kontrolu pristupa putem enkripcije ili nadzora umnožavanja.<sup>14</sup>

Direktivom 2001/29/EZ uvode se i standardi koji se odnose na sankcije i pravna sredstva koja se primenjuju u slučaju povrede autorskog i srodnih prava. Tako, države članice imaju obavezu da normiraju „primerene“ sankcije i pravna sredstva koja se primenjuju u slučaju povrede prava i obaveza stipulisanih Direktivom. Države članice nacionalnim zakonodavstvom propisuju sankcije za povrede u konkretnom slučaju. Direktivom se određuje da propisane sankcije moraju da budu „efikasne, proporcionalne i odgovarajuće“.<sup>15</sup> Nosiocima prava čiji su interesi ugroženi radnjom kojom se vrši povreda autorskog i srodnih prava, u skladu sa Direktivom 2001/29/EZ, garantuje se pravo na adekvatnu sudsku zaštitu koja podrazumeva i mogućnost podnošenja tužbe za naknadu štete, kao i zahteva za izdavanje sudskog naloga i zahteva za oduzimanje materijala ili uređaja kojima se povređuje pravo.<sup>16</sup>

10 Direktiva 2001/29/EZ, član 1. stav 2. tačka (d).

11 *Ibid.*, član 1. stav 2. tač. (a), (c) i (e).

12 *Ibid.*, član 2. stav 1. tačka (a).

13 *Ibid.*, član 3. stav 1.

14 Direktiva 2001/29/EZ, član 6. stav 3.

15 *Ibid.*, član 8. stav 1.

16 *Ibid.*, član 8. stav 2.



### 3. POJAM „JAVNOST“ I „NOVA JAVNOST“ I PRESUDA SUDA EVROPSKE UNIJE U SLUČAJU *SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES DE ESPAÑA (SGAE) V RAFAEL HOTELES SA SGAE*

U praksi Suda Evropske unije povodom slučajeva u vezi sa saopštavanjem autorskog dela javnosti otvorene su dve dileme: koje radnje se podrazumevaju pod pojmom „saopštavanje javnosti“ i da li pri ponovnom saopštavanju javnosti, koje je učinjeno na isti tehnološki način, treba razlikovati pojam „javnost“ i „nova javnost“? Jedan od važnijih slučajeva u kome je Sud Evropske unije izneo stavove koji ukazuju na pravce prevazilaženja uočenih problema, jeste slučaj *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA*.<sup>17</sup>

*SGAE*, organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava u Španiji, zauzeo je stav da korišćenje televizora i puštanje ambijetalne muzike u hotelu *Rafael* predstavlja saopštavanje javnosti autorskog dela, zbog čega je podneo tužbu protiv tog hotela za naknadu štete. Prvostepeni sud u Barseloni je delimično odbacio tužbu, smatrajući da korišćenje televizora u hotelskim sobama ne predstavlja radnju saopštavanja javnosti autorskog dela. Protiv te odluke žalbu su izjavili i *SGAE* i hotel *Rafael*. Drugostepeni sud je povodom žalbe odlučio da prekine postupak i postavi Sudu Evropske unije prethodna pitanja. Jedno od pitanja je bilo da li saopštavanje javnosti znači samo stavljanje autorskog dela na raspolaganje određenoj javnosti tako da pojedinci koji čine javnost imaju mogućnost pristupa autorskom delu, ili je neophodno i da pojedinci tu mogućnost i koriste.

Sud Evropske unije je stao na stanovište da „saopštavanje javnosti“, u smislu člana 3. stav 1. Direktive 2001/29/EZ, postoji ako se delo saopšti određenoj javnosti tako da mu pojedinci koji čine javnost mogu pristupiti, pri čemu nije odlučujuća činjenica da li su oni ovu mogućnost i koristili. Kada je reč o pojmu „javnost“, Sud Evropske unije je stao na stanovište da pojam „javnost“ obuhvata neograničen broj adresata. To dalje znači da ako je delo, ranije već saopšteno javnosti, ponovo učinjeno dostupnim javnosti na isti tehnološki način, pri čemu nije upućeno „novoj javnost“, tj. javnosti koju nosilac autorskog prava dajući ovlašćenje za prvo saopštavanje javnosti nije uzeo u obzir, nema povrede prava na javno saopštavanje dela.<sup>18</sup>

Stavovi Suda Evropske unije koji su izneti u slučaju *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA* imali su značajnu ulogu u formiranju mišljenja tog suda u slučaju povodom tužbe novina *Göteborg-Posten* protiv švedskog društva *Retriever Sverige*.

17 Slučaj C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA*, od 7. decembra 2006. godine.

18 *Ibid.*, paragraf 40-41.

#### 4. UTICAJ ODLUKE SUDA EVROPSKE UNIJE U SLUČAJU POVODOM TUŽBE NOVINA *GÖTEBORG- POSTEN* PROTIV ŠVEDSKOG DRUŠTVA *RETRIEVER SVERIGE* NA PRIMENU DIREKTIVE 2001/29/EZ

U februaru 2014. godine, Sud pravde Evropske unije doneo je presudu u kojoj je, između ostalih, razmatrano i pitanje da li vlasnik internet stranice može putem hiperlinka da upućuje na zaštićena dela, bez ovlašćenja nosioca autorskog prava. Slučaj je pokrenut na inicijativu novinara čiji su novinski članci objavljeni u dnevnim novinama *Göteborgs-Posten* i na internet stranici *Göteborgs-Posten*. Društvo *Retriever Sverige*, koje uređuje posebnu internet stranicu na kojoj daje popis hiperlinkova koje vode do članaka objavljenih na drugim stranicama, uputilo je i na novinske članke koji su već objavljeni i slobodno dostupni na internet stranici novina *Göteborgs-Posten*. Smatrajući da korisnici usluga dostupnih putem internet sajta *Retriever Sverige* ne mogu jasno da identifikuju da su klikom na hiperlink premešteni na drugu stranicu na kojoj je originalno objavljen novinski članak, novinari koji su objavili članke na sajtu novina *Göteborgs-Posten* tužili su *Retriever Sverige* navodeći da je to društvo, bez njihovog ovlašćenja, njihove članke učinilo dostupnim javnosti, čime je povređeno njihovo isključivo pravo da javno saopšte svoja dela. Prvostepeni sud u Stokholmu (*Stockholms tingsrättom*) odbio je tužbu, smatrajući da davanje popisa hiperlinkova koji vode do internet stranica na kojima je autorsko delo objavljeno ne predstavlja radnju koja bi mogla da utiče na autorsko pravo. Osim toga, sud je stao na stanovište da *Retriever Sverige* upućujući na internet sajt na kome se autorsko delo nalazi nije preneo zaštićeno autorsko delo. Protiv odluke prvostepenog suda tužioci su izjavili žalbu drugostepenom sudu iz Svaea (*Svea hovrätta*), koji je prekinuo postupak i postavio Sudu Evropske unije prethodna pitanja: „1) Da li situacija u kojoj bilo koja druga osoba, koja nije nosilac autorskog prava na delu, ukazuje na hiperlink koji vodi do tog dela, saopštava javnosti autorsko delo u smislu člana 3 stav 1 Direktive 2001/29/EZ?; 2) da li na ispitivanje prvog pitanja utiče okolnost da se delo na koje upućuje hiperlink nalazi na internet stranici koja je dostupna svakom i kojoj svako može da pristupi bez ograničenja ili okolnost da je pristup ovoj stranici ograničen na određeni način?; 3) da li, kod ispitivanja prvog pitanja, treba napraviti razliku između situacije u kojoj korisnik ima utisak da nakon klika na hiperlink pristupa zaštićenom delu na drugoj internet stranici i situacije u kojoj korisnik ima utisak da se nakon klika na hiperlink nalazi na istoj internet stranici?; 4) da li se nacionalnim pravom isključivo pravo autora može dodatno zaštititi time što se pojam javno saopštavanje definiše tako da se njime obuhvata više radnji od onih predviđenih članom 3. stavom 1. Direktive 2001/29/EZ?“<sup>19</sup>

19 Slučaj C-466/12, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB*, paragraf 13.

Izvedena analiza Direktive 2001/29/EZ ukazuje na to da nosilac autorskog prava mora odobriti svaku radnju javnog saopštavanja dela. Sledeći stavove koji su zauzeti u slučaju *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA*, Sud Evropske unije je stao na stanovište da situacija u kojoj se na internet sajtu navodi hiperlink koji vodi do zaštićenog dela predstavlja stavljanje dela na raspolaganje, tj. javno saopštavanje dela, u skladu sa definicijom koja proizilazi iz člana 3. stav 1. Direktive 2001/29/EZ.

Stavovi izneti u ranijim odlukama Suda Evropske unije primenjeni su i na pitanje prema kojim kriterijumima treba razlikovati pojam „javnost“ od pojma „nova javnost“. Pojam „javnost“ se, u slučaju *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB*, odnosi na sve potencijalne korisnike stranice koju uređuje društvo *Retriever Sverige*, što obuhvata „neodređen i dosta veliki broj adresata“.<sup>20</sup> Kako je, međutim, prvobitno saopštavanje javnosti učinjeno na isti tehnološki način, putem internet sajta, što je omogućilo neograničen pristup novinskim člancima svim potencijalnim posetiocima stranice, i kako su korisnici stranice koju uređuje društvo *Retriever Sverige* bili u prilici da novinskim člancima direktno pristupe i putem stranice na kojoj su prvobitno objavljeni, „korisnici stranice koju uređuje *Retriever Sverige* se moraju smatrati potencijalnim adresatima prvog saopštavanja javnosti, a time i delom javnosti koju su uzeli u obzir nosioci autorskog prava kada su odobrili prvo saopštavanje javnosti.“<sup>21</sup> To dalje znači da u ovom slučaju ne postoji „nova javnost“ koja pristupa novinskim člancima hiperlinkom, pa nije potrebno ni ovlašćenje nosioca autorskog prava za javno saopštavanje dela.

Pitanje koje se dalje otvara jeste da li bi trebalo doneti drugačiji zaključak ako posetioci internet sajta koji sadrži popis hiperlinkova nemaju utisak da su nakon klika na hiperlink preusmereni na drugi internet sajt? Sud Evropske unije je stao na stanovište da čak i u ovom slučaju nije potrebno ovlašćenje nosioca autorskog dela jer nije reč o javnom saopštavanju dela novoj javnosti. Ako je, međutim, na internet sajtu na kome je delo prvobitno objavljeno postavljeno određeno ograničenje za pristup, a hiperlink na drugom internet sajtu dopušta korisnicima pristup delu bez ograničenja, korisnici internet sajta koji delu pristupaju bez ograničenja putem hiperlinka smatraju se novom javnošću, pa je za takvu aktivnost neophodno ovlašćenje nosioca autorskog prava. Takva situacija bi, na primer, postojala u slučaju kada se delo nalazi u bazi podataka koja je zaštićena i kojoj mogu pristupiti samo registrovani pretplatnici. U tom slučaju, objavljivanje dela na drugom internet sajtu bez ograničenja odnosilo bi se i na korisnike baze podataka, kao javnost koju je nosilac autorskog dela imao u vidu kada je delo javno saopštio, i na korisnike internet sajta koji bez ograničenja, putem hiperlinka, pristupaju delu, kao novoj javnosti koju autor nije imao u vidu kad je prvi put prvom saopštavao delo.<sup>22</sup>

20 *Ibid.*, paragraf 22.

21 *Ibid.*, paragraf 27.

22 Vid. *ibid.*, paragraf 28–32.

Kako Bernska konvencija stipuliše da države potpisnice imaju mogućnost sklapanja posebnih sporazuma u skladu sa kojima se nosiocima autorskog prava daje bolja pravna zaštita od one koja je predviđena konvencijom, otvoreno je i pitanje da li države članice Evropske unije mogu u svojim nacionalnim zakonodavstvima da odrede pojam „javno saopštavanje“ u širem smislu a ciljem pružanja dodatne pravne zaštite nosilaca autorskog prava?<sup>23</sup> Drugim rečima, da li se, uz pozivanje na Bernsku konvenciju, pojam „javno saopštavanje“ dela može odrediti tako da obuhvata i radnje koje nisu navedene u članu 3. stav 1. Direktive 2001/29/EZ? Dajući odgovor na postavljeno pitanje, Sud Evropske unije je stao na stanovište da bi dodatno proširivanje tog pojma moglo dovesti do pravne nesigurnosti i neusklađenosti te da bi se time moglo ugroziti funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, što je, kako je ranije ukazano, suprotno osnovnim ciljevima u skladu sa kojima je Direktiva 2001/29/EZ i doneta.<sup>24</sup>

## 5. USKLAĐENOST ZAKONA O AUTORSKOM I SRODNIM PRAVIMA SA DIREKTIVOM 2001/29/EZ

Dalje se otvara pitanje da li je i u kojoj meri Zakon o autorskim i srodnim pravima Srbije usklađen sa Direktivom 2001/29/EZ.<sup>25</sup> Da bi se pronašao odgovor na postavljeno pitanje, ukazujemo na relevantna rešenja našeg zakona.

Isključiva imovinska prava autora uređena su članovima 20–33. U smislu ovog zakona, autor ima isključivo pravo da zabrani ili dozvoli stavljanje u promet originalnog dela ili njegovih umnoženih primeraka. Pojam „stavljanje u promet“ dela obuhvata radnje nuđenja primeraka dela ili njihovo skladištenje radi stavljanja u promet, kao i uvoz primeraka dela.<sup>26</sup> Zakonom su normirana i isključiva imovinska prava interpretatora (član 116), odnosno proizvođača fonograma (član 126), proizvođača videograma (član 131), proizvođača emisije (član 136).

U skladu sa Zakonom, autor ima isključivo pravo da zabrani ili dozvoli javno saopštavanje dela,<sup>27</sup> kao i da zabrani ili dozvoli da se njegovo delo u trenutku emitovanja ili reemitovanja istovremeno javno saopštava publici na javnim mestima.<sup>28</sup> Zakonom su određeni i izuzeci na osnovu kojih je dozvoljeno da se bez dozvole autora i plaćanja autorske naknade autorska dela privremeno umnožavaju ako je reč o prolaznom ili slučajnom umnožavanju,

23 *Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, od 9. septembra 1886. godine.

24 Uopredi Preambulu Direktive 2001/29/EZ, recital 6 i 7. Vid. i Slučaj C–466/12, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB*, paragraf 33–41.

25 Zakon o autorskom i srodnim pravima, „Službeni glasnik RS“, br. 104/2009, 99/2011 i 119/2012.

26 *Ibid.*, član 21. stav 2.

27 *Ibid.*, član 30.

28 *Ibid.*, član 32.

umnožavanju koje čini sastavni i bitni deo tehnološkog procesa, koje nema poseban ekonomski značaj ili umnožavanju čija je svrha da omogući prenos podataka u računarskoj mreži između dva ili više lica, odnosno da omogući zakonito korišćenje autorskog dela.<sup>29</sup>

Prema slovu Zakona, saopštavanje javnosti postoji ako je autorsko delo „učinjeno dostupnim većem broju lica koja nisu međusobno povezana rodbinskim ili drugim vezama“.<sup>30</sup> Zakonom je pojam „javno saopštavanje“ definisan kao „činjenje dela dostupnim javnosti žičanim ili bežičnim putem na način koji omogućuje pojedincu individualni pristup delu sa mesta i u vreme koje on odabere“.<sup>31</sup>

Nosiocu autorskog prava garantovano je i pravo na tužbu kojom se može zahtevati utvrđivanje da je do povrede prava i došlo, prestanak povrede prava, uništenje predmeta kojim je izvršena povreda prava, naknada imovinske štete i objavljivanje presude o trošku tuženog.<sup>32</sup> Postupak po tužbi zbog povrede autorskog i srodnih prava je hitan.<sup>33</sup> Zakonom je propisana i mogućnost da sud odredi privremene mere zabrane nastavljanja započetih radnji ili oduzimanja predmeta kojim se vrši povreda prava, ako nosilac prava učini verovatnim da je njegovo autorsko pravo povređeno ili da će biti povređeno.<sup>34</sup>

Izvedena analiza pokazuje da je važeći Zakon o autorskom i srodnim pravima u velikoj meri usklađen sa Direktivom 2001/29/EZ.

## **6. ULOGA ZAKONODAVNE REZOLUCIJE O PREDLOGU DIREKTIVE O KOLEKTIVNOM UPRAVLJANJU AUTORSKIM I SRODNIM PRAVIMA I IZDAVANJU DOZVOLA VAŽEĆIH U VIŠE ZEMALJA ZA KORIŠĆENJE MUZIČKIH DELA PUTEM INTERNETA**

Imajući u vidu sve veći broj korisnika koji pristupaju internet sajtovima sa muzičkim delima, poput Youtube-a i STIM-a, kao i činjenicu da države članice EU na drugačiji način uređuju pitanje izdavanja dozvola za korišćenje muzičkih dela putem interneta, značajnu ulogu u daljoj zaštiti autorskog prava u informacionom društvu ima Zakonodavna rezolucija o predlogu Direktive o kolektivnom upravljanju autorskim i srodnim pravima i izdavanju dozvola važećih u više zemalja za korišćenje muzičkih dela putem interneta, usvojena u februaru 2014. godine.<sup>35</sup>

29 Zakon o autorskom i srodnim pravima, član 48. Uporedi član 5. stav 1. Direktive 2001/29/EZ.

30 Zakon o autorskom i srodnim pravima, član 7. stav 2.

31 *Ibid.*, član 30.

32 *Ibid.*, član 205.

33 *Ibid.*, član 207. stav 2.

34 *Ibid.*, član 210.

35 Zakonodavna rezolucija Evropskog parlamenta od 4. februara 2014. godine o predlogu Direktive Evropskog parlamenta i Saveta o kolektivnom upravljanju autorskim i srodnim

Korišćenje muzičkog dela, koje je zaštićeno autorskim pravom, podrazumeva izdavanje dozvola od strane različitih nosilaca autorskog i srodnih prava (autor, izdavač, producent, izvođač i sl.). Pri tome je nosilac autorskog prava slobodan da bira između individualnog i kolektivnog ostvarivanja svojih prava, što obuhvata i prikupljanje prihoda od korišćenja prava. Organizacije za kolektivno ostvarivanje prava omogućavaju autorima redovno ostvarivanje nadoknade za upotrebu autorskog dela na domaćem i stranom tržištu.<sup>36</sup> Transparentnost rada i odgovornost organizacija za kolektivno ostvarivanje prava prema nosiocima prava je, međutim, različito uređena na nivou država članica EU. Da bi se ostvarilo efikasno upravljanje prihodima prikupljenih od nadoknada za korišćenje muzičkih dela na internetu i postigla adekvatna zaštita za nosioce autorskog prava, naročito u slučajevima kada nadoknadu potražuje autor jedne države za korišćenje autorskog dela na teritoriji druge države, Zakonodavnom inicijativom se uvodi novi model koja bi trebalo da olakša postupak izdavanja prekograničnih licenci za korišćenje muzičkih dela na internetu i uvede jedinstveni sistem kolektivne zaštite autorskog prava.

U skladu sa Zakonodavnom inicijativom, organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog prava ima mogućnost da za muzički repertoar koji zastupa izdaje odobrenja pružaocima internet usluga za pojedine države članice ili za područje EU.<sup>37</sup> Pri tome se ustanovljava obaveza države članice da osigura kapacitet obrade odobrenja za više državnih područja. To znači da je država članica dužna da garantuje da organizacija za kolektivnu zaštitu prava koja izdaje odobrenje za korišćenje muzičkih dela na internetu, ima dovoljan kapacitet za elektronsku obradu podataka koja je neophodna za praćenje korišćenja zaštićenog repertoara, kao i izdavanje računa korisnicima, prikupljanje prihoda i njihovu raspodelu nosiocima prava.<sup>38</sup>

## 7. ZAKLJUČAK

Intenzivan razvoj informacione tehnologije i potreba za digitalizacijom autorskih dela i njihovo širenje putem interneta dovode do potrebe za pronalaženjem novih oblika pravne zaštite autorskog i srodnih prava. Na nivou EU uočljiv je trend uniformisanja pravila i standarda zaštite autorskog i srodnih prava u primeni digitalnih tehnologija koji bi trebalo da dovede do ujednačene zaštite na nivou država članica EU. Najznačajniji izvor pra-

---

pravima i izdavanju dozvola važećih u više zemalja za korišćenje muzičkih dela na internetu, COM (2012)0372 – C7-0183/2012 – 2012/0180 (COD).

36 Vid. Preambulu Zakonodavne rezolucije o predlogu Direktive o kolektivnom upravljanju autorskim i srodnim pravima i izdavanju dozvola važećih u više zemalja za korišćenje muzičkih dela putem interneta, recital 2.

37 Vid. Zakonodavna rezolucija o predlogu Direktive o kolektivnom upravljanju autorskim i srodnim pravima i izdavanju dozvola važećih u više zemalja za korišćenje muzičkih dela putem interneta, član 16 i član 23.

38 Vid. *ibid.*, član 24.



va u ovoj oblasti na nivou EU jeste Direktiva 2001/29/EZ o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu. Njome je, između ostalog, uređeno i pravo na činjenje dostupnim javnosti autorskog dela. Značajnu ulogu u daljem razvoju zaštite autorskog prava ima Zakonodavna rezolucija o predlogu Direktive o kolektivnom upravljanju autorskim i srodnim pravima i izdavanju dozvola važećih u više zemalja za korišćenje muzičkih dela putem interneta.

Pažnju stručne javnosti je početkom 2014. godine privukla odluka Suda Evropske unije u slučaju *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB*. Izvedena analiza pokazuje da stavovi Suda Evropske unije izneti u ovom slučaju uvode novine u tumačenje primene Direktive 2001/29/EZ. To se, pre svega, odnosi na tumačenje pojma „javnost“ i „nova javnost“ i kriterijume za utvrđivanje slučajeva u kojima postoji „nova javnost“ kojoj je autorsko delo saopšteno. Osim toga, u presudi je ukazano i na ograničenu mogućnost da se pojedina pitana u vezi sa zaštitom autorskog prava drugačije urede u cilju postizanja bolje zaštite autorskog prava. Tako se, na primer, u nacionalnom zakonodavstvu pojam „javno saopštavanje dela“ ne može proširiti i na radnje koje njime nisu obuhvaćene u skladu sa Direktivom 2001/29/EZ. Iako se time ograničava mogućnost država članica da aktivno učestvuju u pronalaženju zakonodavnih modela čija primena vodi boljoj zaštiti autorskog prava, cilj primene Direktive 2001/29/EZ u skladu sa iznetim stavovima Suda Evropske unije jeste postizanje pravne usklađenosti i pravne sigurnosti nosilaca autorskog prava i korisnika autorskih dela.

Imajući u vidu obim pristupa internet sajtovima koji omogućavaju pristup muzičkim delima i potrebu za efikasnijom zaštitom autorskog prava pri korišćenju muzičkih dela putem interneta, dalji razvoj autorskog prava u informacionom društvu biće uslovljen implementacijom Zakonodavne rezolucije o predlogu Direktive o kolektivnom upravljanju autorskim i srodnim pravima i izdavanju dozvola važećih u više zemalja za korišćenje muzičkih dela putem interneta.

*Doc. dr Mirjana Drenovak Ivanović\**

## THE RIGHT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC OF WORKS AND PROTECTION OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS IN THE INFORMATION SOCIETY: NEW SOLUTIONS IN THE EU LAW AND THEIR IMPACT ON SERBIAN LEGAL FRAMEWORK

### Summary

*In February 2014, the Court of Justice of the European Union (ECJ), decided on a preliminary ruling in the case where journalists, who wrote press articles that were published in the Göteborg-Posten newspapers and on the Göteborg-Posten website, brought an action against Retriever Sverige, that operates a website providing its clients with lists of clickable Internet links to articles published by other newspapers. The ECJ found that the relevant articles of Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, must be interpreted as meaning that the provision on a website of clickable links to works freely available on another website does not constitute an „act of communication to the public“ as referred to in the Article 3 (1) of this Directive. It means that the authorization of the copyright rightholders is not required for a communication to the public. In addition, the ECJ found that Member States are precluded from giving wider protection to copyright rightholders by laying down that the concept of communication to the public includes a wider range of activities than those stipulated by the Directive 2001/29/EC. The paper points out the fundamentals of Directive 2001/29/EC, considerations of the ECJ of the questions referred in in the case of Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB and the case of Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA and analyzes the impact that they have on the protection of copyright and related rights in the information society.*

*Key words: Directive 2001/29/EC. – Case Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB. – Case Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA. – Information society. – Internet law.*

---

\* Dr Mirjana Drenovak Ivanović is an Assistant Professor at the University of Belgrade Faculty of Law. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

Доц. др Бојана Чучковић\*

## СТАНДАРДИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ОБЛАСТИ ПРОЦЕНЕ УТИЦАЈА НА ЖИВОТНУ ОКОЛИНУ

### Апстракт

Циљ овог рада је да идентификује стандарде које су, у вези са проценом утицаја јавних и приватних пројеката на животну околину, изндриле правна регулатива Европске уније и пракса Суда правде Европске уније. Први део рада посвећен је приказу и анализи конкретних решења усвојених Директивом 1985/337/ЕЕЗ, као и изменама и доунама тих правила које су садржане у Директиви 97/11/ЕЗ, Директиви 2003/35/ЕЗ, Директиви 2009/31/ЕЗ и Директиви 2014/52/ЕУ. И поред чињенице да државе чланице Европске уније поседују висок ниво еколошке свесћи, имплементација одредаба наведених Директива је наишла на низ проблема у пракси, од којих су поједини добили еилоћ пред Судом правде Европске уније. Други део рада се стоћа бави анализом релевантне праксе Суда правде Европске уније у вези са проценом утицаја на животну околину. Из исцраживања произлази да је Суд заузео изузетно најредан приступ иумачењу одредаба Директиве о процени утицаја на животну околину, подижући на виши ниво стандарде који су с тим у вези присутни на нормативном плану. Примена и уважавање ових стандарда не представља иако значајан проблем када је у иићању законодавни ниво, али се њихова имплементација у пракси надлежних орћана показала комликованијом за државе чланице. Зато их треба схваћити као императив када су у иићању државе кандидати за пријем у чланство иојућ Републике Србије.

Кључне речи: Процена утицаја на животну околину. – Директива 1985/337/ЕЕЗ. Директива 97/11/ЕЗ. – Директива 2003/35/ЕЗ. – Директива 2009/31/ЕЗ. – Директива 2014/52/ЕУ. – Суд правде Европске уније.

### 1. УВОД

У Извештају Европске комисије о напретку Србије за 2013. годину, констатовани су више него скромни резултати које је Република Србија постигла у погледу хармонизације својих прописа о заштити жи-

\* Др Бојана Чучковић, доцент Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у равни систем Србије* (179059), који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

вотне околине са стандардима који постоје у праву Европске уније.<sup>1</sup> Конкретно, када је реч о процени утицаја на животну околину, Комисија је нагласила потребу да се побољша спровођење Директиве Европске уније за процену утицаја на животну околину.<sup>2</sup>

Директива је на снази од 1985. године<sup>3</sup> с тим што је иницијални текст до данас мењан четири пута.<sup>4</sup> Све измене, укључујући и последњу, која се десила недавно, указују на сталну потребу да се правни режим процене утицаја на животну околину прилагођава све строжим критеријумима који се захтевају у области заштите околине од загађења.

У раду ће најпре бити изложена основна решења предвиђена Директивом ЕУ о процени утицаја на животну околину, са посебним освртом на садржину измена унетих 1997,<sup>5</sup> 2003,<sup>6</sup> 2009.<sup>7</sup> и 2014.<sup>8</sup>

1 У Извештају се наводи: „Напредак у областима животне средине и климатских промена је мали. Потребан је знатан додатни напор како би се постигло даље усаглашавање са политиком ЕУ у областима као што су воде, управљање отпадом, квалитет ваздуха и заштита природе. Потребно је побољшати спровођење постојећих правних прописа и одржавати капацитете у вези с тим. Тренутне активности на јачању инспекције и спровођења треба да прати отклањање недоследности и непотпуности у законодавству које спречавају делотворно спровођење. Учествовање јавности и јавне расправе у процесу доношења одлука је потребно повећати. Неопходан је знатан напор да се за државу усвоји приступ чија би природа била више стратешка, да се изврши усаглашавање са правним тековинама ЕУ и да се оне спроведу, као и да се ојачају административни капацитети и међуинституционална сарадња и подизање нивоа свести.” Брисел, 16.10.2013. SWD (2013) 412, Радни документ особља Комисије, Извештај о напретку Србије за 2013. годину који прати Саопштење Комисије упућено Европском парламенту и Савету, Стратегија проширења и кључни изазови за 2013–2014. годину, COM(2013) 700, стр. 67.

2 *Ibidem*, стр. 65.

3 Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, *Official Journal L 175*, 5.7.1985, pp. 40–48.

4 Измене из 1997, 2003. и 2009. године унете су у јединствен текст Директиве 2011. године: Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment Text with EEA relevance, *Official Journal L 26*, 28.1.2012, pp. 1–21.

5 Council Directive 97/11/EC of 3 March 1997 amending Directive 85/337/EEC on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, *Official Journal L 73*, 14.3.1997, pp. 5–15.

6 Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC – Statement by the Commission, *Official Journal L 156*, 25.6.2003, pp. 17–25.

7 Directive 2009/31/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the geological storage of carbon dioxide and amending Council Directive 85/337/EEC, European Parliament and Council Directives 2000/60/EC, 2001/80/EC, 2004/35/EC, 2006/12/EC, 2008/1/EC and Regulation (EC) No 1013/2006 (Text with EEA relevance), *Official Journal L 140*, 5.6.2009, pp. 114–135.

8 Directive 2014/52/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 amending Directive 2011/92/EU on the assessment of the effects of certain public and

године. Анализа усвојених решења указује на закључак да су она подложна различитим тумачењима држава чланица, и то не само због карактеристичне природе директиве као врсте правног акта, већ и због специфичности саме материје. Резултат примене Директиве о процени утицаја на животну околину и њено уношење у правне поретке држава чланица ЕУ био је низ спорних питања и поред високог степена еколошке свести који постоји међу чланицама Уније. Поједина међу њима разрешио је Суд правде Европске уније у својој сада већ богатој пракси процене утицаја одређеног пројекта на животну околину. Други део рада ће, стога, бити посвећен анализи најзначајнијих одлука Суда правде Европске уније у вези са применом Директиве о процени утицаја на животну околину.

Приказ решења која усваја Директива и њихово тумачење од Суда правде омогућавају идентификовање стандарда које је у тој области изнедрило право Европске уније, а које би требало увести у правни систем Републике Србије адекватним тумачењем одредаба Закона о процени утицаја на животну околину.<sup>9</sup>

## 2. ДИРЕКТИВА 85/337/ЕЕЗ О ПРОЦЕНИ УТИЦАЈА ОДРЕЂЕНИХ ЈАВНИХ И ПРИВАТНИХ ПРОЈЕКТА НА ЖИВОТНУ ОКОЛИНУ

Директива 85/337/ЕЕЗ се примењује на процену утицаја на животну околину оних јавних и приватних пројеката који могу имати значајне еколошки штетне последице.<sup>10</sup> Државе чланице имају обавезу да усвоје све мере које су нужне како би, пре давања сагласности на пројекат, пројекти који могу имати значајне последице по околину по основу њихове природе, величине или локације, били подвргнути одговарајућој процени.<sup>11</sup> Државе то могу учинити увођењем процене утицаја у постојеће процедуре које за давање сагласности предвиђа унутрашње право или пак установљавањем нових процедура којима ће бити остварена сврха Директиве.<sup>12</sup> Директивом је предвиђено да процена утицаја треба да идентификује, опише и оцени, у светлости сваког конкретног случаја, како директне тако и индиректне последице пројекта на људе, фауну и флору, тле, воду, ваздух, климу и пејзаж, као и интеракцију између тих фактора али и културно наслеђе.<sup>13</sup> Финални изглед члана

---

private projects on the environment Text with EEA relevance, *Official Journal L 124*, 25.4.2014, pp. 1–18.

9 Закон о процени утицаја на животну средину, „Службени гласник Републике Србије”, број 135/2004 и 36/2009.

10 Директива 85/337/ЕЕЗ, члан 1.1.

11 *Ibid.*, члан 2.1.

12 *Ibid.*, члан 2.2.

13 *Ibid.*, члан 3.

3. Директиве значајно се разликује од предлога који су изношени током рада на њеном нацрту, из којих није било потпуно јасно да ли се под околином подразумева само природна околина или и околина која представља плод човековог рада. Ипак, претегнуло је изузетно широко схватање еколошких утицаја које процена треба да обухвати.<sup>14</sup>

Када је у питању домаћај обавезе да се спроведе процена утицаја на животну околинду, Директива повлачи разлику између две групе пројеката. Пројекти наведени у Анексу I подлежу обавезној процени утицаја, док се у односу на пројекте сврстане у Анекс II процена врши само уколико је испуњен услов из члана 1. Директиве, тј. ако пројекат може имати значајне последице по околинду.<sup>15</sup> Из решења усвојеног Директивом произлази да у односу на пројекте из Анекса I постоји претпоставка да су штетни по животну околинду, док формулација која је употребљена за пројекте из Анекса II указује на то да је државама остављена значајна дискреција приликом оцене испуњености наведеног услова. Извесне смернице с тим у вези пружила је пракса Суда правде Европске уније, што ће бити предмет разматрања у другом делу рада. На овом месту треба само истаћи да, иако је процена пројеката из Анекса II дискреционог карактера, државе на располагању имају две могућности: могу да одреде извесне врсте пројеката у односу на које ће процена увек бити спроведена или могу да установе критеријуме на основу којих ће у сваком конкретном случају бити утврђено да ли ће пројекат бити подвргнут процени.<sup>16</sup>

Треба се осврнути и на одредбе Директиве које прецизирају процедуру за спровођење процене утицаја.<sup>17</sup> Државе чланице најпре треба да осигурају да носилац пројекта достави, у одговарајућој форми, неопходне податке о пројекту предвиђене чланом 5.3. Директиве. Следи консултовање са другим надлежним телима, државама чланицама, али и пружање прилике јавности да учествује у процедури, и обавештавање свих актера о коначној одлуци. Приликом доношења коначне одлуке о давању сагласности на пројекат, надлежни орган је дужан да у обзир узме исход процеса процене утицаја.<sup>18</sup>

14 Grant, M., „Implementation of the EC Directive on Environmental Impact Assessment”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 4, 1988–1989, 468.

15 Директива 85/337/ЕЕЗ, члан 4.

16 McHugh, P., „The European Community Directive-An Alternative Environmental Impact Assessment Procedure?”, *34 Natural Resources Journal*, vol. 34, 1994, 610.

17 Директива 85/337/ЕЕЗ, чл. 5–10.

18 Поједини аутори сматрају да одредбу члана 8. Директиве треба тумачити у складу са одредбом члана 9. Директиве, из чега следи да просто узимање у обзир резултата процене утицаја није довољно. Исход процедуре ће утицати на надлежни орган приликом доношења одлуке о пројекту. Epiney, A., „Environmental Impact Assessment”, in: R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition [www.mpepil.com], 17. октобар 2009. године.



Конечно, Директива у члану 7. садржи и конкретна правила у случају такозваног прекограничног утицаја на животну околину, тачније ситуације у којој пројекат који се изводи на територији једне државе чланице може довести до негативних последица по околину друге државе чланице. У том случају, држава има обавезу да све податке којима располаже достави другој држави чланици у истом тренутку када те информације постају доступне њеној сопственој јавности. Те информације ће послужити као основ за консултације на билатералном нивоу.

### 3. ДИРЕКТИВА 97/11/ЕЗ ОД 3. МАРТА 1997. ГОДИНЕ

Директива 85/337/ЕЕЗ је претходила усвајању *Espoо* конвенције о процени утицаја на животну средину у прекограничном контексту од 1991. године, најзначајнијем мултилатералном међународном уговору који садржи детаљне одредбе у вези са овим специфичним видом процедуре за процену утицаја.<sup>19</sup> Изменама из 1997. године Директива је усаглашена са одредбама *Espoо* конвенције, чиме је отклоњен један у низу њених иницијалних недостатака. Наиме, *Espoо* конвенција, према општем уверењу, поставља јаче обавезе за државе чланице у односу на Директиву из 1985. године, између осталог и због тога што дефинише не само појам „утицај“ већ и „прекогранични утицај“.<sup>20</sup> Новим чланом 7. Директиве сада се прецизира које информације ће бити достављене другој држави уговорници, али јој истовремено оставља разуман временски период у коме она може исказати своју намеру да учествује у поступку процене утицаја. Чланом 7. се такође предвиђа да ће држава, уколико изрази намеру да учествује у поступку процене утицаја, информације о пројекту учинити доступним својим надлежним органима и сопственој јавности, који ће, пак, имати прилику да се изјасне о њему и своје мишљење доставе надлежним органима државе на чијој територији ће пројекат бити имплементиран.<sup>21</sup>

Ипак, најзначајније измене уведене Директивом 97/11/ЕЗ тичу се домаћаја процене утицаја. С једне стране, листа пројеката који подлежу обавезној процени утицаја на животну околину значајно је проширена.<sup>22</sup> С друге стране, Директивом 97/11 су предвиђени прецизнији критеријуми за оцену да ли пројекат из Анекса II подлеже процени утицаја

19 Закон о потврђивању Конвенције о процени утицаја на животну средину у прекограничном контексту, „Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори”, бр. 102/2007.

20 Sands, P., Peel, J., *Principles of International Environmental Law*, Third Edition, Cambridge University Press, 2012, 610–613.

21 Изменама се такође предвиђа да ће се заинтересоване државе консултовати у погледу, између осталог, потенцијалних прекограничних ефеката датог пројекта као и мерама које ће предузети како би се штетни ефекти елиминисали или свели на најмању могућу меру. Директива 97/11/ЕЗ, члан 7.4.

22 Директива 97/11/ЕЗ, Анекс I.

или не. Наиме, саставни део Директиве 97/11 представља и потпуно нови Анекс III којим су детаљније елаборирани стандарди у погледу природе пројекта, његове локације и карактеристика потенцијалних ефеката, односно услова о којима држава мора водити рачуна приликом коришћења дискреционих овлашћења која јој Директива поверава у складу са чланом 4.3.

#### 4. ДИРЕКТИВА 2003/35/ЕЗ ОД 26. МАЈА 2003. ГОДИНЕ И ДИРЕКТИВА 2009/31/ЕЗ ОД 23. АПРИЛА 2009. ГОДИНЕ

Још један међународни уговор са којим је требало ускладити одредбе Директиве јесте Конвенција о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине.<sup>23</sup> То је учињено Директивом 2003/35/ЕЗ од 26. маја 2003. године. Директива је допуњена извесним дефиницијама које су од значаја за питање учешћа јавности у поступку доношења одлука. У члан 1. су унете дефиниције „јавности“ и „заинтересоване јавности“, уз прецизирање да се невладине организације које се баве заштитом животне околине сматрају заинтересованом јавношћу у смислу члана 1. уколико испуњавају услове прописане унутрашњим правом.<sup>24</sup> Директива је усклађена са одредбама Архуске конвенције и низом допуна које су се тичале како процедуре за процену утицаја одређеног пројекта у националним оквирима,<sup>25</sup> тако и у погледу прекограничне процене утицаја пројекта на животну околину.<sup>26</sup> Коначно, Директива је допуњена новим чланом 10а којим је предвиђена обавеза држава чланица да обезбеде учесницима у поступку приступ процедури за преиспитивање одлуке надлежног органа пред надлежним судом или другим независним и непристрасним телом.<sup>27</sup> Једина допуна уведена 2003. године која није у вези са усклађивањем одредаба Директиве о процени утицаја на животну околину са Архуском конвенцијом, јесте допуна из члана 3.8. и 3.9. Директиве 2003/35/ЕЗ. Наиме, Анекс I Директиве добио је нову алинеју под редним бројем 22. којом је предвиђено да се обавезна процена утицаја на животну околину спроводи не само за нове пројекте, као што је то до тада био случај, већ и за било какву измену или наставак постојећег пројекта наведеног у Анексу I Директиве.

Последица усвајања Директиве 2009/31/ЕЗ од 23. априла 2009. године биле су одговарајуће измене неколико директива, између осталог и

23 Закон о потврђивању Конвенције о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине, „Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори”, бр. 38/09.

24 Директива 2003/35/ЕЗ, члан 3.1.

25 *Ibid.*, члан 3, ст. 2–4.

26 *Ibid.*, члан 3.5.

27 *Ibid.*, члан 3.7.

Директиве 1985/337/ЕЕЗ о процени утицаја на животну околину. Анекс I и Анекс II Директиве 1985/337/ЕЕЗ још једном су проширени, овог пута с намером да се одговарајућим обавезама процене утицаја на животну околину обухвате и пројекти који се тичу транспорта, хватача и складиштења угљен-диоксида (CO<sub>2</sub>).<sup>28</sup>

## 5. НАЈНОВИЈЕ ИЗМЕНЕ – ДИРЕКТИВА 2014/52/EУ ОД 16. АПРИЛА 2014. ГОДИНЕ

Почетни текст Директиве из 1985. и њене три измене из 1997, 2003. и 2009. године, обједињени су 2011. године у пречишћен текст јединственог акта – Директиву 2011/92/EУ о процени утицаја извесних јавних и приватних пројеката на животну околину.<sup>29</sup> Ипак, колико је та материја жива и колика је потреба да се правна регулатива константно усклађује са научним и технолошким достигнућима и сазнањима у области заштите животне околине показују и последње измене, четврте у низу, којима је измењен пречишћен текст Директиве 2011/92/EУ.

Нова директива је ступила на снагу 15. маја 2014. године и за циљ има поједностављење правила о процени потенцијално штетних утицаја на животну околину. Она истовремено прати нове тенденције у еколошком праву и више пажње посвећује претњама које су по животну средину настале у последње две деценије попут климатских промена.

Директивом се уводе рокови за различите стадијуме поступка за процену утицаја на животну околину. Члан 4. Директиве добио је нов став 5. којим је предвиђено да надлежни орган мора у року од 90 дана донети одлуку о томе да ли је поступак процене утицаја неопходно спровести. Додуше, ти рокови се, у изузетним случајевима, могу продужити, уколико то захтевају природа, сложеност, локација или величина пројекта. У том случају надлежни орган има обавезу да о разлозима за продужетак рока обавести подносиоца захтева у писаној форми, као и о датуму када ће одлука бити донета.<sup>30</sup> Поступак учешћа јавности мора трајати најмање 30 дана.<sup>31</sup> Ипак, Директивом нису прецизирани рокови за доношење коначне одлуке о пројекту, већ предвиђа да ће одлука бити донета у „разумном временском периоду”.<sup>32</sup>

Новинама се детаљније регулишу критеријуми које мора да испуњава сваки документ који подноси заинтересовано лице или пак одлука коју издаје надлежни државни орган. Мада се тим изменама кристализују стандарди које у погледу сваке фазе у поступку процене утицаја треба да усвоје државе чланице, питање је хоће ли се намера-

28 *Ibid.*, члан 31.

29 *Official Journal L* 26, 28.1.2012, 1–21.

30 Директива 2014/52/EУ, члан 1.4.6.

31 *Ibid.*, члан 1.6.e.

32 *Ibid.*, члан 1.9.

вани ефекти заиста и постићи, превасходно због значајне слободе коју државе чланице имају у погледу имплементације Директиве.

Новина коју свакако треба поздравити тиче се сукоба интереса. Новим чланом 9а Директиве предвиђено је да у ситуацијама када је надлежни орган истовремено и извођач пројекта, држава чланица мора извршити одговарајуће разграничење сукобљених функција.<sup>33</sup>

Коначно, изменама из 2014. године право Европске уније у области процене утицаја на животну околину усклађује се са међународним стандардима универзалног карактера који важе у међународном праву заштите животне околине. Наиме, Директивом се уводи обавезан напредни мониторинг већ одобреног пројекта, коришћењем процедура које установе државе чланице.<sup>34</sup> На континуираном карактеру обавезе процене утицаја животне околине инсистирао је и главни судски орган Уједињених нација. У спору између Аргентине и Уругваја у вези са изградњом пилана на реци Уругвај, Међународни суд правде је истакао да се процена мора вршити све док пројекат траје, с тим што Суд у овој пресуди континуирани мониторинг види као елемент процене утицаја само „уколико је то нужно“.<sup>35</sup> Чини се да је Европска унија такође имала у виду поменуто ограничење обавезе континуираног праћења утицаја одређеног пројекта на животну околину будући да мониторинг лимитира на пројекте са значајним последицама по околину, те параметре које треба пратити и трајање мониторинга доводи у везу са природом, локацијом и величином пројекта.

## 6. СТАНДАРДИ У ВЕЗИ СА ПРОЦЕНОМ УТИЦАЈА НА ЖИВОТНУ ОКОЛИНУ ПРОИСТЕКЛИ ИЗ ПРАКСЕ СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Два разлога су утицала на учесталост обраћања Суду правде Европске уније у случајевима који су се тicali процене утицаја на животну околину. Први разлог тиче се саме правне природе директиве као акта европског права. Директива намеће државама обавезу да постигну одређени циљ, при чему им је остављена слобода у погледу средстава којима ће тај циљ постићи. С друге стране, из приказаног нормативног оквира који је на снази у праву Европске уније у погледу процене утицаја на животну околину може се приметити да је најчешће реч о нормама које садрже широке и недовољно прецизне формулације, што оставља значајан простор за њихово различито тумачење приликом имплементације одредаба директиве у унутрашње право држава чланица.

33 *Ibid.*, члан 1.11.

34 *Ibid.*, члан 1.9.

35 „Once operations have started and, where necessary, throughout the life of the project, continuous monitoring of its effects on the environment shall be undertaken.“ *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay, Argentina v. Uruguay*, Judgment of April 20 2010, *ICJ Reports* 2010, para. 205.

Из управо наведених разлога, питање степена слободне процене државе чланице било је најчешће предмет расправе у споровима који су у вези са проценом утицаја на животну околину вођени пред Судом правде Европске уније.<sup>36</sup>

Границе слободне процене државе чланице разматране су у контексту неколико различитих чланова Директиве о процени утицаја на животну околину. Тако, у вези са чланом 2. Директиве, Суд је стао на становиште да државе чланице имају обавезу да имплементирају Директиву 85/337 на начин који одговара њеним захтевима, а имајући у виду основну сврху Директиве која јасно произлази из члана 2.1: да, пре него што се одобри, пројекат који може имати значајне последице по животну околину због, између осталог, његове природе, величине или локације, мора бити подрвгнут процедури за давање сагласности и процену његових штетних последица.<sup>37</sup> Тиме се државама чланицама неспорно оставља значајна слобода не само у погледу одређивања врсте пројекта чији се утицај мора проценити, већ и у погледу утврђивања конкретних критеријума на основу којих ће се проценити штетност пројекта. Суд је, ипак, у низу случајева потврдио да границу слободне процене треба тражити управо у обавези предвиђеној чланом 2.1. Директиве.<sup>38</sup>

Члан 2.2. Директиве Суд је тумачио на начин да се слобода остављена државама чланицама протеже на утврђивање правила поступка и услова за давање дозволе на пројекат у конкретном случају.<sup>39</sup> Ипак, Суд је истакао да се слобода може вршити само у границама које допушта сама Директива и под условом да избор који учини држава чланица буде потпуно сагласан са циљевима Директиве.<sup>40</sup>

Суд је био нешто конкретнији у погледу граница слободне процене државе чланице у вези са чланом 4. Директиве. Наиме, члан 4.2. Директиве о процени утицаја на животну околину предвиђа методе којима државе могу прибећи како би утврдиле да ли пројекат сврстан у Анекс II подлеже процени. Државама је остављена извесна слобода у погледу избора метода, а ништа их не спречава ни да употребе друге методе како би утврдиле да ли у односу на конкретан пројекат треба спровести процену утицаја. Произлази да државе могу употребити и метод којим се, било путем процене у конкретном случају, или на основу правила

36 „Case Law Analysis – The Use of Minimum Size Thresholds in Environmental Impact Assessment“, *Journal of Environmental Law*, vol. 14, No. 3, 336–340.

37 C–287/98, *Luxembourg v. Linster* [2000] ECR I–6917, para. 52; C–486/04, *Commission v. Italy*, [2006] ECR I–11025, para. 36; C–215/06, *Commission v. Ireland*, [2008] ECR I–04911, para. 49.

38 C–72/95, *Kraaijeveld and Others*, [1996] ECR I–5403, para. 50; C–2/07, *Abraham and Others*, [2008] ECR I–1197, para. 37; C–75/08, *Mellor*, [2009] ECR I–3799, para. 50; C–427/07, *Commission v. Ireland*, [2009] ECR I–06277, para. 4.

39 Члан 2.2. Директиве 85/337 предвиђа да се поступак за процену утицаја може увести у већ постојеће процедуре или пак увођењем нових поступака којима ће држава остварити сврху Директиве.

40 C–50/09, *Commission v. Ireland*, [2011] ECR I–873, para. 73–75.

унутрашњег права, утврђује да пројекат у питању не подлеже процени утицаја. У сваком случају, Суд сматра да усвојени метод не сме бити у нескладу са основном сврхом Директиве која се огледа у томе да сваки пројекат који може имати значајне штетне последице по околину мора бити подвргнут процени утицаја. Конкретан пројекат, према мишљењу Суда, може бити изузет од процене једино уколико се након озбиљно спроведене фазе скрининга утврди да он неће имати „значајне штетне последице по околину“.<sup>41</sup>

На још конкретнији начин се Суд изјаснио о границама слободне процене у вези са критеријумима које треба узети у обзир приликом одређивања да ли пројекат или врста пројекта подлежу обавези процене утицаја. Наиме, уколико држава чланица установи критеријуме који би у пракси за резултат имали да се сви пројекти одређене врсте сматрају изузетим од процене утицаја, она би тиме прекорачила границе своје дискреционе оцене, изузев у случају да изузети пројекти, када се посматрају као целина, немају значајне штетне последице по околину.<sup>42</sup> Такође, из релевантне праксе Суда може се закључити да критеријуме предвиђене чланом 4.2. Директиве треба процењивати кумулативно. Дакле, ако би надлежни орган донео одлуку о процени утицаја само на основу величине пројекта, без сагледавања његове природе и локације, Суд сматра да тада треба узети да је држава прекорачила границе своје дискреционе одлуке одређене чланом 2.1. и чланом 4.2. Директиве.<sup>43</sup> Штавише, када су у питању пројекти из Анекса I за које је процедура процене утицаја обавезна, нема места било каквој слободној процени државе.<sup>44</sup> Додатни критеријуми које би држава установила у односу на пројекат наведен у Анексу I, који сами по себи нису саставни део Анекса I, били би квалификовани као неадекватна имплементација одредаба Директиве.<sup>45</sup>

41 C-435/97, WWF and Others, [1999] ECR I-5613, paras. 42, 43, 45, C-87/02, Commission v. Italian Republic, [2004] ECR I-05975, paras. 41, 42, 44.

42 C-392/96, Commission v. Ireland, [1999] ECR I-5901, para. 53; C-72/95, Kraaijeveld and Others, [1996] ECR I-05403, para. 53; C-435/97, WWF and Others, [1999] ECR I-5613, para. 38; C-66/06, Commission v. Ireland, [2008] ECR I-00158, para. 65; C-427/07, Commission v. Ireland, [2009] ECR I-06277, para. 42. В. више: Gray, K., „International Environmental Impact Assessment – Potential for a Multilateral Environmental Agreement“, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 11, 2000, 122.

43 C-392/96, Commission v. Ireland, [1999] ECR I-5901, paras. 65, 72; C-66/06, Commission v. Ireland, [2008] ECR I-00158, para. 64. Примера ради, Суд је сматрао да Шпанија није на адекватан начин применила Директиву када је приликом процене утицаја одређеног пројекта у обзир узела само критеријум локације, а не и критеријуме природе и величине пројекта. Штавише, Суд је сматрао да Шпанија није ни критеријум локације пројекта сагледала у целини зато што правила њеног унутрашњег права о процени утицаја на животну околину захтевају процену само у случају пројеката урбанизације изван градских подручја. C-332/04, Commission v. Spain, [2006] ECR I-00040, paras. 75-79.

44 C-255/05, Commission v. Italy, [2007] ECR I-05767, para. 52.

45 Белгијским Законом о индустријским биљкама за производњу папирне пулпе предвиђена је, примера ради, процена утицаја на животну околину само за годишњи износ од 500 тона. Испод тог износа процена утицаја се не спроводи. Како



Суд правде Европске уније изјаснио се о још једном веома важном питању, чиме је стао на пут неадекватној имплементацији Директиве употребом поља слободне процене државе чланице. Суд је у „цепању пројекта“ на неколико фаза у ситуацијама када се радови на пројекту одвијају на тај начин, оценио противним духу и сврси Директиве. Важно је, сматра Суд, да се утицај читавог пројекта сагледа као целина. Када је реч о великим пројектима је од пресудног значаја проценити утицај читавог пројекта на животну околину. Појединачна процена његових делова не мора имати значајне последице по околину док пројекат као целина може имати такве последице. Другачије тумачење релевантних одредаба би, према становишту Суда, довело до изузимања читавог низа јавних радова које предузима држава чланица од примене одредаба Директиве.<sup>46</sup>

Осим поља слободне процене, спорови вођени пред Судом правде Европске уније често су се тицали и различитог тумачења домашаја појединих одредаба Директиве. Тако се у пракси поставило питање значења појма „пројекат“ у смислу члана 1. Директиве. Конкретно, поставило се питање да ли обнова већ добијене дозволе за рад аеродрома захтева и нову процену утицаја на животну околину. Суд је повукао разлику између два случаја. Први се тиче ситуације у којој постоји потреба за продужење дозволе за рад, а да се притом не предузимају било какви додатни радови. У овом случају, сматра Суд, није реч се о „пројекту“ у смислу члана 1.2. Директиве и нова процена утицаја на животну околину није потребна.<sup>47</sup> Други случај се односи на ситуацију у којој се предузимају радови на постојећем пројекту. Суд је доста широко у својој пракси тумачио термин „радови“ и био је склон да сматра да се радови на реконструкцији постојећег пута могу сматрати изградњом новог пута уколико обим радова и начин на који се они изводе упућују на такав закључак.<sup>48</sup> До сличног закључка Суд је дошао и у погледу радова на измени инфраструктуре аеродрома. Иако у том конкретном случају није било радова на пистама, превагнуло је схватање да се радови на инфраструктури могу сматрати изменом самог аеродрома уколико на то упућују природа, обим и карактеристике радова који се предузимају.<sup>49</sup>

Склоност ка екстензивном тумачењу одредаба Директиве Суд је показао и тиме што је рушење подвео под појам пројекта из члана 1.2. У

---

Анекс I уз Директиву не предвиђа овај критеријум уз тачку 18(a), Суд је стао на становиште да је таква одредба противна Директиви 85/337. C-435/09, *Commission v Belgium*, [2011] ECR I-00036, paras. 86, 88.

46 C-227/01, *Commission v. Spain* [2004] ECR I-8253; В. више: Edwards, V., “A Review of the Court of Justice’s Case Law in Relation to Waste and Environmental Impact Assessment: 1992–2011”, *Journal of Environmental Law*, vol. 25, No. 3, 2013, 524–525.

47 C-275/09, *Brussels Hoofdstedelijk Gewest and Others*, [2011] ECR I-01753, para. 24; C-121/11, *Pro-Braine and Others*, para. 31, одлука још увек није објављена, текст је доступан на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62011CJ0121&lang1=en&type=TXTE&ancre=>, сајт посећен 25. августа 2014. године.

48 C-142/07, *Ecologistas en Acción-CODA* [2008] ECR I-6097, para. 36.

49 C-2/07, *Abraham and Others*, [2008] ECR I-1197, para. 40.

случају *Commission v. Ireland*, Европска комисија је тврдила да радови на рушењу одређеног објекта потпадају под поље примене Директиве 85/337, за разлику од Ирске која је тврдила да се они не могу сматрати „пројектом“ у смислу одредбе члана 1.2. Суд је, пак, стао на становиште да такви радови спадају под „друге интервенције у природној околини и крајолику“. Од изузетног значаја за тумачење одредбе члана 1. Директиве је и разјашњење које је Суд дао у погледу формулација коришћених у Анексима I и II. Суд, наиме, сматра да оне имају циљ да укажу на одређене, секторски одређене, категорије пројеката, без ужег прецизирања природе радова на које се односе. Суд се позвао и на пример који у том смислу даје Комисија, а која тврди да радови на урбанистичком развоју који су наведени у Анексу II често обухватају и рушење различитих објеката иако рушење није експлицитно поменуто у релевантној тачки Анекса II.<sup>50</sup>

На самом крају треба се осврнути и на тумачење које је Суд дао у вези са одредбом члана 3. Директиве. Оно указује на холистички приступ процени утицаја на животну околину будући да Суд инсистира на целовитој процени штетних утицаја. Мада је чланом 3. Директиве прецизирано да процена мора обухватити не само директне већ и индиректне утицаје које би пројекат у питању могао имати, овај аспект је ипак наглашен у пракси Суда његовим ставом да би било противно духу одредбе члана 3. уколико би процена обухватила само непосредне ефекте радова, а не и укупан утицај до кога би дошло употребом и коришћењем крајњег продукта тих радова.<sup>51</sup> Сличан приступ Суд је заузео и у погледу процене прекограничних утицаја одређеног пројекта.<sup>52</sup> Значај одредбе члана 3. Директиве постаје јасан и у контексту тумачења критеријума на основу којих се утврђује да ли пројекат из Анекса II Директиве подлеже обавези процене утицаја на животну околину, који се тичу природе пројекта, његове локације и обима. Суд је, наиме, стао на становиште да и пројекти мањег значаја могу имати озбиљне последице по животну околину уколико се спроводе на локацији на којој су фактори из члана 3. Директиве (флора, фауна, земљиште, вода, клима или културно наслеђе) изузетно осетљиви на најмање промене.<sup>53</sup>

## 7. ЗАКЉУЧАК

Правила о процени утицаја на животну околину своје порекло воде из унутрашњих правних поредака држава. Тачније, почеци се везују за 1969. годину и усвајање америчког *National Environmental Policy Act* који

50 C-50/09, *Commission v. Ireland*, [2011] ECR I-873, paras. 97-101.

51 C-2/07, *Abraham and Others - Liège airport*, [2008] ECR I-1197, paras. 42-43; C-142/07, *Ecologistas en Acción-CODA*, [2008] ECR I-6097, para. 39.

52 C-205/08, *Umweltanwalt von Kärnten*, [2009] ECR I-11525, para. 51.

53 C-392/96, *Commission v. Ireland*, [1999] ECR I-5901, para. 66; C-435/09, *Commission v Belgium*, [2011] ECR I-00036, para. 50.

је први пут установио обавезу спровођења процене одређеног пројекта на животну околину.<sup>54</sup> Концепт су потом преузеле друге државе те, према расположивим подацима, данас представља саставни део еколошког права више од стотину држава.<sup>55</sup> Према владајућем ставу, право процене утицаја на животну околину је најразвијеније управо на нивоу Европске уније, те се сматра да га је могуће квалификовати као међународно обичајно право регионалног карактера.<sup>56</sup>

Ипак, и поред чињенице да су правила о процени утицаја на животну околину доживела највиши степен развоја међу чланицама Европске уније, више је него очигледно да су она и даље предмет различитих тумачења. Разлоге треба тражити у особеностима саме материје заштите животне околине, али и у чињеници да се правна регулатива у овој области своди на сувише непрецизне, кишобран норме.

Анализа нормативног оквира процене утицаја на животну околину у праву Европске уније указује на закључак да се Европска унија труди да прати савремене тенденције у овој области увођењем изузетно напредних решења и све јаснијих стандарда. На то указују и последње измене које су ступиле на снагу у мају 2014. године. С друге стране, унапређивање нормативног оквира не значи да тиме Суд правде Европске уније остаје без посла. У низу случајева који су пред њим вођени у вези са проценом утицаја на животну околину, Суд је, изузетно широким и напредним схватањем појединих одредаба Директиве 85/337, успео да уведе нове стандарде у овој области који су тиме постали и саставни део европског права процене утицаја на животну околину. Стандарди проистекли из праксе Суда имају непроцењив значај за спровођење одредаба Директиве од држава чланица, и то не само на нивоу увођења нужних измена у национално законодавство, већ и у погледу њихове примене у конкретним случајевима. Тешкоће на које су поједине државе чланице наилазиле приликом имплементације одредаба Директиве у њихово унутрашње право треба да послужи као лекција државама које су кандидати за пријем у чланство како би што пре и на што озбиљнији начин приступиле увођењу стандарда Европске уније у своје законодавство и праксу надлежних органа. Последњи Извештај Европске комисије о напретку Србије из 2013. године стоји на становишту да она то још увек не чини на одговарајући начин.

54 Sands, P., Peel, J., *op. cit.*, p. 601.

55 Knox, J. „The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment“, *American Journal of International Law*, vol. 96, No. 2, April 2002, pp. 296–297.

56 Beyerlin, U., „Different Types of Norms in International Environmental Law – Policies, Principles and Rules“, in Bodansky, D., Brunnee, J., Hey, E., (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2008, p. 440.

*Doc. dr Bojana Čučković\**

## STANDARDS OF THE EUROPEAN UNION RELATING TO ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT

### Summary

*The purpose of this article is to identify relevant legal standards relating to environmental impact assessment of public and private projects which emerged from both European Union law and the case-law of the Court of Justice of the European Union. First part of the paper tends to present and analyze specific rules contained in the Directive 1985/337/EEC, as well as its amendments adopted by Directives 97/11/EC, 2003/35/EC, 2009/31/EC and 2014/52/EU. Despite the fact that Member States of the European Union possess rather high level of environmental awareness, implementation of the afore mentioned directives has encountered a number of problems at the level of practice, some of which were taken for resolution before the Court of Justice of the European Union. The second part of the paper therefore deals with the analysis of the relevant case-law of the Court of Justice of the European Union relating to environmental impact assessment. The research shows that the Court has taken a very progressive approach when interpreting the provisions of the Directive on environmental impact assessment, thus raising to a higher level the standards, that are, in this respect, present at the normative level. Application and consideration of these standards is not such a significant problem when it comes to the legislative level, however their implementation in practice of the competent authorities proved complicated for Member States. They should therefore be understood as an imperative as regards candidate countries, such as the Republic of Serbia.*

**Key words:** *Environmental Impact Assessment. – Directive 1985/337/EEC. – Directive 97/11/EC. – Directive 2003/35/EC. – Directive 2009/31/EC. – Directive 2014/52/EU. – Court of Justice of the European Union.*

---

\* Bojana Čučković, PhD. Assistant Professor, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

## VRŠENJE RODITELJSKOG PRAVA, PRENOŠENJE RODITELJSKOG PRAVA I LIČNI ODNOSI DETETA, SRODNIKA I BLISKIH OSOBA NEMAČKOM, FRANCUSKOM, RUSKOM I IRSKOM PRAVU

### Apstrakt

*U članku se razmatraju zakonske odredbe četiri pravna sistema: nemačkog, francuskog, ruskog i irskog. Predmet rada su odredbe o vršenju roditeljskog prava, prenošenju roditeljskog prava i ličnim odnosima između deteta, srodnika i bliskih osoba.*

*Nemačko pravo karakteriše široka vlast vanbračne majke povodom vršenja roditeljskog prava i omogućavanja vanbračnom ocu da ostvari kontakt sa detetom. Širok je krug trećih osoba kojima se omogućava ostvarivanje kontakta sa detetom, posebno stavljajući akcenat na institut „socijalno-porodičnog“ odnosa, prema kome dete može ostvariti pravo na kontakt sa svakom osobom sa kojom ima navedeni odnos.<sup>1</sup>*

*Francusko pravo po pitanju vršenja roditeljskog prava ima dve specifičnosti. Najpre, obavezu, nesvojstvenu drugim pravnim sistemima, da majka po rođenju deteta, zajedno sa ocem, treba da izvrši njegovo priznanje, a zatim favorizovanje koncepta zajedničkog roditeljstva kojim se primat daje biološkim roditeljima. Sticanje roditeljskog statusa ne vezuje se isključivo za brak. Iako drugi srodnici, prvenstveno baba i deda, imaju mogućnost da im se prenese roditeljsko pravo, oni će svoja prava po pitanju deteta najčešće ostvarivati kroz održavanje ličnih odnosa. Takođe, moguće je da se detetu prizna pravo da održava lične odnose sa bliskim osobama sa kojima je ostvarilo emotivnu vezu.*

*Rusko pravo odlikuje strogost pravila da isključivo roditelji vrše roditeljsko pravo, uz napomenu da ovaj pravni sistem nema pojmove samostalnog i zajedničkog vršenja roditeljskog prava, prisutne u zapadnim pravnim sistemima. Pravila o prenošenju roditeljskog prava su restriktivna i obuhvataju samo usvojenje i medicinski asistirano roditeljstvo. Paradoksalno, isključivom pravu rodi-*

---

\* Uroš Novaković, MA, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059) koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1 O tome da se u uporednom pravu proširuje krug osoba kojima se priznaje pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom, M. Draškić, „Pravo deteta na održavanje ličnih odnosa sa bliskim osobama“, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, knjiga I, Beograd 2011, 94.

telja da se staraju o detetu, stoji pravo bliskih srodnika (babe i dede) da u slučaju protivljenja roditelja sudskim putem ostvare pravo na kontakt sa detetom.

U Irskom pravu razlikuje se bračna od vanbračne porodice, te tako vanbračni otac tek nakon date izjave može steći roditeljsko pravo. Pravo na kontakt drugih, bliskih srodnika sa detetom datira od 1998. godine, obuhvatajući krvne, tazbinske i adoptivne srodnike. Specifičnost irskog prava ogleda se u činjenici da samo supružnik roditelja deteta može steći roditeljsko pravo usvojenjem, ne i njegov vanbračni partner. Za prenošenje roditeljskog prava na supružnika nameće se dodatni zahtev da u tom slučaju dete usvoji i sam roditelj koji ujedno vrši roditeljsko pravo.

Ključne reči: *Roditeljsko pravo. – Vršenje roditeljskog prava. – Prenošnje roditeljskog prava. – Sadržina roditeljskog prava. – Lični odnosi deteta i trećih osoba. – Baba. – Deda. – Očuh. – Maćeha. – Hranitelj.*

## UVOD

Sticanje roditeljskog prava pokazuje zavisnost od (van)bračnog statusa roditelja deteta. Iako postoji ravnopravnost bračne i vanbračne dece, na polju roditeljskog prava i dalje se primenjuju različite norme za sticanje tog prava ukoliko su roditelji u braku, odnosno vanbračnoj zajednici. Pitanje ličnih odnosa deteta, srodnika i bliskih osoba postaje značajno od trenutka razvoja prava deteta i kapaciteta deteta da donosi odluku o potrebi i načinu održavanja ličnih odnosa, kako sa roditeljima, tako i sa drugim (bliskim) osobama. Uvođenje principa najboljeg interesa deteta otvara mogućnosti da dete ima pravo da održava lične odnose sa drugim srodnicima nezavisno od stava roditelja prema održavanju ličnih odnosa deteta, srodnika i trećih osoba. Ako je lični odnos deteta i trećih osoba u interesu deteta smatra se da dete ima pravo na održavanje ličnih odnosa. Odnos trećih osoba i deteta posmatra se u kontekstu vršenja roditeljskog prava. Naime, roditelji su nosioci roditeljskog prava i imaju određene dužnosti i prava prema deci pre svih ostalih. Lični odnosi roditelja i deteta odvijaju se u okviru ovlašćenja roditelja koja proizilaze iz vršenja roditeljskog prava. Priznanjem autonomije deteta i uvođenjem principa najboljeg interesa deteta, lični odnosi deteta i trećih osoba odvijaju se izvan sadržine roditeljskog prava i predstavljaju pravo deteta da održava lične odnose, posmatrajući odnos deteta i trećih osoba isključivo sa aspekta deteta. Takvo rešenje usvaja rusko pravo.

## 1. VRŠENJE RODITELJSKOG PRAVA I PRENOŠENJE RODITELJSKOG PRAVA NA TREĆE OSOBE

Roditeljsko pravo, kao strogo lično pravo, nije po svojoj prirodi prenosivo. Roditelji, po pravilu, ne mogu na drugu osobu preneti vršenje roditeljskog prava. Ipak, od ovog pravila postoje izuzeci, kao kod potpunog usvojenja dete-



ta, gde se roditeljska prava potpuno prenose na usvojitelja ili usvojitelje.<sup>2</sup> Takođe, pod određenim okolnostima, ako jedna osoba vrši roditeljsku funkciju u odnosu na dete određeni period vremena, tzv. *de facto* roditeljstvo, moguće je da se prema detetu steknu neka od prava iz sadržine roditeljskog prava.

U nekim slučajevima pravi se razlika između posedovanja roditeljskog prava i vršenja roditeljskog prava.<sup>3</sup>

Prenošenje roditeljskog prava i lični odnosi deteta i trećih osoba, kao nosilaca dela ili celine roditeljskih prava posmatračemo po pitanju očuha/maćehe,<sup>4</sup> babe/dede<sup>5</sup> i bliskih osoba. Razlikujemo poveravanje deteta trećim osobama, kada je reč o prenošenju nekih od ovlašćenja iz sadržine roditeljskog prava (usled nemogućnosti ili nepodobnosti roditelja da vrše roditeljsko pravo) i održavanje ličnih odnosa deteta i trećih osoba. U prvom slučaju moguće su tri varijacije – da se na treće osobe potpuno prenosi roditeljsko pravo, da se prenosi samo deo roditeljskog prava a da roditelji zadržavaju većinu svojih roditeljskih ovlašćenja, ili da se na treće osobe ne prenosi nijedno od roditeljskih prava, već da se te osobe (samo) faktički staraju o detetu. U slučaju kada se roditeljsko pravo prenosi na treće osobe, bilo potpuno bilo delimično, reč je o nepodobnosti roditelja da vrše roditeljsko pravo. U slučaju kada je reč o održavanju ličnih odnosa deteta i trećih osoba, roditeljsko pravo se ne stavlja pod znak pitanja, već se radi o pravu deteta na održavanje ličnih odnosa sa trećim osobama ili, pak, pravu trećih osoba na lične odnose sa detetom. Roditeljsko pravo roditelja tada ostaje netaknuto i sadržina roditeljskog prava potpuna. Ne posmatra se, kao u prethodnom slučaju, prenošenje roditeljskog prava.

Kada posmatramo lične odnose deteta i trećih osoba, to činimo u svetlu roditeljskih ovlašćenja čime delegitimišemo lične odnose između braće i sestara koji se posmatraju u horizontalnoj ravni, bez prizvuka roditeljskih ovlašćenja prema detetu. Stoga, lični odnosi između braće/sestara ostaju u našem radu van posmatranja u navedenim uporednopravnim sistemima.

Pravo na održavanje ličnih odnosa deteta i drugih srodnika (baba/deda, očuha/maćehe) novijeg je datuma. Većina pravnih sistema dozvoljava održavanje ličnih odnosa deteta i bliskih krvnih srodnika, uglavno pod time definišući braću/sestre i babe/dede.<sup>6</sup> S druge strane, mnoga zakonodavstva ne predviđaju pravo na održavanje ličnih odnosa bilo detetu u odnosu na bliske osobe koje nisi srodnici, bilo trećim osobama u odnosu na dete. Isto se odnosi i na dalje (krvne) srodnike. Pitanje ostvarivanja prava na održavanje ličnih

2 Slučaj kada se roditeljsko pravo prenosi na supružnika ili vanbračnog partnera roditelja deteta.

3 K. Boele-Woelki, Frederique Ferrand, Cristina Gonzales Beilfuss, Maarit Jantera-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen 2007, 66.

4 M. M. Mahoney, "Stepparents as Third Parties in Relations to Their Stepchildren", *Family Law Quarterly*, Vol. 40, Num. 1, Spring 2006, 81.

5 O odnosu deteta sa babom i dedom nakon razvoda braka roditelja, N. Ferguson, "Children's contact with grandparents after divorce", *Family Matters*, No. 67, Autumn 2004, 38.

6 Tako, I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code – From a global perspective*, Antwerpen 2006, 162.

odnosa deteta sa srodnicima i trećim osobama javlja se jedino u slučaju protivljenja roditelja održavanju ličnih odnosa između njih.

## 2. NEMAČKA

### 2.1. Vršenje roditeljskog prava

U Nemačkoj se sticanje roditeljskog prava razlikuje zavisno od bračnog statusa deteta.<sup>7</sup> Ako su roditelji u braku, oni po automatizmu vrše roditeljsko pravo zajednički. Međutim, ako je dete rođeno u vanbračnoj zajednici, samo majka vrši roditeljsko pravo. Otac može da vrši roditeljsko pravo na osnovu sporazuma sa majkom ili na osnovu sudske odluke.<sup>8</sup> Neophodno je da se majka saglasi sa time da vanbračni otac vrši roditeljsko pravo zajednički sa njom.<sup>9</sup>

### 2.2. Prenosjenje roditeljskog prava i lični odnos deteta, srodnika i bliskih osoba

Nemačko pravo poznaje institut delimičnog roditeljskog prava (*kleines Sorgerecht*) očuha/maćehe i sastoji se u pravu na odlučivanje o svakodnevnom pitanjima vezanim za dete.<sup>10</sup> Osim delimičnog roditeljskog prava, za maćehu/očuha postoji i institut „prava odlučivanja u izuzetnim situacijama“ (*Notvertretungsrecht*) kada se dete nalazi u neposrednoj opasnosti (na primer, hitno preduzimanje medicinske intervencije neposredno nakon izvesne opasnosti). Delimično roditeljsko pravo primenjuje se samo dok maćeha/očuh žive zajedno sa detetom. Stoga, zajednički život deteta i maćehe/očuha predstavlja konstitutivni element za formiranje *de facto* roditeljskog odnosa i zatim posedovanje delimičnog roditeljskog prava. Roditelj deteta koji samostalno vrši roditeljsko pravo može uključiti svog supružnika ili partnera u svakodnevne aktivnosti vršenja roditeljskog prava, ali ne može na njega preneti vršenje roditeljskog prava.<sup>11</sup> Maćeha/očuh mogu u potpunosti steći roditeljsko pravo u slučaju usvojenja deteta, ali samo ako je to u najboljem interesu deteta. Smatra se da je u interesu deteta da bude usvojeno od maćehe/očuha ako dete nema lične odnose sa svojim biološkim roditeljem sa kojim ne živi.

7 Nemačka je država u kojoj se znatno razlikovao položaj bračne i vanbračne dece, što je uslovljavalo različito tretiranje vanbračnih roditelja po pitanju prava i obaveza prema detetu. Porodični zakon Istočne Nemačke nije predviđao posebne odredbe o vanbračnoj deci. Videti M. Reimann, J. Zekoll, *Introduction to German Law*, Munchen 2005, 260.

8 Član 1626. Nemačkog građanskog zakonika.

9 Tako i G. Kovaček-Stanić, *Uporedno porodično pravo*, Novi Sad 2002, 245.

10 Član 1687. Nemačkog građanskog zakonika.

11 Roditelji mogu preneti na treće osobe vršenje roditeljskog prava, ali i u tom slučaju roditeljsko pravo ostaje na strani roditelja. Svojevrsni oblik vršenja svakodnevnog roditeljskog prava. U pitanju je teorijska postavka s početka rada o razlikovanju između posedovanja roditeljskih prava i vršenja roditeljskih prava.

Kada su u pitanju homoseksualni partneri, jedini način za ostvarivanje roditeljskog prava predstavljala usvojenje deteta svog partnera.<sup>12</sup> Stavljanje deteta pod hraniteljsku zaštitu ne utiče na roditeljsko pravo roditelja.<sup>13</sup> Ukoliko se roditelji odluče da daju dete pod hraniteljsku zaštitu, na hranitelje se ne prenosi roditeljsko pravo.<sup>14</sup> Ipak, tako strogo zakonski određeno pravilo umnogome je ublaženo u praksi. Tako, hranitelji stiču pravo da odlučuju o svakodnevnim pitanjima vezanim za odgajanje i vaspitanje deteta, a moguće je i da sud na osnovu sporazuma roditelja i hranitelja, posebno ako hraniteljstvo traje duže vreme, prenese na hranitelje neka ovlašćenja iz sadržine roditeljskog prava.

Babe/dede imaju pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom ali samo pod uslovom da takvi odnosi nisu u suprotnosti, odnosno da ne ugrožavaju odnos između deteta i roditelja. Osim babe/dede, i drugi srodnici imaju pravo na održavanje ličnih odnosa, kao i treće osobe koje nisu u srodstvu, ali su bliske sa detetom. Pod pojmom bliske osobe se najčešće podrazumeva da osoba živi sa detetom duži period i da ima pravo da odlučuje o svakodnevnim pitanjima vezanim za dete.<sup>15</sup> To je osoba koja je spremna da preuzme odgovornost za dete i sa kojom je dete ostvarilo emotivni odnos. Dete ima pravo na kontakt i sa osobama sa kojima je formiralo „socijalno-porodični“ odnos.<sup>16</sup> Takvo proširenje kruga osoba koje mogu ostvariti pravo na kontakt sa detetom posledica je priznanja složenosti savremenih porodičnih odnosa od nemačkog zakonodavca.

### 3. FRANCUSKA

#### 3.1. Vršenje roditeljskog prava

U Francuskom pravu roditelji imaju primarno pravo da vaspitavaju i odgajaju dete. Roditelji stiču zajedničko vršenje roditeljskog prava nezavisno od toga da li su se u vreme rođenja deteta nalazili u braku ili vanbračnoj zajednici.<sup>17</sup> Specifičnost francuskog sistema sticanja roditeljskog prava ogleda se

12 Zakon o registrovanom partnerstvu, član 9. stav. 7. Tako i N. Dethloff, "Parental Rights and Responsibilities in Germany", *Family Law Quarterly*, Vol. 39, Num. 2, Summer 2005, 324.

13 Član 1688. Nemačkog građanskog zakonika.

14 N. Dethloff, "Parental Rights and Responsibilities in Germany", *Family Law Quarterly*, Vol. 39, Num. 2, Summer 2005, 326.

15 Vremenski kriterijum ima značajnu ulogu u sticanju roditeljskih prava. Tako, prema modelu Globalnog porodičnog zakona, ukoliko neka osoba živi sa detetom više od tri godine, može zatražiti da stekne roditeljsko pravo. *Ratio legis* ove odredbe, prema njenim predlagačima, sastoji se u tome da je u navedenom periodu između deteta i te osobe stvoren faktički odnos roditelj-dete. O tome, I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code – From a global perspective*, Antwerpen 2006, 144.

16 Član 1685. Nemačkog građanskog zakonika. O „socijalno-porodičnom“ odnosu, M. Reimann, J. Zekoll, *Introduction to German Law*, Munchen 2005, 265; K. Boele-Woelki, Frederique Ferrand, Cristina Gonzales Beilfuss, Maarit Jantera-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen 2007, 170.

17 Član 372. Francuskog građanskog zakonika.

u tome što vanbračna majka ne stiće roditeljsko pravo automatski rođenjem deteta, već se sticanje ostvaruje priznanjem ili sudskom odlukom.

### 3.2. *Prenošenje roditeljskog prava i lični odnos deteta, srodnika i bliskih osoba*

U svetlu činjenice da roditelji imaju isključivo pravo da vaspitavaju i odgajaju decu, treće osobe imaju sekundarnu ulogu u odnosu na roditelje deteta. Ipak, moguće je da sud na zahtev trećih osoba dosudi pravo na kontakt sa detetom, ili čak i pravo da dete boravi preko noći (prespava) kod tih osoba.<sup>18</sup> Tek u svetlu nedavnih promena zakonodavstva u Francuskoj, postaje moguće da supružnik ili partner roditelja deteta (očuh ili maćeha) ostvari roditeljska prava prema detetu. Sud može supružniku roditelja dodeliti neko od prava iz sadržine roditeljskog prava, kao što je pravo na kontakt sa detetom. U slučaju kada se dete poverava trećim osobama kao rezultat lišenja roditelja roditeljskog prava, prioritet se daje smeštaju deteta kod babe i dede.<sup>19</sup> Ipak, i u tom slučaju, kada se dosuđuje kontakt deteta sa babom/dedom, to se posmatra kao pravo deteta, a ne pravo babe/dede. Supsidijarno, dete se može poveriti članu porodice ili bliskoj osobi od poverenja. *Ultimim remedium* po pitanju smeštaja deteta kod trećih osoba predstavlja stavljanje deteta pod tutorstvo uz automatsko sticanje roditeljskog prava od strane tutora (staratelja).

U Francuskoj i drugi srodnici imaju pravo na kontakt sa detetom. Dete ima pravo na lične odnose i sa trećim osobama koje nisu srodnici a sa kojima ima značajne bliske emotivne odnose. Ipak, zakonodavac je promovišući koncept „koroditeljstva“ (*co-parentalite*) ostavio zatvorena vrata za treće osobe po pitanju sticanja roditeljskog prava, posebno za maćehu/očuha, s obzirom na to da se sudovi priklanjaju doktrini zajedničkog vršenja roditeljskog prava.<sup>20</sup>

## 4. RUSIJA

### 4.1. *Vršenje roditeljskog prava*

Prema ruskom pravu oba roditelja ravnopravno vrše roditeljsko pravo nezavisno od toga da li žive sa detetom, da li su u braku ili vanbračnoj zajednici. Na osnovu toga, koncept zajedničkog ili samostalnog roditeljskog prava ne primenjuje se u ruskom zakonodavstvu. Roditelji pre svih ostalih osoba imaju prava i dužnosti prema svojoj deci. Ističe se da pojam roditeljskog prava (roditeljskog staranja) nema primenu u ruskom poročnom pravu.<sup>21</sup> Da bi osoba

18 H. Fulchiron, "Custody and Separated Families: The Example of French Law", *Family Law Quarterly*, Vol. 39, Num. 2, Summer 2005, 311.

19 Videti članove 371–377. Francuskog građanskog zakonika.

20 H. Fulchiron, "Custody and Separated Families: The Example of French Law", *Family Law Quarterly*, Vol. 39, Num.2, Summer 2005, str. 311.

21 O. A. Khazova, "Allocation of Parental Rights and Responsibilities after Separation and Divorce under Russian Law", *Family Law Quarterly*, Vol. 39, Num. 2, Summer 2005, 377.

mogla steći pravni status roditelja potrebno je da bude po rođenju deteta upisana u matičnu knjigu rođenih kao majka/otac deteta. Rusko pravo počiva na strogom principu sticanja roditeljskog prava isključivo na osnovu krvne veze. Dva izuzetka od biološkog pojma roditeljstva su sticanje roditeljskih prava na osnovu usvojenja i putem medicinski asistiranog oplodjenja. Vršenje roditeljskog prava od strane oca ne razlikuje se zavisno od toga da li je otac priznao očinstvo ili je ono, protivno njegovoj volje, utvrđeno sudskom odlukom.

#### 4.2. *Prenošenje roditeljskog prava i lični odnosi deteta, srodnika i bliskih osoba*

U Rusiji roditeljsko pravo ne može biti preneto na treće osobe, osim u slučaju usvojenja koje predstavlja jedini način prenošenja roditeljskog prava na treće osobe. Pravo babe/dede na kontakt sa detetom ostvaruje se na osnovu odnosa srodstva sa detetom. Osim bebe/dede, i drugi srodnici imaju pravo na kontakt sa detetom.<sup>22</sup> Izričito se predviđa da dete ima pravo na kontakt sa babom, dedom, braćom, sestrama i drugim srodnicima.<sup>23</sup> U pitanju su bliski srodnici, ne i bilo koji srodnici, iako se taksativno ne navodi koji su to bliski srodnici. Čak se predviđa da dete ima pravo na kontakt sa tim osobama i u slučaju boravka deteta u zdravstvenoj instituciji i pritvoru.<sup>24</sup> Priznaje se pravo srodnika na kontakt sa detetom, čak i u situaciji kada se roditelj tome protivi.<sup>25</sup> Ukoliko roditelj sprečava lične odnose između deteta i bliskih srodnika, te osobe se mogu obratiti starateljskom telu koje može obavestiti roditelje da omoguće kontakt između deteta i srodnika. Ako roditelj ne postupi u skladu sa naredbom ovog tela, srodnik može podneti tužbu sudu. Uslov je da je starateljsko telo prethodno odredilo pravo na kontakt između deteta i bliskog srodnika. U ruskom treće osobe koje nisu srodnici namaju pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom.

## 5. IRSKA

### 5.1. *Vršenje roditeljskog prava*

Na oblast roditeljskog prava u Irskoj presudan uticaj ima Ustav Irske koji u članu 41. daje definiciju porodice, koja prema tumačenju Vrhovnog suda Irske ne obuhvata vanbračnu zajednicu i njihovu decu. Na osnovu toga, roditelji koji se nalaze u braku automatski po rođenju deteta dobijaju roditeljsko pravo. Isto važi i za vanbračnu majku, dok vanbračni biološki otac deteta ne dobija roditeljsko pravo u trenutku rođenja deteta. Vanbračni otac treba da

22 Član 55. Ruskog građanskog zakona.

23 Tako, Л. Ю. Грудина, Семейное право России, Москва, 2006, str. 195.

24 G. Kovaček-Stanić, *Uporedno porodično pravo*, Novi Sad 2002, 300.

25 Suprotno, u pravu države Illinois, da bi se priznalo pravo babe/dede na kontakt sa detetom potrebno je da se barem jedan roditelj deteta ne protivi održavanju kontakta, M. K. Goldberg, S. Nakano, *Survey of Illinois Law: Grandparent Visitation*, Southern Illinois University Law Journal, Vol. 33, 2009, 656.

podnese zahtev kojim će se potvrditi da je on otac deteta.<sup>26</sup> Roditeljima stoji mogućnost i da podnesu zajedničku izjavu u kojoj stoji da se, iako nisu u braku, oni smatraju roditeljima deteta.<sup>27</sup> Na osnovu te izjave otac deteta stiče roditeljsko pravo.

## 5.2. Prenosjenje roditeljskog prava i lični odnos deteta, srodnika i bliskih osoba

Do reforme porodičnog zakonodavstva 1998. godine, jedino su roditelji i staratelj deteta imali pravo na kontakt sa detetom. Nakon tih izmena, dozvoljeno je da rođaci i osobe koje su bile „u ulozi roditelja“<sup>28</sup> podnesu zahtev da im se prizna pravo na kontakt sa detetom.<sup>29</sup> Pojam srodnika za potrebe ostvarivanja kontakta u irskom pravu tumači se izuzetno široko.<sup>30</sup> O zahtevu srodnika odlučuje sud koji ceni prirodu i bliskost emotivnog odnosa rođaka i deteta, rizik štetnih efekata koji kontakt može prouzrokovati kod deteta,<sup>31</sup> kao i želje roditelja deteta. Ceo proces se sastoji iz dve faze – prve u kojoj sud procenjuje da li su ispunjeni navedeni uslovi i druge u kojoj se dodeljuje pravo na kontakt sa detetom. Sud može u slučaju velike udaljenosti između rođaka i deteta da dosudi i indirektan kontakt putem maila, telefona i pisama.<sup>32</sup> I pored prava, mahom bliskih srodnika (pre svega babe i dede), da ostvare kontakt sa detetom, ovim osobama se ne priznaje da u određenim slučajevima dobiju vršenje roditeljskog prava.<sup>33</sup>

U slučaju stavljanja deteta pod hraniteljstvo, hranitelji imaju mala ovlašćenja prema detetu, imajući u vidu činjenicu da roditelji mogu u bilo koje vreme opozvati hraniteljsku zaštitu. Jedini način dobijanja roditeljskog prava supružnika roditelja deteta jeste usvojenje. Podvlačimo originalnost rešenja irskog prava, koje u tom slučaju zahteva da i roditelj deteta usvoji svoje dete, iako već ima roditeljsko pravo.<sup>34</sup> Prema irskom pravu, nije moguće da osobe koje su u vanbračnoj zajednici usvoje dete svog partnera, već se zahteva da osoba koja želi da usvoji dete nalazi u braku sa roditeljem deteta.

26 Zakon o statusu dece, član 12.

27 *Ibid.*, član 4.

28 O doktrini *in loco parentis* („u ulozi roditelja“) videti: T. Nielson, R. Bucaria, *Journal of Law and Family Studies*, Vol. 11, Num 2, 2009, 524.

29 G. Shannon, “Child Custody Law of the Republic of Ireland”, *Family Law Quarterly*, Vol. 39, Num. 2, Summer 2005, 367. Pod pojmom rođaka podrazumevaju se krvni, tazbinski i adoptivni srodnici.

30 G. Shannon, *Child Law*, Dublin 2010, 742.

31 M. K. Goldberg, S. Nakano, “Survey of Illinois Law: Grandparent Visitation”, *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 33, 2009, 656.

32 U slučaju smeštaja deteta kod rođaka kada roditelji nisu podobni da vrše roditeljsko pravo, propisana je lista informacija koje rođak kod koga je dete na smeštaju dobija. O tome, L. Crowley, *Family Law*, Dublin 2013, 309.

33 G. Shannon, *Child Law*, Dublin 2010, 742.

34 G. Shannon, “Child Custody Law of the Republic of Ireland”, *Family Law Quarterly*, Vol. 39, Num. 2, Summer 2005, 368.



## ZAKLJUČAK

Sticanje roditeljskog prava pokazuje pravilnost po kojoj se različita pravila primenjuju na bračne od vanbračnih roditelja. Najčešće je vanbračni otac taj na čijoj strani se traže dodatni kvalifikativi za sticanje roditeljskog prava, sa izuzetkom francuskog prava gde se isto primenjuje i na vanbračnu majku. Irsko pravo sprovodi ustavno favorizovanje bračne porodice.

Prenošenje roditeljskog prava najčešće se odvija putem usvojenja, tako što se tom ustanovom na supružnika ili partnera roditelja deteta prenosi roditeljsko pravo. To je jedini način sticanja potpunog roditeljskog prava. Mogući su modaliteti prema kojima se na srodnike ili maćehu/oćuha prenosi samo deo roditeljskih ovlašćenja. To će biti slučaj ukoliko roditelji nisu u mogućnosti ili nisu podobni da vrše roditeljsko pravo. U slučaju hraniteljske zaštite, sticanje roditeljskih prava nije moguće, već se staranje o detetu svodi na faktičko vršenje roditeljskih prava. Zaštita hranitelja se donekle proširuje kada se na njih prenose izvesna ovlašćenja iz sadržine roditeljskog prava u slučaju da hraniteljstvo traje duži period vremena.

Pravo na održavanje ličnih odnosa deteta i trećih osoba pokazuje da je u prvom redu reč o babi/dedi kao krvnim srođnicima kojima se to pravo izričito priznaje. Posredno se govori o pravu drugih srođnika da održavaju lične odnose sa detetom, ali bez navođenja koji su to srođnici. U drugom redu, reč je o pravu oćuha/maćeha na kontakt sa detetom i *vice versa* (u slučaju prestanka zajednice između roditelja i maćeha/oćuha). Oćuh/maćeha pre ostvarivanja prava na kontakt imaju mogućnost da steknu roditeljsko pravo, prevashodno putem usvojenja. Treće osobe sa kojima je dete formiralo bliske lične veze mogu biti predmet zakonskog regulisanja, ali ne po pravilu, kao što je to slučaj sa prve dve navedene grupe osoba. Primarno se pravo na održavanje ličnih odnosa (kontakt) shvata kao pravo deteta. Tek posredno ovo pravo se priznaje i kao pravo bliskih srođnika i trećih osoba. Rusko zakonodavstvo izričito je predvidelo da, pored deteta, i treće osobe imaju izričito određeno, utuživo pravo da održavaju lične odnose sa detetom.

I pored izjednačavanja roditelja i dalje se primat u sticanju roditeljskog prava daje bračnim roditeljima. Prenošenje roditeljskog prava ograničava se na usvojenje, uz pojavu povećanja prenošenja dela roditeljskih prava kod *de facto* roditeljstva. Lični odnosi između deteta i srođnika ostvaruju se u biološkoj ravni krvnog srođstva, pre svega dete-baba/deda, uz povećanje priznanja prava na održavanje ličnih odnosa deteta i osoba sa kojima je ono ostvarilo emotivnu bliskost (povezanost). Uslov za priznanje prava u ovom slučaju je zajednički život deteta i tih osoba.

*Ast. Uroš Novaković, MA\**

## EXERCISE OF PARENTAL RESPONSIBILITY, TRANSFER OF PARENTAL RESPONSIBILITY AND PERSONAL RELATIONS BETWEEN CHILD, RELATIVES AND THIRD PERSONS IN GERMAN, FRENCH, RUSSIAN AND IRISH LAW

### Summary

*In this paper we consider statute regulations of four legal systems: German, French, Russian and Irish. Subject of our research is regulations related to exercise of parent responsibility, transfer of parental responsibility and personal relations between third persons and children.*

*German law is affected by wide power of extramarital mother regarding both exercise of parental responsibility and contact between child and cohabitant father. There is number of third persons who are enabled contact with the child, with specific accent to institute of „social-family“ relation, according to which child is entitled to contact with every person to whom he established such relationship.*

*French legal system has two specificities. Firstly, obligation, unfamiliar to other jurisdictions, that extramarital mother after birth of the child must take place declaration of acknowledging child before state representation body. Second is favoring concept of joint custody (co-parenting) with decisive role of biological parents. Exercise of parental responsibility is not strictly connected to marriage. Although other relatives, primarily grandparents, has opportunity to apply for transfer of parental responsibility, their rights related to children is mostly achieved through contact with the child. Likewise, it is possible to recognize child right to contact with persons to whom he established close emotional relationship, other than relatives.*

*Russian law characterized approach that parents alone have inalienable right to raise and nurture their child. Mentioned system is not familiar with terms of sole and joint custody, wellknown to other, predominantly west legal systems. Regulations about transferring parental responsibility are restrictive and embrace just adoption and medically assisted parentage. Opposite to exclusive right of the parent to custody their child, there is court enforceable right of close relatives (grandparents before others) to have contact with the child even in the case of parental disapproving.*

*In the Irish Law we notice difference between marital and cohabitant family, in the sense that unmarried father can exercise parental responsibility only*

---

\* Uroš Novaković, MA. Assistant, Faculty of Law University of Belgrade and PhD candidate. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

*after he give formal declaration about his paternity. Right of other relatives to contact with child is entered after 1998. and embrace not just blood relatives, but also marriage and adoptive relatives. Interestingly, in Irish Law only spouse of child parent has possibility to gain parental responsibility, not also unmarried partner. In that case, it is required, almost incredibly, that together with his spouse, parent of the child also adopt his own biological child.*

*Key words: Parental Responsibility. – Excercise of parental responsibility. – Transfer of parental responsibility. – Content of parental responsibility. – Third person-child personal relations. – Grandparents. – Stepparents. – Fosterparents.*

## ОСНОВНА ЗНАЧЕЊА ПОЈМА CAUSA У РИМСКОМ ПРАВУ

### Апстракт

Појам каузе у римском праву одликује се мноіозначношћу. Уиркос тїоме, може се издвојити неколико основних значења: 1) кауза као ирвани основ стїицања стїварної ирва (causa adquirendi), 2) кауза као разлої склаїања ирваної иосла о коме се водило рачуна код манумисије и иррансакција међу суйружницима и 3) кауза као извор облиїација. С груїе стїране, за разлику од модерних иїеоретїичара римски ирваници нису уїоїребљавали иїермин causa у значењу разлоїа насїанка уїоворне обавезе. Пиїање насїанка конїракїне обавезе они су иїосїављали код неименованих уїовора и закључили да је иїо извршење обавезе груїе стїране.

Кључне речи: *Causa*. – Контрактна обавеза. – *Causa adquirendi*. – *Causa negotionis*. – *Causa obligationis*.

### 1. УВОД

Систематско проучавање каузе почиње у XVII веку, када је Дома (*Domat*) створио класичну теорију каузе.<sup>1</sup> Међутим, појам каузе

\* Мр Валентина Цветковић-Ђорђевић, асистент Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Персијекїиве имїлементїиације евроїских стїандарда у ирвани систем Србије* (179059), који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1 Одговорајући на питање зашто настаје уговорна обавеза Дома (*Domat*) уводи појам каузе као циља коме стране теже приликом преузимања уговорних обавеза. При том, тај циљ објективно се посматра због чега је увек исти код уговора исте врсте. Код двострано обавезних уговора разлог обавезивања једне стране је у обавези друге стране. Мотиви страна да се уговором обавезу не узимају се у обзир, изузев уколико је реч о добротним уговорима у ком случају је кауза дужникове обавезе намера да се учини поклон (*animus donandi*). Дома се сматра родоначелником класичне теорије каузе коју је наставио да развија Потїје (*Potier*). За разлику од Дома, Потїје истиче субјективну (психичку) страну каузе, занемарујући њен објективни (економски) смисао. По њему, свака обавеза мора имати „поштену каузу“ (*une cause honnête*). Француски грађански законик, надовезујући се на Потїјеово учење, уводи појам недозвољене каузе (*cause illicite*) који се у судској пракси афирмисао као противправан и неморалан правни посао. У другој половини XIX века јавља се теорија антикаузалиста који су порицали смисленост и потребу постојања каузе. Међутим, у првој половини XX века Капитан (*Capitant*) установљава неокласичну теорију каузе. Он је класично учење о каузи у извесној мери изменио тиме што је истакао да је код двострано обавезних уговора кауза обавезе једне уговорне стране извршење уговорне обавезе друге стране, а не само постојање обавезе како је

правној науци познат је још из римског права, у коме се он користио у различитим значењима. Управо стога што римски правници нису систематски теоријски обрадили појам каузе, стиче се утисак да се све заслуге око утемељења овог правног појма приписују француским ауторима. Римски јуриспруденти нису могли створити трактат о појму каузе с обзиром на њихову несклоност ка теоријском промишљању. Они су пре користили казуистички метод рада који полази од проналажења „доброг и правичног“ решења у конкретном случају. Римска правна наука „није тежила као данашња правна наука да на догматски начин конструише појам „кауза“, да би потом даље објашњавала зашто каузе нема у свим пословима, зашто дефинисани појам није примењљив на све уговоре и сл. Римска јуриспруденција пришла је проблематици каузе на рационалан начин, свесна да се кауза, као и суштина права, не може објаснити само правном аргументацијом“.<sup>2</sup> Чињеница да римски правници нису створили теорију каузе у савременом смислу не сме навести на погрешан закључак да су у домену разматрања каузе они постигли мање вредне резултате од савремене науке. Напротив, значења каузе која су се искристалисала у њиховим делима упућују на то да савремено схватање каузе има корене у фрагментима римских правника. Савремени теоретичари су, користећи се развијеним појмовним апаратом, продубили идеје о каузи које су зачете у римско доба и систематски их артикулисали стварајући заокружена учења.

## 2. РАЗЛОГ КОНТРАКТНЕ ОБАВЕЗЕ У РИМСКОМ ПРАВУ

Римска казуистика показује да су римски правници настојали да утврде разлог контрактне обавезе (престације). Тим поводом они нису употребљавали термин кауза (*causa*). Довођење у везу појма каузе са уговорном обавезом дело је модерних аутора. У савременом праву термин кауза има уже правно значење од оног које се среће у римском праву. Под утицајем развоја консензуализма и аутономије воље, Дома утемељује класичну теорију каузе која се везује за уговорно право. Од тада па до данас кауза се по правилу употребљава за означавање разлога настанка уговорне обавезе. У модерном праву не постоји сагласност поводом

---

тумачила класична теорија. Међутим, у случају добротиних уговора, Капитанова теорија враћа се на посредан мотив – *animus donandi*. Управо захваљујући поларизацији ставова који иду од неопходности постојања каузе до њеног потпуног обемишљавања, заступници како једне тако и друге теорије настојали су да пронађу што јаче аргументе како би потврдили сопствено, односно оповргли супротно гледиште. Узајамна критика допринела је стварању раскошне теоријске мисли о појму каузе која ни данас не јењава. Вид. више: Атила Дудаш, *Кауза облигационих уговора* (необјављена докторска дисертација), Нови Сад 2011, 54 и даље.

2 Антун Маленица, „О римском погледу на каузу посла, каузу облигације и каузу престације у контрактима“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1–2/2008, 195.

тога да ли је кауза уговора исто што и кауза уговорне обавезе.<sup>3</sup> За класичне римске правнике није постојала таква дилема будући да се њихова разматрања о каузи престације не разликују од разматрања каузе самог контракта.<sup>4</sup> Разликовање каузе контракта од каузе контрактне обавезе има смисла у порецима који признају начело аутономије воље приликом склапања уговора. Према том начелу, које прихвата и савремено српско право, стране у облигационим односима слободне су да, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, своје односе уреде по својој вољи.<sup>5</sup> Уколико склопе неименовани уговор, стране уговорнице саме одређују његову садржину, односно саме одређују циљ тог уговора. Како је хипотетички могуће склопити безброј различитих неименованих уговора, то значи да се сваки од њих одликује различитом каузом. Ако се прихвати став да се кауза уговора одређује чисто објективно, те да представља типизирани циљ уговора одређене врсте, из тога произилази да у случају неименованих уговора који нису типизирани нема смисла говорити о каузи уговора већ само о каузи уговорне обавезе коју су стране имале на уму и која их је побудила да се обавезу.

У класичном римском праву постојао је тачно одређени број типизираних контраката чију садржину и форму уговарачи нису могли мењати. Отуда је сваки контракт имао себи својствен циљ, па се и кауза уговорне обавезе код датог контракта могла унапред одредити. „Због тога јуриспруденција у казуистици о контрактима каузу престације не тражи у међусобном односу самих престација, већ у економском и друштвеном циљу који су стране имале у виду када су се споразумевале.“<sup>6</sup> Па ипак, издваја се мишљење Гаја који, разматрајући консензуалне контракте, истиче да разлог обавезе треба тражити у споразуму којим су се уговорнице обавезале на извршење међусобних престација.<sup>7</sup> Другим ре-

3 Осим непостојања сагласности око тога шта представља каузу уговора, различити ставови у савременој теорији присутни су и поводом тога да ли је кауза контракта исто што и кауза контрактне обавезе. Према једном мишљењу ради се о идентичној правној појави за коју су у употреби два различита израза, те кауза контракта и кауза контрактне обавезе представљају синониме. По другом мишљењу, ради се о различитим појмовима који се разликују по томе да ли узимају у обзир унутрашње побуде за заснивање обавезе. Према томе, кауза контракта објективно је одређена и представља типизирани циљ уговора одређене врсте. Она је независна од унутрашњих побуда страна. Тако је нпр. кауза уговора о купопродаји могућност стицања права својине на ствари, односно новцу. С друге стране, кауза контрактне обавезе представља циљ ради којег се страна контрактом обавезује. Међутим, за разлику од каузе контракта, кауза контрактне обавезе обухвата и субјективне елементе тј. побуде из којих страна закључује контракт. Вид. Саша Никшић, „Кауза обвезе и сродни институти у поредбеном праву“, Зборник Правног факултета у Загребу 4/2006, 1095–1096; А. Дудаш, 15–17.

4 А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 191.

5 Чл. 10 Закона о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Сл. лист СРЈ” бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ”, бр. 1/2003).

6 А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 191.

7 D.44.7.2.3 *Gaius libro tertio institutionum: Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.* („...у овим [консензуалним



чима, разлог обавезе једне стране представља извршење обавезе друге стране.

Већина консензуалних уговора представљала је средство тржишне размене која је подразумевала узајамност престација, од којих се једна по правилу састојала у плаћању накнаде за извршену контрапрестацију. Изузетак је уговор о налогу (*mandatum*), који је међу консензуалним контрактима једини био бесплатан. Тај контракт не везује се за тржишно привређивање стога што је поникао из рођачких и пријатељских веза у којима је било неморално захтевати накнаду за извршени рад. Тако Паул наглашава да мандат не производи дејство уколико је уговорена накнада за рад налогопримца стога што је разлог настанка тог контракта осећај дужности и пријатељства.<sup>8</sup> Отуда би се могло закључити да је разлог преузимања уговорне обавезе налогопримаца (мандатара) испуњење моралне обавезе коју има према налогодавцу (манданту).

Развој римског контрактног система остварен је путем пактова који су добили правну заштиту „управо стога што постојећи систем типских уговора, са типизираним правним последицама, није могао да подржи све врсте кауза које су стране желеле постићи“.<sup>9</sup> Врхунац развоја римских контраката остварен је пружањем правне заштите безименим контрактима код којих су стране биле слободне да саме уреде садржај уговора. Како то нису типски уговори који се одликују утврђеним економским и друштвеним циљем, кауза неименованих уговора није се могла унапред одредити. Упркос томе, римски правници су истицали неопходност постојања каузе за настанак неименованог уговора.<sup>10</sup> С обзиром на то да су неименовани уговори у бити били реални уговори, сматрали су се закљученим тек када је једна страна испунила оно на шта се споразумом обавезала. Међутим,

– А. М.] контрактима један је обавезан другом због онога што треба међусобно испунити у складу с добрим и правичним.“) – Превод А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 190.

8 D.17.1.1.4 D.17.1.1.4 *Paulus libro 32 ad edictum: Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.* – „Налог је ништав ако није бесплатан: наиме рађа се из осећаја дужности и пријатељства, супротан је, дакле, обавези по основу цене: увођењем новца исправније је посао сматрати извршењем дела“. *Ibid.*, 191.

9 А. Дудаш, 44.

10 У D.2.14.7.2 Улпијан најпре каже да облигација може настати и из споразума који се не може уврстити у постојећи тип уговора под условом да постоји кауза споразума која се огледа у узајамности престација. Одмах затим (D.2.14.7.3) он наглашава да споразум не може имати било какву каузу већ она мора бити ваљана (*iusta*): *Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione.* – „Ако је дато обећање ради тога да не би био учињен злочин, из таквог споразума не настаје облигација.“ 4. *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem.* – „Јер, ово се сматра, ако иза закљученог споразума не постоји никаква кауза, не може се установити обавеза“. Превод А. Маленица, О римском погледу на каузу, 190.

јуриспруденти су се запитали којим разлогом се води страна која прва извршава оно што је споразумом обећала и закључили су да је то извршење престација друге стране. У прилог томе наводи се Паулов фрагмент у којем је дата теоријска шема могућег односа престација: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*.<sup>11</sup> Иако Паул није изричито изразио да је разлог обавезе једне стране извршење обавезе друге стране, суштина ове идеје садржана је у речима „дајем теби да даш, или дајем да чиниш, или чиним да даш, или чиним да чиниш“.

### 3. ЗНАЧЕЊЕ ТЕРМИНА CAUSA У РИМСКОМ ПРАВУ

У делима римских правника често се наилази на термин *causa*. Многозначност овог појма среће се и у говорном латинском језику одакле су га правници преузели и придали му правна значења.<sup>12</sup> У Дигестама термин *causa* наводи се чак 3.120 пута у различитим контекстима.<sup>13</sup>

Анализом данас доступних извора римског права уочава се да се појам каузе употребљавао у неколико основних значења.

11 D.19.5.5 *Paulus libro quinto quaestionum pr: Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest. Qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur. 1. Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.* – „Мој природни син робује теби и твој син мени: међу нама је споразум да ти ослободиш мог и ја твог: ја сам ослободио, ти ниси ослободио: поставља се питање која ми тужба припада. У оквиру овог питања можеш изложити целокупну дискусију поводом предате ствари. Шта је у оваквим случајевима прикладно: дакле, или дајем теби да даш, или дајем да чиниш, или чиним да даш, или чиним да чиниш: У тим оквирима се поставља питање каква облигација треба да настане. 1. Дакако, ако ти дам новац да бих примио ствар, постоји куповина и продаја: ако пак дајем ствар да бих ствар примио, будући да се не сматра да приликом размене ствари постоји куповина, нема сумње да настаје утужива облигација у којој се тужба рађа не ради тога да вратиш што си примио, већ да мени даш толико обештећење колики је мој интерес да примим оно о чему је споразум: али, ако желим да вратим своје, тражи се оно што је дато, као када је ствар дата ради нечега што се није остварило.“ *Ibid.*, 193.

12 Термин *causa* је и у свакодневном латинском језику имао више значења: узрок, повод, мотив, разлог, прилику, случај итд. Поред тога, каузом се означава и: положај неког лица или ситуација у којој се оно налази, предмет, кључна ствар у некој дискусији, оправдавајући разлог, ствар која се расправља у судском поступку, правичан, законит и прихvatљив мотив и др. *Ibid.*, 173-174.

13 *Ibid.*, 173.

### 3.1. Кауза као правни основ стицања стварног права (*causa acquirendi*)

Ваљан правни основ (*iusta causa*) који се другачије назива и титулус (*titulus*) уз одговарајући начин (*modus acquirendi*) доводи до стицања стварног права. Правни основ стицања најчешће је правни посао *inter vivos* или *mortis causa*. Тако се у Гајевим Институцијама (II,20) среће израз *causa* у значењу правног основа на темељу кога је извршена традиција: „Ако ти, дакле, будем предао одело или злато или сребро било на основу продаје или поклона или ког другог правног основа, одмах ће ствар постати твоја, уколико сам њен сопственик.“<sup>14</sup> Такође, у Дигестама (D.41.1.31)<sup>15</sup> налази се пример где је Паул каузу употребио управо у значењу основа стицања својине: – „Никада гола традиција не преноси власништво, већ само она којој претходи продаја или друга ваљана кауза због које је традиција уследила.“<sup>16</sup> Потом се истиче Улпијанов фрагмент D.6.2.3.1<sup>17</sup>: „Претор каже: ‘по ваљаној каузи утужује’. Дакле, онај који има ваљану каузу традиције, користи Публицијеву тужбу: и Публицијева тужба не припада само савесном купцу, него и другима, сматра се и оном коме је по основу мираза предата ствар, иако још није узупапирана. Постоји, такође, сасвим ваљана кауза било да је процењена ствар предата било да није предата у мираз. Једнако је и ако ствар буде предата по основу пресуде.“<sup>18</sup> Из наведеног фрагмента закључује се да је ваљан основ стицања, осим правних послова, могла бити и судска пресуда. Кауза се у том значењу употребљава и у савременим порецима који, по узору на римско право, за стицање својине или другог стварног права захтевају правни основ (*iusta causa*) и начин стицања (*modus acquirendi*).<sup>19</sup>

14 Gaius *Institutiones* (II,20): *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

15 D.41.1.31 *Paulus libro 31 ad edictum pr: Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

16 Превод А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 178 фн. 31.

17 D.6.2.3.1 *Ulpianus libro 16 ad edictum: Ait praetor: „Ex iusta causa petet.“ Qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur publiciana: et non solum emptori bonae fidei competit publiciana, sed et aliis, ut puta ei cui dotis nomine tradita res est necdum usucapta: est enim iustissima causa, sive aestimata res in dotem data sit sive non. Item si res ex causa iudicati sit tradita.*

18 Превод А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 178 фн. 31.

19 У правне поретке који за стицање својине захтевају правни основ (*iusta causa*) и начин стицања (*modus acquirendi*) спадају нпр. српско и аустријско право. Вид. чл. 33 и 34. ст. 1 Закона о основама својинскоправних односа („Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90, „Сл. лист СРЈ“ бр. 29/96 и „Сл. гласник РС“, бр. 115/2005 – др. закон), чл. 426 и 431 Аустријског грађанског законика (ABGB). О различитим системима стицања својине вид. Francesco Giglio, *Condictio proprietaria und europäisches Bereicherungsrecht*, Berlin 2000, 197. и даље.

### 3.2. Кауза као разлог склапања правног посла (*causa negotionis*)

Римски правници употребљавали су термин *causa* да означи разлог склапања правног посла (*negotium*). Притом, правни посао римског права не треба поистоветити са значењем које он данас има.<sup>20</sup> Основна карактеристика савременог правног посла јесте да неформална изјава воље по правилу производи правне последице. Напротив, у римском праву које се добрим делом своје историје одликовало формализмом захтевало се да воља буде изјављена у строго прописаној форми да би имала правно дејство. У време владавине апстрактних правних послова, правно релевантна била је једино форма а не и разлог због кога се закључује правни посао. Развојем консензуализма, кауза у значењу разлога склапања правног посла (*causa negotionis*) добија значај. У класичном римском праву разлог склапања правног посла утврђивао се приликом ослобађања роба као и онда када је правни посао закључен међу супружницима. Ослобађање роба није било дозвољено уколико је имало за циљ изигравање поверилаца.<sup>21</sup> Осим тога, господар који је млађи од двадесет година могао је да ослободи роба само у форми *manumissio vindicta* под условом да је пред конзилијумом доказао ваљан разлог због којег то чини.<sup>22</sup> Оправдани разлог ослобађања представља постојање крвне или друге блиске везе између господара и роба.<sup>23</sup> Осим тога, ваљан разлог ослобађања постоји уколико је роб отклонио наступање штетних последица за господара.<sup>24</sup>

20 Вид. А. Маленица „Правни посао и *negotium*, два појма која припадају различитим епохама“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2007, 76.

21 О томе сведочи фрагмент из Јустинијанових Институција (I,6): *Non tamen cuiusque volenti manumittere licet. nam is qui in fraudem creditorum manumittit nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem.* („Није ипак сваком допуштено да кад год хоће ослобађа роба. Наиме, онај који ослобађа роба ради изигравања поверилаца, ништа не чини јер закон Елија Сенција спречава наступање слободе.“) 3: *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit solvendo non est, vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse.* („Сматра се, пак, да ослобађање робова ради изигравања поверилаца врши онај који већ у време када ослобађа роба није солвентан, као и онај који давањем слободе престаје да буде солвентан.“) – Превод А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 176.

22 *Iustiniani Institutiones* (I,6,4): *Eadem lege Aelia Sentia domino minori annis viginti non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium iusta causa manumissionis adprobata fuerit manumissi.*

23 *Iustiniani Institutiones*, (I,6,5): *Iustae autem manumissionis causae sunt, veluti si quis patrem aut matrem aut filiamve aut fratrem sororemve naturales aut paedagogum, nutricem, educatorem aut alumnum alumnamve aut collectaneum manumittat...* („Ваљани су су, дакле, разлози ослобађања из ропства када неко ослобађа из ропства оца или мајку, сина или кћер, брата или сестру по крви, учитеља, дојиљу, васпитача, ученика или ученицу, или брата или сестру по млеку...“) – Превод А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 176.

24 D.40.2.9 *Marcianus libro 13 institutionum pr. Iusta causa manumissionis est, si periculo vitae infamiaeve dominum servus liberaverit.* – „Ваљани разлог ослобађања из ропства постоји ако је роб спасио господара од животне опасности или инфамије.“ *Ibid.*

Из наведеног се може закључити да разлог склапања правног посла указује не само на мотив који се везује за чињеницу постојања посебног односа између господара и роба односно прошлог догађаја (спасавање господара од наступања штетних последица), већ и за циљ који се остварује у будућности (изигравање поверилаца). Идеја каузе као циља склапања правног посла јавила се, дакле, још код римских правника, те она није искључива духовна својина нововековних теоретичара. Римски правници, за разлику од модерних теоретичара, нису разматрали да ли кауза представља правни економски или неки други циљ. Па ипак, на основу њихових фрагмената може се закључити да каузу у значењу циља склапања правног посла разматрају у случају манумисије која не припада имовинском праву, већ праву о лицима као делу статусног права (*ius quod ad personas pertinet*).<sup>25</sup> Из тога произлази да римски јуриспруденти каузу не схватају као искључиво економски циљ.<sup>26</sup> Наиме, ослобађање роба од стране инсолвентног господара има циљ изигравање поверилаца тиме што су онемогућени да своја потраживања наплате из дужникове (господареве) имовине. У том смислу, може се сматрати да је манумисија извршена у економском циљу који се огледа у погоршању имовинске ситуације господара роба. Међутим, ваљани разлози ослобађања који су изричито наведени у изворима тичу се нематеријалних вредности као што су сродство или алтруизам. Отуда се кауза, по схватању Римљана, може одредити и као етички разлог предузимања правног посла.

Други правни посао поводом кога се разматрао циљ (разлог) склапања правног посла био је поклон учињен између супружника. С обзиром да није био одређен садржином и формом као остали послови, поклон за класичне римске правнике није представљао типичан правни посао.<sup>27</sup> „Може се рећи да је поклон у класичном и раном посткласичном праву ваљан основ прибављана имовинске користи у ком једна страна, поклонодавац, својом вољом, путем правног посла, предузимањем или пропуштањем неке радње прибавља другој страни, поклонопримцу, уз његов пристанак, непосредно или посредно, имовинску корист, на свој терет, без икакве накнаде или услова који је обележје неког другог посла.“<sup>28</sup> Између супружника поклон је био забрањен са образложењем да брак треба да се темељи на љубави, а не на економском интересу.<sup>29</sup> С обзиром на то да се забрана даривања могла изиграти пу-

25 *Ibid.*, 177.

26 *Ibid.*

27 Вид. А. Маленица, *Поклон у римском праву*, Београд 1981, 120. Поклон постаје типичан правни посао са одређеном формом и садржином тек Константиновом конституцијом из 316. год. Вид. А. Маленица, *Римско право* (осмо издање), Нови Сад 2008, 301–302.

28 А. Маленица, *Поклон у римском праву*, 120.

29 О забрани поклона међу супружницима говоре два Улпијанова фрагмента у Дигестама. Први (D.24.1.1) каже: „Обичајима је код нас уведено (прихваћено), да не

тем склапања апстрактног правног посла попут стипулације и акцептилације или посредством теретних уговора у којима се престација поклонопримца умањује толико да представља безначајну економску вредност, класична јуриспруденција је приликом утврђивање постојања поклона међу супружницима занемарила субјективни елемент – *animus donandi*, већ је предвидела објективан критеријум који се огледао у обогаћењу једног брачног друга на рачун другог.<sup>30</sup> „Због тога је поклон између брачних другова везала за појам обогаћења-осиромашења (*locupletatio-depauperatio*) и тиме дала тумачење да су забрањени само они поклони који доводе до обогаћења-осиромашења.“<sup>31</sup> У случају да је између супружника склопљен теретни правни посао испитивало се да ли постоји еквивалентност престација. Уколико је утврђена нееквивалентност престација, узимало се да постоји поклон због чега је теретни уговор сматран ништавим.<sup>32</sup> Тако у фрагменту D.18.1.38<sup>33</sup> Улпијан каже: „Између мужа и жене продаја учињена за нижу цену из разлога поклона је ништава.“<sup>34</sup> Исто важи и за уговор о закупу поводом кога Папинијан (D.24.1.52)<sup>35</sup> истиче: „Ако је муж жени из разлога поклона ствар уз нижу цену дао у закуп, закуп је ништав.“<sup>36</sup>

Према интерпретацији класичних правника разлог предузимања поклона између супружника представља обогаћење поклонопримца

---

важе поклони између мужа и жене. То је уведено зато да не би у замену за љубав, не држећи се мере у поклонима, претераном лакомислености, један другоме отели имовину“. *Ibid.*, 144. Потом, у D.24.1.3 стоји: „Наши преци су забрањивали поклоне између мужа и жене, часну љубав самим осећањима процењујући, придружујући се општем схватању да не треба слогу по цену уступака постизати, да не би бољи пао у сиромаштво, а гори био обогаћен“. *Ibid.*

30 А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 180–181.

31 *Ibid.*, 180.

32 Класично право није водило рачуна да ли је цена код уговора о купопродаји или закупнина код уговора о закупу правична. Сматрало се да свака страна у теретним уговорима жели да оствари што бољи имовински положај. Тако је било легитимно да купац жели да купи ствар што јефтиније, а продавац да прода што скупље. У Дигестама (D.19.2.22.3) се наилази на фрагмент у коме Паул разматра случај у коме је уговорена ниска закупнина: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluri sit minoris emere, quod minoris sit pluri vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.* – „Исто онако као што је по природи ствари дозвољено у куповини и продаји нешто што је вредније купити за мањи износ, а нешто што је мање вредно продати за већу цену, и на тај начин се међусобно варати, такво је право и у давању у закуп и узимању у закуп“. *Ibid.*, 181 фн. 41. Утолико је вођење рачуна о еквивалентности престација код теретних уговора међу супружницима представљало изузетак у односу на правило које је важило за лица која нису у брачном односу.

33 D.18.1.38 *Ulpianus libro septimo disputationum: Inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliori nullius momenti est.*

34 Превод А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 182.

35 D.24.1.52 *Papinianus libro decimo quaestionum pr.: Si vir uxori donationis causa rem vilius locaverit, locatio nulla est.*

36 Превод А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 182.



односно осиромашење поклонодавца. Реч је, дакле, о разлогу имовинске природе, због чега би се модерним речником могло рећи да се кауза чињења поклона међу супружницима огледа у економском циљу. Упркос начелној забрани поклона међу брачним друговима, јуриспруденција је предвидела и неке изузетке. Тако су поклони међу супружницима били дозвољени уколико су били учињени ради отклањања сиромаштва брачног друга (*causa exilii*),<sup>37</sup> ради одржавања породичне свечаности која је примерена женином статусу,<sup>38</sup> подизања гробнице (*sepulturae causa*)<sup>39</sup> и поводом мужевљевог уласка у ред сенатора или витезова<sup>40</sup>. У тим случајевима иза непосредног циља обogaћења налази се посредан циљ који се састоји у поштовању друштвених правила по којима се влада достојан римски грађанин. Отуда се, према схватању римских правника, кауза правног посла могла састојати не само у економском већ и у друштвеном циљу због кога се приступа његовом склапању.<sup>41</sup> Полазећи од економског циља правног посла, класична јуриспруденција је створила појам добротине каузе (*causa lucrativa*), који је означавао добротин (бесплатан) правни посао (*causa lucrativa*), тј. онај „који доноси корист неком лицу без еквивалентне накнаде“.<sup>42</sup> Ова кауза се често помиње у изворима стога што су постојала различита правила за добротине (лукративне) и теретне (онератне) правне послове. Тако се у случају лошег имовинског стања само дужник из лукративног посла могао позвати на смањење или опрост своје обавезе (*beneficium competentiae*).<sup>43</sup> Исто тако дужник из лукративног посла није одговарао за евикцију<sup>44</sup> и скривене недостатке предате ствари<sup>45</sup> нити је, у случају да је пао у доцњу, био обавезан да плаћа затезну камату.<sup>46</sup> Да ли је у питању лукративна или онератна кауза било је од значаја и онда када

---

37 D.24.1.43

38 D.24.1.31.8

39 D.24.1.5.8

40 Ulpiani *Regulae* (VII, 4)

41 А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 193–194.

42 *Ibid.*, 183.

43 D.39.5.33 *Hermogenianus libro sexto iuris epitomarum pr: Qui id, quod ex causa donationis stipulanti sponderat, solvi constituit, actione constitutae pecuniae non in solidum, sed in quantum facere potest convenitur: causam enim et originem constitutae pecuniae, non iudicii potestatem praevalere placuit. Sed et condemnatus ex causa donationis in actione iudicati non frustra desiderat in quantum facere potest conveniri.* – „Онај који је нешто стипулишући обећао из разлога поклона, установио је обавезу исплате, а по тужби constitutae pecuniae осуђује се не у целости, већ на онолико колико може да учини. Одлучено је, наиме, да треба да претегну кауза и порекло constitutae pecuniae, а не снага пресуде. Зато и осуђени по основу поклона неће узалуд чезнути да по тужби ради извршења пресуде буде осуђен на онолико колико може да учини“. *Ibid.*, 184 фн. 49.

44 D.39.5.18.3

45 D.21.1.62

46 D.39.5.22

је иста ствар била предмет неколико послова који су се укрстили у ком случају се водило рачуна да ли су се стекла два онератна посла, два лукративна посла или један онератни и један лукративни посао.<sup>47</sup> Дужникова обавеза гасила се само уколико су се стекле две лукративне каузе поводом исте ствари.<sup>48</sup> То правило налази се и у Јустинијановим Институцијама (II,20,6) у којима изричито стоји да се две доброчине каузе не могу стећи у истом лицу и истој ствари.<sup>49</sup>

С друге стране, полазећи од друштвеног циља правног посла класични правници створили су појам неморалне каузе (*turpis causa*). У изворима *turpis causa* означава неморалан циљ правног посла. Неморално је оно понашање које је супротно добрим обичајима (*contra bonos mores*).<sup>50</sup> Неморална кауза постојала је уколико је плаћање извршено да би се спречило чињење светогрђа, крађе или убиства.<sup>51</sup> Она се везује за кондикцију *ob turpem causam*. На основу ње реституција се остварује само ако је неморалност постојала на страни примаоца.<sup>52</sup> Уколико су обе стране биле неморалне примена кондикције била је искључена.<sup>53</sup>

47 А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 184.

48 D.19.1.13.15 *Ulpianus libro 32 ad edictum: Si fundum mihi alienum vendideris et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilo minus ex empto mihi adversus te actio competit.* – „Ако ми продаш туђе земљиште, па оно по доброчиној каузи постане моје, због тога ми ништа мање неће против тебе припадати право на тужбу по основу куповине“. D.44.7.17 *Iulianus libro 33 digestorum: Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.* – „Сви дужници, који по доброчиној каузи дугују индивидуално одређену ствар, ослобађају се (обавезе) уколико та индивидуално одређена ствар припадне повериоцу по доброчиној каузи“. *Ibid.*

49 *Iustiniani Institutiones* (II,20,6): *Si res aliena legata fuerit et eius, vivo testatore, legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest: si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse.* – „Ако је била легирана туђа ствар, па је легатар за живота тестатора на основу куповине постао њен власник, може путем тужбе из тестаментa захтевати њену цену. Ако је пак (стекао ствар) на основу доброчине каузе, на пример поклоном или другом сличном каузом, не може тужити, јер је обичајем уведено да се две доброчине каузе не могу стећи у истом лицу и истој ствари.“ *Ibid.*, 184–185 фн. 53.

50 У фрагменту D.30.112.3 Марцијан прави разлику између нечег што је противно праву (*contra ius*) и оног што је противно добрим обичајима (*contra bonos mores*). Противна је праву повреда закона и преторовог едикта, док повреда добрих обичаја представља неморалан (*turpis*) акт.

51 D.12.5.2 *Ulpianus libro 26 ad edictum pr: ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas.* („као када сматра да теби даје да не учиниш светогрђе, крађу или не убијеш човека.“) – Превод А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 185.

52 D.12.5.1.2 *Paulus libro decimo ad Sabinum: Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.* – „Оно што постане примаочево уз његову нечасну каузу може се вратити натраг и ако посао буде извршен“. *Ibid.*

53 D.12.5.3 *Paulus libro decimo ad Sabinum: Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur.* – „Тамо, пак, где се преноси уз нечасност и даваоца и примаоца, кажемо да се не може вратити натраг, као на пример ако се даје новац да се лоше пресуди.“ *Ibid.*

### 3.3. Кауза као извор облигација (*causa obligationis*)

У класичном римском праву термин кауза употребљен је поводом излагања извора облигација. Гај у Институцијама све изворе облигација дели на контракте и деликте.<sup>54</sup> Међутим, у свом другом делу (*Res cottidianae*) исти правник врши трипартитну поделу извора облигација на: контракте, деликте и мешовиту групу разних облика кауза (*variae causarum figurae*).<sup>55</sup> Према Јустинијановој четворној подели извора облигација, ова трећа мешовита група подељена је на квазиконтракте и квазиделикте.<sup>56</sup> Тако се у четири каузе (разлога) које доводе до настанка облигације убрајају: контракт, каузе сличне контракту (квазиконтракт), деликт и каузе сличне деликту (квазиделикт).

## 4. ЗАКЉУЧАК

У теорији грађанског права чини се да не постоји толико размимотилажења као у погледу одређивања појма каузе. Овим поводом спор је започео још у XVII веку када је француски аутор Дома (*Domat*) дао одговор на питање зашто настаје уговорна обавеза. Постављање питања о разлогу због које се стране обавезују у уговору уско је повезано са развојем консензуализма и стварањем савременог концепта уговора као сагласности воља која је усмерена на постизање облигационоправног дејства, без обзира на форму у којој је до ње дошло. Наиме, у време владавине формалних правних послова, правна дејства настају из предузете форме без обзира на конкретне разлоге због којих стране приступају склапању правног посла. Римско право у првим фазама свог развоја карактерише се строгим формализмом за чији настанак није било довољно неформално постизање сагласности воља већ су стране морале извршити унапред прописану свечану форму. Развојем робноновчане привреде и укључивањем разнородних народа у римску државу долази до слабљења утицаја религије на право чиме се стварају услови за развој консензуализма. Значајан корак ка пружању заштите неформално изјављеној вољи направљен је крајем републике стварањем консензуал-

54 Gaius, *Institutiones* (III, 88): *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.* („Сада прелазимо на облигације, које се најпре деле на две основне врсте: све облигације настају или из уговора или из деликта.“) – Превод Обрад Станојевић, *Гај Институције*, Београд 1982, 197.

55 D.44.7.1 *Gaius libro secundo aureorum: pr. Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.* („Облигације, дакле, настају или из контракта или из деликта или по неком посебном праву из разних облика кауза.“) – Превод А. Маленица, „О римском погледу на каузу“, 188.

56 *Iustiniani Institutiones* (III,13.2): *Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.* – „Следећа подела дели их на четири врсте: или постоје на основу контракта или квази контракта или деликта или квази деликта“. *Ibid.*

них уговора, док је највећи домет римског права у том смислу остварен санкционисањем неименованих уговора у посткласичном праву. Па ипак, претпоставка пружања заштите простог споразума путем тужбе *praescriptis verbis* била је извршење чинидбе једне уговорне стране. Све док једна страна није испунила оно што је неформално обећала, постигнута сагласност воља није уживала никакву заштиту. Римски правници су се, међутим, запитали којим разлогом се води страна која прва извршава оно што је споразумом обећала и закључили су да је то извршење престација друге стране. Управо се наведено схватање разлога обавезивања може сматрати претечом неокласичне теорије каузе француског аутора Капитана (*Capitant*) по којој код двострано обавезних уговора кауза обавезе једне уговорне стране представља извршење уговорне обавезе друге стране.

Иако римским правницима није било странао промишљање о разлогу обавезивања, они нису употребљавали термин *causa* за означавање разлога настанка уговорне обавезе. Појам каузе (*causa*) у римском праву употребљаван је у другим значењима међу којима се издваја: 1) кауза као правни основ стицања стварног права (*causa adquirendi*) који објашњава разлог имовинског преноса и који се најчешће огледа у одговарајућем правном послу *inter vivos* или *mortis causa*, 2) кауза као разлог настанка правног посла (*causa negotionis*) који се огледа у одређеном економском или друштвеном циљу о коме се водило рачуна код манумисије (*manumissio*) и трансакција међу супружницима, 3) кауза као извор облигација (*causa obligationis*).

*Ast. Valentina Cvetković-Đorđević, M.A.\**

## THE BASIC MEANINGS OF THE TERM CAUSA IN ROMAN LAW

### Summary

*The term causa in Roman law was used in several basic meanings which had in common that they referred to the cause of the emergence of a certain phenomenon. Thus there are: 1. causa as a legal basis for the acquisition of a property right (causa adquirendi) which explained the cause of a property transaction, 2. causa as the reason of a legal transaction which was reflected in an economic or a social purpose which was taken into account in the case of manumission or in the case of a transaction between spouses and 3. causa as the source of an obligation which, according to Gaius, may be bipartite (con-*

\* Valentina Cvetković Đorđević, mag. sci. Assistant, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

*tracts and delicts) i.e. tripartite (contracts, delicts and miscellaneous group of various forms of causa (variae causarum figurae)) and in Justinian's law they may be quadripartite (contracts, delicts, quasi-contracts and quasi-delicts). On the other hand, Roman jurists, unlike contemporary law, did not use the term causa to denote the cause of a contractual obligation. However, they dealt with the cause of a contractual obligation primarily in the case of innominate contracts where the cause of one party's obligation was considered to be the fulfillment of another party's obligation.*

Key words: *Causa*. – Contractual obligation. – *Causa adquirendi*. – *Causa negotionis*. – *Causa obligationis*.

## АГЕНЦИФИКАЦИЈА И ПОСЛОВИ УПРАВЕ У ОБЛАСТИ ЗАШТИТЕ ОД ЈОНИЗУЈУЋИХ ЗРАЧЕЊА И НУКЛЕАРНЕ СИГУРНОСТИ У КОНТЕКСТУ ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА

### Апстракт

У поглављу се анализира општи оквир за оснивање и функционисање јавних агенција у праву Србије, као и положај и улога Агенције за заштити од јонизујућих зрачења и нуклеарну сигурности Србије која, осим решавања у ујравним стварима, укључује и регулаторну функцију и доношење подзаконских аката у специфичној области које захтева висок ниво експертизе. Истиче се значајно ограничење у погледу решавања у ујравним стварима, као и у доношењу подзаконских аката, чиме се значајно нарушава концепција самосталној стручној тела коју предвиђа релевантно законодавство. У поглављу се истражују и аргументи за пренос инспекцијских послова на Агенцију. Констатирају се да пример агенција у области заштите животне средине указује на законодавна и политичка лутања у одређењу за адекватне модалитете обављања управне делатности, чије последице могу бити далекосежне, а као највеће истражујемо немогућности континуирано изградње квалитетне управних организација и стварање неверења у експертизу.

Кључне речи: Агенцификација. – Нуклеарна сигурности и заштити од јонизујућих зрачења. – Ујравни послови. – Европске интеграције. – Заштити животне средине.

### УВОД

Имплементација стандарда Европске уније у области заштите животне средине представља највећи правни и економски изазов<sup>1</sup> у процесу усаглашавања права и интеграције у Европску унију. Посебно значајан изазов представља имплементација стандарда у домену нуклеарне сигурности и заштите од јонизујућих зрачења, како због опасности по животну средину и здравље људи тако и због високог нивоа експерти-

\* Др Марко Миленковић, истраживач сарадник Института друштвених наука у Београду. Поглавље је резултат рада на пројекту *Перспективе имплементације европских стандарда у јавни систем Србије* (179059), који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1 У том смислу упоредити: Влада Републике Србије, Национална стратегија за апроксимацију у области заштитне животне средине за Републику Србију, 2011.



зе који је потребан за успешно обављање ових послова. У овом поглављу анализирамо општи оквир за оснивање и функционисање јавних агенција у нашем праву, као и регулаторни режим у којем постоји релевантна агенција са значајним управним овлашћењима, која осим решавања у управним стварима укључује и регулаторну улогу и доношење подзаконских аката у врло специфичним областима које захтевају посебну експертизу. Област заштите животне средине је посебно интересантна за изучавање процеса раширене агенцификације, али и супротног процеса деагенцификације, који су се одиграли у Србији у последњих више од десет година, с обзиром на то да је представљала локус тих дивергентних процеса. Три организације у области заштите животне средине су укинуте (Агенција за хемикалије, Фонд за заштиту животне средине и Агенција за енергетску ефикасност), а Предлогом закона о изменама и допунама Закона о заштити од јонизујућих зрачења и нуклеарној сигурности из 2012. године било је предвиђено укидање Агенције за заштиту од јонизујућих зрачења и нуклеарну сигурност Србије, што се ипак није догодило након скупштинске расправе. Укидањем ове агенције у области заштите животне средине не би остало ниједно самостално тело, већ би се сви послови, изузев оних које обављају Завод за заштиту природе и Републички хидрометеоролошки завод, били би обављани у Министарству и Агенцији за заштиту животне средине, као органу у њеном саставу. Ови потези чине област заштите животне средине јединственим примером, односно режимом у нашем праву у којем можемо тврдити да се догодила деагенцификација, и то под утицајем ресорног министарства које је сматрало да је укидање тих организација важан приоритет на почетку свог тадашњег мандата. Пример агенција у овој области указује на законодавна и политичка лутања у опредељењу за адекватне модалитете обављања управне делатности, али и негативну конотацију коју различити реформски процеси у управи добијају, чије последице могу бити далекосежне, а као највеће истичемо немогућност континуитета изградње капацитета управних организација и стварање неповерења у експертизу и стручност запослених који раде у тим организацијама.<sup>2</sup>

## 1. ЈАВНЕ АГЕНЦИЈЕ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ

Јавне агенције су у већој мери уведене у правни систем Србије релативно недавно, након политичких промена 2000. године,<sup>3</sup> али је начин на који су оне уведене у тај систем и читав спектар створених уп-

2 Овим питањем смо се детаљно бавили у: Milenković Marko, Milenković Miloš, „Administrative reform and debates over public agencies' role in Serbia”, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Vol. 61, No. 3, 2013, 135–150.

3 Ипак, постоје примери агенција која су обављале послове у области приватизације према прописима из 1990. и 1997. године.

равних организација, према нашем мишљењу, озбиљно угрозио даље коришћење тог типа организација у нашем праву, Трансформација српске јавне управе је под утицајем два велика испреплетана процеса. Први је трансформација у тржишну економију, а други је интеграција у Европску унију. Интеграција Србије у Европску унију подразумева свеобухватну трансформацију правног система земље. Због обима и темпа реформи спроведених у процесу приступања Европској унији, процес реформи се у јавности (и стручној и широкој), често изједначава са процесом интеграције земље у ЕУ. За спровођење процеса интеграције потребни су адекватни административни капацитети ради усклађивања законодавства са *acquis communautaire* и примене новоуспостављених режима, стандарда и процедура. У претходном периоду је доста критикована пролиферација броја агенција у српској јавној управи. Иако подаци о броју организација нису доступни званично,<sup>4</sup> сам њихов број не указује нужно ни на једну позитивну или негативну страну тог процеса.

Као део ширег процеса регулаторне реформе 2004. године усвојена је и *Стратегија реформе државне управе*, како би подстакла деполитизацију, децентрализацију, професионализацију, рационализацију и модернизацију јавне управе Републике Србије<sup>5</sup>. Њоме је предвиђено постојање јавних агенција као облика организовања управе. Тек након што је више јавних агенција већ постало оперативно у различитим правним областима 2005. године, усвојен је Закон о јавним агенцијама, којим је постављена основа за успостављање, функционисање и контролу агенција.<sup>6</sup> Ипак, овим законом није успостављена ниједна појединачна агенција, већ он представља само општи оквир за оснивање и рад агенција, који се може модификовати посебним прописима. Уста-

4 На проблем непознања броја тих органа у нашем управном систему указивало је више аутора у својим радовима. Алексић и Радуловић су за потребе своје студије направили попис агенција, али уз оgradu у погледу његове исцрпности. Упоредити: Aleksić Dragana, Radulović Branko, *Agencies in Serbia – Analysis and Recommendations for Reform*, USAID BEP project, Belgrade 2013.

5 Влада Републике Србије, *Стратегија реформе државне управе*, 2004.

6 За анализу положаја агенција у нашем правном и политичком систему видети између осталог: Илић Стеван, „Јавне агенције и управна реформа”, у: Светислав Табороши (ур.) *Развој јавног система Србије и хармонизација са јавном ЕУ – ирилози пројекти 2009*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 37–48; Томић Зоран, „Управне и јавне агенције у Србији, класификација и правни положај”, *Право и привреда*, бр. 5–8, 2008, 413–427; Митић Душан, „Правна природа јавних агенција у правном систему Републике Србије”, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 2007, 209–248. За разматрања положаја независних регулаторних тела у правном систему Србије видети: Радивојевић Миодраг, „Независна (регулаторна) тела и институције у Србији”, *Српска јолиничка мисао*, год. 30, бр 4, 53–76; Шупут Дејан, „Самостална регулаторна тела у правном систему Републике Србије”, *Телекомуникације*, год. 2, бр. 3, 2009, 49–56. Томић и Јованчић урадили су студију степена независности регулаторних агенција у Србији: Томић Слободан, Јованчић Александар, „Настанак и независност регулаторних тела у Србији: домаће или екстерне детерминанте?”, *Политичке иерсијективе*, бр. 5, 2012, 23–53.

вом Републике Србије предвиђено је да је државна управа самостална, везана Уставом и законом, као и да за свој рад одговара Влади, да се послови државне управе одређују законом, а да послове државне управе обављају министарства и други органи државне управе предвиђени законом.<sup>7</sup> У члану 137 Устава такође се предвиђа да се у интересу ефикаснијег и рационалнијег остваривања права и обавеза грађана и задовољавања њихових потреба од непосредног интереса за живот и рад, законом може поверити обављање одређених послова из надлежности Републике Србије аутономној покрајини и јединици локалне самоуправе. Такође, предвиђено је и да се поједина јавна овлашћења могу законом поверити и предузећима, установама, организацијама и појединцима.<sup>8</sup> За нашу анализу је посебно значајан став да се јавна овлашћења могу законом поверити и посебним органима путем којих се остварује регулаторна функција у појединим областима или делатностима.<sup>9</sup> Уставом је предвиђено да Република Србија, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе могу основати јавне службе. Делатности и послови због којих се оснивају јавне службе, њихово уређење и рад прописују се законом. У време доношења актуелног Устава Републике Србије већ је био завршен први талас агенцификације наше јавне управе и био је на снази Закон о јавним агенцијама. Ипак, творци Устава се нису определили да агенције посебно именују као врсту организације којој се може поверити обављање јавних овлашћења, што сматрамо значајним за сагледавање променљивог политичког односа према агенцијама у нашем управном систему. Према Закону о државној управи (члан 4), поједини послови државне управе законом се могу поверити јавним предузећима, установама, јавним агенцијама и другим организацијама.

У складу са Законом о јавним агенцијама (ЗЈА),<sup>10</sup> јавна агенција је организација која се оснива за „развојне, стручне или регулаторне послове од општег интереса”. Законом се такође предвиђа да се посебним законом могу, сходно сврси јавне агенције, поједина питања положаја јавне агенције уредити друкчије него овим законом. Као услове за оснивање јавне агенције поставља се да се агенција оснива ако развојни, стручни и регулаторни послови не захтевају сталан и непосредан политички надзор и ако јавна агенција може боље и делотворније да их врши него орган државне управе, нарочито ако се у целини или претежно

7 Устав Републике Србије („Сл. гласник РС”, бр. 98/2006) члан 136. Више о организацији државне управе у нашем праву видети: Димитријевић Предраг, „Организација државне управе у Републици Србији”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 62, 2012, 73–90.

8 Апостофирајући овај став члана 137. Томић истиче да се ту препознају јавне агенције као вандржавна тела. Видети: Томић Зоран, „Управне и јавне агенције у Србији, класификација и правни положај”, *Право и привреда*, бр. 5–8, 2008, 418.

9 Митић ову одредбу препознаје као начин на који су „јавне агенције добиле статус уставне категорије” упоредити: Митић Душан, „Правна природа јавних агенција у правном систему Републике Србије”, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 2007, 209–248.

10 Закон о јавним агенцијама, „Сл. гласник РС”, бр. 18/2005, 81/2005.

могу финансирати од цене коју плаћају корисници услуга (члан 2 ЗЈА). Додатно, чланом 2 је предвиђено да оснивач мора посебним законом бити овлашћен за оснивање јавне агенције, те је на тај начин разрешена правна дилема поводом могућности да Влада (или други орган) без законског основа оснива те организације.

За анализу организације јавне управе у области која захтева висок ниво стручних знања посебно је интересантно питање делегирања јавних овлашћења.<sup>11</sup> Наш закон почива на концепцији да јавне агенције врше поверене послове, те је самим тим и њихова независност и самосталност концепцијски доведена у питање, што ћемо илустровати и самим законским решењима за модалитет утицаја Министарства на рад агенција. Тако је предвиђено да се агенцији посебним законом, као јавно овлашћење, могу поверити следећи послови државне управе: 1) доношење прописа за извршавање закона и других општих аката Народне скупштине и Владе; 2) решавање у првом степену у управним стварима; 3) издавање јавних исправа и вођење евиденција. Увиђа се да је решењем из закона од традиционалних послова јавне управе изостало, осим праћења стања и учешћа у обликовању политике<sup>12</sup>, вршење инспекцијског надзора, чиме је то решење усклађено са решењима из Закона о државној управи, који омогућава поверавање послова инспекцијског надзора искључиво аутономној покрајини, односно локалној самоуправи, о чему ће више речи бити у даљој анализи.

У складу са Законом о јавним агенцијама предвиђено је да је јавна агенција самостална у свом раду, те да Влада не може усмеравати рад јавне агенције, нити га усклађивати са радом органа државне управе.<sup>13</sup> Управо то решење нам је важно у наредној анализи Агенције за заштиту од јонизујућих зрачења и нуклеарну сигурност Србије и њеног положаја у односу на надлежна министарства.

У складу са чланом 7 ЗЈА, када је реч о законитости, стручности, политичкој неутралности, непристрасности, употреби службеног језика и писма, стручној спреми и оспособљености запослених који раде на повереним пословима државне управе и о канцеларијском пословању, на рад јавне агенције примењују се прописи у вези са државном управом.<sup>14</sup> За анализу процеса агенцификације, али и негативне перцепције коју је изазвала у друштву, посебно је значајна одредба става 2 члана 7 која прописује: „На права, обавезе, одговорности и зараде директора и

11 Како истичу Радловић и Алексић, „наше право одликују превазиђени концепти делегирања јавних овлашћења”. Aleksić Dragana, Radulović Branko, *Agencies in Serbia – Analysis and Recommendations for Reform*, USAID BEP project, Belgrade 2013.

12 Ово је донекле и разумљиво, с обзиром на то да је обликовање политике традиционални прерогатив Владе, а предвиђено је да су агенције самосталне у односу на Владу.

13 Члан 4 ЗЈА.

14 У складу са Законом се такође Актом о оснивању јавне агенције могу одредити послови које запослени у јавној агенцији, ради спречавања сукоба приватног и јавног интереса, не могу вршити у своје име и за свој рачун или у име и за рачун неког другог правног или физичког лица.

запослених у јавној агенцији примењују се општи прописи о раду, ако овим или посебним законом није што друго одређено.” Управо је ова одредба омогућила стварање паралелних структура у јавној управи, а често и различито плаћање запослених у органима државне управе и јавним агенцијама за обављање истих, односно сличних послова, попут решавања у управним стварима.<sup>15</sup>

Законом се, такође, прецизира процес успостављања агенција од стране Републике Србије, аутономне покрајине и локалне самоуправе, укључујући вршење оснивачких права, акта о оснивању обезбеђивању средстава за почетак рада агенције, органе агенције (делокруг, именовање, положај чланова), однос према корисницима, финансирање и престанак рада јавне агенције.<sup>16</sup> У складу са чланом 35 ЗЈА јавна агенција може истовремено да врши и развојне и стручне и регулаторне послове одређене актом о оснивању јавне агенције сагласно посебном закону. Осим тога, јавна агенција може да врши и друге послове у вези са сврхом свог оснивања према акту о оснивању јавне агенције. У погледу поверавања послова, а додатно у односу на члан 3, ЗЈА предвиђа да „јавној агенцији могу посебним законом бити поверени сви послови државне управе који се према овом закону уопште могу поверити јавним агенцијама”. Ови послови, као што смо видели, не обухватају експлицитно праћење стања и учешће у обликовању политике владе нити послове инспекцијског надзора.

У складу са законом, јавна агенција врши развојне и стручне послове „сагласно сврси свог оснивања”. Према ЗЈА, развојни послови састоје се од „подстицања и усмеравања развоја у областима из делокруга јавне агенције, додељивања и распоређивања финансијских подстицаја и других развојних средстава, предузимања мера на које је јавна агенција овлашћена посебним законом и од других послова одређених актом о оснивању јавне агенције сагласно посебном закону”. С друге стране, ЗЈА не садржи дефиницију „стручних послова” иако је њихово обављање један од мотива за оснивање агенција у складу са чланом 1 ЗЈА.

Према члану 37 ЗЈА регулаторни послови јавне агенције састоје се у доношењу прописа за извршавање закона и других општих аката Народне скупштине и Владе, уз одређење да прописи јавне агенције морају по природи и називу да одговарају прописима које доносе органи државне управе. Њих доноси управни одбор јавне агенције и објављује их

15 Лоша економска ситуација и немотивисаност стручњака који по природи свог посла могу наћи запослење ван система државне управе (или у шире схваћеном јавном сектору) у значајној мери отежава задржавање квалитетних кадрова у оквирима министарстава и других органа државне управе. Питањем задржавања експерата у оквирима управе, али и повезивањем овог различитог система плата са партикратијом у Србији бавили смо се детаљније у: Milenković Marko, Milenković Miloš, “Administrative reform and debates over public agencies’ role in Serbia”, *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, vol. 61, no. 3, 2013, 135–150.

16 За детаљну анализу закона видети: Balinovac Zoran, “Overview of the Public Agencies Act” in: Balinovac Zoran, Damjanović Jasmina. (Eds.), *The government and state administration system in the Republic of Serbia – compilation of laws and explanatory articles*, Dial, Grafolik, Beograd 2006.

у „Службеном гласнику Републике Србије”. Посебно су значајне одредбе о надзору над прописима јавне агенције. Тако је, према члану 43, јавна агенција дужна да пре објављивања прописа прибави од министарства у чијем су делокругу послови јавне агенције мишљење о уставности и законитости прописа, а министарство да њој достави образложени предлог како да пропис усагласи са Уставом, законом, прописом или другим општим актом Народне скупштине и Владе. Ако јавна агенција не поступи по предлогу министарства, оно (министарство) је дужно да оснивачу предложи доношење решења о обустави од извршења прописа и на њему заснованих појединачних аката и покретање поступка за оцењивање уставности и законитости прописа. Решење о обустави од извршења прописа ступа на снагу кад се објави у „Службеном гласнику Републике Србије” и престаје да важи ако оснивач у наредних 15 дана не покрене поступак за оцењивање уставности и законитости прописа. Такво решење додатно ограничава независност агенција и отвара нови канал притиска Владе на независне (регулаторне) агенције.

Решавање у управном поступку представља следећу категорију послова која се може поверити јавној агенцији. У складу са законом (члан 38) решења у управном поступку доноси директор јавне агенције или лице које он овласти. Кључни проблем законског решења представља одредба да о жалби на решење јавне агенције решава министарство у чијем су делокругу послови јавне агенције, чиме се *de facto* стало на становиште да јавне агенције (барем оне на који се примењује општи правни режим)<sup>17</sup> не треба да буду самосталне у свом раду (уз правну контролу суда у управном спору), већ да директно ресорно министарство може утицати на решавање у управним стварима, што доводи у сумњу иницијално опредељење да се агенцији повери вршење „стручних послова”, имајући у виду да се оне најчешће и оснивају као својеврсни центри експертизе, окупљајући службенике специфичних профила којих у министарствима или нема или их нема у довољном броју. У нашој законодавној пракси има примера агенција чија су решења коначна и против којих се може водити управни спор.

Према члану 44 надзор над радом јавне агенције у повереним пословима државне управе врши министарство у чијем су делокругу послови јавне агенције, док законито и наменско коришћење средстава јавне агенције и примену прописа којима се уређују јавне финансије и финансијско и рачуноводствено пословање надзире министарство надлежно за послове финансија. Примену прописа о службеној употреби језика и писма, канцеларијском пословању, пословању са странкама и корисницима, као и ефикасност и ажурност решавања у управном поступку, стручну спремност запослених који решавају у управном поступку и овлашћења за решавање у управном поступку надзире министарство надлежно за послове управе.<sup>18</sup>

17 То не искључује могућност да се посебним законом одреди да су решења агенције коначна у управном поступку.

18 У нашој правној пракси забележен је и случај из 2008. године у коме је Министарство телекомуникација донело решење којим на 120 дана преузима обављање по-



## 2. ОБАВЉАЊЕ УПРАВНИХ ПОСЛОВА У ОБЛАСТИ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ И АГЕНЦИЈСКИ МОДЕЛ ЈАВНЕ УПРАВЕ

Послови јавне управе у области заштите животне средине,<sup>19</sup> због динамичног карактера области и потенцијалних штетних последица, спадају у најобимније и најкомплексније. Уз изванредан степен централизације подељени су између централног, покрајинског и локалног нивоа власти. Устав Републике Србије прописује да послове државне управе обављају министарства и одређује да она примењују законе и друге прописе и опште акте Народне скупштине и Владе, као и опште акте председника Републике, решавају у управним стварима, врше управни надзор и обављају друге управне послове утврђене законом.<sup>20</sup> Наведене послове у области заштите животне средине, у складу са Законом о министарствима (2014) обавља Министарство пољопривреде и животне средине. У оквиру реформе система заштите животне средине у Србији је 2004. године основана Агенција за заштиту животне средине као јединствен пример агенције као органа у саставу Министарства пољопривреде и животне средине. Консеквентно положају, Министарство врши и надзор над њеним радом. Према Закону о државној управи, врсте органа у саставу (министарства) су: управе, инспекторати и дирекције, те тако Агенција за заштиту животне средине представља изузетак у нашем управном систему.<sup>21</sup>

Формирање Агенције за заштиту животне средине у Србији 2004. године коинцидирало је са процесом европских интеграција Србије од 2000. године и значајном реформом еколошкоправног оквира, а модел надлежности Европске агенције за заштиту животне средине послужио је и за дефинисање надлежности наше Агенције.

Два посебно важна питања за студију јавних агенција у области заштите животне средине јесу регулаторна овлашћења агенција и вршење инспекцијског надзора, односно (потенцијално) поверавање тих управних послова агенцијама. Осим решавања у управним стварима које је поверавано јавним агенцијама у нашем праву, такође су и регу-

---

верених послова од републичке агенције за телекомуникације, што је у литератури изазвало разматрања о поштовању независности регулаторних тела у Србији. Шупут Дејан, „Републичка агенција за телекомуникације – пример недореченог статусно-правног положаја самосталног регулаторног тела у правном систему Републике Србије”, *Правни живот*, год. 59, бр. 8, 2010, 807–823.

19 Видети: Димитријевић Предраг, „Јавна управа за еколошко доба”, у: Предраг Димитријевић (ур.) *Екологија и право*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2011, 465–475.

20 Упоредити члан 136. Устава Републике Србије („Сл. гласник РС”, бр 83/2006).

21 Упоредити: члан 29. Закона о државној управи („Сл. гласник РС”, број 79/2005 и 101/2007). За анализу положаја и улоге агенције видети: Миленковић Марко, „Положај и улога Агенције за заштиту животне средине”, у: Стеван Лилић (ур.) *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије – књига II*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 251–259.

латорна овлашћења (за доношење подзаконских аката) преношена на агенције у области заштите животне средине. Према Закону о државној управи, органи у саставу учествују у обликовању политике Владе (као облика управне делатности) посредством Министарства. Имајући у виду карактер активности Агенције, пре свега сакупљање информација, постоје могућности за најдиректније учествовање у формулисању политике у области заштите животне средине. Надлежности Агенције за заштиту животне средине и поверени управни послови обухватају преваходно послове усмерене на мониторинг стања животне средине, извештавање и обезбеђивање информација, како доносиоцима одлука, тако и општој јавности. На тај начин, главна функција ове агенције је усмерена на остваривање права на информације у области заштите животне средине, односно конкретно на њихово прикупљање и обраду од експертског тела. То право је код нас подигнуто на ниво уставног права, па тако Устав у члану 74 прописује да свако има право на потпуно и благовремено обавештавање о стању животне средине.<sup>22</sup>

Осим Агенције за животну средину, у овој области су у претходном периоду основане и Агенција за енергетску ефикасност и Агенција за хемикалије. Потоње две су у оквиру ширег процеса деагенцификације управе који је започет, али убрзо и заустављен, у другој половини 2012. године укинуте, и њихове надлежности су преузели Агенција за енергетику, односно Министарство. У Србији је у претходном периоду усвојен Закон о управљању хемикалијама (ЗХ), стратешким документима је предвиђена континуирана изградња овог система и установљена је Агенција за хемикалије, која је обављала значајан број управних послова у овој области.<sup>23</sup> Одлуком Народне скупштине Републике Србије, 25. септембра 2012. године усвојене су измене и допуне Закона којима је предвиђено укидање Агенције за хемикалије као једне од седам управних организација овог типа које су укинуте. Агенција је била основана као самостална, развојна, стручна и регулаторна организација која врши јавна овлашћења у складу са законом, укључујући доношење подзаконских аката и решавање у управним стварима.

Додатно, укинут је и Фонд за заштиту животне средине као посебна организација. Било је предлога да се укине и сама Агенција за заштиту животне средине, као и Агенција за заштиту од јонизујућих зрачења и нуклеарну сигурност Србије, али према постојећим увидима након политичког притиска администрације Европске уније, од те намере се одустало.

22 Видети више: Hayward Tim, *Constitutional Environmental Rights*, Oxford University Press, Oxford 2005; Boyle Alan, "Human Rights and the Environment: Where Next?", *European Journal of International Law*, vol. 23 no. 3, 2012, 613-642.; Стјеља Ивана, Бабић Јелена, Миленковић Марко, Поповић Мирко, Долапчев Вања, *Демократија њед изазовом – како јавности учествује у стварању политичке животне средине*, Београдска отворена школа, Београд 2014.

23 Анализу трансформације оквира у тренутку када се одиграла дали смо у: Миленковић Марко, „Управни послови у области управљања хемикалијама и европске интеграције”, у: Стеван Лилић (ур.) *Перспективе имплементације европских стандарда у јавни систем Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 317-335.

### 3. ПОЛОЖАЈ И УЛОГА АГЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ОД ЈОНИЗУЈУЋИХ ЗРАЧЕЊА И НУКЛЕАРНУ СИГУРНОСТ СРБИЈЕ

Агенцију за заштиту од јонизујућих зрачења и нуклеарну сигурност Србије основала је Влада 2009. године, у складу са Законом о заштити од јонизујућих зрачења и о нуклеарној сигурности<sup>24</sup> и Законом о јавним агенцијама, ради обављања регулаторних послова – израде подзаконских аката, издавања лиценци за обављање радијационе делатности и нуклеарних активности и праћења стања и вршења мерења у области свог деловања. Предлогом закона о изменама и допунама Закона о заштити од јонизујућих зрачења и о нуклеарној сигурности из 2012. године било је предвиђено да та самостална организација буде укинута и да њене надлежности буду пренете на Министарство, али се од тог потеза ипак одустало током скупштинске расправе.<sup>25</sup> Због самосталног статуса Агенције и традиционалног опредељења нашег законодавца у погледу обављања ове врсте управних послова, из њених надлежности је изостао инспекцијски надзор који је остао у Министарству за пољопривреду и заштиту животне средине (спровођење мера заштите од јонизујућих зрачења) и Министарству просвете, науке и технолошког развоја (спровођење мера нуклеарне сигурности и управљање радиоактивним отпадом). У складу са Законом (члан 5) Агенција се оснива одлуком Владе ради обезбеђивања услова за квалитетно и ефикасно спровођење мера заштите од јонизујућих зрачења и мера нуклеарне сигурности при обављању радијационих делатности и нуклеарних активности. У складу са законом она је самостална регулаторна организација која врши јавна овлашћења у складу са законом. На оснивање и правни положај Агенције примењују се одредбе закона којим се уређују јавне агенције. Сагласност на акт којим се утврђују висина плата и број запослених у Агенцији даје Влада. Исти модел био је примењен и приликом оснивања Агенције за хемикалије која је укинута 2012 године. Важно је приметити да је предвиђено да и за једну и за другу организацију Влада даје сагласност на акт којим се утврђује висина плате, те је на тај начин пронађен модел за политичку (али и правну) контролу самосталних организација у погледу плата, те постоји могућност да се спречи настајање значајних

24 Закон о заштити од јонизујућих зрачења и о нуклеарној сигурности („Сл. гласник РС”, бр. 36/2009 и 93/2012). Законом су прописане мере заштите живота и здравља људи и заштите животне средине од штетног дејства јонизујућих зрачења и мере нуклеарне сигурности при свим поступцима у вези са нуклеарним активностима. Законом се такође уређују услови за обављање делатности са изворима јонизујућих зрачења и нуклеарним материјалима, као и управљање радиоактивним отпадом (члан 1). Законом је, између осталог, забрањено обављање делатности са изворима јонизујућих зрачења и нуклеарним материјалима без претходно прибављеног одобрења које издаје Агенција за заштиту од јонизујућих зрачења и нуклеарну сигурност Србије.

25 Aleksić Dragana, Radulović Branko, *Agencies in Serbia – Analysis and Recommendations for Reform*, USAID BEP project, Belgrade 2013, 50.

дискрепанци у висинама зарада између државних службеника који плате примају у складу са релевантним прописима о платама и запослених у агенцијама и тиме отклони један од кључних делегитимишућих фактора агенцијског модела у јавности.

У анализи положаја ове агенције треба приметити и да Европска комисија у својим годишњим извештајима о напретку Србије у процесу европских интеграција редовно указује на неадекватан положај ове агенције, како у погледу преношења надлежности на то самостално тело, тако и у погледу броја запослених који је константно испод броја систематизованих радних места.<sup>26</sup>

Анализа послова које обавља Агенција указује на то да су међу њима, осим регулаторних, и скоро сви послови управе које познаје наше законодавство – решавање у управним стварима, вођење евиденција, праћење стања и, на извештан начин, чак и учествовање у обликовању политике Владе, што ћемо детаљније објаснити у даљем тексту. Једина врста послова која традиционално остаје изван домена агенција јесте инспекцијски надзор, мада у њен делокруг спадају послови мониторинга. Агенција је према Закону (члан 6) надлежна да: 1) доноси подзаконске прописе за спровођење закона; 2) доноси Програм систематског испитивања радиоактивности у животној средини; 3) доноси Програм за допунско обучавање и оспособљавање професионално изложених лица и лица одговорних за заштиту од јонизујућих зрачења; 4) доноси Програм за правовремену најаву акцидента; 5) припрема предлоге Програма радијационе сигурности и безбедности, Програм нуклеарне сигурности и безбедности и Програм управљања радиоактивним отпадом;<sup>27</sup> 6) припрема Предлог плана за деловање у случају акцидента; 7) израђује упутства и процедуре потребне за спровођење мера радијационе и нуклеарне сигурности и безбедности; 8) издаје, продужава и одузима лиценце за обављање радијационе делатности и нуклеарне активности; 9) издаје и одузима дозволе за промет радиоактивних и нуклеарних материјала; 10) издаје, продужава и одузима решења правним лицима или предузетницима за обављање послова заштите од јонизујућих зрачења, радијационе делатности или нуклеарне активности; 11) издаје потврде о евидентирању извора јонизујућих зрачења; 12) издаје сертификате одговорним лицима за заштиту од јонизујућих зрачења; 13) прописује висину накнаде за издавање лиценци, дозвола, решења, потврда о евидентирању и сертификата; 14) води регистар пријава и издатих лиценци, дозвола, решења, потврда о евидентирању и сертификата; 15) формира и одржава базу података (централни регистар) о изворима јонизујућих зрачења и корисницима тих извора, професионално изложеним лицима, као и о другим подацима од значаја за заштиту од јонизујућих зрачења, радијациону и нуклеарну сигурност и безбедност; 16) води централну евиденцију о нуклеарним објектима, нуклеарним материјалима и ради-

26 European Commission, "Serbia 2012 progress report", Brussels 2012; European Commission, "Serbia 2013 progress report", Brussels 2013; European Commission, "Serbia 2014 progress report", Brussels 2014.

27 Припремљене предлоге у складу са Законом усваја Влада.

оактивном отпаду и контролише евиденције које воде корисници; 17) прати обим и промену нивоа радиоактивности и оцењује њен утицај на становништво и животну средину и с тим у вези налаже спровођење потребних мера и прати њихово извршавање; 18) објављује годишњи извештај о нивоу излагања становништва јонизујућим зрачењима у Републици Србији<sup>28</sup>; 19) контролише да ли су испуњени услови на основу којих су издате лиценце, дозволе и решења; 20) обезбеђује јавност у раду на спровођењу закона и у поступку доношења подзаконских прописа; 21) доставља средствима јавног информисања, надлежним државним органима и Међународној агенцији за атомску енергију информације од значаја за радијациону и нуклеарну сигурност и безбедност; 22) остварује сарадњу са надлежним државним органима из свог делокруга; 23) самостално или у сарадњи са надлежним државним органима остварује сарадњу са Међународном агенцијом за атомску енергију и другим међународним телима и надлежним органима других држава у вези са спровођењем овог закона; 24) даје мишљење на захтев надлежних државних органа у вези са приступањем међународним конвенцијама и другим споразумима у области радијационе и нуклеарне сигурности и безбедности; 25) обавља и друге послове утврђене законом. Највећи број тих послова Агенција врши као поверене послове. Посебно је интересантно да Агенција *de facto* учествује и у обликовању политике Владе тиме што даје мишљење о приступању конвенцијама и другим споразумима у области радијационе и нуклеарне сигурности и безбедности. На тај начин, може се рећи, отишло се корак даље од класичне концепције која заговара раздвајање обављања редовних стручних послова, попут решавања у управним стварима, од обликовања и вођења политике Владе, тиме што је Агенцији обезбеђено консултативно место у том процесу. Ипак, с друге стране, анализом релевантних чланова увиђа се значајно задирање Владе у самосталност Агенције путем давања сагласности на подзаконске акте и могућност контроле појединачних аката у управном поступку.

У складу са чланом 26 Агенција овлашћује правна лица за вршење послова заштите од јонизујућих зрачења<sup>29</sup> доношењем решења на које је могуће изјавити жалбу министру надлежном за послове заштите од јонизујућих зрачења, а решење министра је коначно. На тај начин примењена је солуција из члана 38. Закона о јавним агенцијама, према којем Министарство врши правну контролу аката јавних агенција. Не улазећи у анализу утицаја тог решења на самосталност „регулаторне самосталне организације”, како је дефинише Закон, поставља се питање сврсисходности таквог решења, имајући у виду да је Агенција основана ради груписања експертског знања у уској области и да стручне службе у Ми-

28 У складу са чланом 11, Агенција објављује у посебној стручној публикацији годишњи извештај о нивоу излагања становништва јонизујућим зрачењима.

29 Агенција води евиденцију о донетим решењима. Детаљније о издавању дозвола од агенције видети: Мирјана Дреновак Ивановић, „Имплементација правних стандарда Европске уније у правни систем Србије у области нуклеарне сигурности”, у: Стеван Лилић (ур.), *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, стр. 258–269.

нистарству, по правилу, не могу имати довољан степен компетенције за доношење таквих одлука. Чланом 27 предвиђена је могућност одузимања овлашћења пре истека рока важности у законом прописаним ситуацијама, али у овом случају није предвиђена могућност жалбе министру.

На основу испуњености законом прописаних услова, Агенција правном лицу, односно предузетнику, издаје лиценцу за обављање радијационе делатности (члан 30) односно лиценцу за обављање нуклеарне активности (члан 49). И у овом случају на решење Агенције о издавању, односно продужењу важења лиценце за обављање радијационе делатности може се изјавити жалба министру надлежном за послове заштите од јонизујућих зрачења и у овом случају решење министра је коначно. Лиценца за промет обављања делатности промета извора јонизујућих зрачења, радиоактивних и нуклеарних материјала такође се издаје на начин и по поступку за издавање лиценце за обављање радијационе делатности (члан 66). Подсећамо да је на решење којим се издаје лиценце за обављање радијационе делатности могуће уложити жалбу, а да се за лиценцу за промет и обављање делатности промета не предвиђа експлицитно могућност улагања жалбе, те се поставља питање да ли је по среди само непрецизност законодавца или је у овом случају решење Агенције коначно у управном поступку, чиме би дошло до несагласности решења у оквиру самог закона. Иста ситуација постоји и у случају издавања дозволе за увоз, извоз и транзит извора јонизујућих зрачења, радиоактивних и нуклеарних материјала (члан 67).

Влада на предлог Агенције доноси план за деловање у случају акцидента (члан 62). За једну групу подзаконских аката које доноси Агенција предвиђено је давање сагласности Влади. То су Програм систематског испитивања радиоактивности у животној средини<sup>30</sup> (члан 9), Програм за правовремену најаву акцидента<sup>31</sup> (члан 11) и Програм за допунско обучавање и оспособљавање професионално изложених лица и лица одговорних за спровођење мера заштите од јонизујућих зрачења (члан 21). С друге стране, за питање одређивања границе излагања<sup>32</sup> јонизујућим зрачењима (члан 42), прописивање ближих услова за обављање делатности као што су мониторинг или за прописивање садржаја пројекта мера радијационе сигурности и безбедности за сваку радијациону делат-

30 Систематско испитивање радиоактивности у животној средини односно мониторинг радиоактивности, врши се ради утврђивања присуства радионуклида у животној средини и процене нивоа излагања становништва јонизујућим зрачењима и то у редовним условима, у случају сумње на акцидент и у току акцидента. Програмом из става 2. овог члана утврђују се места, временски интервали, врсте и начини систематског испитивања радиоактивности у животној средини.

31 У складу са Законом, ради правовременог откривања акцидента који угрожава или може угрозити територију Републике Србије успоставља се систем правовремене најаве акцидента који обезбеђује непрекидно мерење јачине амбијенталне еквивалентне дозе, на основу Програма.

32 У складу са овом одредбом, професионално изложена лица, лица на школовању и становништво не могу бити изложени јонизујућим зрачењима изнад прописаних граница. Агенција прописује границе излагања јонизујућим зрачењима за професионално изложена лица, лица на школовању и становништво.



ност и даје сагласност на ове пројекте (члан 17) Агенција није ограничена сагласношћу Владе, што такође представља неусклађеност са генералном интенцијом законодавца у погледу регулаторних овлашћења Агенције.

Имајући у виду приказане примере, поставља се питање положаја агенције као „регулаторне самосталне организације” у контексту: 1. ограничености регулаторне функције сагласношћу Владе, 2. управноправне контроле аката Агенције од стране Министарства. Сматрамо да је она значајно ограничена, али да представља солидну основу за развијање сличних модела и у другим режимима у вези са заштитом животне средине.

Инспекцијски надзор над спровођењем мера заштите од јонизујућих зрачења врши министарство надлежно за послове заштите од јонизујућих зрачења посредством инспектора за заштиту од јонизујућих зрачења, док инспекцијски надзор над спровођењем мера нуклеарне сигурности врши министарство надлежно за послове нуклеарне сигурности и управљања радиоактивним отпадом посредством инспектора за нуклеарну сигурност и управљање радиоактивним отпадом (члан 76). Решење у нашем праву према коме се јавним агенцијама и другим посебним организацијама не поверавају инспекцијска овлашћења утемељено је у Закону о државној управи (члан 54), који предвиђа да се послови инспекцијског надзора могу поверити једино органима аутономне покрајине, општине, града и града Београда. Законом о јавним агенцијама такође није предвиђена могућност да јавне агенције обављају послова инспекцијског надзора. Такав приступ се може критиковати, с обзиром на то да би због међусобне повезаности различитих управних послова и формирања стручних капацитета за њихово обављање давање инспекцијских овлашћења агенцијама могло довести до унапређења квалитета обављања инспекцијског надзора.

Надзор над радом Агенције у вршењу поверених послова обављају, у оквиру свог делокруга, ова два министарства у складу са својим надлежностима (члан 77). Европска комисија је у више наврата у оквиру Извештаја о напретку Србије у процесу европских интеграција истицала различите замерке организацији послова у овом домену. Тако је, између осталог, истакнуто да „инспекцијске функције” у области нуклеарне енергије, нуклеарне сигурности и заштите од радијације нису трансферисане Агенцији већ су остале у надлежности Министарства. У извештају је посебно истакнуто да је мониторинг радијације на националном нивоу привремено суспендован због недостатка финансијских средстава и да су ефективна финансијска самосталност, финансирање и довољан број запослених<sup>33</sup> потребни ради ваљаног функционисања Агенције.<sup>34</sup>

33 Комисија је такође истакла да је у тренутку састављања извештаја Агенција имала двадесет од систематизованих тридесет и пет запослених. То нам указује како на проблематичност наратива о прекомерном запошљавању у јавном сектору имајући у виду важност сектора, тако и на проблематичност изградње институција које обављају важне функције.

34 Комисија је додатно потцртала важност усвајања Националне стратегије за управљање радиоактивним отпадом, акционог плана за уклањање реактора у Винчи и усвајање националног програма за истрошено нуклеарно гориво, уз општу оцену да треба уложити додатне напоре за санирање две локације као и опште унапређење

## ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

У Републици Србији се последњих година одиграва процес интересантан за управноправну анализу. Наиме, у току су паралелни процеси агенцификације и деагенцификације, а домен заштите животне средине препознаје се као локус тих промена, узбудљивих и у истраживачком, али и у практичном смислу. Пример агенција у овој области указује на законодавна и политичка лутања у погледу опредељења за адекватне модалитете обављања управне делатности, али и негативну конотацију коју различити реформски процеси у управи добијају, чије последице могу бити далекосежне, а као највеће истичемо немогућност континуитета изградње капацитета зарад подизања резултата управних организација и, још већи – стварање неповерења у експертизу и стручност запослених који раде у тим организацијама.

Може се закључити да се формирањем Агенције за заштиту од јонизујућих зрачења и нуклеарну сигурност Србије отишло корак даље од класичне концепције која заговара раздвајање обављања редовних стручних послова, попут решавања у управним стварима, од обликовања и вођења политике Владе, тиме што је Агенцији обезбеђено консултативно место у овом процесу. Ипак, с друге стране, увиђа се значајно задирање Владе у самосталност Агенције давањем сагласности на подзаконске акте и могућност контроле појединачних аката у управном поступку, што одражава законодавна лутања, али и неразумевање и могућност обесмишљавања концепта независног стручног тела у пракси.

У контексту раширене агенцификације и опредељења да се формирају организације са специјализованим капацитетима за обављање послова у посебним областима које захтевају експертизу, отвара се питање о нужности да се одредбе о могућностима поверавања послова инспекцијског надзора у нашем праву прилагоде управној реалности, односно чињеници да су у многим сферама креиране специјализоване организације које обављају и регулаторне и управне послове, па се не види јасан разлог за изостанак инспекцијског надзора као надлежности.

---

управљања радиоактивним отпадом на националном нивоу. Упоредити: European Commission, "Serbia 2013 progress report", Brussels 2013; European Commission, "Serbia 2014 progress report", Brussels 2014.

Marko Milenkovic MA, LL.M, PhD\*

## AGENCIFICATION AND PUBLIC ADMINISTRATION TASKS IN THE FIELD OF IONIZING RADIATION PROTECTION AND NUCLEAR SAFETY IN THE CONTEXT OF EUROPEAN INTEGRATION

### Summary

*The chapter analyzes the general framework for the establishment and functioning of public agencies in Serbian law, and the position and role of the Serbian Radiation Protection and Nuclear Safety Agency. The agency is specific in the domestic administrative system as it tasked with licensing and regulatory function – adoption of secondary legislation in the specific area that requires high level of expertise. It is argued that significant constraint have been put in place regarding both the licensing and regulatory tasks, which significantly undermines the concept of independent professional body as provided the relevant legislation. The chapter also argues for the transfer of inspection tasks to the Agency. It is noted that the case of agencies in the field of environmental protection indicates the legislative and political meandering to find adequate modalities for performing administrative tasks. It is concluded that the consequences of this approach could be far-reaching with inability to continue of capacity building within public administration as well as creating mistrust in expertise in the society.*

Keywords: *Agencification. – Nuclear safety. – Administrative tasks. – European integration. – The protection of the environment.*

---

\* Marko Milenković, Junior research fellow, Institute of Social Sciences Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

## У ПОТРАЗИ ЗА ЕФЕКТИВНИМ ПРАВНИМ ЛЕКОМ ЗА „СУЂЕЊЕ” У РАЗУМНОМ РОКУ – *ex post et ex ante*

### Апстракт

Право на суђење у разумном року се у земљама Савеза Европе по-  
мајтра као европски стандард правичности, те је из те перспективе  
неоходно анализирати механизме заштите њој права у Србији. При-  
ликом анализе, неоходно је одредити обим примене права, како би по-  
казали на јиренушину асиметричност заштите зависно од врсте посто-  
јућа у коме се одлучује о ираву стандарке.

Кључне речи: Ефективан иравни лек. – Право на суђење у разумном  
року. – Судски постоујак. – Административно извршење.

### 1. ПРАВО НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ КАО ЕВРОПСКИ СТАНДАРД ПРАВИЧНОСТИ

Право на суђење у разумном року гарантовано је како универ-  
залним,<sup>1</sup> тако и регионалним<sup>2</sup> међународним уговорима које је Ср-  
бија ратификовала. То људско право у Србији се, стога, може посма-  
трати искључиво из наднационалне перспективе, тј. као један елемент  
европских стандарда правичности. Приликом анализе механизма заш-  
тите права на суђење у разумном року, неопходно је одредити основне  
одлике европских стандарда правичности.

Европски стандарди правичности представљају сложен динамич-  
ки систем процесних стандарда који се стално развијају у пракси Ев-  
ропског суда за људска права с обзиром на њихову улогу коректива у  
појединачним ситуацијама које објективно право не може да предвиди.  
Европски стандарди правичности развијају се ван националног оквира,  
а примењују једнако у свим повезаним националним системима.

У случају утврђивања појава неправичности системског каракте-  
ра, преиспитује се њихова заштита на нивоу националног система у

\* Катарина Голубовић, МА, адвокат, кандидаткиња докторских студија на Правном фа-  
култету Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перс-  
пективе имплементације европских стандарда у иравни сисџем Србије* (179059), који  
подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1 Вид. Међународни пакт о грађанским и политичким правима, члан 14, став 3, тачка ц.

2 Вид. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, члан 6, став 1.

нормативном и практичном смислу. Управо је право на суђење у разумном року као елемент европских стандарда неправичности у пракси Европског суда за људска права најчешће означавао као неправичност системског карактера.<sup>3</sup>

Десетогодишњица ратификација Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у Србији поздрављена је новом реформом правосуђа, чији је циљ да отклони оне повреде које су у периоду важења Конвенције најучесталије – повреде права на суђење у разумном року. У првој деценији надзора над Србијом, Европски суд за људска права утврдио је чак 23 повреде овог процесног људског права у укупно 97 одлука против Србије.

Значај и неопходност постојања делотворног правног лека за повреду овог права истакнут је већ у другој пресуди против Србије, у случају *В.А.М.*. Тада је суд у Стразбуру заузео јасан став да Србија нема ефикасне механизме за заштиту права на суђење у разумном року и да је неопходно да их изгради.

## 2. АНАЛИЗА ПРВОГ МЕХАНИЗМА ЗАШТИТЕ СУЂЕЊА У РАЗУМНОМ РОКУ

На основу Устава из 2006. године, људско право на суђење у разумном року добило је статус уставног права.<sup>4</sup> Осим тога, Устав и Закон о Уставном суду Републике Србије из 2007. године, установили су надлежност Уставног суда да одлучује о повреди права за суђење у разумном року, док је Комисија за накнаду штете била надлежна да одлучује о висини накнаде.<sup>5</sup> На тај начин је, у складу са стандардима Европског суда за људска права, Србија прихватила кумулативни систем заштите овог права.

У пракси је дуго постојала дилема да ли постоји конкурентна надлежност судова опште надлежности, с једне стране, и Уставног суда и Комисије за накнаду штете, с друге стране, да одлучују о повреди права и висини накнаде штете. Судска пракса судова опште надлежности поводом тужби за накнаду штете због „повреде права“ првих пет година важења Устава била је неуједначена. У ретким случајевима, тужба је била одбачена због стварне ненадлежности парничног суда, док је у већини мериторно одлучивано о повреди суђења у разумном року и висини материјалне и нематеријалне штете. Правни основ тужби био је различит, од члана 6. став 1. Европске конвенције<sup>6</sup>, члан 32. Устава до члана 172. и 200. Закона о облигационим односима. Ипак, поједини ау-

3 Према последњим сумарним подацима од 1953. до 2013. године, Италија је извршила 1.187 повреда, Грчка 449, Пољска 421, Турска 563, Украјина 297 и Словенија 249.

4 Вид. Устав Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије”, бр. 1/2006, члан 32 став 1.

5 Вид. Закон о Уставном суду Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије”, бр. 109/2007.

6 Судске одлуке се заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона. Устав Републике Србије, члан 145 став 2.

тори<sup>7</sup> и бројност уставних жалби у односу на парничне поступке ради заштите права након пет година уставног статуса права, показали су да постоји искључива надлежност Уставног суда да одлучи о постојању повреде права на суђење у разумном року.<sup>8</sup>

Уз закључак о искључивој надлежности Уставног суда да одлучује о повредама изнесен је и пратећи закључак да ће тако постављена заштита делити судбину хрватског примера, где је после неколико година Уставни суд Републике Хрватске постао нефункционалан. Као додатни аргументи пратећем закључку истакнуте су наслеђене обавезе у виду заосталих предмета и неспремност власти да пружи пуну подршку за остваривање несметаног функционисања механизма заштите.<sup>9</sup>

До 26. маја 2014. године, Уставни суд је био једини орган који је одлучивао о повреди права на суђење у разумном року. Међутим, док је с једне стране надлежност за одлучивање о постојању повреде била централизована, с друге стране је надлежност за одлучивање о висини износа накнаде штете била променљива и „готово неухватљива“.

У пракси се процес формирања Комисије за накнаду штете при Министарству правде одлагао. Осим тога што је Комисија основана 2008. године, њен рад је био неефикасан и неделотворан, па је већ крајем 2011. године укинута.<sup>10</sup> Један део предмета који се тада налазио пред Комисијом „у раду“, могао је да се настави суцесивним покретањем додатна два поступка: парничног и извршног. Тако је, на пример, предмет Уж – 550/2009<sup>11</sup> поводом повреде права на суђење у разумном року започет подношењем уставне жалбе у априлу 2009. године, а завршен исплатом накнаде нематеријалне штете у априлу 2014. године. Иако је одлука Уставног суда којом је била усвојена жалба донета крајем новембра 2011. године и предмет прослеђен Комисији за накнаду штете, Комисија која је била надлежна да одлучује о питању је укинута, те је било неопходно покренути поступак миреења пред јавним правобранилаштвом, што је такође новина тада тек усвојеног Закона о парничном поступку.<sup>12</sup> Јавно

7 Вид. Стојан Јокић, „Право на накнаду штете због повреде права на суђење у разумном року“, Билтен суда 2011/3, Врховни касациони суд, 2011, 27–78. Јокић у опсежном реферату објашњава став да су парнични судови стварно ненадлежни из разлога што Закон о парничном поступку, у одредби члана 1, искључује надлежност одлучивања у парничном поступку уколико је посебним законима предвиђен посебан поступак.

8 „Основ за потраживање накнаде нематеријалне штете је повреда права на суђење у разумном року зајемчена Уставом Републике Србије. Постојање повреде овог права тужиље неспорно је утврђено од стране Уставног суда, који је једини овлашћен да утврђује постојање ове повреде“, цитат из пресуде Првог основног суда у Београду, П. бр. 23767/12 од 22. маја 2013.

9 Стеван Лилић, „Да ли је уставна жалба ефикасни правни лек за суђење у разумном року?“, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2/2007, 84.

10 Закон о изменама и допунама Уставног суда, „Службени гласник РС“, бр. 99/2011 од 27. децембра 2011.

11 У овом предмету, ауторка текста је заступала странку у поступку повреде суђења у разумном року.

12 Закон о парничном поступку, „Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014), чл. 193.



правобранилаштво је у поступцима те врсте „ћутало 60 дана“, међутим проток тог времена је био неопходан услов за подношење тужбе пред основним судом.<sup>13</sup> По подношењу тужбе пред првостепеним судом, 2012. године, одржана су укупно два рочишта (једно припремно и једно рочиште за главну расправу). Како је додељена накнада била у оквиру уобичајеног распона износа, није уложена жалба на првостепену одлуку, чиме је максимално скраћено трајање спора. Три месеца је било потребно да пресуда добије клаузулу правоснажности и извршности. Поступак извршења донео је нови терет за странку у виду предујма такси. На само извршење у том случају чекало се пуних шест месеци. У том смислу, цело поступак утврђења повреде права на суђење у разумном року и висине накнаде штете, укључујући њену исплату, трајао је пуних пет година.

Овај случај „колатералне штете“ нових решења свакако није усамљен и показује цену измене система. Стога, честа промена законодавних решења и измештање надлежности из једних у друге институције може и у случају добро постављених процеса да доведе до „периодичне“ системске повреде суђења у разумном року.

Ново решење чију су цену плаћали поједини „случајеви“ је да је, од почетка 2012. године, Уставни суд добио пуну надлежност над „ефективним правним леком“, тј. да одлучује и о повреди и о износама накнаде штете. Такво решење је било у корист жртава повреда људских права јер је знатно убрзало и појефтинило постојећи процес остварења сатисфакције. Мора се имати у виду да се приступ Уставном суду може рангирати међу најотворенијим у Европи: за поступање пред Уставним судом не плаћа се такса, заступање од стране адвоката није обавезно, постоје доступни обрасци, упутства која омогућују лаицима састављање уставне жалбе, постоје удружења специјализована за област људских права које пружају бесплатну правну помоћ, база судске праксе Уставног суда представља најотворенију и најпотпунију базу одлука у правосудном систему. Међутим, са становишта државе ово је био прескуп и неодржив систем. Накнаде које је утврђивао Уставни суд су током 2013. године постајале све ниже.

### 3. АНАЛИЗА ВАЖЕЋЕГ МЕХАНИЗМА ЗАШТИТЕ СУЂЕЊА У РАЗУМНОМ РОКУ

Крајем 2013. године усвојена су нова решења доношењем Закона о изменама и допунама Закона о уређењу судова, која су почела да се примењују у мају 2014. године.

13 По правилу, тај механизам не функционише јер сви органи (како судови, тако и министарство надлежно за правосуђе) у року од два месеца треба да дају своје предлоге о висини износа. Због тога странке, по правилу, само чекају истек рока од два месеца од подношења предлога РЈП-у, како би испуниле услов да поднесу тужбу.

Правно-политички основ за поменута решења изражена су у Националној стратегији реформе правосуђа за период 2013–2018. године.<sup>14</sup> Њоме је предвиђено да је један од кључних приоритета решавање предмета у разумним роковима: „Да би правда грађанима била доступна њихово поверење у правосуђе расло а број представки против Републике Србије пред Европским судом за људска права због повреде права на суђење у разумном року и број заосталих предмета се смањивао, мора се што хитније спровести широк спектар мера које ће већ у кратком временском периоду који покрива ова Стратегија дати осетне резултате на пољу краћег трајања судских поступака. У том смислу поред темељне анализе фактора који утичу на предуго трајање судских поступака неопходно је спровести измене нормативног и унапредити институционални и буџетски оквир.“

Први пут реформа није извршена захватом у текст Закона о Уставном суду, те је одредба члана 82. став 2. о надлежности Уставног суда за суђење у разумном року наставила да важи<sup>15</sup>. У тренутку када се поставља нови систем заштите права на суђење у разумном року, да би се дала анализа постојећег и предложеног система лекова, неопходно је сагледати у којим се поступцима то право примењује, полазећи од права на суђење у разумном року као елемента европских стандарда правичности с једне стране и права на суђење у разумном року као елемента уставног права на правично суђење. Такав приступ неопходан је из разлога што се поље примене тог права према Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и Уставу Републике Србије може разликовати. Притом би требало имати у виду да европске гаранције представљају минимум, те да уставне гаранције имају превагу само уколико су већег степена у односу на стандарде изведених из праксе Европског суда за људска права. Такође, корисно је анализирати и европска упоредноправна решења како би се идентификовали примери добре и лоше праксе.

### 3.1. *Примењивосћ* *ratione materiae* *права на правично суђење из члана 6. став 1. Европске конвенције*

Европски суд за људска права има задатак да утврди постојање или непостојање повреде права која су утврђена и заштићена Конвенцијом и њеним протоколима. Захтев је компатибилан *ratione materiae* ако је право које је наводно повређено зајемчено уговором у питању<sup>16</sup>, дакле, Конвенцијом и протоколима.

Део одредбе члана 6. став 1. Европске конвенције, који садржи право на суђење у разумном року, гласи: „Свако, током одлучивања о

14 Вид. Национална стратегија реформе правосуђа за период 2013–2018. године, „Службени гласник РС”, бр. 57/13.

15 „Уставна жалба може се изјавити и ако нису исцрпљена правна средства, у случају када је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року.“ – члан 82. став 2. Закона о Уставном суду.

16 Милан Пауновић, Борис Кривокапић, Ивана Крстић, *нав. дело*, 113.

његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона.”

Иако је одговор на питање компатибилности *ratione materiae* наизглед једноставан, он зависи од постојећих тумачења конвенцијских одредби. Полувековна судска пракса Европског суда за људска права у којој су се изградили и даље се развијају тзв. аутономни концепти<sup>17</sup>, отежава давање брзог и јасног одговора на питање компатибилности *ratione materiae* у конкретном случају.

Схватање права на правично суђење као (фундаменталног) дела општег проценог права насупротив схватања права на правично суђења као дела грађанског и кривичног процесног права<sup>18</sup>, једно је од основа за његову примену у свим поступцима у којима се остварује и штите права, укључујући и управни поступак и управни спор.

Одређење права на правично суђење као процесног права условљава његову функцију – да обезбеди делотворност материјалног права и заштиту субјективних материјалних права. Ова функција не чини процесна права секундарним. Без процесноправних норми, ни материјалноправне норме не би биле делотворне и право, као систем, не би се могло остварити.<sup>19</sup> Како истиче Дворкин: „Ништа нема тако непосредан практичан значај за адвоката као правила која руководе његовим стратегијама и маневрима: и ништа није продуктивније и дубље у филозофској слагалици од питања каква би та правила требало да буду.”<sup>20</sup>

Природа права на правично суђење као делотворно заштитног права (*le droit de sauvegarde*) у односу на она која утемељују слободу (*les droits fondateurs de liberte*)<sup>21</sup> условила је постепено ширење примене на све поступке у којима се остварују права и слободе, међу којима су управни спор и управни поступак. То ширење је омогућено кроз аутономне концепте појмова суд, грађанска права и обавезе и кривична оптужба. Разумевање ових појмова је, поред одређења природе права на правично суђење, кључно за дефинисање садржине појма права на правично суђење. Дефинисањем садржине појма дефинише се и надлежност *ratione materiae* и даје одговор на питање у којим врстама поступака и у којим стварима (грађанским, кривичним, управним) се примењује право на правично суђење.

17 О аутономним концептима види: Dimitrios Evrigenis, *L'interaction entre la dimension internationale et la dimension nationale de la Convention européenne des Droits de l'Homme: notions autonomes et effect direct*, in *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin/Heidelberg/New York, 1983; Драгољуб Поповић *Аутономни концепти европској права људских права*, *Анали Правног факултета у Београду*, вол. 57, бр. 4, 2009, 121–137; George Letsas, *The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR, EJIL*, 2004, 279–305.

18 Уп. Милан Пауновић, Борис Кривокапић, Ивана Крстић, *Међународна људска права*, Београд 2014, 167.

19 Стеван Лилић, *Управно право / Управно процесно право*, 2012.

20 Ronald Dworkin, *Principle, Policy, Procedure*, in *A matter of Principle*, 1985, str. 72.

21 Ђоран Илић, *Право на образложену судску одлуку*, *Crimen* (II) 2011, 227–224.

### 3.2. *Примењивост ratione materia* према Уставу Републике Србије

Систем гаранција људских права преточен је у систем гаранција уставних права. Међутим, од уставних органа очекује да заштиту овим правима пруже „сагласно важећим међународним стандардима“, као и сагласно „пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење“.<sup>22</sup>

Уставни суд право на суђење у разумном року штити на основу најшире постављеног правног основа, који је дефинисан у члану 32. став 1. Устава РС: „Свако има право да (...) суд (...) у разумном року, одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега.“

Дакле, Уставни суд за разлику од Европског суда за људска права, приликом оцене примењивости права на суђење у разумном року, не мора водити рачуна о томе да ли се у једном поступку штите грађанска права и обавезе јер је таква формулација у српском Уставу изостала. С друге стране, Уставни суд води рачуна о стандардима развијеним у пракси Европског суда за људска права и природи права, те шири примену на поступак извршења<sup>23</sup> „одлуке о правима“ без обзира на то да ли се извршење врши у „судском поступку“ или „не-судском поступку“. Дакле, право на суђење у разумном року штити и не-судски поступак, па га можемо назвати правом на поступање у разумном року. Оно, између осталог, гарантује делотворно спровођење административног извршења, које може произаћи, али не и нужно, као резултат управног спора.

Према члану 265 Закона о управном поступку, извршење решења може бити административно или судско извршење. Извршење ради испуњења неновчаних обавеза извршеника спроводи се административним путем. Међутим, посебним законима такође може бити одређено да се испуњење новчаних обавеза спроводи такође административним путем.<sup>24</sup> Тај став је јасно изразио Врховни касациони суд поводом спорног питања: „Ко спроводи извршење одлука Повереника и у ком поступку, те да ли је у судској надлежности да извршава одлуке Повереника донете у поступку административног извршења решења Повереника, а којим одлукама – закључцима Повереника је изречена новчана казна.“

По правилу, административно извршење спроводи орган који је ствар решавао у првом степену, ако посебним прописом није друкчије одређено.<sup>25</sup> У овом поступку се може уложити жалба против закључка, такође административном органу. Последње средство у спровођењу извршења јесте непосредна принуда.

22 Ирена Пејић, *Гаранције људских права у националном йорейку: уставносудска заштитица, у Уставне и међународнойравне йаранције људских права*, Ниш 2008.

23 Вид. Пресуда *Horsby v. Greece*, представка бр. 18357/91 од 19. марта 1997. године.

24 Вид. Правно схватање Врховног касационог суда СПП 6/12 од 1. октобра 2012. године.

25 Вид. Закон о општем управном поступку, „Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/2001 и „Службени гласник РС“, бр. 30/2010.

Системским и језичким тумачењем долази се до јасног закључка да поступак административног извршења не спада у судске поступке. С друге стране, досадашња пракса Уставног суда је стала на становиште да се право на правичан поступак у разумном року примењује на административна извршења. У том смислу донете су одлуке Уж–2140/2012 од 20. јуна 2013. године, Уж – 4417/2011 од 26. марта 2014. године, Уж–5132/2013 од 29. маја 2014. године и др.

Нарочито је илустративна одлука Уставног суда у којој се констатује да не постоје правна средства за убрзање поступка, с обзиром на то да је жалба „због ћутања управе“ могућа у ситуацији када надлежни управни орган не донесе у законом предвиђеном року закључак о дозволи извршења.

Проблем убрзања административног извршења показао се и поводом извршења пресуде Европског суда за људска права. Тако, у предмету Костић прогтив Србије<sup>26</sup> у којем је Европски суд за људска права констатовао повреду права на имовину услед десетогодишњег одлагања извршења налога за рушење нелегалног објекта, наложено је да надлежни управни орган у року од шест месеци изврши закључак о дозволи извршења.

Како до извршења пресуде Европског суда за људска права није дошло ни након пет година од њене правоснажности, породица Костић је поднела уставну жалбу због повреде права на суђење у разумном року у поступку административног извршења. Уставни суд је констатовао повреду права на суђење разумном року, те још једном потврдио примену овог права у поступку административног извршења.

У поступку Уж. 3686/2011 од 21. маја 2014. године утврђено је да поступак административног извршења (рушења нелегалног објекта) траје пуних 14 година и да је основни разлог непримерено дугог трајања предметног поступка неефикасно и неделотворно поступање надлежног првостепеног управног органа. Наиме, поступак административног извршења одложен је закључком 1999. године, до окончања поступка легализације објекта који је предмет извршења, и од тада поменути орган није предузео ниједну радњу за спровођење извршења. „У том смислу, Уставни суд напомиње да је одредбом члана 268. став 2. Закона о општем управном поступку прописано да је орган надлежан за спровођење административног извршења дужан да донесе закључак о дозволи извршења које је донесено у управној ствари по службеној дужности, без одлагања, кад је то решење постало извршно, а најдоцније у року од 30 дана од дана кад је решење постало извршно. По оцени Уставног суда, циљ одређивања овог рока је да се обезбеди ефикасност рада органа управе надлежног за спровођење административног извршења, што указује да је овај поступак хитан и да се извршење морало спровести у најкраћем року. С обзиром на изнето, Уставни суд се није упуштао

26 Пресуда Косїић їройив Србије, представка бр. 41760/04, од 25. новембра 2008. године.

у оцену других критеријума који одређују да ли је поступак окончан у оквиру стандарда разумног рока.“

### 3.3. Искуство европских земаља: пример Италије

Од увођења процедуре за доношење тзв. пилот пресуда, које се доносе у случају постојања системских повреда, Европски суд за људска права наложио је Немачкој<sup>27</sup>, Грчкој<sup>28</sup>, Бугарској<sup>29</sup> и Турској<sup>30</sup> да установе систем заштите права на суђење у разумном року, што су оне и учиниле, пре свега променом нормативног оквира чија ће се практична ефективност показати у будућности. Промена нормативног оквира показала се као недовољна у случају Италије, која годинама предњачи по броју утврђених повреда.<sup>31</sup> Уставним амандманом бр. 2 од 1999. године експлицитно је имплементирала принцип правичног суђења. Садашњом одредбом члана 111 Устава Италије предвиђено је да: „Закон мора одредити временско трајање поступака.“

Законом бр. 89 од 2001. године (познат као *Пинто закон*) представљен је правни лек који може користити свако ко је претрпео штету због претеране дужине поступка. Чланом 2 Закона бр. 89/2001 предвиђено је право на правичну накнаду материјалне и нематеријалне штете која произилази из члана 6. став 1. Европске конвенције. Према том закону, принцип разумног рока мора бити размотрен *in abstracto* у оквиру значења које има члан 6. став 1. Европске конвенције. Иако стандарди које поставља Европски суд за људска права не обавезују домаћег судију директно, они се морају узети у обзир када се тумачи Закон бр. 89/2001.<sup>32</sup>

Пинто закон је представљао корак напред у заштити права на суђење у разумном року, али је Европска комисија за ефикасност правосуђа 2005. године истакла да су механизми који су ограничени само на накнаду исувише слаби и не стимулишу у довољној мери земље чланице да промене свој рад и пронађу решење за основни проблем прекомерног кашњења.<sup>33</sup> Та констатација потврђена је и у најновијој пракси Европског суда, тачније у пилот пресуди *Галионе и друџи њројив*

27 Пресуда *Rumph v. Germany*, представка бр. 46344/2006 од 2. септембра 2010. године.

28 Пресуда *Athanasίου and Others v. Greece*, представка бр. 50973/08 од 21. децембра 2010. године.

29 Пресуда *Dimitrov and Hamanov v. Bulgaria*, представке бр. 48059/06 и 2708/09 и *Finger v. Bulgaria*, представка бр. 37346/05 од 10. маја 2011. године.

30 Пресуда *Ümmühan Kaplan v. Turkey*, представка бр. 24240/07 од 20. марта 2012. године.

31 Према последњим сумарним подацима од 1953. до 2013. године, Италија је извршила 1.187 повреда, Грчка 449, Пољска 421, Турска 563, Украјина 297 и Словенија 249.

32 Вид.: Маја Настић, *Уставноправни основ њремене Европске конвенције за заштитиу људских њрава и основних слобода у њосиуику њред националним уставним судовима*: докторска дисертација, 119.

33 СЕРЕЈ, 2005.



Италије<sup>34</sup> донетој крајем децембра 2010. године којом је утврђено да је правни лек за повреде права на суђење у разумном року установљен Пинто законом постао неефективан. Пресудом је обухваћено 475 лица који су се жалили на неразумно трајање извршења одлука према Пинто закону. Европски суд за људска права је констатовао да се извршење одлуке по Пинто закону креће од девет до 49 месеци и да у 65% испитаних случајева, извршење траје 19 месеци. Влада је сматрала да подносиоци представке нису исцрпели сва правна средства пре обраћања Европском суду јер су имали на располагању нову тужбу према Пинто закону. Међутим, Европски суд је изнео да би поновно покретање поступка по Пинто закону представљало за странке улажење у затворени круг у коме неефективан лек за суђење у разумном року обавезује подносиоца да поднесе нови, такође неефективан лек. Суд је изнео став да одлука мора бити извршена у року од шест месеци.

Италији је директно упућена препорука да отклони системску повреду, како изменама самог закона, тако и оснивањем посебног фонда за накнаду штете проузроковане претераном дужином поступка<sup>35</sup>. Пинто законом нису решени никакви проблеми, само је повећан број предмета већ преоптерећених другостепених судова и буџетски дефицит. Да би био успешан, он је морао бити праћен организационим и структуралним реформама. Стога је Италија приступила новим практичним решењима, пре свега тестирајући их на микроплану.

Од ступања на снагу Пинто закона, председник првостепеног суда у Турину је донео програм чији је циљ био да се избегну поступци за накнаду штете који укључује јасна правила и заједничку праксу судија и запослених. Такође, по продуженом промовисању програма, направљен је консенсус свих „спољних“ учесника у поступку да се та правила примењују.

Активна улога судија у управљању случајевима, строга политика против развлачења и одлагања, стални надзор над дужином случајева у раду, практични водич о испитивању вештака, активна улога адвоката у заказивању рочишта, приоритетна пажња за случајеве који трају изнад три године само су неки фактори који су овај суд, уз јаког лидера-менаџера, довели до високог степена ефективности. Правничка заједница Турина показала је истинитост тврдње теоретичара који заступају приступ да фактори убрзања поступка предстаљају сложен систем нашања и праксе чинилаца у поступку. Посвећеност судија је кључан фактор у борби против неразумног трајања поступка, те је неопходно да судије направе консенсус да брзина поступања представља професионалну вредност суда.

34 Вид. Пресуда *Gaglione et autres c. Italie*, представка бр. 45867/07 од 21. децембра 2010. године.

35 Interim Resolution CM/ResDH(2010)224: Execution of the judgments of the European Court of Human Rights concerning the excessive length of judicial proceedings in Italy од 2. децембра 2010. године.

#### 4. НОВИ СИСТЕМ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ

Према најновијим изменама<sup>36</sup>, за заштиту суђења у разумном року и одлучивању о нематеријалној штети (према формулацији члана 86 Закона о уређењу судова у којем се говори о „примереној накнади“ нема места накнади материјалне штете пред редовним судовима у случају повреде члана 32 става 1 Устава РС) надлежни су непосредно виши судови у односу на оне пред којима се повреда дешава. Изричито је предвиђено да странка подноси захтев за исплату на основу којег се исплата врши у року од три месеца од дана подношења захтева, и то из буџетских средстава опредељених за рад суда. Претпостављамо да се тај захтев подноси суду који је извршио повреду.

Међутим, иако је одређено да непосредно виши суд хитно одлучује о повреди права у ванпарничном поступку, није одређен рок за окончање поступка. Такође, уведена је двостепеност поступка, тако да се на одлуку о постојању повреде и висини накнаде може уложити жалба Врховном касационом суду. И у поступку по жалби није одређен рок за поступање. Такође, поставља се и питање да ли пред Врховним касационим судом странку мора да заступа адвокат. Иако позитиван корак у растеређењу Уставног суда РС, чини се да постоји могућност преносења оптерећења са Уставног суда на Врховни касациони суд. Закон о уређењу судова није до краја јасан.

Недовољно развијен поступак условио је усвајање правних ставова одељења Врховног касационог суда пре почетка примене закона. Један од ставова односи се на плаћање судске таксе: „На захтев за заштиту права на суђење у разумном року, одлуку и жалбу, такса се не плаћа ако се само захтева одређивање разумног рока за завршавање предмета. Ако се одвојено или заједно са првим захтевом тражи и накнада нематеријалне штете у новцу (примерене накнаде) такса се плаћа у складу са правилима Закона о судским таксама (зависно од новчане висине захтева).”<sup>37</sup> Такође, правни став Врховног касационог суда је да се у првостепенем поступку одржава рочиште.

Под претњом великог прилива предмета, Врховни касациони суд је, осим постојећег Грађанског и Кривичног, оформио и Одељење за заштиту права на суђење у разумном року. До сада је Врховни касациони суд донео и објавио пар одлука, те би било какво генерализовање анализом судске праксе требало узети са резервом.<sup>38</sup> Врховни касациони суд дао је дефиницију разумног рока: „Разумни рок је оптимално потребно

36 Закон о изменама и допунама Закона о уређењу судова, „Службени гласник РС”, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011 и 101/2013.

37 Правни ставови Грађанског и Кривичног одељења Врховног касационог суда, утврђени на седницама одељења одржаним 13. и 20. маја 2014. године.

38 Из објављених одлука можемо уочити да је сваку странку до сада заступао адвокат.

време да се одлучи о неком праву странке које је спорно, да би се отклонила неизвесност и странка имала сазнање о томе да ли јој то право припада или не, чиме се постиже и правна сигурност.<sup>39</sup>

Закон о уређењу судова дао је јасну ограду да се нови заштитни механизам суђења у разумном року примењује на судске поступке, те да је за одлучивање о захтеву надлежан виши суд. Међутим, имајући у виду да је члан 82. став 2. Закона о Уставном суду наставио да важи, он ће се и даље примењивати на остале поступке који нису заштићени тренутним системом. У том смислу, заштита права на суђење у разумном року остварује се кроз два посебна поступка: ванпарнични поступак за повреде права у судским поступцима и уставносудски поступак за повреде права у несудским поступцима. Остаје нејасно да ли важење члана 82. став 2. Закона о Уставном суду оставља конкуретну надлежност Уставног суда са судовима опште надлежности. Имајући у виду правило *lex posterior derogat legi priori*, посебан поступак установљен Законом о уређењу судова остаје примаран у судским поступцима. Уколико би у њему дошло до нове, односно продужене повреде права на суђење у разумном року, члан 82. став 2. Закона о Уставном суду оставља отворен пут за секундарну, односно супсидијарну уставносудску заштиту права, и пре окончања поступка. Терцијарну заштиту остваривао би Европски суд за људска права, имајући у виду да није променио правни став изнет у пресуди *Винчић и друџи љроїшїв Србије*<sup>40</sup> да је уставна жалба ефикасан правни лек.

## 5. МЕХАНИЗАМ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПОВРЕДУ РАЗУМНОГ РОКА

Посвећеност судија је кључни фактор за успех било које иницијативе против неразумних одлагања и у том смислу мора се градити консензус поводом потребе да се правовременост уврсти као елемент професионалног поступања. Осим тога, механизам одговорности мора да буде уведен да додатно стимулише усвајање политике и праксе против судског одлагања као и идеју организације самоевалуације.<sup>41</sup>

У српском систему, за штету коју проузрокује судија неправилним и незаконитим радом одговара држава у складу са принципом објективне одговорности.<sup>42</sup>

39 Упореди: Врховни касациони суд, Решење Р 4 Р12/2014 од 13. јуна 2014. године и Р 4 Р 14/2014 од 27. јуна 2014. године.

40 Вид. Пресуда *Винчић и друџи љроїшїв Србије*, представка бр. 44698/06 и др. од 1. децембра 2009. године.

41 Aaron Wildavsky, *Evaluation as an organizational problem*, London 1972.

42 Закон о судијама, „Службени гласник РС”, бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС и 101/2013.

Према важећим позитивним прописима, за покретање поступка којим се утврђује индивидуална одговорност судије, треба да делују истовремено више различитих органа како би се обезбедила независност судија. Тужбу подноси републички јавни правобранилац на захтев министра правде на основу претходно прибављеног мишљења Високог савета судства. Судија може одговарати искључиво ако се докаже намера да се право на суђење у разумном року у конкретном случају и на штету једне странке повреди.

У Србији, од 1. јануара 2010. године није покренут ниједан поступак против судија за суђење у разумном року. У свом одговору на упућен захтев за слободан приступ информацијама од јавног значаја, Високи савет судства је навео да је увидом у евиденцију примљених поднесака других државних органа упућених Високом савету судства утврђено да се републички јавни правобранилац није до сада обраћао Високом савету судства за давање мишљења о захтевима за покретање парничних поступака за накнаду исплаћеног износа, у смислу члана 6. Закона о судијама.<sup>43</sup>

Када је у питању одговорност за штету за непоступање по пресудама донетим у управном спору, право на накнаду штете због неизвршења, односно неблаговременог извршења пресуде предвиђено је Законом о управним споровима<sup>44</sup>. Тако, у члану 72. се наводи да због штете настале неизвршењем, односно неблаговременим извршењем пресуде донете у управном спору тужилац има право на накнаду која се остварује у спору пред надлежним судом, у складу са законом. Такође, предвиђено је да Управни суд обавезно кажњава руководиоца органа који није поступио по пресуди, у смислу члана 70. став 1. и члана 71. овог закона, решењем изрећи новчаном казном у износу од 30.000 до 100.000 динара.

Такве одредбе показују да је постављени оквир индивидуалне одговорности непримењив у пракси, те је неопходно да судије установе такву врсту одговорности која је довољно извесна, али не сувише строга, како би деловала стимулишуће на рад.

## 6. ЗАУЗЕТЕ ПОЗИЦИЈЕ

Критика судија да је постављени систем заштите недовољно јасан те да ће довести до заглашења Врховног касационог суда и апелационих

43 Високи савет судства, *Допис бр. 7-00-68/2014-01* од 14. јула 2014. године, као одговор на захтев за слободан приступ информацијама од јавног значаја. Истоветан захтев упућен је истовремено и Државном правобранилаштву и Министарству правде. Државно правобранилаштво је образложило да би одговор на то питање изавало поремећај у раду, имајући у виду да се увидом у парнични уписник не може идентификовати ова врста предмета. За одговор на питање само за 2013. годину треба претражити 65.989 парничних предмета. Министарство правде је обавестило да не поседује такве податке.

44 Закон о управним споровима, „Службени гласник РС”, бр. 119/2009.

судова, уродио је новим Нацртом закона о заштити права на суђење у разумном року.

У Србији, и поред сталних тежњи да се унапреди процес доношења закона, постало је непредвидљиво да ли ће заузете полазне основе у готовим нацртима презентованим јавности на јавним слушањима и јавним расправама опстати у коначном предлогу закона. Стога се, као закључак анализе „ефективног лека за суђење у разумном року“, даје само кратак осврт на полазне основе предложеног система.

Прво, суштинска замерка поменутог Нацрта је да полази од застарелог приступа решавања лоше администрације суда формалистичким и строгим системом правних лекова, постављајући странку у позицију лица које носи терет исправљања „грешака система“. Одговорност судија се не појачава. Наиме, неодговорност судија кажњава се „одузимањем предмета“ што по странку може имати за последицу додатно продужење поновним вођењем поступка из почетка. Додатно, поступак остваривања накнаде штете представља пооштрени модалитет редовног парничног поступка за накнаду штете коју орган правног лица проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција (члан 172. ЗОО). Пооштрење се огледа у постављању законског максимума за висину накнаде нематеријалне штете и скраћењу рокова за утужење у односу на редован режим накнаде штете проузроковане радњом државног органа. Са очигледном намером да се пролонгира исплата накнаде, ставља се у изглед да ће у најбољем случају, у неспорној ситуацији, три органа радити детаљну анализу поступка: суд који утврђује повреду, правобранилаштво које нуди споразум и, коначно, суд који би требало да донесе одлуку о накнади штете. То је већ довољно разлога за плацебо ефекат.

Друго, судови опште надлежности остају примарна заштита за повреду у судском поступку. Надлежност Уставног суда ће остати као примарна у заштити права у не-судским поступцима, а секундарна у односу на повреду судских поступака. Такође, надлежност Уставног суда ће бити примарна за евентуалну повреду права у поступку за заштиту права на суђење у разумном року, када ће бити у позицији да оцењује да ли ће услед неефективности бити поново искључиво надлежан за одлучивање о повреди права и висини накнаде. Да би се избегао овакав епилог, европски примери добре пракса нас уче да је потребно да правничка заједница постигне консенсус о потреби поштовања рокова, да постоји међусобна нулта толеранција за повреде права, те појачана индивидуална одговорност судија.

Katarina Golubovic, MA\*

SEARCHING FOR EFFECTIVE REMEDY  
FOR THE „TRIAL” WITHIN REASONABLE TIME – EX  
POST ET EX ANTE

Summary

*Right to trial within a reasonable time in the countries of the Council of Europe is seen as a European standard of fairness. This standpoint is primary in analyzing the mechanisms of protection of this right. During the analysis, it is necessary to determine the scope of the right application, in order to show the current asymmetry of protection depending on the types of procedures for deciding on the right of the party.*

Keywords: *Effective remedy. – The right to trial within a reasonable time. – The court proceedings. – Administrative enforcement.*

---

\* Katarina Golubović, MA, licenced lawyer, PhD candidate, Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the *project Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development.



## ДА ЛИ ЈЕ АКТ КОЈИМ СЕ ОДЛУЧУЈЕ О ПРАВИМА И ОБАВЕЗАМА КОРИСНИКА КОМУНАЛНИХ УСЛУГА УПРАВНИ АКТ ИЛИ НИЈЕ?

### Апстракт

Области њужања комуналних услуга њредставља сферу од њособној јавној (друшћивеној) ињтереса како за законодавца, који њу материју регулише као једну од својих уставних обавеза, њако и за крајње кориснике комуналних услуга, који своје свакодневне (живојне) њојребе остварују ујраво захваљујући функционалном систему јавних служби који, између оствалој, обухваћа и њужање комуналних услуга. Оно шћо је сћорно и о чему ће аутор у овом раду њоворићи јестће недефинисан однос комуналној њредузећа као даваоца комуналних услуга и њејових корисника њриликом њужања комуналних услуга ње разноликост и нормативна неуређеност формалнојравној њоствујања комуналној њредузећа у ситуацији када одлучује о њраву, обавези или њравном ињтересу корисника, а који се неријетко завршава немојћношћу корисника да додатоно (у)њравно њреисћићује одлуке и њоствујања комуналној њредузећа када корисник истћима није задовољан. Таква, њрема аутору неуставна и незаконића њракса комуналних њредузећа, њреба да буде њредмет једној научној рада у коме ће се на експлицитан начин, изнијетти аргументи у њрилој шези да комунална њредузећа, када одлучују о њравима, обавезама или њравним ињтересима својих корисника, користће јавна (ујравна) овлашћења (нејосредно или њосредно њовјерена), у ком случају њихови акћи њредстављају ујравне акће њроћив којих се (њо њравилу) мора омојћити додатоно администраћивно (инстћанционо) њреисћићивање (да ли у форми самоконтроле њућем њрићовора или у жалбеном њоствујак) а њроћив којих се (њо њојреби) може њокрећити ујравносудски њоствујак. У њрилој њошврде ње шезе, аутор ће анализирати и судску њраксу у Рейублици Српској која је, након вишејодишњеј њравној лућања и неразумијевања улоје и значаја јавних (ујравних) овлашћења, на врло сличном њримјеру, заузела конкретан њравни сћав њошврћујући шезу да акћи недржавној субјекћи са јавним овлашћењима којим је одлучено о њраву, обавези или њравном ињтересу корисника јестће ујравни акћи њроћив којеј се може водити ујравносудски њоствујак.

\* Аутор је мастер права и докторанд на Правном факултету Универзитета у Београду, а запослен је на радном месту руководиоца Службе за правне, кадровске и опште послове у А.Д. „Водовод и канализација“ у Бијелини.

Кључне ријечи: *Комунална услуга. – Комунално прегузеће. – Давалац комуналне услуге. – Корисник комуналне услуге. – Јавна (ујравна) овлашћења. – Комунални (ујравни) акт.*

## 1. УВОД

Свједоци смо да се друштво из дана у дан модернизује, што носи додатне изазове, потребе, а понекад и проблеме. Данас је врло тешко, па скоро и немогуће, замислити ситуацију да грађанин може нормално живјети и функционисати те задовољавати своје свакодневне животне потребе без континуираног водоснабдијевања свог домаћинства, одвођења отпадних вода канализационим системом, напајања домаћинства електричном енергијом, коришћења саобраћајне инфраструктуре, здравствене и социјалне заштите, образовног система итд. илити, једноставније речено – квалитетног система јавних служби.

Колики је значај система јавних служби, не само за грађанина као јединку друштвеног и државног колектива већ и за Републику Српску, говори чињеница да је уставотворац проблематици система јавне службе посветио тачку 11. става 1. члана 68. Устава Републике Српске, као и припадајући амандман XXXII, у коме се јасно утврђује уставна обавеза Републике Српске да уреди и обезбиједи несметано функционисање система јавних служби на својој цјелокупној територији.<sup>1</sup> Истини на вољу, уставотворац се, као што је то и обичај, није бавио конкретизацијом било које проблематике, па ни проблематике система јавних служби, него је то повјерио највишем законодавном органу Републике Српске који је касније у форми Закона о систему јавних служби<sup>2</sup> формално и начелно регулисао појам јавне службе те субјекте и врсте дјелатности које се по својој природи и значају квалификују као дјелатности од општег интереса.

Међутим, теоријско позиционирање те улога и значај система јавних служби у друштву мијењали су се једнако рапидно и интензивно као што се мијењала сама перцепција друштва о улози и значају државе, односно управе. Размишљања и теоријске концепције су се кретале од тога да је управа ништа друго до инструмента државе за „вршење ауторитативних активности заповедања и принуде“, од чега полазе „и поједини наши аутори управног права, посебно Павле Димитријевић и Ратко Марковић, Зоран Томић и други“,<sup>3</sup> све до размишљања „да вршење управних активности, пре свега, подразумева вршење јавних служби, као активности којима се стварају и обезбеђују услови који су неопход-

1 Више о томе, вид. у: Јовић Роберт, *Ујравна јавна овлашћења јавних прегузећа*, мастер рад (необјављено), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011.

2 Закон о систему јавних служби („Службени гласник РС“, број 68/07 и 109/12, у даљем тексту: Закон о систему јавних служби).

3 Лилић Стеван, *Ујравно право и ујравно процесно право*, Београд 2009, 41.

ни грађанима за њихов свакодневни живот и рад и који доприносе општем развоју и напретку друштва као целине“.<sup>4</sup>

Гледајући са ове временске дистанце а имајући у виду европеизацију правне регулативе како Републике Српске, Босне и Херцеговине тако и држава у региону те озбиљне покушаја нормативне имплементације начела добре управе у системске прописе Републике Српске, може се рећи да се свијест о појму и улози јавне службе све више окреће ка моделу јавне службе као система за социјалну регулацију животних и других потреба грађана, с тим што и таква теоријска концепција носи са собом неке изазове којима законодавац (још увијек) није адекватно одговорио.

Реликт прошлости, о чему свједочи пракса већине (ако не и свих) комуналних предузећа као субјеката система јавних служби, јесте њихов (монополистички и субординирани) однос у ситуацији када одлучују о правима и обавезама корисника комуналних услуга, не остављајући формално право нити могућност додатног преиспитивања донесених одлука упркос уставном праву (корисника) односно уставној обавези (комуналног предузећа) да када одлучују о правима и обавезама грађана и других лица користе само законом прописан поступак у коме је свакоме дата могућност да брани своја права и интересе и да против донесеног акта изјави жалбу, односно употријеби друго законом предвиђено правно средство.<sup>5</sup>

У том контексту, као изазов којим се законодавац (до дана данашњег) није уопште бавио, јесте нормативно непознавање обавезног поступка за преиспитивање одлука које су донијела комунална предузећа као даваоци комуналних услуга од чијег коначног исхода зависи (не)поступање крајњег корисника те (не)задовољење његових основних животних потреба. Сходно реченом, поставља се питање да ли је доношење одлуке о евентуалном увођењу поступка за преиспитивање одлуке дискреционо право комуналног предузећа без било какве обавезе, па макар и моралне? Шта у случају да комунално предузеће без сумње учини грешку у свом раду, на пример, да искључи објекат погрешног корисника са водоводне мреже, топоводне мреже и слично или то учини без правног основа? Да ли у том случају исправљање очигледне грешке треба да зависи од добре воље комуналног предузећа или комунално предузеће треба (читај: мора) да пружи кориснику могућност да (осим судског поступка као посљедњег правног механизма борбе) своја угрожена или повријеђена права заштити и у административном (управном) поступку?

На сва та питања намеће се врло јасан одговор, о чему се судска пракса Републике Српске, у једном (пилот) предмету, недвосмислено изјаснила. Аутор ће у овом раду детаљније говорити о томе, потврђујући хипотезу да је комунално предузеће као давалац комуналних услуга, у случају када одлучује о правима и обавезама корисника, дужно

4 *Ibidem*, 41–42.

5 Вид. чл. 111. Устава Републике Српске.

да им пружи могућност преиспитавања својих одлука или путем института самоконтроле (који је инициран приговором) или у жалбеном поступку, а све у оквиру општег управног поступка, као законом прописаног (административног) поступка чија је примјена јасно утврђена као законска обавеза<sup>6</sup> тако да свако поимање да акт комуналног предузећа није управни акт те да се аналогно томе против њега не може покретати управносудски поступак него грађанска парница, није правно утемељен и представља посљедицу паушалног и брзоплетог тумачења релевантних позитивних прописа Републике Српске.

Међутим, како би се отклониле све недоумице да ли акти комуналних предузећа уживају статус управних аката, аутор ће у овом раду одговорити на неколико питања (какав је јавноправни статус комуналног предузећа, да ли су комунална предузећа субјекти јавне (недржавне) управе, да ли су комуналним предузећима повјерена јавна овлашћења и друго), а на основу чијих одговора ће бити разјашњена те потврђена теза да акти комуналних предузећа којима се одлучује о правима, обавезама и правном интересу корисника комуналних услуга представљају управне акте у складу са Законом о општем управном поступку и Закону о управним споровима.<sup>7</sup>

## 2. ПОЈАМ ЈАВНЕ УПРАВЕ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПОЈАМ (УПРАВНИХ) ЈАВНИХ ОВЛАШЋЕЊА

### 2.1. Појам јавне управе

Теоретско сагледавање појма јавне управе представља комплексно доктринарно питање о којем правници ни дан-данас немају уједначене ставове, посебно када се има у виду његово дефинисање у организационом, односно функционалном смислу. Анализирајући уобичајене дефиниције (јавне) управе, може се закључити да је генеза њиховог настанка посљедично везана за еволуцију перцепције о улози државе у друштву. У том смислу, дефинисање појма управе креће се од изједначавања јавне управе са државном управом (конзервативне теорије), искључујући недржавну управу као сегмент јавне управе до дефиниција које праве строгу дистинкцију између државне и недржавне управе квалификујући обје категорије генусним називом „јавна управа“ (модерне теорије).<sup>8</sup>

Полазећи од (модерних) теорија да је један од главних циљева управних активности провођење задатака и обавеза из корпуса надлежности система јавних служби, „јавна управа обухвата како управне

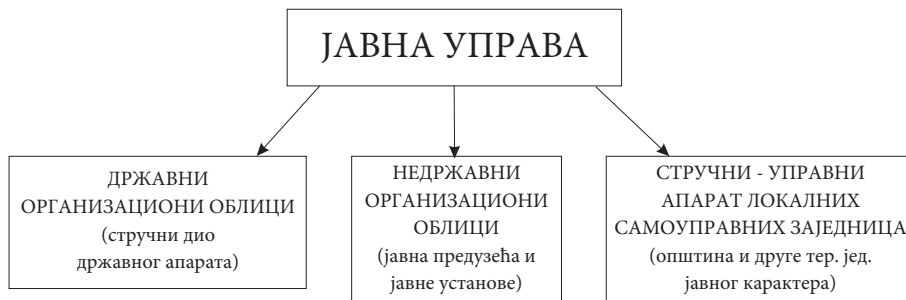
6 Вид. члан 1. Закона о општем управном поступку („Службени гласник РС“, бр. 13/02, 87/07 и 50/10, у даљем тексту: Закон о општем управном поступку).

7 Закон о управним споровима („Службени гласник РС“, бр. 109/05 и 63/11, у даљем тексту: Закон о управним споровима).

8 Више о овоме, види: Кунић Петар, *Управно право*, Бања Лука 2010, 9.

органа и организације у оквиру државе, тако и оне организације које се не налазе у саставу државе, али које имају посебна јавна овлашћења на основу којих могу обављати одређене послове које иначе обављају органи управе“.<sup>9</sup>

На сличан и врло занимљив начин, проф. Петар Кунић приступа дефинисању појма јавне управе, посматрајући га са организационог односно структуралног аспекта и то тако што на једном мјесту утврђује све субјекте односно вршиоце јавне управе који по својој природи, врсти, опсегу и значају дјелатности којима се баве, потпадају под генусни назив „јавна управа“ а како слиједи<sup>10</sup>:



Било како било, велики број модерних дефиниција појма јавне управе, имају неколико заједничких особина које их све скупа групише у једну цјелину чинећи их комплементарним и посебним у односу на друге теоретске перцепције појма управе.

У том контексту, очигледно је да је појам јавне управе знатно шири од било којих других дефиниција појма управе, посебно у односу на појам државне управе. Друго, јавна управа, посматрајући са терминолошког и етимолошког аспекта, примат очигледно ставља на остварење јавног а не само и искључиво државног интереса како је то случај са конзервативним теоријама.<sup>11</sup> Даље, сви субјекти јавне управе, своју регистровану дјелатност обављају без примарне идеје водиле оличене у остварењу добити у контексту тржишне утакмице него своје задатке и дужности прије свега извршавају као дјелатност од општег (јавног/ друштвеног) интереса чија се проблематика примарно регулише нормама јавноправног карактера.

Посматрајући проблематику јавне управе у контексту позитивних прописа Републике Српске, може се констатовати да јој је законодавац посветио приличну пажњу, с обзиром на то да је и државну управу и недржавну управу регулисао са више појединачних али суштински повезаних закона.<sup>12</sup>

9 Лилић Стеван, *Ујравно њраво и ујравно њроцесно њраво*, Београд 2009, 200.

10 Више о овоме, види: Кунић Петар, *Ујравно њраво*, Бања Лука 2010, 9.

11 Упореди: Томић Зоран, *Ојшїїе ујравно њраво*, Београд 2009, 143.

12 Закон о републичкој управи („Службени гласник РС“, бр. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10, 24/12 и 121/12), Закон о јавним предузећима („Службени гласник РС“, бр.

Посебан значај за разумијевање проблематике којом се бави овај научни рад има Закон о јавним предузећима, имајући у виду чињеницу да комунално предузеће, као субјект недржавне управе и вршилац система јавних служби, по правилу ужива статус јавног предузећа чији редован рад и најважнији сегменти пословања (на пример, утврђивање цијене комуналних услуга, избор менаџмента, додјела донација и друго) су под посебним режимом и контролом Републике Српске, односно јединице локалне самоуправе, управо из разлога значаја дјелатности комуналних предузећа за свакодневни живот и стандард грађана. Међутим, предмет разматрања овог рада јесте системска грешка правног система Републике Српске оличена у непостојању или експлицитно императивно упућујућој норми, којом би комунална предузећа била обавезана да приликом одлучивања о правима и обавезама корисника комуналних услуга користе правила општег управног поступка или одговарајуће норме којом би се у Закону о комуналним дјелатностима<sup>13</sup> регулисала правила и поступак одлучивања као посебан управни поступак у комуналној области, нудећи корисника додатну административну заштиту као предсудску контролу законитости рада комуналних предузећа.

## 2.2. Појам (ујравних) јавних овлашћења

Да би одређено правно лице имало право да обавља управне послове, нужно је да има повјерена јавна (управна) овлашћења. Само под таквим условом, правно лице стиче статус субјекта јавне (недржавне) управе која „у организационом смислу обухвата разноврсне недржавне организације, као штупу су јавне агенције (на пример, Агенција за приватизацију), јавне установе (на пример, школе и болнице) и јавна предузећа (на пример, јавно предузеће за комуналне услуге), којима обављање управних послова није основна дјелатност, али које на основу посебно поверених јавних овлашћења могу бити законом овлашћене да обављају поједине управне послове.“<sup>14, 15</sup>

Оно што остаје недоречено и о чему треба додатно елаборирати јесте дефинисање појма јавних овлашћења кроз призму његових главних особина односно обиљежја. Примарно, треба утврдити постојање јасне доктринарне дистинкције између правних овлашћења, јавних овлашћења, управних и неуправних овлашћења. Анализом сваког од наведених облика овлашћења појединачно, долази се до закључка да су сви облици овлашћења међусобно повезани и да по правилу произилазе један из другог. Наиме, **правна овлашћења** представљају најширу

75/04 и 78/11), Закон о локалној самоуправи („Службени гласник РС“, бр. 101/04, 42/05, 118/05 и 98/13), Закон о Агенцији за банкарство Републике Српске („Службени гласник РС“, бр. 59/13), Закон о нотарима („Службени гласник РС“, бр. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10 и 78/11) итд.

13 Закон о комуналним дјелатностима („Службени гласник РС“, бр. 124/11, у даљем тексту: Закон о комуналним дјелатностима).

14 Лилић Стеван, *Ујравно љраво и ујравно љроцесно љраво*, Београд 2009, 201.

15 Упореди: Томић Зоран, *Ојшћје ујравно љраво*, Београд 2009, 169.



категорију овлашћења, која у себи сублимира све остале облике овлашћења као подврсте правног овлашћења. У правној доктрини, правно овлашћење се најчешће дефинише као „могућност одређеног понашања субјекта које штити правни поредак. Овакво понашање нико не сме спречавати јер иначе врши прекршај. У извесним случајевима правно овлашћење значи да је неки други субјект дужан да се понаша на начин који одређује правно овлашћење“.<sup>16</sup> На основу предочене дефиниције, није тешко закључити да конкретно правно овлашћење обухвата како одређено материјално право, тако и припадајуће формално право на основу којег појединац покреће правни и други механизам остварења свог материјалног права, а све под окриљем заштите и гаранције дате уставом, законом и другим подзаконским прописом. У начелу, правно овлашћење за свог титулара даје само права, док за друге ствара обавезу чињења, нечињења, односно трпљења, под пријетњом санкције предвиђене одговарајућом правном нормом.

Даљом анализом ове проблематике намеће се потреба дефинисања и позиционирања **јавних овлашћења** у контексту правних овлашћења. Јавна овлашћења по својој природи представљају подврсту правних овлашћења и другу по ширини опсега и дијапазона права која обухвата. „Јавна овлашћења су само други назив за поједине прерогативе државне власти“,<sup>17</sup> а може се дефинисати као „...овлашћење које се у вези са доношењем појединачних управних аката претпоставља код органа државне управе и других државних органа када ови органи рјешавају о правима и обавезама појединаца и организација...“<sup>18</sup> <sup>19</sup> На овом мјесту треба нагласити да је индиректна порука уставотворца у члану 111. Устава Републике Српске, до које се долази примјеном логичког тумачења *argumentum a contratio*, да се о правима и обавезама грађана и других лица у појединачним стварима може одлучивати уколико надлежни орган има изворна (на примјер, органи државне управе) или пренесена (на примјер, јединица локалне самоуправе) или повјерена јавна овлашћења (на примјер, комунално предузеће) и то само у складу са посебним законима,<sup>20</sup> с тим што није дозвољено преношење послова управе у вези са обликовањем политике Владе Републике Српске, док је обављање послова инспекцијског надзора могуће пренијети само јединицама локалне самоуправе,<sup>21</sup> а не и на друге субјекте недржавне управе.

Наиме, да би се наставило са даљом анализом правних, односно јавних овлашћења у контексту њихових подврста те корпуса права које

16 *Правни лексикон*, друго издање, Савремена администрација, Београд 1970, 742.

17 Томић Зоран, *Ојшиће ујравно њраво*, Београд 2009, 173.

18 *Правни лексикон*, друго издање, Савремена администрација, Београд 1970, 410.

19 Више о томе, вид. у: Јовић Роберт, *Ујравна јавна овлашћења јавних ѡредузећа*, мастер рад (необјављено), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 7–8.

20 Мисли се или на закон којим су регулисана правила општег управног поступка или на други закон којим је регулисан посебан управни поступак за конкретну област (на пример, Закон о пореском поступку и др.).

21 Члан 117. Закона о републичкој управи („Службени гласник РС“, бр. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10, 24/12 и 121/12, у даљем тексту: Закон о републичкој управи).

обухватају, треба се додатно осврнути на круг послова који се квалификују као послови управе. Чланом 65. Закона о републичкој управи предвиђено је да се у послове управе убрајају: вођење политике развоја, праћење стања, нормативна дјелатност, извршавање закона и других прописа, вршење управног надзора, одлучивање у управном поступу о правима и обавезама учесника, поступање у прекршајном поступку, старање о јавним службама и остали стручни послови управе.

Квалитативном анализом послова који могу бити повјерени субјектима недржавне управе, имајући у виду ограничења у погледу забране повјеравања одређених послова послова искључиво резервисаних за Владу Републике Српске, односно јединице локалне самоуправе, може се закључити да се комуналним предузећима као субјектима недржавне управе могу повјерити само одређени послови који се сврставају у послове управне дјелатности, укључујући доношење општих аката (аката управе), вођење управног поступка те обављање управних радњи (материјалних аката управе),<sup>22</sup> који скупа чине систем **управних јавних овлашћења** као подврсте јавних и правних овлашћења, док се сва остала права за која су субјекти недржавне управе овлашћена да предузимају категоришу као **неуправна јавна овлашћења**.

„Управно – јавна овлашћења се састоје у прописима утемељеном ауторитативном – оперативном или/и корективном – правном (нормативном), односно материјалном (фактичком, реалном) деловању у појединачним ванспорним случајевима“ док се неуправно – јавна овлашћења могу дефинисати као „правно гарантовану могућност да одређене недржавне организације својим општим правним актима уреде, у пољу делатности, неке односе од ширег интереса“.<sup>23, 24</sup>

### 3. КОМУНАЛНО ПРЕДУЗЕЋЕ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

#### 3.1. Улога комуналног предузећа

Комунално предузеће има вишеструку улогу у правном систему Републике Српске, што га квалификује за *sui generis* облик правног лица коме се због његове специфичне правне и друштвене позиције намеће

22 Више о врстама и облицима управне дјелатности, вид. у: Лилић Стеван, *Управно право и управно процесно право*, Београд 2009, 310.

23 Томић Зоран, *Опште управно право*, Београд 2009, 173.

24 Не мање квалитетну дефиницију управних јавних овлашћења дао је и професор Стеван Лилић који сматра да она „представљају посебна законом поверена јавна овлашћења недржавним субјектима да, у обављању своје основне привредне (нпр. делатности у области РТТ саобраћаја, електропривреде, шумарства итд.) или друге друштвене делатности (нпр. универзитетског образовања, јавног информисања и сл.), могу користити и одређена управна овлашћења. Управна овлашћења којима могу располагати недржавни субјекти најчешће су овлашћења да: а) рјешавају у управним стварима (о правима или обавезама неког лица), б) да воде јавну евиденцију (нпр. о корисницима услуга), као и да ц) врше инспекцијски надзор“ (Стеван Лилић, *Управно право и управно процесно право*, Београд 2009, 203).

додатан број обавеза које у редовним околностима друга правна лица немају или имају у мањем интензитету.

Прво, комунално предузеће у правном систему Републике Српске примарно постоји као привредно друштво у смислу Закона о привредним друштвима,<sup>25</sup> које се формира или као друштво са ограниченом одговорношћу или као акционарско друштво, чиме се комунално предузеће начелно сврстава у ред „редовних“ правних лица у чијем пословању и раду важе општа правила тржишне утакмице предвиђена Законом о привредним друштвима као *lex generalis*.

Друго, комунално предузеће ужива статус јавног предузећа у складу са Законом о јавним предузећима<sup>26</sup> с обзиром на то да је формирано ради обављања дјелатности од општег интереса и у чијем основном капиталу Република Српска или јединица локалне самоуправе директно или индиректно има већинско власништво.<sup>27</sup> У контексту чињенице да је комунално предузеће истовремено и јавно предузеће, његов рад и пословање је под посебним режимом и интересовањем Републике Српске, односно јединице локалне самоуправе, што се најприје огледа у избору и именовању органа управљања, немогућности самосталног формирања цијене комуналних услуга, посебних ограничења у погледу ускраћивања пружања комуналних услуга својим корисницима и друго.

Треће, комунално предузеће је вршилац система јавних служби<sup>28</sup> имајући у виду да пружање комуналних услуга у смислу Закона о комуналним дјелатностима спада у групу дјелатности од општег интереса предвиђених чланом 4. Закона о систему јавних служби за чије обављање се по правилу формира јавно комунално предузеће.

Четврто, комунално предузеће у организационом смислу представља субјект недржавне односно јавне управе јер према природи, врсти и сложености послова које обавља има обавезу да одлучује о правима, обавезама и правним интересима корисника комуналних услуга, што јасно имплицира да комунално предузеће не би могло вршити наведену управну дјелатност без претходно повјерених јавних (управних) овлашћења у форми посебног закона, у конкретном случају Закона о систему јавних служби и Закона о комуналним дјелатностима.

25 Закон о привредним друштвима („Службени гласник РС“, бр. 127/08, 58/09 и 100/11).

26 Закон о јавним предузећима („Службени гласник РС“, бр. 75/04 и 78/11).

27 Напомене ради, учешће јединице локалне самоуправе у власничкој структури основног капитала комуналног предузећа не може бити мање од 51% нити се тај проценат по било ком основу може смањити, у складу са чланом 7. став 1. и 3. Закона о преносу права својине на капиталу Републике Српске у предузећима која обављају комуналне дјелатности на јединице локалне самоуправе („Службени гласник РС“, бр. 50/10).

28 „Јавном службом... сматрају се установе, јавна предузећа и други облици организовања утврђени законом, који обављају дјелатности од општег интереса којим се обезбјеђује остваривање права и дужности физичких и правних лица, као и остваривање другог законом утврђеног интереса“ (члан 2. став 1. Закона о систему јавних служби).

### 3.2. Пружање комуналних услуга као дјелатности јавне службе и комунална дјелатност

Као што је већ речено, значај система јавних служби огледа се како у чињеници да његово успостављање представља уставну обавезу Републике Српске, тако и у чињеници да се том проблематиком законодавац бавио примарно у Закону о систему јавних служби као *lex generalis*-у и Закону о комуналним дјелатностима као *lex specialis*-у те другим законима, зависно од (под)врсте дјелатности јавне службе.

Чланом 4. Закона о систему јавних служби предвиђено је да се ради обављања дјелатности од општег интереса којим се обезбјеђује остваривање права и дужности правних и физичких лица и остваривање другог законом утврђеног интереса у области: **...комуналних услуга**, оснивају јавна предузећа у складу са Законом о јавним предузећима. Анализирајући цитирану одредбу закона, долази се до неколико врло битних закључака за разумијевање ове проблематике. Први закључак указује на то да пружање комуналних услуга представља дјелатност од општег интереса као једну од дјелатности јавних служби. Други закључак се односи чињеницу да се приликом пружања комуналних услуга обезбјеђује остваривање права и дужности правних и физичких лица и остваривање другог законом утврђеног интереса. Трећи закључак указује на чињеницу да се за потребе пружања комуналних услуга по правилу<sup>29</sup> оснива јавно (комунално) предузеће, осим уколико посебним законом није другачије регулисано. Сходно реченом, може се резимирати да се пружање комуналних услуга као дјелатност јавних служби састоји од неколико јавних и јавноправних конститутивних елемената који је *ex lege* издвајају у односу на остале редовне привредне дјелатности, носећи са собом низ предности које пружа природни монопол, али и одређен број додатних обавеза које се по правилу не намећу правним лицима који своје пословање обављају под редовним тржишним условима.

Осим што пружање комуналних услуга спада у дјелатност јавних служби, његова друга главна особина огледа се у чињеници да се пружање комуналних услуга као јавна привредна дјелатност од општег интереса квалификује и као подврста комуналне дјелатности<sup>30</sup> регулисана

29 Аутор намјерно користи лексичку конструкцију „по правилу“ из разлога што је чланом 1. став 2. Закона о систему јавних служби предвиђено да се питања регулисана наведеним законом могу другим законом који уређује обављање одређене дјелатности као јавне службе уредити и на другачији начин, што је у комуналној области и случај, обзиром да је чланом 7. став 1. Закона о комуналним дјелатностима предвиђено да комуналну дјелатност или другу дјелатност од јавног интереса може обављати или јавно комунално предузеће (основано од стране јединице локалне самоуправе) или се ти послови могу повјерити другом привредном друштву.

30 Комуналним дјелатностима сматрају се производња и испорука комуналних производа и пружање комуналних услуга који су незамјенљив услов живота и рада физичких и правних лица и других субјеката, а за које је јединица локалне самоуправе дужна да обезбиједи квалитет, обим, доступност и континуитет у складу са законским обавезама и расположивим средствима, као и надзор над њиховим обављањем.

Законом о комуналним дјелатностима. Притом, треба разликовати, правећи и термилолошку дистинкцију, термине „пружање комуналних услуга“ и „производња и испорука комуналних производа“, као подврста комуналних дјелатности. За предмет овог рада такво разликовање није од значаја јер је у оба случаја ријеч о (врсти) комуналне дјелатности.

#### 4. КОМУНАЛНИ (УПРАВНИ) АКТ И КОМУНАЛНА (УПРАВНА) СТВАР

Комунална јавна предузећа, приликом обављања своје регистроване дјелатности – пружање комуналних услуга, односно производња и испорука комуналних производа, доносе велики број одлука, општих и појединачних аката, воде одговарајуће евиденције по службеној дужности, закључују одговарајуће уговоре итд. Да ли неки од тих аката уживају статус (комуналног) управног акта, што за посљедицу има могућност његове управносудске контроле законитости, остаје недоумица, те предмет елаборирања у овом научном раду.

Да би се одговорило на то важно теоретско питање које производи и одређене практичне посљедице, неопходно је осврнути се на саму дефиницију управног акта и на његове главне особине, тј. обиљежја.

„Управни акти су основна врста појединачних правних аката које у вршењу управне делатности доноси управа. Управни акти као појединачни правни акти су акти којима се прописује неко појединачно и конкретно правило за одређени случај и одређено лице.“<sup>31, 32</sup> Анализирајући наведену дефиницију, треба имати на уму да се под појмом „управа“, у конкретном случају мисли на „јавну управу“ која, осим државних субјеката, сублимира и недржавне субјекте који, уживајући јавна овлашћења, обављају и управну дјелатност (чији опсег надлежности зависи од природе регистроване дјелатности којом се баве), укључујући и доношење управних аката.

Међутим, осим доносиоца управног акта као једног од његових првих (спољних) квалитативних обиљежја, треба анализирати и његова остала (унутрашња) обиљежја, али овог пута у контексту комуналног (управног) акта.

У правној доктрини (донекле) постоји општи консензус да се као главна (унутрашња) обиљежја управног акта истичу: „конкретност, ауторитативност и правно дјеловање“,<sup>33</sup> с тим што то нису и једина (унутрашња) обиљежја управног акта јер се многи професори управног

31 Лилић Стеван, *Управно њраво и ујравно њроцесно њраво*, Београд 2009, 314.

32 Треба нагласити да законска дефиниција појма управног акта није предвиђена Законом о општем управном поступку, док је чланом 7. став 2. Закона о управним споровима предвиђено да је управни акт онај акт којим надлежни орган... рјешава о извјесном праву или обавези, односно непосредном личном интересу физичких и правних лица или других странака у каквој управној ствари.

33 Кунит Петар, *Управно њраво*, Бања Лука 2010, 324.

права слажу да се као његова обиљежја истичу и, на пример, једностраност, заснованост на закону, извршност и управна ствар.<sup>34</sup> Како би се комунални акт разматрао у контексту тога да ли је у конкретном случају реч о управном акту или не, треба провјерити да ли комунални акт има она (минимална) обиљежја чијим испуњењем се он може квалификовати и као управни акт.

Прије свега, поставља се питање да ли акт комуналног предузећа којим је одлучено о неком праву односно обавези корисника комуналних услуга (на примјер, рјешење о искључењу објекта са водоводне мреже, рјешење о одбијању приговора/рекламације на обрачун и слично) има обиљежје конкретности, и то на начин да се односи на (конкретну) временски, просторно и персонално одређену правну ситуацију? Разматрајући одговор на то питање, може се закључити да, када комунално предузеће својим актом одлучује о правима и обавезама корисника из односа пружања комуналних услуга, он у том случају има на уму тачно одређено лице о чијем праву односно обавези одлучује<sup>35</sup> (на примјер, име и презиме корисника са његовим личним подацима), прецизно утврђен предмет одлуке (искључење објекта, разматрање рекламације и слично), тачно одређено вријеме када доноси своју мериторну одлуку, односно временски период на који се одлука односи (на примјер, период дуговања, датум нелегалног прикључења, предвиђен датум искључења и слично), прецизно утврђено просторно и временско важење своје одлуке (на примјер, искључење објекта корисника на конкретној адреси, временско важење одлуке орочено до момента искључења објекта са водоводне мреже и слично), очекиване правне посљедице своје одлуке (на примјер, ускраћивање водоснабдијевања објекта и друго) итд. У том контексту, са сигурношћу се може констатовати да акт комуналног предузећа, у описаном случају, недвосмислено **има обиљежје конкретности**, с обзиром на то да „правна ситуација на коју се односи (управни) акт, није трајна и поновљива, већ једнократна и непоновљива“<sup>36</sup>

У погледу осталих обиљежја управног акта, значајно је размотрити да ли комунални акт има обиљежје ауторитативности или нема. Наиме, у правној теорији не постоји општи консензус у вези са проблематиком ауторитативности као (главног) обиљежја управног акта. Према једном схватању „управни акт је ауторитативан и једностран: донесен је применом управне власти од надлежног државног органа (или организације), односно од недржавне организације у вршењу јавних овлашћења, као и органа децентрализоване територијалне заједнице у обављању државних послова који су јој пренијети. Ауторитативност управног акта је израз неравноправности у насталом односу између доносиоца и адресата

34 Више о томе вид. у: Томић Зоран, *Општије управно право*, Београд 2009, 195 и даље; Лилић Стеван, *Управно право и управно процесно право*, Београд 2009, 314 и даље.

35 Осим уколико је ријеч о тзв. дјелатности заједничке комуналне потрошње (за више детаља, види члан 3. став 1. тачка р) Закона о комуналним дјелатностима).

36 Лилић Стеван, *Управно право и управно процесно право*, Београд, 2009, стр. 315.



акта (странке)<sup>37</sup>, док према другом схватању „ауторитативност као обележје управног акта не може се узети као његово битно обележје, иако се у појединим случајевима оно јавља као његова (нпр. када се ради о управним актима којима се утврђује обавезе)“.<sup>38</sup> У том контексту, поставља се питање да ли комунални акт уопште има обилежје ауторитативности те, ако га има, да ли га има у свакој ситуацији или само у одређеним?

Наиме, комунално предузеће као давалац комуналне услуге има право (али и обавезу) да пружа комуналну услугу на начин и под условима који су предвиђени позитивним прописима. У вршењу своје регистроване (и повјерене) комуналне дјелатности, комунално предузеће има широк дијапазон различитих овлашћења и могућности у односу на корисника комуналних услуга. Међутим, тај њихов однос нити је (увијек) равноправан нити увијек подразумијева претходну сагласност корисника јер комунално предузеће, у одређеним ситуацијама, не само да има право него и обавезу да предузима одређене активности без обзира на свој (лични – пословни) став о конкретном догађају, односно кориснику.

Као примјер може се размотрити ситуација нелегалног (самовољног) прикључења објекта на водоводну мрежу. Чланом 17. став 2. Закона о комуналним дјелатностима предвиђена је забрана кориснику да се самовољно прикључи на комуналне објекте или да комуналну услугу и производе користи без сагласности даваоца комуналне услуге, док је чланом 19. став 2. истог закона предвиђено да самовољно прикључење на комунални објекат без одобрења надлежног органа односно даваоца комуналне услуге представља (правни) основ за ускраћивање комуналне услуге кориснику. Анализирајући наведене норме, долази се до закључка да је законодавац и више него заинтересован да се на комуналне објекте не врши било какво прикључење, односно да се комунална услуга и производи не користе без претходне (јасне и законите) сагласности надлежног органа, односно даваоца комуналне услуге. У том смислу, предвиђена је обавеза даваоца комуналне услуге да одмах по сазнању за такву незаконитост на терену кориснику ускрати пружање комуналне услуге (и комуналних производа) све док корисник не отклони незаконитости односно неправилности у складу са Законом (на примјер, док не достави правно ваљану документацију о легалности објекта, изгради инсталације у складу са техничким стандардима и друго). У таквој ситуацији, када комунално предузеће ускрати кориснику, на примјер, водоснабдијевање, није тешко закључити да се корисник и давалац комуналне услуге не налазе у истој (формалноправној) равни нити корисник може законитим путем онемогућити комунално предузеће да се користи својим *ex lege* правом (али и обавезом), у нарави искључењем објекта са водоводне мреже. Управо из тих разлога, акт којим комунално предузеће „обавјештава“ корисника да ће се конкрет-

37 Томић Зоран, *Ојшиће ујравно њраво*, Београд, 2009, стр. 195.

38 Лилић Стеван, *Ујравно њраво и ујравно њроцесно њраво*, Београд, 2009, стр. 315.

ног дана приступити искључењу објекта са комуналне инфраструктуре из законом прописаног разлога (на примјер, самовољно прикључење и друго) по својој природи има својство **ауторитативности** јер у конкретном случају „на основу прописа (Закона о комуналним дјелатностима), доносилац акта (комунално предузеће) стиче јачу вољу, посредством које остварује и штити јавни интерес“.<sup>39, 40</sup>

Међутим, не треба ни живјети у убојењу да баш сваки акт комуналног предузећа има својство ауторитативности. То се прије свега односи на ситуацију када је комунално предузеће дужно да изврши одређено поступање без обзира на то да ли је за то вољно или није. Таква примјер је ситуација када корисник, на примјер, измири своје претходно новчано дуговање које је имао према даваоцу комуналне услуге због чега је његов објекат привремено био искључен са комуналне инфраструктуре, а комунално предузеће је дужно по захтјеву корисника а најкасније у року од 3 (три) дана од дана подношења захтјева да настави са пружањем комуналне услуге<sup>41</sup> под пријетњом прекршајног кажњавања комуналног предузећа у случају супротног поступања.<sup>42</sup> У том случају, акт комуналног предузећа којим се кориснику (само) признаје право на поново прикључење те информисе о датуму поновног прикључења објекта на комуналну инфраструктуру те износу трошкова прикључења које мора измирити, има само декларативни карактер јер комунално предузеће нема избора у погледу тога да ли ће или неће (поново) прикључити објекат на комуналну инфраструктуру уколико су за то претходно испуњени сви законом прописани услови а посебно имајући у виду чињеницу да комунално предузеће нема механизам да примора (читај: натјера) корисника да свој објекат поново прикључи, на примјер, на јавни систем водоснабијевања<sup>43</sup> уколико сам корисник то више не жели.

39 Томић Зоран, *Општије ујравно право*, Београд 2009, 195.

40 Како би се избјегла свака недоумица у вези са постојањем јавног интереса у случају искључења (нелегално прикљученог) објекта на комуналну инфраструктуру, треба нагласити да се јавни интерес овдје неоспорно огледа у чињеници да је законодавац безрезервно заинтересован да се на комуналну инфраструктуру не прикључују објекти без сагласности надлежног органа, односно даваоца комуналне услуге, имајући у виду да се прикључењем објекта који не испуњава све нормативне, техничке и санитарне услове отвара могућност за стварање великог броја проблема те настанак ненадокнадиве штете оличене у загађењу и оштећењу како комуналних објеката на које се врши нелегално прикључење, тако и других објеката у околини који не тако ријетко бивају колатерална штета несавјесног поступања корисника (на примјер, поплављеност објекта, физичко оштећење објекта усљед настанка експлозије узроковане нестручним поступањем корисника и друго). Не треба сметнути са ума ни могућност угрожавања људских живота и здравља у ситуацији нестручног и некавалитетног прикључења објекта на водоводну и канализациону мрежу усљед чега може доћи до укрштања водоводних и канализационих инсталација те забрањеног мијешања воде за пиће са фекалним ефлуентима.

41 Вид. чл. 19. ст. 3. Закона о комуналним дјелатностима.

42 Вид. чл. 37. ст. 1. т. д) Закона о комуналним дјелатностима.

43 У том случају је ријеч о праву, а не и обавези корисника да објекат поново прикључи на јавну комуналну инфраструктуру.

Такође, на основу описаних примјера, може се анализирати још једно (додатно) унутрашње обиљежје акта комуналног предузећа – правно дејство. У оба наведена случаја (први, кад се нелегално прикљученом објекту ускраћује комунална услуга и, други, кад се кориснику поново наставља пружати комунална услуга јер је измирио своја новчана дуговања према комуналном предузећу) акт комуналног предузећа производи тачно одређене правне посљедице у правном промету.

У првом случају, актом комуналног предузећа констатује се да су испуњени законски разлози за искључење објекта са комуналне инфраструктуре те се одређује начин и датум када ће се акт непосредно и извршити (на примјер, демонтажа водоводног прикључка и водомјера конкретног датума). У овом случају, акт комуналног предузећа има конститутивно дејство јер његовим доношењем комунално предузеће утврђује да је прекршен Закон о комуналним дјелатностима, прописује се правни основ искључења објекта те се конкретно одређује начин извршења рјешења.

У другом случају, као што је већ речено, акт комуналног предузећа има само декларативно дејство јер када корисник испуни све законом прописане услове за поновно прикључење свог објекта на јавну комуналну инфраструктуру, комунално предузеће не одлучује мериторно о његовом захтјеву у смислу да цијени постојаност одређених одлучних чињеница, односно доказну вриједност приложене документације, него само објављује да су стечени услови да се објекат поново прикључи на комуналну инфраструктуру, а да ли ће до чина прикључења доћи или не, зависи само и искључиво од корисника.<sup>44</sup> На основу изнесеног, може се резимирати да акт комуналног предузећа производи правне посљедице у правном промету, и то у односу на конкретну (животну) ситуацију и конкретног адресата, чиме се неупитно утврђује његово (конкретно) **правно дејство**.

У погледу даљих (унутрашњих) обиљежја комуналног (управног) акта, значајно је проанализирати и управну ствар<sup>45</sup> као врло значајан управноправни конститутивни елемент. Наиме, као што је већ речено у овом раду, комунално предузеће приликом обављања комуналних дјелатности предузима читав низ различитих задатака и активности са циљем одржавања система јавних комуналних служби у функционал-

44 Примјера ради, корисник може да измири своја дуговања према даваоцу комуналне услуге, али да истовремено одлучи да свој објекат неће поново прикључивати на комуналну инфраструктуру јер ће бити одсутан из града дуже време.

45 „...у ужем смислу, управна ствар представља правну ситуацију у којој се, на основу правних прописа, решава о: а) признавању неког права или б) утврђивању неке обавезе или ц) остваривању правног интереса неког лица у појединачном случају. У том смислу, управне ствари представљају конкретне правне ситуације које се решавају у управном поступку путем управних аката и оне чине главни предмет управног поступка“ (Стеван Лилић, *Ујравно њраво и ујравно њроцесно њраво*, Београд 2009, 320).

ном стању. У обављању својих задатака и дужности, комунално предузеће често има за обавезу предузимање одређених радњи у односу на корисника комуналних услуга, и то: на примјер, укључење на јавни систем водоснабдијевања и одвођења отпадних вода, привремено искључење са водоводне мреже, регистрација и пререгистрација корисника, замјена дотрајалих мјерних инструмената, одлучивање по рекламацији корисника на обрачун утрошка комуналног производа и друго у складу са Законом о комуналним дјелатностима и припадајућим подзаконским прописима.<sup>46</sup>

У том смислу, комунално предузеће својим актом, врло често (па чак и свакодневно) рјешава како о одређеним правима корисника (на примјер, прикључење објекта на водоводну мрежу), тако и о обавезама корисника (на примјер, искључење објекта због дуговања по основу неплаћених обрачуна за воду), односно правном интересу у конкретном случају (на примјер, измјештање водоводног прикључка са сусједне – туђе парцеле у двориште корисника, измјештање водоводне мреже из дворишта корисника на јавну површину и друго), чиме се јасно указује на неспорну чињеницу да сви ти предмети поступања комуналног предузећа у конкретном случају представљају ништа друго него **управну ствар** (у ужем смислу) као једно од главних обиљежја комуналног (управног) акта.

## 5. ЗАШТИТА ПРАВА КОРИСНИКА КОМУНАЛНИХ УСЛУГА

Заштита права корисника комуналних услуга има изузетно велики значај за остварење владавине права те правне сигурности у коначници, с обзиром на то да се комунално предузеће као давалац комуналне услуге и физичко односно правно лице као корисник комуналне услуге, не тако ријетко, налазе у субординираном и неравноправном положају, с обзиром на то да комунално предузеће користи права која произилазе из тзв. природног монопола, а која у одређеним ситуацијама подразумијевају и право комуналног предузећа да одлучује о праву, обавези или правном интересу корисника комуналних услуга.

Међутим, у проблематици односа комуналног предузећа и корисника комуналних услуга остаје недоумица (и непознаница) могућност преиспитивања одлуке комуналног предузећа, односно правни механизми у коме корисник комуналних услуга може да заштити своја повријеђена или угрожена права (на примјер, у административном поступку, судском поступку, путем института омбудсмана и друго).

<sup>46</sup> У припадајуће подзаконске прописе, прије свега се подразумијевају општи акти јединице локалне самоуправе којима се регулише област пружања комуналних услуга на њеној територији у складу са чланом 6. Закона о комуналним дјелатностима.

### 5.1. Административна (ујравна) заштитна њрава корисника комуналних услуга

Анализирајући одредбе како важећег Закона о комуналним дјелатностима, тако и (старог) Закона о комуналним дјелатностима („Службени гласник РС“, бр. 11/95, 18/95 и 51/02), не могу се пронаћи експлицитне одредбе којима се на било који начин регулише проблематика заштите права корисника комуналних услуга у смислу административне инстанционе контроле рада комуналног предузећа осим што је законодавац у члану 16. став 3. (новог) Закона о комуналним дјелатностима предвидио (цитат): „У случају спора између корисника и даваоца комуналне услуге надлежан је суд.“ У том случају се може говорити само о начелној судској заштити (остаје недоумица у погледу врсте судског поступка у коме се остварује заштита о чему ће аутор касније говорити).

Наиме, административној (управној) контроли рада комуналног предузећа законодавац није посветио довољно нормативне пажње,<sup>47</sup> посебно не у дијелу који се односи на заштиту права корисника у управном поступку (то јест, у процедурама инстанционе контроле), чиме је законодавац, без икакве потребе, отворио додатни фронт правне несигурности, делегирајући право, између осталог и комуналном предузећу, да у складу са својом „словном политиком“ утврђује да ли ће (интерним) општим актима прописати процедуре за преиспитивање својих одлука и како ће тај поступак уопште изгледати.

На такав начин, законодавац је пропустио да поступи у складу са чланом 111. Устава Републике Српске којим је јасно предвиђено да у случају када носилац јавних овлашћења, у конкретном случају комунално предузеће, одлучује о правима и обавезама грађана и других лица, у конкретном случају својих корисника, **обавезно користи законом прописан поступак у коме је свакоме дата могућност да брани своја права и интересе и да против донесеног акта изјави жалбу односно употреби друго законом предвиђено правно средство.** У том смислу, законодавац је тај недостатак могао да превазиђе врло елегантно, уносећи у законски текст одредбу која недостаје, а којом би била предвиђена обавеза комуналног предузећа, односно даваоца комуналне услуге да у случају када одлучује о правима, обавезама и правним интересима својих корисника обавезно користи правила општег управног поступка на начин како је то предвиђено Законом о општем управном поступку.<sup>48</sup>

47 Законодавац је у V одјељку Закона о комуналним дјелатностима своју нормативну пажњу усмјерио ка регулисању проблематике надзора над обављањем комуналних дјелатности и спровођењу одредаба тог закона, али кроз призму спољне административне контроле рада комуналног предузећа, и то у облику надзора од стране јединица локалне самоуправе, Министарства за просторно уређење, грађевинарство и екологију (управни надзор) и комуналне полиције, а по потреби и других инспекцијских органа (инспекцијски надзор).

48 За боље разумијевање те проблематике не треба изгубити из вида ни члан 1. став 2. Закона о општем управном поступку, који упркос својој експлицитности када је у питању одређење круга субјеката који су дужни примјенивати његове одредбе, јасно наводи да су по „овом закону дужни да поступају... и привредна друштва, уста-

Међутим, рјешење тог проблема не треба само и искључиво тражити у измјени и допуни Закона о комуналним дјелатностима на коју се може чекати дужи временски период. До тада, једно од бољих рјешења којим би се проблематици административне (инстанционе) заштите права корисника дало довољно (заслужене) пажње огледа се у законској могућности јединица локалне самоуправе<sup>49</sup> да у оквиру својих општинских аката<sup>50</sup> којима уређују пружање комуналних услуга на подручју своје територије, предвиде или **додатну (упућујућу) одредбу**, којом би се комунално предузеће усмјерило на обавезну примјену правила општег управног поступка када одлучује о правима, обавезама или правном интересу својих корисника или да својим одредбама пропишу **посебан поступак** којим би се надомјестило непостојање процедуре преиспитивања одлука комуналног предузећа или путем *самоконтроле* (на примјер, приговор на рјешење о којем одлучује директор комуналног предузећа или његов надзорни одбор – контрола од стране органа самог комуналног предузећа) или путем *контроле од стране надлежног органа јединице локалне самоуправе* (на примјер, жалба на рјешење комуналног предузећа о којој одлучује градско односно општинско одјељење надлежно за комуналне послове), чиме би се кориснику пружила додатна административна заштита у чијем поступку би се очигледне неправилности, грешке и незаконитости комуналног предузећа отклониле врло успјешно, ефикасно и економично, без потребе корисника да покрене (по правилу временски знатно дужи) судски механизам заштите својих угрожених или повријеђених права.

## 5.2. Судска заштита права корисника комуналних услуга

Проблематика судске заштите права корисника комуналних услуга представља најважнији правно-контролни механизам којим располаже корисник комуналне услуге у односу на комунално предузеће као даваоца комуналне услуге о чему говори, између осталог и члан 16. став 3. Закона о комуналним дјелатностима.

Међутим, законодавац је приликом предвиђања судске надлежности за поступање у случају спора између даваоца комуналне услуге и његовог корисника остао недоречен с обзиром на то да се у конкретном случају користио паушалном терминолошко-нормативном конструк-

нове и друге организације када у **вршењу јавних овлашћења**, која су им повјерена законом рјешавају, односно кад обављају друге послове из става 1. овог закона<sup>49</sup> (мисли се на рјешавање о правима, обавезама или правним интересима појединца, правног лица или друге стране). Међутим, пракса је показала сасвим супротно понашање комуналних предузећа, с обзиром на то да комунална предузећа (скоро) никада не користе правила општег управног поступка у својим односима са корисницима, а посљедица таквог понашања је управо узрокована чињеницом да је у Закону о комуналним дјелатностима законодавац пропустио да се о овој проблематици експлицитно одреди.

49 Члан 6. Закона о комуналним дјелатностима.

50 На примјер, Одлука о водоводу и канализацији, Одлука о одвођењу комуналног отпада итд.



цијом „надлежан је суд“, што у коначници ствара недоумицу и додатан проблем оличен у питању у којој врсти судског поступка се одлучује у случају спора између даваоца и корисника комуналне услуге. Да ли је законодавац мислио на грађанску парницу или управни спор или и један и други, зависно од природе и врсте спора?

Судска пракса је управо на то питање дала врло квалитетан одговор, истина у области и на примјеру телекомуникација које су се у складу са тада важећим Законом о јавним службама („Службени гласник РС“, бр. 17/92, 11/93 и 21/96) уврштавале у систем јавних служби, као што је то сада случај са комуналном обласћу, а што се примјеном аналогије (*a simili ad simile*) као принципом логичког тумачења у ситуацији када законодавац није конкретну проблематику посебно нормативно регулисао у Закону о комуналним дјелатностима, може примијенити и у области пружања комуналних услуга.

Наиме, Врховни суд Републике Српске је у својој пресуди број Увл-117/04 од 8. децембра 2005. године<sup>51</sup> заузео став да рјешење Телекомуникација Републике Српске донесено поводом рекламације на рачун телефонских услуга **јесте управни акт** те да се његово оспоравање може вршити **само у управном спору**. Врховни Суд Републике Српске свој став образлаже чињеницом да упркос томе што законодавац није на изричит начин законом повјерио јавна овлашћења туженом (Телекомуникацијама РС) као недржавном субјекту, то се ипак може закључити тумачењем одредаба Закона о јавним службама, Закона о ПТТ услуга, Општим условима за вршење ПТТ услуга те Правилника о поступку и начину рјешавања рекламација корисника ТТ услуга, с обзиром на то да је наведеним актима прописан поступак у погледу одлучивања по захтјеву за рекламацију телефонског рачуна, начин одлучивања, рокови те органи за поступање по захтјеву. Надаље, Суд је става да тужени, у провођењу конкретног поступка, непосредно примјењујући прописе, рјешава о извјесном праву или обавези корисника телефонског рачуна, потврђујући или региструјући одређене податке у погледу исправности телефонског апарата, телефонских линија, постојању административно-рачунарске грешке и друго о чему одлучује првостепена комисија на чију одлуку незадовољни корисник може уложити приговор другостепеној комисији туженог.

На такав начин, Суд је недвосмислено утврдио сљедеће значајне закључке којима се отклања већина недоумица у погледу природе комуналног акта и врсте судског поступка у коме се она оспорава:

1. **повјеравање јавних овлашћења недржавном субјекту не мора бити изричито нормативно наведено** уколико се тумачењем одредаба релевантних законских и подзаконских прописа то може недвосмислено закључити;
2. акт којим недржавни субјект коме су јавна овлашћења повјерена (било непосредно било посредно) одлучује о правима, обавезама

51 Домаћа и страна судска пракса, Стручни информативни часопис *Привредна шћам-џа*, Сарајево, година VIII, број 48, стр. 53.

и правним интересима физичких и правних лица јесте управни акт, у ком случају доносилац **акта мора поштовати правила општег управног поступка уколико није другим прописом предвиђен посебан (управни) поступак;**

3. против акта којим је недржавни субјект коме су повјерена јавна овлашћења одлучио о правима, обавезама и правним интересима својих корисника односно комитената **може се покретати управни спор.**

## 6. ЗАКЉУЧАК

Комунално предузеће у свом редовном пословању свакодневно ступа у контакте са својим корисницима, у ком случају, не тако ријетко, одлучује о правима, обавезама и правним интересима својих корисника, од чијег (не)остварења зависи провођење свакодневних животних потреба корисника и његове породице.

Имајући у виду значај одлука комуналног предузећа на живот и рад корисника, потпуно је беспредметно коментарисати (уставну) обавезу како јединица локалне самоуправе, тако и комуналног предузећа да својим корисницима омогући административно (инстанцијоно) преиспитивање својих одлука с обзиром на то да законодавац то није изричито предвидио у релативно новом (и модерно уређеном) Закону о комуналним дјелатностима из 2011. године.

Међутим, без обзира на то када се законодавац буде одлучио на измену и допуну Закона о комуналним дјелатностима на начин да поступање комуналног предузећа у ситуацији када одлучује о правима, обавезама и правним интересима својих корисника, процесно уреди (читај: ограничи) или правилима општег управног поступка или правилима посебног управног поступка, јединице локалне самоуправе дужне су својим општим актима предвидјети одређен круг процесних правила у погледу инстанцијоне контроле рада комуналног предузећа, а у случају инертности или неразумијевања надлежних градских или општинских органа комунално предузеће би требало својим (интерним) општим актима уредити проблематику преиспитивања својих одлука како би се степен правне сигурности и извијесности подигао на виши ниво, чинећи на такав начин корист не само корисницима него и самом себи.

Такође, након што се анализирају све наведене недоумице у овом раду те конкретни одговори који су услиједили у вези са правном природом акта комуналног предузећа, може се закључити да упркос нормативној (законској) недефинисаности и незаинтересованости за ову (комунално-управну) проблематику, судска пракса и правна теорија су недвосмислено одредиле да акт којим се одлучује о правима, обавезама и правним интересима физичких и правних лица ужива статус управног акта, што у конкретном случају комуналном предузећу (оправдано) даје читав низ додатних корективних обавеза како у смислу провођења поступка према унапријед одређеним процесним регулама

(било да је реч о општим или посебним правилима управног поступка), тако и у погледу обавезног омогућавања правног (административног) механизма преиспитивања одлука комуналног предузећа када корисник њима није задовољан. Корисник такав акт може по потреби и судски преиспитивати, с тим што је судска пракса заузела став да се у том случају проводи управносудски поступак.

Robert Jović\*

## IS THE ACT THAT DECIDES ON THE RIGHTS AND OBLIGATIONS OF BENEFICIARIES OF COMMUNAL SERVICES ADMINISTRATIVE OR NOT?

### Summary

*The field of communal services represents the area of special public (social) interest both for the legislature, which governs this matter as one of its constitutional obligations, and for the end-beneficiaries of communal services who achieve their everyday (life) needs through a functional system of public services, which among other things, includes the provision of communal services. The debatable issue and what the author of this paper is going to write about is the undefined relation between the communal service enterprise, as the provider of communal services, and its beneficiaries, while providing communal services and diversity and normative disorganization of formal-legal treatment of communal service enterprise in the situation when deciding on the rights, obligations or legal interests of beneficiaries which often ends with the inability of beneficiaries to further question, on a legal / administrative basis, the decisions and actions of communal service enterprise when the beneficiary is not satisfied. Such unconstitutional and illegal practices of communal service enterprise, according to the author, should be the subject of a scientific paper which will explicitly present arguments in favor of the thesis that communal service enterprises, when deciding on the rights, obligations and legal interests of their beneficiaries, use public (administrative) authorities (either directly or indirectly given), in which case their acts are administrative acts against which (as a rule) an additional administrative (jurisdictional) review must be enabled (whether in the form of self-control through an objection or appeal) and against which (if necessary) an administrative-judicial procedure may be taken. In favor of the above mentioned thesis, the author will analyze the judicial practice of the Republic of Srpska, which after many years of wandering in a legal sense and misunderstanding the role and importance of public (administrative) authorities, took a specific legal position on a very similar example confirming the idea that the act of a non-state entity with public authority which decided*

\* The author is a Master of Laws and a PhD candidate at the Faculty of Law, University of Belgrade and has been employed in the position of the Head of Legal Affairs, Human Resources and General Affairs in „Vodovod i kanalizacija“ JSC Bijeljina.

*on the right, obligation or legal interest of beneficiaries is an administrative act against which an administrative-judicial procedure can be taken.*

Keywords: *Communal service. – Communal service enterprise. – Communal service provider. – Communal service beneficiary. – Public (administrative) authorities. – Communal (administrative) act.*

## ЛИТЕРАТУРА

### *Правна лиџераџура*

Домаћа и страна судска пракса, Стручни информативни часопис *Привредна шџамџа*, Сарајево, година VIII, број 48

Кунић Петар, *Ујравно љраво*, Бања Лука 2010.

Јовић Роберт, *Ујравна јавна овлашћења јавних љрегузећа*, мастер рад (необјављено), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011.

Лилић Стеван, *Ујравно љраво и ујравно љроцесно љраво*, Београд 2009, 2013.

*Правни лексикон*, Савремена администрација, друго издање, Београд 1970.

Томић Р. Зоран, *Ојшџе ујравно љраво*, Београд 2009.

### *Правни извори*

Устав Републике Српске

Закон о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“, бр. 124/11)

Закон о општем управном поступку („Службени гласник Републике Српске“, бр. 13/02, 87/07 и 50/10)

Закон о управним споровима („Службени гласник Републике Српске“, бр. 109/05 и 63/11)

Закон о привредним друштвима („Службени гласник Републике Српске“, бр. 127/08, 58/09 и 100/11)

Закон о јавним предузећима („Службени гласник Републике Српске“, бр. 75/04 и 78/11)

Закон о републичкој управи („Службени гласник Републике Српске“, број 118/08, 11/09, 74/10, 86/10, 24/12 и 121/12)

Закон о локалној самоуправи („Службени гласник Републике Српске“, број 101/04, 42/05, 118/05 и 98/13)

Закон о Агенцији за банкарство Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 59/13)

Закон о нотарима („Службени гласник Републике Српске“, број 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10 и 78/11)

### *Судска љпракса*

Пресуда Врховног суда Републике Српске, бр. Увл–117/04 од 8. децембра 2005.

## ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА У СИСТЕМУ COMMON LAW

### Апстракт

У раду се анализира процес закључивања уговора. Наводе се решења енглеског права, које важи у Енглеској, Велсу и Северној Ирској, док је у Шкотској извршена рекејџија римског права, иако да је шкотско право континенталног типа. Осим тога, наводе се решења америчког права јер се дешава да се правила Једнообразног/Јединственог трговинског законика (*Uniform Commercial Code*) разликују у односу на друга права система *common law*. Правила енглеског и америчког права се пореде са правилима из српског Закона о облигационим односима, како би се на истом месту указало на сличности и разлике између наших и правила *common law*. Истовремено, наводе се и решења Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној трговини робе (Бечка конвенција), с обзиром на то да она представља најсавременији инструмент унификације приватног права. На одређени начин Бечка конвенција представља компромис, односно покушај да се ускладе решења и помире разлике (по питању уговора о трговини) између система *civil law* и *common law*, иако да су у њу инкорпорисана многа правила оштрих права, укључујући и правила о закључењу уговора.

Кључне речи: *Процес закључивања уговора. – Преговори. – Предуговор. – Понуда. – Прихвати понуде.*

### УВОД

У српском праву уговор је сагласна изјава воље између два или више лица, којом се заснива, мења или укида одређени правни однос.<sup>1</sup> У систему *common law* уговор се схвата као „споразум који је правом признат или заштићен, стварајући права или обавезе за своје стране”.<sup>2</sup>

\* Маша Мишковић, мастер права, кандидаткиња докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду.

1 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд 2004, 70; дефиниције уговора у нашој правној науци вид. у: Слободан Перовић, *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1990, 151; Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет у Београду, Београд 2011, 195; Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 2007, 162.

2 Guenter Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford 2004, 1; наведено према: Н. Јовановић, *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*, Правни факултет у Београду, Службени гласник, Београд 2008, 17.

Из тих дефиниција се може закључити да је уговор у оба правна система слично дефинисан: оно што је у српским дефиницијама „сагласност воља”, то је „споразум” у дефиницијама система *common law*; „правни однос” у српским дефиницијама представља „права и обавезе” у дефиницијама система *common law*.<sup>3</sup>

Уговор се закључује у процесу постизања сагласности воља уговорника. Закључење уговора путем понуде и прихвата понуде је уобичајен механизам закључења уговора у упоредном праву.<sup>4</sup> Најчешће закључењу уговора претходи фаза преговарања страна. Понекад се пре закључења главног уговора закључује преговор.

У процесу закључивања уговора постоје битне разлике између нашег и система *common law*.

## 1. ПРЕГОВОРИ

Преговори представљају фазу погађања страна која претходи закључењу уговора,<sup>5</sup> али нису обавезна фаза у процесу закључења уговора.<sup>6</sup> То су радње које стране предузимају како би се договориле о састојцима евентуалног уговора. Њихова сврха је да се лицу које је иницирало преговоре помогне да формулише своју понуду.<sup>7</sup> „Преговори углавном имају двоструку улогу: да омогуће странама да се боље упознају и да им помогну у одређивању садржине будућег уговора.”<sup>8</sup> Дешава се и да понуда претходи преговорима, али се у том смислу након преговора формулише нова понуда (јер претходна није прихваћена).<sup>9</sup>

У српском праву преговори не обавезују и свака страна их може прекинути кад год хоће.<sup>10</sup> С обзиром на чињеницу да преговори не обавезују,<sup>11</sup> стране их могу водити и са више страна истовремено.<sup>12</sup> Али страна која је водила преговоре без намере да закључи уговор, одго-

3 *Ibid.*

4 Владимир Павић, Милена Ђорђевић, „Примена Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије”, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008, 593.

5 Илија Бабић, *Лексикон облигационог права*, Службени гласник, Београд 2008, 287.

6 Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултету Београду, Београд 2011, 306.

7 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет у Београду, Београд 2012, 57.

8 Витомир Поповић, Радван Вукадиновић, *Међународно пословно право – посебни део*, Правни факултет у Бања Луци и Центар за право Европске уније у Крагујевцу, Бања Лука – Крагујевац 2010, 64.

9 М. Васиљевић, 57.

10 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, чл. 30 ст. 1 (у даљем тексту: ЗОО).

11 Такво решење је израз принципа слободе у преговорима, као део ширег начела аутономије воље из чл. 10 ЗОО.

12 В. Поповић, Р. Вукадиновић, 66.



вараће за штету насталу вођењем преговора<sup>13</sup> (*culpa in contrahendo*).<sup>14</sup> Осим тога, одговара за штету и страна која је водила преговоре са намером да закључи уговор, па од те намере одустане без основаног разлога и тиме другој страни проузрокује штету.<sup>15</sup>

Преговори имају одређени значај и након закљученог уговора. Они могу бити значајни за тумачење уговора и утврђивање заједничке намере уговорних страна.<sup>16</sup> И Бечка конвенција садржи правило да ће се приликом утврђивања намере једне стране (или схватања које би имало разумно лице) водити рачуна о свим релевантним околностима случаја, укључујући њихове *прејеворе*, праксу коју су стране међусобно успоставиле, обичаје и свако доцније понашање страна.<sup>17</sup> Преговори имају значаја и ако стране нису уредиле споредне тачке уговора. Њих ће уредити суд, водећи рачуна о *прејходним прејеворима*, утврђеној пракси међу уговарачима и обичајима.<sup>18</sup>

*Енглеско право* уопште не уређује преговоре, то јест у преговорима не види било какав правни однос нити предвиђа дужност преговарача да преговоре воде савесно.<sup>19</sup> У том смислу, енглеско право је изузетак у односу на друга права система *common law* (САД, Аустралија), која преговорима дају већи правни значај.<sup>20</sup> Постоји неколико разлога због којих преговори нису уређени у енглеском праву. Прво, енглеско право није склоно било каквом уопштавању, па ни енглеске судије нису склонне да пресуђују спорове на основу општих правила. Друго, дужност савесног вођења преговора је исувише широк и неодређен појам, па би могао водити арбитрерном пресуђивању. Треће, од уговарача не може да се захтева савесност, лојалност или приврженост јер су њихови интереси супротстављени, а сваки поступа у свом интересу (на пример, у уговорима о продаји<sup>21</sup> продавац жели да прода робу по што је могуће већој цени, а купац да је купи по што нижој). Четврто, у енглеском праву не постоји дужност саопштавања чињеница о узајамним чинидбама (*no duty to disclose*) јер се сматра да би тиме стране слабиле своје положаје у преговорима.<sup>22</sup>

13 ЗОО, чл. 30 ст. 2.

14 У српској правној теорији доминира схватање да је ова врста одговорности вануговорна (деликтна) одговорност – вид. М. Васиљевић, 58; И. Бабић, 286–287.

15 ЗОО, чл. 30 ст. 3.

16 М. Васиљевић, 59.

17 Бечка конвенција, чл. 8 ст. 3.

18 ЗОО, чл. 32 ст. 2.

19 Н. Јовановић, *Кључне разлике енглеској и српској уговорној праву*, Правни факултет у Београду, Службени гласник, Београд 2008, 53.

20 John Cartwright, *Contract Law – An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing, Oxford 2007, 65; наведено према: Н. Јовановић, 53.

21 О уговору о продаји у *common law* систему вид. Маша Мишковић, *Уговор о прогаји у англосаксонском праву* (објављен мастер рад), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.

22 Н. Јовановић, 53–54.

Након преговора стране могу закључити *ипредуговор*. Предуговор је такав уговор, којим се предузима обавеза да се касније закључи други, главни уговор.<sup>23</sup>

У *српском праву* предуговор *обавезује*<sup>24</sup> ако садржи битне састојке главног уговора.<sup>25</sup> Предуговор ствара утуживе обавезе за уговорнике јер ће суд наложити страни која одбија да приступи закључењу главног уговора да то уради у одређеном року.<sup>26</sup> С обзиром на то да предуговор *обавезује* на закључење главног уговора (ако су одређени битни услови), а према члану 26 ЗОО (главни) уговор је закључен када су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима уговора, у правној теорији се, чини се, са разлогом поставља питање да ли је предуговор уопште потребан, односно зашто би стране ишле заобилазним путем ако могу одмах да закључе главни уговор.<sup>27</sup>

Насупрот српском праву, *енглеско право* предуговору не признаје својство уговора, што значи да предуговор у енглеском праву не *обавезује*, то јест не ствара утуживе обавезе.<sup>28</sup>

## 2. ПОНУДА

У *српском праву*, понуда је предлог за закључење уговора учињен одређеном лицу, који садржи све битне састојке уговора, тако да би се прихватањем тог предлога могао закључити уговор.<sup>29</sup> *Бечка конвенција* садржи сличну дефиницију понуде: понуда је предлог за закључење уговора упућен једном или више одређених лица ако је довољно одређен<sup>30</sup> и ако указује на намеру понудиоца да се обавезе у случају прихватања.<sup>31</sup>

У *енглеском праву*, као и у другим земљама система *common law*, понуда се дефинише као *обећање*.<sup>32</sup> Насупрот дефиницији понуде као предлога за закључење уговора, „појам обећања је знатно садржајнији, јер указује на унутрашњу повезаност између изјаве воље и будуће обавезе. Обећање је, наиме, изјава воље о преузимању обавезе у будућ-

23 ЗОО, чл. 45 ст. 1.

24 Предуговор не *обавезује* само ако су се од његовог закључења околности толико измениле да не би ни био закључен да су такве околности постојале у то време – вид. ЗОО, чл. 45 ст. 6.

25 ЗОО, чл. 45 ст. 3.

26 ЗОО, чл. 45 ст. 4.

27 М. Орлић, „Закључење уговора”, *Правни животи*, први том, 1988, 154–156.

28 J. Cartwright, 67; G. Treitel, 26.

29 ЗОО, чл. 32 ст. 1.

30 Предлог је довољно одређен, ако означава робу и изричито или прећутно утврђује количину и цену или садржи елементе за њихово утврђивање, вид. чл. 14 ст. 1 Бечке конвенције.

31 Бечка конвенција, чл. 14 ст. 1.

32 М. Орлић, „Смисао понуде у европском и англо-саксонском праву”, *Анали Правној факултетској у Београду*, бр. 2–3/1996, 108–109.

ности упућена лицу у чију корист поверилац треба да испуни обећану обавезу”.<sup>33</sup> „Чињеница што се понуда у енглеском праву одређује као обећање, а у европским правима обележава као предлог, не значи да међу њима постоје непремостиве разлике. Напротив, наведени појмови могу се схватити као концентрични кругови, код којих обећање означава ужи, а предлог шири круг.”<sup>34</sup> Наиме, и у систему *civil law* у највећем броју случајева понуда истовремено представља и обећање када понудилац преузима неку обавезу у будућности. У двостранообавезујућим уговорима, понуда представља и предлог за закључење уговора и обећање јер понудилац предлаже закључење уговора и истовремено преузима будућу обавезу из тог уговора.<sup>35</sup> Међутим, у једностранообавезујућим уговорима није увек тако: понуда, осим предлога, може бити истовремено и обећање, али и не мора. Она ће бити и обећање, само када закључење уговора предлаже будући дужник (на пример, у уговору о поклону – поклонодавац), што је најчешће случај у једностранообавезујућим уговорима, док ће представљати само предлог (не и обећање) ако закључење уговора иницира будући поверилац (поклонопримац у уговору о поклону), што је ређи случај.<sup>36</sup> С обзиром на то да је у енглеском праву обећање садржано у свакој понуди без изузетка, понуда се може дефинисати као обећање, док је у европским правима потребан општији појам (предлог за закључење уговора) да би се „покрили” они случајеви где је понуда само предлог, а не и обећање.<sup>37</sup>

У америчком *праву*, УСС правила која се односе на понуду и прихват понуде често се разликују у односу на правила система *common law*.<sup>38</sup> Према ЗОО, Бечкој конвенцији и у енглеском праву понуда треба да садржи све битне елементе уговора. Кључна разлика у америчком праву је у томе што ће према УСС уговор имати дејство чак и када у њему нису одређени сви битни елементи (*indefiniteness*), под условом да су стране имале намеру да закључе уговор, и ако постоји разумно одређена основа за правно средство.<sup>39</sup> Дозвољава се да се одређени елементи „учитају” у уговор о продаји (*“read into” a sale contract*) и то правило се назива правилом „попуњавања празнина” (*gap filling rule*).<sup>40</sup> Елементи који се најчешће не наводе у понуди (а ни уговору) – тзв. *left open terms*, јесу: цена; време и начин плаћања; време, место и начин испоруке; време за испуњење уговорних обавеза; сортирање робе итд.<sup>41</sup>

33 *Ibid.*, 109.

34 *Ibid.*, 112.

35 *Ibid.*, 113.

36 *Ibid.*, 114.

37 *Ibid.*, 118.

38 Н. Cheeseman, *Contemporary Business and Online Commerce Law*, Pearson Prentice Hall, New Jersey 2009, 418.

39 УСС, §2–204(3).

40 Н. Cheeseman, 418.

41 *Ibid.*, 419.

Када је у питању понуда, осим разлике у дефинисању понуде, постоје још три битне разлике између енглеског и српског уговорног права: општа понуда (2.1), обавезност понуде (2.2) и престанак понуде због смрти понудиоца (2.3).

## 2.1. Општа понуда

У српском праву, као понуда (уколико другачије не произлази из околности случаја или обичаја) важи и предлог за закључење уговора упућен *неодређеном броју лица*, који садржи битне састојке уговора чијем је закључењу намењен.<sup>42</sup> Излагање робе са означањем цене такође се сматра понудом уколико другачије не произлази из околности случаја или обичаја.<sup>43</sup> Међутим, пропагандна обавештења не представљају понуду. Наиме, слање каталога, ценовника, тарифа и других обавештења, као и огласи учињени путем штампе, летака, радија, телевизије или на неки други начин, нису понуда за закључење уговора, већ само позив да се учини понуда под објављеним условима.<sup>44</sup> С обзиром на то да општа понуда представља понуду, то значи да обавезује понудиоца, па се сматра да је уговор закључен, када понудилац прими прихват током важења опште понуде, без икакве додатне радње понудиоца.

*Енглеско право* не познаје општу понуду јер је понуда предлог упућен само одређеном лицу.<sup>45</sup> Зато, поред истицања огласа, и општа понуда и излагање робе представљају позив на понуду (*invitation to treat*), осим ако из тих радњи произлази јасна намера да се закључи уговор са сваки прихватиоцем, када се такве радње сматрају понудом (*offer*).<sup>46</sup> Тако је суд у случају *Leftkowitz v. Great Minneapolis Surplus Store* (1957)<sup>47</sup> испитивао рекламу, за коју је одлучио да се може сматрати понудом јер су у реклами употребљене формулације које нису уобичајене за рекламе те врсте, па би свако разумно лице могло веровати да, извршавајући тражени захтев у реклами, у ствари закључује уговор.

У енглеском праву постоје и ситуације када се понуда упућена унапред *неодређеном броју лица* не сматра позивом на понуду већ понудом за закључење уговора. То је случај једностраних уговора (на пример, јавно обећање награде), који су у ствари једностране изјаве воље српског права. Наиме, енглеско право не познаје једнострану изјаву воље као посебан извор облигација већ је сврстава у понуду за закључење уговора. С обзиром на то да је таква изјава понуда за

42 ЗОО, чл. 33.

43 ЗОО, чл. 34.

44 ЗОО, чл. 35 ст. 1.

45 Н. Јовановић, 59.

46 *Ibid.*

47 Случај наведен према: Edward Errante, Robert Devreux, *The Anglo-American Law of Contracts*, LGDJ-Juris, Paris 2001, 34–35; случај доступан на: [tsu.edu/PDFFiles/academics/law/life/fall05firstClass/douglas.pdf](http://tsu.edu/PDFFiles/academics/law/life/fall05firstClass/douglas.pdf).

закључење уговора,<sup>48</sup> уговор је закључен чим даваоцу изјаве стигне прихват.<sup>49</sup>

У Бечкој конвенцији је прихваћено енглеско схватање опште понуде, којим се предвиђа да ће се предлог упућен *неодређеном* броју лица сматрати као позив да се учини понуда, изузев ако лице које чини такав предлог јасно не укаже на супротно.<sup>50</sup>

## 2.2. Обавезности понуде

У српском праву понуда обавезује, тј. понудилац је везан понудом, изузев ако је своју обавезу да одржи понуду искључио, или ако то искључење произлази из околности посла.<sup>51</sup> Из тога произлази да је понуда начелно неопозива. Према чл. 36 ст. 2 ЗОО понуда се може опозвати само ако је понуђени примио опозив пре пријема понуде или најкасније истовремено са њом. Иако се користи термин „опозив”, заправо је реч о повлачењу понуде. Повлачење понуде је изјава воље којом се *сјречава да њонуда њроизведе* правно дејство.<sup>52</sup> Понудилац одустаје од понуде пре него што је понуђени сазнао за понуду. У том значењу је погодније уместо термина „опозивање” употребити термин „повлачење” понуде, које је могуће у свим врстама понуде (и у неопозивој понуди). Насупрот повлачењу, постоји институт опозива понуде у свом ужем (правом) значењу. Опозив је изјава воље, којом понудилац одустаје од понуде и тиме јој *одузима* правно дејство. То је ситуација када је понуда већ достављена понуђеном, па је тиме почела да производи правно дејство.<sup>53</sup> Ако пођемо од тога да је у чл. 36 ст. 2 ЗОО реч о повлачењу понуде, поставља се питање да ли је уопште могуће опозивање понуде, тј. да ли у нашем праву могу постојати опозиве понуде. Из формулације у чл. 36 ст. 1 ЗОО („понудилац је везан понудом, *изузев ако је своју обавезу да одржи њонуду искључио, или ако њо искључење њроизлази из околности посла*”) види се да српско право познаје и институт опозива понуде. Решење тог питања је поуздано и недвосмислено ако се у тумачењу ослонимо на Скицу за Законик о облигацијама и уговорима проф. Константиновића (у даљем тексту: Скица), где је члан, који се односи на дејство понуде, садржао три става, а не два као ЗОО:<sup>54</sup> други став се односио на институт повлачења понуде,<sup>55</sup> а трећи на

48 Вид. преседан у парници *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* (1892); случај доступан на сајту Британског и ирског института правних информација (*British and Irish Legal Information Institute*): <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1952/7.html>.

49 Н. Јовановић, 59.

50 Бечка конвенција, чл. 14 ст. 2.

51 ЗОО, чл. 36 ст. 1.

52 М. Орлић (1988), 152.

53 *Ibid.*

54 Вид. чл. 11 Скице.

55 Понуда се може опозвати само ако опозивање буде достављено на адресу понуђеног пре достављања понуде или истовремено са њом – вид. чл. 11 ст. 2 Скице.

институт опозива понуде.<sup>56</sup> На основу чл. 11 ст. 3 Скице, може се закључити да се у српском праву може опозвати (у правом смислу речи) само опозива понуда, ако опозив стигне понуђеном пре него што је понуђени послао прихват. То је логичан закључак, имајући у виду да је након слања прихвата понудиоцу уговор закључен, тако да не постоји могућност да се понуда опозове, него само да се такав уговор раскине.

У енглеском праву важи обрнуто правило у односу на српско право. Понуда не обавезује, осим ако је понудилац у понуди нагласио да га обавезује.<sup>57</sup> Разлог за необавезност понуде је недостатак противчинидбе друге стране<sup>58</sup> – понуда је само обећање без противчинидбе тако да не може да буде правно обавезујућа.<sup>59</sup> С обзиром на то да понуда није обавезујућа, она се може оџозваити све док је понуђени не прихвати, то јест до момента док понуђени не пошаље свој прихват (правило „поштанског сандучета” – *postal rule/mail box rule*).<sup>60</sup> То значи да опозив изазива престанак важења понуде, само ако стигне понуђеном пре него што је он послао свој прихват.

Попут Скице проф. Константиновића,<sup>61</sup> и у Бечкој конвенцији се разликују повлачење и опозив понуде. Тако се понуда, чак и кад је неопозива, може њовући (*may be withdrawn*) ако је повлачење стигло понуђеном пре или у исто време кад и понуда,<sup>62</sup> а све док се уговор не закључи, понуда може да се оџозове (*may be revoked*), ако опозив стигне понуђеном пре него што је он отпослао свој прихват.<sup>63</sup>

Важна разлика америчкој праву у односу на наше право и *common law* јесте опозивост понуде и правило „јаке понуде” (*firm offer rule*). Ако је у питању трговац који је послао понуду за куповину/продају, таква понуда је неопозива ако је трговац одвојено од понуде дао обећање да ће понуду одржати отвореном (дакле, ако је неопозивост изричито гарантована). Он неће моћи да опозове понуду онолико времена колико је одредио или, ако ништа није одредио, разумно време. Период који понудилац може да одреди не може да буде дужи од три месеца.<sup>64</sup>

56 Ако је понудилац резервисао право да опозове понуду, опозивање ће важити само ако буде достављено на адресу понуђеног пре него што је отпослао своје прихватање или извршио коју другу радњу која има значење прихватања – вид. чл. 11 ст. 3 Скице.

57 Н. Јовановић, 60.

58 У енглеском праву у сваком уговору мора да постоји противчинидба/узвратна радња / накнада да би права по основу споразума била утужива. Нема уговора, ако у његовој основи не лежи погодба/нагодба (*bargain*) између уговорника – вид. R. Goode, *Commercial Law*, Penguin Books, London 2004, 68; М. Орлић (1996), 111, Н. Јовановић, 20; значај противчинидбе се може добро разумети из случаја *Combe v. Combe* (1952), случај доступан на сајту Британског и ирског института правних информација (*British and Irish Legal Information Institute*): <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1952/7.html>.

59 J. Cartwright, 102; G. Treitel, 20–21.

60 Н. Јовановић, 60.

61 Скица, чл. 11 ст. 2, 3.

62 Бечка конвенција, чл. 15 ст. 2.

63 Бечка конвенција, чл. 16 ст. 1.

64 UCC, §2–205; Н. Cheeseman, 41; R. Anderson, I. Fox, D. Twomey, *Business Law*, South-Western Publishing Co, Cincinnati 1987, 445.



### 2.3. Престанак понуде збој смрти и понудиоца

У српском праву смрт/престанак понудиоца не доводи до престанка понуде, осим ако је понуда везана за лична својства понудиоца, или је у њој назначено да престаје његовом смрћу, то јест његовим престанком. Након смрти/престанка понудиоца она ће обавезивати његове наследнике – правне следбенике. Исто правило важи и за прихват понуде. У енглеском праву постоји обрнуто правило у овом случају.<sup>65</sup>

## 3. ПРИХВАТ ПОНУДЕ

Прихватам понуде коначно настаје уговор<sup>66</sup> и у нашем и у *common law* систему.

Међутим, постоје три кључне разлике у погледу прихвата понуде: моменат закључења уговора (3.1), опозивост прихвата (3.2) и закључење уговора узастопном разменом понуда (3.3).

### 3.1. Моменат закључења уговора

У српском праву, понуда је прихваћена када понудилац *прими изјаву понуђеној* да прихвата понуду.<sup>67</sup> Понуда је прихваћена и кад понуђени пошаље ствар или плати цену, као и кад учини неку другу радњу<sup>68</sup> која се може сматрати изјавом о прихватању (на основу понуде, праксе утврђене између заинтересованих страна или обичаја).<sup>69</sup>

У енглеском праву моменат прихвата се разликује зависно од тога да ли је понуђени присутан или одсутан. Ако је присутан, уговор је закључен када се прихват *саопшти* понудиоцу<sup>70</sup> (тако је и у српском праву).<sup>71</sup> Ако је понуђени одсутан, прави се разлика зависно од средстава слања прихвата. Ако је у питању средство, којим се изјаве размењују истовремено, уговор је закључен (као у српском праву) у моменту када *прихвати* *сигнали* понудиоцу (теорија пријема). Али, ако се прихват шаље поштом, уговор се сматра закљученим када је прихват *прегај* *пошти* (теорија одашиљања).<sup>72</sup> За раз-

65 G. Treitel, 26, наведено према: Н. Јовановић, 60.

66 У енглеском праву уговор, тј. сагласност воља се нужно састоји од обећања, док је према §1 америчког Зборника правила о уговорима (*Restatement of Contracts/Second*) уговор обећање или скуп обећања за чију повреду право пружа средство или чије испуњење право признаје на неки начин као дужност – вид. М. Орлић (1996), 111.

67 ЗОО, чл. 39 ст. 1.

68 Ћутање понуђеног не значи прихватање понуде, ЗОО чл. 42 ст. 1.

69 ЗОО, чл. 39 ст. 2.

70 Н. Јовановић, 61.

71 Према чл. 40 ст. 1 ЗОО понуда учињена присутном лицу сматра се одбијеном ако није прихваћена без одлагања, изузев ако из околности произлази да понуђеном припада извршан рок за размишљање. Понуда учињена телефоном, телепринтером или непосредном радио-везом сматра се као понуда присутном лицу, вид. чл. 40 ст. 2 ЗОО.

72 Н. Јовановић, 61.

лику од српског права, где ризик губитка писма у пошти сноси понуђени, у енглеском праву тај ризик сноси понудилац.<sup>73</sup>

*Америчко њраво* (као и енглеско) садржи правило да је уговор закључен у моменту када понуђени *пошаље њрихваи* понудиоцу (а не када понудилац прими прихват).<sup>74</sup>

*Бечка конвенција* прихвата теорију пријема у погледу закључења уговора, предвиђајући да прихватање понуде производи правно дејство од тренутка када изјава о сагласности *сѡиине* понудиоцу.<sup>75</sup>

### 3.2. *Опозивање њрихваи*

У *срѡском* праву, прихватање понуде се може опозвати ако понудилац прими изјаву о опозивању пре изјаве о прихватању или најкасније истовремено са њом.<sup>76</sup> Дакле, српско право прихвата теорију пријема.

У *енѡлеском њраву* поводом овог питања постоји правна празнина.<sup>77</sup> Због тога је спорно да ли је опозивање прихвата дозвољено или не. Према једном схватању, опозив прихвата је дозвољен под истим условом као у српском праву – ако опозив стигне понудиоцу пре или најкасније истовремено са прихватом. Према другом схватању, опозив прихвата није дозвољен јер је предајом писма пошти закључен уговор.<sup>78</sup> Чини се да је друго схватање прихватљивије јер ако енглеско право прихвата теорију отпослања, по којој је у моменту када је прихват предат пошти уговор већ закључен, онда се прихват не би могао опозвати, већ само такав уговор раскинути.

### 3.3. *Узасѡојна размена њонуда*

У *срѡском њраву*, ако понуђени изјави да прихвата понуду, али истовремено предложи да се она у нечему измени или допуни, сматра се да је понуду одбио и да је са своје стране учинио нову понуду свом ранијем понудиоцу,<sup>79</sup> тзв. контрапонуду (противпонуду).

Исто правило постоји и у *енѡлеском њраву*. Понуда се може прихватити само у целини, то јест понуђени не може неке делове да прихвати а друге да одбије, а да истовремено не разори и саму понуду.<sup>80</sup> Према правилу „о одразу у огледалу” (*mirror image rule*), прихват понуде мора у свим елементима одговарати понуди. Ако се у прихвату понуде наведу додатни елементи, прихват ће се сматрати контрапонудом (*counteroffer*).<sup>81</sup>

73 Вид. преседан у парници *Household Fire Insurance Co. v. Grant* (1879); случај наведен према: Н. Јовановић, 61.

74 Н. Cheeseman, 420.

75 Бечка конвенција, чл. 18 ст. 2.

76 ЗОО, чл. 39 ст. 3.

77 Н. Јовановић, 62.

78 *Ibid.*

79 ЗОО, чл. 41.

80 М. Орлић (1996), 108.

81 Н. Cheeseman, 420.

Америчко право је у погледу правила *mirror image* либералније од других права система *common law*. Оно дозвољава да се изјава о прихвату третира као прихват понуде, чак и ако садржи неке додатне или измењене елементе,<sup>82</sup> под условом да ти елементи суштински не мењају понуду и да друга страна није ставила никакав приговор разумно време након прегледа изјаве о прихвату.<sup>83</sup> Може се десити да се уговор закључује између (великих) компанија, када свака има своје опште услове понуде/типску понуду (*standard form contract*) и где једна уговорна страна шаље своју типску понуду, а друга јој одговара слањем своје. Таква ситуација се назива „борбом типских понуда” (*battle of forms*)<sup>84</sup> и решава се правилом „последњег ударца” (*last shot*).<sup>85</sup> Сматра се да је уговор закључен по последњој послатој понуди ако је друга страна почела по њој да се понаша, а није послала своју типску противпонуду<sup>86</sup> (на пример, купац је платио цену или предујам продавцу, продавац је послао робу).

Бечка конвенција такође садржи правило о контрапонуди. Одговор на понуду који указује на прихватање, али садржи додатке, ограничења или друге измене, јесте одбијање понуде и представља обратну понуду (контрапонуду – *counter-offer*).<sup>87</sup> Осим тога, Бечка конвенција прихвата правило америчког права које представља одступање од правила „о одразу у огледалу”. Чак и ако у прихвату понуде постоје неки допунски или различити услови који суштински не мењају услове понуде,<sup>88</sup> такав одговор на понуду представља прихватање, изузев ако понудилац без неоправданог одлагања стави усмено приговор на разлике или пошаље обавештење у том смислу. Ако он тако не поступи, уговор је закључен према садржини понуде са изменама, које се налазе у прихватању.<sup>89</sup>

## ЗАКЉУЧАК

У процесу закључења уговора јављају се битне разлике између *common law* и српског права,<sup>90</sup> почев од преговора, у вези са којима постоје разлике и у националним правима система *common law*. Осим тога, битна разлика постоји и у погледу предуговора, који у енглеском праву не обавезује. Када су у питању понуда и прихват понуде, постоји

82 *Ibid.*

83 UCC, §2-207;

84 Н. Cheeseman, 421.

85 Н. Јовановић, 62.

86 G. Treitel, 11.

87 Бечка конвенција, чл. 19 ст. 1.

88 Допунски или различити услови, за које се сматра да суштински мењају услове понуде се, између осталог, односе на цену, плаћање, квалитет и количину робе, место и време испоруке, обим одговорности једне уговорне стране у односу на другу или на решавање спорова – вид. чл. 19 ст. 3 Бечке конвенције.

89 Бечка конвенција, чл. 19 ст. 2.

90 О значају разлика између система *civil law* и *common law* вид. М. Мишковић, 10-12.

већи број разлика између нашег и система *common law*. Посебно је важно имати у виду да су у питању суштинске разлике, које прожимају цео процес закључивања уговора, па стога могу водити потпуно супротним решењима у погледу закључења уговора у односу на наше право. Треба бити свестан ризика, којем се наше компаније излажу, када закључују уговоре са страним компанијама уз примену неког права система *common law* као меродавног, с обзиром на то да постоје знатне разлике између нашег и система *common law*, чије непознавање може водити споровима са негативним исходом по нашу страну.

Маџа Мишковић, МА\*

## FORMATION OF CONTRACT IN THE COMMON LAW SYSTEM

### Summary

*In this Paper the author analyzes the process of formation of contract. The rules, which are considered, are the rules of English law, applicable in England, Wales and Northern Ireland, while Scotland experienced a reception of Roman law, so Scots law is continental law. The national law of the other countries in the common law system derived from English law. In addition, the rules of American law are considered, due to the fact that sometimes the rules of the Uniform Commercial Code (the UCC) are different from the rules of the other countries in the common law system. The author compares the rules of English and American law with the rules of the Serbian Law on Contracts and Torts. Furthermore, all these rules are compared with the rules of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (the CISG), given that this Convention is the most effective instrument of unification of the private law. In some way the CISG presents a compromise, i.e. an attempt to bridge the gap between the civil law and common law systems and to adopt the uniform rules regarding the contracts for the sale of goods. Therefore, many common law rules are incorporated in the CISG, including the rules of formation of contract.*

Key words: *The process of formation of contract. – Negotiations. – Pre-contract. – Offer. – Acceptance.*

---

\* Маџа Мишковић, МА, PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade.

## VODA – LJUDSKO PRAVO ILI KONCESIJA?

### Apstrakt

Voda je jedan od najvažnijih prirodnih resursa na svetu i resurs neophodan za život čoveka. Kako pristup čistoj vodi danas predstavlja veliki problem za mnoge delove sveta, nije iznenađujuće to što je javnost burno reagovala kada je u februaru ove godine Evropski parlament, na predlog i po nacrtu Evropske komisije, doneo direktivu kojom pravo na vodu faktički više nije ljudsko pravo, već se pijaća voda, neophodna za život ljudi, tretira, u pravnom smislu, poput građevinskog zemljišta, tj. kao koncesija. Pravnici širom Evrope smatraju da je time Evropa odstupila od tekovina rimskog prava, po kojem je voda res extra commercium, a Evropska građanska inicijativa „Pravo na vodu” inicirala je peticiju protiv privatizacije vodovoda, u kojoj se iznosi protivljenje deregulaciji vodoprivrede (kako je predloženo u direktivi o uslugama u Evropskoj uniji) i zahteva da Evropska komisija pravo na čistu pitku vodu uvrsti u osnovna ljudska prava. S druge strane, pravnici koji podržavaju ovo rešenje kao argument za takvu odluku Komisije i Evropskog parlamenta navode da je konkurencija preduslov za fer poslovanje i da od nje koristi imaju pre svega potrošači jer će usluge postati bolje i jeftinije.

Ključne reči: Voda. – Koncesija. – Ljudsko pravo. – Evropska unija. – Ujedinjene nacije. – Upravni ugovor. – Evropski komitet. – Evropski parlament. – Privatizacija. – Harmonizacija. – Direktiva. – Res extra commercium. – Transparentnost. – Konkurencija. – Evropska građanska inicijativa. – Javno-privatno partnerstvo. – Javna služba. – Javni interes.

### 1. PRAVO NA VODU SA ASPEKTA MEĐUNARODNOG PRAVA

Pravo na vodu radi zadovoljenja osnovnih ljudskih potreba i potreba u domaćinstvu zaštićeno je međunarodnim propisima kojima se garantuju ljudska prava. Shodno tome, **pravo čoveka na vodu** priznato je u međunarodnom pravu u velikom broju međunarodnih dokumenata. U najvažnije od njih spadaju *Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena* iz 1979. godine<sup>1</sup> i *Konvencija o pravima deteta* iz 1989, dok ostali ugovori npr. *Me-*

\* Andrea Vukoičić, master pravnik, kandidatkinja doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

1 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Art.14 (2), 1979. Dostupno na: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>

*đunarodni pakt o ekonomskim socijalnim i kulturnim pravima*, implicitno priznaju to pravo.

Najjasniju definiciju ljudskog prava na vodu izdao je je Komitet Ujedinjenih nacija o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima 2002. godine izvevši tumačenje da je pristup vodi pravna obaveza svih država članica, kao i uslov za uživanje prava na adekvatan životni standard, ističući da je pravo na vodu neraskidivo vezano za pravo čoveka na najviši mogući nivo sanitarnih uslova, što znači da je ništa drugo do ljudsko pravo.

„Pravo čoveka na vodu garantuje svima pravo na dovoljnu količinu ispravne, fizički dostupne i pristupačne vode za ličnu upotrebu i potrebe u domaćinstvu”, navodi se u Opštem komentaru br. 15 (Pravo na vodu) Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava.<sup>2</sup>

Dakle, pravo na vodu, kao ljudsko pravo, obavezuje vlade država da svojim građanima obezbede uživanje „ispravne i jednako pristupačne vode”, zabranjujući bilo kakav oblik diskriminacije u uživanju tog prava.<sup>3</sup>

Treba istaći da je pristup čistoj vodi veliki problem u mnogim delovima sveta. Podaci Ujedinjenih nacija pokazuju da oko 11% svetske populacije nema pristup funkcionalnim izvorima pitke vode. Pod izvorima, u kontekstu ovih podataka UN, podrazumevaju se cevovodi, javne česme, bunari, zaštićeni izvori i kišnica. Iako je reč o globalnom problemu, u pojedinim delovima sveta on je izraženiji nego u ostalim. Na primer, u Supsaharskoj Africi više od 40% stanovništva živi bez pristupa pitkoj vodi. Prema raspoloživim podacima, približno 900 miliona ljudi u svetu nema pristup čistoj vodi. Ujedinjene nacije ukazuju na to da se ozbiljnost tog problema posebno naglašava u studijama koje „pokazuju na oko 1,5 miliona dece mlađe od pet godina svake godine umire i da je oko 443 miliona školskih dana izgubljeno zbog konzumiranja neispravne vode i drugih bolesti vezanih za loše sanitarne uslove”<sup>4</sup>

Danas su sve države ratifikovale najmanje jednu konvenciju o ljudskim pravima kojom se eksplicitno ili implicitno priznaje pravo čoveka na vodu i potpisale barem jednu političku deklaraciju kojom se priznaje to pravo.

Odluke koje je donela Generalna skupština Ujedinjenih nacija i rezolucija Veća UN za ljudska prava iz 2010. godine utvrđuju ljudsko pravo na pristup vodi i navode da *svaki pojedinac ima pravo na pristup zdravoj pijaćoj vodi u dovoljnoj količini i po razumnoj ceni*. Međutim, pristup vodi u dovoljnoj količini nije problem samo zemalja trećeg sveta. U Evropskoj uniji pristup vodi za piće u „dovoljnoj količini” nije garantovan svima u Rumuniji i Bugarskoj.

2 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 15, The right to water (Twenty-ninth session, 2003), U.N. Doc. E/C.12/2002/11 (2002), reprinted in Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 105 (2003). Dostupno na: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/escgencom15.htm>

3 Ibidem

4 Global Issues at the United Nations.” UN News Center. UN, n.d. Web. 20 Mar. 2014.



Pitanje da li je pravo na vodu zaista ljudsko pravo ili nije našlo se u žiži javnosti nakon što je u Bundestagu u martu 2013. godine većinom glasova nemačkih poslanika izglasan zakon kojim se pravo na vodu izbacuje iz popisa temeljnih ljudskih prava koji su Ujedinjene nacije usvojile nakon Drugog svetskog rata. Mišljenja o ovom postupku su bila oprečna, dok su jedni isticali da je pred snagom liberalnog kapitalizma pala još jedna od civilizacijskih tekovina, drugi su tvrdili da je u pitanju čist medijski senzacionalizam i da potencijalna privatizacija u domenu vodoprivrede ne dira u ljudska prava. U svakom slučaju, ova problematika je opet izbila u prvi plan ove godine, kada je Evropski parlament, na predlog i prema nacrtu Evropske komisije, donela direktivu<sup>5</sup> kojom pravo na vodu faktički više nije ljudsko pravo, već se pijaća voda, neophodna za život ljudi, tretira, u pravnom smislu, poput građevinskog zemljišta, tj. kao koncesija.

## 2. KONCESIJA

### 2.1. Pojam upravnog ugovora

Kada govorimo o upravnim ugovorima, neophodno je razgraničiti dva pojma: ugovori uprave i upravni ugovori. Ugovori uprave su širi pojam koji obuhvata sve vrste ugovora koje sklapa država, tj. organi javne vlasti. Dok je pojam upravnih ugovora uži i pod njim se podrazumevaju samo oni ugovori koji zadovoljavaju tačno određene karakteristike – to su dvostrani pravni akti u kojima jedan subjekt uvek javni subjekat, a njihov cilj je usmeren prema opštem interesu.

Upravni ugovori su na području javnog prava ono što su klasični ugovori na području privatnog prava. Njihova osnovna karakteristika i razlika od klasičnih ugovora je u tome što se zaključuju s ciljem funkcionisanja **javnih službi**. Time se i ostvaruje osnovna funkcija uprave, a to je da uređuje rad službi od javnog interesa.

Shodno tome, upravni ugovor se može definisati kao dvostrani pravni akt koji država ili drugo javnopravno telo sklapa s privatnopravnom licem (fizičkim ili pravnim), kojim se ostvaruju određeni **javni interesi**, a na koje se primenjuju posebne, javnopravne norme, u određenoj meri različite od normi privatnog prava.<sup>6</sup>

Koncepcija upravnih ugovora razvila se iz koncepcije upravnih ugovora u pravu građanskih država na evropskom kontinentu krajem 19. i početkom

5 Directive 2014/23/eu of the european parliament and of the council Dostupno na: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.094.01.0001.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.094.01.0001.01.ENG) i Direktiva 2014/25/eu europskog parlamenta i vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ, čl. 2–7 Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0025&from=EN>

6 Dr sc. Damir Aviani, „Posebnosti upravnih ugovora i njihove sudske kontrole u hrvatskom pravu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 50, 2/2013, str. 352.

20. veka, kada su se u tim državama javnopravna tela podvrgavala strogom načelu legaliteta kojim se ograničavalo njihovo slobodno delovanje i onda kada su ugovorima osiguravali zadovoljenje javne potrebe.

U francuskoj teoriji upravnog prava i praksi francuskog Državnog saveta izdvojile su se tri temeljne karakteristike upravnih ugovora:

1. **sa aspekta subjekata ugovora** – jedna strana je uvek javnopravni subjekat: država, jedinica regionalne ili lokalne samouprave i njihovi organi, ali isto tako i pravna lica koja se u celosti ili u određenom značajnijem delu finansiraju iz državnog budžeta ili drugog javnog budžeta;
2. **sa aspekta cilja i svrhe radi kojih se ugovor zaključuje** namera da se sklapanjem takvog ugovora ostvari određeni javni interes, koji se svodi na zadovoljenje određenih javnih potreba. Na primer, poveravanje izgradnje određenog objekta za javne potrebe (škole, bolnice, putevi), ili pružanje određenih javnih usluga kao što je gradski prevoz, ili dodeljivanje nekog javnog dobra na korišćenje privatnom subjektu, ili ugovaranje javne nabavke i sl.;
3. **sa aspekta posebnih pravila koja važe pri zaključivanju i izvršavanju ovih ugovora** – određena pitanja su uređena normama javnog prava, dakle upravni ugovori se u drugačijem pravnom režimu od ugovora privatnog prava. *Singh* ovo opravdava tezom da, kada bi se strankama upravnog ugovora dopustila ista sloboda koju imaju stranke ugovora privatnog prava, „spontano bi moglo doći do komercijalizacije javnih delatnosti”.<sup>7</sup> Upravo je to razlog zbog kojeg je neophodno uspostaviti određena ograničenja u upravnim ugovorima. Ta ograničenja izlaze u prvi plan tek kada je upravni ugovor zaključen. Pre zaključivanja ugovora, ugovorne strane su potpuno ravnopravne, pošto državna uprava ne može nikoga prisiliti da zaključi upravni ugovor. Međutim, od momenta kada je ugovor zaključen, može se uočiti njegov javnopravni karakter u smislu da dolazi do promene situacije i da je svrha obavljanje javne službe.

Iako se upravni ugovori u zakonodavstvu Srbije, ako izuzmemo aktuelni Nacrt zakona o upravnom postupku Republike Srbije, ne spominju eksplicitno, to ne znači da oni ne postoje, već latentno egzistiraju u formulacijama drugih zakona. Uzmimo primer Zakona o javnim službama u kojem se kaže: „Kad Republika, autonomna pokrajina, grad ili opština poveravaju vršenje delatnosti drugim pravnim i fizičkim licima, njihova međusobna prava i obveze uređuju se **ugovorom**.” Dakle, iako se to izričito ne spominje, možemo da zaključimo da je reč o upravnim ugovorima. Takođe, Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama Republike Srbije iz 2011. uređuje i sklapanje ugovora između Vlade Srbije i koncesionara, što Vlada radi u ime i za račun Republike. Tim zakonom rešava se i nadležnost sudova u slučaju spora povodom tog ugovora, a to je vrlo bitno pitanje jer kod nas ne postoji vr-

7 Singh, Mahendra P., *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Springer, Berlin 2002, str. 97.

hovni upravni sud.<sup>8</sup> Koncesija predstavlja dozvolu javne vlasti koja se daje pravnim ili fizičkim licima, domaćim ili inostranim, za obavljanje određene delatnosti po unapred propisanim uslovima.

Aktuelni Nacrt zakona o upravnom postupku Republike Srbije uvodi kategoriju upravnih ugovora kao „novu kategoriju upravnih aktivnosti u upravnom pravu Srbije (čl. 29–35). On bi trebalo da doprinese komfornosti i delotvornosti uređivanja pojedinih javnopravnih odnosa. Kao dvostrani pravni akt, sporazum sklopljen u upravnoj stvari između organa i stranke, **upravni ugovor** se pre svega vezuje za poslove **koncesija**, oblast javno-privatnog partnerstva i javnih službi, ali može posebnim zakonom biti predviđen kao pravni instrument i u drugim oblastima (član 29)“<sup>9</sup>, kako se ističe u Obrazloženju nacrta ZUP-a, gde se upravni ugovor definiše kao „dvostrani akt koji se zaključuje između organa i stranke i kojim se uspostavlja, menja ili ukida konkretan pravni odnos u upravnoj stvari“<sup>10</sup>. Kao osnovna zamerka takvom pravnom regulisanju upravnih ugovora navodi se činjenica da je Zakon o upravnom postupku po svojoj pravnoj prirodi procesni zakon koji reguliše odgovarajuće upravne procedure, a ne materijalni zakon kojim se uvode nove pravne kategorije.<sup>11</sup>

## 2.2. Pojam koncesije

Pojam koncesije u pravu upotrebljava se već više od jednog veka. Tokom vremena značenje tog pojma se menjalo. U doba feudalizma koncesijom se označavala privilegija, a kasnije je ovaj pojam poprimio šire značenje i obuhvatao sve slučajeve preduzetničkih, tj. zanatskih dozvola. U 20. veku značenje ovog pojma ograničeno je na klasično ustupanje nekog prava od strane javne vlasti, tj. države, određenom fizičkom ili pravnom licu.<sup>12</sup>

Koncesija je pravni posao koji se ostvaruje između davaoca koncesije – koncedenta, i primaoca koncesije – koncesionara, sa ciljem da se ostvari veći stepen efikasnosti u eksploataciji predmeta ugovora o koncesiji. On je dvojak i odnosi se na iskorišćavanje prirodnih bogastava, odnosno dobara u opštoj upotrebi, ili delatnosti javnih službi, a realizuje se zaključivanjem ugovora o koncesiji, koji predstavlja formalan i dvostrano obavezan sporazum.

8 Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, Sl. glasnik RS, br. 88/2011. Dostupno na: [http://www.paragraf.rs/propisi/zakon\\_o\\_javno\\_privatnom\\_partnerstvu\\_i\\_koncesijama.html](http://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_javno_privatnom_partnerstvu_i_koncesijama.html)

9 Obrazloženje Nacrta zakona o opštem upravnom postupku, str. 4. Dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

10 Ministarstvo za pravosuđe i državnu upravu, Nacrt zakona o opštem upravnom postupku i Obrazloženje Nacrta zakona o opštem upravnom postupku. Dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

11 Stevan Lilić, „Kontroverze u vezi sa novom radnom verzijom Nacrta zakona o opštem upravnom postupku Srbije (u kontekstu evropskih integracija)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2013, str. 24.

12 Mr sc. Marko Šikić, dipl. iur. Frane Staničić, „Pravna narav ugovora o koncesiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 48 (2011), broj 2 (100). Dostupno na: <http://www.pravst.hr/zbornik.php?p=33&s=291>

Koncesija u Republici Srbiji se daje na rok čija je gornja granica utvrđena na 30 godina. Osnovni vid prestanka koncesionog odnosa jeste istek roka na koji je ugovor o koncesiji zaključen. Koncesioni odnos prestaje i usled otkupa koncesije, uz isplatu tržišne nadoknade koncesionaru ili oduzimanjem koncesije zbog neobavljanja koncesione delatnosti, neispunjavanja ugovornih obaveza koncesionara, ugrožavanjem životne sredine ili interesa bezbednosti.

U članu 10. *Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama* pojam koncesije se definiše kao „ugovorno javno-privatno partnerstvo sa elementima koncesije u kome je javnim ugovorom uređeno komercijalno korišćenje prirodnog bogatstva, odnosno dobra u opštoj upotrebi koja su u javnoj svojini ili obavljanja delatnosti od opšteg interesa, koje nadležno javno telo ustupa domaćem ili stranom licu, na određeno vreme, pod posebno propisanim uslovima, uz plaćanje koncesione naknade od strane privatnog, odnosno javnog partnera, pri čemu privatni partner snosi rizik vezan za komercijalno korišćenje predmeta koncesije.

Koncesija za javne radove, u smislu ovog zakona je ugovorni odnos istovetan ugovoru o javnoj nabavci kojim se vrši nabavka radova u skladu sa zakonom kojim se uređuju javne nabavke, osim činjenice da se naknada za javne radove sastoji ili od samog prava na komercijalno korišćenje izvedenih radova ili od tog prava zajedno sa plaćanjem.

Koncesija za usluge, u smislu ovog zakona je ugovorni odnos istovetan ugovoru o javnoj nabavci usluga u skladu sa zakonom kojim se uređuju javne nabavke, ako se naknada za pružene usluge sastoji ili od samog prava na komercijalno korišćenje, odnosno pružanje usluga ili od tog prava zajedno sa plaćanjem.”<sup>13</sup>

U članu 11. istog zakona ističe se da se koncesija može dati radi komercijalnog korišćenja prirodnog bogatstva, odnosno dobra u opštoj upotrebi koja su u javnoj svojini ili obavljanja delatnosti od opšteg interesa, a naročito: za istraživanje i eksploataciju mineralnih sirovina i drugih geoloških resursa; za pojedine delatnosti u zaštićenim područjima prirode, i za korišćenje drugih zaštićenih prirodnih bogatstava; u oblasti energetike; za luke; za javne puteve; za javni prevoz; za aerodrome; u oblasti sporta i obrazovanja; na kulturnim dobrima; za komunalne delatnosti; u oblasti železnica; za komercijalno korišćenje žičara; u oblasti zdravstva; u oblasti turizma i u drugim oblastima.

### 3. PRAVNI POLOŽAJ VODE U EVROPSKOJ UNIJI

#### 3.1. *Kontroverze u vezi sa Nacrtom direktive o koncesijama u Evropskoj uniji*

Krajem 2011. godine Evropska komisija je definisala propise kojima je predviđen zaokret u politici dodeljivanja koncesija na nivou Evropske unije, što je trebalo da dovede do usklađivanja pravila svih članica. Tim propisima je predviđeno da vodosnabdevanje bude samo još jedan u nizu sektora.

13 Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, „Sl. glasnik RS“, br. 88/2011. Dostupno na: [http://www.paragraf.rs/propisi/zakon\\_o\\_javno\\_privatnom\\_partnerstvu\\_i\\_koncesijama.html](http://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_javno_privatnom_partnerstvu_i_koncesijama.html)

Najgori mogući scenario koji da bi nova pravila Evropske unije mogla da izazovu jeste prinudna privatizacija.

Mišljenja o ovom pitanju su podeljena. Evropska komisija i *AquaFed*<sup>14</sup> oštro su osudili Evropsku građansku inicijativu „*Voda je ljudsko pravo*”, istakavši da nisu dobro protumačili odredbe tzv. Nacrta direktive o koncesijama. Iz Evropske komisije poručuju da se koncesije za vodu u Nacrtu direktive nigde izričito ne spominju, te da shodno tome nacionalne, regionalne ili lokalne vlasti i dalje mogu odlučivati o tome za koje sektore žele da dodele koncesije, a za koje ne. Kako se ističe, osnovni cilj Direktive jeste da osigura jasnoću pravnog okvira za dodelu koncesija i jasno definiše opseg tog okvira. To bi trebalo da doprinese povećanju pravne sigurnosti, transparentnosti i ravnopravnosti jer se u predlogu predviđa da je obavezno da se u *Službenom listu EU* objavljuje tender za dodelu ugovora o koncesiji čija je vrednost jednaka ili veća od 5 miliona evra. Međutim, to nije umirilo građane Evropske unije, što je *AquaFed* navelo da juna 2013. izda zvanično saopštenje za štampu u kome navodi da je Nacrtom direktive o koncesijama Evropska komisija pokušala da unapredi transparentnost u pružanju javnih servisa od opšteg ekonomskog značaja, kako bi osigurala jednakost za operatere tih servisa i kako bi unapredila pravnu sigurnost lokalnim samoupravama koje žele da uđu u javno-privatno partnerski ugovor. Početni Nacrt direktive koji je predložio komesar *Barnier* obezbeđuje proceduralni vodič za lokalne vlasti, ako i kad, odluče da sklope javno-privatno partnerstvo sa spoljnim saradnikom. I to ne stvara nikakvu pravnu obavezu za vlasti da povere svoje javne servise spoljnim saradnicima, ističe *AquaFed*.<sup>15</sup>

Međutim, u junu 2013. godine, uprkos ranijim izjavama i dokazivanju da buduća direktiva nema nikakve veze sa privatizacijom u domenu vodosnabdevanja, komesar *Barnier* je izjavio da je voljan da isključi sektor vodosnabdevanja sa liste sektora koje će biti ubuduće obuhvaćeni direktivom. *AquaFed* kao internacionalna federacija privatnih vodooperatera, koja obuhvata oko 300 vodovodnih preduzeća, našla se direktno pogođena tom izjavom, naglasivši da će isključivanje sektora vodoprivrede iz okvira direktive značajno umanjiti svrsishodnost nje same i da ide na štetu interesa građana Evropske unije. Osim toga, *AquaFed* je ukazao na to da trenutno postoji oko 12.000 javno-privatnih partnerstava čiji je predmet ugovora ili vodosnabdevanje ili odlaganje otpadnih voda i da su skopljena, ni manje ni više, nego u formi koncesije po propisima Evropske unije. Svoju izjavu komesar je opravdao time da je rešio da udovolji potpisnicima Evropske građanske inicijative „*Voda je ljudsko pravo*”, istakavši da potpisnike tretira kao reprezentativne predstavnike svih građana Evropske unije. Međutim, *AquaFed* smatra da je ta izjava preuranjena jer relevantne službe Evropske komisije još uvek nisu dobile inicijativu u formalnom obliku, niti je o njoj raspravljano u Evropskom parlamentu. Uz to ukazuje i na činjenicu da je oko 80% potpisnika inicijative

14 *AquaFed* – International Federation of Private Water Operators.

15 Opširnije na: <http://pr.euractiv.com/pr/concessions-directive-european-commissioner-renounces-transparency-and-equity-public-water>

(njih oko 1,3 miliona) iz Nemačke, dok su građani iz drugih evropskih država mnogo više izloženi mogućnosti privatizacije javne vodoprivrede, na primer, Engleska, Španija, Francuska i Češka, a nezainteresovani su za inicijativu. Shodno tome *AquaFed* smatra da je čitava inicijativa pokrenuta od nemačkog lobija koji se ne može smatrati reprezentativnim za sve evropske građane niti opravdava isključivanje vodosnabdevanja iz direktive. Međutim, da nije reč o lobiju, govori činjenica da je samo tri meseca ranije, odnosno u martu 2013. u Bundestagu većina poslanika u nemačkom parlamentu podigla ruku i glasala za zakon kojim se pravo na vodu skida sa popisa osnovnih ljudskih prava. Konkretno, 299 poslanika u Bundestagu smatra da voda nije ljudsko pravo i glasalo je za prodaju vode korporacijama, 75 nije glasalo, 124 poslanika su ostala uzdržano, dok je samo 122 poslanika glasalo protiv privatizacije vode.

### *3.2. Direktiva Evropskog parlamenta i Veća Evropske unije o nabavci subjekata koji posluju u sektoru vodoprivrede, energetike i transporta i sektoru poštanskih usluga*

Evropski parlament i Veće Evropske unije donelo je, 26. februara 2014. godine, Direktivu 2014/25/eu Evropskog parlamenta i Veća o nabavci subjekata koji posluju u sektoru vodoprivrede, energetike i transporta, te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ.

Usvajanjem te direktive, nisu ispunjena obećanja data potpisnicima Evropske građanske inicijative, a Evropski parlament je potvrdio čvrst stav koji je od početka promovisala Evropska komisija.

U tački 2. obrazloženja Direktive kaže se: „*Kako bi se osigurala tržišna utakmica pri nabavci koju sprovode subjekti koji deluju u sektoru vodoprivrede, energetike i transportnom sektoru, te sektoru poštanskih usluga, potrebno je sastaviti propise za usklađivanje postupaka nabavke, s obzirom na ugovore iznad određene vrednosti. Takvo je usklađivanje potrebno kako bi se osigurao učinak načela Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU), a pogotovo slobodno kretanje robe, sloboda poslovnog nastanjivanja, te sloboda pružanja usluga te načela koja iz toga proizlaze poput načela jednakog postupanja, zabrane diskriminacije, međusobnog priznavanja, proporcionalnosti i transparentnosti. S obzirom na prirodu sektora na koje se to odnosi, usklađivanje postupaka nabavka na svim razinama Unije trebalo bi uspostaviti okvir za dobru trgovinsku praksu i omogućiti maksimalnu fleksibilnost uz istodobno osiguranje primene tih principa.*”<sup>16</sup>

*Kao kompromisno rešenje ostavlja se sloboda izbora državama članicama u tački 7. Obrazloženja, u kojoj se navodi da ništa u ovoj direktivi ne obavezuje države članice da „dodele ugovore ili eksternaliziraju usluge koje ne žele da daju ili organizuju ih na načine koji ne uključuju realizaciju kupovine u smislu ove Direktive. Pružanje usluga na temelju zakona, propisa ili ugovora o radu ne bi trebalo biti obuhvaćeno. U nekim državama članicama to može,*

16 Direktiva 2014/25/eu Evropskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ, čl. 2–7. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0025&from=EN>



na primer, biti slučaj pružanja određenih usluga zajednici, poput snabdevanja pitkom vodom.”<sup>17</sup>

Međutim, ni ovako data mogućnost izbora nije umirila u potpunosti javnost Evropske unije, koji smatraju da izostavljanjem da se sektor vodosnabdevanja izričito isključi iz Direktive, otvara mogućnost da privatizacije uđe u ovaj sektor na „zadnja vrata”. Shodno tome, pojedini autori ističu da se iza inicijative o privatizaciji vodovoda ne nalaze potrebe građana već interesi diskretnih i moćnih lobija kojima je jedini cilj profit. Takođe, ovi autori smatraju da je vreme krize obojeno neoliberalnom logikom „sve je na prodaju” i da je upravo rukovođenje tom logikom navelo Evropsku komisiju i Parlament na ideju da dozvoli privatizaciju vodovoda u zemljama Evropske unije, ne bi li prebrodila trenutnu ekonomsku krizu i popunila budžetske deficite, tvrdeći da je sasvim opravdano da se i voda, iako najvažniji prirodni resurs, nađe na slobodnom tržištu. S druge strane, autori koji podržavaju ovo rešenje kao argument za takvu odluku Evropske komisije i parlamenta navode da je konkurencija preduslov za fer poslovanje i od nje koristi imaju pre svega potrošači jer će usluge postati bolje i jeftinije.

To rešenje je na nivou Evropske unije naišlo na veliko negodovanje među građanima, pogotovo u Nemačkoj. Pri tome treba imati na umu da je vodoprivreda u većini opština u Nemačkoj u potpunosti u javnom sektoru. Istovremeno je već privatizovana elektroprivreda, a u nekim gradovima i javni prevoz. Shodno tome, ideja da se voda nađe u rukama privatnika nije naišla na odobravanje u mnogim nemačkim opštinama, koje su na organizovanim protestima zahtevale pravo na samoupravljanje i ograničavanje uticaja Evropske komisije, ističući da vodoprivreda mora biti prilagođena regionalnim uslovima.

Evropska građanska inicijativa „Pravo na vodu” (*Right2Water*) inicirala je peticiju protiv privatizacije vodovoda, koja je i dalje aktuelna, a čija je osnovna sadržina protivljenje deregulaciji vodoprivrede (kako je predloženo u Direktivi o uslugama u Evropskoj uniji) i zahtev da Evropska komisija pravo na čistu pitku vodu uvrsti u osnovna ljudska prava. Kao pravna osnova uzima se Opšta deklaracija o ljudskim pravima, koja je usvojena i proglašena 10. decembra 1948. godine na Opštoj skupštini Ujedinjenih nacija i sadrži samo 30 članova, ali nijedan koji govori o pravu na vodu, te se u pokrenutoj peticiji zahteva uvođenje člana 31. i glasi: „Svako ima pravo na čistu vodu i pristup vodi, dovoljnu za zdravlje i dobrobit pojedinca i porodice i niko ne sme biti lišen takvog pristupa ili kvalitete vode zbog individualne ekonomske okolnosti.”

U prilog zahtevu da se zabrani privatizacija vodovoda idu negativna iskustva Grenobla i Potsdama, koji su raskinuli privatizacione ugovore sa kompanijama koje su kupile njihove vodovode, jer je kvalitet vode i usluga bio izuzetno nizak – navodi se u nemačkom nedeljniku *Süddeutsche Zeitung*. Pravnici širom Evrope, kako piše taj nedeljnik, smatraju da je time Evropa odstupila od tekovina rimskog prava, po kojem je voda „*res extra commercium*” iliti „dobro koje ne može biti komercijalizovano”.

Pošto gotovo svi pravni sistemi država članica Evropske unije (izuzimajući Veliku Britaniju i Republiku Irsku, čiji su pravni sistemi zasnovani na

17 *Ibidem*.

precedentnom pravu) zasnovani na pravnim tekovinama rimskog prava, odnosno glavni koncepti potiču od *Corpus iuris civilis*, tj. Justinijanove kodifikacije tadašnjeg rimskog prava na koju su se u sledećih 1.500 godina nadovezale institucije crkvenog prava, lokalnih običaja i pravnih teorija u zapadnoj Evropi,<sup>18</sup> trebalo bi se podsetiti da je u rimskom pravu *res in commercio* predmet privatnog prava, odnosno to su stvari koje mogu biti predmet pravnih poslova, pa time i privatnog vlasništva, dok je *res extra commercium* predmet javnog prava, odnosno to su stvari koje zbog svojih pravnih ili fizičkih svojstava ne mogu biti predmet privatnog vlasništva ili pravnih poslova. Voda spada u veliku grupu *res extra commercium humani iuris* tj. stvari koje su izuzete iz pravnog prometa „ljudskim zakonima” jer su zajedničke svom ljudima i tu spadaju voda, vazduh, more i obala (ova podgrupa se konkretno naziva *res communes*).<sup>19</sup>

### 3.3. Posledice i loša iskustva privatizacije vodovoda

Kao moguće posledice usvojenog predloga Evropske komisije da privatizuje vodosnabdevanje na nivou cele Evropske unije, prof. Goran Jurišić ističe poskupljenje pitke vode za 100, 200 ili 300 posto, a ne fer poslovanje i bolje i jeftinije usluge. On takođe ističe da je sledeći korak Evropske komisije, nakon privatizacije vodoprivrede, uvođenje poreza na vazduh koji će se naplaćivati od poreznih obveznika i prelivati u džepove velikih privatnih firmi koje će jedine dobiti licencu za pravo izgradnje postrojenja za „pročišćenje vazduha”. On ukazuje na to da jedno negiranje Povelje o ljudskim pravima Ujedinjenih nacija otvara drugo.<sup>20</sup>

18 Zajednički naziv za pravne sisteme koji se temelje na institucijama nekadašnjeg rimskog prava jeste kontinentalno pravo ili civilno pravo. A njihova glavna karakteristika je da svoj izvor imaju u pisanim zakonima i kodifikacijama nauštrb sudske prakse i presedana. Ernest Metzger, *Roman Law Resources*, University of Glasgow School of Law. Dostupno na: <http://www.iuscivile.com/>

19 Vidi: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/extra%20commercium> i Žika Bujuklić, *Forum Romanum – rimska država, pravo, religija i mitovi*, Dosije, Beograd 2005, str. 198–199, 458.

20 „Tako smo od vica o porezu na zrak došli do naše stvarnosti, da će porez na zrak zaista biti uveden. Tko pak ne bude plaćao porez na zrak, zna se, ide u zatvor, što u policijskoj državi EU neće biti problem provesti, jer, kao što znamo, zakoni se moraju poštivati... Uvođenjem poreza na zrak, i privatizacija javne vodoopskrbe, na tragu je provođenja Agende 21 u suradnji s krupnim kapitalom. Za ljude, koji moraju piti vodu, i udisati zrak, kako bi živjeli, život će postati pakao na Zemlji, jer će postat robovi ovisni o svojim gospodarima. Kad se k tome doda plan svjetske elite o čipiranju ljudi (koji se provodi od 2012. godine), onda je novi koncentracijski logor, čije će se granice poklapati s vanjskim granicama EU, isprogramiran matematičkom tačnošću. Uostalom, primjera da je cijela umjetna tvorevina ujedno i logor imamo u povijesti: Sovjetski Savez. Zar nije i SSSR imao ‘komesare’ kao i EU? Očito se boljševički obrazac sviđa EU-birokratima u Bruxellesu koji su marionete finansijske elite. Njemačka kancelarka Merkel, na čijem području vlasti će se porez na zrak prvo i uvesti, zalaže se, inače, za još veću centralizaciju vlasti u EU, i prenošenje daljnjih nacionalnih prava na komesare u Bruxellesu, naravno, bez referenduma. Pri tome će se racionalizirati centralizacija na način ukidanja komesarskih mjesta u Europskoj komisiji, tako da neće svaka članica EU imati po jednog komesara.” Dostupno na:

Vodoprivreda je u ovom trenutku treća industrijska grana u svetu, iza nafte i elektroprivrede. Shodno tome, opravdana je sumnja građana Evropske unije da će želja za profitom kompanija kojima budu dodeljene koncesije ići na štetu kvaliteta i cene usluge vodosnabdevanja.

„Gde god je vodosnabdevanje u Evropi privatizovano, građani su imali loša iskustva”, navodi izvršni direktor Udruženja komunalnih preduzeća u Nemačkoj Hans-Joachim Rek, koji smatra da će održavanje higijenskih standarda usled privatizacije vodovodnog sektora biti narušeno i navodi primer Pariza, u kojem je upravo zbog kvaliteta vode vodoprivreda ponovo deo javnog sektora.<sup>21</sup> Međutim, Rek nije usamljen u svom stavu. I ekspert u vodoprivredi Matijas Ladšteter takođe je istakao ne vidi logiku u novim pravilima u dodeljivanju koncesija. On je naveo primer Berlina, gde je krajem devedesetih privatizovan jedan deo sektora. Ali umesto nižih cena, nakon privatizacije, cene u glavnom gradu Nemačke konstantno su rasle. „Do današnjeg dana usluge u tom sektoru poskupele su za više od 30 odsto. Od toga najmanje od šest do 10 odsto predstavlja čist profit od privatizacije, od koje u vodoprivredi Berlina nije ostalo ništa. Umesto da vode računaju o infrastrukturi vodovoda, preduzeća su brinula o profitu. S druge strane, opštine nisu fokusirane na zaradu, one nemaju drugi interes nego da vode računaju o potrebama svojih građana”, izjavio je Ladšteter za *Deutsche Welle*. Slično je prošla i Budimpešta gde su nakon privatizacije vodovoda cene samo rasle, a kvalitet usluge padao. Kako bi se normalizovalo vodosnabdevanje grad je morao da otkupi vodovod od privatnika po tri puta većoj ceni od one koju je grad dobio od privatizacije. Sukob interesa vlasnika privatnih kompanija koji su ušli u to sa namerom da ostvare što veći profit i građana koji su bili suočeni sa visokim cenama vode, monopolom, nebrigom o infrastrukturi najveće razmere poprimio je u Londonu gde je oko 40 odsto obrađene vode završavalo u zemljištu, jer preduzeće nije htelo da investira u zamenu vodovodnih cevi.

### 3.4. Inicijativa za priznavanje vode kao ljudskog prava

Prateći ideju većeg učešća građana i neposredne demokratije u EU svoje mesto u Ustavnom ugovoru našla je ECI<sup>22</sup> (*European Citizen's Initiative* ili ti Evropska građanska inicijativa), čime je prvi put pronađen način za tran-

---

transformacijasvijesti.com/ manipulacije /sumrak-covjecanstva-bundestag-izglasao-da-pravo-na-vodu-nije-ljudsko-pravo. Piše: prof. Goran Jurišić (tinolovka.news)

21 Vidi: <http://www.dw.de/privatizacija-vode/a-16607183>

22 Član I-47 (4) Predloga ugovora kojim se stvara Ustav Evropske unije: „Inicijativu Komisiji može podneti ne manje od milion građana/ki koji su državljani znatnog broja država članica, i tim putem tražiti od Komisije da u okviru svojih nadležnosti napravi odgovarajući predlog u vezi sa pitanjem za koje građani/ke smatraju da je neophodno donošenje pravnog akta kako bi se primenili ugovori.” Evropskim zakonima će biti određene mere za procedure i uslovi za takve građanske inicijative uključujući i to šta predstavlja neophodan minimum država iz kojih građani treba da potiču. Detaljno na: [http://europa.eu/geninfo/query/resultaction.jsp?SMODE=2&ResultCount=10&Collection=EuropaFull&Collection=Europa SL&Collection=EuropaPR&ResultMaxDocs=200&qtype=simple&DefaultLG=en&ResultTemplate=%2Fresult\\_en.jsp&page=1&QueryText=constitution&y=0&x=0](http://europa.eu/geninfo/query/resultaction.jsp?SMODE=2&ResultCount=10&Collection=EuropaFull&Collection=Europa SL&Collection=EuropaPR&ResultMaxDocs=200&qtype=simple&DefaultLG=en&ResultTemplate=%2Fresult_en.jsp&page=1&QueryText=constitution&y=0&x=0)

snacionalno učešće u neposrednoj demokratiji. Ideja je da se građanstvu EU dâ veći uticaj nad politikom EU i istovremeno održi balans između njenih institucija – posebno monopol koji Evropska komisija ima nad zakonskim inicijativama.

ECI je obavezujući u tom smislu da, kada se određena inicijativa proceni kao prihvatljiva, Komisija mora da preduzme zakonodavne mere. Ipak, Komisija nije obavezna da originalan, nepromenjeni tekst inicijative prosledi drugim institucijama. ECI inicijative mogu da predlože promenu Ustava/Sporazuma, ali, da bi stvar bila jasna, to mora da bude eksplicitno navedeno u zakonu/regulativi koja se bavi implementacijom te promene. Institucije zajedničke spoljne i bezbednosne politike takođe imaju pravo da utiču na predloge ECI.<sup>23</sup>

Prva uspešna u praksi Evropska građanska inicijativa jeste upravo inicijativa „Pravo na vodu” (*Right2Water*) koja je sad prikupila preko 1.884.790 potpisa. Oni ističu da je voda ljudsko pravo, a ne udobnost i pozivaju Evropsku komisiju da predloži implementaciju propisa kojim se priznaje pravo na vodu i sanitarne uslove kao ljudsko pravo, što su Ujedinjene nacije već priznale. U inicijativi „Pravo na vodu” iznose se sledeći opšti zahtevi:

1. da se institucije EU i države članice obavežu da će svojim stanovnicima obezbediti uživanje prava na vodu i sanitarne uslove;
2. da vodosnabdevanje i upravljanje vodenim resursima ne bude podvrgnuto pravilima međunarodnog tržišta i da usluge vodosnabdevanja budu isključene iz procesa liberizacije;
3. da EU uloži dodatne napore i postigne univerzalni pristup vodi i sanitarnim uslovima.

Kao odgovor na Evropsku građansku inicijativu „Voda je ljudsko pravo”, Evropska komisija je 3. novembra 2014. saopštila da će radi pronalazjenja načina kako da obezbedi što kvalitetniju uslugu snabdevanja vodom građana Evropske unije postaviti „kriterijume vrednovanja” tzv. „benchmarking”<sup>24</sup> i rukovoditi se njima u daljem radu. Tom saopštenju prethodio je sastanak 9. septembra 2014. gde je udruženje građana „Pravo na vodu” pozvan kao organizator Evropske građanske inicijative da objasne svoje ideje i predloge kako tzv. „benchmarking”<sup>25</sup> može pomoći u poboljšanju kvaliteta usluga snabdevanja vodom u Evropi. Predstavnici inicijative „Pravo na vodu” na održanom

23 Detaljnije na: [http://www.uticaj.rs/evropska\\_gradjanska\\_inicijativa](http://www.uticaj.rs/evropska_gradjanska_inicijativa)

24 „Benchmarking je kontinuelan proces mjerenja proizvoda, usluga i praksi prema najžilavijim konkurentima ili onim kompanijama koje smatramo industrijskim liderima”. Camp, Robert C. (1989), *Benchmarking: The Search for Industry Best Practices that lead to Superior Performance*, ASQC Quality Press and Quality Resources, str. 3.

25 „Benchmarking je kontinuirani proces identifikacije, razumijevanja i prilagođavanja proizvoda, usluga, opreme i postupaka kompanije s najboljom praksom u cilju poboljšanja vlastitog poslovanja. Ovaj proces u sebi uključuje:

- upoređivanje kompanije i njenih dijelova s najboljima, ne ograničavajući se na istu djelatnost ni istu zemlju gdje se djelatnost obavlja;
- upoređivanje proizvoda i drugih aktivnosti kompanije s odgovarajućim aktivnostima drugih kompanija iste djelatnosti, kako bi se definisali najbolji;

sastanku istakli su da je vrednovanje samo jedna od mera koju su predložili kako bi se postigla implementacija i ostvarenje ljudskog prava na vodu. A kriterijumi kojima bi trebalo da se meri ova realizacija jesu dostupnost, pristupačnost, raspoloživost i prihvatljivost usluga vodosnabdevanja. Pri tome se ističe da osnovni kriterijum vrednovanja ne može biti puko poređenje cena, već kvalitet, održivost i zadovoljstvo kupaca.

## UMESTO ZAKLJUČKA – UTICAJ DIREKTIVE EVROPSKE KOMISIJE PREMA KOJOJ VODA FAKTIČKI VIŠE NIJE LJUDSKO PRAVO NA SRBIJU

Direktiva Evropske komisije kojom voda faktički više nije ljudsko pravo već koncesija uzdrmla je građanstvo u Evropskoj uniji. Javnost je dodatno uzburkala činjenica da je odbijena rezolucija pokreta *Zelenih* u kojoj se traži da se ova direktiva zabrani u Nemačkoj. Takođe, u Hrvatskoj tretiranje vode u pravnom smislu, poput građevinskog zemljišta, nije naišlo na šire odobravanje u javnosti, uz obrazloženje da se zanemaruje činjenica da je reč o prirodnom dobru neophodnom za život.

Kako Srbija nastoji da u što skorijem roku postane punopravni član Evropske unije, ne može ostati imuna na tu problematiku. Svaka država kandidat pre ostvarivanja svog članstva u Evropskoj uniji dužna je da harmonizuje svoj pravni poredak sa *acquis communautaire*<sup>26</sup>, odnosno pravnim tekovinama Evropske unije.

- 
- kompariranje proizvoda i usluga kompanije s proizvodima i uslugama konkurenata koji imaju vodeće rezultate;
  - upoređivanje tehničkih rešenja kompanije u cilju izbora najbolje opreme za specifične primjene;
  - primjena najbolje definisanog poslovnog procesa;
  - planiranje budućih pravaca razvoja i aktivno prilagođavanje novim trendovima;
  - zadovoljenje i nadmašivanje potrošačkih očekivanja.”

Harrington, H. J., Harrington, J. S., *High Performance Benchmarking: 20 steps to success*, McGraw-Hill, 1996, str. 15.

26 *Acquis communautaire* je podeljen na 35 poglavlja:

1. Slobodno kretanje robe,
2. Slobodno kretanje radnika,
3. Pravo osnivanja preduzeća i sloboda pružanja usluga,
4. Slobodno kretanje kapitala,
5. Javne nabavke,
6. Pravo privrednih društava (kompanijsko pravo),
7. Pravo intelektualne svojine,
8. Politika konkurencije,
9. Finansijske usluge,
10. Informaciono društvo i mediji,
11. Poljoprivreda i ruralni razvoj,
12. Sigurnost hrane, veterinarska i fitosanitarna politika,
13. Ribarstvo,

*Srbija je stekla status kandidata za članstvo odlukom Evropskog saveta od 1. marta 2012, čime su započeti pregovori o pristupanju. Pod pregovorima o pristupanju podrazumevaju se se usvajanje, sprovođenje u delo i primena različitih *acquis communautaire*.*

Proces harmonizacije se odvija kroz postupak implementacije komunitarnih uputstava (direktiva).<sup>27</sup> Direktiva je pravni akt koji obavezuje svaku državu članicu da sprovodi ciljeve koji treba da se postignu, prepuštajući nacionalnim organima da izaberu formu i sredstva kako će to postići, tako da je državama ostavljena mogućnost da u svojim propisima zadrže izvesne razlike u odnosu na rešenja koja postoje u drugim državama članicama.

Treba imati u vidu da Srbija obiluje velikim brojem izvora slatke vode koji se koriste u vodosnabdevanju. Slatka voda čini svega 3% ukupne količine vode na Zemlji, dok je preko 96% slana voda. Od ukupne količine slatke vode, preko 68% je zarobljeno u ledu i glečerima.<sup>28</sup> Dakle, možemo zaključiti da naša država raspolaže izuzetno retkim i vrednim prirodnim resursom. Shodno tome, implementaciji ove direktive iz Brisela treba pristupiti krajnje oprezno i sa pažnjom treba analizirati sve propise, kao i moguće pozitivne i negativne efekte, koji mogu nastati u praksi. Nikako se ne preporučuje preambiciozno preuzimanje evropskih propisa u domaće zakonodavstvo, ukoliko nisu u skladu sa socijalno-ekonomskom situacijom u zemlji.

Da ovo pitanje nije novina u Republici Srbiji, pokazuje primer Novog Sada koji je 2011. godine bio suočen s mogućnošću da se privatizuje gradski

- 
14. Transportna politika,
  15. Energetika,
  16. Oporezivanje,
  17. Ekonomska i monetarna politika,
  18. Statistika,
  19. Socijalna politika i zapošljavanje,
  20. Preduzetništvo i industrijska politika,
  21. Transevropske mreže,
  22. Regionalna politika i koordinacija strukturnih instrumenata,
  23. Pravosuđe i osnovna prava,
  24. Pravda, sloboda i bezbednost,
  25. Nauka i istraživanje,
  26. Obrazovanje i kultura,
  27. Životna sredina,
  28. Zaštita potrošača i zaštita zdravlja,
  29. Carinska unija,
  30. Spoljni odnosi,
  31. Spoljna, bezbednosna i odbrambena politika,
  32. Finansijska kontrola,
  33. Finansijske i budžetske odredbe,
  34. Institucije,
  35. Ostala pitanja.

Dostupno na: <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=4780&langTag=bs-BA>

27 Detaljno na: <http://www.razumi-pravosudje.rs/eu-harmonizacija/>

28 Detaljno na: <http://water.usgs.gov/edu/watercycleserbian.html>



vodovod. Tada je pokrenuta inicijativa za zajedničko ulaganje sa stranim partnerom u gradski vodovod koja nije usvojena. Međutim, kako je inicijativa Evropske komisije dobila podršku Evropskog parlamenta, otvara se sasvim realna mogućnost prinudne privatizacije vodovoda u procesu pridruživanja Evropskoj uniji.

*Andrea Vukoičić\**

## WATER – HUMAN RIGHT OR CONCESSION?

### Summary

*Water is one of the most important natural resources and necessary for human life. Access to clean water is a major problem for many parts of the world.*

*The so-called Concessions Directive, the question of water liberalisation has been put on the table by the Commission only to forced back by public opposition.*

*The concessions directive, which has the stated object of opening markets and eliminating „discrepancies among national regimes”, would end the exemption that has so far existed for drinking water supply and for the first time bring it under the rules of the EU's single market. The directive would not directly force municipalities to privatise, but could lead to 'privatisation through the back door'. ECI Right2Water invite the European Commission to propose legislation implementing the human right to water and sanitation as recognised by the United Nations, and promoting the provision of water and sanitation as essential public services for all. The EU legislation should require governments to ensure and to provide all citizens with sufficient and clean drinking water and sanitation.*

*Key words: Human right. – European Union. – United Nations. – Public-Private Partnership contracts. – Concessions. – Directive. – European Commission. – Renounces. – Transparency. – European Citizen's Initiative. – Public water.*

---

\* Andrea Vukoičić, MA, Ph.D Candidate, Faculty of Law University of Belgrade.

## EU ENERGY POLICY AND SERBIA'S PERSPECTIVE

### Abstract

*Energy sector of the European Union has been gradually developing and changing towards tighter cooperation and establishment of common rules. As the European Union grew, so did its tendencies towards regulated and free internal energy market and security of supply. The EU Energy Policy today has its basis under the Lisbon Treaty and covers several areas of work. This article briefly describes the most prominent energy legislation within the EU and then positions Republic of Serbia with respect to it. Serbia has been committed to the harmonization with the EU energy legislation for several years through the Energy Community Treaty, Stabilization and Association Agreement and negotiations for the accession to the EU. Therefore, its status is observed from the EU enlargement perspective along with the remarks on the challenges and benefits of integration to the EU energy sector.*

Key words: *EU Energy Policy. Serbian Energy Legislation. Energy Community. SAA. Negotiation Chapter 15.*

## 1. EU ENERGY POLICY

### *1.1. Lisbon construction, institutional framework and strategic directions*

Energy remains one of the biggest EU challenges today. The number of factors influencing energy sector and at the same time perplexity of areas affected by it, define it as one of the most complex ones. Energy intertwines economy, external policy, environment and climate change, competition, consumer protection, trade, technology, etc. and it has always been a dominant factor of the world stability and a very common political tool for achieving external strategic goals. The EU Energy Policy had gone a long path from its modest beginnings to the elaborate system of rules and objectives that it is today.

Major steps were taken when the Commission in 2007 presented the Energy Package<sup>1</sup> recognizing three challenges before the EU: sustainability, security of supply and competitiveness. They remained crucial for the EU

---

\* Jovana Stamenkovic, Master in European Integration. This article is the result of research for the master thesis "EU Energy Policy and Serbia's Perspective.

1 Communication from the Commission to the European Council and the European Parliament - an Energy Policy for Europe {SEC(2007) 12} COM(2007)

Energy Policy until today. Proposal of the Commission received an answer when European Council adopted a comprehensive energy Action Plan<sup>2</sup> which affirmed the famous “20/20/20 targets” to be achieved by 2020:

- 1) saving 20% of the EU's energy consumption by improving energy efficiency,
- 2) 20% share of renewable energy sources in the overall EU energy consumption (with 10% share of biofuels in transport),
- 3) reduction in EU greenhouse gas emissions of at least 20% below 1990 levels (30% for developing countries) with a prospect of reduction by 60%–80% by 2050 compared to 1990.

It was not until the Lisbon Treaty that energy gained its own Title, in Article 194 of the TFEU. Before these changes, energy law was dealt within the internal market provision (Article 95 TEC), competition provisions (Articles 81–88 TEC) and environmental protection provision (Article 175 TEC). To certain extent energy sector remained to be treated from an economic and environmental perspective but in the form of guiding directions in order to ensure the functioning of the energy market and security of supply in the Union; promote energy efficiency and energy saving; develop new and renewable forms of energy; and promote the interconnection of energy networks.<sup>3</sup> Measures for achieving these objectives should be adopted in the ordinary legislative procedure, after consultation of the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Member States remain autonomous in determining the conditions for exploiting its energy resources and choosing between different energy resources and the general structure of its energy supply, but without prejudice to the Article 192(2)(c).<sup>4</sup> This referral to the Environment Title means that measures that are significantly affecting Member State's choice between different energy sources and the general structure of its supply can be adopted through the special legislative procedure requiring unanimity of the Council (which allows a Member State veto) and consultation of the Parliament and the two mentioned committees. Article 194(3) also stipulates derogation by defining the unanimity of the Council (after consultation with the Parliament) for adoption of the measures which are primarily of fiscal nature. In a nutshell, the inclusion of a Title and legal basis in the Lisbon Treaty means that there is a shared ownership (shared competence) of the EU Energy Policy between the EU institutions and Member States in terms of carefully crafted compromise between national sovereignty over national resources and energy taxation issues, and shared Union competence for the rest.<sup>5</sup>

2 Conclusions of European Council 2 May 2007, 7224/ 1/07 REV 1

3 Article 194(1) TFEU, Consolidated version of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, *OJ C* 326, 26.10.2012.

4 Article 194(2) TFEU.

5 Jan Frederik Braun, “EU Energy Policy under the Treaty of Lisbon Rules: Between a new policy and business as usual”, EPIN Working Paper No.31/February 2011, p.2.

When it comes to institutional setting the Council and the European Parliament bear the responsibility of legislative bodies due to the ordinary legislative procedure. In the past, the Council used to decide all energy legislation unanimously. According to some authors the Article 218(6)(a) TFEU is even more important for improving the Parliament's role in energy matters.<sup>6</sup> This provision requires Parliament's consent for conclusion of international agreements if the area covered by ordinary legislative procedure is in question. The European Commission's role in the legislative process is minor and it comes down to the right of initiative and preparation of certain energy legislation. The Commission is, however, an important monitoring body for the implementation and development of energy legislation.<sup>7</sup> Apart from the EU institutions and Member States that are major energy policy makers, energy companies have considerable impact with respect to it.<sup>8</sup> Energy companies can get their way by lobbying on many levels and it is not uncommon that precisely big national companies have significant influence (EDF in France, RWE in Germany, ENEL in Italy). The paradox is that liberalization and market integration are aimed at removing the risk of abuse of dominant position, creating fair conditions and enhancing the competition. Nevertheless, opening of the market is not smoothly achieved in all countries. Many are reluctant to open their markets, as energy is traditionally national matter. In addition to this, difficulty lays in the fact that electricity and gas grids are natural monopolies.<sup>9</sup>

Strategic directions of the EU Energy Policy are best described through "Energy 2020: A strategy for competitive, sustainable and secure energy"<sup>10</sup>, "Energy Roadmap 2050"<sup>11</sup> – a long term framework exploring the challenges posed by delivering the EU's de-carbonization objective and European Energy Programme for Recovery<sup>12</sup> which provides granting of financial assistance to the energy sector.

## 1.2. Areas of work

Single market for electricity and gas entails common rules for generation, transmission, distribution and supply of electricity and gas.

6 *Ibid.*, p.7.

7 Susanne Langsdorf, "EU Energy Policy: From the ECSC to the Energy Roadmap 2050", Green European Foundation, 2011.p.3.

8 *Ibid.*, p.4.

9 *Ibidem.*

10 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 10 November 2010 – Energy 2020 A Strategy for competitive, sustainable and secure energy, COM(2010) 639 final

11 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Energy Roadmap 2050, COM(2011) 0885 final

12 Regulation (EC) No 663/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a programme to aid economic recovery by granting Community financial assistance to projects in the field of energy, *OJ L 200*, 31.07.2009, p. 31–45.

The most prominent legislative endeavor in the area of internal market for electricity and gas is the Third Energy Package. It defines high standard of public service obligations and customer protection – for instance, customers are granted a right to switch suppliers within three weeks. It introduces stronger powers and independence of national energy regulators; new tools to harmonize market and network operation rules at pan-European level and new institutional framework: Agency for Cooperation of National Regulators and the European Network for Transmission System Operators.<sup>13</sup> Within the unbundling rules Member States are able to choose between three options: full ownership unbundling, independent system operator (ISO) and independent transmission operator (ITO). These models provide different degrees of structural separation in vertically integrated undertakings and rationale behind them is effective removal of any conflict of interests between producers, suppliers and transmission system operators. They are aimed at removing the incentive for vertically integrated undertakings to discriminate against competitors as regards access to the network, access to commercially relevant information and as regards investments in the network.

Energy efficiency is one of the most topical fields of energy policy today. The most significant legal framework for delivering designated goals in this area entails the Energy Efficiency Directive 2012/27/EU<sup>14</sup> which imposes an obligation on Member States to submitted plans, measures and methodologies for implementing their obligation schemes. The energy saving refers to all stages: from transformation to distribution. Horizontally, it applies to improvements in industries, transport, as well as, households. According to the Directive 2010/31/EU on energy performance of buildings<sup>15</sup> Member States have to make sure that after 31 December 2020 all new buildings are nearly zero energy buildings. Two directives related to energy efficiency in products: Ecodesign Directive 2009/125/EU<sup>16</sup> and Energy Labeling Directive 2010/30/EU<sup>17</sup> improve environmental performance of energy related products and allow consumers to choose more efficient products.

The inclination towards renewable energy sources (RES) is aimed to bring about reduction of emissions and energy consumption, development of alternative energy sources, diversification of energy sources, supply

---

13 Third Energy Package Summary [http://ec.europa.eu/energy/gas\\_electricity/legislation/doc/20110302\\_entry\\_into\\_force\\_third\\_package.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/legislation/doc/20110302_entry_into_force_third_package.pdf)

14 Directive 2012/27/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on energy efficiency, amending Directives 2009/125/EC and 2010/30/EU and repealing Directives 2004/8/EC and 2006/32/EC, *OJ L 315*, 14.11.2012, p. 1–56.

15 Directive 2010/31/EU of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 on the energy performance of buildings *OJ L 153*, 18.06.2010, p. 13–35.

16 Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products, *OJ L 285*, 31.10.2009, p. 10–35.

17 Directive 2010/30/EU of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 on the indication by labelling and standard product information of the consumption of energy and other resources by energy-related products *OJ L 153*, 18.06.2010, p. 1–12.

countries and routes and grid stability. RES are tightly linked to improvement of energy efficiency and technological innovation. The most significant legal framework in this area to achieve mentioned strategic goals is the Directive 2009/28/EU on the promotion of the use of renewable energy sources<sup>18</sup>. The success of RES promotion depends on several factors such as geographical and natural conditions which differ widely across Europe, then difference in the international obligations of Member States, technological differences and differences in planning cultures and public awareness.<sup>19</sup> The biggest obstacle for introducing use of RES in some countries is the complicated permit procedure which discourages investors. A very common public attitude towards energy projects is described in the NIMBY slogan (“not-in-my-back-yard”) and for the resistance of the locals reasons stated are visual intrusion, noise, land devaluation, endangerment of animals.<sup>20</sup> Despite these reasons, the promotion of RES turned out to be highly dependent on the regulatory promotion strategy. It should be emphasized that all strategies and support systems are based on artificial market and are created by policy maker; therefore, “the lack of voluntary decisions of the consumers”<sup>21</sup> is an initial barrier. The instruments for the promotion take the form of price driven instruments such as, feed-in tariffs or energy tax exemptions and quantity driven such as, quota obligations, tenders and tradable guarantee of origin certificates.<sup>22</sup>

Together with natural gas, oil and petroleum products have become the biggest parts of the EU energy mix. Aware of its dependency on these energies’ supply, the EU has created a policy which entails the Directive 2009/119/EC imposing an obligation to maintain minimum stocks of crude oil and petroleum products<sup>23</sup>. Very important legal framework addressing safety of offshore oil and gas operations is Directive 2013/30/EU<sup>24</sup>. It establishes rules that are aimed at ensuring highest safety standards in oil and gas operations in order to prevent major accidents limit the consequences and minimize potential risk to the environment.

---

18 Directive 2009/28/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the promotion of the use of energy from renewable sources and amending and subsequently repealing Directives 2001/77/EC and 2003/30/EC, *OJ L 140*, 05.06.2009, p. 16–62.

19 Danyel Reiche and Mischa Bechberger, “Policy differences in the promotion of renewable energies in the EU member states”, *Energy Policy* 32, *Elsevier*, 2004, p. 845–846.

20 *Ibidem*.

21 Reinhard Haas, Gustav Rech, Christian Panzer et alia, “Efficiency and effectiveness of promotion systems for electricity generation from renewable energy sources – Lessons from EU countries”, *Energy* 36, *Elsevier*, 2011, p. 2192.

22 *Ibid.*, p. 2187.

23 Council Directive 2009/119/EC of 14 September 2009 imposing an obligation on Member States to maintain minimum stocks of crude oil and/or petroleum products, *OJ L 265*, 09.10.2009, p. 9–23.

24 Directive 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 on safety of offshore oil and gas operations and amending Directive 2004/35/EC, *OJ L 178*, 28.06.2013, p. 66–106.



The coal management in the EU revolves around the development of Carbon Capture and Storage technology. The system should disable CO<sub>2</sub> emissions to enter the atmosphere, by storing them in timely manner under the ground. The final goal is “green colored”, as the leading idea is the reduction of greenhouse gas emissions and sustainability of solid fossils as energy sources for the future.

Nuclear energy sector is the most distinctive energy area since both TEU/TFEU and EURATOM provisions apply to it. It is important to note that European Union has the largest number of commercial nuclear power plants in the world (approximately one third of world total) and that nuclear provides close to 30% of the EU electricity generation, representing two thirds of low-carbon electricity production. The nuclear energy framework includes rules on nuclear safeguards (measures to ensure that nuclear materials are used only for the purposes declared by the users), nuclear safety (measures to ensure safe operation of nuclear installations complemented by radiation protection and radioactive waste management) and nuclear security (physical protection of nuclear material and installations against malicious acts).<sup>25</sup> Very important activity intended to ensure safety and prevention is decommissioning of nuclear installations. It covers all activities from shutdown and removal of fissile material to environmental restoration of the site.<sup>26</sup> The biggest challenge with respect to it is the long term planning and financing, since large volumes of material are produced during decommissioning and disposal of this material can be very costly. As it is part of the global environmental activity, delivering prompt and adequate information to the public is extremely important.

Energy infrastructure is a tangible tool for achieving EU energy policy objectives. Trans-European Energy Networks are part of the Trans-European network scheme that also includes transport and telecommunication cross-linking. The aim of the EU is to achieve completion of strategic energy networks and storage facilities by 2020, with 12 priority corridors and areas for electricity, gas, oil and CO<sub>2</sub> transport networks recognized by the Commission. The established legal framework includes the Regulation (EU) No 347/2013 on guidelines for trans-European energy infrastructure<sup>27</sup>. After setting the priority goals, the Commission has adopted a list of 248 key energy infrastructure projects. Carrying the label „projects of common interest“ (PCI) they will benefit from faster and more efficient permit granting procedures and improved regulatory treatment.<sup>28</sup>

---

25 See DG ENER official website, [http://ec.europa.eu/energy/nuclear/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/energy/nuclear/index_en.htm)

26 See DG ENER official website, [http://ec.europa.eu/energy/nuclear/decommissioning/decommissioning\\_en.htm](http://ec.europa.eu/energy/nuclear/decommissioning/decommissioning_en.htm)

27 Regulation (EU) No 347/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on guidelines for trans-European energy infrastructure and repealing Decision No 1364/2006/EC and amending Regulations (EC) No 713/2009, (EC) No 714/2009 and (EC) No 715/2009, *OJ L 115*, 25.04.2013, p. 39–75.

28 See DG ENER official website [http://ec.europa.eu/energy/infrastructure/pci/pci\\_en.htm](http://ec.europa.eu/energy/infrastructure/pci/pci_en.htm)

## 2. PERSPECTIVE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

### 2.1. *EU energy integration path*

#### 2.1.1. ENERGY COMMUNITY TREATY

Energy Community was created (2006) with a task to bring together and integrate South-Eastern European countries and Black Sea countries to the EU energy market and policy. The EnC Treaty established three levels of obligations to its Parties – with implementation of the relevant EU *acquis* in the area of energy, environmental protection, renewable energy sources and competition protection being the most important one. Initially, the energy areas of work included *acquis* on electricity and gas. However, the Treaty gave a possibility to the Parties to further extend the *acquis* to other sectors (for instance, with the Decision 2008/03/MC-EnC Ministerial Council expanded the *acquis* by implementing the oil sector). Today, the areas of work in the energy field of EnC encompass electricity, gas, security of supply, oil, renewable energy and energy efficiency. In line with Article 6 of the Treaty the Parties are obliged to take all appropriate measures to ensure fulfillment of the obligations and they should abstain from any measure that could jeopardize the attainment of the Treaty objectives. With respect to this, Ministerial Council can determine a breach of obligation by a Party, which if serious and persistent may lead to suspensions. Within the framework of EnC the harmonization of the Serbia's legal system in energy field began making energy sector a pioneer in RS in this respect.

#### 2.1.2. STABILIZATION AND ASSOCIATION AGREEMENT

The SAA was signed in April 2008 and entered into force in September 2013. Its Article 109 introduced cooperation in energy priority making a referral to the Energy Community Treaty, as well as, to the gradual integration of Serbia into Europe's energy market. Its Article 110 defined cooperation in nuclear matters. Since no special deadline for the realization of association in the energy area was proscribed the general deadline defined in Article 72 applies (the association shall be progressively and fully realized over a transitional period of a maximum of six years). In the institutional setting, relevant for the energy issues is the Sub-committee for Transport, Energy, Environment, Climate Action and Regional Development. Its role is extremely important for the Serbian side, since its meetings provide fertile ground for raising substantive issues and specific problems before the EU. The first Sub-committee was held on 8–9 July 2014, in Brussels. Apart from the SAA path, Serbia has greatly improved its position towards accession to the EU by entering the negotiation process.

#### 2.1.3. NEGOTIATION PROCESS ON SERBIA'S ACCESSION TO THE EU

The negotiations officially started on 21 January 2014 at Intergovernmental conference where Negotiation Framework was presented. The first phase of

the negotiation process entails analytical examination and identification of differences between the EU and Serbia's legislation (screening process). It covers all 35 negotiating chapters and consists of two parts. The first part, explanatory screening meeting for Chapter 15 – Energy and Chapter 21 – TEN E was held on 29 – 30 April 2014. Here, the Commission presented the most important energy acquis with practical guidelines for its proper implementation. The delegation of the RS was given an opportunity to ask questions and prepare itself for the bilateral screening which was held on 11 – 12 June 2014. According to the presentations and clarifications on the state of play of Serbian energy legislation, the Commission will give an assessment on the level of alignment with the EU acquis. This assessment will be presented to the Council of the EU in a form of Screening Report which may contain opening benchmarks for the energy chapter. If that happens, the RS will not be able to open negotiations in this chapter until the conditions are met. According to the experience of our neighboring countries (Croatia and Montenegro), benchmarks are usually related to the adoption of strategies, action plans, adoption of laws and by-laws or fulfillment of obligations under SAA. The final saying for the opening of Chapter 15 will have the Council. Following the completion of possible opening benchmarks, the Council will invite Serbia to present its Negotiation Position. The EU will, then, adopt its Common Position where it may state that Serbia has achieved a sufficient level of alignment in the energy chapter and that the chapter can be closed without negotiating. However, this is an extreme and too optimistic scenario. It is most likely that the EU will determine interim or closing benchmarks to be met. It is very important to bear in mind that until all chapters are closed, each individual chapter is only provisionally closed, which means that it can be re-opened. Serbia is given an opportunity to ask for derogation of certain acquis or transitional period for its implementation if it estimates that, for instance, application and implementation of certain rules need to be postponed. However, these requests have to be justified and elaborated on the basis of detailed analysis.

## *2.2. Overview of Serbia's energy legal framework and its compliance with the EU acquis*

The situation and projections in the energy sector of the RS are comprehensively analyzed in the Energy Development Strategy and Energy Balance of the RS. Natural resources in the RS are such that the energies of the highest quality are of the lowest dispersion (for instance, oil and gas make only 1% of national geological reserves), while different sorts of coal make 99% of it. The dependency of Serbia on primary energy imports is estimated at 34%. The most apparent is the dependency with respect to natural gas with 80% of it being imported from Russia.

The legislation in the energy sector is defined by the Law on Energy<sup>29</sup> adopted in 2011. This law had established a framework with the aim to improve: the reliability, security and quality of distribution and supply; competition

---

29 Law on Energy, *Official Gazette of the RS*, No 57/2011, 80/2011, 93/2012 and 124/2012.

and protection of all stakeholders; sustainability and energy efficiency; and functioning of energy subjects by enabling them to meet all necessary market conditions and integrate in the regional market. Novelties brought by this Law compared to the former Law on Energy from 2004<sup>30</sup> are: creation of new energy activities (production and distribution of bio fuels), production of electricity that ceased to be public service activity; stronger competences and independence of the national regulatory body (Energy Agency of the RS); promotion of investments in RES (by granting preferential status for the producers of energy coming from renewable sources and by simplifying the procedure for investments); extension of the validity of permissions for energy activities. This Law has been transposing the certain EU legislation and the assessment of the level of harmonization was partial compliance.

The electricity and gas directives and regulations that the Law transposed are part of the so-called “Second EU package on energy” which was replaced by the Third package. Harmonizing with the later one is one of the biggest challenges before Serbia. Starting from 1 January 2015 Serbia must make sure that the market is open for all customers and that they can freely choose and switch suppliers.<sup>31</sup> Unbundling is expected to be properly performed, as well. The continuant emphasis of the European Commission in annual Progress Reports is the need for restructuring of the state owned company Srbijagas, as well as, YugoRosgaz. The Energy Community Secretariat had exactly the same observation and this is why a dispute settlement procedure was brought against Serbia in 2013.<sup>32</sup> Serbia is in the breach of EnC Treaty since restructuring of the mentioned companies should have been done by 1 June 2007 (deadline for the implementation of the Directive 2003/55/EC). This Directive provides less stringent rules on unbundling than its successor Directive 2009/73/EC. Now, that the deadline for implementation of Directive 2009/73/EC (Third Package) is at the doorstep, Serbia has been alarmed by the EU side several times during the negotiating process. The new Energy Law which is being prepared at the moment and expected to be adopted by the end of 2014 should provide solutions and proper regulation.

However, the biggest apprehension of the EU side is the hotly debated South Stream project. This project is aimed to enable transport of gas from the Russian Federation, over Black Sea, Bulgaria and further on to Greece, Italy and Austria. This project was perceived as the main competitor to the Nabucco project (transport of Iranian, Turkmenistan's, Egyptian and Azerbaijanian gas over Turkey to Austria), which was striving towards diversification of the EU energy sources.<sup>33</sup> With the aim of participating in

30 Law on Energy, *Official Gazette of the RS*, No 84/2004 and 57/2011.

31 Since 1 January 2014 all customers except for the households and small customers are already allowed to choose a supplier. So far, only one have used this possibility while all others still remain to be supplied from the public enterprise “Elektroprivreda Srbije”

32 Case EnC No 09/2013: RS/Gas, 25 October 2013.

33 EU produces only 48% of its needs. The rest is imported and the most important partners for the supply of natural gas to EU are Russian Federation and Norway and for oil Russian Federation and OPEC.

the South Stream project, Serbia concluded an Agreement on cooperation with the Russian Federation<sup>34</sup> in January 2008. In 2009, South Stream Serbia AG was established in order to carry out the objectives set by the Memorandum. The share of capital in the company is 51% Gazprom Neft (Russian ownership) and 49% Srbijagas (Serbian ownership). The major concerns of the European Commission regarding the construction of the South Stream pipeline and storages are that: unbundling rules might be violated by granting a right to use all capacities to the South Stream AG (whose major share owner is Gazprom Neft, a vertically integrated company which would then apart from production and supply activity also have an access to the transmission network); secondly, third party access to the network might be jeopardized and therefore, rules on non-discriminatory conditions, as well; and finally, determination of tariffs for the transport according to the EU law should be in the hands of national regulatory body (adoption of methodologies on determining the prices) which the Commission questions since the Agreement delegates this right to the South Stream AG company. It is also important to note that the Commission raised this matter before other countries that are part of the same project in order to underline the need for revision of their agreements, too.

Law on Commodity Reserves<sup>35</sup> adopted in 2013, with the aim of improving the security of supply, provided a framework for complying with the Directive 2009/119/EC imposing an obligation to maintain minimum stocks of crude oil and/or petroleum products. It is estimated that EUR 130 millions for building storage capacities and another EUR 600 millions for oil and petroleum products are needed in order to establish a system of oil reserves that will meet the necessary EU conditions. Within the EnC Serbia has been granted a deadline (1 January 2023) for establishing this system which was implemented in the Law. The Commission has so far drawn attention to the necessity of adopting an Action Plan in order to meet the required conditions.

With respect to the renewable energy sources reaching 2020 RES target is the biggest challenge for Serbia. Within the EnC obligations improvement from 21.2% of RES share in 2009 to 27% until 2020 has been set for the RS. The 10% of bio fuels in transport sector is even more worrying since according to official statistic it equals zero at the moment.

The energy efficiency is dealt by the Law on Efficient Use of Energy<sup>36</sup> from 2013 which provided framework for the transposition of Directive 2006/32/EC on energy end-use efficiency and energy services, Directive 2010/31/EU on the energy performance of buildings and Directive 2010/30/EU on the indication by labeling and standard product information of the

---

34 Law on ratification of the Agreement on cooperation between the Government of the Republic of Serbia and the Government of the Russian Federation in the Field of Oil and Gas Economy, *Official Gazette of the RS No. 83/2008*.

35 Law on Commodity Reserves, *Official Gazette of the RS, No 104/2013*.

36 Law on Efficient Use of Energy, *Official Gazette of the RS, No 25/2013*.

consumption of energy and other resources by energy-related products. Adoption of the Energy Efficiency Action Plan and establishment of the Budgetary Fond is marked as significant step within the EnC assessments.

Nuclear energy legislation is covered by the Law on Ionizing Radiation Protection and on Nuclear Safety<sup>37</sup> from 2009. Despite the fact that there are no nuclear power plants on the territory of RS, there are still nuclear facilities: RA research reactor and RB research reactor (both were part of the Vinca Institute), radioactive waste storage facilities (three hangars) and old uranium Kalna mine. EU concerns are related to the decommissioning of the RA research reactor, improvement of the radiological situation at both Vinca site and Kalna mine and equally important – licensing of the nuclear subjects. For achieving this, further strengthening of the Serbian Radiation Protection and Nuclear Safety Agency is needed. SRPNA is according to the Law entitled to pass bylaws for implementing the Law and also issue, extend and revoke licenses for performing a radiation practice or nuclear activity. The problem is that nuclear inspection still has not been shifted from the ministerial level to the national regulatory body level. According to the Progress Report 2014, Serbia also needs to adopt a national strategy for radioactive waste management and national programme for spent fuel.

### 3. CONCLUSIONS

The most probable obstacles for opening Chapter 15 are likely to be restructuring of the public enterprise Srbijagas and the South Stream project. What RS is trying to gain on its EU path is stable and comprehensive regulative energy framework which can be properly enforced. However, the process is a long term and complex endeavor which requires careful and strategic planning. The benefits of joining the EU are numerous and they entail: opening of the energy market, clear and fair rules for the functioning of the energy market, non-discriminatory conditions for accessing the market, enhancement of the competition and improvement of security of supply; diversification of energy resources and improvement of energy infrastructure; improvement of innovation and technology in the energy sector; sustainable and “greener” use of natural resources with high standards of environmental protection, higher energy efficiency, bigger share of renewable sources in the energy mix. All of this should lead to improvement in other areas: increase of employment, higher protection of customers, better safety and health standards in industries, environmental protection increase, improvement of economy and trade, better cooperation with other countries etc. In overall, the energy sector of the RS has a decent potential to develop a competitive and secure energy surrounding. The geographical and strategic position of Serbia allows for the more than one possibility when it comes to cooperation and integration of energy markets among states. So it seems that the final result will depend on political will and choice.

37 Law on Ionizing Radiation Protection and on Nuclear Safety, *Official Gazette of RS*, 36/09 and 93/12.



## ENERGETSKA POLITIKA EVROPSKE UNIJE I PERSPEKTIVA REPUBLIKE SRBIJE

### Apstrakt

*Energetski sektor Evropske unije se postepeno razvijao i menjao u pravcu čvršće saradnje i uspostavljanja zajedničkih pravila. Sa rastom Evropske unije, rasla je i njena tendencija ka regulisanom i slobodnom zajedničkom energetskom tržištu i sigurnosti snabdevanja. Energetska politika EU, danas nalazi svoj osnov u Lisabonskom ugovoru i pokriva nekoliko oblasti rada. Ovaj članak daje kratak prikaz najznačajnije energetske regulative Evropske unije i pozicionira Republiku Srbiju u odnosu na nju. Srbija je već određeni niz godina posvećena harmonizaciji propisa u oblasti energetike sa pravom EU kroz Ugovor o osnivanju Energetske zajednice, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju i proces pregovora o pristupanju EU. Stoga je status Republike Srbije posmatran iz ugla EU proširenja, uz opažanje izazova i benefita integrisanja u energetski sektor Evropske unije.*

*Ključne reči: Energetska politika EU. – Energetska regulativa RS. – Energetska zajednica. – SSP. – Pregovarčko poglavlje 15.*

## ТРАНСФОРМАЦИЈА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У КОНТЕКСТУ ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА

### Апстракт

Локална самоуправа, двојачко схваћена, аутономни је систем управљања на подручју ужем од подручја државе, али и усљавом јараншовано право грађана. У себи обухвата неколико идеја. Прва је осљварење права грађана на самоорјанизовање ради задовољења потреба које су од значаја за локално становништво, друга је приближавање државне управе као јавне службе њеним крајњим корисницима, грађанима и, коначно, идеја одређења полова од локалној значаја који се стављају у надлежности органа локалне самоуправе уз обезбеђење неопходне самосталности у доношењу прописана и вршења полова. Такво поимање локалне самоуправе произлази из теорија ујравној и усљавној права, али и из поштулата Европске повеље о локалној самоуправи из 1985. године<sup>1</sup>, усвојене од Европској саветна, која јамчи основе позов. локалне демократије. Како се наша држава, пошљивањем Споразума о стабилизацији и придруживању<sup>2</sup>, одределила за улазак у Европску унију, прихватајући европске вредности, најједноставније схваћене као високо постављене стандарде осљварења људских права и слобода, по ћемо овим радом покушати да сагледамо колико је локална самоуправа, онако како је конципирана у нашем праву, близу ономе што наша држава жели да постигне, а што је идеал дефинисан правом Европске уније.

Кључни појмови: *Право грађана. – Аутономни систем управљања. – Локална самоуправа у Републици Србији. – Право Европске уније.*

---

\* Катарина Раковић, МА, судијски сарадник, кандидаткиња докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру предмета Право Европске уније на докторским академским студијама на Правном факултету Универзитета у Београду.

1 Закон о потврђивању Европске повеље о локалној самоуправи из 1985. године, „Службени гласник РС – Међународни уговори”, бр. 70/2007.

2 Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране и Републике Србије, с друге стране, потписаног 29. априла 2008. године у Луксембургу, „Службени гласник РС – Међународни уговори”, бр. 83/2008.

## 1. УВОД

Локална самоуправа је оригинална и основна организација власти. Развијеност локалне самоуправе је и један од услова демократије и правне државе. Како је самоуправа локалним заједницама право грађана гарантовано уставом, за државу оно значи обавезу да створи услове за континуирано функционисање локалне заједнице као целине.

Прве форме локалне самоуправе могу се препознати у Европи XV и XVI века у виду комуна, средњовековних градова којима су краљ или феудалци путем повеља и статута давали статус слободних градова. Ипак, отацбином локалне самоуправе, онакве каквом је данас познајемо, сматра се Енглеска.

Европском повељом о локалној самоуправи из 1985. године, усвојеном од Европског савета, која јамчи основе тзв. локалне демократије, разрађују се најважнији елементи статуса локалне самоуправе. Тако, локалну самоуправу одликује неколико карактеристика: изворна надлежност, одлучивање непосредно или путем представништва, финансијска средства, самосталност осликана и кроз право на удруживање локалних заједница у савезе и заштита права на локалну самоуправу.

У Европи постоји више облика организовања локалне самоуправе. Док је у Енглеској, уобличена актима парламента и повељама, локална самоуправа формирана у виду округа, срезова и парохија, Француска познаје општине, департмане и регионе, с тим што и градске и сеоске општине третира на исти начин (тзв. монотипне општине). Локална самоуправа може бити организована као једностепена као у Швајцарској, двостепена или тростепена, односно вишестепена у Енглеској или Француској. Степен учешћа грађана у управљању локалном заједницом такође са разликује од земље до земље (непосредно или у облику кабинетске владе у Француској итд.). Локална самоуправа се формира према критеријумима који се углавном тичу хомогености, привредних капацитета локалне заједнице и гравитирања одређеним институцијама од виталне важности за њено функционисање. Још један од услова њеног опстанка јесу финансијска средства која црпи из изворних прихода али и из државног буџета, с обзиром на то да, осим изворних полова од непосредног интереса за њене чланове, извршава и послове поверене законом.

У Србији, јединице локалне самоуправе су општине, градови и град Београд, како прописује Устав Републике Србије из 2006. године<sup>3</sup> који одређује положај јединица локалне самоуправе, надлежност општина, правне акте које доноси, органе, надзор над њеним радом и заштиту. Закон о локалној самоуправи<sup>4</sup> разрађује ове категорије и установљава обавезу Републике односно територијалне аутономије да обезбеде сред-

3 Устав Републике Србије из 2006. године, „Службени гласник РС”, бр. 98/2006.

4 Закон о локалној самоуправи – ЗЛС, „Службени гласник РС”, бр. 129/2007, 83/2014.

ства јединици локалне самоуправе када извршава права и дужности из круга поверених послова. Такође, Влада Републике Србије основала је 27. новембра 2003. године Агенцију за развој инфраструктуре локалне самоуправе чији је главни задатак помоћ општинама и јавним комуналним предузећима чији су оснивачи општине, да сакупе финансијска средства неопходна за реализацију пројеката од приоритетног значаја за развој општинске инфраструктуре, уз донацију Европске агенције за реконструкцију и сарадњу међународних организација и институција, тј. банака за развој – Европска банка за обнову и развој, Светска банка и друге, а Законом о министарствима из 2007. године<sup>5</sup> предвиђено је формирање Агенције за развој инфраструктуре локалне самоуправе као стручне службе Владе Републике Србије чији је циљ равномерно подстицање развоја и унапређење инфраструктуре локалне самоуправе повезивањем финансијских организација, представника надлежних органа других земаља, градова и општина и одређивањем тзв. приоритетних инвестиционих пројеката.

## 2. ПОЈАМ ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

„Локална самоуправа је аутономни систем управљања на подручју ужем од целокупног подручја државе... то је оригинерна основа организације власти у једној држави коју врше локални органи.”<sup>6</sup> Професор Лилић истиче да локална самоуправа у себи садржи појам локалне управе, те да је њен основни смисао у задовољењу потреба становника који су настањени на њеној територији.<sup>7</sup> Такође, наглашава да је право на локалну самоуправу обавеза државе. Овакав закључак на најбољи начин дефинише значај локалне самоуправе те и нашу заинтересованост за ову тему јер „данас не можемо говорити о правној држави, демократији и плурализму интереса без одговарајућег степена развијености локалне самоуправе”.<sup>8</sup> С једне стране, локална самоуправа је заправо право (уставног ранга) грађана да управљају јавним пословима од непосредног, заједничког и општег интереса за локално становништво, непосредно и путем слободно изабраних представника у јединицама локалне самоуправе, као и право и способност органа локалне самоуправе да у границама закона уређују послове и управљају јавним пословима који су у њиховој надлежности и од интереса за локално становништво.<sup>9</sup> С друге стране, локална самоуправа за државу представља обавезу да

5 Закон о министарствима из 2007. године, „Службени гласник РС”, бр.43/2007.

6 Вид. А. Ђурђевић, *Локална самоуправа*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду 1997, 1.

7 С. Лилић, *Ујравно љраво и ујравно љроцесно љраво*, Службени гласник, Београд 2008, 204.

8 С. Ђорђевић, Б. Раичевић, В. Гоати, М. Дамјановић, *Модернизација локалне власти – На љрају нове љредузетљичке улоје*, Фондација Конрад Аденауер, Београд 2002.

9 Како је дефинише чл. 2 Закона о локалној самоуправи.

омогући вршење права његовим носиоцима, да обезбеди механизме за остварење права на локалну самоуправу, тј. дефинише законске претпоставке вршења права у пуном обиму, правно уреди облике вршења права, али и да штити носиоце права од незаконитог делања органа локалне самоуправе прописујући механизме заштите законом, штитећи у првом реду уставност, али и законитост.

Из мноштва дефиниција локалне самоуправе произлазе њена обележја: грађани слободно бирају своје представнике у локалним заједницама у виду представничког тела или непосредно одлучују о питањима од интереса за њихову заједницу, локална самоуправа подразумева организациону и персоналну самосталност локалних институција, уставом је утврђен круг самоуправних, локалних послова које локалне заједнице могу самостално обављати, локална самоуправа има сопствена, самостална финансијска средства и сопствене приходе, чији су извори и намена утврђени буџетом локалне заједнице, уставом и законом је утврђена заштита самоуправних права која омогућава уредно функционисање локалне самоуправе.<sup>10</sup>

### 3. НАСТАНАК, РАЗВОЈ И ОБЛИЦИ ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

Локална самоуправа, онаква каквом је познајемо данас, настала је у Енглеској која је прва имала оригинерне и самосталне облике управљања на ужим територијама. Временом, локална самоуправа чак и тамо где је дубоко укорењена полако је губила на значају препуштајући примат држави и државној власти која је преузела регулисање и нормирање питања која се умногоме тичу саме егзистенције грађана. Ова тенденција последица је јачања централизма у свету, стварања и развоја великих политичких странака чији су интереси везани за политику на вишем нивоу од локалног, државном нивоу, затим повећања процента учешћа државних финансијских средстава у буџету локалне самоуправе па самим тим и ограничавања финансијске самосталности локалне самоуправе, те ограничења нормативне самосталности и коначно све већом тежњом за уједначавањем појединих система од значаја за целу државу стварајући јединствено школство, здравство, правосуђе и др.

Ипак, да је значај локалне самоуправе велики, сведочи постојање Европске повеље о локалној самоуправи из 1985. године, која дефинише најважније елементе статуса локалне самоуправе. Чланом 3 Повеље утврђено је да локална самоуправа подразумева право и оспособљеност локалних власти да, у границама закона, регулишу и руководе одређеним деловима јавних послова, на основу сопствене одговорности и у интересу локалног становништва. Повеља за државе чланице даје одреднице на који начин локална самоуправа може (или мора) бити остварена. Она предвиђа да се основна права и дужности локалних власти

10 Више о обележјима локалне самоуправе: Р. Марковић, 491–498.

утврђују уставом или законом, те да су права поверена локалним властима пуна и искључива, да се локална самоуправа остварује путем савета или скупштина, састављених од чланова изабраних на слободним изборима, тајним гласањем, на основу непосредног, општег, за све једнаког бирачког права... које право неће ни у ком смислу умањити зборове грађана и референдуме или било који други вид непосредног учешћа грађана у одлучивању. Европска повеља у члану 8 предвиђа да се све врсте управног надзора над радом локалних власти могу обављати искључиво у случајевима и по поступку предвиђеном уставом и законом, те да је циљ управног надзора једино да обезбеди усклађеност рада локалних власти са законом и уставним начелима. Повеља говори и о сопственим финансијским средствима локалних власти којима ће слободно располагати у оквиру својих овлашћења, о изворима тих средстава, те да држава једино има права контроле над трошењем средстава која сама обезбеђује, али говори и о заштити права на локалну самоуправу као праву локалних власти на правна средства ради обезбеђења слободног обављања својих задатака и поштовања начела локалне самоуправе установљених уставом или законима земље којој припадају. Свакако једно од занимљивијих јесте и право локалних заједница на удруживање, тј. повезивање са истоврсним локалним јединицама у савезе, чија сарадња може бити испољена на различите начине.

#### 4. ЛОКАЛНА САМОУПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

##### *4.1. Појам, надлежност, финансирање њослова, нейосредно учешће грађана, орјани јединице локалне самоуправе, надзор над вршењем локалне самоуправе и заштити*

Локална самоуправа у Републици Србији поново је успостављена Уставом Републике Србије из 1990. године<sup>11</sup> као једностепена и у оквиру које постоје посебна правила за градове чиме се ублажава иначе доминантна монотипност општине као основне јединице локалне самоуправе.<sup>12</sup> Уставом Републике Србије из 2006. године и Законом о локалној самоуправи прописано је да се локална самоуправа остварује у општини, граду и граду Београду.<sup>13</sup> Градови и град Београд нису јединствене општине, већ су подељени на градске општине које нису јединице локалне самоуправе јер је њихов степен самосталности далеко мањи од самосталности општина.

11 Устав Републике Србије из 1990. године, „Службени гласник РС”, бр. 1/1990.

12 О развоју локалне самоуправе, као самоуправљању у локалним заједницама Југославије писао је проф. Јован Ђорђевић, у периоду од Другог светског рата до периода након доношења Устава из 1974. године: Ј. Ђорђевић, 686–688.

13 Професор Ратко Марковић сматра да се може говорити о три врсте општина пре него о три јединице локалне самоуправе јер све имају иста права и дужности (самоуправне послове и надлежности предвиђене уставом и законом као изворне надлежности општине и друго), Р. Марковић, 505.



Локална самоуправа у Републици Србији почива на претпоставкама које утврђује сам устав. Према Уставу Републике Србије из 2006. године државна власт је ограничена правом на покрајинску аутономију и локалну самоуправу, а та права подлежу само надзору уставности и законитости. Устав прописује да се територија и седиште локалних заједница одређују законом (код нас то је Закон о територијалној организацији Републике Србије – ЗТОРС<sup>14</sup>). Град има надлежности које су Уставом поверене општини, а законом му се могу поверити и друге надлежности; град Београд има надлежности које су Уставом и законом поверене општини и граду, а законом о главном граду могу му се поверити и друге надлежности. Устав прописује и да општина, путем својих органа, у складу са законом уређује и обезбеђује развој комуналних делатности, уређује и обезбеђује коришћење грађевинског земљишта и пословног простора, стара се о изградњи, реконструкцији, одржавању и коришћењу локалних путева и улица и других јавних објеката од општинског значаја, а уређује и обезбеђује и локални превоз, стара се о задовољењу потреба грађана у области просвете, културе, здравства и социјалне заштите, дечје заштите, спорта и физичке културе, о заштити животне средине, културних добара и сл. Општина самостално, у складу са законом, доноси свој буџет и управља својом имовином, а највиши акт општине је статут, који доноси скупштина општине.<sup>15</sup>

Према Закону о локалној самоуправи, општина је основна територијална јединица у којој се остварује локална самоуправа, која је способна да путем својих органа самостално врши сва права и дужности из своје надлежности и која има најмање 10.000 становника. Град је јединица локалне самоуправе утврђена законом, која представља економски, географски и културни центар ширег подручја и има више од 100.000 становника. Положај града Београда уређује се посебним законом о граду Београду<sup>16</sup>, који има статус посебне територијалне јединице. Локалну самоуправу, дакле, према Уставу и закону, карактеришу једноступеност, основна локална јединица је општина и једина локална јединица, и монолитност јер је локална самоуправа јединствена у свим јединицама, у погледу надлежности, органа и других установа које су им својствене. Другачије, према Уставу Републике Србије из 1990. године у граду су се обавезно формирале две или више градских општина, које су представљале јединице локалне самоуправе, што према Уставу Републике Србије из 2006. године више није случај. Градских општина има у Београду, око 19 и Нишу – пет. „Јединица локалне самоуправе” је заједнички назив за општине, град и град Београд. Општина има 150, а градова 24 са Београдом.<sup>17</sup>

14 Закон о територијалној организацији Републике Србије, „Службени гласник РС”, бр. 129/2007.

15 Чл. 188-191 Устава РС из 2006.

16 Закон о главном граду – ЗГГ, „Службени гласник РС”, бр. 129/2007, 83/2014.

17 Б. Милосављевић, *Уравно њраво*, Приручник за полагање правосудног испита, Пројурис, Београд 2011, 29.

Јединица локалне самоуправе обавља послове који су њеном изворном делокругу, што је једна од њених основних карактеристика – самосталност у обављању послова од непосредног интереса за локално становништво. Наиме, она самостално доноси и прописе, а обим послова које врши самостално утврђен је Уставом, законом и статутом. С друге стране, јединица локалне самоуправе врши и поверене послове који су јој законом поверени као децентрализованим територијалним заједницама и уз надзорна овлашћења централних органа државне управе који контролишу законитост у обављању ових послова од стране локалне самоуправе, доносећи прописе, друге акте и вршећи управне. Послови јој могу бити поверени не само законом, већи и актом територијалне аутономије из корпуса послова који су у њеној надлежности (попут инспекцијских послова у различитим областима). Такође, ради остваривања својих права или испуњења дужности или пак из потребе локалног становништва, може основати и установе, предузећа или било које друге облике организација које би вршиле јавну службу као одговор на потребе локалног становништва.

Према важећем Уставу Републике Србије, изворни послови су одређени системом набрајања (енумерације). Наиме, Устав прецизно наводи шта све спада у послове јединице локалне самоуправе који су од непосредног, заједничког и локалног интереса за локално становништво, а који се ближе одређују законом, статутом и другим општим актима. Тако, према Закону о локалној самоуправи, општина путем својих органа уређује и обезбеђује обављање и развој комуналних делатности, коришћење грађевинског земљишта и пословног простора, локални превоз, одржавање локалних путева и улица, просвету, културу, здравствену и социјалну заштиту, спорт, туризам, угоститељство, занатство и трговину, заштиту животне средине, коришћење пољопривредног земљишта и др. Општина доноси свој буџет, урбанистички план, план развоја, прекршајне прописе, утврђује своје симболе, утврђује језике и писма националних мањина у службеној употреби, управља имовином, организује заштиту од елементарних непогода, успоставља службу правне помоћи и стара се о остваривању, заштити и унапређењу људских и мањинских права, као и о јавном информисању у општини.

Закон о локалној самоуправи прописује да се послови државне управе могу поверити законом свим или појединим општинама, у интересу ефикаснијег и рационалнијег остваривања права и обавеза грађана и задовољавања њихових потреба од непосредног интереса за живот и рад. Најчешће, јединице локалне самоуправе као поверене обављају послове инспекцијског надзора из различитих области (здравство, животна средина, просвета, промет роба и услуга и др.), али и послове вођења разних евиденција, матичних књига. Поверени послови су и даље послови Републике Србије, али се њихово вршење поверава недржавним органима, локалној самоуправи, за шта морају имати специјално законско овлашћење, у односу на изворне послове код којих јединице локал-

не самоуправе уживају аутономију у односу на државу. С обзиром на то да и аутономна покрајина може поверити послове из своје надлежности локалној самоуправи, Закон о утврђивању надлежности АПВ<sup>18</sup> одређује који су послови од покрајинског, а који од општег интереса за Републику Србију јер од тога да ли је конкретно питање од локалног, покрајинског или републичког значаја зависи и који ће орган по том питању решавати. Град има надлежности општине (јединица је локалне самоуправе), али и друге надлежности државне управе који су му поверени законом, а статутом града се може предвидети формирање две или више градских општина на територији града и одредити њихова надлежност. „Положај града Београда уређује се посебним законом” (Устав РС). Према Закону о главном граду, статутом се образују градске општине којима се утврђују послови из надлежности града Београда. Градске општине имају статус правног лица. Према чл. 8 ЗГГ, град Београд има и засебне надлежности, поред оних које по Уставу и закону имају општина и град, као што су заштита вода (инспекцијски надзор у области водопривреде, издавање одобрења за постављање пловних објеката и одговарајући надзор), послови који се тичу путева – некатегорисаних, улица и државних путева осим аутопута, образовање комуналне полиције, заштита од пожара, а могу оснивати телевизијске и радио-станице, новине и др.

Финансирање локалне самоуправе, услови и поступак под којима се јединице локалне самоуправе задужују уређени су законом о финансирању јединице локалне самоуправе.<sup>19</sup> Јединица локалне самоуправе, како смо раније навели, има своју имовину од које такође може остваривати приходе, ставити је под хипотеку или залогу или располагати њоме на други законом прописан начин. Имовином јединице локалне самоуправе управљају органи јединице локалне самоуправе, самостално и у складу са законом. Послови јединице локалне самоуправе финансирају се из буџета Републике Србије, изворних прихода и евентуално буџета аутономне покрајине када су послови аутономне покрајине поверени јединицама локалне самоуправе, у складу са одлуком скупштине аутономне покрајине. Средства која чине буџет јединице локалне

18 Закон о утврђивању надлежности Аутономне Покрајине Војводине, „Службени гласник РС”, бр.99/2009, 67/2012. Одлуком Уставног суда Републике Србије чак 22 одредбе тог закона оцењене су као неуставне, међу којима су одредбе о Новом Саду као главном граду Покрајине, та да Војводина може оснивати своје представништво у Бриселу и др. Такву одлуку Уставни суд је образложио полазећи од тога да је децентрализација државне власти један од основних принципа прокламованих Уставом, и да је једино уставотворац овлашћен да одреди границе децентрализације. Како „важећи Устав таксативно наводи области у којима аутономна покрајина може имати сопствене надлежности и истовремено је утврдио да ће се законом одредити која су то питања у овим областима од покрајинског значаја”, Уставни суд је утврдио да су неуставне оне одредбе Закона којима се АП Војводини преносе надлежности у областима које нису предвиђене Уставом: Одлука Уставног суда ИУз бр. 353/2009, објављена „Службеном гласнику РС”, бр. 67/2012.

19 Закон о финансирању локалне самоуправе, „Службени гласник РС”, бр. 62/2006, 47/2011, 93/2012, 99/2013.

самоуправе обезбеђују се из изворних прихода, уступљених прихода, трансфера, примања по основу задуживања и других прихода утврђених законом. Ипак, ако јединица локалне самоуправе није у могућности да обезбеди средства из сопственог буџета за обављање послова из своје надлежности, обезбеђују се допунска средства из државног буџета. Локална самоуправа изворна средства обезбеђује из прихода остварених на својој територији – пореза на имовину, локалне административне таксе, боравишна такса, локалне комуналне таксе, накнада за коришћење грађевинског земљишта, накнада за уређивање грађевинског земљишта, заштиту и унапређење заштите животне средине, новчане казне из прекршајног поступка.

Грађани могу остваривати своје право на локалну самоуправу непосредно путем грађанске иницијативе, збора грађана, референдума и месне заједнице.<sup>20</sup> Грађанска иницијатива покреће се статутом утврђеним бројем потписа грађана. Њоме грађани могу предложити скупштини јединице локалне самоуправе да донесе акте којима се уређују питања из надлежности јединице локалне самоуправе, да промени статут или пак да распише референдум. На другој страни права грађана стоји дужност скупштине да о предлогу грађана одржи расправу и да достави образложен одговор грађанима. Збор грађана се сазива за део територије јединице локалне самоуправе утврђен статутом, расправља и може давати предлоге о питањима која су у надлежности органа јединице локалне самоуправе, а захтеве и предлоге усваја већином гласова присутних и упућује их скупштини или органима и службама јединице локалне самоуправе, који су дужни да размотре захтеве и предлоге и о њима заузму став или донесу одговарајућу одлуку или меру, о чему ће обавестити грађане. С друге стране, скупштина јединице локалне самоуправе може на сопствену иницијативу да распише референдум о питањима из своје надлежности, а дужна је да га распише на предлог најмање 10 одсто бирача од укупног бирачког тела у јединици локалне самоуправе. Одлука путем референдума донета је ако се за њу изјаснила већина грађана која је гласала, под условом да је гласало више од половине укупног броја грађана. Таква одлука је обавезна и скупштина јединице локалне самоуправе не може је ставити ван снаге нити се може мењати изменама и допунама у периоду од годину дана од њеног доношења.

За разлику од претходних облика, месна заједница је облик сталног непосредног учешћа грађана у остваривању локалне самоуправе, као облик интересног самоорганизовања грађана, а ради рационалнијег и ефикаснијег остваривања заједничких интереса и права. Једна месна заједница може се основати и за два или више села, а могу се оснивати и у градским насељима – квартал, четврт и сл. О образовању, подручју за које се образује и укидању месних заједница одлучује скупштина општине или града, уз претходно прибављено мишљење грађана. За месну заједницу је специфично то да она има својство правног лица у оквиру права и дужности утврђених статутом и одлуком о оснивању. Такође,

20 Чл. 67-77 Закона о локалној самоуправи.

одлуком скупштине општине или града може се појединим или чак свим месним заједницама поверити вршење одређених послова из надлежности општине или града, наравно уз обезбеђивање средстава у те сврхе.

Органи локалне самоуправе су скупштина општине, председник општине, општинско веће и општинска управа<sup>21</sup>.

Скупштина општине је највише локално представничко тело и једино је скупштина општине уставна категорија, јер су остали органи предвиђени законом и статутом општине. Према Уставу Републике Србије<sup>22</sup>, скупштина доноси опште акте из своје надлежности, усваја буџет и завршни рачун општине, доноси план развоја и просторни план општине, расписује општински референдум. За разлику од републичке скупштине, скупштину општине не чине посланици већ одборници чији је број одређен статутом, а које бирају грађани на непосредним изборима, тајним гласањем. Тамо где је становништво мешовитог националног састава мора постојати сразмерна заступљеност националних мањина у скупштини.

Председник општине и општинско веће су извршни органи општине. Председник општине је иносекторни извршни орган општине и по положају је и председник општинског већа, које је колегијални орган у општини. Кандидата за председника општине предлаже председник скупштине општине. Кандидат за председника из реда одборника предлаже свог заменика кога бира скупштина исто као и председника општине. Председник општине представља и заступа општину, предлаже начин решавања питања о којима одлучује скупштина, усмерава и усклађује рад општинске управе, доноси појединачне акте и врши друге послове. Он представља и општинско веће, сазива и води његове седнице, одговоран је за законитост рада општинског већа и дужан је да обустави од примене одлуку општинског већа за коју сматра да није сагласна закону.

Општинско веће је колегијални извршни орган и чине га председник општине, заменик председника општине и чланови општинског већа (који не могу истовремено бити и одборници у скупштини), чији се број утврђује статутом општине и које бира скупштина општине тајним гласањем. Мандатар кандидата за чланове општинског већа је кандидат за председника општине, па када скупштина одлучује о кандидату за председника општине, одлучује и о избору заменика председника општине и чланова општинског већа. Док је председник општине председник општинског већа по положају, заменик председника општине је члан општинског већа по функцији.

Општинско веће предлаже статут, буџет и друге одлуке и акте које доноси скупштина, непосредно извршава и стара се о извршавању одлука и других аката скупштине општине, врши надзор над радом општинске управе, поништава и укида акте општинске управе који нису у са-

21 Чл. 27–64 Закона о локалној самоуправи.

22 Чл. 191 Устава Републике Србије.

гласности са законом, статутом и другим општим актом или одлуком које доноси скупштина општине, решава у управном поступку у другом степену у управним стварима из надлежности општине, стара се о извршавању поверених надлежности из оквира права и дужности Републике Србије, односно аутономне покрајине, извештава скупштину општине о извршавању одлука и других аката скупштине општине, поставља и разрешава начелника општинске управе, односно начелника управе за поједине области, даје сагласност на акт начелника општинске управе о унутрашњем уређењу и систематизацији општинске управе. Када престане мандат скупштини општине, престаје мандат и извршним органима општине, који у том случају обављају текуће послове из своје надлежности све до ступања на дужност новог председника општине и општинског већа, или председника и чланова привременог органа, уколико је дошло до распуштања скупштине.

Орган општине који је носилац управне функције јесте општинска управа. Она се образује као јединствен орган, мада се могу образовати и општинске управе за поједине области тамо где општине броје преко 50.000 становника. На челу општинске управе налази се начелник који за свој рад и рад управе одговара скупштини општине и општинском већу у складу са статутом општине и актом о организацији општинске управе. И када образована као јединствен орган, у оквиру општинске управе могу се образовати унутрашње организационе јединице за вршење сродних послова. Општинска управа припрема нацрте прописа и других аката које доноси скупштина општине, председник општине и општинско веће, извршава одлуке и друге акте скупштине општине, председника општине и општинског већа, решава у управном поступку у првом степену у управним стварима из надлежности општине, обавља послове управног надзора над извршавањем прописа и других општих аката скупштине општине, извршава законе и друге прописе чије је извршавање поверено општини и обавља стручне и друге послове које утврди скупштина општине, председник општине и општинско веће.

Органи града су скупштина града, градоначелник, градско веће и градска управа, те се одредбе Закона о локалној самоуправи које се одnose на општину сходно примењују на органе и надлежност органа града. Што се тиче града Београда, у њему се поставља и градски менаџер који је заправо помоћник градоначелника у области економског развоја у градској управи и градски архитекта у области урбанизма.

Надзор над функционисањем локалне самоуправе врше Влада и ресорно министарство, којима су Уставом и законом дати различити механизми контроле, ради обезбеђења уставности и законитости поступања, у виду обустављања извршења акта јединице локалне самоуправе, покретања одговарајућих поступака, укидања или поништавања аката органа локалне самоуправе или пак распуштања скупштине јединице локалне самоуправе.<sup>23</sup>

23 Чл. 192 Устава РС и чл. 78-87 Закона о локалној самоуправи. Контрола управе може бити и неформалног облика, односно контрола цивилног сектора, што је



Заштиту права, локалне самоуправе могу тражити и по Уставу Републике Србије и по Закону о локалној самоуправи преко органа одређеног статутом јединице локалне самоуправе, омбудсмана и Савета за међунационалне односе. Орган одређен статутом јединице локалне самоуправе може покренути поступак за оцену уставности или законитости закона или другог општег акта Републике Србије или аутономне покрајине пред Уставним судом, или изјавити жалбу Уставном суду против појединачних аката или радњи државних органа или органа јединице аутономне покрајине којима се онемогућава вршење надлежности јединице локалне самоуправе.<sup>24</sup>

## 5. ИЗВЕШТАЈ ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ О НАПРЕТКУ СРБИЈЕ ЗА 2014. ГОДИНУ<sup>25</sup>

Европски савет одобрио је Републици Србији статус кандидата у марту 2012. године, а касније је одлучио да отвори приступне преговоре који су формално отпочели у јануару 2014. године. Споразум о стабилизацији и придруживању између Србије и ЕУ ступио је на снагу у септембру 2013. године.

Сваке године, почев од 2005. за тадашњу Државну заједницу Србију и Црну Гору, па од 2006. за Републику Србију, Европска комисија извештава Савет и Парламент о напретку Србије у европским интеграцијама, процењујући напоре наше државе да испуни критеријуме и услове из процеса стабилизације и придруживања. Извештај о том напретку увек има исту структуру и обухвата опис односа РС и ЕУ, анализу стања у Србији у погледу политичких критеријума за чланство, али и економских критеријума, испитивање капацитета Србије да преузме обавезе које проистичу из чланства односно правне тековине изражене

пракса у свету, али и код нас. Више: <http://www.cesid.org/images/Prirucnik%20za%20pracenje%20rada%20lokalne%20samouprave.pdf>, 14. септембар 2014.

24 Чл. 193. Треба разликовати жалбу Уставном суду која се подноси у пет случајева тачно одређених Уставом (на одлуку донету у вези са потврђивањем мандата народног посланика, против одлуке Високог савета судства о престанку судијске функције, против одлуке Народне скупштине о престанку функције јавног тужиоца, ако се појединачним актом онемогућава вршење надлежности аутономне покрајине и у случају онемогућавања вршења надлежности општине појединачним актом или радњом државног органа или јединице аутономне покрајине) и уставну жалбу предвиђену чл. 170 Устава РС која се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту. Уставна жалба детаљније је регулисана Законом о Уставном суду, „Службени гласник РС”, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013, уз одлуку Уставног суда РС.

25 Стратегија проширења и кључни изазови за период 2014-2015, Брисел, 8. октобра 2014, СВД (2014) 302, [http://www.seio.gov.rs/upload/documents/eu\\_dokumenta/godisnji\\_izvestaji\\_ek\\_o\\_napretku/Izvestaj\\_o\\_napretku\\_dec14.pdf](http://www.seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/Izvestaj_o_napretku_dec14.pdf).

у Уговорима, секундарном законодавству и политици ЕУ. Сам напредак се процењује на основу већ донетих одлука, усвојеног законодавства, али можда и најважније – на основу спроведених мера.

У најновијем Извештају Европске комисије за 2014. годину из Брисела, из октобра, у оквиру сегмента који се односи на демократију и владавину права, сагледани су, између осталог, и избори спроведени на локалном нивоу у светлу поштовања основних принципа спровођења фер и демократских избора, при чему је нађено да су, конкретно и на нивоу града Београда, били инклузивни и транспарентни са стварно понуђеним избором гласачима и ефикасним процедурама, те да је кампања протекла мирно уз неколико изолованих инцидената и случајева застрашивања гласача, а да је генерално правни оквир који се тиче спровођења избора, па и локалних, у складу са међународним стандардима. Ипак, запажено је да неке од препорука међународних посматрача избора у Србији нису биле спроведене, као што су оне које се односе на транспарентност финансирања кампање. Што се тиче локалне самоуправе, оцењено је да је административни и управљачки капацитет на локалном нивоу и даље слаб, те да постоје знатне разлике међу општинама. Према запажању Комисије, Национални савет за децентрализацију и међуминистарска комисија задужена за финансије општина остали су и даље неактивни, а уочено је и да не постоје инструменти за праћење функција које су делегиране општинама. Критике су упућене и на лоше спровођење закона о финансирању општина, у смислу израчунавања износа средстава одређених за пренос од министарстава. Коначно, локалне власти се недовољно консултују поводом доношења прописа који су од интереса за локалне власти, односно локалну самоуправу, а правни оквир који се односи на локалну самоуправу мора бити унапређен.

Европска комисија, генерално говорећи о положају државних службеника у државној управи, али и на локалном нивоу, запажа да се на службенике на локалном нивоу у недостатку посебних прописа, примењују општи прописи о раду, те да је неопходно извршити реформе у погледу одређивања статуса локалних службеника, обуке службеника на локалном нивоу и њиховог стручног усавршавања.

Оно што је истакнуто као позитивно, свакако је развој цивилног друштва који је највећи управо на локалном нивоу.

Посебан сегмент Извештаја Комисије тиче се способности преузимања обавеза које се тичу чланства у Европској унији. У оквиру различитих поглавља о локалној самоуправи говори се у контексту поштовања људских права, односно стварања амбијента за остваривање тих права кроз нормативну активност и практичну делатност, како државе у целини, тако и локалних посленика. У погледу права детета, недостатак финансијских средстава препознат је као једна од главних препрека инклузији деце са сметњама у развоју у редовним школама на локалном нивоу, те Комисија сматра да на нивоу локалне заједнице треба у овој области објединити здравствене услуге, услуге образовања и социјал-

не заштите. Услуге подршке лицима која припадају социјално рањивим групама и лицима са инвалидитетом и даље су веома ограничене, те овим лицима треба пружити већу подршку и омогућити социјалну инклузију лица са инвалидитетом у погледу запошљавања, образовања и доступности услуга на нивоу локалне заједнице. Када су у питању права националних мањина, уочено је да су локални савети за међуетничке односе недовољно искоришћени, а да је неопходно увећати заступљеност националних мањина и у локалним органима власти. Побољшање је уочено на пољу сарадње са локалним властима поводом стамбеног збрињавања Рома и других облика помоћи. О неопходном већем ангажовању локалне самоуправе говори се и у погледу решавања статуса избеглица, а већи број општина је усвојио локалне акционе планове за побољшање положаја избеглица и интерно расељених лица. Неопходна је боља координација рада свих институција укључених у рад на ирегуларним миграцијама на локалном нивоу. У области трговине људима, проширена је мрежа локалних тимова за сузбијање трговине људима и распрострањена је на седамнаест локација у Републици Србији. У погледу финансијске контроле, инсистира се на већем разумевању управљачке одговорности стандарда интерне контроле, како на централном, тако и на локалном нивоу.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Држава се више не може посматрати одвојено од грађана, као апстрактна појава чија су основна средства наредба и сила. Држава има социјалну функцију коју може остварити једино непосредним увидом у потребе својих грађана и омогућеним приступом грађана државним институцијама. Ипак, и поред свих услова за то, државна управа није у могућности да сагледа све проблеме становништа и нужно мора имати своје „агенте” на локалном нивоу. И поред тога, иако су декларативно грађани у њеном фокусу, испоставе државне управе на локалу остају верне интересима који нису од значаја за локално становништво већ за државу као целину (убирање пореза за републички буџет и сл.). Из тих разлога, свест о томе да проблеме локалног становништа најбоље познају становници тог подручја, развија се концепт о локалној самоуправи који подразумева слободу и самосталност локалног становништва да одлучују о питањима који су од великог значаја за њихов свакодневни живот. Алексис де Токвил је, управо пишући о слободи, говорио о локалној самоуправи као њеној основи, као инструменту који државну власт претвара у службу која грађанима показује своје другачије лице, да постоји због грађана, да би њима живот учинила бољим.

Без обзира на то како је регулисана унутрашњим правом држава чланица, Савет Европе указао је на то да остварења људских права нема без успостављања локалне самоуправе, апострофирајући све оне особине и достигнута права које савремена локална самоуправа мора поседо-

вати да би вршила своју основну функцију. Локална самоуправа постоји у читавом свету и тешко је замислити да се живот у локалној заједници одвија без полуга дефинисаних законом које ће локалном становнишву омогућити решавање свакодневних проблема. Правом грађана на локалну самоуправу ограничава се државна власт и тиме спречава њена самовоља у односу на грађане и успоставља контрола ради бољег функционисања државе у складу са њеним основним функцијама, а том праву одговара обавеза државе да створи услове за континуирано функционисање локалне заједнице као целине и њена детаљна регулисаност законом у складу је са том обавезом. У нашој земљи, локална самоуправа је издигнута на највиши ниво и уставна је категорија што јој даје јачу снагу и ефикаснију заштиту од евентуалне повреде. Иако је сама посебно право, остварењем права на локалну самоуправу остварује се и читав корпус људских права која гарантују Устав и међународни акти.

Правне државе нема без локалне самоуправе, али ни демократије, која у свом правом и чистом облику постоји управо када грађани непосредно учествују у обављању послова локалне самоуправе, код нас нарочито у месним заједницама које су облик сталног учешћа грађана у вршењу послова од интереса за локално становништво.

*Katarina Raković, MA\**

## TRANSFORMATION OF LOCAL SELF- GOVERNMENT IN THE CONTEXT OF EUROPEAN INTEGRATION

### Summary

*Local self-government, in the same time, represents an autonomic management system of the area narrower than state, but also right guaranteed by Constitution. It involves several ideas. The first is the realization of citizens' rights to be self-organized in purpose of satisfying the needs that are important for local population, the other is approaching the state administration as public service to its final users, citizens, and finally, the idea of defining the tasks of local importance which is placed under the responsibility of the local authorities with providing the necessary autonomy in regulation and performing tasks. This idea of local government derives from the theories of Administrative and Constitutional law, but also from the postulates of the European Charter of Local Self-Government adopted by the European Council in 1985, which provides the fundamentals of local democracy. Our country accepted European values as a consequence of its determination entering the European Union, understood as*

\* Katarina Raković, MA. Court assistant, PhD candidate, Faculty of Law, University of Belgrade. The work is the result of research within the European Union Law course at the doctoral studies at the Faculty of Law, University of Belgrade.

*high standards of providing and respecting the basic human rights and freedom, by signing the Stabilisation and Association Agreement (SAA), and that's the reason why this Paper analyses is about local self-government in our country, how it was conceived in our law, perceiving how near is that concept to the ideal of local self-government defined by European Union law.*

*Key words: The right of citizens. – Autonomic management system. – Local self-government in the Republic of Serbia. – EU law.*

*Lektor i korektor*

Irena Popović

*Tehnički urednik*

Zoran Grac

*Korice*

Marija Vuksanović

*Priprema i štampa*

Dosije studio, Beograd

ISBN 978-86-7630-469-1

*Tiraž*

300

*Adresa redakcije*

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu  
Centar za izdavaštvo i informisanje  
Bulevar kralja Aleksandra 67  
Tel./faks: 30-27-725, 30-27-776  
e-mail: centar@ius.bg.ac.rs  
web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизacija у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд  
340.137(4-672EU:497.11)(082)

PERSPEKTIVE implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije : zbornik radova. Knj. 4 / priredio Stevan Lilić. – Beograd : Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2014 (Beograd : Dosije studio). – 355 str. ; 24 cm. – (Biblioteka Zbornici)

Na spor. nasl. str.: Perspectives of Implementation of European Standards in Serbian Legal System. – Tekst lat. i ćir. – Tiraž 300. – Str. 9–10: Predgovor / urednik ; Forward / editor. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-469-1

1. Лилић, Стеван [уредник] [аутор додатног текста]

а) Право – Хармонизација – Европска унија – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 212155404