

Универзитет у Приштини  
са привременим седиштем у Косовској Митровици  
**ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**  
Научни скуп са међународним учешћем  
**„ПРАВО У ФУНКЦИЈИ РАЗВОЈА ДРУШТВА“**

---

Ставови и закључци изнесени у чланцима лични су ставови њихових аутора и не изражавају мишљење уредништва.

Универзитет у Приштини  
са привременим седиштем у Косовској Митровици  
**ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**  
Зборник радова  
**„ПРАВО У ФУНКЦИЈИ РАЗВОЈА ДРУШТВА“**

---

**Издавач:**

Правни факултет Универзитета у Приштини  
са привременим седиштем у Косовској Митровици,  
Лоле Рибара 29, 38220 Косовска Митровица, тел. 028.425.336, [www.pra.pr.ac.rs](http://www.pra.pr.ac.rs)

**За издавача**

проф. др Владан Михајловић, декан

**Главни и одговорни уредник**

Проф. др Дејан Мирковић

**Уређивачки одбор**

**Чланови из земље:**

Проф. др Владан Михајловић, проф. др Јелена Беловић, проф. др Дејан Мирковић,  
проф. др Олга Јовић Прлаиновић, доц. др Огњен Вујовић (Правни факултет  
Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици),  
проф. др Андреја Катанчевић, доц. др Валентина Цветковић Ђорђевић (Правни  
факултет Универзитета у Београду)

**Чланови из иностранства:**

Академик САНУ Елена Јурјевна Гуськова (Институт за славистичке студије Руске  
академије наука, Руска Федерација), dr Valerio Massimo Minale (University of Naples  
„Federico II“, Универзитет у Напуљу, Италија), проф. др Марија Амповска  
(Универзитет „Гоце Делчев“, Штип, Правни факултет, Северна Македонија)

**Секретар Уређивачког одбора:**

Асс. Горан Тишић

**Технички уредник:**

Младен Годоровић

**Дизајн корица:**

Димитрије Милић

**Штампа:** Кварк, Краљево

**Тираж:** 100 примерака

**ISBN 978-86-6083-059-5**

Штампање овог Зборника помогло је Министарство просвете,  
науке и технолошког развоја Републике Србије

УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ  
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ  
**ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**



---

**ЗБОРНИК РАДОВА**  
ПРАВО У ФУНКЦИЈИ РАЗВОЈА ДРУШТВА

**COLLECTION OF PAPERS**  
THE ROLE OF LAW IN SOCIAL DEVELOPMENT

---

Научни скуп са међународним учешћем одржан је 24. маја 2019. године на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

---

**Том I**

Косовска Митровица, 2019.



## САДРЖАЈ

### ТЕОРИЈА ПРАВА, СОЦИОЛОГИЈА И ЕКОНОМИЈА

<b>Др Борис БЕГОВИЋ</b> СМЕРНИЦЕ ЗА ВРЕДНОВАЊЕ ХОРИЗОНТАЛНИХ КОНЦЕНТРАЦИЈА: ОСНОВНЕ ДИЛЕМЕ И МОГУЋА РЕШЕЊА ЗА ЗЕМЉЕ БЕЗ ДУГЕ ТРАДИЦИЈЕ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ	13
<b>Др Саша Б. БОВАН</b> ПРАВНА ХЕРМЕНЕУТИКА КАО ВЕШТИНА И ТЕОРИЈА ТУМАЧЕЊА ПРАВА	29
<b>Др Велибор ЦОМИЋ</b> МОДЕЛИ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ЕПАРХИЈЕ РАШКО-ПРИЗРЕНСКЕ СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ	51
<b>Др Петар АНЂЕЛКОВИЋ</b> ЕКОНОМСКИ НЕОКОЛОНИЈАЛИЗАМ – СЈАЈ И БЕДА ПРАВА	73
<b>Др Љубомир МИТРОВИЋ, др Славка МИТРОВИЋ</b> ЗАКОН О ЗАДРУГАМА – ДЕТЕРМИНАНТА ПРАВНОГ ОКВИРА ОРГАНИЗОВАЊА И ПОСЛОВАЊА ЗАДРУГА	91
<b>Др Радомир СТОЈАНОВИЋ</b> ОДНОС ПРАВА И ПОЛИТИКЕ	111
<b>Др Драгана ЋОРИЋ</b> КАКО ПРАВО КРЕИРА (ДРУГАЧИЈУ) СТВАРНОСТ	119
<b>Никола ИЛИЋ</b> ИНСТИТУЦИЈЕ И ПРИВРЕДНИ РАСТ АУТОНОМНЕ ПОКРАЈИНЕ КОСОВО И МЕТОХИЈА	129
<b>Радица НЕДЕЉКОВИЋ</b> ПРАВОСЛАВНА РЕЛИГИЈА КАО ФАКТОР ДРУШТВЕНОГ РАЗВОЈА И ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ	143
<b>Александра МИТРОВИЋ</b> ПРАВО КАО ДРУШТВЕНА ПОЈАВА – СОЦИОЛОШКО-ПРАВНИ АСПЕКТ	157

## ИСТОРИЈСКО ПРАВНА ОБЛАСТ

<b>Др Милена ПОЛОЈАЦ</b> ТРАКТАТ КРИСТИЈАНА ТОМАЗИЈА О АКВИЛИЈЕВОМ ЗАКОНУ И ТЕОРИЈА О ПРАВНИМ ТРАНСПЛАНТИМА АЛАНА ВОТСОНА	177
<b>Др Андреја КАТАНЧЕВИЋ</b> LEX CORNELIA DE INIURIIS	195
<b>Др Валентина ЦВЕТКОВИЋ-ЂОРЂЕВИЋ</b> НЕМАЧКА ИСТОРИЈСКОПРАВНА ШКОЛА И СРПСКА РОМАНИСТИКА У XIX ВЕКУ	209
<b>Др Огњен ВУЈОВИЋ</b> О ДЕЛИКТУ ПРЕВАРЕ	235
<b>Др Далибор ЂУКИЋ</b> УСТРОЈСТВО СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ И БРАЧНО ПРАВО У КРАЉЕВИНИ СХС- ЈУГОСЛАВИЈИ	251
<b>Др Милош ЦВЕТКОВИЋ</b> ОСНОВЕ ВИЗАНТИЈСКОГ ПОГРАНИЧНОГ ВОЈНО-УПРАВНОГ УРЕЂЕЊА ОД VII ДО X ВЕКА	267
<b>Милан МИЛУТИН</b> О ДУЖНИЧКОЈ ДОЦЊИ У D.45.1.91.3	295
<b>Уна ДИВАЦ</b> АТИНСКЕ ДЕМЕ У СВЕТЛУ СУДСКИХ БЕСЕДА	311
<b>МЕЂУНАРОДНО ПРАВНА ОБЛАСТ И ЕВРОПСКО ПРАВО</b>	
<b>Др Марија КРВАВАЦ</b> ICSID АБИТРАЖА- ПОСЛОВНИ СУД	331
<b>Др Бојан МИЛИСАВЉЕВИЋ</b> ОПШТА ПРАВНА НАЧЕЛА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ	347
<b>Др Драган БАТАВЕЉИЋ, Мр Ратомир АНТОНОВИЋ, Драган ИЛИОСКИ</b> ПРАВНИ АСПЕКТИ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	365

<b>Др Зоран ЈОВАНОВСКИ, Др Елена ИВАНОВА</b> УТИЦАЈ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЉУДСКА ПРАВА НА НАЦИОНАЛНО ПРАВО И ПРАКСУ	377
<b>Др Срђан СЛОВИЋ</b> КОНЦЕПТ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА У РЕАЛИСТИЧКИМ ТЕОРИЈАМА МЕЂУНАРОДНИХ ОДНОСА	391
<b>Др Јелена ЋЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ</b> ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ФУНКЦИЈИ РАЗВОЈА ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА	409
<b>Др Дејан МИРОВИЋ</b> ПОРЕЂЕЊЕ БРИСЕЛСКОГ СПОРАЗУМА СА УГОВОРМ САД И ПАНАМЕ ИЗ 1903. ГОДИНЕ У КОНТЕКСТУ ТЕОРИЈА КАРЛА ШМИТА О "ПРАЗНОМ СУВЕРЕНИТЕТУ"	425
<b>Кристиан КОВАЧ</b> ЗАШТИТА ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ У ПРАВУ САВЕТА ЕВРОПЕ	437
УСТАВНО ПРАВНА, УПРАВНО ПРАВНА И РАДНО ПРАВНА ОБЛАСТ	
<b>Др Владан МИХАЈЛОВИЋ</b> ПРОТИВУРЕЧНОСТ (ИЛИ НЕ) ИЗМЕЂУ НОРМАТИВНОГ И СТВАРНОГ У УСТАВУ – ФОРМАЛНА СВОЈСТВА И ФУНКЦИЈА УСТАВА (ФОРМАЛНИ УСТАВ) ИЛИ ЊЕГОВА РЕАЛНА УЛОГА И МОЋ У РЕГУЛИСАЊУ ДРУШТВЕНОГ ЖИВОТА (СТВАРНИ УСТАВ)	461
<b>Др Љубиша ДАБИЋ</b> РАДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЛИЦА АНГАЖОВАНИХ ЗА РАД У ДРЖАВНОЈ РЕВИЗОРСКОЈ ИНСТИТУЦИЈИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	477
<b>Др Предраг ДИМИТРИЈЕВИЋ</b> ДЕЛОТВОРНОСТ АДМИНИСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУРА У ЈЕДИНИЦАМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ	499
<b>Др Слободан П. ОРЛОВИЋ</b> ТРИЈАНОНСКИ МИРОВНИ УГОВОР КАО ПРАВНИ ОСНОВ СЕВЕРНЕ СРПСКЕ ГРАНИЦЕ	519

<b>Др Дарко СИМОВИЋ</b> УСТАВНА НАЧЕЛА ОСТВАРИВАЊА ЉУДСКИХ ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	535
<b>Др Дејан ВУЧЕТИЋ, др Александар С. МОЈАШЕВИЋ</b> ПРАВНИ И ЕКОНОМСКИ ПОЛОЖАЈ ГРАДСКИХ ОПШТИНА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	561
<b>Др Јелена ВУЧКОВИЋ</b> ЉУДСКА ПРАВА И ЗАШТИТА ЛИЧНИХ ПОДАТАКА	579
<b>Др Милош ПРИЦА</b> УПРАВНА СТВАР И УПРАВНОСУДСКА СТВАР. ПРИЛОГ РЕФОРМИ СРПСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА И ПРАВОСУЂА	597
<b>Др Милан РАПАЈИЋ</b> РЕДОВНА ПРАВНА СРЕДСТВА У ЗАКОНУ О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ ИЗ 2016. ГОДИНЕ	641
<b>Др Бојан БОЈАНИЋ</b> ПОЛОЖАЈ НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ ПРЕМА УСТАВУ КЊАЖЕВСТВА СРБИЈЕ ИЗ 1869 – ПОВОДОМ 150 ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА	671
<b>Ружица КИЈЕВЧАНИН</b> НАДЛЕЖНОСТ УСТАВНОГ СУДА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	687
<b>Јована МИСАИЛОВИЋ</b> ЗАШТИТА ЖЕНА ОД ОТКАЗА УГОВОРА О РАДУ	705



## ПРЕДГОВОР

Наслов научне конференције са међународним учешћем чији смо домаћини "Право у функцији развоја друштва" је одабран после дужих консултација у редакционом одбору. Наша намера је била да обухватимо што више правних грана и области и да тема научне конференције не буде уско повезана са јавним или приватним правом, кривичним или грађанским, породичним или привредним, световним или канонским, унутрашњим или међународним. Желели смо да што већи број аутора изложи своје радове али и да се упореде правни аргументи и у цивилизованом и научном дијалогу допринесе решавању бројних правних али и проблема који се јављају у пракси у Србији и иностранству. Нажалост, ми запослени на Правном факултету Универзитета у Косовској Митровици смо свесни да друштвене околности веома утичу на испуњавање правних аката и правних норми. Годинама радимо у правном контексту и околностима које су саме по себи *sui generis*. Чиста теорија права Ханса Келзена тешко да се може применити на Косово и Метохију или на околности под којим радимо и у којима објављујемо своје научне радове и организујемо овакве научне конференције. Наравно, то не значи да одбацујемо основни правни унутрашњи и међународни оквир у којем се одвија ова научна конференција и наш рад, Устав Републике Србије из 2006. године и Резолуцију 1244 СБ УН из 1999. године који изричито прописују да је Косова и Метохија у правном и државном систему Републике Србије као њена јужна покрајина. Међутим, у нашем случају има и елемената међународног интревенционизма или оних уговора и друштвених околности ванредног стања које је најбоље описао чувени немачки правник Карл Шмит. У том контексту, публикација која је пред вама представља допринос развоју и разумевању друштва које нас окружује али и подизању правне науке на виши научни ниво. Коначно, са задовољством констатујемо да је велики број научника из Републике Србије и иностранства послао вредне и занимљиве радове који су презентирани у овој публикацији. Са задовољством смо их читали. Ауторима се и овом приликом захваљујемо и позивамо научну али и ширу јавност да са пажњом прочитају овај више него интересантан зборник. У њему има вредних доприноса научној теорији у свим гранама и областима права. Практичарима ће свакако бити интересантан и велики број правних чињеница које садржи овај зборник.

УРЕДНИК



## ТЕОРИЈА ПРАВА, СОЦИОЛОГИЈА И ЕКОНОМИЈА



**Борис БЕГОВИЋ**

Правни факултет Универзитета у Београду<sup>1</sup>

**СМЕРНИЦЕ ЗА ВРЕДНОВАЊЕ ХОРИЗОНТАЛНИХ  
КОНЦЕНТРАЦИЈА:  
ОСНОВНЕ ДИЛЕМЕ И МОГУЋА РЕШЕЊА ЗА ЗЕМЉЕ БЕЗ ДУГЕ  
ТРАДИЦИЈЕ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ<sup>2</sup>**

**Апстракт:** Циљ рада је да, испитујући основне дилеме, скицира садржај смерница за вредновање хоризонталних концентрација уз земљи, попут Србије, без дуге традиције права конкуренције. Смернице треба да буду самостално формулисане, узимајући и обзир европска решења у погледу смерница, као и Закон о заштити конкуренције који је већ у овој области усаглашен са европским прописима. У том смислу, смернице треба да дефинишу редослед потеза вредновања, законски одређен правни стандард дозвољености концентрација треба детаљно разрадити, дефинисање релевантног тржишта треба да буде предмет посебних смерница, а оквир за јасно сагледавање унилатерални и координативни ефеката треба да буде дефинисан. Разматрање моћи купца треба да буде укључено у смернице, исто као и разматрање баријера уласку, аргумента ефикасности и аргумента предузећа у финансијским тешкоћама. Смернице треба да у одређеној мери буду обавезујуће за надлежно тело.

**Кључне речи:** *контрола концентрација, смернице, вредновање хоризонталних концентрација, релевантно тржиште, правни стандард дозвољености.*

## 1. УВОД

Контрола концентрација је трећи стуб права конкуренције. Њом се предупређује стварање непожељних тржишних структура – оних које представљају погодну основу за она понашања ученика на тржишту којима се повређује конкуренција на тржишту. Наравно, ма колико успешна била контрола концентрација, то не значи да се њоме спречавају повреде конкуренције у виду рестриктивних споразума и злоупотребе

---

<sup>1</sup> Редовни професор, begovic@ius.bg.ac.rs.

<sup>2</sup> Срдачно захваљујем Николи Илићу, Душану Поповићу, Ивани Ракић и Бојану Ристићу на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, одговорност за евентуалне преостале грешке или за изнете вредносне судове сноси искључиво аутор овог рада.

доминантног положаја – те повреде, у знатној мери, настају независно од процеса концентрација. Но, контрола концентрација, која доводи до забране неких од њих, умањује, бар у одређеној мери, вероватноћу да ће доћи до повреда конкуренције.

Под концентрацијама се у овом раду подразумевају различити облици статусног или уговорног обједињавања учесника на тржишту којима се на трајној основи мења пословна контрола над једним или више учесника на тржишту и којима се они доводе под заједничку пословну контролу, чиме се остварују пословно јединство свих учесника у концентрацији који су до тада били независни.<sup>3</sup>

Рад који следи заснива се на неколико полазних претпоставки. Прва је да је контрола концентрација пожељна компонента права конкуренције у земљама на средњем нивоу привредне и институционалне развијености, попут Србије, независно од тога колико је дуга традиција права конкуренције у њима.<sup>4</sup> Друга претпоставка јесте да је у таквој земљи предвиђена *ex ante* контрола концентрација, тј. да постоји обавеза пријављивања концентрација пре њихове реализације, на основу чега тело за заштиту конкуренције вреднује њихове ефекте на конкуренцију, да би их дозволило (безусловно или условно) или забранило. Трећа претпоставка јесте да је пожељно да детаљи поступка контроле концентрације и њиховог вредновања са становишта последица које стварају по конкуренцију не буду дефинисани у закону о заштити конкуренције одређене земље, већ да то треба да буде учињено у одговарајућем подзаконском документу, смерницама, односно упутству које доноси тело надлежно за заштиту конкуренције. Трећа претпоставка се заснива на ставу да је поступак вредновања концентрација потребно детаљно и јасно спецификовати, како би се умањио регулаторни ризик са којим се суочавају учесници на тржишту и тиме увећала њихова правна сигурност.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Видети: И. Ракић, Б. Ристић, „О потреби доношења смерница за оцену хоризонталних концентрација у Републици Србији“, *Право и привреда*, 2019. (у штампи). Законска дефиниција концентрација налази се у члану 17 Закона о заштити конкуренције (у даљем тексту ЗЗК), Службени гласник РС, 51/2009.

<sup>4</sup> Уколико земља није достигла тај ниво развијености, контрола концентрација не мора бити пожељна. Видети: В. Begović, D. Popović, „Merger Control and Economic Growth of LDCs: Some Observations and Recommendations“, *54 Review of Industrial Organization*, 2/2019, 381-408.

<sup>5</sup> Регулаторни ризик произлази из неизвесности у погледу прописа, пре свега неизвесности њихове постојаности, односно промене, али и, нарочито, неизвесности у погледу начина њихове примене од стране надлежних државних тела. Што је мања дискреција надлежних тела, мања слобода у примени прописа, па је нижи ниво ове врсте регулаторног ризика. Видети: Б. Беговић, В. Павић, „Јасна и непосредна

Полазећи од тих претпоставки, циљ рада је да испита основе дилеме у погледу садржаја смерница за контролу концентрација и да, као резултат, формулише скицу одговора којима би се те дилеме разрешиле. Разматрању тих дилема претходи указивање на основна неспорна начела добро формулисаних смерница за контролу концентрација у земљи, попут Србије, без дуге традиције права конкуренције. Следи закључак.

Иако су резултати ове анализе релевантни пре свега за Србију, они могу да се примене у свим случајевима земаља на средњем нивоу привредне и институционалне развијености и без дуге традиције права конкуренције.

## **2. ОСНОВНА НЕСПОРНА НАЧЕЛА СМЕРНИЦА ЗА КОНТРОЛУ КОНЦЕНТРАЦИЈА**

Готово тривијално звучи став да смернице за контролу концентрација треба да буду у складу са законским решењима у овом погледу, али нити у једном тренутку разматрања ово начело не треба изгубити из вида. ЗЗК у члану 19, став 1 дефинише тест за оцену дозвољености концентрација: „Концентрације учесника на тржишту су дозвољене, осим ако би значајно ограничиле, нарушиле или спречиле конкуренцију на тржишту Републике Србије или његовом делу, а нарочито ако би то ограничавање, нарушававање или спречавање било резултат стварања или јачања доминантног положаја“. Стога будуће смернице за контролу концентрација треба да пођу од оваквог решења у погледу правног стандарда дозвољености концентрација, а не да му противрече или да га занемарују. Као што је већ напоменуто у литератури, смернице не служе да замене закон, већ да на основу законских решења дефинишу практичне кораке спровођења поступка контроле и вредновања концентрација.<sup>6</sup> Такође, треба водити рачуна и о постојећим подзаконским прописима и начину на који ће њихова решења утицати на примену смерница. То подразумева да процес доношења нових смерница ове врсте може да укаже на потребу измене неких подзаконских прописа и смер у коме они треба да се мењају.

Текст смерница треба да буде такав, сходно трећој полазној претпоставци изнетој у уводу рада, да детаљно и јасно спецификује

---

опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2009, 74.

<sup>6</sup> Видети: И. Ракић, Б. Ристић, *op. cit.* 4. Уколико дође до фундаменталне промене закона у погледу правног стандарда дозвољености концентрација, онда би било неопходно да се реформулишу и смернице у том погледу и прилагоде новом законском решењу.

процес контроле концентрација, укључујући и вредновање њихових ефеката на конкуренцију, како би се увећавала правна сигурност свих учесника на тржишту, а пре свих оних који разматрају или си започели да спроводе процес концентрације. То се нарочито односи на потребу ближег одређивања критеријума за вредновање концентрација у погледу њиховог утицаја на конкуренцију, што значи свеобухватну разраду законом одређеног правног стандарда дозвољености концентрација. Таква разрада би омогућила учесницима на тржишту који разматрају, односно планирају концентрацију, а на основу информација које садрже смернице, да сами, пре него што ту концентрацију пријаве, оцене њене последице по конкуренцију, односно, Из другог угла посматрано, она би омогућила учесницима концентрације да у великој мери предвиде како ће надлежно тело за заштиту конкуренције да вреднује ту њихову концентрацију и какав ће бити исход тог вредновања. Управо на тај начин, поштовањем овог начела, доношење и примена смерница за контролу концентрација увећава правну сигурност учесника на тржишту.

Коначно, једно од неспорних начела можда и не спада у ту групу – можда може да буде спорно. Реч је о обухвату смерница за контролу концентрација: шта све те смернице треба да обухвате. Једна могућа опција јесте да смернице треба да буду свеобухватне, како би се њима дефинисало све оно што је од важности за целокупан процес контроле концентрација. Такве смернице би неминовно биле веома комплексне, а то свакако није добро у земљи у којој се оне први пут доносе. Надаље, теоријски налази до којих је дошла индустријска организација као специјализована грана економске науке, као и дугогодишња пракса примене права конкуренције у свету, недвосмислено су показали се да су хоризонталне концентрације, далеко опасније за стварање неконкурентних тржишних структура од вертикалних и конгломератских. То је последица чињенице да хоризонталне концентрације на тржишне структуре делују непосредно, умањењем броја конкурената и слабљењем конкурентског притиска до кога на тај начин може да дође. Стога је оправдано да смернице у потпуности буду усредсређене на вредновање хоризонталних концентрација, прецизније речено, на вредновање њихових последица по конкуренцију, а да се област вертикалних и конгломератских концентрација препусти другим смерницама. Тиме што су смернице усредсређене на вредновање концентрација постаје неминовно да оне не треба да се баве уређивањем начина пријављивања концентрација надлежном телу. Овим се дефинише и пожељан обухват смерница – то треба да буду смернице искључиво за вредновање хоризонталних концентрација.



### **3. ОСНОВНЕ ДИЛЕМЕ У ПОГЛЕДУ СМЕРНИЦА ЗА ВРЕДНОВАЊЕ ХОРИЗОНТАЛНИХ КОНЦЕНТРАЦИЈА**

Будући да су постављена основна начела на којима у земљи попут Србије треба да се заснивају смернице за вредновање хоризонталних концентрација, потребно је размотрити основне дилеме у погледу садржаја тих смерница и на основу тих разматрања предложити решења.

#### **3.1. Оригиналност**

Прва дилема при формулисању смерница јесте да ли, једноставно, преузети смернице неке друге јурисдикције, националне или наднационалне, превести их на српски и, уз евентуално, мања прилагођавања, усвојити их и користити као домаће смернице за вредновање хоризонталних концентрација. Најбољи кандидат за тако нешто могле би, бар на први поглед, бити смернице за вредновање (оцену) хоризонталних концентрације Европске уније, које при свом раду користи Европска комисија и њено одељење за заштиту конкуренције.<sup>7</sup>

Аргумент у прилог оваквог избора јесте чињеница да је заштита конкуренције у Србији, по својој концепцији, начињена према узору такве заштите у Европској унији (у даљем тексту ЕУ). Стога је и ЗЗК у потпуности усаглашен са основним члановима Уговора о функционисању ЕУ који се баве питањима заштите конкуренције. Исто тако, Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије (у даљем тексту КЗК) је у свом досадашњем раду, у одређеној мери, пре свега угледањем на праксу Европске комисије (у даљем тексту ЕК), користила те смернице. Стога, бар на први поглед, изгледа природно да се као дате прихвате смернице ЕУ за домаће смернице.

Међутим, претежу аргументи у прилог самосталног формулисања сопствених смерница. Прво, треба водити рачуна о специфичностима Србије, како у погледу достигнутог нивоа институционалног развоја у целини, који несумњиво заостаје за просеком ЕУ, а и готово свим земљама чланицама, с једне стране, тако и специфичностима у погледу богатства искуства КЗК у контроли и вредновању концентрација, која у том погледу далеко заостаје за искуством ЕК, с друге. Одатле следи да су европске смернице формулисане за, у сваком погледу, зрело тело за заштиту конкуренције, а КЗК то свакако није. Друго, ниво обавештености

---

<sup>7</sup> Вид: Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, *OJ, C 31/2004*.

домаће пословне јавности, учесника на тржишту, у погледу процеса вредновања концентрација далеко је нижи него што је то случај у највећем броју земаља чланица ЕУ, па су стога потребне екстензивније смернице, богатије детаљима о томе како се спроведи то вредновање. Треће, ниво правне сигурности у Србији је нижи него у највећем броју земаља чланица ЕУ, па то представља додатни аргумент у прилогу екстензивнијих смерница, са што више детаља о начину на који се спроводи вредновање хоризонталних концентрација – тиме се, бар што се контроле и вредновања концентрација тиче, знатно увећава правна сигурност.

Имајући све наведено у виду, смернице за вредновање хоризонталних концентрација у Србији треба да буду самостално формулисане, заснивајући се, у великој мери на смерницама какве постоје у ЕУ, што не искључује то да се могу преузети идеје и решења која постоје у смерницама неких других земаља, нарочито она решења која додатно умањују неизвесност у примени закона у погледу вредновања концентрација, тиме што смернице чине богатијим у погледу детаља поступка који ће се користити и тестова који ће се применити за њихово вредновање. Нарочито треба обратити пажњу на националне смернице мањих земаља, поготово оних без дуге традиције права конкуренције, будући да такве смернице могу да садрже неке елементе битне за осмишљавање смерница у Србији.

### **3.2. Форма и прописане процедуре**

Другу дилему о погледу форме смерница за вредновање хоризонталних концентрација најбоље илуструју два приступа у том погледу: амерички (САД) и европски (ЕУ). Америчке смернице су писане неформално, слободним стилем, а велики број њихових елемената пропраћен је примером из стварности. Ове смернице су писане језиком стручне монографије, а европске, правничким језиком – типичним језиком правних докумената. Надаље, америчке смернице не дају обавезан редослед потеза при вредновању концентрација, не инсистирају на томе којим потезом мора да се започне анализа, на пример дефинисањем релевантног тржишта, а којим се наставља.<sup>8</sup> При разматрању ових

---

<sup>8</sup> Ово је у потпуности у складу са оценом о еkleктичности и флексибилности најновије верзије америчких смерница. О тим њиховим карактеристикама и метаморфози коју су од првих смерница из 1968. године до данас важећих прошле америчке смернице видети: С. Shapiro, „The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years“, *77 Antitrust Law Journal*, 1/2010, 700-760. О значају првих америчких смерница, првих смерница те врсте донесених у свету видети

чињеница треба узети у обзир да су америчка тела за заштиту конкуренције најискуснија тела те врсте у свету, да су њихови административни и интелектуални капацитети веома велики и да је америчка привреда најразвијенија привреда у свету у погледу различитих пословних иновација. Таквим околностима свакако приличи флексибилност поступака и необавезност редоследа потеза.

Насупрот томе, европске смернице представљају формалан, правни текст са веома јасно дефинисаним поступцима и њихових обавезујућим редоследом, који увек започиње дефинисањем релевантног тржишта. Имајући у виду достигнути ниво привредне и институционалне развијености, као и потребу увећања правне сигурности свих учесника на тржишту, будуће смернице у Србији треба, у погледу форме и прописивања процедуре, да буду далеко ближе европским него америчким. Нарочито је потребно да те смернице јасно и недвосмислено укажу, не само на поступке које треба применити при вредновању хоризонталних концентрација, него и на обавезни редослед тих поступака.

### **3.3. Правни стандард: материјално-правни тест дозвољености концентрација**

Закон о заштити конкуренције предвиђа правни стандард који одговара *SIEC* (*significant impediment of effective competition*) стандард који је од 2004. године прихваћени европски правни стандард, односно, прецизније речено, правни стандард који примењује ЕК. Тај тест представља комбинацију америчког *SLC* (*substantial lessening of competition*) стандарда и некадашњег европског стандарда везаног искључиво за стварање или јачање доминантног положаја.

Стога примена овог правног стандарда дефинисаног у члану 19, став 1 ЗЗК значи да не би биле одобрене оне конкуренције које би „значајно ограничиле, нарушиле или спречиле конкуренцију на тржишту“, а нарочито не у случају стварања или јачања доминантног положаја. У том смислу, ЗЗК у потпуности поштује идеју *SIEC* стандарда по коме стварање или јачање доминантног положаја на тржишту само *exempli causa*, што значи да није ни потребан ни довољан услов да се не одобри одређена концентрација.

Надаље члан 19, став 2, ЗЗК даје довољно елемената у својим тачкама (чак девет) на основу којих се могу лако дефинисати све они поступци који су потребни за вредновање хоризонталних концентрација.<sup>9</sup>

### 3.4. Дефинисање релевантног тржишта

Сходно резултатима одељка 3.2, дефинисање релевантног тржишта треба да буде почетни корак сваког вредновања хоризонталних концентрација. Стога је оправдано поставити питање да ли смернице за вредновање хоризонталних концентрација треба да у себи, попут америчких, садрже и смернице за дефинисање релевантног тржишта.

Одговор је негативан – потребне су одвојене смернице за дефинисање релевантног тржишта. Први разлог за такав став лежи у правном стандарду недопуштености хоризонталних концентрација који се, између осталог, заснива на „стварању или јачању доминантног положаја“. За установљивање доминантног положаја потребно је, као први корак, дефинисање релевантног тржишта на коме се постојање таквог доминантног положаја испитује. А иста ствар се испитује и у случају сумње на злоупотребу доминантног положаја независно од концентрација. Имајући то у виду, не би било оправдано да се релевантно тржиште дефинише на два различита начина у два случаја у којима се јавља доминантан положај, без обзира на то што се у једном од та два случаја не сумња на постојање злоупотребе.

Други разлог, који у великој мери представља слику у огледалу првог, јесте то што европске смернице за вредновање хоризонталних концентрација не садрже смернице за дефинисање релевантног тржишта, већ је то посебан документ, који се односи на овај поступак у свим случајевима у којима се он примењује.

Документ којим се ближе уређује дефинисање релевантног тржишта у Србији постоји, али са становишта успешне примене смерница за вредновање хоризонталних концентрација потребно је да се његов садржај измени, како би се поступак дефинисања подробније и прецизније описао, а пре свега како би употреба теста хипотетичког монополисте (*SSNIP* тест) постала обавезни елемент поступка дефинисања релевантног тржишта.

---

<sup>9</sup> Овај члан ЗЗК је у потпуности усаглашен са основним европским прописом из ове области: Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), *OJ, L/2004*,

### 3.5. Сагледавање тржишних структура

Прво питање у случају сагледавања тржишних структура на које смернице треба да одговоре јесте који индикатор треба да се користи за то сагледавање, нарочито за сагледавање промене до које би довело спровођење предложене концентрације. *HHI* (Хиршман-Хефриндалов индекс) индикатор је за кога се показало да има далеко мање слабости него сви други индикатори тржишне структуре, па стога управо њега треба користити у оваквој анализи.

Друго питање јесте да ли смернице треба да садрже категорију „сигурне луке“ (*safe harbour*), коју чине прагови вредности *HHI* после концентрације и промене *HHI* услед концентрације испод којих ће концентрација свакако бити допуштена. Овакво решење је несумњиво погодно, будући да умањује регулаторни ризик са којим се суочавају учесници на тржишту који су приступили или разматрају да приступе концентрацији, будући да они лако могу сами да симулирају вредновање њихове концентрације коју ће спроводити надлежно тело и сами доћи до закључка о томе да ли њихова концентрација спада у дозвољену, тј. да ли улази у „сигурну луку“.

С тим у вези је и питање одређивања вредности прагова „сигурне луке“. Не би било примерено да се ти прагови преузимају из смерница неких других јурисдикција. Потребно је да се, можда почевши од таквих вредности, пронађу вредности које би одговарале постојећим тржишним структурама у Србији.

### 3.6. Идентификација унилатералних и координативних ефеката концентрације на конкуренцију

Смернице треба да садрже аналитички оквир унутар кога надлежно тело треба да идентификује како унилатералне, тако и координативне ефекте испитиване концентрације на конкуренцију. Унилатерални ефекти концентрације се свде на успостављање и увећање тржишне моћи учесника на тржишту услед концентрације, па тиме и на могућност да се та тржишна моћ злоупотреби једностраним пословним одлукама тог, концентрацијом насталог учесника на тржишту.

Треба размотрити могућност да се у смернице, следећи америчке смернице и њихову праксу, унесу као циљеви истраживања, одређени видови унилатералних ефеката, попут ефеката на одређивање цена диференцираних производа, коришћењем техника попут анализе коефицијента преусмеравања (*diversion ratio*), анализе критичног губитка (*critical loss analysis*) и коришћењем теста притиска на повећање цена (*upward pricing pressure*). Поред тога, треба размотрити могућност да се у

смернице унесу још неки видови тих ефеката, попут умањења обима производње и одговарајуће управљање капацитетима у случају хомогених производа, утицаја на преговарачку позицију купаца, утицаја на будуће иновације у пословању и степен разноликости производа итд.

Координативни ефекти концентрације се свODE на увећање вероватноће настанка и опстанка картела, као и других хоризонталних рестриктивних споразума. Стога треба размотрити могућност да се у смерницама јасно дефинишу сви они предуслови настанка и опстанка картела (монополски предуслови, структурни предуслови и предуслови понашања) који се мењају са разматраном концентрацијом, и то тако да се увећава вероватноћа настанка и опстанка хоризонталних рестриктивних споразума, а на које при вредновању координативних ефеката треба обратити већу пажњу уколико су почетни услови на тржишту, услови пре концентрације, били повољни са становишта закључивања и опстанка хоризонталних рестриктивних споразума.

### **3.7. Разматрање моћи купца**

Налази економске теорије, као и искуство у спровођењу права конкуренције показали су да тржишна моћ купца може да буде противтежа тржишној моћи продавца. Због тога није свеједно да ли се одређена концентрација на страни понуде одвија при постојању тржишне моћи купца или не. Укратко, што је већа тржишна моћ купца, већа је вероватноћа да ће она представљати одговарајућу противтежу тржишној моћи на страни понуде која би се створила концентрацијом.<sup>10</sup>

Стога је потребно да смернице за вредновање хоризонталних концентрација садрже део којим ће се дефинисати параметри на основу којих ће се испитати постојање тржишне моћи купца и закључити, уколико она постоји, у којој мери може да представља противтежу тржишној моћи на страни понуде која је створена концентрацијом, односно да предупреди њену евентуалну злоупотребу.

### **3.8. Разматрање баријера уласку**

Неспорно је да разматрање баријера уласку, правних и економских, треба да чини значајан део смерница за вредновање баријера уласку, будући да управо од величине и карактера тих баријера зависи да ли ће тржишна моћ бити одржива или не. Кључна непознаница је како тај део смерница треба да се уреди, односно која су то кључна питања на које

---

<sup>10</sup> Више о томе видети у: Д. Поповић, „Моћ купца и њена улога у поступку контроле концентрација“, *Право и привреда*, 2019. (у штампи).

надлежно тело треба да одговори како би се дошло до закључка да ли су установљене баријере уласку значајне као фактор којим ће се у будућности одржати тржишна моћ успостављана концентрацијом.

Вероватно да постоје три основна питања у том погледу. Колико брзо се могу очекивати нови уласци пошто је успостављена тржишна моћ и, сходно томе, економски профит који присвајају учесници концентрације, чије присвајање представља мотив нових улазака? Што је дужи период који је потребан за реализацију новог уласка, већа је штета од концентрације коју трпе купци, односно потрошачи. Колика је вероватноћа нових улазака при економском профиту који би створила концентрација која се вреднује? Да ли би и у којој мери нови уласци били довољни да уклоне тржишну моћ насталу концентрацијом, односно штету коју од те тржишне моћи могу да трпе купци?

Сходно наведеном, смернице би требало да буду окренуте, не баријерама уласку као таквима, него одговорима на питање да ли се и у којој мери при постојећим баријерама уласку могу очекивати нови уласци. Природни додатак већ наведеном питању јесте и то и да ли се и са којом извесношћу у ближој будућности може очекивати нека промена у погледу баријера уласку, пре свега правних баријера.<sup>11</sup>

### 3.9. Аргумент ефикасности

Отворено питање је у којој мери нарушавање конкуренције, услед унилатералних и координативних ефеката хоризонталне концентрације може бити компензовано повећањем ефикасности њених учесника (*efficiency defense*). Оправдано је претпоставити да из разлога добро познатих у економској теорији, пре свега услед дејства економије обима и економије опсега, хоризонтална концентрација може довести до повећања економске ефикасности. Стога смернице свакако треба да садрже део који ће бити посвећен испитивању увећања економске ефикасности до кога доводи концентрација која се вреднује. У том делу треба дефинисати, не само на коме је терет доказивања повећања ефикасности, природно је да то буде на учесницима концентрације, него и начин на који тело за заштиту конкуренције разматра поднете доказе и доноси одлуку, уколико се показало да концентрација нарушава конкуренцију, о снази аргумента

---

<sup>11</sup> Губитак потенцијалног конкурента при концентрацији представља веома значајан елемент за вредновање будуће тржишне структуре, али будући да је реч само о потенцијалном конкуренту, то значи да се он не налази на релевантном тржишту, па таква концентрација не спада у хоризонтале. Стога овај случај не треба да буде разматран у оквиру смерница за вредновање хоризонталних, већ нехоризонталних концентрација.

ефикасности. Кључ за прихватање аргумента ефикасности треба да буду интереси потрошача, односно да одговарајући део економског вишка који се ствара увећањем ефикасности треба да буде пренет на потрошача.

### **3.10. Аргумент предузећа у финансијским тешкоћама**

Аргумент учесника на тржишту у финансијским тешкоћама (*failing firm defence*), односно аргумент спречавања стечаја, уобичајен је приликом разматрања хоризонталних концентрација уколико се оне свде на преузимање привредног друштва у финансијским тешкоћама. Начелна оправданост оваквог аргумента лако је разумљива. Боље да се таквим преузимањем, уз губитак једног од конкурената (услед концентрације), сачувају његови капацитети и остану у употреби, него да вероватни губитак тог конкурента (услед стечаја и ликвидације) прати умањење капацитета у посматраној грани, будући да ће имовина тог конкурента бити продата, како би се из ликвидационе масе намирили повериоци. Није спорно да до губитка конкуренције на релевантним тржишту долази у оба случаја, али смернице за вредновање концентрација треба детаљно да одреде начин на који ће надлежно тело да размотри све информације потребне за доношење одлуке, нарочито имајући у виду да терет доказа треба да буде на учесницима концентрације, док надлежно тело треба да испита веродостојности понуђених информација.

### **3.11. Остале дилеме**

Једна од преосталих дилема јесте правни карактер смерница за вредновање хоризонталних концентрација у Србији. Питање је, наиме, у којој мери те смернице треба да буду правно обавезујуће за КЗК. Имајући у виду општи низак ниво правне сигурности, односно висок ниво регулаторног ризика са којим се у Србији сусрећу учесници на тржишту, пожељно је да смернице бар у одређеној мери буду обавезујуће за КЗК. При томе се као узор може узети европско решење у коме смернице обавезују само ЕК, али је не лишавају њених дискреционих овлашћења. То значи да се ЕК не мора придржавати својих смерница једино уколико за такво поступање постоје објективни разлози. Евентуална тужба до које би дошло уколико би ЕК одступила од смерница свела би се на разматрање да ли је постојао објективан разлог за тако нешто или не.

Чини се да би овакво решење, условна обавезност смерница, било погодно за Србију, будући да би надлежном телу, КЗК, дало одређену слободу при доношењу и образлагању одлуке, али и одговорност у погледу коришћења те слободе.



#### 4. ЗАКЉУЧАК

Закључак овог рада није ништа друго до списак препорука у погледу будућих смерница за вредновање хоризонталних концентрација у Србији, које треба да детаљно и јасно спецификују процес њиховог вредновања, како би се увећала правна сигурности свих учесника на тржишту, а нарочито учесника концентрације. Те смернице треба да буду самостално формулисане, имајући у виду постојећа законска решења, али имајући у виду и постојеће смернице у другим јурисдикцијама, нарочито узимајући у обзир одговарајуће европске смернице. Европске смернице могу, у одређеној мери, да послуже и као узор у погледу форме, нарочито у томе да поступке вредновања и њихов редослед треба јасно и недвосмислено дефинисати. Што се правног стандарда дозвољености хоризонталних концентрација тиче, смернице треба да прихвате законски правни стандард, а то је *SIEC* тест. Дефинисање релевантног тржишта, неизоставан први корак при вредновању хоризонталних концентрација треба да буде предмет посебних смерница, како би се тај поступак јединствено одредио у свим случајевима, у свим предметима тела за заштиту конкуренције у којима је потребно одредити то тржиште. Смернице треба да поставе оквир унутар кога ће КЗК јасно да идентификује све унилатералне и координативне ефекте разматране хоризонталне концентрације на конкуренцију. Разматрање моћи купца треба да буде укључено у смернице. Посебна пажња у смерницама треба да се посвети разматрању баријера уласку, будући да управо од услова уласка нових конкурената зависи колико ће бити одржива тржишна моћ евентуално створена концентрацијом која се вреднује. Аргумент ефикасности и аргумент предузећа у финансијским тешкоћама треба да буду укључени, а смернице треба да дефинишу начин њихове примене. Смернице треба да у одређеној мери буду обавезујуће за надлежно тело.

#### ЛИТЕРАТУРА

Беговић, Б., Павић, Б., „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2009, 74.

В. Begović, D. Popović, „Merger Control and Economic Growth of LDCs: Some Observations and Recommendations“, *54 Review of Industrial Organization*, 2/2019, 381-408.

Нay, G.A., „The 1968 Merger Guidelines: Editors' Introduction“, *53 Review of Industrial Organization*, 4/2018, 421-433.

Ракић, И., Ристић, Б. „О потреби доношења смерница за оцену хоризонталних концентрација у Републици Србији“, *Право и привреда*, 2019. (у штампи).

Поповић, Д., „Моћ купца и њена улога у поступку контроле концентрација“, *Право и привреда*, 2019. (у штампи).

Shapiro, C., „The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years“, *77 Antitrust Law Journal*, 1/2010, 700-760.

**Dr Boris BEGOVIĆ, Ph.D**

Full Professor, University of Belgrade Law of Faculty

**GUIDELINES FOR ASSESSMENT OF HORIZONTAL MERGERS: BASIC DILEMMAS AND POSSIBLE SOLUTION FOR A COUNTRY WITHOUT A LONG TRADITION OF COMPETITION LAW**

**Summary**

The aim of the paper is, by examining the basic dilemmas, draft the content of the guidelines for assessment of horizontal merges in a country, like Serbia, with a long tradition of competition law. The guidelines should be formulated autonomously, taking into account European guidelines as well as Serbian Law on Protection of Competition that is consistent with European regulations. Taking that into account the guidelines should specify the sequencing of the assessment, confirm and further develop the legal standard specified by the Law, leave the relevant market specification to the other guidelines and provide the framework for evaluation of unilateral and coordinated effects. Guidelines should provide for countervailing buyer's power to be considered in the merger assessment process, as well as barriers to entry, and efficiency and failing form defences. The guidelines should be up to a point binding for the competition authority.

**Key words:** *merger control, guidelines, assessment of horizontal mergers, relevant market, legal standard.*



**Саша Б. БОВАН\***

Правни факултет Универзитета у Београду

## ПРАВНА ХЕРМЕНЕУТИКА КАО ВЕШТИНА И ТЕОРИЈА ТУМАЧЕЊА ПРАВА

**Апстракт:** Овај рад је покушај да се формулише појам јуристичке херменеутике који ће омогућити дубље сагледавање односа између теорије и праксе правног расуђивања, а све у правцу превазилажења јаза између између ове две дисциплине који је такав и толики да оне живе свој живот и развијају се готово на два одвојена колосека, и то на начин контрапродуктиван како за правну праксу тако и за правну теорију. Све ово тим пре ако се има у виду да је јаз између теорије и праксе тумачења права нарочито изражен у нашој правној стварности. У том смислу, овај рад је покушај да се допринесе дубљој спознаји и самоспознаји правничке струке код нас, али и покушај да се издигну на виши ниво теоријска разматрања ове проблематике у нашој правној литератури јер и у том погледу постоји велика празнина.

Суштина приступа који ће се применити у овом раду је у разматрању природе и сврхе ове дисциплине када откривамо наглашено утилитатни карактер правне херменеутике, без обзира да ли је посматрали као вештину или теорију тумачења права.

Посматрање правне херменеутике полазећи од њене утилитарне природе указује нам да она, попут грчког бога Јануса има два лица, која морамо посматрати у јединству, како би досегли њену суштину и како би се коначно откриле практичне и теоријске користи једне овакве, а то значи синтетичке перспективе у посматрању ове дисциплине.

**Кључне речи:** *Правна херменеутика. - Правничка професија. - Теорија тумачења права. - Вештина тумачења права.*

### 1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Одмах на почетку рада потребно је објаснити, а према почетној хипотези која је изложена, на који начин разматрања о појму правне херменеутике, што је готово чисто академско питање, могу допринети саморефлексији и бољитку правничке професије, ако имамо у виду да је

---

\* Редовни професор, bovan@ius.bg.ac.rs

дискусија о самој струци превасходно један правно - политички проблем који се сагледава и решава полазећи од критеријума и средстава углавном праксеолошке а не теоријске природе.

Исто тако, потребно је разјаснити на који начин, чак и унутар теорије тумачења права, и опет, када имамо у виду строго академски карактер питања о појму правне херменеутике, дискутовање ове проблематике може допринети развоју теорије тумачења права, тј., коначно, бољем разумевању и прожимању субјективне и објективне теорије тумачења права које владају правнохерменеутичким обзорјем.

Најзад, поставља се питање да ли дискусија о појму јуристичке херменеутике може допринети превазилажењу јаза који постоји између теорије и праксе тумачења права, и како би изгледао један "синтетички програм правне херменеутике", и то програм који би могао да врши посредничку улогу у изложеном смислу.

Изложени приступ и амбиције превазилазили би увелико оквире једног научног чланка посматрано са становишта захтева једне заокружене и потпуне концептуалне анализе. Стога се овде прибегава једној концептуалној редуцији, која, коначно, подразумева фокусирање на две епистемолошке тачке битне за разматрање ове проблематике. Прва представља констатацију, тј. амбицију да се формулише и изложи концепт (појам) правне херменеутике по логици једне апостериорне а не априорне анализе, што је у складу са оријентацијом да рад у питању припада области науке а не филозофије. Иначе, а то је важно напоменути, инсистирање на овом моменту последица је околности да је новија концептуална анализа, а нарочито у правној науци махом априорна, заснована на укрштању интуиције (шта год то значило) и лингвистичке анализе,<sup>1</sup> тако да одвлачи правну теорију све више и све дубље у воде филозофије права која је, ипак, рекла шта је имала у овој области (односно нема нешто ново и другачије да каже), а од чега правна наука (пре свега теорија појма права) нема данас неке посебне користи.<sup>2</sup> Друга

---

<sup>1</sup> Jules Coleman, *The Practise of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford 2001, 13. Frank Jackson, *From Methaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford 1998, 31. Ian Farell, "H. L. A. Hart and the Methodology of Jurisprudence", *Texas Law Review* 4/2006, 998.

<sup>2</sup> Концептуална анализа онаква каква се данас развија спорна је чак и самој филозофији, прво стога што је филозофија, дефинитивно потиснута од науке, а кроз недефинисану област филозофије науке, пронашла прибежиште у натурализму, који опет, покушава ову да приближи науци кроз модел појединих природних наука, и све то на темељима једног новог (Квајновог) емпиризма који је у коначници поприлично апстрактан (антиемпиријски емпиризам). Прегледно о томе код: Roger F. Gibson, *Enlightened Empiricism: An Examination of W. V. Quines Theory Knowledge*, Geinesville 1988, 1-3. Друго, концептуална анализа као комбинација интуиције и лингвистике,

епистемолошка тачка, а полазећи од изреченог, подразумева одређење правне херменеутике по моделу једне идеал - типске конструкције, где ће бити изложено кључно обележје ове дисциплине, које унутар једне апостериорне анализе, омогућава реализацију основних циљева овог рада. Такав приступ проистиче из природе апостериорне анализе као такве, и представља, у класичној социолошкој (научној) методологији, а полазећи од М. Вебера, увек први корак једне такве процедуре, где се полазећи од искуствене стварности, а то значи индуктивно, идентификују кључна тј. карактеристична обележја једне појаве по моделу идеал - типова.<sup>3</sup>

У нашем случају, кључно обележје јуристичке херменеутике које представља искуствену чињеницу првог реда, а које ће, евентуално, омогућити реализацију постављених циљева те превазилажење конфузије око суштине, значаја и домета ове дисциплине, јесте њена утилитарна природа.

Иначе, указивање на утилитарну природу правне херменеутике као на искуствени чињеницу првог реда подразумевала би разне методе верификације који би могли да потврде један такав закључак. То би на пример, подразумевало једну анкету међу правницима, како практичарима, тако и теоретичарима права, где би се кроз одговарајући сет питања "тестирала" хипотеза о кључном обележју правне херменеутике те о природи тог обележја, у смислу зашто и како то обележје добија једну искуствени димензију. Међутим, с обзиром на ограниченост простора, а према циљевима рада, и полазећи од неспорне чињенице о утилитарном карактеру ове дисциплине, тражење доказа о искустеном карактеру основног обележја правне херменеутике (њене корисности као кључног обележја) помоћу неког метода емпиријске

---

остаје спорна са становишта својих резултата. Наиме, с обзиром да она саму себе ограничава на поимање ствари (пречишћавање и прецизирање концепата) а не на објашњење ствари (F.Jackson, 43), она подлеже основаној критици да се претвара у најобичнију лексикографију, односно да је, како оштро каже Р. Познер, јалова и чак штетна за правну теорију: Richard A. Posner, *Law and Legal Theory in the UK and USA*, Oxford 1996, 3.

<sup>3</sup> Макс Вебер, *Методологија друштвених наука*, Загреб 1986, 58-61. О природи научних појмова у изложеном смислу, тј. да увек почивају на логици једне апостериорне анализе, данас нема спора у социолошкој (уопште, научној) методологији. Упућујемо зато тек узгред на пар класичних места у том правцу, на пример код В. Гуда и П. Хета који кажу да процес концептуализације у науци представља у својој суштини, апстраховање и генерализовање чулних утисака: Вилем Гуд, Пол Хет, *Методи социјалног истраживања*, Београд 1966. 43. Тако и Мертон када тврди да је циљ научног појмовног апарата да фиксира наша опажања, а самим тим и наше мишљење и понашање: Роберт Мертон, *О теоријској социологији*, Загреб 1979, 159.

верификације било би преамбициозно, и једна врста епистемолошког чистунства која је непотребна овом приликом.

Међутим, и важније за реализацију циљева овог рада, утилитарна природа правне херменеутике неспорно подразумева да је она у својој суштини конципирана да служи, тј. да буде корисна правној пракси, да је једино тако замислива, и да се тако и развијала (а све по угледу на општу херменеутику).<sup>4</sup> Утилитарна природа ове дисциплине у том смислу је хеуристички оквир за њен развој, на оба колосека, али и образац на којем мора почивати однос, тј. јединство између правне херменеутике као вештине и правне херменеутике као теорије тумачења права.

На крају, истицање утилитарне природе правне херменеутике у оба њена значења заснива се на Гадамеровом схватању сврхе сваког херменеутичког подухвата. Наиме, у свом одређењу херменеутике као вештине, он говори о три димензије херменеутичког поступка, где пре свега спадају разумевање (*subtilitas intelligendi*) и тумачење (*subtilitas explicandi*).<sup>5</sup> Али, како каже Гадамер, још од пијетизма се саставним делом херменеутичком поступка сматра и моменат примене (*subtilitas applicandi*),<sup>6</sup> који тумачењу даје изразито утилитарни карактер стога што што се у „разумевању увек одиграва нешто као примена текста, који треба разумети, на садашњу ситуацију интерпрета“.<sup>7</sup> Све ово поготово важи, како даље тврди Гадамер, када се ради о јуристичкој херменеутици која има догматску сврху,<sup>8</sup> што појачава њену димензију примене, односно њен утилитарни карактер.

Према томе, када на овај начин посматрамо правну херменеутику, са становишта њене наглашено утилитарне природе, а када долази до изражаја њено јединство (јединство њене теоријске и техничке стране), уочавају се следеће позитивне херменеутичке последице за читаву област тумачења права:

(1) Развијена свест о утилитарној природи правне херменеутике, ствара и појачава обавезу за правнике практичаре да интензивније, посвећеније и са више поверења прате доприносе теорије тумачења права,

---

<sup>4</sup> У том контексту можемо посматрати Шлајермахеров захтев за “више метода” односно за строжијом методолошком праксом у тумачењу. Овај захтев последица је тога што Шлајермахер тумачење посматра кроз идеју неспоразума у разумевању које је правило а не изузетак, али и стога што тумачење посматра као вештину усмерену на људску праксу: Friedrich Daniel Schleiermacher, *Hermeneutik und Kritik* (hgrs. M. Frank), Frankfurt am Main 1977, 81, 84.

<sup>5</sup> Ханс Георг Гадамер, *Истина и метода*, Сарајево 1978, 341.

<sup>6</sup> *Ibid.*,

<sup>7</sup> *Ibid.*,

<sup>8</sup> *Ibid.*, 359.



што у коначници сигурно може допринети развоју самосвести о значају и тежини правничке професије, поготово правосудних делатности (судство, управа, јавно правобранилаштво, адвокатура), у условима када се пресуђивање као одлучивање о људским судбинама врло често претвара у једно рутинско обављање посла. На пример, независно од свих разлика између субјективне и објективне теорије тумачења права, обе ове теорије инсистирају на сталном опрезу и наглашеној будности приликом рада на великој премиси јуристичког закључка имајући у виду да су циљеви регулисања садржани у општим правним нормама по правилу неодређени, врло често застарели, противречни или алтернативно постављени.<sup>9</sup> Овај херменеутички опрез на којем инсистира теорија тумачења права наглашено је утилитарног карактера, при чему, сведоци смо чињенице да практичари често превиђају ову околност па се пресуђивање претвара у рутинску делатност, када заправо слаби свест о значају, тежини и одговорности правничке професије. У контексту изложеног примера, пратећи резултате теорије тумачења права, практичари ће увек и неизоставно наилазити на Енгишеву метафору о "лутајућем погледу",<sup>10</sup> или на Росову метафору о "загледању судије у сопствену душу",<sup>11</sup> или на Кауфманову теорију изједначавања норме и факта,<sup>12</sup> где се непрестано апелује на опрез у поступку тумачења и примене права, односно указује на замке и апорије правничког резоновања (пресуђивања).

Овај пример заправо показује како теорија тумачења права сама по себи има или добија утилитарне функције и може бити од велике користи практичарима, и непосредно и посредно, а према изложеном примеру тј. принципу који влада теоријом тумачења генерално (парадигма херменеутичког опреза). Конкретно, та корист се огледа у перманентној саморефлексији и самокритици практичара што је нужна последица принципа херменеутичког опреза на којем инсистира и општа и јуристичка теорија тумачења..

(2) Развијена свест о утилитарној природи правне херменеутике за теорију тумачења права ствара обавезу да своје идеје, претпоставке и закључке у што већој мери тестира на примерима из судске праксе. Овде се ради о потреби јачања свести о појачаној друштвеној одговорности теорије тумачења права, опет с обзиром на околност да се у судници одлучује о индивидуалним и групним људским правима, о судбинама људи и друштва. Акцент је у овом случају на доприносима судске праксе теорији тумачења права када судска пракса, на пример, упорно шаље

---

<sup>9</sup> Херберт Харт, *Појам права*, Подгорица 1994, 159-172.

<sup>10</sup> Karl Engisch, *Logische studien zur Gesetzesanwendung*, Heildeberg 1963, 14, 19, 26.

<sup>11</sup> Алф Рос, *Право и правда*, Подгорица 1996, 178.

<sup>12</sup> Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, Ваљево 1998, 41-48, 88-90, 160-161.

сигнал теорији да се мала премиса јуристичког закључка (премиса чињеничног стања) не може потцењивати или чак игнорисати, као што се у теорији, заробљеној у оковима телеологизма иначе дешава, нити да се природа мале премисе може посматрати само кроз модел "утврђивање чињеница — квалификација чињеница".<sup>13</sup> Наиме, судије су свесне да њихов рад на чињеницама превазилази оквире овог модела, односно да тај рад подразумева пре свега објашњење чињеница неког случаја, где се оне доводе у међусобни однос, када се стављају у одређени (ужи или шири) социјални контекст, када се оцењује тежина чињеница (релативни детерминистички значај посматрано из социолошког угла), што све значи да је тај и такав рад на чињеницама случаја поступак једне микросоциолошке анализе. где је судија, како то кажа Х. Канторович, пре свега специјалиста чињеничног стања.<sup>14</sup> Судија, као специјалиста чињеничног стања, заправо као социолог у правној пракси, интуитивно осећа наслаге овог социологизма, али тај неосвешћени социологизам он не може јасно да артикулише, објасни и открије његов значај јер теорија тумачења права не пружа теоријски оквир коме судија може да се обрати и коначно све то уклопи и схвати. Напротив, због владајућег телеологизма у теорији тумачења права судија ће остати збуњен и несигуран.<sup>15</sup> Бизарност ове ситуације је тим већа стога што теорија тумачења права, која се са једне суверене позиције обраћа правној пракси, своје закључке гради заробљена у једној кули од слоноваче где се правна пракса артикулише или само кроз пар примера тако изабраних да се могу потврдити одређени теоријски закључци (Дворкин), или се закључци о природи јуристичког закључивања изводе кроз измишљене (хипотетичке) примере (Харт). У изложеном смислу, свест о утилитарној природи правне херменеутике може теоретичаре "натерати" на једно дубље преиспитивање о релевантности њихових закључака, може појачати њихову одговорност спрема питања којима се баве, и може их инспирисати да се упусте у дубљу анализу судијског рада и судских пресуда. Иначе, питање о природи и значају мале премисе јуристичког закључка. није тек пригодан, поучан или релевантан пример, већ кључна тема у односу на

---

<sup>13</sup> Примери за потцењивање мале премисе: Carsten Bäcker, "Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens", *Rechtstheorie* 3/2009, 404-424. Marijan Pavčnik, "Das Hin und Herwandern des Blickes. Zur Natur der Gesetzesanwendung", *Rechtstheorie* 4/2008, 557-572.

<sup>14</sup> Херман Канторович, *Борба за правну науку*, Београд 2006, 38.

<sup>15</sup> Драгољуб Поповић, "Образложење пресуде", *Квалитет судских одлука у функцији квалитета судске праксе у процесу придруживања Европској унији* (ур. Д. Бољевић), Београд 2016, 43-49.

коју теорија тумачења права показује своју велику мањкавост и недостатност

(3) Коначно, једном оваквом сарадњом и сусретањем теорије и праксе, сусретањем које би била израз развијене свести правничког сталеза о значају и тежини правничке професије, развијене свести теоретичара права о великој одговорности која мора да прати разматрање ове проблематике у научним расправама, а пре тога свести о наглашено утилитарној природи правне херменеутике како год јој значење дали, стварају се претпоставке за веће разумевање, ближу сарадњу и суштинско ублажавање јаза између теорије и праксе тумачења права.

## 2. ПРАВНА ХЕРМЕНЕУТИКА КАО ВЕШТИНА ТУМАЧЕЊА ПРАВА

Правна херменеутика као вештина тумачења права испољава се као способност да непосредно употребљавамо каноне тумачења права у поступку примене права. У том смислу правна херменеутика представља методiku правне праксе и саму суштину правничке професије (правничка професија као херменеутичка делатност). Схваћена на овај начин, правна херменеутика је једна практична делатност чије одвијање почива на одговарајућим принципима. Ти принципи су заправо правила непосредне примене појединих канона, на начин, примерице, на који о томе говоре односно покушавају да формулишу и заснују правила тумачења Шлајермахер или Бети.<sup>16</sup> Прецизније, унутар правне херменеутике као вештине тумачења права дискусија се води полазећи од конкретних примера из правне праксе, када једна таква дискусија добија димензију професионалне саморефлексије и дубљег сагледавања правила и принципа те струке (вештине тумачења и примене права).

У том смислу, правна херменеутика схваћена као вештина тумачења права подразумева не само непосредну примену појединих канона већ и њихову критику унутар струке и за потребе струке.<sup>17</sup> Другим речима, правна херменеутика схваћена и само као вештина, као једна праксеолошка анализа, нужно добија дескриптивни и прескриптивни облик.

---

<sup>16</sup> F. Schleiermacher, 84. Емилио Бети, *Херменеутика као општа метода духовних наука*, Нови Сад 1988. 64-73.

<sup>17</sup> Најчешће се овај облик практичног херменеутичког рада среће у поступку уједначавања правне праксе путем начелних ставова највиших судских инстанци. Информативно код: Кристијан Шмалц, "Уједначавање судске праксе у Немачкој и улога Европског суда за људска права и Уставног суда по овом питању", *Уједначавање судске праксе: Однос између правне сигурности и судијске независности* (ур. Д. Бољевић), Београд 2017, 52-70.

Тада, разлика између праксеолошке анализе (професионалне саморефлексије), и теоријске анализе (мета сагледавање правне херменеутике), огледа се у: (1) кругу питања која се обрађују (тај круг је шири када се ради о теоријској анализи), (2) по перспективи која се заузима (перспектива праксеолошке анализе је у принципу сужена и ограничава се на судску праксу – углавном ону која се ствара унутар једног националног правног поретка, када се разматра начин примене појединих и конкретних канона тумачења у решавању конкретних питања и конкретних судских предмета), (3) те по начину обраде тих питања (теоријска анализа се одвија по логици упоредног метода – упоређивањем супротстављених гледишта унутар теорије тумачења права, упоређивањем домаће и стране судске праксе полазећи од коментара и начелних ставова појединих судских инстанци, упоређивањем правних института домаћег и страног законодавства *de lege lata*, упоређивањем правне херменеутике са осталим херменеутичким делатностима, итд.).

Свака даља дискусија о правној херменеутици као вештини тумачења и примене права се заправо и не може водити, јер она као вештина представља рад на предметима из праксе применом одговарајућих канона, а не дискусију о тим предметима поводом начелне расправе о појединим канонима тумачења права.

Међутим, и овако посматрано, опет долазимо до чињенице о крајње релативној и танкој граници између праксе и теорије тумачења права, где је утилитарна природа правне херменеутике онај битни моменат који брише ту границу. Наиме, рад на предметима из правне праксе који подразумева примену појединих канона тумачења права увек у себи садржи и теоријске рефлексије и спорове у том смислу, као што и свака начелна и теоријска дискусија о канонима правне интерпретације нужно подразумева осврт на примере, тј. конкретне предмете из правне праксе.

Као пример, а посматрано из угла правника практичара нотирамо активности Друштва судија Србије које је у више наврата организовало дискусије и семинаре на тему примене права и обуке правосудних кадрова у том смислу (на пример 2014. и 2016. године), где су полазећи од примера из праксе дискутована и начелна (теоријска) питања из области тумачења права. Као пример који потврђује ово суптилно и нераскидиво преплитање јуристичке херменеутике као вештине и теорије тумачења права код нас, али више из угла академске заједнице, може да послужи пројекат (и зборник радова) из области кривичног права реализован 2009.

године под уредништвом С. Бејатовића, где смо сведоци плодотворног сусретања ова два приступа проблематици тумачења права.<sup>18</sup>

Остаје још један начин испољавања правне херменеутике као вештине, а то је када се за потребе стручне едукације (студената, млађих кадрова из правосуђа), или размене искустава у оквиру разних семинара струковних удружења или кроз друге организационе форме, врши презентација случајева из правне праксе са одговарајућим дилемама или предлозима како примењивати поједине каноне тумачења.

Коначно, и конкетно, када се ради о теми примене права у нашој правној пракси, посматрано пре свега из угла судијског рада, наравно, и када посматрамо правну херменеутику као вештину правничког рада, јасно су уочљиве три неуралгичне херменеутичке тачке: (1) судије се у свом раду готово без изузетка не позивају на поједине каноне тумачења права, или не образлажу начин на који су их применили; (2) судије не примењују правне принципе као каноне тумачења; (3) не постоје препоруке и ставови виших судских инстанци о примени појединих канона или о појединим правнохерменеутичким дилемама.

(1) Ако се осврнемо на примере судијске саморефлексије поводом проблематике тумачења права сведоци смо да носиоци правосудних функција истичу низ тешкоћа у сопственом раду. где спада, наравно, и могућност коришћења различитих средстава тумачења права.<sup>19</sup> Међутим, када се, и ако се уопште помињу поједини канони тумачења, упада у очи да се јасно апострофира само канон језичког тумачења,<sup>20</sup> док се субјективно и објективно тумачење помињу тек колоквијално и фразеолошки (откривање крајњег циља норме), где нема упуштања у дискусије о односу ова два метода тумачења, и како се у неком конкретном случају (предмету) из правне праксе они употребљавају.<sup>21</sup> У изложеном правцу симптоматичан је и индуктивни, тј. казуистички приступ где судије разне правнохерменеутичке дилеме посматрају углавном из угла појединих предмета, али где се теоријске експликације углавном завршавају на равни питања о уједначености тј. неуједначености судске праксе, када се не види дубља херменентучка позадина тог стања

---

<sup>18</sup> *Тумачење казненоправне норме и адекватност њене примене* (ур. С. Бејатовић), Београд 2009.

<sup>19</sup> Љиљана Радмило Милетин, "Тумачење и примена прописа од стране судије", *Узроци неуједначене примене права* (ур. Д. Бољевић), Београд 2016, 30.

<sup>20</sup> *Ibid.*, 30-31.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 31.

(поред свих других практичних или организационих проблема који су узрочници неуједначене судске праксе).<sup>22</sup>

Нажалост, изложени начин рада и обраде правнохерменеутичких тема преовладава и у раду Правосудне академије. Када се ради о овој институцији, додатни проблем представља околност да Програм сталне обуке полазника уредно презентован на сајту Правосудне академије углавном остаје нереализован (емпиријски податак - несистематизована лична евиденција прикупљена у разговору са полазницима више генерација Правосудне академије који су докторанти Правног факултета Универзитета у Београду).

(2) Питање о примени правних принципа у судијском раду (пресуђивању) подразумева и одговарајуће теоријске дискусије, пре свега ону о односу правних принципа и правних правила. У нашој литератури преовладава став, почев од Р. Лукића који се тиме детаљније бавио, да је разлика између ове две категорије у квантитету, тј. обиму захватања правне материје.<sup>23</sup> Постоји и супротно гледиште, где се однос између правних принципа и правних правила посматра кроз разлику у квалитету, на пример код Р. Дворкина и Р. Алексија.<sup>24</sup> Ипак, посматрано из угла примене права чини се да између ових схватања нема велике разлике јер и Р. Лукић, у странијој литератури на пример и Ј. Раз,<sup>25</sup> и поменути двојица аутора полазећи од појма балансирања (пропорционалности),<sup>26</sup> сматрају да се принципи могу и морају употребљавати и као канони тумачења права у конкретним ситуацијама.

У сваком случају, као што показује наша правна пракса, ретке су ситуације где српске судије правне принципе користе непосредно као каноне тумачења. Према једном ограниченом али индикативном емпиријском увиду у пресудама највиших судова у нашој земљи практично нема примера коришћења правних принципа на изложени начин.<sup>27</sup> У ретким изјашњењима на ову тему и у нашој литератури из ове области помињемо и увид М. Орлића, који према сопственом искуству и обрађеној судској пракси из области облигационог права, а у односу на

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, 32-33, Надежда Видић, "Тумачење и примена прописа у раду судија", *Узроци неуједначене примене права* (ур. Д. Бољевић), Београд 2016, 35-48.

<sup>23</sup> Радомир Лукић, *Тумачење права*, Београд 1961, 124.

<sup>24</sup> Ronald Dvorkin, "The Model of Rules", *The University of Chicago Law Review* 35/1967, 25.

<sup>25</sup> Р. Лукић, 182. Joseph. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal* 81/1972, 839-841

<sup>26</sup> R. Dvorkin, 28. Robert Alexy, " On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris* 13/2000, 295-296.

<sup>27</sup> Бојан Спаић, "Два поимања правних принципа", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2017, 126.

принцип савесности и поштења, такође констатује да судије не примењују директно ово начело већ правне институте који су из њега изведени.<sup>28</sup>

На крају рецимо и то да је са правно - техничког и правно - теоријског становишта изузетно значајно констатовати изложени проблем и продубити истраживања на ову тему (анализом судске праксе из разних грана права), што би представљало релевантан допринос нашој теорији и пракси правног расуђивања.

(3) Нашим позитивним прописима регулисано је питање уједначавања судске праксе путем начелних ставова Врховног касационог суда (чл.31 Закона о уређењу судова, чл. 17-30 Пословника о раду Врховног касационог суда). Међутим, активност уједначавања судске праксе није праћена и одговарајућим правним схватањима која се односе на непосредну примену појединих канона тумачења права. Када ово кажемо мислимо на супротне примере, а наиме на одговарајуће правнохерменеутичке ставове надлежних судских инстанци у другим земљама. Најупечатљивији пример пружа одлука Савезног уставног суда Немачке од 21. маја 1952 године (BVerfGE 1, 299, 312) којом се даје начелна предност објективно - телеолошком у односу на субјективно - телеолошко тумачење права.<sup>29</sup> Пракса формулисања правних ставова који се односе на каноне тумачења права нарочито долази до изражаја у раду Европског суда за људска права (ЕСЉП), пре свега јер се у раду ове институције укрштају различита национална законодавства и различите правне традиције.<sup>30</sup>

Као пример разматрања правнохерменеутичке проблематике унутар највиших судских инстанци помињемо један начелан став Уставног суда Србије (УСС) који је заправо формулисан као посебан канон тумачења у случају сукоба два закона. Наиме, у низу својих одлука (ИУз - 225/2005, ИУз - 27/2011, ИУз - 17/2011) ова институција је начело јединствености правног поретка (чл. 4 Устава Републике Србије) формулисала као канон тумачења права у правцу успостављања хијерархије између извесних системских и свих осталих закона, иако ова хијерархија није предвиђена Уставом РС .

Изложени пример показује како је сваки правни поредак једна динамична и у великој мери противречна целина којој су потребне и одговарајуће правнохерменеутичке интервенције, па стога и чуди како

---

<sup>28</sup> Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, 33.

<sup>29</sup> *Изабрane одлуке немачког Савезног уставног суда*, Београд 2010, 69.

<sup>30</sup> На нашем језику информативно код: Драгољуб Поповић, *Постанак Европског права људских права*, Београд 2012, 130-201. Саша Б. Бован, *Правна херменеутика између филозофије и логике*, Београд 2014, 137-175.

поводом уједначавања судске праксе готово да нема правних схватања која се тичу канона тумачења права.

### 3. ПРАВНА ХЕРМЕНЕУТИКА КАО ТЕОРИЈА ТУМАЧЕЊА ПРАВА

Полазећи од изложеног у претходном одељку потребно је још једном указати на утилитарне функције правне херменеутике. Како је већ указано, један овакав приступ показује нераскидиво јединство праксе и теорије тумачења права (правне херменеутике као вештине и науке тумачења права), али и одређује физиономију и једне и друге дисциплине, у смислу да детерминише њихову природу, а коначно, и "листу" проблема који су њихов непосредни предмет и приоритет.

Посматано на равни јуристичке херменеутике као теорије тумачења права, а везано за њену природу, са неумитношћу се намеће закључак да је она као теорија (наука) једна дескриптивна дисциплина чији је задатак да представи стање ствари и проблеме у овој области. Међутим, утилитарна функција ове дисциплине још од Шлајермахера и преко Гадамера подразумева да правна херменеутика као теорија тумачења такође мора бити и прескриптивна дисциплина, али не заборавимо, увек чврсто ослоњена на судску праксу. Супротно, тј. један чисто или претежно теоријски приступ, односно априорна анализа, умногоме деструише ову дисциплину изнутра. Она тада постаје јалова, бескорисна, и коначно, беспредметна.

У темељу једног захтева за емпиријском верификацијом резултата правне херменеутике полазећи од предмета из судске праксе, лежи још од Ф. Шлајермахера упозорење да је неспоразум а не разумевање темељно стање ствари у људској комуникацији,<sup>31</sup> и захтев да херменеутичка правила буду што више методска, у смислу што прецизнија и разрађенија.<sup>32</sup> У овом правцу креће се и закључак Е. Д. Хирша, једног од највећих ауторитета унутар херменеутичког реализма који каже: "Схватање да је поуздану методологију тумачења могућно изградити на низу канона представља илузију".<sup>33</sup> Ову потребу да се канони тумачења непрестано тестирају на конкретним текстовима, и увек изнова, наглашава и М. Хајдегер онда када говори о контекстуалном карактеру тумачења и када такође закључује да тумачење никада није тек расветљавање разумевања, него откривање пројектованих могућности садржаних у разумевању.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> F. Schleiermacher, 92-93, 328.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 81, 84.

<sup>33</sup> Ерик Доналд Хирш, *Начела тумачења*, Београд 1983, 227.

<sup>34</sup> Мартин Хајдегер, *Битак и време*, Београд 2007, 184.



Ови поприлично песимични закључци око домета разумевања у људској комуникацији добијају посебну тежину када имамо у виду тешкоће тумачења пред којима се налази судија (намерна недовршеност закона, динамичност, сложеност и идеологичност друштвених односа, садржинска неодређеност основних правних начела, коришћење правних стандарда).

Свеукупно, изложене околности оправдавају и напосто "траже" постојање једне дисциплине која ће бити израз херменеутичке саморефлексије правничке професије и која ће у исто време бити ваљана теоријска подршка у том правцу. Понављамо још једном да теорија тумачења права има смисла и може бити корисна у том правцу само ако као основу има непосредни и непрестани увид у праксу тумачења права (конкретне предмете из суднице). У том правцу напомињемо да врло често таква комуникација изстаје. Опште је познато на пример да су Хартове дискусије на тему примене права почивале на неколико хипотетичких (измишљених) примера. Ништа боља ситуација није ни са Р. Дворкином, А. Мармором, А. Бараком, Р. Алексијем, Мек Кормиком и другим ауторима (помињемо овде оне писце који се данас сматрају ауторитетима у области тумачења права). Ситуација је другачија са немачким ауторима, мада је и у њиховој литератури присутна чињеница да се понављају примери на којима су своје ставове изводили ауторитети као што су К. В. Канарис, К. Енгиш, К. Ларенц, Р. Ципелијус итд.<sup>35</sup>

У сваком случају, пратећи структуру претходног одељка, а пошто смо се изјаснили на тему природе правне херменеутике као теорије тумачења права (дескриптивна, прескриптивна и апостериорна дисциплина), потребно је указати на кључна питања која би она обрађивала. Наравно, незахвално је правити овакве "листе" у контексту дискусије о једној теоријској дисциплини, поготово имајући у виду све специфичности када је у питању правна херменеутика. Међутим, могу се и тада издвојити теме које су у изложеном смислу суштинске и незаобилазне: (1) овде пре свега спада питање о појму тј. природи поступка тумачења права; (2) затим, незаобилазно је и питање које се односи на саме каноне тумачења права, где се расправља њихова природа, те начин и редослед примене. Ово је област у којој највише долази до изражаја кореспонденција између вештине и теорије тумачења права, (3)

---

<sup>35</sup> У том правцу напомињемо да смо у свим радовима у којима се обрађује правнохерменеутичка проблематика користили примере које смо сами пронашли анализом судске праксе. Тако у радовима: Саша Б. Бован, "Contra legem одлучивање: Пандорина кутија правне херменетике", *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2012, 95-116. Саша Б. Бован, "Телеолошка редукција као херменеутички инструмент", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2015, 5-22, итд.

најзад, поступак тумачења права резултира одговарајућом судском одлуком па се као посебно теоријско питање издваја оно које се односи на природу јуристичког закључка.

(1) Питање о појму, тј. природи поступка тумачења права носи са собом недоумицу око тога да ли је тумачење закона процес откривања или формирања значења опште правне норме. Кроз ово питање се прелама и оно о односу између субјективног (субјективно - телеолошког, историјског) и објективног (објективно - телеолошког) тумачења, као и спор из опште херменеутике о односу херменеутичког интенционализма и антиинтенционализма.

У нашој правној литератури доминира схватање о тумачењу права као откривању значења опште правне норме, које се најконкретније, као на пример код Р. Лукића, Н. Висковића и М. Павчника, испољава као избор једног од могућих језичких значења.норме<sup>36</sup> Ово гледиште присутно је и у старијој и новијој немачкој литератури. У старојој на пример код Л. Енекеруса /Х. Нипердија и Б. Ритерса,<sup>37</sup> а у новојој код Р. Алексија.<sup>38</sup> Рапрострањено је и у англосаксонској литератури, пре свега у радовима тзв. оригиналиста (текстуалиста) на тлу САД,<sup>39</sup> али и код других аутора који баштине ову традицију, попут данас познатих аутора Н. Мак Кормика и А. Барака.<sup>40</sup>

Данас у литератури ипак доминира теорија тумачења права као формирања значења, на пример у Немачкој код В. Хасамера у једном поприлично екстремном облику,<sup>41</sup> али најчешће кроз једну мешовиту теорију која је синтеза субјективне и објективне теорије правне интерпретације.<sup>42</sup> У англосаксонској литератури ово схватање је присутно

---

<sup>36</sup> Р. Лукић, 78, 185. Никола Висковић, *Теорија државе и права*, Загреб 2006, 242-243. Марјан Павчник, *Теорија права*, Љубљана 2007, 477-478.

<sup>37</sup> Ludvig Enneccerus / Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. 1, Tübingen 1952, 324-325, 326. Bernd Rüthers, "Methodenfragen als Verfassungsfragen", *Rechtstheorie* 3/2009, 253-283.

<sup>38</sup> Robert Alexy, "Juristische Interpretation", *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie* (hrsg. R. Alexy), Frankfurt am Main 1995, 78.

<sup>39</sup> Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and Law*, Princeton-New Jersey 1997, 23-24. Richard A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, 365.

<sup>40</sup> Neil MacCormik, "Argumentation and Interpretation in Law", *Ratio Juris* 6/1993, 20. Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton-Oxford 2005, 7, 23, 89.

<sup>41</sup> Winfried Hassemer, "Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik", *Rechtstheorie* 1/2008, 1-22.

<sup>42</sup> Преглед ових гледишта код: Hassold Gerhard, "Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes - subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung", *Ztschr. for Zivilproces* 2/1981.

у на пример код А. Мармора.<sup>43</sup> Треба напоменути да унутар овог приступа који се темељи на једном херменеутичком релативизму треба правити разлику између херменеутичког идеализма, као у случају К. Ларенца, који сматра да је тумачење права откривање објективне воље /смисла) закона,<sup>44</sup> и херменеутичког прагматизма (реализма), када тумачење права, на пример према речима Ф. Бидлинског представља "откривање релевантне садржине закона тако што се стручно и са дужном пажњом оцењује објављени текст у контексту садашњих односа."<sup>45</sup>

У односу на ову тему у више наших радова изложили смо пример једне мешовите али и избалансиране теорије о појму тумачења права. Специфичност овог приступа, који по нама добија димензију суштинске избалансираности јесте у томе што се у односу велике и мале премисе предност даје овој потоњој, али тако да се на најпотпунији начин успоставља дијалектичко јединство велике и мале премисе јуристичког закључка. Тада, на равни питања о појму правне интерпретације добијамо дефиницију која каже да је тумачење права испуњавање садржином требања из опште правне норме полазећи од чињеница случаја тумачења посматраних у ужем или ширем социјалном контексту.<sup>46</sup>

(2) Као што је већ речено, дилема око појма тумачења права последица је спора између субјективне и објективне теорије тумачења права око тога да ли је тумачењу законског текста примеренији канон историјског или циљног тумачења. Овде је интересантно поменути да представници оба херменеутичка тabora имају озбиљне аргументе којима оспоравају супротно становиште, али не успевају да изађу из зачараног круга и формулишу једну истински мешовиту теорију тумачења права. Тако на пример, убедљиво делује критика Б. Ритерса на рачун објективне теорије када каже да трагање за објективним смислом закона није ништа друго него једна фикција којом се прикрива судијско стварање права.<sup>47</sup> Међутим, у покушају да одбрани субјективну теорију тумачења од оправданих критика које доказују да је и воља законодавца као критеријум тумачења закона више мање једна фикција, нарочито у тешким случајевима, он не успева ништа друго него да закључи како је

---

<sup>43</sup> Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Portland 2005, 10, 15-16.

<sup>44</sup> Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin- Göttingen-Heidelberg 1960, 239-240

<sup>45</sup> Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 31.32. Тако и код Сипелијуса: Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München 2003, 51-52.

<sup>46</sup> Саша Б. Бован, "Појам тумачења права посматрано са становишта једне социолошке теорије правног расуђивања", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018, 1010.

<sup>47</sup> B. Rüthers, 262.

кључни критеријум правне интерпретације размишљајућа послушност (*denkedem Gehorsam*) према закону.<sup>48</sup>

И у односу на ово питање развили смо сопствено становиште тј. једну социолошку теорију тумачења права која нам, прво открива фатални телеологизам и субјективне и објективне теорије тумачења права,<sup>49</sup> а друго, која хипостазирањем мале премисе јуристичког закључка указује на претежно индуктивни карактер процеса судијског одлучивања, одлучивања које коначно добија изглед једне микросоциолошке анализе.<sup>50</sup>

Што се тиче рангирања, тј. редоследа у примени појединих канона, у пракси рада судија управо је присутан један мешовити приступ који почиње са језичким и историјским (евентуално систематским) тумачењем, а завршава најчешће применом циљног тумачења. У том погледу у теорији правног расуђивања не постоје већи спорови него се обично говори о уобичајеном поступању тумачења (као малопре) и одступајућим моделима.<sup>51</sup>

(3) Када је у питању природа јуристичког закључка обично се каже да је правничко расуђивање спој једне вештине (*tehne*) и мудрости (*phronesis*). Технички аспект судијског одлучивања подразумева одговарајућу едукацију и стручно искуство помоћу којих се судија упушта у решавање неког спора. Мудрост која тада долази до изражаја још од Аристотела подразумева практичну разборитост, као способност практичног деловања у појединачним ситуацијама.<sup>52</sup> Отуда се практичка разборитост може посматрати као синтеза стручног и личног (животног) искуства која у виду правичности (коначно, и као изванредан морални суд) свој финални израз добија у појединачној судској одлуци. Оно што је интересантно јесте да се овако конструисана природа јуристичког закључка (судске одлуке) оштро конфонтира неким другим облицима расуђивања, који по нама, такође долазе до изражаја, и то у великој мери, у судијском резонувању и одлучивању.

У питању је модел научног поимања ствари (*episteme*), када се сматра, осврћемо се овде на нашу литературу, да правно расуђивање нема никаквих додирних тачака са научним објашњењем.<sup>53</sup> Овде сматрамо, и то је један од битних аспеката социолошке теорије тумачења права коју смо

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, 283.

<sup>49</sup> Саша Б. Бован, "Правна херменеутика у стегама телеологизма", *Универзално и особено у праву* (ур. О. Вујовић), том 1, Косовска Митровица 2018, 469-489.

<sup>50</sup> Саша Б. Бован, *Правна херменеутика између филозофије и логике*, 112.

<sup>51</sup> Франц Бидлински, 96-108.

<sup>52</sup> Аристотел, *Никомахова етика*, Београд 1964, ВИ, 1141 б, 1142 а.

<sup>53</sup> Јасминка Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд 2006, 101, Коста Чавошки-Радмила Васић, *Увод у право*, Београд 2011, 384.

конструисали и формулисали у низу ранијих радова, да у поступку рада на малој премиси утврђивање чињеничног стања подразумева и објашњење тих чињеница (оне се доводе у међусобни однос када се утврђује њихова каузална повезаност и релативни детерминистички значај по логици мултиваријантне анализе коју судије спроводе интуитивно и више или мање успешно).<sup>54</sup> Према томе, с обзиром да се обрада чињеница неког случаја који се нашао пред судијом одвија по стандардима једне научне (каузалне) анализе (чега судија није до краја никада свестан већ такав рад назива некаквом "логиком" случаја), јуристички закључак није само *tehne* и *phronesis* него и *episteme*, тј. пример и модел једне микросоциолошке анализе.<sup>55</sup>

#### 4. ЗАКЉУЧАК

У свођењу дискусије на тему природе правне херменеутике још једном желимо да истакнемо да је основни циљ овога рада био да укаже на (1) двоструку природу ове дисциплине (правне херменеутика као вештина и теорија тумачења права), на (2) њен утилитарни карактер који значи да нема обраде случајева из праксе без теоријских рефлексива, тј. без познавања и дубљег промишљања питања која намеће херменеутичка теорија, и обрнуто, да свака теоријска дискусија из ове области мора бити утемељена на случајевима из суднице, и да је циљ овог рада био да (3) укаже на јединство правне херменеутике с обзиром на чињеницу о њеној утилитарној природи и функцији.

Сматрамо да је у том смислу пружен и изванредан допринос теорији правног расуђивања, тим пре што у литератури (нашој и страниј) практично нема радова који непосредно разматрају питање појма, тј. природе правне херменеутике. Ова чињеница остаје за нас збуњујуће фасцинантна, а у исто време је позив да се пруже аргументи који ће доказати супротно. У сваком случају, и у свим могућим радовима које смо обрађивали нема примера једног синтетичког приступа у изложеном смислу, приступа који је у исто време комплексан и теоријски фундиран, али и прагматичан са становишта потреба правне праксе. Ово последње

---

<sup>54</sup> С. Бован, *Правна херменеутика између филозофије и логики*, 112, 114-120.

<sup>55</sup> Ово - према класичној теорији правног расуђивања - јеретичко становиште, има потврду и у социолошкој теорији те у филозофији науке у односу на питање о природ научног објашњења. Наиме, разумевајућа социологија (симболички интеракционизам), проширујући поље научне анализе на људску субјективност, почива на методолошком диктуму да нема објашњења без разумевања, што подразумева и обрнуто - да нема разумевања без објашњења. У филозофији науке о овом питању код: Georg H. von Wright, *Објашњење и разумевање*, Београд 1975.

смо покушали да досегнемо једном "листом" проблема пред којима се налазе правна херменеутика као вештина и као теорија тумачења права, при чему је једна таква "листа" у исто време приоритетни задатак за обе, и опет, коначно, још један доказ јединства правне херменеутике као вештине и теорије тумачења права.

Додајмо на крају још да и у општој херменеутици питање њеног појмовног одређења не заокупља пажњу у довољној мери. Она се лапидарно дефинише као вештина или наука разумевања, али се и проширује њено значење тако да у традицији историзма она представља методологију науке (од В. Дилтаја), док код М. Хајдегера представља онтолошку категорију (језик је дом бића) на чему се затим заснива феноменологија као херменеутичка филозофија. Коначно, као разраду Хајдегерове херменеутичке филозофије добијамо Гадамерову филозофску херменеутику као филозофију језика.<sup>56</sup> Но, како закључује Ж. Гронден, остаје неспорно да је реч "херменеутика" и у "савременој говорној пракси погођена енормном магловитошћу".<sup>57</sup>

#### ЛИТЕРАТУРА:

- Alexy, R., „Juristische Interpretation“, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie* (hrsg. R. Alexy), Frankfurt am Main 1995.
- Alexy, R., „On the Structure of Legal Principles“, *Ratio Juris* 13/2000.
- Аристотел, *Никомахова етика*, Београд 1964.
- Bäcker, C., „Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens“, *Rechtstheorie* 3/2009.
- Varak, A., *Purposive Interpretation in Law*, Princeton-Oxford 2005.
- Бети, Е., *Херменеутика као општа метода духовних наука*, Нови Сад 1988.
- Бидлински, Ф., *Правна методологија*, Подгорица 2011.
- Бован, С. Б., „Contra legem одлучивање: Пандорина кутија правне херменетике“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2012.
- Бован, С. Б., „Појам тумачења права посматрано са становишта једне социолошке теорије правног расуђивања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018.
- Бован, С. Б., „Правна херменеутика у стегама телеологизма“, *Универзално и особено у праву* (ур. О. Вујовић), том 1, Косовска Митровица 2018.

---

<sup>56</sup> Прегледно на тему дефиниције (појма) опште херменеутике у литератури код једног исламског аутора: Ахмад Ваези, *Увод у херменеутику*, Сарајево 2014, 13-38.

<sup>57</sup> Жан Гронден, *Увод у филозофску херменеутику*, Нови Сад 2010, 34,

Бован, С. Б., „Телеолошка редуција као херменеутички инструмент“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2015.

Бован, С. Б., *Правна херменеутика између филозофије и логике*, Београд 2014.

Чавошки, К., Васић, Р., *Увод у право*, Београд 2011.

Coleman, J., *The Practise of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford 2001.

Dvorkin, R., „The Model of Rules“, *The University of Chicago Law Review* 35/1967.

Engisch, K., *Logische studien zur Gesetzesanwendung*, Heildeberg 1963.

Ennecerus, L., Nipperdey, H. C., *Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts, vol. 1*, Tübingen 1952.

Farell, I., „H. L. A. Hart and the Methodology of Jurisprudence“, *Texas Law Review* 4/2006.

Гадамер, Х. Г., *Истина и метода*, Сарајево 1978.

Gerhard, H., „Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes - subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung“, *Ztschr. for Zivilproces* 2/1981.

Gibson, R. F., *Enlightened Empiricism: An Examination of W. V. Quines Theory Knowledge*, Geinesville 1988.

Гронден, Ж., *Увод у филозофску херменеутику*, Нови Сад 2010.

Гуд, В., Хет, П., *Методи социјалног истраживања*, Београд 1966.

Хајдегер, М., *Битак и време*, Београд 2007.

Харт, Х., *Појам права*, Подгорица 1994.

Хасанбеговић, Ј., *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд 2006.

Hassemer, W., „Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik“, *Rechtstheorie* 1/2008.

Хирш, Е. Д., *Начела тумачења*, Београд 1983.

*Изабрane одлуке немачког Савезног уставног суда*, Београд 2010.

Jackson, F., *From Methaphisics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford 1998.

Канторович, Х., *Борба за правну науку*, Београд 2006.

Кауфман, А., *Право и разумевање права*, Ваљево 1998.

Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin- Göttingen- Heildeberg 1960.

Лукић, Р., *Тумачење права*, Београд 1961.

MacCormik, N., „Argumentation and Interpretation in Law“, *Ratio Juris* 6/1993.

Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, Portland 2005

Мертон, Р., *О теоријској социологији*, Загреб 1979.

- Милетин, Љ. Р., „Тумачење и примена прописа од стране судије“, *Узроци неуједначене примене права* (ур. Д. Бољевић), Београд 2016.
- Орлић, М., *Закључење уговора*, Београд 1993.
- Павчник, М., *Теорија права*, Љубљана 2007.
- Ravčnik, M., „Das Hin und Herwandern des Blickes. Zur Natur der Gesetzesanwendung“, *Rechtstheorie* 4/2008.
- Поповић, Д., „Образложење пресуде“, *Квалитет судских одлука у функцији квалитета судске праксе у процесу придруживања Европској унији* (ур. Д. Бољевић), Београд 2016.
- Поповић, Д., *Постанак Европског права људских права*, Београд 2012.
- Posner, R. A., *How Judges Think*, Cambridge 2008.
- Posner, R. A., *Law and Legal Theory in the UK and USA*, Oxford 1996.
- Raz, J., „Legal Principles and the Limits of Law“, *The Yale Law Journal* 81/1972.
- Рос, А., *Право и правда*, Подгорица 1996.
- Rüthers, B., „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie* 3/2009.
- Scalia, A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and Law*, Princeton-New Jersey 1997.
- Schleiermacher, F. D., *Hermeneutik und Kritik* (hrgs. M. Frank), Frankfurt am Main 1977.
- Schmaltz, S., „Уједначавање судске праксе у Немачкој и улога Европског суда за људска права и Уставног суда по овом питању“, *Уједначавање судске праксе: Однос између правне сигурности и судијске независности* (ур. Д. Бољевић), Београд 2017.
- Спаић, Б., „Два поимања правних принципа“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2017.
- Тумачење казненоравне норме и адекватност њене примене* (ур. С. Бејатовић), Београд 2009.
- Ваези, А., *Увод у херменеутику*, Сарајево 2014.
- Вебер, М., *Методологија друштвених наука*, Загреб 1986.
- Видић, Н., „Тумачење и примена прописа у раду судија“, *Узроци неуједначене примене права* (ур. Д. Бољевић), Београд 2016.
- Висковић, Н., *Теорија државе и права*, Загреб 2006.
- Wright, G. H., *Објашњење и разумевање*, Београд 1975.
- Zippelius, R., *Juristische Methodenlehre*, München 2003.



**Saša B. BOVAN, Ph.D**

Ordentlicher Professor, Juristische Fakultät Belgrad, Universität Belgrad

## **DIE JURISTISCHE HERMENEUTIK ALS EINE FÄHIGKEIT UND THEORIE DER DEUTUNG DES RECHTS**

### **Zusammenfassung**

Die Hauptziele dieser Arbeit sind auf Folgendes hinzuweisen: (1) auf die zweideutige Natur der rechtlichen Hermeneutik, da sie sich gleichzeitig sowohl als eine Fähigkeit als auch als eine Theorie der rechtlichen Deutung zeigt; (2) auf den nützlichen Charakter der rechtlichen Hermeneutik hinzuweisen; dies bedeutet, dass man keinen konkreten Fall lösen kann, ohne eine tiefere Analyse der Fragen, die aus der hermeneutischen Theorie erfolgen; und umgekehrt: jede theoretische Diskussion, die sich auf dieses Gebiet bezieht, muss durch Fälle aus dem Gerichtssaal unterstützt werden können; (3) letztendlich, eines der Ziele dieser Arbeit ist es auch auf die Einheit der juristischen Hermeneutik zu deuten, da beide, ihre Natur und ihre Funktion, sich als äußerst nützlich erweisen.

**Schlüsselwörter:** *Die rechtliche Hermeneutik. - Die juristische profession. - Die Theorie der Deutung des Rechts. - Die Fähigkeit der Deutung des Rechts.*



**Велибор ЦОМИЋ\***

**Факултет за државне и европске студије Подгорица**

## **МОДЕЛИ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ЕПАРХИЈЕ РАШКО-ПРИЗРЕНСКЕ СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ**

**Апстракт:** Епархија рашко-призренска Српске Православне Цркве има своју хиљадугодишњу канонску јурисдикцију на читавој територији Косова и Метохије. Она се од 1999. године нашла у положају какав није забележен у њеној хиљадугодишњој историји. Током претходних година у преговорима између представника Републике Србије и Привремених институција самоуправе из Приштине уз посредовање Европске уније постављало се питање правне заштите културног наслеђа или „манастира и цркава“ Епархије рашко-призренске Српске Православне Цркве. У раду се анализирају до сада познати и примењивани модели правне заштите који су познати као јерусалимски, цариградски, светогорски и ватикански модел, као и тзв. екстериторијални модел.

**Кључне речи:** *Српска Православна Црква, Епархија рашко-призренска, Република Србија, Албанци, међународна заједница, преговори, модели правне заштите.*

Од закључивања тзв. Бриселског споразума 19. априла 2013. године до данас је са различитих релевантних домаћих<sup>1</sup> и међународних

---

\* доцент, otacvelibor@gmail.com

<sup>1</sup> Председник Републике Србије Александар Вучић је 7. августа 2018. године на конференцији за медије изјавио: “Тражићемо решавање питања личне, приватне имовине Срба, имовине СПЦ, имовине у власништву привредних субјеката регистрованих у централној Србији изван Косова и државне и друштвене имовине Србије на Косову”, “Политика”, електронско издање, 7. август 2018, <http://www.politika.rs/sr/clanak/408759/Vucic-Nema-lakog-ni-bezbolnog-resenja-za-Kosovo-i-Metohiju>, 10. мај 2019.

Председник Александар Вучић је на 4. конгресу лидера света и традиционалних религија у Астани 10. октобра 2018. године “позвао верске лидере на заштиту манастира и цркава Српске Православне Цркве на Косову и Метохији, које су под сталном претњом оних који не верују у цивилизацију и културно наслеђе”, портал Радио-телевизије Војводине, 10. октобар 2018.г.

[http://www.rtv.rs/sr\\_ci/politika/vucic-pozvao-verske-lidere-na-zastitu-manastira-i-crkava-spc-na-kosovu-i-metohiji\\_956906.html](http://www.rtv.rs/sr_ci/politika/vucic-pozvao-verske-lidere-na-zastitu-manastira-i-crkava-spc-na-kosovu-i-metohiji_956906.html), 10. мај 2019.

адреса<sup>2</sup> више пута у јавности помињано питање правног регулисања статуса "имовине" или "објеката" СПЦ на Косову и Метохији" или "културног наслеђа на Косову и Метохији". Ово питање је на готово идентичан начин дефинисано и у нацртима разних преговарачких докумената, а посебно изјава учесника у преговарачком процесу.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> О истој теми је директно говорио и Метју Палмер, заменик помоћника америчког државног секретара. Он је 20. октобра 2018. године за РТС изјавио: "Сваки договор би по природи морао да буде вишедимензионалан. Имао би и безбедносни апект, и политичку и економску компоненту и нешто о имовини Српске Православне Цркве на Косову, и о Газиводама, и о Трелчи", портал Радио-телевизије Србије, 20. октобар 2018.г.

<http://www.rts.rs/page/stories/ci/story/1/politika/3295300/palmer-za-rts-sto-pre-do-dogovora-beograda-i-pristine-nema-crvenih-linija.html>, 10. мај 2019.

<sup>3</sup> "Вечерње новости" су 9. августа 2018. године објавиле текст под насловом *Тражимо неограничену заштиту за манастире*. Према информацијама које нису демантоване од државних органа Републике Србије, овај дневник је навео да ће у дијалогу са Приштином о свеобухватном решењу Београд инсистирати на посебном положају СПЦ у покрајини кроз признат положај СПЦ на Космету, као и да се "на неограничен период задржи правни режим заштите за 44 објекта који представљају специјалне зоне српске културне и верске баштине".

<http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/politika/aktuelno.289.html:742893-Trazimo-neogranicenu-zastitu-za-manastire>, 10. мај 2019.

Марко Ђурић, директор Канцеларије за Косово и Метохију у Влади Републике Србије, преко твитера је објавио да је "не само наша делегација у Бриселу покренула питање заштите српске културне и духовне баштине на Косову и Метохији већ је председник Вучић званичницима ЕУ предочио и сасвим конкретан план који нашој Цркви гарантује апсолутну заштиту". Ђурићеви наводи су објављени у тексту *Београд покренуо питање заштите српских манастира на Косову: Бриселу представљен конкретан план*, "Телеграф", електронско издање, 29. септембар 2018.г.

<https://www.telegraf.rs/vesti/politika/2995225-beograd-pokrenuo-pitanje-zastite-srpskih-manastira-na-kosovu-briselu-predstavljen-konkretan-plan-foto>, 10. мај 2019.

Екипа "Вечерњих новости" је објавила текст под насловом *Заштита за 44 светиње и споменика* са напоменом да је реч о плану Београда којим се тражи заштита за 44 "објекта који представљају специјалне зоне српске културне и верске баштине и да положај СПЦ буде признат на Космету", "Вечерње новости", електронско издање, 10. октобар 2018.г.

<http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/politika/aktuelno.289.html:754038-NOVOSTI>, 10. мај 2019.

Последњи у низу је наводни Нацрт споразума између Београда и Приштине у тексту под насловом *Процурео документ у коме се детаљно наводи под којим условима и на који начин ће Србија признати Косово*, "Еспресо", електронско издање, 1. фебруар 2019.

<https://www.espreso.rs/vesti/politika/345195/srbija-daje-presevo-i-medvedju-ali-dobija-sever-procureo-dokument-u-kome-je-detaljno-podeljeno-kosovo>, 4. мај 2019.

Питању правне заштите Епархије рашко-призренске на Косову и Метохији до сада није посвећена дужна пажња, а несумњиво се ради о питању од највећег значаја за Српски народ и Републику Србију. Уочљиво је да се не прецизира шта се подразумева под субјектом правне заштите у овом случају и у ком државно-правном оквиру треба заштити ”објекте СПЦ” или ”културно наслеђе” на Косову и Метохији. Да ли је, наравно, могућа заштита духовног и културног наслеђа од оних, како је навео председник Републике Србије Александар Вучић у Астани 10. октобра 2018. године, ”који не верују у цивилизацију и културно наслеђе”<sup>4</sup>?

Неопходно је да се укаже да се под субјектима правне заштите не може подразумевати само неколико ”објеката СПЦ од великог културног значаја” попут Пећке Патријаршије, Високих Дечана, Грачанице, Богородице Љевишке и сличних. Српска Православна Црква је на Косову и Метохији је оличена у Епархији рашко-призренској коју не чини само неколико објеката него епископ, свештенство, монаштво, верни народ, црквене установе, архијерејска намесништва, црквене општине, парохије и, наравно, ”објекти” и то преко 1600 цркава и манастира, црквишта и манастиришта, гробаља и гробљишта и сва непокретна и покретна црквена имовина на Косову и Метохији.<sup>5</sup>

Под ”културним наслеђем” на Косову и Метохији се једино може подразумевати свеукупно културно материјално (покретно и непокретно) и нематеријално културно наслеђе које није само везано за Епархију рашко-призренску Српске Православне Цркве него и за Републику Србију, али и друга правна и физичка лица која су власници и држаоци културних добара на Косову и Метохији.

До сада је познато више правних модела за заштиту одређених светиња или регулисање правног положаја Цркве или неке верске заједнице. Реч је о **јерусалимском, цариградском, светогорском и ватиканском моделу**. Све чешће се помиње и тзв. **екстериторијални модел**. Да ли је неки од ових модела прихватљив за Републику Србију и Српску Православну Цркву?

---

<sup>4</sup> Вучић позвао верске лидере на заштиту манастира и цркава СПЦ на Косову и Метохији, портал Радио-телевизије Војводине, 10. октобар 2018.г.

[http://www.rtv.rs/sr\\_ci/politika/vucic-pozvao-verske-lidere-na-zastitu-manastira-i-crkava-spc-na-kosovu-i-metohiji\\_956906.html](http://www.rtv.rs/sr_ci/politika/vucic-pozvao-verske-lidere-na-zastitu-manastira-i-crkava-spc-na-kosovu-i-metohiji_956906.html), 10. мај 2019.

<sup>5</sup> Детаљније у В. Џомић, *Шта је СПЦ на Косову и Метохији и зашто је од 2008. године искључена из преговора о Косову и Метохији?*, портал ”Нова српска политичка мисао”, 21. септембар 2018.г.

<http://www.nspm.rs/kosovo-i-metohija/sta-je-spc-na-kosovu-i-metohiji-%E2%80%93-i-zasto-je-od-2008.-crkva-iskljucena-iz-pregovora-o-kim.html?alphabet=1>, 4. мај 2019.

## 1. Јерусалимски модел

Јерусалимски модел у данашњем правном оквиру и изразу је нормиран актом о међусобном разумевању различитих цркава и верских заједница, познат као Status quo. Наведеним правним актом је регулисано питање коришћења верских објеката у Јерусалиму и Витлејему док остала Света места у Израелу и Палестини њиме нису обухваћена.

Турски султан Осман III је 1757. године први увео ово питање у османски правни поредак. Том приликом је нормирано да представници различитих вероисповести у Јерусалиму и Витлејему, који су поседовали или су заједнички користили одређена Света места, без сагласности осталих нису могли ништа променити у Светим местима, нити, пак, предузимати активности које би нарушиле постојеће нормиране односе. Други султански ферман је издат 1852. године, а трећим из 1853. године су потврђене одредбе фермана из 1757. године. Британски државни службеник Лионел Каст је 1929. године сачинио сажетак овог важног документа.<sup>6</sup>

У случају Косова и Метохије, јерусалимски модел није прихватљив зато што је реч о правном акту који уређује својинско-правне односе и начин коришћења, првенствено богослужења и одржавања у Светињама, између различитих цркава и верских заједница и то искључиво у Јерусалиму и Витлејему, а не у читавом Израелу и Палестини. На Косову и Метохији није спорно питање својинских права над сакралним објектима Српске Православне Цркве, Римокатоличке цркве и Исламске заједнице. Јер, јасно је да Исламска заједница на Косову и Метохији не полаже и не истиче никакво своје право над Пећком Патријаршијом или Грачаницом нити, пак, Епархија рашко-призренска полаже и истиче неко своје право над неком џамијом.

С друге стране, овај, изворно османски феудални модел из 18. века, није применљив у 21. веку када постоји међународно-право које се све више имплементира у национална државна законодавства и које има примат над националним државним законодавствима. С треће стране, Турска је и некада и сада неспорно била држава, као што је и Израел данас држава. У конкретном случају, за нас јерусалимски модел не би било прихватљив ни због тога што би у састављању таквог евентуалног документа учествовала и тзв. Република Косово коју Република Србија и Срби не признају и коју не могу признати као државу на окупираном делу своје територије.

---

<sup>6</sup> Вид. L.G.A. Cust, *The Status Quo in the Holy Places*, Ariel Publishing House, Jerusalem, 1980.

## 2. Цариградски модел

Цариградски модел је настао 1923. године на основу Конвенције о размени грчког и турског становништва са протоколом од 30. јануара 1923. године<sup>7</sup>, Уговора о миру са Турском од 24. јула 1923. године<sup>8</sup>, Конвенције о границама Тракије од 24. јула 1923. године<sup>9</sup>, Протокола о неким концесијама датим у Отоманском царству и Декларације од 24. јула 1923. године<sup>10</sup>, Протокола о евакуацији турских територија окупираних од стране британских, француских и италијанских снага од 24. јула 1923. године<sup>11</sup>, Протокола о територији Карагачу и острвима Имброс и Тенетос од 24. јула 1923. године<sup>12</sup>, Протокола уз Уговор из Севра између Великих савезничких сила и Грчке од 10. августа 1920. године у вези са заштитом мањина у Грчкој и Уговор од 10. августа 1923. године у вези са Тракијом од 24. јула 1923. године<sup>13</sup>, Декларације о слободи пловидбе мореузима од

---

<sup>7</sup> Конвенција о размени грчког и турског становништва са протоколом од 30. јануара 1923. године, у *Балкански уговорни односи 1876-1996*, књ. II, пр. Момир Стојковић, ЈП “Службени лист СРЈ”, СЈУ “Међународна политика”, Београд, 1998, 155-161

<sup>8</sup> Уговор о миру са Турском од 24. јула 1923. године, у *Балкански уговорни односи 1876-1996*, књ. II, пр. Момир Стојковић, ЈП “Службени лист СРЈ”, СЈУ “Међународна политика”, Београд, 1998, 162-181

<sup>9</sup> Конвенција о границама Тракије од 24. јула 1923. године, у *Балкански уговорни односи 1876-1996*, књ. II, пр. Момир Стојковић, ЈП “Службени лист СРЈ”, СЈУ “Међународна политика”, Београд, 1998, 181-184

<sup>10</sup> Протокол о неким концесијама датим у Отоманском царству и Декларација од 24. јула 1923. године у Лозани, у *Балкански уговорни односи 1876-1996*, књ. II, пр. Момир Стојковић, ЈП “Службени лист СРЈ”, СЈУ “Међународна политика”, Београд, 1998, 185-189

<sup>11</sup> Протокол о евакуацији турских територија окупираних од стране британских, француских и италијанских снага од 24. јула 1923. године, у *Балкански уговорни односи 1876-1996*, књ. II, пр. Момир Стојковић, ЈП “Службени лист СРЈ”, СЈУ “Међународна политика”, Београд, 1998, 189-191

<sup>12</sup> Протокол о територији Карагачу и острвима Имброс и Тенетос од 24. јула 1923. године, у *Балкански уговорни односи 1876-1996*, књ. II, пр. Момир Стојковић, ЈП “Службени лист СРЈ”, СЈУ “Међународна политика”, Београд, 1998, 191-192

<sup>13</sup> Протокол уз Уговор из Севра између Великих савезничких сила и Грчке од 10. августа 1920. године у вези са заштитом мањина у Грчкој и Уговор од 10. августа 1923. године у вези са Тракијом од 24. јула 1923. године, у *Балкански уговорни односи 1876-1996*, књ. II, пр. Момир Стојковић, ЈП “Службени лист СРЈ”, СЈУ “Међународна политика”, Београд, 1998, 193

24. јула 1923. године<sup>14</sup> и Конвенције о настањивању и јурисдикцији од 24. јула 1923. године.<sup>15</sup>

Наведени споразуми и декларације из Лозане, у чијем су припремању и закључивању учествовале Велика Британија, Француска, Италија, Јапан, Грчка, Румунија, Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца, Бугарска и Турска, настали су после грчко-турског рата, који је вођен од маја 1919. до октобра 1922. године. Тај рат се у историјској науци још назива и Ратом у Малој Азији. Ратни сукоб је неповољно завршен по Грке, који су морали да се повуку на границе од пре почетка рата, а потом и да приступе размени становништва. Малоазијски Грци су били принуђени да напусте своје вековне домове и огњишта.

Васељенска Патријаршија у Цариграду (данашњем Истамбулу) је, после закључивања и спровођења лозанских споразума, остала без верног народа и значајног дела свештенства и монаштва. Планом исељавања једино нису били обухваћени Грци из Цариграда. Из свих осталих делова Турске су исељени. Права Васељенске Патријаршије, посебно верска и имовинска, нису заштићена наведеним споразумима, односно, Цариградска Патријаршија је препуштена на милост и немилост турским властима у Анкари. Непун век након закључивања споразума у Лозани, Васељенска Патријаршија је на простору Турске остала са нешто око две хиљаде верника и то само у Цариграду. Иако су у формално-правном смислу били изузети од исељавања, православни Грци из Цариграда су, заправо, били принуђени да се у потоњим деценијама исељавају. Многе велике Светиње су национализоване од стране турске државе и већ скоро сто година у њима нема ни свештеника, ни монаха, ни верника, ни богослужења. Велики број Светиња је запустео, а значајан број је проглашен за непокретно културно наслеђе Турске. Неке Светиње су трајно уништене.

Цариградски модел, такође, није применљив у случају Косова и Метохије. Ратни сукоби на Косову и Метохији 1999. године нису вођени између две државе као што је био случај са Грчком и Турском. У нашем случају су регуларне јединице војске и полиције изводиле акције неутралисања и уништавања паравојних терористичких јединица тзв. ОВК која је вршила терористичке акте према цивилном становништву и безбедносним органима. У тај сукоб се, од 24. марта до 10. јуна 1999.

---

<sup>14</sup> Декларација о слободи пловидбе мореузима од 24. јула 1923. године, у *Балкански уговорни односи 1876-1996*, књ. II, пр. Момир Стојковић, ЈП “Службени лист СРЈ”, СЈУ “Међународна политика”, Београд, 1998, 194

<sup>15</sup> Конвенција о настањивању и јурисдикцији од 24. јула 1923. године, у *Балкански уговорни односи 1876-1996*, књ. II, пр. Момир Стојковић, ЈП “Службени лист СРЈ”, СЈУ “Међународна политика”, Београд, 1998, 195-202



године, укључио и НАТО пакт и стао на страну терористичке ОВК. Савет безбедности Уједињених нација је у вези Косова и Метохије усвојио Резолуцију 1244.

Република Србија нема право да закључује споразуме са тзв. Републиком Косово о пресељењу преосталог српског становништва (између 120 и 130 хиљада) са простора Косова и Метохије на територију тзв. уже Србије већ је њена обавеза да, примарно, помогне и охрабри њихов опстанак после тешких 20 година окупације и да, секундарно, упорно и неизоставно захтева повратак на Косово и Метохију преко 200 хиљада Срба који су прогнани 1999. године и касније. Осим тога, Република Србија нема право да се одриче државне, приватне и црквене имовине на Косову и Метохији већ мора упорно и неизоставно да захтева повратак отете и узурпиране имовине законитим власницима. И, наравно, да тражи поштовање и заштиту свих људских права и слобода. Ни овај модел, као што се види, не може да буде прихватљив за Србе и Епархију рашко-призренску Српске Православне Цркве.

### 3. Светогорски модел

Организовани монашки живот на полуострву Света Гора је почео 963. године оснивањем Манастира Велика Лавра од стране Светог Атанасија Атонског. Први општи црквено-правни акт Свете Горе је из 972. године и назива се Трагос (у преводу значи - јарац, јер је написан на јарећој кожи). Света Гора је од свог настанка била под одређеним правним режимима најпре Византије, а потом Душановог царства, па Турске и до данас Републике Грчке.

На Берлинском конгресу 1878. године је, поред осталог, разматрано и питање Свете Горе. У члану 62 Берлинског уговора је гарантовано право на слободу вере и изричито је била забрањена дискриминација по основу вере у погледу уживања грађанских или политичких права, рада у јавним службама, обављања јавних функција и указивања почаста, или обављања различитих професија и делатности у било ком месту. Гарантована је слобода и у погледу хијерархијске организације различитих заједница, као и њихов однос са својим духовним поглаварима. Монасима на планини Атос је, без обзира на то из које су земље потицали, гарантовано право да задрже своје раније поседе и повластице и да, без икаквог изузетка, потпуно уживају једнака права и прерогативе.<sup>16</sup> Од 1912. године фактички, а од 1913. године и

---

<sup>16</sup> Вид. R. B. Mowat, *Select Treaties and Documents to Illustrate the Development of the Modern European States-System*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 1915, 79-83

закључивања Букурешког уговора формално до данас, Света Гора је саставни део територије Републике Грчке.

Светогорски (атоски или атонски) модел је у савременом црквено-правном изразу настао усвајањем Устава Свете Горе<sup>17</sup> (ΚΑΤΑΣΤΑΤΙΚΟΣ ΧΑΡΤΙΣ ΤΟΥ ΑΓΙΟΥ ΟΡΟΣ - Уставна повеља Свете Горе) 10. маја 1924. године<sup>18</sup> од стране Дуплог ванредног сабора 20 светогорских манастира. У савременом државно-правном смислу, светогорски модел је као изворни црквени модел везан и за Закон - Декрет о потврди Устава Свете Горе, који је потписао председник Републике Грчке Павле Кундуриотис 10. септембра 1926. године.<sup>19</sup> Пре тога, ”почетак савременог правног статуса Свете Горе везује се, de facto, за успостављање грчког суверенитета над Атонским полуострвом, новембра 1912. године, а de iure потпадање под грчки суверенитет регулисано је одредбом члана 5 Букурешког уговора (1913), којим је одређена нова гранична линија отоманских територија на Балкану”.<sup>20</sup>

Важећи Устав Републике Грчке од 11. јуна 1975. године (са изменама и допунама од 2001. године)<sup>21</sup> у свом нормативном делу садржи и одредбу која регулише положај Свете Горе као самоуправне монашке републике на територији Републике Грчке. У чл. 105 Устава Републике Грчке је прописано да ”полуострво Атос, које се простире изнад Велике Вигле и чини подручје Свете Горе, у складу са њеним старим повлашћеним статусом, самоуправни је део Грчке Државе и њен суверенитет је неприкосновен. Са духовног аспекта, Света Гора остаје под директном јурисдикцијом Васељенске Патријаршије. Сви лица која тамо обитавају без икаквих других формалности стичу грчко држављанство чим постану искушеници или монаси”. Дакле, реч је о самоуправној монашкој заједници и грчкој територији sui generis која се, неспорно, налази под пуним суверенитетом грчке државе. У ставу 2 истог члана је прописано да је ”Света Гора, у складу са њеним устројством, под управом двадесет Свештених Манастира између којих је цело полуострво Атос подељено; територија Свете Горе је изузета од експропријације”. У члану

---

<sup>17</sup> Највиши правни акт Свете Горе се још назива и Статутом.

<sup>18</sup> ΚΑΤΑΣΤΑΤΙΚΟΣ ΧΑΡΤΙΣ ΤΟΥ ΑΓΙΟΥ ΟΡΟΣ, ΑΓΙΟΝ ΟΡΟΣ, 1931. На српском језику: Устав Свете Горе од 10. маја 1924. године, Свети Архијерејски Синод СПЦ, Београд, 1959.г. и у А. Ангелопулос, *Монашка заједница Свете Горе*, Манастир Хиландар, 1997.г.

<sup>19</sup> Закон - Декрет о потврди Устава Свете Горе 10. септембра 1926. године, у *Устав Свете Горе од 10. маја 1924. године*, Свети Архијерејски Синод СПЦ, Београд, 1959, 69-84

<sup>20</sup> Х. К. Папастатис, „Савремени правни статус Свете Горе“, *Зборник радова Византолошког института САНУ*, XLI, Београд, 2004, 525

<sup>21</sup> The Constitution of the Greece from 2001, <http://confinder.richmond.edu>, 10. мај 2019.

105 став 3 Устава је прописано да се ”администрација Свете Горе врши од стране представника Свештених Манастира, који чине Свештену Општину. Никакве промене нису дозвољене у административном систему или у броју манастира Свете Горе, било у погледу њиховог хијерархијског поретка или њихових места у односу на она која су им одређена. На Свету Гору се забрањује настањивање неправославнима и шизматичима (расколницима)”. Даље, прописано је да је ”детално уређење устројства и органи Свете Горе и начин њиховог функционисања прописано Уставом Свете Горе који, у сарадњи са представницима државе, саставља и гласањем усваја двадесет Свештених Манастира и ратификују га Васељенска Патријаршија и Грчки Парламент”.<sup>22</sup> Даље, прописано је да се ”верно поштовање устројства Свете Горе с духовног аспекта налази под јурисдикцијом Васељенске Патријаршије, а са административног под јурисдикцијом Државе, којој припада и искључива надлежност одржавања јавног реда и безбедности”<sup>23</sup>, а да ”горе наведене надлежности Државе врши управитељ (гувернер), чија су права и обавезе дефинисани законом”.<sup>24</sup> Такође, ”законом је предвиђена и управна власт коју врше манастирске управе и Свештена Општина, као и царинске и пореске повластице Свете Горе”.<sup>25</sup> Суверенитет Републике Грчке над Светом Гором је признат и Уставом Свете Горе.

Из наведеног је јасно да је светогорски модел на Косову и Метохији, иначе први пут поменут 1998. године<sup>26</sup>, а потом и више пута потенциран са званичних државних адреса<sup>27</sup>, али и у појединим утицајним

---

<sup>22</sup> Исто, чл. 105

<sup>23</sup> Исто

<sup>24</sup> Исто

<sup>25</sup> Исто

<sup>26</sup> Примену тзв. светогорског или атоског модела на Косову и Метохији први је, ради поделе територије Косова и Метохије и тзв. разграничења Срба и Албанаца, заговарао Добрица Ћосић (*Косово*, “Вечерње новости”, Београд, 2004.). Уочљиво је да Ћосић као неправник није разликовао екстериторијалност као принцип у праву и самоуправни положај Хиландара и осталих светогорских манастира на Атосу у Грчкој, јер су то за њега исти појмови (стр. 98). Ћосић је у “Предлогу за животну коегзистенцију албанског и српског народа” у септембру 2004. године предлагао да “средњовековни српски манастири Пећка Патријаршија, Дечани, Грачаница и Девич са повраћајем земљишта и шума национализованих 1945. године имају самоуправни положај и права по атоском моделу у грчкој држави” (стр. 254). Посебан правни статус је тражио посебан статус само за четири српска манастира. Тај предлог никада није ни разматран у Српској Православној Цркви.

<sup>27</sup> Министар иностраних послова Ивица Дачић је са државне функције заговарао имплементацију Ћосићевих теза о тзв. атоском моделу на Косову и Метохији. У тексту *Разграничење са Албанцима је трајно решење* у електронском издању “Вечерњих новости” од 13. августа 2017. године, Дачић је наводи српско-албански

медијима<sup>28</sup>, из више разлога неприменљив и неприхватљив за Србе и Српску Православну Цркву на Косову и Метохији.

Први и најважнији разлог је у томе што је Република Грчка држава, и то древна и озбиљна, а тзв. УЧК Република Косово није држава него окупирана територија Републике Србије. И овде би се могла ставити тачка, јер је црквено-правни и државно-правни положај Свете Горе са њених 20 светогорских манастира, више скитова и келија уређен канонским правом Цркве, важећим правним актима Свете Горе и Републике Грчке. Неспоран је и сваком правнику изузетно видљив суверенитет Републике Грчке над Светом Гором као делом јединствене и недељиве територије грчке државе, који се налази под посебним правним режимом. Из цитираних одредби се види да светогорски манастири нису екстериторијални него су самоуправни и да се сви, без изузетка, налазе на територији Републике Грчке.

Постоје и друге чињенице које јасно указују да се Република Грчка и тзв. Република Косово никако не могу упоређивати. Треба имати на уму да је Република Грчка, по одредбама Устава од 11. јуна 1975. године, парламентарна република. Тзв. Република Косово је окупациона творевина коју 2/3 човечанства не признаје као државу. Даље, у погледу структуре становништва, такође, постоје разлике: у Грчкој је 98% православних хришћана, а 2% има Јевреја, муслимана, протестаната и Јермена. На простору Косова и Метохије у апсолутној већини је, захваљујући вишедеценијском етничком чишћењу, прогона и изгона Срба и осталих не-Албанаца, становништво исламске вероисповести.

У Грчкој је примењен систем државне цркве. У чл. 3 Устава Републике Грчке је прописано да је „главна вера у Грчкој је вера Источне Православне Христове Цркве“. Тзв. Устав Републике Косово<sup>29</sup> почива на начелу одвојености верских заједница од те тзв. државе, а Закон о верским слободама од 2007. године<sup>30</sup>, који је проглашен од Специјалног представника Генералног секретара Уједињених нација, односе са

---

договор везао за “идеју компромиса историјског и етничког права”, као и за “обезбеђење српске православне баштине стварањем самосталних манастирских заједница по атоском моделу у Грчкој”.

<sup>28</sup> Тзв. атоски модел је потом додатно разрађен у тексту *Шта подразумева “атоски модел” за храмове - самоуправа манастирима*, који је објављен у електронском издању “Вечерњих новости” 15. августа 2018. године. Епископ бачки др Иринеј (Буловић) је оштро реаговао на наводе о примени тзв. атоског модела на Косову и Метохији.

<sup>29</sup> Tzv. Ustav Republike Kosovo, tzv. “Službeni list Republike Kosovo”, br. 25/12, 6/13 i 20/15

<sup>30</sup> Zakon o verskim slobodama od 2007. godine, “Službeni list Privremenih institucija samouprave na Kosovu - Priština”, god. II, br. 11/2007

црквама и верским заједницама нормира на супротним основама од грчког модела државне Цркве. Осим тога, простор Свете Горе представља јединствену целину док је читаво Косово и Метохији заправо наша Српска Света Гора. На Светој Гори нема и не може бити других становника осим монаха, а на Косову и Метохији у нашој Цркви постоје и свештеници и верници. На Светој Гори физичка лица немају своју имовину, а на Косову и Метохији имају. Осим тога, сви монаси на Светој Гори су, без обзира на њихову националност, грчки држављани. Контрола уласка на Свету Гору и изласка из ње је у искључивој надлежности грчке полиције. Такође, грчка полиција је надлежна за одржавање безбедности на Светој Гори.

Напред наведено указује да светогорски или атоски модел није прихватљив за питање положаја Епархије рашко-призренске Српске Православне Цркве на Косову и Метохији.

#### 4. Ватикански модел

Ватикански модел<sup>31</sup> је нормиран правним поретком Републике Италије у којој је 82% римокатолика, а остатак становништва чине верске мањине: протестанти, муслимани, православни, Јевреји и други. У члану 7 Устава Италије од 1948. године<sup>32</sup> је прописано да су ”држава и Католичка Црква независне и суверене свака у сопственој сфери. Њихови односи су регулисани Латеранским уговорима. Измене уговора које су прихватиле обе стране не захтевају процедуру уставних амандмана”.

Латеранским уговором између Свете Столице и Италије од 11. фебруара 1929. године<sup>33</sup> је регулисан положај Државе Ватиканског Града и Свете Столице у оквиру државе Италије, а посебно њихови међусобни односи тако да је и овај модел немогуће користити за уговорно регулисање положаја Епархије рашко-призренске Српске Православне Цркве на Косову и Метохији.

---

<sup>31</sup> Неприхватљивост овог модела сам делимично разматрао у раду под насловом *Осврт на предлоге о регулисању статуса Српске Цркве на Косову и Метохији у Политичкој платформи и Резолуцији Народне скупштине Србије*, који је 13. јануара 2013. године објављен на званичној интернет страници Српске Патријаршије, [http://www.spc.rs/sr/osvrt\\_na\\_predloge\\_o\\_regulisanju\\_statusa\\_srpske\\_crkve\\_na\\_kosovu\\_metohiji\\_u\\_politichkoj\\_platformi](http://www.spc.rs/sr/osvrt_na_predloge_o_regulisanju_statusa_srpske_crkve_na_kosovu_metohiji_u_politichkoj_platformi), 10. мај 2019.

<sup>32</sup> The Constitution of the Italian Republic from 1948, <http://www.constitution.org>, 10. мај 2019.

<sup>33</sup> Trattato fra la Santa Sede e L'Italia l' 11. febbraio 1929, “Gazzetta ufficiale del Regno D'Italia”, Num. 130/5. giugno 1929.

Латерански уговор је закључен у име Пресвете Тројице између представника римокатоличке црквене и италијанске државне власти који су припадали истој, римокатоличкој државној вероисповести. Ситуација на Косову и Метохији није ни приближно слична. У преамбули Латеранског уговора је наглашено се он закључује ”како би се Светој Столици осигурала апсолутна и видљива независност и гарантовао непобитни суверенитет”.<sup>34</sup> Потврђен је уставни статус римокатоличке вере као једине државне вере још од 1848. године<sup>35</sup>, а Светој Столици је признат суверенитет над Државом Ватиканског Града.<sup>36</sup> Од тада се Светој Столици и формално-правно, уставним актом признаје не само верски него и правно-политички субјективитет, тј. она од тада постоја и државно-правна институција, али са јасно раздвојеним надлежностима - верским и државним.

Одредбе о стварању јединствене територије ватиканске државе на територији Краљевине Италије представљају, заправо, најважнији део Латеранског споразума и то је јасно прописано одредбом којом ”Италија признаје Светој Столици пуно власништво и ексклузивну моћ и суверену надлежност над Ватиканским Градом”.<sup>37</sup> Још једном уговорном одредбом је то прецизније и јасније поновљено, јер је прописано да ”суверенитет и искључива надлежност коју Италија признаје Светој Столици над Ватиканским Градом подразумева да на датој територији не може да важи никаква ингеренција италијанске Владе и да не постоји друга власт осим Свете Столице”.<sup>38</sup> Изузетак је учињен у погледу доступности трга Светог Петра у Ватиканском Граду за који је нормиран отворени статус, а ”подређен је моћи полиције италијанских власти”.<sup>39</sup> Света Столица је нормирана као носилац својинских права над свим непокретностима на територији Ватинског Града.<sup>40</sup> Личност римског папе је проглашена за ”свету и неповредиву”<sup>41</sup>, а у погледу кривично-правне заштите изједначена је са личношћу италијанског краља.<sup>42</sup> Римски папа је од тада и шеф Државе Ватиканског Града као апсолутни изборни монарх, а не само верски поглавар.

---

<sup>34</sup> Исто

<sup>35</sup> Исто, чл. 1

<sup>36</sup> Исто, чл. 2

<sup>37</sup> Исто, чл. 3

<sup>38</sup> Исто, чл. 3

<sup>39</sup> Исто, чл. 3 ст. 2

<sup>40</sup> Исто, чл. 5 ст. 1

<sup>41</sup> Исто, чл. 8

<sup>42</sup> Исто

Осим тога, установљено је и ватиканско држављанство<sup>43</sup>, а Света Столица је добила право да оснива своја дипломатска посланства (нунцијатуре)<sup>44</sup>, а имовинска права су јој посебно гарантована.<sup>45</sup> Гарантоване су и бројне пореске и царинске олакшице Светој Столици<sup>46</sup>, а кардиналима је гарантована част која припада принчевима.<sup>47</sup> Непотребно је даље наводити одредбе Латеранског споразума, јер се из напред наведених јасно уочава њихова неприменљивост на Косову и Метохији.

Измене и допуне Латеранског уговора од 1929. године су заједнички усвојиле Света Столица и Италија 18. фебруара 1984. године и то у форми новог Уговора између Свете Столице и Републике Италије.<sup>48</sup> Две државе - Држава Ватиканског Града и Република Италија - у потпуности су, на равноправним основама нормирале сва статусна питања и оквире међусобне сарадње. То је нормално и природно у италијанским условима, али, судећи по приликама и положају Епархије рашко-призренске, тешко је рећи да би се ту могао наћи прави узор.

Евентуално приступање српске стране примени ватиканског модела на Косову и Метохији значило би, прво, признање да је друга уговорна страна - држава Косово, а то је за Српску Православну Цркву неприхватљиво. Ни остали услови за примену тог модела апсолутно не одговарају стварности на Косову и Метохији. На пример, Држава Ватиканског Града представља једну целину, а на Косову и Метохији, када је у питању Епархија рашко-призренска, немамо такву ситуацију. У Италији, у чијој се средини налази Држава Ватиканског Града, постоји и Бискупска конференција Италије као и у свим другим државама у којим делује Римокатоличка црква. И та чињеница сведочи у прилог неприхватљивости тзв. ватиканског модела на Косову и Метохији.

## 5. Екстериторијални модел

У последње време се све чешће помиње тзв. екстериторијални модел за поједине наше цркве и манастире на Косову и Метохији. Углавном, овај модел се помиње као самостални, а понекад уз погрешну перцепцију уз атоски или светогорски модел. Уочљиво је да се, приликом

---

<sup>43</sup> Исто, чл. 9 и 10

<sup>44</sup> Исто, чл. 11 и 12

<sup>45</sup> Исто, чл. 13 и 14

<sup>46</sup> Исто, чл. 15 и 16

<sup>47</sup> Исто, чл. 20 и 21

<sup>48</sup> Accordo la Santa Sede e la Repubblica Italiana l' 3. febbraio 1984, "Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana", Num. 85/10. aprile 1985.

помињања овог модела као „оптималног за наше манастире на Косову и Метохији“, не наводи пример државе у којој је такав модел већ примењен.

Да би се схватио принцип екстериторијалности неопходно је да се зна и схвати принцип територијалности. Државна територија, уз становништво и сувереност (власт), представља један од три елемента сваке државе. Уз државну територију се везује и принцип територијалности под којим се подразумева да се државна власт врши над свим субјектима на читавој територији своје државе. Не сме се губити из вида да је „настанком модерне државе, територијално начело постоја основно начело за примену правних норми“.<sup>49</sup>

Принципа екстериторијалности (exterritoriality), иначе, у теорији државе и права познатог и као „фикција у праву“, нема без принципа територијалности. Принцип екстериторијалности је искључиво везан за дипломатско-конзуларна представништва и друге просторе међународних организација са дипломатским имунитетом, као и стране бродове.

Под екстериторијалношћу као принципом у праву се подразумева се да се власт, тј. сувереност једне државе не простире на одређеној територији која се географски налази на подручју те државе. Сходно принципу екстериторијалности, „иначе прихваћеном у међународном праву, право једне државе се не примењује на њеној територији ако се ради о земљишту на коме се налазе зграде страних представништава него право држава о чијим се представништвима ради“.<sup>50</sup>

Наведени модел се супротставља самом бићу не само наше Цркве него и наше државе на Косову и Метохији. Прво, разматрање питања екстериторијалности за одређени број православних цркава и манастира на Косову и Метохији значи да се Србија одриче тог дела своје територије и да тиме изјављује да не само да у овом тренутку нема сувереност на том делу своје окупиране територије него и да не жели да врши своју суверену власт на тој територији.

Принцип екстериторијалности се успоставља „специјалним уговорима“<sup>51</sup> између две државе које су, једна другу, признале и *de facto* и *de iure*. Дакле, међусобно признање две државе је услов без кога нема питања екстериторијалности. Осим тога, државна власт се, сходно принципу територијалности, увек врши према свим грађанима који се налазе на државној територији.

---

<sup>49</sup> Р. Лукић, Б. Кошуткић, Д. Митровић, *Увод у право*, ЈП “Службени лист СР Југославије”, Београд, 2002, 61

<sup>50</sup> С. Благојевић, *Увод у право*, НИУ “Службени лист Републике Црне Горе”, Подгорица, 2003.г., 49

<sup>51</sup> Р. Лукић, *Теорија државе и права - I. Теорија државе*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београдски издавачко-графички завод, Београд, 1995.г., 253



Нико нема право да посебан, екстериторијални статус тражи само за неколико важних храмова и манастира. Јер, то би подразумевало да се примена принципа територијалности и сувереност друге државе тражи за све остале субјекте (епскопа, свештенство, монаштво и верни народ Епархије рашко-призренске) и све остале православне храмове и манастире. Друго, такав модел не постоји када су у питању цркве и манастири, а посебно православне.

Онај који би, којим случајем, тражио примену принципа екстериторијалности на неколико наших цркава и манастира на Косову и Метохији тражио би и примену принципа територијалности тзв. албанских власти над свим осталим Србима и свему што је српско и православно на Косову и Метохији.

Трагајући за неким примером екстериторијалности (осим у случајевима дипломатско-конзуларних представништава и др.) успели смо да пронађемо да је у ФНР Југославији био примењен тзв. екстериторијални модел. Наиме, на територији данашњег села Маглића (негдашњег села Буљкес) код Бачког Петровца од 1945. до 1949. године је успостављена екстериторијална грчка општина. Реч је о бачком селу у коме је до краја Другог светског рата било доминантно становништво немачке националности. Крајем рата, Немци су напустили село, а већ у мају 1945. године је насељено грчким избеглим комунистима из покрета Ослободилачке војске ЕЛАС и члановима њихових породица (око 4,5 хиљаде Грка). ФНРЈ је село изоловала, у њему су примењивани грчки закони, драхма је била средство плаћања, а штампан је и посебан новац - буљкески динар, власт су вршили припадници Комунистичке партије Грчке. Грчко екстериторијално село је расформирано због подршке коју су буљкески грчки комунисти пружили Резолуцији Информбироа 1948. године. Становници Буљкеса су расељени возом у Чехословачку, Пољску и друге социјалистичке државе. У науци се овај пример назива „експериментом“ и „грчком утопијом у Југославији“.<sup>52</sup> И наведени пример на практичан начин говори о неприменљивости овог модела на Косову и Метохији.

## ЗАКЉУЧАК

Пристајање на било који од наведених модела заштите појединих манастира и цркава на Косову и Метохији неминовно би значило да се, с једне стране, признаје тзв. Република Косово и да се, с друге стране, све

---

<sup>52</sup> Вид. М. Ристовић, *Експеримент Буљкес - грчка утопија у Југославији 1945-1949*, „Платонеум“, Нови Сад, 2007.

остало што припада Епархији рашко-призренској Српске Православне Цркве, укључујући и Пећку Патријаршију која је ставропигијални манастир под канонском јурисдикцијом Патријарха српског, ставља под правни и политички режим тзв. Републике Косово или, пак, тзв. Велике Албаније. Или, најпрецизније казано, албанског великодржавног пројекта са свим његовим негативним појавним облицима. То би, без сумње, значило одрицање Републике Србије од Косова и Метохије.

Осим питања (не)постојања ефикасног и прихватљивог модела правне заштите наших Светиња као једног дела Епархије рашко-призренске Српске Православне Цркве од велике је важности и питање примене правних норми из таквог модела од стране Албанаца и њихових политичких представника на Косову и Метохији. Питање је, све и када би се пристало на било који од наведених модела, како би косовско-метохијски Албанци примењивали своје тзв. прописе на наше манастире, цркве, свештенство, монаштво и верни народ Епархије рашко-призренске.

Неколико заштићених средњовековних манастира и цркава би у врло кратком року остале и без постојећих верника, који су 20 година преживели у најтежим безбедносним и егзистенцијалним условима. Питање попуне монаштва у нашим манастирима би било веома проблематично и у потпуној зависности од албанских власти.

Међународно-правна заштита наших Светиња сама по себи не би била од велике помоћи. На Косову и Метохији се од 1999. године не могу применити ни елементарне међународно-правне одредбе које гарантују живот, безбедност и достојанство сваком човеку, па и Србима. Из тог разлога је илузорно очекивати ефикасну заштиту културних добара наше Цркве на Косову и Метохији (довољно је видети пример неефикасности те заштите приликом вишекратног гранатирања Манастира Високи Дечани, који се налази на УНЕСКО-вој листи заштићених културних добара. Или, неефикасну заштиту међународно-правно заштићеног културног наслеђа од исламистичког уништавања у Сирији).

Било који од наведених модела је, осим наведеног, противан важећем и обавезујућем Уставу Републике Србије од 2006. године.<sup>53</sup> Неспорно је да је у преамбули Устава јасно прокламовано да је "Покрајина Косово Метохија саставни део територије Србије"<sup>54</sup> и да су "из таквог положаја Покрајине Косово и Метохија следе уставне обавезе свих државних органа да заступају и штите државне интересе Србије на Косову и Метохији у свим унутрашњим и спољним политичким

---

<sup>53</sup> Устав Републике Србије од 2006. године, "Службени лист Републике Србије", бр. 98/2006

<sup>54</sup> Исто

односима”.<sup>55</sup> Истина, постоје и неки субјекти који, у жељи да минимизирају и омаловаже наведени део Устава Републике Србије, наводе да ”уставна преамбула нема нормативни карактер”, али такви заборављају правну норму из чл. 8 Устава Републике Србије којом је прописано да је ”територија Републике Србије јединствена и недељива” и да је ”граница Републике Србије је неповредива, а мења се по поступку предвиђеном за промену Устава”.

Неприменљивост наведених модела на Косову и Метохији у случају Епархије рашко-призренске треба да послужи државним властима Републике Србије као највећи разлог да се олако не улази у ”раскидање Гордијевог чвора” на Косову и Метохији. Никако се не сме прихватити став да се питање статуса и заштите Епархије рашко-призренске на Косову и Метохије или културне баштине решава неким посебним уговором попут бране на Газиводама или рудника Трепча.

Постојање идеје за неким новим моделом правне заштите Епархије рашко-призренске на Косову и Метохији указује на то да се негира правна заштита Републике Србије на том простору. У том случају, један део Епархије рашко-призренске би био под правним режимом Републике Србије (Архијерејско намесништво Новопазараско и остали манастири, црквене установе, свештенство, монаштво и верни народ у том делу Епархије), а други под неким другим и другачијим правним режимом.

Република Србија, Српски народ и јерархија Српске Православне Цркве имају обавезу да брину о очувању не само културног и сакралног наслеђа него и о свим правима Срба, Епархије рашко-призренске и свих држављана Републике Србије на Косову и Метохији у сладу са јединим и основним моделом - правним поретком Републике Србије.

### ЛИТЕРАТУРА и ИЗВОРИ:

Ангелопулос А., *Монашка заједница Свете Горе*, Манастир Хиландар, 1997.

Благојевић С., *Увод у право*, НИУ “Службени лист Републике Црне Горе”, Подгорица, 2003.

Cust L. G. A., *The Status Quo in the Holy Places*, Ariel Publishing House, Jerusalem, 1980.

Лукић Р, Кошутић Б., Митровић Д., *Увод у право*, ЈП “Службени лист СР Југославије”, Београд, 2002.

---

<sup>55</sup> Исто

Лукић Р., *Теорија државе и права - I. Теорија државе*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београдски издавачко-графички завод, Београд, 1995.

Mowat R. V., *Select Treaties and Documents to Illustrate the Development of the Modern European States-System*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 1915.

Ристовић М., *Експеримент Буљкес - грчка утопија у Југославији 1945-1949*, „Платонеум“, Нови Сад, 2007.

Папастатис Х. К., „Савремени правни статус Свете Горе“, *Зборник радова Византолошког института САНУ*, XLI, Београд, 2004.

Стојковић, М., *Балкански уговорни односи 1876-1996*, књ. II, ЈП “Службени лист СРЈ”, СЈУ “Међународна политика”, Београд, 1998.

Ћосић, Д., *Косово*, “Вечерње новости”, Београд, 2004.

#### **Правни извори:**

Accordo la Santa Sede e la Repubblica Italiana l' 3. febbraio 1984, “Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana”, Num. 85/10. aprile 1985.

ΚΑΤΑΣΤΑΤΙΚΟΣ ΧΑΡΤΙΣ ΤΟΥ ΑΓΙΟΥ ΟΡΟΣ, ΑΓΙΟΝ ΟΡΟΣ, 1931.

Trattato fra la Santa Sede e L'Italia l' 11. febbraio 1929, “Gazzetta ufficiale del Regno D'Italia”, Num. 130/5. giugno 1929.

Устав Свете Горе од 10. маја 1924. године, Свети Архиепископски Синод СПЦ, Београд, 1959.

Устав Републике Србије од 2006. године, “Службени лист Републике Србије”, бр. 98/2006

Tzv. Ustav Republike Kosovo, tzv. “Službeni list Republike Kosovo”, br. 25/12, 6/13 i 20/15

Zakon o verskim slobodama od 2007. godine, “Službeni list Privremenih institucija samouprave na Kosovu - Priština”, god. II, br. 11/2007

#### **Електронски извори:**

The Constitution of the Italian Republic from 1948, <http://www.constitution.org>, 10. мај 2019.

The Constitution of the Greece from 2001, <http://confinder.richmond.edu>, 10. мај 2019.

[http://www.spc.rs/sr/osvrt\\_na\\_predloge\\_o\\_regulisanju\\_statusa\\_srpske\\_crkve\\_na\\_kosovu\\_metohiji\\_u\\_politichkoj\\_platformi](http://www.spc.rs/sr/osvrt_na_predloge_o_regulisanju_statusa_srpske_crkve_na_kosovu_metohiji_u_politichkoj_platformi), 10. мај 2019.

<http://www.politika.rs/sr/clanak/408759/Vucic-Nema-lakog-ni-bezbolnog-resenja-za-Kosovo-i-Metohiju>, 10. мај 2019.

[http://www.rtv.rs/sr\\_ci/politika/vucic-pozvao-verske-lidere-na-zastitu-manastira-i-crkava-spc-na-kosovu-i-metohiji\\_956906.html](http://www.rtv.rs/sr_ci/politika/vucic-pozvao-verske-lidere-na-zastitu-manastira-i-crkava-spc-na-kosovu-i-metohiji_956906.html), 10. мај 2019.

<http://www.rts.rs/page/stories/ci/story/1/politika/3295300/palmer-za-rts-sto-pre-do-dogovora-beograda-i-pristine-nema-crvenih-linija.html>, 10. мај 2019.

<http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/politika/aktuelno.289.html:742893-Trazimo-neogranicenu-zastitu-za-manastire>, 10. мај 2019.

<https://www.telegraf.rs/vesti/politika/2995225-beograd-pokrenuo-pitanje-zastite-srpskih-manastira-na-kosovu-briselu-predstavljen-konkretan-plan-foto>, 10. мај 2019.

<http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/politika/aktuelno.289.html:754038-NOVOSTI>, 10. мај 2019.

<https://www.espreso.rs/vesti/politika/345195/srbija-daje-presevo-i-medvedju-ali-dobija-sever-procureo-dokument-u-kome-je-detaljno-podeljeno-kosovo>, 4. мај 2019.

<http://www.nspm.rs/kosovo-i-metohija/ta-je-spc-na-kosovu-i-metohiji-%E2%80%93-i-zasto-je-od-2008.-crkva-iskljucena-iz-pregovora-okim.html?alphabet=1>, 4. мај 2019.

**Velibor DZOMIC, Ph.D**

Assistant Professor, Faculty of State and European Studies Podgorica

## **MODELS OF LEGAL PROTECTION OF THE SERBIAN ORTHODOX DIOCESE OF RASKA - PRIZREN AND KOSOVO – METOHİJA**

### **Summary**

The Diocese of Raska-Prizren of the Serbian Orthodox Church has its thousand-year canonical jurisdiction throughout the territory of Kosovo and Metohija. Since 1999 it is in a position that has not been recorded in its millennial history. Over the past years, the issue of the legal protection of cultural heritage or "monasteries and churches" in Kosovo and Metohija was raised, and this issue was also raised in connection with the negotiations between representatives of Belgrade and Pristina in Brussels. The paper analyzes so far known and applied models of legal protection, which are known as the Jerusalem, Constantinople, Mount Athos and Vatican model, as well as the so-called extraterritorial model.

Affiliation to any of the mentioned protection models for individual monasteries and churches in Kosovo and Metohija would mean recognizing the so-called Republic of Kosovo, and everything else that belongs to the Serbian Orthodox Church in Kosovo and Metohia would submit to the legal and political regime of the so-called Republic of Kosovo. Without any doubt, this would mean the renunciation of the Republic of Serbia from Kosovo and Metohija.

In addition, it is of great importance the question of the application of the legal norms of any of the existing models by Albanians and their political representatives in Kosovo and Metohija, especially if we have in mind their relationship with the Serbs and the Serbian Orthodox Church from 1999 to the present day.

In a short time, several protected monasteries and churches would remain without believers. The question of the filling our monasteries by monks and nuns would be very problematic.

The international legal protection of our Sanctuaries would not be of great help by itself. Since 1999, elementary international legal provisions that guarantee the life, safety and dignity of every human being in Kosovo and Metohija cannot be applied, and to the Serbs as well. For this reason, it is illusory to expect effective protection of the cultural assets of our Church in Kosovo and Metohija.

In the end, each of the above models is opposed to the current and obligatory Constitution of the Republic of Serbia from 2006, the UN Security

Council Resolution 1244 and the historical rights of Serbs in Kosovo and Metohija.

**Keywords:** *Serbian Orthodox Church, Diocese of Raska and Prizren, Republic of Serbia, Albanians, the international community, negotiations, models of legal protection.*





**Петар АНЂЕЛКОВИЋ \***

Филозофски факултет Приштина - Косовска Митровица

## **ЕКОНОМСКИ НЕОКОЛОНИЈАЛИЗАМ – СЈАЈ И БЕДА ПРАВА<sup>1</sup>**

**Апстракт:** Италијански мислилац Никола Макијавели је и пре него што је капитализам закорачио на светску сцену промовисао два принципа на којима се овај систем и дан данас заснива а то су: „циљ оправдава средство“ и „када си у лошем друштву не исплати се бити добар“. Савремени капиталистички тоталитаризам „капитализам катастрофе“, „либерални фашизам“ (Ц. Гилдберг) заснива се на деструктивном ниҳилизму, и представља само нови вид колонијализма „колонијализам са људским ликом“. **Без обзира што се формално позива и куне у демократију, људска права он представља категорију која је у потпуности супротна демократији – обрнути тоталитаризам (Ворен) и обесмешљује свако право. У лажном сјају које спектаклом промовише, традиционалне вредности су урушене, подвргнуте подсмеху и сведене на профит. Неолиберализам-неоколонијализам је систем где је профит изнад човека (Ноам Чомски) јер је створио услове за деструкцију „претумбавањем и претумачењем истине“ (Серафим Роуз). Неприкосновена владавина ових принципа доводи до тога да се човек излаже најгорем понижавању и да чини најгоре злочине да би стекао новац и друштвену афирмацију. Није то више „бекство од слободе“ како је тврдио Фром, већ је бекство од одговорности за уништавање живота . Шта је са правом у систему диругованог хаоса? Које оно служи? Новој аристократији „аристократији банкара“ или обезличеној маси чија је индивидуална егзистенција обојена неизвесношћу и страхом од незапослености (Бауман)? Да ли је право у служби прогреса и развоја човека и друштва или је постало средство којим се дисциплинују и ућуткују грађани? Ово су основна питања за чијим одговорима трага аутор у овом раду.**

---

\* Редовни професор, доктор социолошких наука, profapetar@gmail.com

<sup>1</sup> Рад је резултат истраживања на пројекту III 47023 Косово и Метохија између националног идентитета и евроинтеграција, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

**Кључне речи:** *Економски неоколонијализам, савремено друштво, демократија, неолиберализам, право.*

Демократија ће платити зато што ће покушати да одговара свима (...)  
Лопови и преваранти ће штети важне функције.

А демократија ће им то дати. А када лопови и преваранти коначно демократски преузму власт јер криминалци и злочинци желе моћ настаће гора тиранија него у време било које монархије или олигархије

Сократ  
(470 – 399 П.Е.)

## 1. УВОД

Последње декаде 20. века обележили су различити конструкти којима је термин и појам „крај“ заједнички: „крај идеологије“ (Бел) „крај историје“ (Фукујама), „крај географије“ најавио је Маклуан, а који треба да означи опадајући утицај класа на политику, где левица и десница прихватају класни мир државе благостања. Убеђивали су нас да је оно, што данас постоји као облик друштвене организације и системско решење у развијеним западним земљама, представља последњу степену у досадашњем хиљадама година старом трагању човека за бољим, односно да је систем либералне демократије најбољи могући и неће бити више трагања за новим ни тежњи за променом. Убеђивали нас идеолошки и медијски али је пракса и њих и нас вратила у другачију реалност.

Живимо у свету илузија и прећуткивања. Чини се да имамо слободу, а онда схватимо да постоје теме које не треба дирати, чак ни постављати питања о њима. Наступила је ера „политичке коректности“ и „аутоцензуре“. У лажном сјају које спекталом промофише, традиционалне вредности су урушене, подвргнуте подсмеху и сведене на профит. **Без обзира што се формално позива и куне у демократију, људска права неолиберализам представља категорију која је у потпуности супротна демократији – обрнути тоталитаризам (Ворен) и обесмешљује свако право.** Неолиберализам је систем где је профит изнад човека (Ноам Чомски) и који шири деструкцију „претумбавањем и претумачењем истине“ (Серафим Роуз). Шта се то дешава са демократијом и људским правима у савременом свету? Шта је са правом у систему диогованог хаоса? Које оно служи, новој аристократији „аристократији банкара“ или радничкој класи посебно ако имамо у виду запажање Бурдијеа да се Европа поделила на Европу банкара и Европу радника? Дакле, на основу реалности у којој живимо и сумраку свих вредности, а имајући у виду давно упозорење Сократово,

морамо да се запитамо нису ли ово времена „краја демократије“ и „краја истинског права“ у служби свих грађана?

## 2. ДЕМОКРАТИЈА ДАНАС – „ТОТАЛИТАРИЗАМ СА ЉУДКИМ ЛИЦЕМ?“

Давно, још пре више од две и по хиљада година, мудри атински филозоф Сократ, схватио је и упозоравао од могућих злоупотреба демократије. Његове речи, које смо навели као мото овог рада, данас су толико актуелне да тешко можемо нешто додати, а да се не сложимо са њим. Такође, један од највећих умова, које је античка Грчка подарила човечанству, Аристотел упозоравао је на могућност злоупотребе демократије. Државна уређења, по њему, могу бити или добра или лоша, а основни критеријум за то је владавина закона и брига за опште добро, тј. општу корист, јер „они облици државног уређења који имају у виду општу корист исправни су и апсолутно су праведни“.<sup>2</sup> Уколико се изгуби принцип општег добра ради се о лошим уређењима која представљају девијације (тиранија као девијација монархије, олигархија као негирање аристократије и демократија као негирање политеје). Али, Аристотел демократију види као најмање лоше уређење међу овим лошим, јер схвата да нема ни идеално лоших ни идеално добрих, битно је да владају закони, „јер тамо где не владају закони нема државног уређења“.<sup>3</sup> Закључак је јасан: изворно схватање демократије, нужно се односило само на истоветне заједнице, колективитете, историје и културе које су недељиве, и демократија се може развијати само на концепту општег добра. Дакле, према изворном схватању демократије, демократија је везана и за једну државу (полис) у којој се демос историјски развијао док са друге стране не може постојати њена универзална теорија са универзалним рецептом. Такође, демократија не може постојати без принципа општег добра.

Италијански мислилац Никола Макијавели је и пре него што је капитализам закорачио на светску сцену промовисао два принципа на којима се овај систем и дан данас заснива а то су: „циљ оправдава средство“ и „када си у лошем друштву не исплати се бити добар“. Данас, када се у име демократије и људских права уништавају и

---

<sup>2</sup> Аристотел, *Политика*, БИГЗ, Београд, 1960, 83.

<sup>3</sup> *Ibid*, 125.

разарају читави народи што најбоље можемо видети на примеру Либије и Србије, јасно се види да у светској политици у којој доминирају интереси крупног капитала, у циљу већег профита, сва средства су дозвољена. Ако сада погледамо принципе либерализма јасно уочавамо да су они дијаметрално супротни изворним принципима демократије. Наиме, најпре, либерализам је доктрина која у потпуности, нихилистички одбацује институције које припадају политичкој и културној историји нације, развијајући друштво где је све роба, при чему истински демос представља сметњу. Историјски гледано, либерали су, током XIX и XX века са другим политичким идеологијама, тиме и са демократијом, без обзира на различитост или потпуну супростављеност према њима, остваривали мешање и, на први поглед, изграђивали демократска друштва у западним земљама. Зашто се то догодило и шта је позадина тог процеса, најбоље ће објаснити Валерштајн. „Либерализам је већ током XIX века, био принуђен да демократским вредностима „ојачава државну структуру“. Зашто? Кључни одговор, лежи у чињеници да је радничку класу, која је била све опаснија, требало интегрисати у друштво кроз давање општег права гласа, али и интеграцијом у јединствен „национални политички процес“ на такав начин да радништво није представљало претњу функционисању светске капиталистичке привреде“.<sup>4</sup> Међутим, временом се показало да је изградња и националне и социјалне државе, односно прихватање демократских тенденција од стране либерала, била само фаза у развоју либерализма и његовом путу ка глобалном у коме доминирају интереси крупног капитала. **Опет ако се запитамо да ли данас у државним уређењима доминира опште добро и да ли се закони доносе у циљу општег добра или личне користи, лако ћемо доћи до закључка да је лични интерес доминантан.** Савремени капиталистички тоталитаризам „капитализам катастрофе“, „либерални фашизам“ како га назива Џ. Гилдберг у књизи *Либерални фашизам*<sup>5</sup>,

---

<sup>4</sup> Валерштајн, И., *После либерализма*, Службени гласник, Београд, 2005, 90.

<sup>5</sup> Џ. Гилдберг у књизи *Либерални фашизам (Liberal Fascism: The Secret History of the American Left, From Mussolini to the Politics of Meaning)* тврди да је (нео)либерализам једна тоталитарна политичка идеологија која има сва обележја фашизма. Међутим, у односу на претходне облике тоталитаризма (фашизам, нацизам, стаљинизам), неолиберални тоталитаризам има планетарни домет (обухвата целу планету), а његови кључни чиниоци су: неолиберални капитализам, екстремодерне технологије и планетарно насиље, како војно (манумилитаризам – оружане интервенције САД и НАТО широм планете уз злоупотребу институције УН и кршење међународног права) 45 тако и цивилно (манумонетаризам – економско потчињавање од стране крупног капитала и светске олигархије, односно освајање постојећих влада или формирање владе за себе довођењем на власт компрадорске касте – квазиелите).

заснива се на деструктивном нихилизму, и представља само нови вид колонијализма „колонијализам са људским ликом“, како би могли да кажемо у духу Томасове (Томас Сауел) синтагме „тоталитаризам са људским лицем“. Ако је демократија заснована на владавини колективних интереса преко приватних, либерализам је владавина приватног над колективним; ако демократија примарно брине о политичкој сфери и управљању заједницом, онда се либерализам бави обезбеђењем економске слободе појединца; и, коначно, ако демократија облик политичке структуре традиционалног друштва, онда је либерализам доктрина која у потпуности, нихилистички одбацује институције које припадају политичкој и културној историји нације, развијајући друштво где је све роба, при чему истински демос представља сметњу.

Савремени капитализам не представља пре свега економску, већ духовну појаву. Он има све особености религије, разликује се од других традиционалних религија само по томе што је *de facto* постојећа, а није званично призната као таква. Та илегална (или, боље речено, невидљива) религија, по својим основним поставкама, дијаметрално је супротна хришћанству. Хришћански морал је обликовао западну цивилизацију какву данас познајемо. Из хришћанске религије је створен хришћански морал, као скуп норми које примењујемо када морамо да донесемо одлуку о исправности сопствених потеза, у односу на то како ће они утицати на друштво. Из хришћанског морала, настале је хришћанска етика, као наука о моралу, али је слободно можемо звати само етика, јер управо онај морал који је општеприхваћен у западном свету, искључиво хришћански. Међутим, откако је Мартин Лутер, 1517. године закуцао својих 95 теза на врата цркве у Виртембергу у Немачкој, почиње да се формира нова етика, протестантска етика, одвојено од католичке цркве. Неку деценију касније је Жан Калвин за потребе белгијског краља, развио теорију предодређености (предестинације) којом је усавршио протестантску етику и прокламовао да је свако предодређен својим рођењем да буде ту где јесте: дете сељака треба да буде сељак, док дете грађанина треба да буде грађанин, а аристократе су наводно ту од бога и треба да владају вечно. Из такве протестантске етике родиле су се идеје да су слуге рођене да служе, док богати треба да постану што богатији и то је оправдавано предодређеним плановима више силе на небу. Временом су такве заостале идеје, које су служиле да се

контролишу велике народне масе превазиђене, одбачене као ретроградне и протестантска етика се реформисала како би људи напредовали кроз свој рад. Развојем капитализма као друштвеног система, показало се да ће људи бити мотивисанији да допринесу друштву ако могу да виде да њихов рад доноси напредак њима и њиховим породицама, тако и целом друштву. Колективно служењу владару уступа место индивидуалном остварењу.

Владајући вредносни модел у коме доминирају ови принципи обезвређују човека и лишвају га његове људскости. У таквом систему вредности доминатном у капитализму, посебно на западу, човек се не „усавршава“ путем развоја својих специфичних хуманих моћи, што значи као историјско биће, већ путем владајућег модела живљења који га лишва природности и људскости. Неприкосновена владавина ових принципа доводи до тога да се човек излаже најгорем понижавању и да чини најгоре злочине да би стекао новац и друштвену афирмацију. Није више „бекство од слободе“ (Фром), већ је бекство од одговорности за уништавање живота оно што доминира у најразвијенијим капиталистичким друштвима. Либерализам, доктрина која у потпуности нихилистички одбацује институције које припадају политичкој и културној историји нације, развијајући друштво где је све роба, при чему истински демос представља сметњу. Функција неолиберализма је редизајнирање државе, права и других институција како би се заштитило тржиште, а циљ је, према Жаку Аталију, стварање светског друштва које ће бити јединствено и истородно. То ће се остварити помоћу новца као универзалног еквивалента вредности, јер новац омогућава да се све ствари (и нематеријалне) изразе на најрационалнији начин. Односно, циљ је стварање тржишног, масовног друштва глобалних размера у коме је грађанин сведен на апстрактну индивидуу, а народ замењен мноштвом. Тек тада ће историја бити сахрањена а са њом и демократија.

У новом, грађанском друштву, јачају нове друштвене групе који господаре моћима, кроз финансије, медије, војно-безбедоносним организацијама, посебно мултинационалним корпорацијама, и које настоје да те моћи операционализују, утицајем на државу и управљање државом. Главни производ корпоративног либерализма је, тиме, друштво маса као замена за друштво грађана у демосу. Таква „демократија“, изашла испод шињела америчког неолиберализма, своју глобалну имплементацију и присуство обезбеђује политичком, економском и сваком другом врстом доминације. Неолиберализам представља ултра десну идеологију и

стратегију друштвеног развоја. Ова неолиберална утопија како сматра Бурдије, између осталог, тежи „да се отелотвори у својеврсној пакленој машини чија се неминовност намеће и доминантнима...“<sup>6</sup>. Индивидуална егзистенција обојена је неизвесношћу и страхом од незапослености (Бауман), а чиме се дисциплинују и ућуткују грађани. Нестају синдикати, удружења, колективни заштитници интереса, односно, како каже Бурдије, „све колективне структуре способне да буду препрека експанзији тржишта“<sup>7</sup>.

Источноевропски неолиберализам, такође, сноси велику одговорност за кризу демократије сужавањем њеног садржаја (што угрожава њену суштину), а тиме и поверење у њу. Радништво, од носиоца развоја, постало је прекобројна категорија. Главни губитници у транзицији су, поред радника, средњи слојеви, који се раслојавају, растапају и пропадају. На делу су процеси производње масовне незапослености, сиромаштва, социјалне беде. Као последицу ових дубоких промена које се јављају данас у условима тоталне глобализације имамо појаву класне структуре са неколико нивоа, која се протеже преко читаве глобалне економије. На врху је плутократија коју чине најбогатији олигарси, као и друге групе елите. Затим иде такозвани „салариат“ – људи са дугорочним гаранцијама за запосленост, са пензијама, медицинским осигурањем и сл. Испод је стари пролетаријат. Бројност салариата и пролетаријата се стално смањује, али зато брзо расте класа прекариата која је испод њих, и испод које је само класа најсиромашнијих – људи који живе и умиру на улици без икакве повезаности са друштвом.

Термин „прекариат“ који је изведен од речи „*precaire*“ (непоуздан) и „*proletariat*“ се појавио још крајем 70-их година 20. века ради означавања људи са најнижим дохотком који раде непотпун радни дан или сезонски, или у сивом сектору, и чији положај њима не омогућује да обезбеде економску и социјалну независност. Први пут је почео да га користи француски социолог Робер Кастел, затим италијански економиста Алекс Фоти, који је тврдио да прекариат у постиндустријској фирми представља оно, што је у индустријском предузећу био пролетаријат. О прекаријату је посебно писао енглески економиста, професор Лондонског универзитета Ги Стендинг, аутор две књиге: „*Прекариат: нова опасна класа*“ (2011) и „*Повеља прекариата*“ (2014). Срендинг говори о томе да прекариат нема никакву гаранцију за запосленост и радно место, он је, обзиром да је

---

<sup>6</sup> Бурдије, П., *Сигнална светла – прилози за отпор неолибералној инвазији*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1999, 113.

<sup>7</sup> *Ibid*, 109.

принуђен да стално мења врсту рада, лишен је професионалне одређености. Радећи углавном само по тренутним уговорима, он не може да рачуна на државну помоћ, пензију, годишњи одмор, помоћ у случају незапослености, плаћено време док је болестан и плаћање рачуна за лечење, већ се ослања само на новчану награду за извршени рад. У још лошијој ситуацији су они који раде у сивој економији, односно без уговора о раду, и немају никаквих правних односа са својим послодавцем. То су људи који су потпуно лишени било какве гаранције. **Последица тога је да су сви ти људи подвргнути криминализацији у много већој мери него они који припадају salariату и другим богатијим слојевима. Али прекариат нема не само економска и социјална, већ у многоме ни грађанска, политичка и културна права, које остали становници имају (Четверикова, 2016).**

Дакле, ова нова класа људи, прекариат, која се јавља на глобалном плану, нема не само економска и социјална, већ у многоме ни грађанска, политичка и културна права, које остали становници имају. И у Србији простор радничке класе у великој мери заузима прекаријат, класа очајних. Оних који немају посао или непрекидно живе у неизвесности од продужетка уговора и немогућности ангажовања. Томе посебно доприносе агенције за запошљавање и рад на одређено време. У Србији су се појавиле бројне агенције за запошљавање које ниску цену рада додатно обарају јер изнајмљују раднике, за месечне зараде упола мање од законског минимума. Такође, као последица забране запошљавања али и кршења закона, јер је рад на одређено дозвољен само годину дана, а да на хиљаде људи раде на одређено и по десет година, чак и кад им је држава послодавац. Тај пример један је од илустративнијих који показује како се у Србији на простору радничке класе ствара прекаријат, класа очајних.

Тај страх од губитка посла, егзистенцијална несигурност ствара класу очајних људи који су принуђени да раде готово у ропским условима. Позивајући се на истраживање које је спровела Аустралијска фондација „Ходај слободно” (“Walk Fre” Foundation) а која је објавила резултате свог истраживања о броју робова на свету и по којој планети, данас у ропству живи више од 45 милиона људи, Игор Милановић, анализира стање у Србији и сматра да скоро 0,5 одсто становника је у статусу класичних робова. Критеријуми Фондације за одређивања ропства јесу: принудни рад, трговина људима, дужничко ропство, присилни брак и комерцијално сексуално искоришћавање. По овим критеријумима, у Србији живи 28.700 робова, што чини 0,404 одсто укупног становништва. Захваљујући овом резултату,



Србија је стављена на 32. место светске листе, од 187 држава. Међутим, будући да критеријуми фондације „Ходај слободно” не обухватају облике покорности у којима нема примене или претње силом, Србија је прошла релативно добро. Да су обухваћени сви они који морају да раде за плату нижу од загарантованог минималца (који ни сам није довољан за живот), као и они које послодавац уопште не плаћа, Србија би се налазила на самом врху ове неславне листе. Дакле, закључује овај аутор, иако је робовласништво је званично укинута, али изгледа да оно упркос томе и даље постоји у нашој држави (Милановић, 2016). Нажалост, морамо да се сложимо са овим аутором, и оно што је посебно поражавајуће јесте то што за разлику од многих других, посебно европских земаља, Србија се уопште не труди да смањи број сопствених грађана који су доспели у модерно ropство. Рад за понижавајуће ниску плату или без икакве плате, као и рад у нехуманим условима, посебно у страним компанијама<sup>8</sup>, морају да се сматрају једним од облика робовласништва, поготово што због високе стопе незапослености радници најчешће немају алтернативу. Да је смисао либералне идеологије данас који домантни модел „развоја“ да не служи сопственом народу, већ да држава буде у служби компанија против народа, може се видети и на примеру Закона о раду који је усвојен у Србији. Тако је у њему Влада Србије прихватила је 80 одсто препорука добијених од Савета страних инвеститора – почев од „веће флексибилности“ у коришћењу уговора на одређено време и прековременог рада, па до „омекшавања“ правила за запослене труднице итд.

Урушавање и деградација демократије обављала се постепено, скоро неприметно, корак по корак. Дошло је време самозваних „господара васељене“, који одређују будућност милијарди људи где за демократију нема места. Јер, како се може говорити о демократији кад шачица људи управља и економски али и политички светом. **Ако је демократија икад и постојала, сада постоји само „одређени церемонијални привид“.** Људи имају привид да гласају, да је њихов глас битан, да нешто одлучује али то најчешће нема никаквог значаја, јер они не знају за кога гласају, а не знају ни ко стоји иза оних којима дају свој глас. Због тога је демократија постала само једна велика обмана. На пример, САД које себе сматрају извором и пореклом демократије су од 243. године постојања око 222. године провеле у ратовима, интервенцијама, геноцидима, узурпацији територија,

---

<sup>8</sup> Вид. Анђелковић, П., Недељковић, Р., „Радно (не)право у Србији – Од домаћинског ка слугарском народу“, *Национално и међународно право – актуелна питања и теме* (ур. О. Јовић-Прлаиновић), Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2017, 319-334.

ударима у свргавање председника и влада, пружајући потпору најкрвавијим режимима и другим не мање важним радњама. **Дакле, на делу имамо како примећује** Ц. Гилдберг „тоталитаризам са људским ликом“. Наравно, тоталитаризам новог типа је строго либералан, он је у име „демократије“, у име „људских права“ те је стога „хуман“ он је „милосрдни анђеос“.

### 3. НЕОЛИБЕРАЛИЗАМ КАО НОВИ КОЛОНИЈАЛИЗАМ

Неолиберализам, који такође на сва звона објављује владавину права, афирмацију људских слобода, а који суштински се заснива на принципу обрнутог тоталитаризма, идеологију неолиберализма проглашава за врхунац развоја идеје „напредовања ка слободи“ (Хегелова идеја о историји ка сталном напредовању ка слободи). Стога ће један од идеолога такве идеје, Фукујама, говорити о новој „научној истини“ о „крају историје“. Бежећи од реалности, од сурове истине да је „капитализам катастрофе“ довео ову „јадну планету“ на руб пропасти човек развија, или боље речено, развијају му купохоличарског менталитет и утапају га у капиталистичку мочвару у којој се дави и копрца као у живом благу. **Стварање оваквог поретка у први план ставља питање праведности и правде. Висока неједнакост великим делом одстрањује људе из потпуне партиципације у доступности друштвеним вредностима.** Наиме, на делу су процеси „демократије без народа“ (М. Диверже), где се власт/центри моћи (парламенти, владе, партије) отуђују од изворне народне воље; потискују се институције непосредне/директне партиципативне демократије (радничке контроле и самоуправљања запослених, локалне и регионалне самоуправе). На делу су процеси кварења и „заласка демократије“ (Видојевић, 2010)

Шелдон Волин, је аргументовано показао да демократија све више претвара у обрнути тоталитаризам и та своја запажања преточио у књигу *Демократија укључена: Диригована демократија и спектар обрнутог тоталитаризма*. Дакле, Волин сматра да без обзира колико се свет данас заклања иза људских права и позива на демократију он у ствари функционише по принципу обрнутог тоталитаризма. Аутор, иначе професор политичке филозофије, у својој књизи упозорава да садашњи систем власти у САД има исту аспирацију као и нацизам, а то је тежња ка апсолутној моћи и доминацији. На делу је, сматра Волин, обрнути тоталитаризам, наравно прикривен са другачијим методама које се пре свега огледају у томе да се тоталитаризам не врти око харизматичног вође већ да свој израз налази у анонимности корпоративне државе. Своју тезу да је обрнути тоталитаризам, који данас доминира у САД обрнута форма класичног тоталитаризма Волин заснива на три тезе: У класичном

тоталитаризму држава је управљала економским системом, а у обрнутом тоталитаризму корпорације, које наравно доминирају и у политичком животу путем лобирања управљају државом. Влада фактички има улогу слуге великим корпорацијама и то се приказује као „нормално“, а не корупција. Циљ обрнутог тоталитаризма је да већи део популације буде у стању константне политике незаинтересованости за политичке процесе. То се најбоље види по слабој излазности на изборе јер народ губи поверење у сваку власт. Тоталитарни системи отворено негирају демократију, САД је формално промовише и чак намеће (некад и силом) и другим државама света (Волин, 2008).

Историјским приступом неолиберализму, амерички историчар млађе генерације Квин Слободиан (**Quinn Slobodian**), у књизи *Глобалисти - крај империје и рађање неолиберализма*, уверљиво доказује како неолиберализам и глобализација нису настали спонтано, или на основу непристрасног резонавања, ради се о организованом подухвату одбране класних интереса буржоазије у социјалистичком двадесетом веку. Подршка Пиночеу показала је јасну везу између неолибералног концепта и крвавих диктатура. Функција неолиберализма је редизајнирање државе, права и других институција како би се заштитило тржиште. Не ради се о обнови старе идеје, неолиберали тврде да тржиште не може да функционише без људске интервенције, класична либерална доктрина о држави као ноћном чувару није одговарајућа, минимална држава није пожељан концепт. Право треба да буде гарант приватног власништва и конкуренције. Деколонизација је један од најважнијих узрока појаве неолиберализма, она је отворила опасност од мобилизације глобалног југа на крају империја и запретила да воља већине постане светска сила (**Slobodian, 2018**). **Корене глобализма треба тражити у пропасти великих царстава јер се појавио питање** како решити проблем постимперијалног поретка. Централноевропске земље нису имале велика унутрашња тржишта, проблем је био како утврдити стратегије за балансирање државне моћи и економске међузависности. Слободиан указује како је пропаст империја угрозила интересе капитала у земљама центра па је решење је пронађено у његовој интернационализацији, да се контитуционализује принцип слободног тржишта, како би се онемогућила свака форма контроле капитала националним уставима. Уместо четири Рузвелтове слободе, (од глади и страха и слободе вероисповедања и говора) неолиберали су инсистирали на гаранцијама права власништва и слободном кретању капитала, рада, роба и услуга.

**Суштина глобализма огледа се у идеји да се обезбеди потпуна заштита капитала и у том смислу се формирају такве институције као што су Међународни монетарни фонд (ММФ),**

Европски суд правде или Светска трговачка организација (СТО) и др. Међународно право и међународне организације треба да онемогући државе да штите своја национална тржишта и економије и обезбеди економски оквир за несметано функционисање капитализма.<sup>9</sup> У суштини неолиберални нормативни концепт успоставља двојни свет империјума и доминијума који је само нови вид колонијализма. Проглашена је смрт историје (Фукујама) смрт географије (Маклуан), застарелост граница, немогућност аутономне домаће политике... Светска економија је једна и не може се делити, економски национализам је штетан, демократија је проблем. То је за последицу имало све већу концентрацију богатства у приватним рукама, а губитак моћи у општој популацији. У вези са тим, Макс Оте у својој студији *Слом долази*, између осталог, пише: „Никада није живело толико богатих људи на земљи, али никада у исто време није било толико пуких сиромаша без икакве наде или достојанства“.<sup>10</sup> Неолиберална глобализација је сама по себи, највећим делом варка, углавном надимањем масе новца тако да је на делу не стварна него виртуелна економија, од које су профитирали мегакапитал, халапљива финансијска буржоазија и менаџерска хиперкласа (Ж. Атали).

У овом контексту глобализација не значи социјалну хомогенизацију и једнакост шанси свим друштвеним групама, земљама/регионима света, већ представља „продужетак моћи и утицаја малог броја доминантних нација над целином националних берзи“<sup>11</sup>. Као резултат неолибералне концепције развоја у свету порасле су енормне

---

<sup>9</sup>Неолиберали су изричито били против правила по којима у међународним организацијама једна држава има један глас, залагали су се за људска права капитала. Они се залажу и промовишу за супранационалне организације, а не међународне, попут УН. За разлику од националних парламента, у СТО и ММФ број гласова зависи од учешћа неке земље у светској трговини или оснивачког удела у капиталу чимесе и обезбеђује доминација моћнијих. Међународно право тако постаје систем норми којима треба да буду заштићени инвеститори од агресивног настојања националних држава да доносе мере којима је циљ контрола капитала и редистрибуција. Права инвеститора треба да буду изнад грађанских права, људска права су права бизниса, она треба да обезбеде заштиту власника капитала од демократских захтева и да ограниче суверенитет новонасталих држава.

<sup>10</sup> Оте, М., *Слом долази*, Романов, Бања Лука, 2009, 36.

<sup>11</sup>Бурдије, П., *Сигнална светла – прилози за отпор неолибералној инвазији*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1999, 43.

разлике друштвене неједнакости између друштвених класа и регионалне економске диспропорције у развоју (између Севера и Југа). Истраживачи истичу: да данас 2% најбогатијих људи у свету поседује више од половине светског богатства; да је доходак најбогатије друштвене групе узлетео, док је код других група стагнирао. Тако нпр. просечни доходак менаџера у односу на раднике у америчкој индустрији 1980. године био је 43 пута већи, а данас је 411 пута већи<sup>12</sup>. Стога је савремени свет не само неправедан већ и нестабилан са неизвесном будућношћу у погледу одрживог развоја и хумане перспективе човечанства. Као да смо ближи новој апокалипси и Орвелијани неголи хуманистичко-еманципаторској алтернативи. На делу су дезинтегративни процеси, ширење нових подела, покретних берлинских зидова, обнове хладног и врућег рата. Уместо свитања златне зоре човечанства, пред нама је ново помрачење ума. Слути нове порабљавања човека и разарања човечанства. Широм света, а посебно у земљама у развоју и транзицији, под фирмом реформе и модернизације привредног система, деловале су „плаћене економске убице“ (Ц. Перкинс), који су спроводили „доктрину шока“ на курсу реализације пројекта убиственог капитализма катастрофе (Н. Клајн). Као резултанта ове експанзије неолибералне идеологије у свету и спровођења присилне транзиције и модернизације, многе земље и региони уведени су у дужничко ропство.

**Један од најутцајнијих, независних светских интелектуалаца данас, Ноам Чомски, у својој последњој књизи „Requiem for the American dream“ / „Реквијем за амерички сан“ износи аргументе и показује срамотну концентрацију богатства и моћи у западним демократијама. Неолиберализам постоји, али само за сиромашне. Слободно тржиште важи само за њих. То је историја капитализма. Велике корпорације започеле су класну борбу, оне су аутентични марксисти, али с обрнутим вредностима. Принципи слободног тржишта одлично се примењују на сиромашне, али врло богати су заштићени. Велике енергетске индустрије примају субвенције од неколико стотина милиона долара, финансијске институције добијају масивну помоћ након што пропадну. Сви они живе на сигурном: они се сматрају превеликима да би могли пасти и морају бити спасени ако имају проблема. На крају, порези служе за субвенционисање тих ентитета и с њима богатих и моћних. Онда се становништву каже да је држава проблем и смањује се њено подручје деловања. И шта се догађа? Простор државе је окупиран приватном моћи, а тиранија великих ентитета расте (Чомски 2017).**

---

<sup>12</sup> Klein, N., *Doktrina šoka, Uspon kapitalizma katastrofe*, V.B.Z., Zagreb, 2008, 437.

Тома Пикети у студији „*Капитал у 21. веку*“ илуструје раст економских и социјалних неједнакости у савременом свету. Наиме, он својом анализом показује како су се са преласком на неолибералну стратегију развоја у ери глобалног финансијског капитализма (од 1980. године до данас) енормно појачале класне и регионалне неједнакости у свету. Регионалне диспропорције између развијених и неразвијених земаља после Другог светског рата биле су 1:3, а данас су 1: 240. Данас око 350 милијардера држи скоро 50% светског богатства. **Ако су институције глобалне финансијске моћи – Међународни монетарни фонд, Светска банка - институције неолибералног капитализма, а јесу, онда су ставови њихових представника о помоћи сиромашнима само једна у низу обмана и превара<sup>13</sup>. Када се појавио пре 250 година либерализам је било учење о слободи личности и о одговорности. Од тада је протекло много воде и данас се либерализам тумачи, не према Волтеру, већ према Соросу и Березовском. У најмању руку, према Вашингтонском консензусу који заправо чини сет правила која су разрадили амерички економисти и која треба да важе у неразвијеним земљама, како би владе неразвијених земаља служиле крупним међународним компанијама.**

#### 4. КА ЗАКЉУЧКУ – „НЕМА ГЛОБАЛНОГ МИРА БЕЗ ГЛОБАЛНЕ ПРАВНЕ“

Рајт Милс је сматрао да социологија као наука и позив има хуманистичко-еманципаторску мисију. Као што може рационално да истражи и објасни друштвене проблеме, она може и да излечи људске невоље и друштвене бољке. „Знање за своју сврху и оправдање има објашњење а не манипулацију људима. У томе се огледа племенитост науке о друштву као позиву“<sup>14</sup>. Оно што Милс поручује социолозима да имају у виду ако желе да се баве социологијом на прави начин, могли би да поручимо и правницима. И право, као друштвена наука и друштвени позив (не професија) подразумева хуманистичку - еманципаторску мисију и у томе се огледа племенитост правих интелектуалца правника и правног позива.

Бивша председница Бразила Силвија Лула, мудро је схватила и једној мисли изразила основни постулат који краси свет у коме живимо. У

---

<sup>13</sup> Пикети, Т., *Капитал у 21. Веку*, Академска књига, Нови Сад, 2015, 467.

<sup>14</sup> Милс, Р., *Социолошка имагинација*, Савремена школа, Београд, 1964, 31.

свету у коме доминира принцип „циљ оправдава средство“, у коме је „човек човеку вук“, а не „човек је човеку нада“<sup>15</sup> нема и не може бити правде, стога нема ни мира. Наш народ има изреку „што се грбо роди време не исправи“. Глобализам, који је потекао из западног културног миљеа, и чија је основна намера била и остала поробљавање, експлоатација па и физичко истребљење читавих народа, са својом идеологијом глобализације мењао је своје форме и облике, али циљ му је увек био исти- лично и колективно богаћење на рачун других.

Једна од константи транзиционог процеса, који је као обаавезан образац наметнут посебно земљама бившег социјализма, је презир према раднику умотан у обланде слободног одлучивања, инвестиција, инвеститорске бирократије и људских ресурса. Радник је понуђена илузија да бира, да одлучује, да је заштићен људским правима. А у реалности он је гладан, лоше плаћен и незаштићен, разочаран и конфузан. Радник је жртва замки и илузија. Тако рецимо, радник, а и грађанин уопште воли спорт, и спорт му треба понудити у неиздрживим количинама, како преко екрана тако и у кладионицама где му се ствара илузија да и он учествује у победама и успесима. Тако се и она или он компензују кроз нечије успехе на колективном плану. Важно је да у слободном времену не читају, не информишу се. Лакше ће бити ако постану навијачи. Ако навијају за неког ко је успешан. Гледају ријалити телевизију. Или у таблоидима читају о баналностима свакодневице и испразним животима на естради. Такви, будући да живе у виртуалном свету и туђим животима, они су лак плен манипулације и потпуно су безопасни за елиту која у име њих и за „њихово добро“ одучује и доноси одлуке.

Као што је либерална верзија „краја историје“ била сасвим погрешна претпоставка, тако је данас исто и с идеологијом „људских права“, јер нико више не верује у ову стандардну двоструко лицемерну неоимперијалистичку лаж. Сасвим је видљиво и јасно да када људи нису економски слободни и независни, када су егзистенцијално угрожени, онда су они угрожени и у сваком другом плану посебно у погледу права које имају. Истински слободна нација/држава, грађанско друштво – претпостављају да су народи двоструко слободни: изнутра и споља. Изнутра, од сопствене власти, бирократије и олигархије; а споља – од

---

<sup>15</sup> Вид. Анђелковић, П., „Човек је човеку вук и(или)човек је човеку нада – парадигме западног и православног човека“, *Црквене студије*, 14/2017, 195–208.

супремације/окупације тј. претварања у вазале – од стране других држава. Само у таквим условима могуће је остварити и приближно једнака права за све, а све друго је илузија.

**Национални интереси који се актуализују у праведној држави су с намером уграђени и у српску националну химну *Боже правде* и кроз њу широко прихваћени од српске нације. Нација, ако је и секуларна, може да прихвати да се групише чак и око симболичне фигуре „свемоћног“ Бога правде и узме, као крајњу аспирацију, „свемоћ“ заједништва коју таква правда обезбеђује. Зато је суштина српских националних интереса и први основни принцип српског националног програма не само држава права, у смислу поштовања закона, већ нешто изнад тога: праведна држава. То је што чини државу јаком, коју грађани воле и за коју су спремни да се жртвују, чак и ако није најрзвијенија. Опет то је најбоље изражено у народној мудрости која каже: „није човеку криво на мало, него на неправо“.**

#### ЛИТЕРАТУРА

Анђелковић, П., „Човек је човеку вук и(или)човек је човеку нада – парадигме западног и православног човека“, *Црквене студије*, 14/2017, 195–208.

Анђелковић, П., Недељковић, Р., „Радно (не)право у Србији – Од домаћинског ка слугарском народу“, *Национално и међународно право – актуелна питања и теме* (ур. О. Јовић-Прлаиновић ), Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2017, 319-334.

Аристотел, *Политика*, БИГЗ, Београд, 1960.

Валерштајн, И., *После либерализма*, Службени гласник, Београд, 2005.

Бурдије, П., *Сигнална светла – прилози за отпор неолибералној инвазији*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1999.

Видојевић З., *Залазак демократије*, Албатрос плус, Београд, 2010.

Goldberg, J., *Liberal Fascism: The Secret History of the American Left, From Mussolini to the Politics of Meaning*, 2009.

**Милс, Р., *Социолошка имагинација*, Савремена школа, Београд, 1964.**

Klein, N., *Doktrina Šoka, Uspon kapitalizma katastrofe*, V.B.Z., Zagreb, 2008.

Оте, М., *Слом долази*, Романов, Бања Лука, 2009.

**Пикети, Т., *Капитал у 21. веку*. Академска књига, Нови Сад, 2015.**



**Slobodian, Q., *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2018.**

**Wolin, S., *Democracu Incorporated Menagel Democracu and the Specter of Inverted Totalitarianism*. Princeton Princeton Univerzitetu Press, 2008.**

**Чомски, Н., *Реквијум за амерички сан*, Академска књига, Београд, 2017.**

**Интернет подаци:**

Ричард Ф. (2012) <http://www.novossti.com/2012/08/samo-socijalizam-svijet-spasava/>

Милановић, И (2016) <http://www.carsa.rs/uzbuna-u-srbiji-zivi-28-700-robova>

**Билдерберг 2016: Свевлашке „елите“ и неправље „плебства“, <https://srbin.info/2016/06/22/bilderberg-2016-svevlasce-elite-i-bespravlje-plebsa/?lang=lat>, 30. децембар 2018.**

**Petar ANĐELKOVIĆ, Ph.D**

Full Professor, Faculty of Philosophy, University of Pristina, temporarily seated in Kosovska Mitrovica, Department of Sociology

**ECONOMIC NEOCOLONIALISM AND SHINE AND MISERY OF JUSTICE**

**Summary**

The Italian thinker Nikola Makiavelli, even before capitalism stepped into the world scene, promoted two principles on which this system is still based today: "the goal justifies the means" and "when you are in a bad company it does not pay off being good ". The contemporary capitalist totalitarianism "disaster capitalism," liberal fascism "(J. Gildberg) is based on destructive nihilism, and represents only a new form of colonialism" colonialism with a human figure. " Even thou it is formally swerving in democracy and human rights it represents a category that is completely opposite to democracy - reverse totalitarianism (Voren) and embezzles every right. In the false shine that is promoted in spectacle , traditional values are ruined, subjected to a mockery, and reduced to profit. Neoliberalism-neocolonialism is a system where profit is above human (Noam Chomsky) because it created the conditions for destruction by "pretending and prearranging the truth" (Serafim Rouz). The inviolable rein of these principles leads to man being exposed to the worst humiliation and to commit the worst crimes in order to gain money and social affirmation. It's no longer a "escape from freedom" as claimed by From, but an escape from responsibility for the destruction of life. What happens to the law in the system of organized chaos ? To whom does it serve? To the new "bankers aristocracy" or to a disguised mass whose individual existence is colored by uncertainty and fear of unemployment (Bauman)? Is the law in the service of progress and development of man and society or has it become a means by which people are disciplined and silenced? These are the basic questions for which the author sought in this paper.

**Key words:** *Economic neocolonialism, modern society, neoliberalism, law, development.*

**Љубомир МИТРОВИЋ<sup>°</sup>**

Правни факултет Приштина - Косовска Митровица

**Славка МИТРОВИЋ<sup>°°</sup>**

Пољопривредни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Лешку

## **ЗАКОН О ЗАДРУГАМА – ДЕТЕРМИНАНТА ПРАВНОГ ОКВИРА ОРГАНИЗОВАЊА И ПОСЛОВАЊА ЗАДРУГА**

**Апстракт:** Задруге су традиционално најзначајнији облик удруживања и пословног организовања физичких и/или правних лица, одн. задругара. Интерес задруга је унапређење пословања задругара, али не и максимизирање профита, као што је случај код компанија. Циљ истраживања у овом раду је да се анализира допринос задруга у економском, социјалном и руралном развоју, те да се истакне правна природа задруга. Даље, циљ је да се сагледа задружна легислатива у Србији и укаже на потребу за промену правила у Закону о задругама (2015), како би се усагласила са савременим кретањима у области организовања и пословања задруга, Европском задругом. Анализа показује да су улога и значај задруга у одрживом развоју велики, али важећи Закон о задругама није претрпео велике промене правно-економског оквира остао је на истој позицији у односу на раније важећи, класични концепт задруге. За истраживање ове комплексне проблематике коришћене су упоредно-правна, индуктивна и дедуктивна метода. Оне су омогућиле да утврдимо која су национална задружна правила и која правила би требало изменити и дефинисати *de lege ferenda*, да би наше задруге организованије и одрживо пословале.

**Кључне речи:** *задруга, задружна правила, Закон о задругама, правно-економски оквир, Европска задруга.*

### 1. УВОД

Задруге су традиционално најзначајнији облик удруживања и пословног организовања физичких и/или правних лица, односно задругара, у циљу њихове економске, социолошке, културне и еколошке одрживости. Оне су правно лице и имају битне могућности за повећавање

---

<sup>°</sup> Редовни професор, ljubomir.mitrovic@pr.ac.rs

<sup>°°</sup> Доцент, slavka.mitrovic@pr.ac.rs

рационалности и ефикасности привређивања и пословања. Заправо, задруге постављају кориснике њихових услуга (задругаре) у центар свога деловања и далеко ефикасније решавају кризне периоде у привреди и друштву, него остала правна лица (компаније). Отуда је и било потребно побољшати њихов правни оквир пословања, како би га изједначили са другим правним субјектима (лица). Међутим, "иако је задруга законски организована као и свако друго предузеће, из закона треба да произилази да она свој прави карактер недвосмислено потврђује заснивањем своје праксе на концепту удружења, што јој и омогућује да ужива и одређене ограничене повластице у циљу подстицања њеног развоја ради решавања социјално-економских проблема становништва на нивоу локалне заједнице, пре свега у руралним подручјима"<sup>1</sup>. Сагласно интересима чланова задруге разликујемо: потрошачке задруге, произвођачке задруге, задруге које пружају одређене услуге и радничке задруге.<sup>2</sup>

Питање задруга као посебне врсте привредних организација у Србији уређено је Законом о задругама из 2015. године. И поред очекивања да ће Закон о задругама (2015) да елиминише сва ограничења која онемогућавају формирање и пословање свих облика задруга из сва три сектора задругарства – примарни, секундарни и терцијални, чије су секторске афилијације присутне и у организационој структури МЗС (Међународног задружног савеза), није дошло до крупних побољшања. То се пре свега односи на штедно-кредитне задруге, које су и овог пута елиминисане као могућа врста организовања задруга. Такође, услед унутрашњих слабости у задружном систему Србије вишедеценијско је раубовање задружне имовине, која се од Уставног закона ФНРЈ (1953), па чак и после доношења Устава Републике Србије (2006) води као тзв. друштвена својина, која је и данас предмет подржављења и приватизације. Потреба за прихватањем универзалног концепта задруге у домаћем законодавству проистиче из захтева за усклађивање са међународном задружном легислативом и за доследно поштовање међународно признатих одредница о идентитету задруге, које је дефинисао МЗС (1995). Ове одреднице су садржане и у водичу УН и препорукама Међународне организације рада (МОП/ИЛО). Закон о задругама дефинише правни оквир оснивања, пословања и гашења задруга.<sup>3</sup> Он представља

---

<sup>1</sup> М. Шеварлић, З. Закић, *Стратегија развоја земљорадничких задруга у Републици Србији*, Друштво аграрних економиста Србије, Београд, 2012, 7.

<sup>2</sup> Види: D. Jurić, *Evropska zadruга*, *Pravo i porezi*, Vol. 15, № 6, стр. 58 – 67, RRILF, Zagreb, 2006.

<sup>3</sup> М. Николић, Ј. Арсенијевић, *Компарација закона о задругама у Републици Србији и земљама у окружењу*, Регионална научностручна и бизнис конференција ЛИМЕН

одбрамбени механизам и снажан алат за ефикасно функционисање задруге.<sup>4</sup> Данас у упоредном праву постоје различита законска решења у приступу проблемима који се односе на правно-економски оквир задруга. Према типу закона који регулише рад задруга, европске земље сврставамо у три групе:<sup>5</sup> 1) земље које немају закон о задругама или које регулишу задруге другим законима (као што су грађанским законима Швајцарска и Италија, и трговинским законима Белгија, Чешка и Словачка); 2) земље које имају општи закон о задругама који регулише све врсте задруга: Грчка, Португал, Бугарска, Хрватска, Словенија, БиХ; 3) земље које имају специјалан (посебан) задружни закон: Аустрија, Немачка, Француска, Шпанија. У Србији функционисање задруга регулисано је општим, јединственим законом о задругама (ЗОЗ).

Циљ овог рада је да се сагледа допринос задруга у економском, социолошком и руралном развоју. Такође, циљ је да се укаже на правну природу задруге. Надаље, да се анализира задружна легислатива у Републици Србији, при чему је потребно да се изврши компарација правно-економског оквира Закона о задругама ЗОЗ (2015) у Србији са правно-економским оквиром закона о задругама развијенијих тржишних земаља (Европска задруга), и идентификовати заједничке, универзалне карактеристике (начела – правила) и разлике у појединим решењима. Анализа задружних правила и закључци су изведени на основу примене упоредноправног метода, потпомогнутим индуктивно-дедуктивном методом.

## 2. ДОПРИНОС ЗАДРУГА ЕКОНОМСКОМ, СОЦИОЛОШКОМ И РУРАЛНОМ РАЗВОЈУ

Задруге као удружења функционишу у различитим економским, одн. социолошким сферама. Оне могу имати утицаја на унапређење економског положаја не само својих чланова већ и локалних и руралних подручја у целини. Заправо „велики су на берзама, тргују и увећавају свој капитал, а мали морају да се удружују како би смањили трошкове производње, постигли већи степен конкурентности у продаји својих

---

2015, Зборник радова – Лидерство и менаџмент: држава, предузеће, предузетник, 2015, стр. 241.

<sup>4</sup> А. Fici, *Cooperative identity and the law*, Euricse's Working Paper, N<sup>o</sup> 023/12, 2012.

<sup>5</sup> М. Николић, *Еволуција задржног законодавства у Европи*, понатис магистарске тезе, Друштво аграрних економиста Србије, Београд, 2009, стр. 97.

производа и услуга и увећали зараду”<sup>6</sup>. Задруге су значајне у брзом запошљавању радне снаге, посебно „у условима кризе, задруге решавају проблеме запослености и пословања на ефикаснији начин него комерцијалне компаније”<sup>7</sup>. Земљорадничко задругарство као модел економско-социјалне одрживости породичних пољопривредних газдинстава, као доминантни облик организовања у Србији, захтевало је „нужност реформе задружног законодавства у складу са европском задружном легислативом и систематским променама, као и неопходност производно-економског и организационог реструктурирања земљорадничких задруга и трансформације задружних савеза у пословне асоцијације задруга и задругара”<sup>8</sup>. У вези са тим, важно је схватити да „копирање других модела не може довести до жељених ефеката, већ их је потребно смислено и вешто прилагодити нашим специфичностима.”<sup>9</sup>

Значај задруга и задругарства у свету и код нас је велики. Наиме, скоро половина светске популације обезбеђује средства преко задруга. У свету има три пута више задругара него акционара.<sup>10</sup> Данас у свету има око милијарду задругара удружених у преко 750.000 задруга. Сматра се да је око 3 милијарде људи у интеракцији на разне начине са радом задруга као и да обезбеђују више од 100 милиона послова широм света, а што је за 20% више од мултинационалних компанија. Допринос задруга постаје све већи у оквиру Европске уније, где је регистровано 246.000 задруга које запошљавају 4,8 милиона људи и имају 144 милиона чланова што значи да је скоро сваки трећи грађанин ЕУ члан неке задруге.<sup>11</sup> Данас се у државама ЕУ врши промет свих пољопривредних производа преко задруга од 50% до 80%.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> Б. Гулан, *Задругарство у Србији, од оснивања до данас – 2018*, доступно на: [www.makroekonomija.org/0-branislav-gulan/zadugarstvo-u-srbiji-od-osnivanja-do-danas-2018/](http://www.makroekonomija.org/0-branislav-gulan/zadugarstvo-u-srbiji-od-osnivanja-do-danas-2018/), 03.2.2019.

<sup>7</sup>С. Borzaga, G. Galera, *Promovisanje zadruga u stvaranju boljeg sutra*, доступно на: <http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/03/venice-croatian-3.0-0.pdf>, 03.02.2019.

<sup>8</sup>М. Шеварлић, *Правци развоја земљорадничког задругарства у Србији*, на: <https://www.makroekonomija.org/poljoprivreda>, 6.2.2019.

<sup>9</sup> К. Марковић, *Пољопривредно задругарство у републици Србији – Стање перспективе*, Летопис научних радова, број 1, Пољопривредни факултет, Нови Сад, 2007, стр. 120

<sup>10</sup> М. Мићовић, *The Legal Nature and Framework for Cooperative Activities*, Economics of Agriculture, The Balcan Scientific of Agrarian Economics, Belgrade, Academy of Economic Studies, Bucharest (Romania), Vol. LXIV, N<sup>o</sup> 3 (1205 – 1218), UDC: 340:334.73, EP: 2017. P. 1206

<sup>11</sup> *Извештај о задругама и задругарству*, доступно на: <http://novi.uciteljneznalica.org/PDF/arhivaautora/Izvestajozadugarstvu.pdf>, 03. 02. 2019.

<sup>12</sup>Б. Гулан, исто.

Међутим, када је реч о задругарству у Србији треба истаћи да је на почетку 2017. године било регистровано 2600 (према подацима Задружног савеза Србије) разних задруга, од чега је 1548 пољопривредних, од којих око 11.000 подносе финансијске извештаје пословања. Број задругара у земљорадничким задругама које се воде као активне износи око 31.000. Задруге делују у оквиру 16 задружних савеза предвиђених задружним савезом Србије и задружним савезом Војводине. У задругама ради и око 10.000 запослених. Иначе, пољопривреду Србије карактеришу мала пољопривредна газдинства са распарчаним поседима, који се налазе већином у поседу физичких лица, а која су 91,8% мања од 10 ха и чија је просечна величина 5,4 ха (у ЕУ 7,9 ха), као и то да је економска снага (величина) пољопривредног газдинства 5.939 евра (у ЕУ 25.128 €). Очигледно је да је потребно удруживање у задруге како би се утицало на ефикасност, односно продуктивност и рентабилност пољопривредних газдинстава. Данас је за развој задругарства заинтересована и сама држава Република Србија, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе<sup>13</sup>, и оживљавање задругарства у Србији је стратешки значајно. У том смислу је и пројекат (мисија) „500 задруга у 500 села”. Задруге су погодан организациони облик да се задржи део сеоског становништва које намерава да оде из својих средина. Поражавајуће је да од 4709 села у Србији – 1200 је у фази нестајања. Оснивање нових задруга и ревитализација постојећих, дакле, има стратешки (геополитички) циљ. У вези са тим морамо истаћи да према тврђењу одређених историографа и аналитичара први пут је у својој 172 године дугој историји задругарства на просторима данашње Републике Србије, држава директним инвестицијама и бесповратним средствима помаже оживљавање задругарства. За период 2018 – 2020. планирано је да та сума улагања достигне 25 мил. €. <sup>14</sup> Рок да се формира *500 задруга у 500 села* је 3 године (2017 – 2019). Нове задруге ће од државе добити 50.000 €, а постојеће до 100.000 € Подсећамо да је од 2017. године до данас (01.03.2019. године) формирано чак 350 задруга. То јасно говори да је пројекат дао резултате, вративши на прави начин удруживање у Србији. Оно што посебно охрабрује јесте што овај програм садржи новину, која је у складу са важећим Законом о задругама. То су сложене задруге које ће настати повезивањем појединачних специјализованих задруга у сложене системе. Њих држава, као веће привредне субјекте на конкретан начин финансира (свакој је намењено и до 500.000 евра) и оснажује, са циљем да оне постану носиоци руралног и уопште привредног развоја својих округа.

---

<sup>13</sup> Вид. чл. 12. Закона о задругама – ЗОЗ, Службени гласник РС, бр. 112/2015.

<sup>14</sup> Б. Гулан, исто.

Њихов задатак је да се баве вишим фазама прераде производа, истраживањем и развојем, и да буду озбиљни конкуренти при извозу на страна тржишта. Удруживање задруга у корпорације неопходно је како би парирале мултинационалним корпорацијама. То је прилика да наставимо развој задругарства и јачање српског села, да се коначно стручњаци и знање уједине са српским сељаком, за добробит свих. Потребно је указати да ће се у Србији задругарство темељити на модерне задруге по узору на оне у високоразвијеним земљама, у које задругари не удружују „кућу и окућницу и све машине које поседују, као што су чинили њихови преци пре више од 170 година, већ само своје производе“<sup>15</sup>. Самоиницијатива и пробужена свест о томе покрећу задругарство. Помоћ ма које врсте државе и локалне самоуправе и те како је добродошла, али задругари су ти од којих почиње и са њима завршава. Зато струка и наука (Одбор за село САНУ) има обавезу да пројекат *500 задруга у 500 села* заживи. Такође, да се уз Министарства за регионални развој промени тренутна тужна слика по којој се у 86% села смањује број становника, да окупимо младе људе и да им се створе услови за оснивање породице и останак на селу.<sup>16</sup> Отуда је неопходно да се што пре дефинише нова политика, одн. стратегија равномерног регионалног развоја која би смањила неједнакости региона, а истовремено поспешила њихово индивидуално развијање и препознатљиве особености. Потребно је најпре израдити „мапе“ рејона Србије који треба да представљају заокружено јединство природних, демографских, економско-привредних, социјалних и културних особености са упечатљивим гравитационим центрима. Чињеница је да Србија има значајне природне, кадровске и научне потенцијале. Неопходно је направити организациону спрегу тих потенцијала. То значи да су заједништво, слога, одн. задругарство – услови за просперитет. Закон о задругама темељи се на задружним принципима, а како је Србија мултинационална држава, то је за њен успешан развој аграра свакако важно задругарство, тако што је међу задружним принципима и принцип неутралности – политичке, националне, верске и расне. У том контексту важно је дефинисати и нови концепт равномерног регионалног развоја, чиме би се смањиле неједнакости региона и тиме омогућило поспешивање њиховог индивидуалног развоја. Србија у будућем развоју мора да обухвати не само градове, већ и сеоска насеља. Неопходно је да свако село има амбуланту, школу, пошту, цркву и др. Надаље, да се уради права „мапа“ рејонизације, да бисмо знали шта и где да се гаји на целој

---

<sup>15</sup> Б. Гулан, исто.

<sup>16</sup> Саопштење председника Академијског одбора за село, академика Драгана Шкорића, од 01.02.2019. године. Види: [www.mbpr.gov.rs/aktivnosti-saopstenja.php](http://www.mbpr.gov.rs/aktivnosti-saopstenja.php)



територији Србије, али и какве технологије треба примењивати зависно од материјалних услова.

### 3. ПРАВНА ПРИРОДА ЗАДРУГА – ЗАДРУЖНЕ ВРЕДНОСТИ И ПРИНЦИПИ

Једно од основних питања на која је правна теорија покушала да одговори је правна природа задруга. Имајући у виду да је задруга дефинисана као *sui generis* (јединствено) удружење<sup>17</sup>, то се и организује у складу са основним правилима њиховог организовања и рада – задружним начелима, која су важећа за све врсте задруга, одн. за задруге у свим делатностима. Задружна начела су утврђена од стране Међународног задружног савеза (МЗС, 1995), и она имају обележје међународног документа.<sup>18</sup>

Оснивање, устројство и рад задруге као форме друштва (удружења) регулишу се законом, али је целисходно, у циљу очувања и јачања изворних вредности задругарства да се законским прописима уважавају поменута начела. Према Закону о задругама (2015), задруга се оснива и послује на задружним вредностима које се спроводе у складу са задружним принципима „како би остварила своје економске, социјалне, културне и друге интересе. Заправо, поштовање задружних принципа и вредности један је од кључних предуслова за успешно функционисање задруга“<sup>19</sup>. Међутим, компанија (привредно друштво) дефинисана је као правно лице које обавља делатност ради стицања профита, при чему се не дефинишу други интереси инвеститора који стичу корист од делатности предузећа. На основу докумената Међународног задружног савеза (МЗС) задругарство се темељи на следежим вредностима: самопомоћ, самоодрживост, демократичност, једнакост, правичност, солидарност. За реализацију задружних вредности, оснивања и функционисања задруга, важни су следећи међународни задружни принципи, одн. начела: добровољно и отворено чланство; контрола од стране задругара; економско учешће задругара; аутономија и независност задруге; образовање, обука и информисање кадрова; међународна сарадња задружних организација и брига за заједницу.<sup>20</sup> Наведени задружни принципи су алат за успешно задружно организовање. Они су међусобно,

---

<sup>17</sup> M. Vitez, *Zadruge i naše privredno pravo*; Pravo, teorija i praksa, Vol.15, № 5-6, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad, 1998, 1 – 12.

<sup>18</sup> Задружни савез Југославије, Век и по задругарства, Београд, 1995, 10 – 11.

<sup>19</sup> С. Митровић, *Допринос пољопривреде у развоју Србије*, докторска дисертација, Универзитет у Приштини, Пољопривредни факултет, Лешак, 2016, 150.

<sup>20</sup> Види: Чл.4. Закона о задругама – ЗОЗ, 2015.

мање или више повезани. У целини њихове примене лежи одговор на питање како обезбедити да задруга, својим активностима и изградњом међусобних односа са својим члановима унапреди и доведе у склад међусобне људске и етичке вредности. Сви задружни принципи су једнако важни, јер заједно доприносе да задруга буде успешна, а животи њених чланова, њихових породица и чланова шире заједнице буду квалитетом бољи.<sup>21</sup>

Дакле, из задружних принципа може се констатовати да је главни циљ задружне организације и пословања – задовољење потреба њених чланова, а не стварање што већег профита, што указује да су задруге по својој природи *sui generis* (јединствене) асоцијације, одн. удружења. Зато "оне не могу бити организоване као компаније, нити се могу придружити, нити мерити са компанијом, или неким другим ентитетом који није задружног карактера, или има форму предузећа или неког ентитета"<sup>22</sup>. Међутим, поменута потврда о правној природи задруга није у сагласности са измењеним задружним начелима која се могу наћи у Уредби ЕУ 1435/03<sup>23</sup>, а која имају за циљ да се важећа начела о задругама приближе одговарајућим која су применљива на предузећа.

#### 4. ЗАДРУЖНА ЛЕГИСЛАТИВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Задруге у Србији настале су готово истовремено када су настале и прве задружне организације у Европи. Наиме, прва задруга у Србији основана је 1846. године у Бачком Петровцу (Војводини), док је у Великој Британији основана само две године раније (1844). Подсећамо, задруга у Бачком Петровцу је трећа задруга у свету. Иначе, прва пољопривредна кредитна задруга је формирана 1894. године у селу Вранову, код Смедерева, са циљем да заштити сиромашне фармере од корисника и комерцијалних шпекуланата. Надаље, број задруга се стално повећавао, тако да је дошло и до оснивање Главног савеза српских земљорадничких задруга (1895) у Смедереву. Исте године утврђени су први изворни задружни принципи на Првом оснивачком конгресу Међународног задружног савеза у Лондону, на коме су присуствовали представници 11 земаља света, међу којима је била и Србија. Само три године касније

---

<sup>21</sup> Задружни принципи – алат за успешно задружно организовање задруга, доступно на: <https://psss.rs/forum/55/27980-zadru%C5%BEni-principi-alat-za-uspe%C5%A1no-zadru%C5%BEno-organizovanje-zadru.html%2327945>, 25.02.2019.

<sup>22</sup> М. Мићовић, *op. cit.*, 1209.

<sup>23</sup> А. Fici, *Pan-European Cooperative Law: Where do we stand?*, European Research Institute on Cooperative and Social Enterprise, Working paper, N° 47, pp. 1 – 12, Trento, Italy, available at: [www.euricse.eu/wp-content/uploads/2018/09/03/1358347724-n2285.pdf](http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2018/09/03/1358347724-n2285.pdf)

(1898) донет је први Закон о земљорадничким и занатским задругама. Већ 1900. године у Србији је било 219 задруга, да би пред Балкански рат 1912. било чак 650 задруга. Нагли развој задругарства довао је до тога да је у превечерје Првог светског рата у Србији постојало и радило више од 800 задруга. Разлог наглог развоја задругарства у Србији у овом периоду треба тражити у томе што су задруге постале неопходан услов опстајања села и сељаштва. Треба истаћи, кредитне земљорадничке задруге у Србији формиране су као Рајфајзенове задруге у Немачкој: капитал (средства за рад) чинили су удели задругара, који су били мали и нису доносили камату. Солидарност међу задругарима била је неограничена – за свој рад гарантовали су целокупном својом имовином, фондови задруге били су недељиви, територија пословања ограничена, а функције у задругама су биле волонтерске.<sup>24</sup> Морамо истаћи да је често долазило до измене закона који регулишу задружни сектор, како због саме потребе и развоја задруга, тако и због друштвено-политичких промена и формирања нових држава, у периоду од настанка Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца (1918), па до распада СФРЈ, почетком 1990. године. У овом периоду задружни сектор је бележио фазе успона и падова. Државе, одн. републике на територији бивше СФРЈ имале су неславну фазу постојања принудног чланства у задругама и одузимање имовине пољопривредницима, у периоду након Другог светског рата. Наиме, у Србији и земљама са којима је делила исто друштвено уређење, задруге су биле девастиране у периоду формирања тзв. организације удруженог рада, када су биле укључене у комбинате, а њихова имовина (која је тада била значајна) трансформисана у друштвену имовину. Ове етапе<sup>25</sup> удаљавања од задружних принципа и занемаривања истинске природе задруга, представљају основ настанка проблема задружне имовине. Након распада СФРЈ дошло је до интензивних друштвено-политичких промена (1990) и почетка транзиционих процеса, који су резултирали запостављањем задружног сектора.

Наиме, доношењем Закона о јединственим привредним коморама (1962) задружни савези губе статус правног лица, укида се и њихова

---

<sup>24</sup> Прва задруга у Бачком Петровцу значајна је и по томе што су њени аутономни и пионирски задружни принципи усвојени и на XIV Конгресу Међународног задружног савеза у Лондону 1934, као аутентични принципи задружног рада. Иначе, на XV конгресу Међународног задружног савеза 1937. године у Паризу, промовисани су општеважећи принципи. Они су задржани до 1966. када су на XXIII конгресу у Бечу модификовани, али не битно измењени.

<sup>25</sup> Развој задругарства у периоду од 1945. до 1990. године карактеришу три временска периода: први је 1945-1953. године, други је 1953-1974. године (доношење Закона о удруженом раду, ЗУР-а) и трећи период 1974-1990. године (распад СФРЈ и њеног законодавства).

знатна имовина и преноси на располагање привредним коморама. У том периоду почиње и процес интеграције примарних задруга са великим друштвеним пољопривредним предузећима, односно комбинатима који траје до 1980. године и тиме су својинска права над значајном задружном имовином пренесена у друштвени сектор.

Закон о задругама из 1980. садржао је одредбу да се задружна имовина врати ранијим корисницима којима је одузета без накнаде, или из других разлога, а што је садржано и у Закону из 1996. године. Закон о задругама из 1996. обавезује да се имовина ранијих задруга, која је организационим и статусним променама пренета без накнаде другим корисницима, мора вратити задругама чија је имовина била. Иначе, овај закон се позива на задружне принципе, наводећи само неке од њих, међутим они нису у целини разматрани у самом тексту закона. Законом се предвиђа 10 (десет) оснивача, осим код стамбене задруге код које се предвиђа чак 30 оснивача. Оснивачи, одн. задругари могу бити само физичка лица, удели су једнаки и дефинисани задружним правилима, а сваки члан може имати само један глас. Овим законом омогућено је и пословање задруга са чланаринама, које се за разлику од улога не враћају. Задружним правилима је одређен значајан број питања, као што је висина улагања у обавезни резервни фонд, формирање других фондова и начин расподеле добити. Закон прописује задружне савезе који испуњавају одређене услове, спроводе обавезну експертну задружну ревизију. Исто тако, предвиђа се да имовина преостала после гашења задруге, по намирењу повериоца и повраћаја удела задругарима буде пренесена надлежном задружном савезу за оснивање нове задруге на истој територији на којој је пословала задруга која је угашена.<sup>26</sup> Наведени Закон о задругама (1996) и поред тога што је имао извесне недостатке, можемо рећи да је представљао солидно решење, али се доследно није примењивао. Наиме, многе задруге нису пословале у складу са задружним вредностима и принципима. Такође, нередовно спровођење задружне ревизије, као и њено ограничено дејство омогућило је овакво понашање.

Након 10 година питање задруга као посебне врсте привредних организација уређено је путем новог Закона о задругама из 2006. године. Овом закону претходио је Закон о задругама донет 2005. Треба истаћи, да је у поменутом закону садржано више одредби прописа о задругама из ранијег периода (почев од 1996. године). Према Закону о задругама из 2006. задругари могу бити само физичка лица, односно задругу оснивају само физичка лица. Правна лица не могу бити чланови задруге, али допушта се могућност да задруга обавља послове и са незадругарима и за

---

<sup>26</sup> М. Николић, Ј. Арсенијевић, оп. цит. 245

незадругаре, уколико је то у интересу задругара, а удели су једнаки и дефинисани заједничким правилима. На основу једнаких удела сваки члан задруге има једнако право гласа, одн. управљања задругом (право на један глас). То ће свакако у значајној мери ограничити развој задругарства. Удели задругара образују задружну својину, заједно са средствима оствареним радом и пословањем задруге и средствима које задруга стекне на други начин.<sup>27</sup> Задруге се могу оснивати у различитим областима у којима се интереси појединих лица могу остварити на принципима задругарства. У истом закону се не говори посебно о принципима задругарства, осим веома уопштено, или се могу претпоставити из његовог садржаја. Задруга се оснива уписом у посебан регистар. Заком се прописује и оснивање задружних савеза, на основу уговора о оснивању и утврђивању правила савеза. Задруге су подложне задружној ревизији, коју врше задружни савези. Задруга остварену добит расподељује у своје фондове. По овом закону најпре се издвајају средства за обавезни резервни фонд. У складу са задружним правилима овај фонд уноси део добити, а који је намењен покрићу губитка, ако се буде појавио у пословању. Такође, део добити може се издвојити и у друге сврхе, чиме би се вршило и увећање имовине задруге.<sup>28</sup>

## 5. КОМПАРАЦИЈА ПРАВНОГ ОКВИРА ОРГАНИЗОВАЊА И ПОСЛОВАЊА СРПСКЕ И ЕВРОПСКЕ ЗАДРУГЕ

Из досадашњег излагања може се приметити да задруге, као специфичне привредне организације карактеришу одређена правила по којима се разликују од предузећа, односно компанија. Та правила заправо чине правни оквир за оснивање, деловање и рад задруга, а односе се на: 1) број оснивача задруге и чланство у задрузи, 2) делатности, 3) основни капитал, 4) право гласа, кворум и доношење одлука и 5) на расподелу добити.<sup>29</sup> Нека правила су значајно приближила наше задруге Европској задрузи, али не и потребу за изменом одредби које нису у сагласности са последњим кретањима у области организовања и пословања Европске задруге.

1) Познато је да број оснивача који могу оснивати једну компанију јесте један, или више. Међутим, анализе показују да закони о задругама захтевају већи број оснивача, како је и било у претходним законима. Према нашем важећем Закону о задругама (2015), ЗОЗ-у, задругу може да оснује најмање 5 пословно способних физичких лица, с тим што осниваче

---

<sup>27</sup> Чл. 49, ст. 2 и чл. 50, ст. 2 Закона о задругама 2006.

<sup>28</sup> Чл. 56 – 58 Закона о задругама 2006.

<sup>29</sup> М. Миловић, *op. cit.*, 1211.

не могу чинити лица која живе у заједничком домаћинству са оснивачем.<sup>30</sup> Оснивачи и задругари могу да буду домаћа и страна физичка лица у складу са законом.<sup>31</sup> Из Закона о задругама може се уочити да дефиниција задруге није потпуна. Наиме, „задруга је правно лице које представља посебан облик организовања физичких лица“<sup>32</sup>, а што није у складу са Декларацијом о задружно идентитету и са чл. 6. Правилника Међународне задружне алијансе, где је наглашено да задруге могу оснивати и друштва (правна лица), односно „any association of persons, or of societies is recognised as a co-operative society, provided that“.<sup>33</sup>

Када је реч о Европској задрузи, то је правно лице које се може основати на подручју Уније у складу са условима и на начин одређен Уредбом. Уредба у члану 2 одређује 3 начина оснивања Европске задруге: 1) *ab initio*, од стране 5 или више физичких лица, 5 или више физичких и правних лица, или 2 или више правних лица; 2) фузијом 2 или више постојећих задруга; 3) преобликовањем постојеће задруге, која је најмање 2 године имала подружницу или друштво – кћер у некој другој држави чланици.<sup>34</sup> Европска задруга је правно лице (субјект) чији је првенствени циљ задовољење потреба њених чланова, и/или развој њихових привредних или друштвених делатности.<sup>35</sup> Према јединственом концепту Европске задруге, чланови задруге могу бити физичка и/или правна лица. Он је прихваћен као такав и представља тенденцију у Међународном задружном праву, према коме право на учешће у оснивању и приступ задрузи треба омогућити не само физичким, већ и правним лицима. Поред тога, у ЕУ је могуће не само да правна лица оснивају задруге, већ да се предузеће организује као задруга.

2) У Закону о задругама предвиђено је да се задруга не може организовати као привредно друштво, у смислу закона којим се уређују привредна друштва, или као други облик организовања, нити се може припојити или спојити с привредним друштвом или другим правним лицем које није задруга, нити променити форму у привредно друштво или друго правно лице.<sup>36</sup> Међутим, задруга може бити оснивач, одн. члан

---

<sup>30</sup> Чл. 15, ст. 1 и 2, ЗОЗ.

<sup>31</sup> Чл. 15, ст. 3, ЗОЗ.

<sup>32</sup> Чл. 2. ЗОЗ

<sup>33</sup> ICA Rules, Amandments proposed to the General Assembly, unanimously adapted on june 6<sup>th</sup> 2008.

<sup>34</sup> Чл. 2, ст. 2, Council Regulation (EC) N<sup>o</sup> 1435/2003 of july 22<sup>nd</sup> 2003. on the Statute for a European Cooperative Society (SCE). Уредба о Статуту Европске задруге; преузето: D. Jurić, *Evropska zadruka*, Pravo i porezi, 2006.

<sup>35</sup> D. Jurić, *op. cit.* (тач. 10)

<sup>36</sup> Чл. 5, ст. 2. ЗОЗ

другог правног лица, у складу са законом и задружним правилима.<sup>37</sup> Оваква законска решења, у поређењу са европским, можемо констатовати да су превазиђена. Дакле, статусне промене задруга су могуће ако у њима учествује, или из њих настају искључиво задруге. Задруга стиче својство правног лица уписом у регистар који води орган надлежан за послове регистрације привредних субјеката, у складу са законом којим се уређује регистрација привредних субјеката.<sup>38</sup> Треба истаћи да се Европска задруга уписује у судски регистар оне државе чланице у којој има своје седиште, у складу са националним прописима о регистрацији деоничарских друштава, који се примењују и при објави одговарајућих уписа у регистратор. Одлука о оснивању и престанку Европске задруге и преносу њеног седишта објављује се у службеним новинама Европске уније.<sup>39</sup>

Данас, задруга није више везана само за пољопривреду. Законом о задругама оне се могу оснивати као: земљорадничке, тј. пољопривредне, стамбене, занатске, потрошачке, радничке, студентско-омладинске задруге, социјалне, здравствена, као и друге задруге за обављање делатности из области производње, промета робе, вршења услуга и других делатности у складу са овим законом.<sup>40</sup> Међутим, наш последњи Закон о задругама не омогућава да задруге спроводе трансакције кредита, па депозитне и кредитне трансакције обављају само банке.<sup>41</sup>

3) Основни капитал<sup>42</sup> задруге чине улози задругара, или чланарине ако се задруге оснивају без улога задругара. Иначе, улози задругара не морају бити једнаки, а могу бити новчани и неновчани. Задругар може имати само један улог у задрузи и улог задругара не може се преносити правним послом.<sup>43</sup> Ова законска новина (одредба) у односу на претходни Закон (из 2006. године) даје могућност за развој задругарства. Наиме, чињеница је да интереси задругара (по обиму и вредности) нису једнаки, па нема ни потребе за једнаким уделима и за једнаким бројем гласова када је реч о управљању задругом. Наведене законске одредбе представљају помак ка основним вредностима задругарства, као што је правичност, као и принцип економског учешћа по коме сви задругари остварују корист од задруге под једнаким условима, али у сразмери вредности (обима) послова, које сваки од њих појединачно обави са задругом. Основни капитал задруге може се повећати (одлуком скупштине задруге) улозима

---

<sup>37</sup> Чл. 5, ст. 3. ЗОЗ

<sup>38</sup> Чл. 5, ст. 1. ЗОЗ

<sup>39</sup> Чл. 11 – 13. *Уредбе*

<sup>40</sup> Вид. чл. 10, ст. 1. ЗОЗ

<sup>41</sup> Чл. 5. ЗОБ

<sup>42</sup> Вид. чл. 16, 20 – 22. ЗОЗ

<sup>43</sup> Чл. 20, ст. 7 – 9. ЗОЗ

нових задругара, повећањем улога постојећих задругара, или претварањем нараспоређене добити (расположивих резерви за те намене). Такође, одлуком скупштине задругара може се смањити оснивачки капитал, али не испод законом прописаног минималног новчног оснивног капитала. Минимални оснивни капитал задруге износи 100 динара.<sup>44</sup> Ово је решење у складу са ставом да су закони који регулишу ограничену одговорност компанија применљиви и на задруге, што је разлог зашто је минимални капитал који се захтева од задруга исти као и тражени капитал за оснивање компанија.

Основни капитал Европске задруге је подељен на пословне уделе, где је број чланова и основни капитал задруге променљив. Члан Европске задруге одговара за обавезе задруге до висине уложеног пословног удела, осим ако је статутом одређено другачије. Основни циљ Европске задруге је задовољење потреба њених чланова, и/или развој њихових економских и социјалних делатности. Основни капитал Европске задруге не може бити мањи од 30.000 €. <sup>45</sup> Треба рећи да држава-чланица може одредити и виши износ минималног основног капитала Европске задруге, ако тако прописују национални прописи за обављање одређене привредне делатности, а задруга има регистровано седиште у тој држави чланици ЕУ.<sup>46</sup> Основни капитал задруге се може повећати накнадним уплатама чланова, или примањем нових чланова, и може се смањити целовитим или делимичним - повраћај уплата, али не испод прописаног минимума. Промене основног капитала не захтевају промену статута ни објаве.<sup>47</sup>

4) Законом о задругама даје се могућност задругарима да имају једнако право гласа, примењујући задружни принцип „један задругар – један глас“.<sup>48</sup> Одлуке се доносе већином од од укупног броја присутних чланова, осим у случајевима ако овим законом није другачије одређено – да одлуке доноси квалификована већина.<sup>49</sup> Међутим, овај принцип (правило) није више непроменљив. Могућа су одступања и по правилу она су потребна када задруга има инвеститоре. Јединствено (универзално) правило је да сваки инвеститор (задругар) има један глас, осим ако то није другачије одређено правилима. Заправо, у Европској задрузи сваки члан има право на један глас, независно од броја пословних удела које држи. Међутим, правичност као принцип захтева да у посебним случајевима законом омогући одступање од наведеног правила, тако што ће дозволити

---

<sup>44</sup> Члан 21. ЗОЗ

<sup>45</sup> Чл. 3, ст. 1. и 2. *Уредбе*

<sup>46</sup> Члан 3, ст. 3. *Уредбе*

<sup>47</sup> Чл. 3, ст. 5. *Уредбе*

<sup>48</sup> Чл. 33. ЗОЗ

<sup>49</sup> Вид. чл. 35, ст. 2, и чл. 36, ст. 1. ЗОЗ



да се задружним правилима предвиди право на више гласова за поједине чланове.<sup>50</sup> Наиме, право државе чланице у којој је регистровано седиште Европске задруге може допустити да се статутом одреди поједином члану више гласова, на основу његовог учешћа у делатностима задруге, као и на основу његовог удела у основном капиталу задруге. Притом, број гласова појединог члана ограничава се на 5 гласова, односно у распону од 15 до 30% од укупног броја гласова.<sup>51</sup> Поред ограниченог броја гласова инвеститора, у циљу очувања контроле управљања (менаџмента) од стране задругара, одређени су специфични услови у вези са кворумом, као и доношење одлука, како би се спречило надгласавање повлашћених чланова од стране инвеститора. Треба истаћи да јединствени акт о задругама не дефинише кворум, осим ако то није другачије одређено правилима задруге. Кворум је остварен независно од броја присутних чланова, али даје посебан значај задругарима, под условом да: 1) укупан број гласова не би требало да буде мањи од већине укупног броја гласова; 2) да се одлука сматра основаном уколико има већину повлашћених корисника (систем двоструке већине)<sup>52</sup>.

5) Свака привредна организација, тако и задруга, како би опстала и развијала се – мора остварити добит. Другим речима, задруга не послује са губитком, јер би тада дошло до умањења њене имовине.<sup>53</sup> О оствареној добити (годишњој) и њеној расподели, одлучује скупштина задруге, након усвајања финансијског извештаја. Када је реч о расподели профита, тј. добити према ЗОЗ-у: задругари учествују у складу са принципом економског учешћа<sup>54</sup> чланова и то са њиховим уделом у задрузи и са вредношћу извршног промета који се преноси преко задруге, покривајући губитке пренесене из ранијих година, расподељујући добит у фондове за различите намене, ако су образовани (резервни фонд, задружни фонд за инвестиције и друге сврхе).<sup>55</sup> Као што се може уочити у ЗОЗ-у Републике Србије добит се расподељује у резервни фонд, одн. фондове различите намене, ако су образовани, што значи да је овај фонд необавезујући, тј. опциони. Уредба статута Европске задруге међутим

---

<sup>50</sup> Чл. 59. Уредбе

<sup>51</sup> Чл. 59. Уредбе

<sup>52</sup> А. Франци, *Чланство корисника и инвеститора у задрузи*, преузето: Миодраг Мићовић, *op. cit.*, 1214.

<sup>53</sup> Љ. Митровић, *Задруге у законодавству Србије и могућности за унапређење задружних начела*, Зборник радова са научноистраживачког пројекта „Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“ за период 2016-2018. године (ур. проф. др Владимир Боранијашевић, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2017, стр. 273.

<sup>54</sup> Вид. чл. 58 – 59. ЗОЗ.

<sup>55</sup> Вид. чл. 4, пар. 3, ст. 3. ЗОЗ.

прописује обавезу стварања законских резерви, које се попуњавају из добити задруге.<sup>56</sup> Статут може одредити исплату удела и добити члановима задруге сразмерно њиховим пословима са задругом, или услугама које су обавили за задругу. Одлуку о употреби добити доноси скупштина чланова задруге, у складу са одредбама статута.<sup>57</sup> Треба истаћи да Статут Европске задруге не одређује проценат у коме могу учествовати у расподели вишка повлашћених чланова и инвеститора. У том случају, јединствени акт о задругама одређује да удео повлашћених чланова у профиту, тј. добити – не може бити смањен на мање од 50%.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Задруге су традиционално најзначајнији облик удруживања и пословног организовања физичких и/или правних лица, одн. задругара, чији је интерес унапређење пословања задругара. Да би задруге опстале и развиле се потребна је правна регулатива, која је одбрамбени механизам и снажан алат за задружно ефикасно функционисање. Правни оквир организовања и пословања задруга у Србији детерминисана је Законом о задругама (2015). Истраживање у раду је показало да су учињене мање промене у садашњем закону (2015) у односу на претходни Закон о задругама (2006). Промене се односе: а) на износ основног капитала; б) на то да улози задругара не морају бити једнаки, чиме се олакшава и убрзава капитализација задруга; в) да се улог задругара не може преносити правним послом, чиме се спречавају злоупотребе и изигравање закона; г) поједностављен је начин оснивања и организовања задруга – могу их оснивати најмање пет пословно способних физичких лица; д) на то да су задруге растерећене обавезе оснивања обавезног резервног фонда и заробљавања средстава у њему, чиме се повећава капитал у задружном сектору. Наведене одредбе представљају помак ка правној природи задруга, одн. ка основним вредностима задругарства, правичност, као и принцип економског учешћа по коме сви задругари остварују корист од задруге под једнаким условима, али у сразмери вредности (обима) послова које сваки од њих појединачно обави са задругом.

Чињеница је да Србија тежи уласку у ЕУ, то реформисање српских задруга треба усмерити и развијати у складу са Европском регулативом 1435/03 Европске задруге. Иако је јединствени карактер Европске задруге нарушен јер одредбе Уредбе о статуту Европске задруге и Смернице нуде различите моделе Европске задруге, ипак Европска задруга суштински

---

<sup>56</sup> Вид. чл. 59. ЗОЗ

<sup>57</sup> Вид. чл. 65 Уредбе

има универзални карактер. Да би се правна регулатива српског задругарства усагласила са правном регулативом Европске задруге, у том смислу потребно је ревидирати став о задрузи јер чланови могу бити и физичка и правна лица, релативизирати ефекат принципа „један члан – једна глас“, самопомоћ и идентитет, а све у циљу изједначавања са осталим привредним субјектима (компанијама), а самим тим и са Европском задругом.

## 7. ЛИТЕРАТУРА

Fici, A., *Cooperative identity and the law*, Euricse's Working Paper, N<sup>o</sup> 023/12, 2012.

Fici, A., *Pan-European Cooperative Law: Where do we stand?*, European Research Institute on Cooperative and Social Enterprise, Working paper, N<sup>o</sup> 47, pp. 1 – 12, Trento, Italy, available at: [www.euricse.eu/wp-content/uploads/2018/09/03/1358347724-n2285.pdf](http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2018/09/03/1358347724-n2285.pdf)

Fici, A., *Cooperative identity and the law*, Euricse's Working Paper, N<sup>o</sup> 023/12, 2012.

Гулан, В., *Задругарство у Србији од оснивања до данас – 2018*, на: <https://www.makroekonomija.org/0-branislav-gulan/zadugarstvo-u-srbiji-od-osnivanja-do-danas-2018/>, доступно: 03.02.2019.

Wisconsin State Law on Cooperatives – Chapter 185.12.

Jurić, D., *Europska zadruga*, *Pravo i povezi*, Vol.15, N<sup>o</sup> 6, 58-67, RRIF, Zagreb, 2006.

*Закон о задругама* - ЗОЗ, Службени лист СРЈ, бр. 41/96, 12/98, Службени гласник РС, бр. 101/2005, 34/2006 и 112/2015.

Закон о задругама Републике Словеније, *Zakon o zadrugah*, Europska unija - Article 59 (2) SCE Regulation.

Задружни савез Југославије, *Век и по задругарства*, Београд, 1995.

Задружни принципи - алат за успешно задружно организовање задруга, доступно на: <https://psss.rs/forum/55/>

ICA Rules, *Amandments proposed to the General Assembly*, unaniously adapted on june 6<sup>th</sup> 2008.

Извештај о задругама и задругарству, доступно на: [http://novi.uciteljneznalica.org/PDF/arhiva-autora,03.02.2019.](http://novi.uciteljneznalica.org/PDF/arhiva-autora,03.02.2019)

Borzaga, C.; Galera, G., *Promovisanje zadruga u stvaranju boljeg sutra*, на: <http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/03/venice-croatian-3.0-0.pdf>, 03.02.2019.

Commission of the European Communities, *Draft Consultation Paper Cooperatives in Enterprise Europe*, Bruxelles, 2001.

Марковић, К., *Пољопривредно задругарство у републици Србији – стање и перспективе*, Летопис научних радова, бр.1, Пољопривредни факултет, Нови Сад, 2007.

Митровић, Љ., *Задруге у законодавству Србије и могућности за унапређење задружних начела*, Зборник радова са научноистраживачког пројекта „Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“ за период 2016-2018. године (ур. проф. др Владимир Боранијашевић, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2017.

Николић, М., *Еволуција задржног законодавства у Европи*, понатис магистарске тезе, Друштво аграрних економиста Србије, Београд, 2009.

Николић, М.; Арсенијевић, Ј.; *Компарација закона о задругама у Републици Србији и земљама у окружењу*, Регионална научностручна и бизнис конференција ЛИМЕН 2015, Зборник радова – Liderство и менаџмент: држава, предузеће, предузетник, 2015.

Vitez, M., *Zadruga i naše privredno pravo*; Pravo, teorija i praksa, Vol.15, № 5-6, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad, 1998.

Шеварлић, М., *Правци развоја земљорадничког задругарства у Србији*, на: [www.makroekonomija.org/poljoprivreda/pravci-razvoja-zemljoradnickog-zadugarstva-u-srbiji/](http://www.makroekonomija.org/poljoprivreda/pravci-razvoja-zemljoradnickog-zadugarstva-u-srbiji/), 06.02.2019.

Шеварлић, М., Закић, З., *Стратегија развоја земљорадничких задруга у Републици Србији*, Друштво аграрних економиста Србије, Београд, 2012.

Mićović, M., *The Legal Nature and Framework for Cooperative Activities*, Economics of Agriculture, The Balcan Scientific of Agrarian Economics, Belgrade, Academy of Economic Studies, Bucharest (Romania), Vol. LXIV, No 3 (1205 – 1218), UDC: 340:334.73, EP: 2017.

Саопштење председника Академијског одбора за село, академика Драгана Шкорића, од 01.02.2019. године. Види: [www.mbpr.gov.rs/aktivnosti-saopštenja.php](http://www.mbpr.gov.rs/aktivnosti-saopštenja.php)

Митровић, С., *Допринос пољопривреде у развоју Србије*, Докторска дисертација, Универзитет у Приштини, Пољопривредни факултет, Лешак, 2016.

**Ljubomir MITROVIĆ, Ph.D**

Full Professor, Faculty of Law Priština - Kosovska Mitrovica

**Slavka MITROVIĆ, Ph.D**

Assistant Professor, Faculty of Agriculture, University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

## **LAW ON COOPERATIVES - DETERMINANT OF THE LEGAL FRAMEWORK OF ORGANIZATION AND BUSINESS COOPERATION**

### **Summary**

Cooperatives are traditionally the most important form of association and business organization of physical and/or legal persons, that is, cooperatives, whose interest is to improve the business of cooperatives, but not maximizing profits, as is the case with companies. The aim of the research in this scientific paper is to analyze the contribution of cooperatives in the economic, social and natural/rural growth and than to highlight the legal nature of the cooperative. Furthermore, the aim is to examine the Cooperative Legislation in Serbia and to point to the need for change the rules in the Law on Cooperatives (2015), in order to comply with modern developments in the field of organizing and operating a cooperative - European Cooperative. The analysis has shown that the role and significance of the common in sustainable development is huge. However, the current Law on Cooperatives did not undergo major changes in the legal and economic framework and so remained in the same position in relation to the previously important, classic concept of the cooperative. For scientific research of this complex problem, it was used comparative-legal, inductive and deductive method. They enabled us to determine which are the national cooperative rules and which rules should be changed and define *de lege ferenda*, in order for our cooperatives to operate more organized and sustainably in the national socio-economic system.

**Keywords:** *cooperatives, cooperative rules, Law on Cooperatives, legal-economic framework, European Cooperative.*



**Радомир СТОЈАНОВИЋ\***

Правни факултет Приштина - Косовска Митровица

## ОДНОС ПРАВА И ПОЛИТИКЕ

**Апстракт:** Однос права и политике је изузетно сложен. Положај појединца у н у ж н о м систему правно-политичких односа, подвели смо под оригиналну синтагму, т о т а л и з о в а н и н д и в и д у а л и з а м, којом означавамо подређеност појединца режиму доминације, која је израз интереса владајућих структура. Технолошки напредак је основа те доминације, у чијој основи је моћ да се наметне политичко-правни поредак, као форма друштвености, која потиरे индивидуалност. Технолошки развој је далеко испред организације друштва која треба да га прати. Уобличавање друштва сагласно овој чињеници, тражимо у идеји културе, која посредством права и политике, фаворизује духовност појединца, као брану тренутној површној људској егзистенцији. Посредством културе, као формуле за у о б л и ч е њ е друштва, треба сачувати људску појединачност

**Кључне речи:** *Право, политика, култура друштво, партије.*

Право и политика су манифестације једне истоветности-човека, а уједно и супротности те исте, истоветности. У својој појединачности (индивидуалности), човек се поводи за принципом самоодржања и инстинктом самоодрживости. Његов урођени себични ген (Докинс), принуђен је да се упарује са нагоном алтруизма. Ови инстинкти (нагони), у молекуларној, генетској структури, у истом су односу као појединац и друштво. Тај однос је антиномичан, налик половима на магнету (Спенсер), јер с једне стране вуку полу себичног, а с друге стране полу друштвеног. Немогућност опстанка појединачности нагони је на повезивање са другим. Тај интерес за повезивањем, има исту снагу као и нагон за самоодржањем. Својство друштва, је да људској индивидуалности и њеној друштвеној димензији даје облик животне потребе (интереса). Људска неспутана имагинација измислила је и конструисала политику и право, ради измирења у „друштвеном зверињаку“. Разликује се „пројектовање“ политике, као производ духа и политичка наука као вештачки конструисана појмовна структура, твз. друштвене садржине. Политика је сама по себи усађена у човеково биће. То је онај његов део, који га одваја

---

\* Ванредни професор, radomir.stojanovic@pr.ac.rs

и од богова,и од животиња (Аристотел). Политичку компоненту друштва чини део човекове појединачности,као политички сензитивног бића. У мери у којој је човек логичко и семантичко биће, тј. мисаоно и комуникацијско, он је у одређеном степену и политичко биће. Суштина и мистерија политике, је у томе,да је човек путем ње, као појединац принуђен да сарађује са другим људима, иако интуитивно, то не ради у интересу друштва, или других људи, већ због сопственог опстанка и одржања. То је основа могућности преобликовања политике у најгори облик идеологије. У исквареним облицима политичког режима,по Аристотелу, долази до крајње нељудског модела преобликовања, аутентичне политичности човека у политику као религију, којом се влада људима. Чиста људска имагинација дала је п р а в н и смисао друштву. Право је настало на темељу правде, а п р а в д а је онај инстинкт, или интуиција која се рађа заједно са човеком и најчешће се поима, распознаје и препознаје кроз њену негацију тј.неправду. Основ настанка права је утемељен на неправди. Право је, твз. п р а в н а правда, која представља, измишљени, људским умом пројектовани о б л и к н е г и р а н е правде. Право,уствари хоће да устроји друштво, да његову природну хаотичност, доведе у ред замишљених (имагинативних) констукција. Право као твз. формално-логички низ правних установа, утканих у правним прописима, може бити најсврсисходнији, а уједно мисаоно највулгарнији облик, уколико је израз политички неспутаног волунтаризма, израженог кроз софизам и апологију аутосугестивности политичке морбидности. На тај начин право постаје најјаче оружје властодржаца, најсуптилнија и најзамршенија форма којом се служе ради одржања сопствених друштвених позиција несамерљивих мегаломанских претензија. Право даје могућност властодржцима да услед твз.правичности, са потпуним дигнитетом аутопокварености, указују на правичност сопственог поступања. Правно-политичко биће друштва у коме су политика и право устојени по принципима појединачног људског интереса,узвишене индивидуалности и друштвеног смисла човека,у сагласју етике и правичности,убличава се једним сублимисаним и синергетским надпојмом. Пронаћи тај надпојам није успело многим умним људима. Друштвена стварност је толико дифузна,да је врло тешко пронаћи идеју која ће је уобличити у кохерентан поредак. То је могуће, уколико се право поима политички,а политика објашњава правом. Политичка смисленост,и њој примерена вештина реторике и имагинација реалне или уображене илузије,је н а ј ч е ш ћ и о б л и к твз. политичког казивања, политичког говора у високодуховном значењу, или прагматско-реалном ужем смислу. Политика,на тај начин не говори о ономе што јесте,него, не само у принципу, его и у појмовно-реалном смислу, о ономе што треба да буде. Програми политичких партија су пројекције, визије, и



најчешће интелектуално софистиковане, а умски врло мало продубљене и неоствариве конструкције твз. политичког ума. Ту се налази и смисао идеолошког атрибута политике и супстантивности њеног карактера и појма. Услед тога, политика бива изван логике, а неретко и крајња супротност етици, у чијој основи је људско достојанство. У Платоновој Идеји, да мудраци треба да владају, разлог се налази у кохерентном јединству добротe и умности које они поседују. Историја политичког духа сведочи, управо супротно. Случајности у виду остварења те идеје, само потврђују правило политичког медиокритетства и дебаланса етике и умности. Политика није «вештина могућег». Реалније би било рећи, да је она вештина остварења немогућег. Политика треба да слепу импулсивност људске слабости хармонизује, и филантропијом и достојанством утре пут њеном остварењу. Право, је, пак, специфична појмовна стварност. Оно припада, твз. трећем царству, логичком бићу стварности, изражен и исказан у правним установама, што је правна наука, али и садржан у правним нормама, што је право као нормативни поредак, симболички узев, законодавство. Право као нормативни поредак, иако по својој форми казивања о ономе што треба да буде, по својој суштини и садржини је оно што јесте. Другим речима, оно што друштво у једном тренутку правног уобличења јесте, у исто време је и оно што јесте, и оно што треба да буде. Антиномија правног бића, као логичке стварности је управо у овој релацији о ономе *ј е с т е ћ е м и б и в с т у ј у ћ е м*. Право је формално-логичким суђењем и етичким минимумом дијагностификована стварност друштвености. Оно није пројекција, него дијагностика. Право је *ф о р м а* друштвене старности, а политика је, у принципу (у идеалном смислу), *с а д р ж и н а* правне стварности. Формално-правна структура стварности изграђена је на принципима савршеног логичког дедуковања. Она иде од општег ка посебном, и из идеје априорности права дедукује сву структуралност правно-нормативне хоризонтале. У том храму логичког духа све је тако савршено повезано, и све је кохерентно назидано да то наликује величанственом достигнућу твз. архитектонског духа. Разлика је у томе што архитектонски ум иде од посебног ка општем, тј. од темеља, до крова, а право, обрнуто. Право је онај аспект *д у х а*, који на премисама и постулатим друштвеног реда, мира и сигурности, гради појмовну структуру правног реда, мира и сигурности. То је онај поредак, који је основни, минимални и максимални услов функционисања и опстанка друштвено-антагонистичког импулситета себичности. Право је просечни, интелектуално-правно-умни опсег који омогућује људску одрживост, ради аутентичног културолошког уздизања и моралне ренесансе. Право на тај начин казује оно што јесте, и што треба да буде у једном друштву. Аксиолошки карактер права, огледа се у томе, да кроз невидљиву мисију, усмерава друштво у напредном, али

и назадном смислу. Моћ правног ума, кроз логичку беспрекорност, испољава способност да имагинуише, кроз дијагностику друштвеног јесте, оно што треба да буде. У том смислу, језик права мора да буде кристално јасан, као што је говорио Јеринг, да правник мора да размишља као филозоф, а да говори као сељак. Апстрактност правног ума, не садржи само нормативност садашње друштвене релације и стварности, него и микроскопски прецизну прогнозу кретања друштвене стварности. Право тако постаје саветодавац политичког духа. Право и политика свој суштински однос испољавају у односима средстава и циља. Политика користи право као пуко средство остварења циљева, приписујући себи аутентичну телеолошку мисију. У начелу, политика треба да буде телеологија, пројекција циљева и остварења истих, по начелима утврђеним у програмима политичких партија. Са логичког становишта, право је основно средство политике, ради остварења њеног циља. Право је, онај систем нормативитета, који политика употребљава, ради сопствене пројекције. У идеалном, и теоријском смислу право треба да буде средство политичке идеологије, јер је снабдевено апаратуром примарне моћи, као и софистикованом интелектуалношћу и етичким минимумом. Ум, међутим запажа да политика задаје сопственом врхунском средству, убитачан ударац. Политика, по логици своје природе, дакле идеолошке и телеолошке, устројени правни поредак, иза којег је суштинска садржина друштвене стварности, руши на сваком степену његове архитектонске грађе. Твз. правна сигурност, је име за релативно конзервативни и тешко променљиви правно-нормативни поредак друштва у краћем, и дужем временском интервалу. Политика, као тежња за непрестаним мењањем, за пројектовањем, често, имагинарних и илузорних циљева, управо у праву налази суштинског такмаца, који кочи њену концептуалну уобразиљу. Оно што може да споји политику и право, је идеја која у исто време може да одржи смисао и суштину правног феномена, и да сачува аутентично духовно обличје политичке феноменологије. Најчешћи и најконтроверзнији интелектуални, а потом и општедруштвени сукоби долазе зато што политика хоће по сваку цену, и свим средствима, да устројени поредак правности, доведе у питање. Право се опире својом интелектуалношћу, духовном снагом и скривеном телеологијом. Међутим, из тог сукоба непомирљивог, а више него бесмисленог ривалства, најчешће губи друштво. Одговорност је на неаутентичном разумевању суштине политичког духа, а природа правног интелекта је праведан и правичан отпор. Право је увек у функцији друштвене међузависности, а политика је усмерена на остваривање људскости и достојанствености, супротна свом аутентичном бићу. Ова противречност проистиче из тога што се апологете правне државе и владавине права не могу отети субјективности, и сопствени персоналитет

објективисати у функционалном смислу, трансформишући га у надлично. Битно је разумети разлику између личног психолошког својства и аутентично правно-логичког бића њихове објективне мисије и функције. Ретки су у историји били владари који су у свом уму разбистрили ову дистинкцију. Најчешће, твз. политички ум, не може да се отргне сопственој страсти, да одвоји психологију од логике, и да себе поима као чисто логичко биће. Друштву је неопходна депсихологизација политике, кроз оне личности које се налазе на кључним местима нормативно-правног поретка. Раскорак између глорификације смисла правности и политичког субјективизма, и волунтаризма је правило. Рушењем објективног својства, и остајањем у хоризонту страсти, афинитета и сензибилности, политика глорификујући правност негира сопствену природу, разарајући ткиво властитости, са аспекта фундаменталног средства политичког духа. Да би се разумео динамички смисао правно-политичке стварности, као и статичка стратификација свеукупне пирамиде нормативно-правне појмовности, мора се поћи од идеје, која би била субјективни априори, упоредив са твз. праначелом, пранормом Ханса Келзена. Не осећајући се превише обавезним према уобичајеним канонима науке, полазимо од идеје, која изворно означава ф о р м у, којом онтолошко биће две форме друштвености, право и политика у о б л и ч у ј у друштвени поредак путем к у л т у р е у свим њеним аспектима. Културолошки аспект правне мисије, битан је за остварење суштинске смислености друштва. Тако истински логички априоризам, омогућује разумевање циљева друштва из правно-нормативног поретка. Идеја културе, као интуитивност, и освешћена интелектуалност је друго име за идеју уобличења друштва у правном аспектима. Без идеје културе право би било херметички регулациони м е х а н и з а м, који има гранитну логику, али без утицаја на стварање друштва хуманог и достојанственог карактера. Дух идеје у о б л и ч е њ а друштва, остварује се путем права и политике, када се путем права спроводи политика. Политички волунтаризам се ограничава надлежностима, које прописује право. Тешкоће настају, због тога што је идеја уобличења друштва у својој суштини, у нивоу духовности и з н а д интелектуалности политичког духа. Своју пуноћу човечности, изражену кроз достојанство, појединац и његови о б л и ц и друштвености, (свеукупна појединачност), стичу искључиво путем културе. То је мерило сваке политичке пројекције, идеологије и есхатологије. Из неразумевања суштинске разлике између цивилизације и културе, политички ум даје примат цивилизацијском нивоу духа, који се манифестује владавином, твз. техно логоса, а суштина културе је у подизању духовног бића човека. Политика је и настала, као израз и наличје дифузне друштвености, и афирмације «природног стања», и аутентично платоновско-аристотеловског, њеног смисла. Идеја културе је једино аутентично

морално средство истинског уобличења друштва. Српско друштво се уобличује, путем права, фотокопирањем, твз европског правног поретка, постајући нискоинтелигентна компилација свеукупне контрадикторности, твз. европског права, или права Европске Уније. То је непримерено и недостојно свеукупне висине српског народа. Мора се констатовати да је наша нормативна псеудодуховност пошла странпутицом, имитирајући лоше оригинале. Кад је овакво стање у оном делу друштва, који се обликује и симболизује правном формом, онда и у политици није ништа боље. Српска култура се губи у магли глобализације. Овакав политички безум, делује по психотроничкој директиви, по неком идејном изворишту које га упућује на бездан и беспуће. Из идеје културе треба да се даље развија српски идентитет, његова умна моћ, и светосавска моралистика, која ће га ослободити бесмисла тоталитарности, који му је наметнут.

## LITERATURE

- Adorno, *Metakritik der Erkenntnistheorie*, Frankfurt 1955  
Albert, *Kritik der reinen Erkenntnislehre*, Tübingen 1987  
Aristoteles, *Metaphysics*, London 1925  
Arnds, *Juristische Enzyklopadie und Methodologie*, 1876  
Austin, *The lectures of Jurisprudence*, Oxford 1863  
Austin, *The province of Jurisprudence Determined*, Oxford 1832  
Ayer, *Language, Truth and Logic*, London 1936  
Ayer, *The Foundation of Empirical Knowledge*, London 1947  
Ayer, *The Problem of Knowledge*, London 1956  
Ayer, *Thinking and Meaning*, London 1947  
Bagolini, *La scelta del metodo nella giurisprudenza*, RTDPC, XI/1957  
Bakker, *Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der gesetzgebubg*, 1910  
Bergel, *Methodes de droit, Theorie generale de droit*, Paris 1985  
Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1982  
Bergson, *Creative Evolution*, New York 1944  
Bergson, L., *Evolution Creatice*, Paris 1919  
Berlin I., *Empirical Propositions and Hypothetical Statements*, July 1950  
Berlin I., *Two concepts of Liberty*, London 1970  
Binder, *Philosophie des Rechts*, 1925  
Binder, *Rechtsbegriff: Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie*, Rudolf Stammler 1915  
Blanshard B., *Reason and Analysis*, Yale 1961  
Blanshard B., *The nature of Thought*, New York 1939  
Bobbio, *Teoria dela scienza guiridica*, Torino 1950  
Bolzano, *Wissenschaftslehre*, 1916  
Brigman, *Lte logic of Modern Phisics*, New York 1927  
Bund, *Juristische Logik und Argumentation*, Freiburg im Breisgau, 1983

- Cairns, Legal Philosophy from Plato to Hegel, Baltimore, 1949  
Carnap, Die logische Syntax der Sprache, Wien 1934  
Carnap, Einführung in die symbolische Logik, Wien 1954  
Carnap, Introduction of Semantics, Cambridge, Massachusetts 1942  
Carnap, Introduction of Semantics, Cambridge, Harvard, University Press  
1942  
Cassirer, Kants Leben und Lehre, Berlin 1921  
Cassirer, Philosophie der symbolischen Formen, Bd. I-III, Berlin 1925  
Cherry O., Human Communication, New York, 1957  
Chomsky N., Knowledge of Language, New York – London 1986  
Chomsky N., Language and Mind, New York 1965  
Chomsky N., Reflections on Language, London 1976  
Chomsky N., Syntactic Structures, Gravenhage 1957  
Chomsky N., The Logical Structure of Linguistic Theory, London 1975  
Darbellay, La règle juridique, St. Maurice 1945  
Del Vecchio, Lezioni di filosofia del diritto, Milano 1958  
Dewey, Experience and Nature, Chicaco – London 1926  
Dewey, Logic, The theory of Inquiry, 1938  
Donovan, The Fetal, origin of Human Speech, “Mind” 1891-92  
Drews, Einführung in die Philosophie, 1921  
Drews, Lebruch der Logik, 1928  
Drews – Volkelt, Gewissheit und Wahrheit. Untersuchungen der Geltungsfrage der Erkenntnistheorie, 1918

## РЕЗИМЕ

Однос права и политике је изузетно сложен. Положај појединца у н у ж н о м систему правно-политичких односа, подвели смо под оригиналну синтагму, т о т а л и з о в а н и и н д и в и д у а л и з а м, којом означавамо подређеност појединца режиму доминације, која је израз интереса владајућих структура. Технолошки напредак је основа те доминације, у чијој основи је моћ да се наметне политичко-правни поредак, као форма друштвености, која потире индивидуалност. Технолошки развој је далеко испред организације друштва која треба да га прати. Уобличавање друштва сагласно овој чињеници, тражимо у идеји културе, која посредством права и политике, фаворизује духовност појединца, као брану тренутној површној људској егзистенцији. Посредством културе, као формуле за у о б л и ч е њ е друштва, треба сачувати људску појединачност.

**Radomir STOJANOVIC, Ph.D**

Associate Professor Faculty of Law Pristina –Kosovska Mitrovica

## **RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND POLITICS**

### **Summary**

The relationship law and politics is extremely complex. The position of the individual in a necessary system of legal-political relations, we have subsumed under the original syntagm, *t o t a l i z e d i n d i v i d u a l i t y*, by which we denote the subordination of the individual to the regime of domination, which is in its turn, the expression of the interests of the ruling structures. Technological progress is the basis of this domination, whose base is the power to impose political and legal order, as a form of sociability that erases individuality. Technological development is far ahead of the organization of society, which is supposed to be following. We seek to structure the society in accordance with this fact in the idea of culture, which, by means of law and politics, is favoring the spirituality of the individual, as a dam for current superficial human existence. By means of culture, as the formula for structuring the society, human individuality should be preserved.

Драгана Ћорић\*  
Правни факултет Универзитета у Новом Саду

## КАКО ПРАВО КРЕИРА (ДРУГАЧИЈУ) СТВАРНОСТ

**Апстракт:** Право настаје као скуп правила којима се конституише нова и другачија будућност, у односу на стварност у којој се та иста правила стварају. Потреба за утврђивањем правила проистиче из потребе контролисања људи и управљања њиховим животима у правцу који одговара држави. Људи ће увек остварити и креирати неки живот и неку стварност, само ће путем усмеравања правом та стварност бити више налик визији друштва саме државе. У том смислу нам је и битан утицај права на стварност и обрнуто; у којој мери се тај утицај врши, колико је заиста могуће предвидети понашање адресата и правилно их усмерити ка визији која је држави потребна, и колико је значајна улога језика као медијума преноса порука између *de lege lata* и *de lege ferenda* светова.

**Кључне речи:** право, језик, стварност, друштво, држава

### 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Та 1863. година је за Абрахама Линколна, 16. по реду америчког председника, била изузетно значајна. На самом почетку године је ступио на снагу његов *Проглас о ослобођењу робова*<sup>1</sup>. Грађански рат је био у свом пуном замаху између две супротстављене струје. У јулу месецу исте године, на пољу код града Гетисбург војска Конфедерације се сукобила са тзв. Потомачком армијом Уније. Погинуло је више од 50.000 војника, подједнако скоро на обе сукобљене стране.

Тог 19. новембра 1863. године Линколн је дошао да ода почаст погинулим војницима, али и грађанима Гетисбурга на иницијативи да се део поља на коме се одиграла битка претвори у гробље посвећено погинулима у овој бици. Не може се тачно утврдити да ли његова стварна намера била да говор буде толико кратак, јер је претходни говорник

---

\* Доцент

<sup>1</sup> „The Emancipation Proclamation“, доступно на :

<https://www.archives.gov/exhibits/featured-documents/emancipation-proclamation>.

Напомена: приступ свим сајтовима наведеним у овом раду је извршен у периоду март-април 2019. године.

сенатор Едвард Еверет<sup>2</sup> говорио скоро два сата, али је Линколн, користећи своје правничко знање, умеће и вештину говорништва, у само два минута, 272 речи – од којих је 206 имало само један самогласник<sup>3</sup> сажето изнео суштину грађанског рата и свих до тада доживљених губитака, узрока рата, и сопствену идеологију демократије и слободне државе без ропства као главне покретачке снаге, и оставио бројне изреке покољењима да га цитирају, као што су: „владавина народа, од народа, за народ“<sup>4</sup>; „ од часних људи што су овде пали наследимо још већу посвећеност борби“, „ у овој земљи под Богом ће се родити још већа слобода „. Накнадни историјски спорови поводом аутентичности текста овог говора<sup>5</sup> и броја верзија<sup>6</sup>, да ли је текст био унапред написан па само изговорен на гетисбуршком пољу, или је настао по сећању самог Линколна годину дана касније, постају ирелевантни јер правна, политичка и лингвистичка вредност и значај овог говора су надмашили све те спорове.

Линколна је иначе пратио глас да „пажљиво чува своје речи и не их расипа преко мере, већ користи само оне које су најнужније за истицање најбитнијег“<sup>7</sup>. Да би достигао тај ниво сажимања својих мисли, и послао снажну поруку уједињења и охрабрења људима, морао је имати изузетно богат речник и способност да из те ризнице речи извуче оне праве, сажимајуће, адекватне за одређену ситуацију. Неки такву његову вештину приписују његовим бројним политичким падовима и неуспесима<sup>8</sup>, након којих се једнако успешно поново враћао на високе

---

<sup>2</sup> Е. Everett, „Gettysburg Oration (1863)“, доступно на : <http://voicesofdemocracy.umd.edu/everett-gettysburg-address-speech-text/>

<sup>3</sup> Лингвисти кажу да бројност самогласника у речи указује на дужину изговарања те речи. А. Линколн, „Влада народна, којом управља народ, за народ“, *Говори који су променили свет*, Ево Book, 2017., 55-58

<sup>4</sup> Линколн је искористио само једну реч, people, и употребом одређених предлога дао јој много дубље и шире значење. „Of the people, by the people, for the people“ је постао пример говорничке и језичке вештине, којом се са мало речи, и игром речи постиже већи ефекат, погађа суштину и сва правдољубива и слободарска осећања свих који слушају, без обзира на време и околности.

<sup>5</sup> М. Р. Johnson, „Who Stole the Gettysburg Address?“, *The Journal of the Abraham Lincoln Association* Volume 24, Issue 2, Summer 2003, pp. 1-19;

<sup>6</sup> Gettysburg Address - "Nicolay Copy", [https://web.archive.org/web/20120309141549/http://myloc.gov/Exhibitions/gettysburgaddress/exhibitionitems/ExhibitObjects/NicolayCopy.aspx?sc\\_id=wikip](https://web.archive.org/web/20120309141549/http://myloc.gov/Exhibitions/gettysburgaddress/exhibitionitems/ExhibitObjects/NicolayCopy.aspx?sc_id=wikip); White Jr., Ronald C. *The Eloquent President: A Portrait of Lincoln Through His Words*. New York: Random House, 2005.

<sup>7</sup> А.Р. Wilkinson, „The Power of Words“, *Forum*, January/ February 2012, 17-22.

<sup>8</sup> Изгубио је чак 5 избора на којима је учествовао, од уласка у парламент Илиноиса до избора за потпредседника државе унутар своје странке.



државне и политичке позиције, за шта је потребна извесна језичка и говорна мудрост и умешност.

Неки аутори сматрају да посебно правници, због своје потребе да стварност претварају у правне категорије, и да удаљени од стварног света на тај начин просуђују, уверавају и пресуђују, морају бити посебно талентовани ковачи речи<sup>9</sup> (*wordsmith*). Тој посебној вештини избора речи и креирању другачије и боље стварности посвећујемо овај наш рад.

## 2. ОДНОС ПРАВА И СТВАРНОСТИ

*„Свака држава има своју стварност чији ће један део, по сопственој процени, преточити у право“*, сматрао је Т. Подгорац<sup>10</sup>. Законодавац нешто регулише и даје му правни облик тек када је потпуно сигуран да је тој ситуацији потребна оваква врста ограничавања. Зато неки друштвени односи, било да имају позитивне или негативне исходе, добију своје место у правном систему, а неки- јер се њихови исходи сматрају мање друштвено важнима, остану ван домашаја права. И поред свих настојања, наставља Подгорац, да право учинимо савршеним системом, то нам никада неће поћи за руком, јер само делови обичне стварности ће бити преведени у правну стварност.

Право од почетка представља несавршен систем, који остаје стално отворен за своје промене и побољшања. Свет у коме живимо се непрестано мења и право не може да испрати једнаком брзином све те промене -чак и да то себи постави као приоритетни задатак. Зато право, односно држава оличена у законодавцу се често налази у позицији да бира шта ће, како и када регулисати. Листу приоритета у овом смислу није лако установити, посебно када последице које настају услед нерегулисања имају сличан или исти домашај и ефекат који проистиче из њихове нерегулације<sup>11</sup> а добра која захтевају заштиту су једнако важна.

Треба имати у виду и да *претерана и детаљна правна регулација друштвених односа може уништити прихватање стварности као такве. Једнако лоше је и селективно нормирање делова стварности*. Ако је само оно што је регулисано правом препознато као значајно а остало није, приликом решавања спорова који настану, а право их није препознало као релевантне за улаз у свој корпус, се морамо ослањати на обичаје, осећај

---

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Т. Подгорац, „Нека општа запажања о стварању права у контексту правне појаве уопште“, у зборнику „*Стварање права*“, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2000, 64.

<sup>11</sup> Слично и код: О. Мандић, *Систем и интерпретација права*, Народне новине, Загреб, 1971, 119-121.

моралности, друштвену свест итд. Ови системи друштвених норми су непоуздани<sup>12</sup> и њихова погрешна интерпретација и примена су могући и чести. Такође, ако право нешто није регулисало, онда право и држава *негирају* постојање тог неког односа, ситуације или друштвене околности. Тиме што нешто није регулисано, постало је непостојеће за право, али није истовремено и за обичне људи који живе те правом непризнате односе, околности и ситуације.

Регулисање једног дела стварности и његово „превођење“ у реалм права проистиче из добре намере законодавца. Или речима цара Душана, то се чини „да се у царству нашем не би раширила нека злоба, зло домишљање или мржња, већ да сви поживе у пуној тишини и мирном животу“, <sup>13</sup> неометани од стране других становника унутар једне државе. Дакле, право се доживљава као брана свим лошим стварима и последицама које могу наступити. Оно представља покушај достизања праведности поступања и живота у делу у коме право и држава сматрају да сами људи не могу самостално да је постигну, јер су оптерећени бројним вредносним и другим предрасудама.

Праведност поступања и кажњавања мора бити временски и просторно орочена, у контексту стварности која утиче на право са једне стране, и стварности коју право претендује да направи (тачније, исправи и побољша)<sup>14</sup>. Е. Пусић је приметно да се и од најједноставнијег права захтева много више него што оно као систем може да пружи<sup>15</sup> - да пронађе задовољавајућа решења у ситуацијама које настају међу људима, чак и када се те ситуације још нису ни десиле. Предвиђање ситуација и њихових последица, само на основу искустава и знања из прошлости носи са собом велики ризик генерализације и скретања са правилног курса<sup>16</sup>.

„Нормом се увек одређује да нешто треба да буде или да се догоди, а посебно да човек треба да се понаша на одређени начин“<sup>17</sup>. Требање, као захтев садржан у норми, мора бити реално за остваривање у стварности, тј. у свету бивства, у супротном, норма неће бити делотворна. Такође, „норме се увек стварају према томе какве су просечне могућности за извршење а не најбоље или најгоре, како може просечан

---

<sup>12</sup> Нејасно је ко тачно одређује шта је добро и лоше, ко спроводи и какву казну над прекршиоцем, и ко надгледа спровођење казне, поправљање прекршиоца али и самог органа који је казну спроводио.

<sup>13</sup> Према :Р. Михаљић, *О старом српском праву*, Српска књижевна задруга, Београд, 2015, 13.

<sup>14</sup> О.Мандић, 124,

<sup>15</sup> Е. Пусић, *Друштвена регулација*, Глобус, Загреб, 1989, 4.

<sup>16</sup> О. Мандић, 71, 119-121.

<sup>17</sup> Х. Келзен, *Чиста теорија права*, Гутенбергова галаксија, Београд, 2000, 13.

човек извршити норму, а не човек изванредних способности“<sup>18</sup>. Норма, дакле, мора одговарати друштвеној стварности каква јесте сада, или каквом се оправдано може очекивати да ће бити. Извршење заповести која је ван оквира моћи деловања адресата, њихових просечних способности и која захтева употребу ресурса која адресатима није доступна- је немогућа. Самим тим, регулација таквог односа је непотребна и сувишна у правном систему, његово извршење немогуће а поверење адресата у систем-трајно пољуљано.

### 3. ЈЕЗИК КАО ПОСРЕДНИК ИЗМЕЂУ ПРАВА И СТВАРНОСТИ

Језик је средство путем којег се врше међусобни утицаји између друштва и његове стварности и права које креира једну бољу слику друштва у којем жели да се примењује. Неретко држава није ни свесна где ће стићи инсистирањем на правилима које је сама створила. Уверена да чини најбоље, јер теоретски испробан модел новог понашања је дао добре (мисаоне) резултате, држава нормирањем друштвених односа или нормирањем на другачији начин него до тада, често чини „неопростиве грешке“<sup>19</sup> и одвлачи сопствени развој у потпуно другачијем правцу. Тада проблем није у језички неадекватном изразу норме, већ у неадекватној садржини и суштини норме, о чему смо већ раније писали.

Језик понекад не може најправилније да „преведе“ мисаони садржај у писани или изговорени садржај, у облик који је у потпуности једнак оној нејасној мисли насталој у „безваздушном простору идеја“<sup>20</sup>. Као средство међусобне интеракције између учесника у процесу комуникације<sup>21</sup>, тежећи сопственој чистоти, истовремено мора да оствари и своју основну комуникациону сврху.

Однос права и друштва је оптерећен са још два изазова: увођењем нових решења из иностраних права, јер су се добро показала у системима из којих се преузимају; и са предугим, опширним дебатама о новом садржају права, које неретко губе свој смисао.

Не успевају увек транспланти из других права у неком другом систему: због неусаглашености са националним духом, традицијом и културом државе у коју се уводе транспланти, предрасуда, и бројних

---

<sup>18</sup> Др М. Симић, др С.Ђорђевић, мр Д. Матић, *Уводу у право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу- Институт за правне и друштвене науке, 2009, 189-190.

<sup>19</sup> Р. Милисављевић, *Шта су друштвене појаве и друштвене свести*, Научна књига, Београд, 1965, 164.

<sup>20</sup> Е. Леч, *Језичко изражавање грађанскоправних норми*, докторска дисертација, Нови Сад, 1987, 11-12.

<sup>21</sup> Р. Бугарски, *Језик и култура*, Библиотека 20. века, 2005, 17.

других ограничавајућих фактора. Пуко превођење неких решења из иностраних права и фактичко имплементирање у други правни систем<sup>22</sup>, без усклађивања са системом у који ће бити имплементирани, утиче на њихов квалитет и њихову разумљивост и применљивост, као и прихваћеност унутар друштва<sup>23</sup>. Као резултат добијамо норме које се или не могу примењивати у домаћем правном систему, јер још бројне друге полуге нису створене за пуну примену тог решења, или се не желе примењивати јер не постоји прихваћеност истих и од стране државних органа који су дужни да их примењују.

Даље, предуге расправе и правна промишљања, не морају на дуже стазе дати позитиван исход. Тако, о Грађанском закону се говори неколико деценија у нашем праву и друштву, последњи( и једини) нацрт је настао пре више од 5 година, а сви рокови за јавне расправе, разматрање приговора у току јавне расправе су одавно истекли. Притисак одређених друштвених група, у деловима које се односе на забрану физичког кажњавања деце, абортус, еутаназију, регистрацију истополних заједница показују већ годинама уназад дубоку унутрашњу подељеност друштва у погледу предложених решења, те да решења из других права и поред процене законописаца да је наше друштво спремно на такве захвате, заправо неће бити прихваћена у том облику. Дошло је, чини се, до својеврсног комуникационог „шума“ између друштва и законописаца који представљају и уобличавају ставове државе. Предрасуде које имамо као чланови друштва према неким од ових наведених питања, као и научени страх од ограничавања наших слобода и одузимања нечег што сматрамо да нам припада нашим постојањем, су појачали комуникациони „шум“ до те мере да је „шум“ прерастао у –отворени сукоб.

„Право је судбина човека а човек је део друштва“<sup>24</sup>, сматрао је М. Луковић. „Судбину“ можемо креирати било путем наших представника у законодавном органу, било самостално путем законодавних иницијатива грађана. Када се на право посматра као на отежавајућу околност живљења, повезивање са његовом судбинском улогом у животу иде тешко<sup>25</sup>. У прилог томе наводимо бројне иницијативе грађана које су остале неразмотрене од стране законодавног органа, јер се можда теме којима су се бавиле те иницијативе нису

---

<sup>22</sup> На овај начин се заправо копира туђа реалност у неку другу реалност, која јој могуће није ни налик.

<sup>23</sup> М. Јовичић, “Зашто језик и стил наших закона нису добри”, *Адвокатура*, 2/1982, 26.

<sup>24</sup> М. Луковић, *Развој српског правног стила*, Службени гласник, 1994, 13.

<sup>25</sup> Р. Бугарски, *Увод у општу лингвистику*, Београд 1995, 12.

налазиле на листи приоритета тренутног састава законодавног органа, и одбациване су из формалних или политичких разлога.

Додатни изазов у процесу креирања и касније примене права је прихваћеност норми од стране људи на које се те норме односе. Наиме, сматрајући да су законописци одвојени до стварности и реалитета у коме они обични људи живе свакодневно, људи стварају антипатију према свему што им је неугодно и непријатно да чују, таман то било и суочавање са стварношћу. Право се својим објективизираним исказима и заповестима покушава одвојити од стварности и тако придобити ауторитет над друштвом које је и иницирало, посредно или непосредно настајање те норме. Закони нису самодовољни нити настају због радозналости или доколице законописаца- они су слика и прилика садашње стварности или будуће, могуће стварности која може настати ако се не реагује у неком ранијем моменту на правилан начин<sup>26</sup>.

Може ли се онда догодити да језик не представља адекватно стварност и изрази наше мисли? Наравно да може<sup>27</sup>. Онда је то проблем језика који може бити превазиђен. И језик еволуира и развија се са друштвом. Његова је одговорност да се мења тако да буде што бољи комуникатор између свих друштвених појава које повезује. Ако постоји могућност да се стварност адекватно изрази и опише, али не постоји воља за то, онда постоји изазов идеолошке, политичке или друге врсте<sup>28</sup>.

#### 4. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Живимо у „времену вербалног буђења и освешћивања значаја речи које користимо“<sup>29</sup>, и с тим у вези посебног и новог проучавања значаја речи које користимо у различитим контекстима у току нашег живота. Праву су потребне речи и језик као медијум преноса порука између државе и друштва. Развој права, сматрао је Оливер Вендел Холмс, се одвија слично развоју планете- свака генерација предузима следећи корак у развоју а на генерацији је да се одлучи да ли ће то бити корак

---

<sup>26</sup> E. Fowler Hartigan, „The Power of Language beyond Words: Law as Invitation“, 26 *Harvard Civil Rights/Civil Rights Law review*, 1991,46. Хартиган сматра да „да бисмо радили у складу са правом, треба да присуствујемо злу или да га замислимо какво би оно било, јер је и то пројекција замишљене будућности на основу тренутне стварности“.

<sup>27</sup> А. Periša, *Uvod u filozofiju jezika*, Sveučilište u Zadru, 2016, 4. Слично и : М. Фуко, *Riječi i stvari, arheologija humanističkih nauka*, Nolit, Beograd, 1979, 107.

<sup>28</sup> Ж. Спасојевић, *Аналогија и тумачење, прилог проучавању метода у приватном праву*, Правни факултет у Београду, 1996, оригинал издат 1911, 24.

<sup>29</sup> W. Probert, „Law and Persuasion-The Language Behavior of Lawyers“, 108 *University of Pennsylvania Law Review*, 35/1959, 80.

унапред или уназад<sup>30</sup>. Зато право и његов садржај не могу бити једном и заувек записани и затворени<sup>31</sup>, већ у сталном кретању и промени. **Стварност утиче на право у мери у којој то сама држава дозволи, док, опет, право тежи креирању боље стварности од оне која постоји.** Њихов настанак, развој и међусобни утицаји су симултани и континуирани. Истовремено је нужно и паралелно проучавање развоја језика као средства преноса порука између права и стварности. Што је језик развијенији у свим својим деловима, то је пренос порука из мисли у речи и речима било према стварности или праву –јаснији, недвосмисленији и прецизнији, и самим тим су право и стварност све блискији по својој садржини и суштини.

### ЛИТЕРАТУРА:

- Бугарски, Р., *Језик и култура*, Библиотека 20. века, 2005  
Бугарски, Р., *Увод у општу лингвистику*, Београд 1995  
Јањић Комар, М., *Свест и идентитет*, Правни факултет у Београду, 2017  
Јовичић, М., „Зашто језик и стил наших закона нису добри”, *Адвокатура*, 2/1982,  
Келзен, Х., *Чиста теорија права*, Гутенбергова галаксија, Београд, 2000  
Леч, Е., *Језичко изражавање грађанскоправних норми*, докторска дисертација, Нови Сад, 1987  
Линколн, А., „Влада народна, којом управља народ, за народ“, *Говори који су променили свет*, Ево Book, 2017  
Луковић, М., *Развој српског правног стила*, Службени гласник, 1994  
Мандић, О., *Систем и интерпретација права*, Народне новине, Загреб, 1971  
Милисављевић, Р., *Шта су друштвене појаве и друштвене свести*, Научна књига, Београд, 1965  
Михаљић, Р., *О старом српском праву*, Српска књижевна задруга, Београд, 2015  
Periša, A., *Uvod u filozofiju jezika*, Sveučilište u Zadru, 2016

---

<sup>30</sup> Извор према: Т. Совел, *Конфликт визија*, Филип Вишњић, 2007, 63.

<sup>31</sup> М. Јањић Комар, *Свест и идентитет*, Правни факултет у Београду, 2017, 7. Све до сада промишљене и постојеће дефиниције права су проистекле из утицаја тренутне стварности на право, у свој својој укупности политичких, друштвених, економских и других кретања у том историјском моменту. Зато право и можемо посматрати као стално покретљив и променљив организам.

Подгорац, Т. , „Нека општа запажања о стварању права у контексту правне појаве уопште“, у зборнику „*Стварање права*“, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2000

Пусић, Е. , *Друштвена регулација*, Глобус, Загреб, 1989

Симић, М. ,Ђорђевић С., Матић Д., *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу- Институт за правне и друштвене науке, 2009

Совел, Т. , *Конфликт визија*, Филип Вишњић, 2007

Спасојевић, Ж. *Аналогија и тумачење, прилог проучавању метода у приватном праву*, Правни факултет у Београду, 1996, оригинал издат 1911

Фуко, М. *„Ријечи и ствари,arheologija humanističkih nauka*, Nolit, Beograd, 1979

„The Emancipation Proclamation“, доступно на : <https://www.archives.gov/exhibits/featured-documents/emancipation-proclamation>

Е. Everett , „Gettysburg Oration (1863)“ , доступно на : <http://voicesofdemocracy.umd.edu/everett-gettysburg-address-speech-text/>

Fowler Hartigan, E., „The Power of Language beyond Words: Law as Invitation“, *26 Harvard Civil Rights/Civil Rights Law review*, 1991

*Gettysburg Address* - "Nicolay Copy", доступно на : [https://web.archive.org/web/20120309141549/http://myloc.gov/Exhibitions/gettysburgaddress/exhibitionitems/ExhibitObjects/NicolayCopy.aspx?sc\\_id=wiki](https://web.archive.org/web/20120309141549/http://myloc.gov/Exhibitions/gettysburgaddress/exhibitionitems/ExhibitObjects/NicolayCopy.aspx?sc_id=wiki)

Johnson, M.P., „Who Stole the Gettysburg Address?“, *The Journal of the Abraham Lincoln Association* Volume 24, Issue 2, Summer 2003

Probert , W. , „Law and Persuasion-The Language Behavior of Lawyers“, *108 University of Pennsylvania Law Review*, 35/1959

Wilkinson, A.P., „The Power of Words“, *Forum*, January/ February 2012

White Jr., Ronald C., *The Eloquent President: A Portrait of Lincoln Through His Words*. New York: Random House, 2005.

**Dragana ĆORIĆ, Ph.D**

Assistant Professor, University of Novi Sad Law of Faculty

## **HOW THE LAW CREATES A (DIFFERENT) REALITY**

### **Summary:**

The law arises as a set of rules that constitute a new and different future, in relation to the reality in which the same rules are created. The need for determining the rules stems from the need to control people and manage their lives in a direction that suits the state. People will always realize and create some kind of life and some reality; only by directing that life with the law, this reality will be more like a vision of a society that the state created itself. In this sense, we find very important influence that the law has on reality and vice versa. Also, in this article we are examining some other questions: to what extent this influence is being made, how much it is possible to predict the behavior of the people and correctly focus them ( precisely, returning them) on the path that a country needs, and how important is the role of the language while it is translating messages between *de lege lata* and *de lege ferenda* worlds.

**Key words:** *law, language, reality, society, state.*



**Никола ИЛИЋ\***

Правни факултет Универзитета у Београду

## ИНСТИТУЦИЈЕ И ПРИВРЕДНИ РАСТ АУТОНОМНЕ ПОКРАЈИНЕ КОСОВО И МЕТОХИЈА\*\*

**Апстракт:** У раду се разматрају кључне карактеристике институција које су присутне на територији Аутономне Покрајине Косово и Метохија, као и утицај тих институција на привредни раст покрајине. У првом делу рада се сагледавају најбитнија формална и неформална правила која ограничавају интеракцију појединаца, пре свега у политичком и економском животу на територији покрајине, док се у другом делу анализира узрочна веза између карактеристика тих правила и привредног раста. У трећем делу се долази до закључка да привредни раст који на територији покрајине тренутно остварује тзв. држава Косово, у великој мери осликава карактеристике неформалних институција које су формиране противправним радњама, током и након 2008. године. Институције које су тако настале немају пожељне карактеристике и, самим тим, немају потенцијал да обезбеде стабилан привредни раст у будућности. Због тога би било препоручљиво поново успоставити стање које је постојало пре противправних промена и наставити са даљим унапређењем институција које могу да обезбеде привредни раст и развој.

**Кључне речи:** *институције, привредни раст, Косово и Метохија, Косово.*

### 1. УВОД

Савет безбедности Уједињених нација је 1999. године, доношењем Резолуције 1244, установио Мандат привремене управе Уједињених нација на Косову (и Метохији) (*UNMIK*). Након тога, супротно резолуцији 1244 и важећем праву, албанска национална мањина на Косову и Метохији (КиМ) је 2008. године прогласила независност тзв. Косова. Од тада су забележене бројне повреде основних људских права на тој

---

\* Мастер асистент, [nikola.ilic@ius.bg.ac.rs](mailto:nikola.ilic@ius.bg.ac.rs).

\*\* Чланак је настао као резултат рада на научном пројекту Министарства просвете, науке и технолошког развоја – „Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније“. Захваљујем Борису Беговићу и Душку Челићу на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, одговорност за све преостале грешке и изнете вредносне судове сноси искључиво аутор овог рада.

територији,<sup>1</sup> при чему су формиране бројне институције нове тзв. државе. Циљ овог рада је да испита на који начин би те институције могле да утичу на привредни развој КиМ и да ли имају потенцијал да обезбеде стабилан привредни раст у будућности. Циљу рада је уподобљена његова структура. У првом делу ће бити размотрене основне карактеристике институција на територији КиМ, пре свега политичких и економских, док ће у другом делу рада бити размотрени могући утицаји тих институција на привредни раст. У највећој мери, та разматрања ће бити заснована на подацима до којих су дошле објективне међународне организације то јест, на основу извештаја Европске комисије (ЕК) о Косову, и на основу извештаја и података Светске банке (СБ). Водећи се речима Alexander Cairncross-а, који је рекао да: „Развој није последица искључиво економских снага у друштву“ и да је: „[...] кључ развоја у умовима људи, у институцијама у којима њихова размишљања налазе израз и у потенцијалу идеја и институција.“<sup>2</sup> у раду ће посебно бити размотрене опште карактеристике политичких и економских институција на КиМ, као и следеће посебне карактеристике: 1) приступачност, тј. отвореност за све субјекте који желе да учествују у политичком и економском животу на КиМ; 2) тренутни капацитети за имплементацију нових идеја и решења у области политике и привреде ; и 3) потенцијал за повећање тих капацитета. Након анализе општих и наведених посебних карактеристика институција, и разматрања њихових могућих последица по привредни раст, биће изведен закључак о изгледима за будући привредни раст АП КиМ.

## 2. ОПШТЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ИНСТИТУЦИЈА НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ

Институције, у смислу како их је дефинисао North,<sup>3</sup> подразумевају скуп правила понашања у једном друштву, која представљају ограничења

---

<sup>1</sup> Вид. нпр., *Litigating Ownership of Immovable Property in Kosovo*, OSCE Mission in Kosovo, Приштина, 2009;

*The Rule of Law in Independent Kosovo*, International Crisis Group, Brussels, 2010; Душко Челић, „Својина Манастира Високи Дечани – голгота или заштита?“, *Владавина права и правна држава у региону*, (ур. Г. Марковић), Источно Сарајево, 2014.

<sup>2</sup> Alexander Cairncross, *Factors in Economic Development*, Routledge, New York, 2011, str. 132.

<sup>3</sup> North Douglass је припадао школи Нове институционалне економије (енг. *New Institutional Economics*) и за свој рад у тој области је добио Нобелову награду за економију 1993. године.

у интеракцији између људи који чине то друштво.<sup>4</sup> У том смислу, могле би се направити детаљније поделе на разне врсте тј. типове институција. Тако би политичке институције чинила она правила која се односе на политичку интеракцију, тј. правила која ограничавају учеснике политичког процеса у њиховом деловању, док би економске институције могле да се дефинишу као правила која уређују интеракцију између привредних субјеката – правних и физичких лица. То не искључује могућност да једно правило буде истовремено квалификовано као део два скупа – политичких и економских институција.<sup>5</sup> Најбитније је (за овај рад) да ти скупови правила имају одређену постојаност и да се може уочити узрочно-последична веза између карактеристика институција и привредног раста АП КиМ.<sup>6</sup>

### 2.1. Карактеристике политичких институција на Косову и Метохији

Правила која утичу на политичку интеракцију су промењена из корена након 2008. године и проглашења независности такозване државе Косово. Те године тешко да се може говорити о било каквим постојаним правилима на која су становници Косова и Метохије могли да рачунају. Међутим, 2008. година несумњиво чини основ и важан део генезе политичких институција које постоје на КиМ. Због тога ће у главним цртама бити размотрена писана правила која уређују политичку интеракцију, а која су описана и извештајима ЕК за последњих десет година – од 2008. до 2018. године.

У Извештају ЕК за 2008. годину, наводи се да је Устав такозване државе Косово сачињен на основу свеобухватног предлога који је саставио секретар Уједињених нација Martti Ahtisaari и да тај акт не помиње Уједињене нације, осим приликом констатације да се укида Мисија Уједињених нација на КиМ.<sup>7</sup> У истом Извештају се даље наводи

<sup>4</sup> Douglass North, „Institutions“, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, No. 1, 1991, стр. 97–112.

<sup>5</sup> Више о хетерогености институција, вид. Борис Беговић, *Институционални аспекти привредног раста*, Службени гласник и Центар за либерално-демократске студије, Београд, 2011, стр. 19–34.

<sup>6</sup> Привредни раст је могуће пратити јер релевантне међународне организације углавном садрже податке о привредном расту тзв. државе Косова или Косова у значењу које му даје Резолуција 1244. За потребе овог рада, привредни раст који се приписује том ентитету сматра се привредним растом АП КиМ.

<sup>7</sup> Вид. „Kosovo (Under UNSCR 1244/99) 2008 Progress Report“, *Commission of The European Communities*, Brussels, 2008, стр.8; Зачујује став Комисије, а још више став тадашњег секретара Уједињених нација, да Резолуцију 1244 може да стави ван снаге ентитет који није ни учествовао у њеном стварању.

да је Скупштина Косова формирана на основу парламентарних избора из новембра 2007. године, који су одржани на „правичан и ефикасан“ начин (*fair and efficient*).<sup>8</sup> Даље се наводи да је формирана скупштина изабрала председника и премијера такозване државе, усвојила Декларацију о независности и Устав, и приде, по хитном поступку усвојила четрдесет и један закон који се односе на проглашење независности и усвајање Устава. Занимљиво је да Правосудна истражна јединица УН (*Judicial Investigation Unit*) није укинута по проглашењу независности због потешкоћа са формирањем новог правосуђа на КиМ, и да је само у току 2008. године та комисија примила сто шездесет и четири притужбе на рад судија и тужилаца тзв. државе Косово.<sup>9</sup> У извештају за 2008. годину се наводи и да је корупција веома распрострањена на територији КиМ, и да је то један од највећих проблема тзв. државе Косово, а да се узрок проблема може видети у чињеници да нису усвојени закони, општи планови и стратегије за сузбијање корупције.<sup>10</sup> Укратко, 2008. године су постављени темељи за нове политичке институције на КиМ, али и даље није било јасно како ће у пракси бити уређена интеракција између политичких актера на основу нових правила која су тада била *in statu nasciendi*.

Пет година касније, на основу извештаја ЕК за 2013. годину, чини се да формална правила која би требало да уређују политичку интеракцију на КиМ нису успостављена. Са једне стране, у извештају се наводи да нема финансијске (а, самим тим, и сваке друге врсте) независности законодавне у односу на извршну власт, да треба донети бројне законе и правилнике, и да инфраструктура која се односи на информационе технологије не би требала да буде у искључивом поседу извршне власти и тсл.<sup>11</sup> Са друге стране, влада тзв. Косова, коју су у току 2013. године, као и данас, чинили бивши припадници терористичке организације ОВК,<sup>12</sup> имала је лош утицај на управу и судство.<sup>13</sup> Извештај ЕК наводи да запослени у јавној управи не обављају професионално свој посао, да им недостаје мотивација, као и да је све то директна последица политичког утицаја на јавну управу.<sup>14</sup> Основни недостатак судства на КиМ је, према

<sup>8</sup> *Ibid.*, стр. 8.

<sup>9</sup> *Ibid.*, стр. 13.

<sup>10</sup> *Ibid.*, стр. 15.

<sup>11</sup> Вид. „Kosovo\* 2013 Progress Report”, *Commission of The European Communities*, Brussels, 2013. стр. 7

<sup>12</sup> Вид. Michael Moran, „Terrorist Groups and Political Legitimacy”, *Council on Foreign Relations*, 16.03.2006.

<sup>13</sup> *Ibid.*, стр. 9;

<sup>14</sup> *Ibid.*, стр. 9.

истом Извештају, недостатак независности и непристрасности.<sup>15</sup> Све у свему, чак и након пет година од проглашења независности, на основу наведених извештаја ЕК, чини се да нема писаних правила која би јасно и недвосмислено уређивала политичку интеракцију, већ да је све зависило од воље малог броја појединаца, који су пре противправног проглашења независности углавном били вође или чланови терористичке организације ОВК.

У последњем доступном извештају ЕК за Косово, из 2018. године, наводи се да су након превремених избора у јуну 2017. године формиране нова скупштина и влада. „Ипак, нова владајућа коалиција је имала ограничен успех када је у питању спровођење реформи у вези ЕУ и постизање консензуса око кључних стратешких питања од значаја за Косово“.<sup>16</sup> За изборе из 2017. године, који су од кључног значаја за развој демократије и партиципације у политичкој интеракцији, у Извештају ЕК се наводи да су, „[...] добро организовани у већини места на Косову. Ипак, велики број системских недостатака, као што су финансирање политичких партија, партиципација жена, механизми за решавање спорова поводом избора, неажуран централни бирачки списак и неодговарајући систем гласања за становнике Косова у иностранству, тек треба решити“.<sup>17</sup> Слични системски недостаци могу се уочити и у извештајима о локалним изборима на КиМ, који су одржани крајем 2017. године, и то други пут од проглашења независности – „Регулатива која се односи на финансирање политичких странака нема ефекта услед одсуства системског надгледања и контроле“.<sup>18</sup> Уз то, жалбе на функционисање изборног система у највећем броју случајева нису суштински разматране, због чега се у Извештају ЕК из 2018. године наводи и да: „[...] решавање спорова поводом изборних резултата треба спровести на транспарентнији начин који улива поверење“.<sup>19</sup>

Начелно посматрано, на основу Извештаја ЕК, јасно је да и десет година након противправног проглашења независности тзв. државе Косово, на КиМ није успостављен функционалан изборни и политички систем. Формалне институције нису делотворне, док су неформалне институције углавном лако променљиве у складу са интересима малобројних појединаца, као што су Хашим Тачи и Рамуш Харадинај, који су своје животно искуство стицали ратујући за терористичку организацију ОВК и

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, стр. 10.

<sup>16</sup> Вид. „Kosovo\* 2018 Progress Report”, *Commission of The European Communities*, Brussels, 2018. стр. 5.

<sup>17</sup> *Ibid.*, стр. 5.

<sup>18</sup> *Ibid.*, стр. 6.

<sup>19</sup> *Ibid.*, стр. 6.

извршавајући кривична дела за сопствени рачун и/или за рачун терористичке организације.<sup>20</sup> Те неформалне институције не дозвољавају и често фактички спречавају учешће свих заинтересованих страна у политичком животу на територији КиМ. Њихов тренутни капацитет за имплементирање нових идеја и развој демократије је изузетно мали јер омогућавају учешће у политичком животу само једној релативно малој интересној групи, док је трајност тих неформалних институција својеврстан гарант да се њихов капацитет за даљи развој демократије убудуће неће битно мењати.

## 2.1. Карактеристике економских институција на Косову и Метохији

На основу истих извештаја ЕК, може се пратити и формирање и развој писаних и неписаних правила која ограничавају привредну интеракцију на КиМ. При томе, циљ је уочити и издвојити кључне карактеристике економских институција које су формиране након 2008. године, то јест након противправног проглашења независности.

Према извештају ЕК за 2008. годину, извршна власт је усвојила средњорочни план развоја за период од 2009. до 2011. године, којим су, између осталог, успостављени приоритети који укључују привредни раст и добру управу.<sup>21</sup> Међутим, „[...] поузданост и конзистентност предложених мера су крхки (енг. *fragile*).<sup>22</sup> То илуструје измена буџета средином 2008. године, што суштински одступа од усвојеног плана развоја и открива *ad hoc* приступ фискалној политици. Додатно, устаљени недостатак координације између ресорних министарстава, непоштовање процедура утврђених у релевантним законима и слабо управљање државним предузећима штети укупном економском

---

<sup>20</sup> Хашиму Тачију, Рамушу Харадинају и другим припадницима терористичке организације ОВК се на терет стављају бројна кривична дела која су извршена пре противправног проглашења независности, од којих су само нека наведена у поступку пред Међународним кривичним судом бившу Југославију, вид.: <http://www.icty.org/bcs/case/haradinaj/4>, последњи приступ, 01. мај 2019.

<sup>21</sup> Тај план „*Medium Term Expenditure Framework*“ је служио као агенда за међународну конференцију која је организована у Бриселу 11. јула 2008. године, за потенцијалне донаторе који подржавају стварање тзв. државе Косова.

<sup>22</sup> Вид. „*Kosovo (Under UNSCR 1244/99) 2008 Progress Report*“, *Commission of The European Communities*, Brussels, 2008, стр. 27; Челић, Д. „Квазиправне тековине *de facto* власти на Косову и Метохији у области промене својинске структуре привредних субјеката“, *Законодавство Републике Србије – стање, циљеви и даљи развој за период од 2013. до 2015. године*, зборник радова, друга свеска (ур. Зоран Исаиловић), Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2014, стр. 117–129.

окружењу.<sup>23</sup> У истом извештају се закључује да није једини проблем недостатак јасних и предвидивих правила која утичу на економску интеракцију и условљавају привредни раст, већ се истиче и да „недостаци у статистичким подацима ометају свеобухватну оцену економске ситуације на Косову.“<sup>24</sup> Наиме, подаци којима располаже Агенција за статистику Косова у најмању руку нису конзистентни јер је одмах након 2007. године приказан раст реалног БДП-а од 3,3 %, упоредо са реалним растом приватне потрошње од скоро 10% и растом јавне потрошње од 1,4%. Укратко, у Извештају ЕК за 2008. годину је констатовано да: „Економску активност [у извештају Агенције] одређују домаћи фактори и динамика приватног сектора, а они су у реалности и даље остали на умереном нивоу развоја.“<sup>25</sup>

Пет година касније, у Извештају ЕК за 2013. годину, оцена није знатно другачија када су у питању економске институције и привредни развој. Једина битна разлика је у чињеници да је тзв. држава Косово у току 2012. и 2013. године аплицирала за чланство у неколико међународних финансијских организација. Упркос лошим резултатима које је тзв. Косово имало у претходним годинама, Међународни монетарни фонд (ММФ) је 2012. године одобрио аранжман у износу од 105 милиона америчких долара. Након тога, у децембру 2012. године, тзв. Косово је постало члан Европске банке за обнову и развој, а у јуну 2013. године је потписан споразум са Европском инвестиционом банком (ЕИБ), који омогућава ЕИБ да инвестира у пројекте на територији тзв. Косова. И поред знатне међународне помоћи, у Извештају ЕК је констатовано да је: „[...] Косовска привреда била мање заштићена од негативних ефеката економске кризе у Европи него претходних година, са знаковима економског успоравања. Општа економска ситуација остаје изазовна са веома високом стопом незапослености.“<sup>26</sup>

Коначно, у Извештају за 2018. годину, десет година од проглашења независности супротно резолуцији 1244 и важећем праву на територији КиМ, ЕК констатује да је тзв. Косово остварило: „помаке у раној фази развоја функционалне тржишне привреде“.<sup>27</sup> Међутим, након тога се наводи да: „[...] накнаде за ратне ветеране и даље представљају изазов за јавне финансије. Сива економија остаје широко распрострањена.

---

<sup>23</sup> Ibid., стр. 27.

<sup>24</sup> Ibid., стр. 28.

<sup>25</sup> Ibid., стр. 28.

<sup>26</sup> Вид. „Kosovo\* 2013 Progress Report”, *Commission of The European Communities*, Brussels, 2013. стр. 21.

<sup>27</sup> Вид. „Kosovo\* 2018 Progress Report”, *Commission of The European Communities*, Brussels, 2018. стр. 38.

Повећање радне снаге није праћено порастом запослености, па се стопа незапослености додатно повећала. Посебно су погођене жене, као и млади и неквалификовани радници. Упркос снажном расту извоза, висок спољнотрговински дефицит одражава слабу производну базу...<sup>28</sup> На основу те опште оцене из Извештаја, може се закључити да су опште карактеристике формалних економских институција на КиМ веома лоше. Оне не омогућавају учешће свим заинтересованим актерима у економској интеракцији, о чему сведочи константно растућа стопа незапослености. Додатно, формална правила која уређују пословање на КиМ нису предвидива, често се мењају и недоследно спроводе, што спречава оснивање правних лица и легално пословање, о чему сведоче изражени проблеми корупције и сиве економије. На основу тога се може закључити да је капацитет економских институција за имплементирање нових идеја и обезбеђивање стабилног привредног раста веома мали. Са проблемима као што су недостатак подстицаја и баријере уласку за бављење било којом делатношћу на КиМ, распрострањена корупција и сива економија, који и даље нису адекватно решени, делује да се капацитет економских институција неће мењати у догледној будућности.

### 3. ПРИВРЕДНИ РАСТ ТАКОЗВАНЕ ДРЖАВЕ КОСОВО

На основу анализираних извештаја ЕК о тзв. држави Косову од 2008. до 2018. године, може се закључити да се и привредни раст слободно може назвати „такозвани“. У питању је тзв. привредни раст не само због природе суверенитета који је противправно успостављен на КиМ, већ и због непоузданих и непрецизних статистичких података који су сакупљени мимо уобичајених стандарда. Као што је већ примећено у извештајима ЕК, ти подаци нису конзистентни и често су контрадикторни, због чега није могућа озбиљна макроекономска анализа ситуације на КиМ. Могуће је да је тзв. држава Косово у датом периоду остварила привредни раст, али без података о приватном сектору и без података о тачном износу страних улагања и података у вези остварених јавних прихода, било би веома тешко говорити о било каквим стопама. Ипак, и поред јасних ограда које се односе на поузданост доступних података, ЕК је изнела неколико констатација које се односе на раст реалног бруто домаћег производа (БДП) тзв. државе Косова.

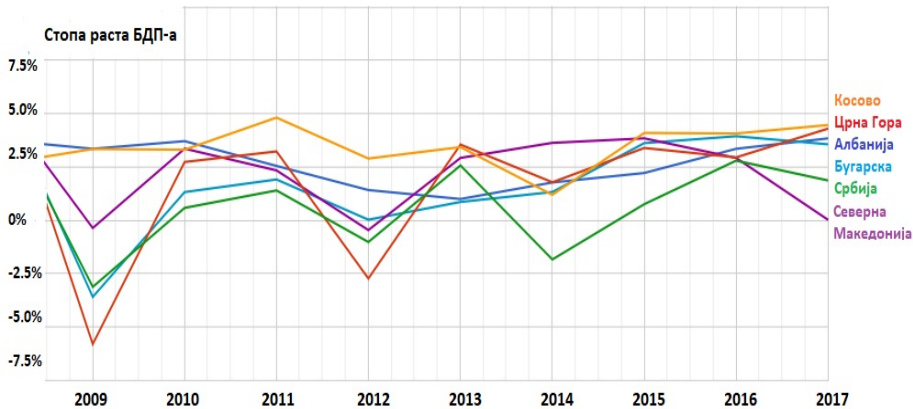
Графикон број 1 приказује стопе раста БДП-а тзв. државе Косова и свих суседних држава, у периоду од 2008. године до 2018. године.

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, стр. 38.



## Графикон број 1 – стопе БДП-а тзв. државе Косово



**Извор:** График је састављен на основу података Европског завода за статистику *EUROSTAT* <sup>29</sup>

ЕК у свом последњем извештају коментарише привредни раст тзв. државе Косово на следећи начин: „Упркос расту БДП-а, више од 4% у последње три године, Косово је и даље најсиромашнија земља региона [...] Као мала привреда, са неразвијеном домаћом производњом, Косово има цене које су углавном формиране под утицајем увозних цена хране и електричне енергије.“<sup>30</sup>

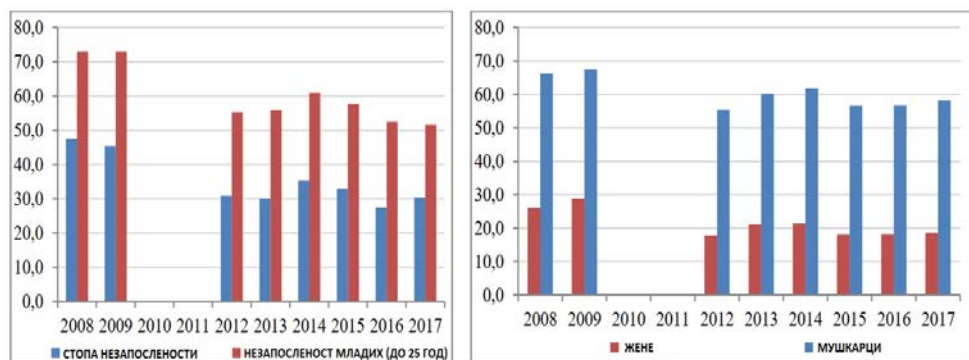
Након критика које се односе на неразвијен финансијски сектор, државну помоћ која се додељује без свеобухватне стратегије и евалуације, и нерешен статус својинских права, што је највећа препрека у процесу приватизације, ЕК анализира и незапосленост у тзв. Косову.<sup>31</sup> Графикон бр. 2 приказује стопу незапослености тзв. државе Косово, док Графикон бр. 3 приказује учешће жена и мушкараца на тржишту рада.

<sup>29</sup> У бази података „Eurostat“ се наводе подаци за „Косово (под резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација)“, уз посебну оgradu да су подаци добијени од органа тзв. Косова. База је доступна на: [http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=cpc\\_ecnagdp&lang=en](http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=cpc_ecnagdp&lang=en), последњи приступ, 30.04.19.

<sup>30</sup> Вид. „Kosovo\* 2018 Progress Report“, *Commission of The European Communities*, Brussels, 2018. стр. 39.

<sup>31</sup> Више о процесу приватизације на КиМ, вид. Сандра Давидовић, *Приватизација друштвених предузећа на Косову и Метохији под окриљем уник администрације: преглед, оцене, закључци*, Београдски форум за савет равноправних, Београд, 2018, стр. 91–103.

**Графикон бр. 2** – стопа незапослености тзв. државе Косово  
**Графикон бр. 3** – учешће жена и мушкараца на тржишту рада



**Извор:** EUROSTAT и ЕК Извештај за 2018. годину, на основу података Агенције за статистику Косова <sup>32</sup>

Чак и на основу података које је обезбедила Агенција за статистику Косова, који су очигледно пристрасни, што констатују, између осталих, ЕК и EUROSTAT, делује да је ситуација на тржишту рада тзв. Косова најлопшија у региону. Примера ради, у 2017. години, тзв. Косово је забележило стопу незапослености од 30,4%, док су исте године у суседним земљама забележене следеће стопе незапослености: Албанија 13,8%, Бугарска 6,2%, Црна Гора 13,9%, Србија, 13,5% и Северна Македонија 22,4%.<sup>33</sup> Није могуће упоредити просечне стопе незапослености у последњих десет година јер за тзв. Косово недостају релевантни подаци за 2010. и 2011. годину, али могло би се претпоставити да би разлика у била још већа у корист суседних земаља.

Када би сви подаци које поседује Агенција за статистику Косова били тачни, тзв. држава би вероватно била изучавана у свету као јединствен економски феномен, који подразумева остваривање највећег реалног раста БДП-а у датом региону, уз најлошије економске перформансе у истом том региону, а и шире. Како је евидентно да тај

<sup>32</sup> У бази података „Eurostat“ се наводе подаци за „Косово (под резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација)“, уз посебну оgradu да су подаци добијени од органа Косова. База је доступна на: [http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=cpc\\_ecnagdp&lang=en](http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=cpc_ecnagdp&lang=en), последњи приступ, 30.04.19.

<sup>33</sup> Подаци о незапослености у тим земљама су преузети са сајта Светске Банке (<https://data.worldbank.org>) и углавном у потпуности одговарају подацима које поседују национални заводи за статистику тих земаља.

феномен не постоји и да статистички подаци, у најмању руку, нису поуздани, поједини закључци о привредном расту се могу донети на основу сазнања о факторима производње. Наиме, на основу извештаја ЕК и на основу (пристрасних) извештаја Агенције, јасно је да финансијска тржишта на КиМ нису развијена и да капитал (и поред међународне помоћи) није лако доступан. Уз то, веома мала запосленост у комбинацији са баријерама уласку на тржишту рада, у виду политички мотивисаног запошљавања и корупције, указују на то да је и тржиште радне снаге далеко од развијеног. Уколико се има у виду да тржишта два основна производна фактора, капитала и радне снаге, у новоуспостављеном правном и политичком систему подједнако лоше функционишу већ више од десет година, јасно је да исказане промене у БДП-у не могу одговарати реалности.

Општа слика о економској ситуацији на КиМ је веома далеко од идеалне, чак и ако се узму у обзир подаци Агенције за статистику Косова. У последњих десет година, тешко да се може уочити било какав напредак. Делује да привреда стагнира или назадуге, а да је једини напредак приступ међународним токовима капитала. Пре свега, на основу чланства у међународним финансијским организацијама и на основу великих донација које су подржале проглашење независности и омогућиле стварање институција на КиМ. Ипак, поставља се логично питање да ли су те институције самоодрживе и да ли ће моћи да опстану без финансијске подршке из иностранства?

#### 4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Након разматрања општих карактеристика институција на КиМ, које су настале након 2008. године, може се закључити да су формалне институције углавном слабе, да суштински не ограничавају интеракцију учесника у политичком и економском животу, и да су често дерогиране многобројним неформалним институцијама.

Прве неформалне институције на тзв. Косову су формиране 2008. године, након противправног проглашења независности, и делује да су опстале до данас. То се огледа у сталном присуству релативно мале и добро организоване интересне групе на водећим позицијама у тзв. држави Косово. Та интересна група, коју у највећој мери чине бивши борци терористичке организације ОВК, од 2008. године до данас, сва формална правила доноси и мења у складу са сопственим интересима. На тај начин је потпуно онемогућена шира инклузија становништва у политичке и економске токове на КиМ. Између осталог, то доказује неажуриран бирачки списак, одсуство функционалног изборног система, као и распрострањена корупција и нетранспарентно финансирање политичких

странака, на шта у својим извештајима указује ЕК. Делује да постојеће политичке институције имају веома мали капацитет за разматрање и имплементацију нових идеја (као и неких старих идеја које су општеприхваћене у цивилизованом свету) и да се тај капацитет у догледној будућности неће битније мењати. Што се тиче економских институција, делује да су оне под значајним утицајем поменутих политичких институција. Огромна незапосленост и лоше развијена домаћа производња указују да ни економске институције нису у стању да обезбеде ширу инклузију становништва на КиМ и да, самим тим, не могу да омогуће имплементацију нових идеја и технологија и стабилан привредни раст. Делује извесно да економске институције неће бити ништа боље ни у будућности, барем док се не реше фундаментални проблеми у вези политичких институција.

Имајући у виду наведене карактеристике политичких и економских институција на КиМ, може се закључити да ће тзв. држава Косово морати још дуги низ година да приказује лажне податке о жарко жељеном привредном расту. Једина пречица ка успеху би могло да буде успостављање функционалних институција. Након тога, помоћу правила која заиста ограничавају интеракцију свих учесника у политичком, економском и правном животу, кроз активно учешће свих становника КиМ, могло би се говорити о даљем унапређењу институција, економском, али и сваком другом развоју. Те корените промене би требало преузети што пре, како АП КиМ не би изгубила и другу деценију у коју улази под диктатом једне интересне групе, која себе назива држава Косово – што се грбо роди, вријеме не исправи.

## Литература

Беговић, Б., *Институционални аспекти привредног раста*, Службени гласник и Центар за либерално-демократске студије, Београд, 2011.

Давидовић, С., *Приватизација друштвених предузећа на Косову и Метохији под окриљем УМНИК администрације: преглед, оцене, закључци*, Београдски форум за савет равноправних, Београд, 2018.

North, D, „Institutions“, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, No. 1, 1991.

*Kosovo 2008 Progress Report*, Commission of The European Communities, Brussels, 2008.

*Kosovo\* 2013 Progress Report*, Commission of The European Communities, Brussels, 2013.

*Kosovo\* 2018 Progress Report*, Commission of The European Communities, Brussels, 2018.

*Litigating Ownership of Immovable Property in Kosovo*, OSCE Mission in Kosovo, 2009.

*The Rule of Law in Independent Kosovo*, International Crisis Group, Brussels, 2010.

Cairncross, A., *Factors in Economic Development*, Routledge, New York, 2011.

Челић, Д., „Својина Манастира Високи Дечани – голгота или заштита?“, *Владавина права и правна држава у региону*, (ур. Г. Марковић), Источно Сарајево, 2014.

Челић, Д., „Квазиправне тековине *de facto* власти на Косову и Метохији у области промене својинске структуре привредних субјеката“, *Законодавство Републике Србије – стање, циљеви и даљи развој за период од 2013. до 2015. године*, зборник радова, друга свеска (ур. Зоран Исаиловић), Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2014, стр. 117–129.

**Nikola ILIĆ**

Teaching Assistant at the University of Belgrade – Faculty of Law

**INSTITUTIONS AND ECONOMIC GROWTH OF THE  
AUTONOMOUS PROVINCE KOSOVO AND METOHİJA**

**Summary**

This paper examines the key characteristics of the institutions that are present in the territory of the Autonomous Province of Kosovo and Metohija and the impact of these institutions on the economic growth of the province. The first part deals with the most important formal and informal rules that restrict the interaction among individuals, primarily in political and economic life in the territory of the province, while in the second part the causal link between the characteristics of these rules and economic growth is analyzed. In the third part, it is concluded that economic growth in the territory of the province primarily reflects the characteristics of informal institutions created by unlawful acts, from 2008 onwards. Institutions that have thus emerged do not have desirable characteristics and, therefore, have no potential to ensure stable economic growth in the future. For this reason, it would be recommendable to restore the situation that existed before the unlawful changes and continue with the improvement of institutions that can provide economic growth and development.

**Key words:** *institutions, economic growth, Kosovo and Metohija, Kosovo.*

**Радица НЕДЕЉКОВИЋ**

Филозофски факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица<sup>1</sup>

## **ПРАВОСЛАВНА РЕЛИГИЈА КАО ФАКТОР ДРУШТВЕНОГ РАЗВОЈА И ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ**

**Апстракт:** Народи своје универзалне вредности граде вековима, црпећи их из традиције. Традиције нема без исконске вере. Из тога проистиче и историјско памћење, тако се рађају митови, успоставља јасан систем симбола, утврђују обичаји и гради вертикала на којој народи опстају. С православном религијом српски народ је одолевао искушењима насиља и вишевековне историјске амнезије. Директна последица ових околности је чињеница да је у Срба православље, пре свега, и у основи вера идентитета, могло би се рећи, вера националног идентитета. Православље је увек тежило економском поретку достојном човека. Православна етика у правилу чува социјалну правду, штити економски слабије, искорењује сиромаштво и подстиче љубав према ближњем путем иманентне друштвене одговорности за заједничко благостање. Религија је, између осталог, помогла човеку да регулише етичке норме и обрасце понашања у складу са моралом и људским достојанством у свим областима живота, где спада и његов однос према друштвеном развоју. Православну религију као и хришћанство у целини, у контексту савремених економских процеса и превласти потрошачког менталитета, прати криза идентитета и општа несигурност како појединца тако и заједнице као целине. Прогрес као економско богаћење или акумулација постаје највише добро за читав свет и алиби за било који избор. Човек, вођен етиком прогреса, дао је себи слободу и право да учини било шта како би себи омогућио профит и тиме обезбедио бољу будућност. Основна идеја овог рада огледа се у намери да укаже на чињеницу да је данашња економија, како у свету тако и код нас, далеко од изворног значења (умеће вођења домаћинства) већ да се претворила у хремастику (умеће згртања богатства). У таквим условима, где богати постају све богатији, а сиромашни све сиромашнији, нема ни економске ни правне сигурности.

**Кључне речи:** *Православна религија, друштвени развој, економија, хремастика, право.*

---

<sup>1</sup> Мастер социолог, radicanedeljkovic91@gmail.com

## 1. УВОД – СВЕТ АМОРАЛНОГ МОРАЛИЗМА И ПРАВНЕ НЕСИГУРНОСТИ

Савремени свет, свет модерности јесте свет коренитих промена. Модерност мења све сфере живота и по ширини и до дубини. Промене су тако брзе и тако многобројне да људи стичу утисак да су заробљени у мноштву догађаја које не могу разумети у потпуности и који су ван њихове контроле. Постоји мноштво различитих теорија које за циљ имају објашњење друштва чији смо део. Сумирајући обележја која освајају друштвене институције модерности од претходних формација, Ентони Гиденс издваја три:

- брзина промена која покреће модерност. Она је највидљивија у технологији, али прожима и све друге друштвене области;
- ширина промена чији се талас шири на сва друштва, потискујући форме традиционалних друштава, узрокујући глобализацију модерности;
- природа друштвених институција се мења, рађају се нове, а и оне традиционалне мењају своју природу.<sup>2</sup>

Глобализацију, као израз модерности о којој се много данас говори, Мирослав Печујлић окарактерисао је као „комплексну појаву, која има лик богиње Шиве, која мења структуру и динамику савременог друштва, начин и стил живота савременог човека“.<sup>3</sup> Глобализација мења животе људи како у позитивном тако и негативном смислу. С једне стране, на пример, искорењују се многе болести, али се оне, с друге стране, како многи сматрају, и јављају, најчешће и намерно изазивају. Тиме нас глобализација, хтели то ми или не, доводи у ситуацију да осећамо страх и неизвесност. Живот у ризичном друштву изазива недоумице и различита тумачења, од оптимизма до паничног страха пред могућим последицама. Гиденс сматра да „многе промене до којих је довела глобализација рађају нове облике ризика који се у великој мери разликују од оних који су постојали у прошлости. За разлику од некадашњих ризика који су имали утврђене узроке и последице, ризицима савременог доба не може се одредити порекло нити им се могу сагледати ефекти“.<sup>4</sup>

Модерност постаје начин живота. Човек модерности је окренут будућности и ономе што тек треба да буде и тражи потврду легитимности свог живота и делања. Модерност, како сматра Гиденс, изникла је из наде да ће људски разум моћи да пружи човеку много снажније осећање сигурности него што је то чинила традиција. Развој технике се сваким

---

<sup>2</sup> Е. Гиденс, *Последице модерности*, Филип Вишњић, Београд, 1998, 16-18.

<sup>3</sup> Љ. Митровић, *Увод у студије глобализације*, Филозофски факултет, Косовска Митровица, 2013, 11.

<sup>4</sup> Е. Гиденс, *Социологија*, Економски факултет, Београд, 2003, 71-72.



даном све више убрзава, друштво је „затрпано“ техничким иновацијама и новим технолошким процесима и поступцима. То је последица снажног развоја науке која утиче на нове технолошке процесе, а они продукују несагледиве количине технолошких производа. „Основне институције модерне као што су наука, економија и политика, које би требало да гарантују рационалност и безбедност, конфронтране су са ситуацијама у којима њихов апарат више нема ослонац и у којима фундаментални принципи модерне више не важе аутоматски. Ове институције сасвим се другачије процењују – не више као повереници него и као осумњичени. Оне се више не сматају само менаџерима ризика, већ и изворима ризика“.<sup>5</sup>

Наука, техника и технологија се узајамно подстичу и условљавају. Наука захтева сталну технолошку промену и техничку примену резултата, док техника и технологија захтевају од науке нова истраживања још док стара нису ни искоришћена. Ово ствара нове потребе убрзано задовољавајући и елиминишући старе потребе и вредности, а све у циљу стицања профита и финансијских ефеката. У протекла два века у западњачким друштвима суд научника замењује традицију. Али што више наука и технологија у глобалним размерама продиру у живот и преобликују га, то је овај ауторитет експерата парадоксално мање саморазумљив. „Ни наука, ни владајућа политика, ни масмедији, ни економија, ни правни систем, чак ни војска, нису у стању да на рационалан начин дефинишу или контролишу ризике. Појединац је принуђен да сумња у обећања у погледу рационалности ових институција. Услед тога, људи се окрећу себи самима: на делу је искорењење без укоренења“.<sup>6</sup>

Глобализам, са својом идеологијом глобализма, опет потекао са запада, аморализам политике пренеће на глобални ниво. То ће посебно дефинисати и објаснити Купер у делу „Сламање нација“. Хуманитарне интервенције широм света дефинитивно су свет увеле у доба аморалног морализма – неморал озаконен правом. Етика је уназађена у жалосну науку (Адорно) и догурала је свој камен до питања „зашто ми уопште требамо бити морални“.<sup>7</sup> У свету у коме нема виших вредности када нема Бога све је допуштено (Достојевски), а онда човек долази до стања да се ничег не мора ни стидети. Морално нормално стање постаје оно у коме је све допуштено – аморални морализам. То најбоље илуструје Хабермас који НАТО интервенцију у Југославији назива „нелегалном, али морално

<sup>5</sup> У. Бек, *Ризично друштво: У потрази за изгубљеном сигурношћу*, Академска књига, Нови Сад, 2011, 82.

<sup>6</sup> *Ibid*, 11.

<sup>7</sup> Ј. Хаберманс, *Дијалектика секуларизације – о духу и реиџији*, Досије, Београд, 2006, 13.

оправданом“. Сличан став износи и Мајкл Волзнер који такође етику претвара у жалосну науку из „морално узвишених разлога“, када настоји да морално оправда поступак који је неправедан и између осталог каже: „Иако је НАТО сигурно извршио насиље над интегритетом Југославије он није угрозио опстанак српске нације. Отуда тај рат није био са моралног становишта акт агресије. „Он, такође, није злодело неког мањег нивоа; његова морална нужност је његово пуно оправдање“. <sup>8</sup> Запад је дакле, добро научио лекцију коју је давно поставио Макијавели: „како не треба бити добар“. <sup>9</sup> Уместо да се политика руководи етиком и да теоретичари морала пишу моралне норме за политичку праксу, етика се ставила у службу глобалне политике. Етичари су постали „пси чувари власти“ (Дијего Фузаро). Стварају се и промовишу путем медија, који су наравно под контролом глобалних планера, етичке доктрине које оправдавају постојећу политичку праксу. Симбиоза моралних моралиста и независних медија довела је до нове глобалне појаве „организованог лагања“, чијом се успешном реализацијом остварују два циља истовремено: пројектанти будућности остварују сопствене геостратешке циљеве, али и рецепијенте претварају у идиоте. Нови аморални морализам је не само дубоко раздвојио морал и политику и показао сву огољеност макијавелизма о неморалности постављених циљева и допустивости злоупотребе свих средстава, већ је, како оштроумно примећује Љубинко Милосављевић, довео до много опасније појаве: „Аморални морализам допушта својим изумитељима и практичарима да најпре моралним разлозима оптужују па онда сваковрсним поступцима могу пресуђивати свакоме, али њима нико. Ово неограничено право је међу првима коришћено против нас Срба па већ добро знамо за чари таквог хуманизма и могућу оправданост хуманитарних интервенција“. <sup>10</sup>

Транзиција се показује као трагедија у свим сферама живота. Уекономској сфери опустошила је привреду „довела нас до буцака“. <sup>11</sup> Многима је угрозила живот, у области духовности разорила моралне вредности промовишући неморал, у душевном животу алтруизам, безосећајност али и апатију. После 1989. године, констатује Милан Брдар „дошло је до рефеудализације модерног света. Главни феудалац је империја, царство – САД. Имате империју и феудалне односе са свим земљама које су, наравно, у вазалном положају“ – као Рим након победе

<sup>8</sup> М. Волзнер, *Морали прљаве руке*, Албатрос Плус, Београд, 2010, 130-31.

<sup>9</sup> *Ibid*, 14.

<sup>10</sup> Љ. Милосављевић, *Виђења и слутње*, Филозофски факултет у Нишу, Ниш, 2014, 84.

<sup>11</sup> У. Шуваковић, *Транзиција: Прилог социолошком проучавању друштвених промена*, Филозофски факултет Косовска Митровица, Косовска Митровица, 2014, 297.

над Картагином.<sup>12</sup>Резигнирано уочава Брдар, та „империја у свом пљачкашком походу, светом више од пола века, глобусом разноси несрећу, разарања и пропаст“.<sup>13</sup>У загрљају политике и бизниса, уместо узвишеним циљевима, култура и уопште духовност приближавају се нижој природи људског бића. Некада су политика и етика тежике сагласју. Етика као део политике, а политика као највиша наука (што је етика појединцу то је политика удружењу појединаца – Аристотел), имале су пред собом идеал доброте, лепоте и истине и њихово јединство. Историја развоја људског друштва доносила је и периоде приближавања етике и политике, али и све чешћег њиховог разлаза. Рим и многе царске породице посебно су пример бестијалности и неморалности у политици и драстични пример разлаза политике и етике. Ту су се дефинитивно ударили темељи западног аморализма. Хришћанство ће настати управо као настојање да се живот и политика која у највећој мери утиче на принципе живљења, утемеље на моралним вредностима. Западна филозофија живота, дакле посебно заслугом Макијавелија, Хобса, а нарочито Ничеа у коме ће постићи свој врхунац, добиће своју теоријску подлогу, оличена као макијавелизам у легитимну политичку праксу. Иако је било низ различитих мисаоних али и практичних покушаја да се поново успостави склад политичке праксе и етичких норми, ти покушаји су мање-више остали неуспешни, а јаз између етике и политике се све више продубљавао. Ревитализација вредности један је од основних принципа идеологије глобализма, који гуши религијска веровања и наду у будућност, промовишући стил живота „сад и овде, ко ако не ми“. То ће Токвил исказати на следећи начин: „Када се једном навикну да више не брину о ономе што ће доћи после њиховог живота, видимо их како лагано падају у ону потпуну и бруталну равнодушност према будућности која појединим инстинктима људске природе исувише погодује. Чим изгубе навикну да своја основна надања усмеравају дугорочно, природно су склони да без одлагања остварују своје и најмање прохтеве и чини се да су од тренутка када изгубе наду у вечни живот спремни да поступају као да ће живети још само један дан“.<sup>14</sup>Јасно, тиме долазимо до уверења да смо без заједничких, колективних вредности изгубљени у овом свету ризика. Без наде и љубави, а оне исходе из вере, нема међусобног поверења, нема солидарности, осећаја за зајетничке вредности и нестаје друштво, како најављује Карл Попер у Отвореном друштву.

<sup>12</sup> М. Брдар, *Хроника разорене Троје*, Центар слободарских делатности, Логос, Крагујевац, Бачка Паланка, 2012, 169.

<sup>13</sup> *Ibid*, 11.

<sup>14</sup> А. Токвил, *О демократији у Америци*, Издавачка књижарница Зорана Стојановић, Нови Сад, 2002, 348.

## 2. ДРУШТВЕНЕ ВРЕДНОСТИ И ПРАВОСЛАВЉЕ

Трагајући за правим вредностима човека, првенствено је потребно запитати се: који и какав се човек има у виду? Какву антропологију имамо у виду кад говоримо о човеку и његовом животу и, у даљој линији, какву космологију, какво виђење и схватање света и живота? Ова су питања од велике, скоро пресудне важности, јер ће претпостављена антропологија и космологија, пресудно утицати на схватање и вредновање човека и квалитета људског живота, а такође, може и треба да представља орјентир за одабир правог пута којим, и као поједици, али, пре свега, као народ, треба да кренемо даље. Данас, када се руши цивилизацијски образац који је почивао на индивидуалистичкој похлепи, материјалистичком егоизму и империјалистичкој себичности, отворен је простор за представљање једног другачијег новог-старог погледа на свет. Цивилизација коју познајемо остала је без ослонца у смислу живота, стога, протеране и заборављене традиционалне вредности заједнице: брак, породица, нација, држава, друштвена солидарност – поново постају модерне, а друштвене идеје и групе инспирисане духовним и националним вредностима изнова ступају на историјску позорницу као модерност прве врсте.

Глобализација одређује и стање светске економије у целини, и у свакој појединој земљи као њеног сегмента. Данас управо економска сфера постаје „бојно поље“ за доминацију на планети, за приступ природним ресурсима, за право да се свету намеће један-једини модел развоја у чијој основи се налази трка за профитом и оштра конкуренција. Познати амерички геополитичар, Збигњев Бжежински, види главну опасност за Нови светски поредак у православљу, док саветник у министарству спољних послова САД, ништа мање познати Самјуел Хантингтон, пише да су Русија и њена православна цивилизација неприкладне за Нови светски поредак, и зато ову цивилизацију треба променити. Другим речима, главна препрека успостављању Новог светског поретка, који планира да заједно са Светском владом, светским министарством полиције, светским министарством војске (НАТО) светским министарством за трговину и наравно једном религијом – окултизмом, представља православље и православне цркве.

Зашто је то тако? Главни циљ глобализма је промена свести људи, гушење њихове воље и вере, како би се променама људи довели до мржње према Богу и Истине у Христу. Нови светски поредак није атеистички, а ни пагански, већ отворено антихришћански и богоборачки поредак, те компромиса са њим нема. Светска влада предлаже једну светску религију по масонском обрасцу, а то значи сједињење не са Богом, већ са ђаволом, тврди јерођакон Авел (Сименов). Самим тим православни хришћанин мора бити против таквог поретка и религије. Поред овог разлога, постоји и

други, а то је циљ који је себи поставио окултизам — религија Новог светског поретка. Главни циљ окултне елите је космополитизација људи, односно укидање старог религиозног и националног идентитета. Нови поредак заборавља отаџбину (ствара се јединствена планетарна цивилизација без поделе на државе) идентитет, претке, а намеће самопотребе и потрошњу као основу идентитета. У том поретку о Цркви хришћанској се и не говори, она је просто институција која се мора уништити, наводи Јерођакон Авел (Семенов). Даље, глобализација или мондијализам је богоборачка антихришћанска идеологија створена ради унификације човечанства и уништавања (десуверенизације) држава, нација, вероисповести и са једним центром из кога се влада планетом – са Светском владом и једном религијом за целокупно човечанство.

Православље сматра да економија не треба да буде само ефикасна, већ и морална, и треба да одговара погледу на свет учесника у економским односима. Посебно упозорава на опасност од култа потрошње и хедонизма који усађује масовна култура. Човеку се сугерише мисао да је једини животни циљ стицање и поседовање новца, луксузних предмета и престижних ствари. Људи се увлаче у трку за материјалним добрима. Човека покрећу среброљубље, похлепа, гордост и жеља за успехом. Многи се навикавају да живе на кредит и доспевају у замку дугова. Живот им пролази у испразности, недостатку љубави и мира. Човек нема кад да се замисли о вечности која га очекује, а још мање да се припреми за њу. Он живи чак ни не видећи лепоте овог пролазног света. Православна култура је култура душе, а потврду налазимо такође у Исусовим речима, који је душу човечију прогласио за највећу драгоценост: „Каква је корист човеку ако сав свет добије, а души својој науди?“ или „Какав ће откуп дати човек дати за душу своју.“<sup>15</sup> Јеванђелско искуство живота у вери нам недвосмислено показује да би се спознао други, потребно је рећи збогом себичности. Себичност затире клице свих врлина; индивидуализам, у почетку, слаби само врлине јавног живота; али на дуге стазе, он напада и уништава све друге врлине, и увећано је заснован на себичности. Ако је човек затворен у себе, у свој „људски свет“ (како је говорио Маркс „човек то је човеков свет“), онда је он осуђен је егоцентризам на безизлаз и немоћан је да оствари истинску и пуну заједницу са другим људима. У људској заједници, у којој је човек затворен у свом хоризонту, он се отуђује и од себе самога и од других. Служење претпоставља повишено осећање одговорности и способност емпатије за друге. Управо, у том односу са другим и према другом на прави начин одређује се наша личност. Одговоран и успешан људски живот, тј. моралан живот

---

<sup>15</sup> Мт. 16, 26; Лк 9, 25.

претпоставља: културу одрицања, култивирање нагона, солидарност са свим створењима и с другим људима, онима данашњице и онима сутрашњице. Најбоља мотивација за успешност на свим пољима живота јесте осећај личне вредности. Да би га изградили, потребна нам је позитиван знак од других људи, вербална и невербална повратна информација (осмех, наклон, додир, похвалне речи, речи признања). Једино од друге особе можемо добити такве надражаје. Православна етика (деонтолошка етика) као прва филозофија говори: сачувати одговорност за другог и дати предност другом. Православље позива на духовни препород, и појединца и заједнице, у коме ће се путем љубави и самопожртвовања победити и сопствено и туђе зло, и тиме спасити како појединац, тако и читав свет. Основно начело свеколиког живота, по православљу, заснива се на принципу самопожртвовања и љубави. Православна духовност нам указује на непобитну истину да пут страдања јесте пут узрастања, дакле, ако је пут нашег страдања кренуо напуштањем својих православних – светосавских основа пут узрастања, а у овим временима се то показује и као пут опстанка, мора да крене управо од обнове и повратка својим духовним коренима.

По речима Георгија Манзаридиса, у његовој књизи „Социологија хришћанства“, прогрес као економско богаћење или акумулација постаје највише добро за читав свет и алиби за било који избор. Човек, вођен етиком прогреса, дао је себи слободу и право да учини било шта како би себи омогућио профит и тиме обезбедио бољу будућност. У том смислу, вредност постаје нешто што има економски карактер и што се може измерити, независно од тога да ли то унижава или уздиже човека. Временом, на глобалном плану, постаје водећа етика економског прогреса, која је како тврди Манзаридис аморална, тј. ван сваких моралних вредности и ставова који су успостављени дотадашњом етиком и културом. Последице модерне етике манифестују се на природу и њене немогућности да обнови оно што јој је одузето. По оваквој етици, занемарује се морал и духовност код човека, развија се презир према предању које у модерном друштву нема вредност, чак се сматра да штете новој култури, одбуцују се раније успостављени културни обрасци вредности који се сматрају застарелим, и успоставља се нови систем вредновања који не укључује ни једну традицију или обичаје. Нова етика има глобалистички карактер и важи за све народе подједнако, а све у циљу нагомилавања светског богатства које у етици економског прогреса представља блаженство. Економија, подстицана прогресом, намеће нови систем вредности у чијем је центру образовање као темељ модерног напретка, а људи ношени новим духом, у трци за новцем, заборављају природу, традицију, религију, културу. Економски начин размишљања и вредновања подразумева да све што окружује човека, може да се измери

новцем. По овом обрасцу, и природне лепоте треба превести у мерљиве економске вредности како би се заштитиле и поштовале (путем разних еколошких такси, спровођење казни од стране еколошке инспекције итд.)

Ако се има у виду глобално уређење друштва и темељни односи на подручју политике и економије (где је нарочито значајно питање власништва), може се рећи да православље не представља препреку за увођење било којег решења. Оно није повезано ни са једним одређеним системом политичко – економског уређења, јер сви они имају своје место у историјском редоследу. „До погодног тренутка православље се може мирити са сваком од њих уколико он доприноси општој произвођачкој енергији. Слобода личности се и овде јавља као основни критеријум. Спрам ње се оцењују различити привредни облици и за најбољи се узима онај који омогућава највише слободе, како од привредног сиромаштва, тако и од социјалног тлачења“.<sup>16</sup> У сваком глобалном економском систему, ма како да је уређен, важну улогу има „сигурносна мрежа“, која уз њега иде (или би бар требало да иде), тј. социјална политика узета у широком смислу. Национална економија се самоурушава без ефикасних мера социјалне заштите. Радник који нема перспективу да заради достојну пензију, лишен приступа образовању, медицинским услугама, социјалном осигурању – никад неће радити с радошћу и задовољством. Одуство социјалне обезбеђености ће га приморавати да тражи могућности допунске зараде са стране, што негативно утиче на ниво његове професионалности. Циљ рада таквог запосленог је социјално преживљавање, а не свесно и целисходно стваралаштво. За њега је губитак радне способности губитак свега. Насупрот томе, човекова сигурност у сутрашњицу је претпоставка за професионални развој, и омогућава да се изгради дугорочна стратегија развоја предузећа.

### 3. ПРАВОСЛАВНА СОЦИЈАЛНА ДОКТРИНА И ЕКОНОМСКИ И ПРАВНА СИГУРНОСТ ГРАЂАНА

Пропаст комунизма и долазак на власт нове елите, често неспособне, корумпирани и грамзиве, дало је прилику онима који су јој били блиски да се преко ноћи обогате. Како у већини нису у себи имали моралан кодекс, сматрали су да им је све допуштено. С једне стране, били су заштићени од власти, коју су стално издашно потплаћивали, с друге, није било моралног ауторитета да их упозори да то што чине није добро. На другој страни стотине хиљада радника остало је без посла и утонуло у незнање. Држава је у сфери рада, посебно под утицајем станог капитала и

---

<sup>16</sup> С. Булгаков, *Православље*, Медитеран, Будва, 1991, 249-250.

ММФ постала неефикасна и немоћна. Наступило је такво социјално раслојавање, да највећи део становништва живи у сиромаштву и беди, да се танак слој моћника, за које не важе ни Божји ни земаљски закони, осилила толико, да више није само расипнички куповала све могуће некретнине, поготово ван земље, него је пожелела је да неким давањима на ћутање приволи разне институције, па и цркву.

Без обзира што су у савременом свету, у коме су држава и цркве начелно одвојене, верске заједнице свеједно морају да наставе са праксом изградње моралних и вредносних начела којима усмеравају животе својих припадника. У том смислу, а и схватајући опасност од дивљег капитализма Руска православна црква је донела документ под називом „Основе концепције социјалног учења Руске православне цркве“. У њему је црква теолошки објаснила, посебно под тачком шест, шта су „Рад и његови плодови“, у складу са Библијом и светоотачком традицијом. У том смислу у документу се промовише „кодекс понашања“ привредника али и радника. Ове препоруке, које би се могле разумети и као заповести имају намеру да промовишу праведније вредности којима треба да теже православна друштва. Између осталог у документу се наводе следеће препоруке послодавцима:

– Мислећи на свој хлеб свагдашњи, не заборави на духовни смисао свога живота, уздижи себе, читај душекорисне књиге, моли се Господу да можеш доносити разумне, праведне и мудре одлуке, јер оне дотичу осим тебе и друге које не смеш ражалостити.

– Богатство не сматрај циљем по себи, оно треба да служи на добро, твоје, оних који те окружују и земље твоје.

– Помажи тамо где је потребно, оне који не могу да раде, или не зараде довољно за најнужније потребе. Подржи добротворне црквене и друге подухвате, не да би се истакао и био помињан, већ да би исказао своју доброту. Ако си верник, знај да је вера без дела мртва, чини добро и нећеш се покајати.

– Не горди се, не помишљај да имаш без Божјег благослова, и да је ма шта твоје, већ Његово, све ти је дато на привремено коришћење. Иметак ти је и велико и стално искушење, не допусти да га не савладаваш, јер ако му подлегнеш губиш душу своју.

– Поштуј законе и прописе земље, редовно и потпуно плаћај порез држави, јер је он намењен за опште добро, а не да би ти се отимало.

– Не присвајај туђе и не ускраћуј раднику плату, плаћај му што бољу награду за труд, да би мотивисано радио и да би те поштовао. Не



касни са исплатом и не ускраћуј раднику социјално и пензионо давање, јер мора да има сигурност за случај болести и за старост своју.<sup>17</sup>

Кад је реч о радницима извајамо следеће препоруке:

- Прилежно се труди да дате послове обавиш савесно.
- Не тражи веће награде за свој рад него што је уобичајено.
- Кад добијеш награду буди захвалан.
- Не оговарај и не клевети оног ко ти је дао рад, не чини му пакости.
- Поштуј оне који се заједно с тобом труде, помози им, с пажњом их саслушај и разговарај с њима без псовки и увреда.
- Не кради на радном месту, јер кршиш заповест Божју.
- Не организуј бунт и незадовољство, покушај сваки спор мирно да решиш.
- Буди тачан на послу, не касни и не жури, обави свој задатак.
- Не мисли да си незаменљив, отуда не буди горд и надмен, своју способност и знање сматрај даром Божјим, а не својим личним постигнућем.

#### 4. КА ЗАКЉУЧКУ

У времену коме живимо, у егоизму људске већине, у општој беди народа, у социјалној неједнакости у распону од масе сиромаша, до шаке богаташа, у нихилистичком незнању народа, у општој егзистенцијалној кризи, истинска индивидуална и национална егзистенција започињу сагледавањем и сазнањем истине о себи и свету у коме се налазимо и делатним уважавањем тих истина. Као посебно питање намеће се питање шта је прогрес, посебно у овом времену аморалног морализма где се све тако брзо мења и где су све вредности, па и сам прогрес поремећени?

Православље је изналажење равнотеже између богатства и сиромаштва, између конкретних потреба појединца и добробити целе заједнице. Православно Хришћанство не одобрава економски систем који награђује лењост и подстиче сиромашне да зависе од давања државе. Продуктиван рад је неопходан део људског живота, Богом заповеђен. Према томе, нагласак православља је у духу промовисања солидне „средње класе“, не тежећи егзистенцији на нивоу пуког преживљавања, нити уживања у претеривању; презирући неспутани, нерегулисани капиталистички систем (*laissez-faire*), истовремено заговарајући друштвено одговоран систем слободног тржишта. Трагање за правом економском равнотежом у новом начину производње друштвеног живота

---

<sup>17</sup> Вид. *Основи социјалне концепције Руске православне цркве*, Беседа, Нови Сад, 2007.

јесте и трагање за правом заједницом и правом теологијом. Православна религија духовно утемељује, а исправни економски и политички принципи практично омогућују да створимо здраву заједницу. Исправни начин производње води не само продуктивности и праведној расподели материјалних средстава за живот, већ, што је важније, укључивању свих људи и свих елемената творевине у „одговорни систем“ друштва. Спасење припада свима и спасење значи да свако ради заједно да бисмо целу творевину довели у хармонију са жељом „свих људи да се спасу и да дођу у познање истине“. Економија је створена за људе, а не обрнуто људи за економију. На тај начин и индивидуализам у православљу није у супротности са демократским принципима неолиберализма (увећање богатства народа, елиминација сиромаштва и др.). Православни индивидуализам је против глобалне политике моћи која се у име неолиберализма намеће од економских центара светске моћи. Коегзистенција православља и неолиберализма је могућа све дотле док једна страна овог недељивог света не буде насилно потиснута. Из тих разлога може да се разуме и честа одбојност према захтевима који се силом намећу, како неолиберална политика не би завладала свим просторима, у свету победило насилно уједначавање и сивило, а народ изгубио свој идентитет, своју духовност и свој правослазни религијски и национални идентитет.

Рад је за радника основни извор средстава за живот. Зато неоснована отпуштања, ниска цена рада, неправремена и непотпуна исплата зараде доводе запосленог на ивицу егзистенције. Насупрот томе, брижљив однос послодавца према раду, здрављу и животу ближњега доносе добро како њему, тако и радницима. Послодавци се морају одрећи од противзаконитих метода вођења послова уз употребу насиља и претње силом. Стемљење ка успеху по било коју цену, презир према туђем животу и здрављу – грешно је и злочиначко. Док су, дакле, основна материјална добра дата људима подједнако, са економским добрима није тако. Она нису заједничка за све. И тако је због људи, а не због Бога. Бог је људима дао власт да сами расподељују економска добра како би уредили свој друштвени живот и подвизавали се у врлини. Неједнака расподела богатства је друштвена појава, а не природна. Човек се не рађа сиромашан по природи, већ то постаје због друштва и у том стању остаје због људске немилосрдности. Богаташ мора користити богатство којим располаже у духу хришћанске љубави, а не за сопствено уживање. Ако не чини тако, ни по чему се не разликује од грабљивца и лопова. Онај који троши богатство само на себе, примећује Свети Јован Златоусти, губи га. Насупрот томе, онај који га троши на друге – чини богатство својим. Економска добра треба да припадају свима – као и сунце, ваздух, земља и сва природна добра. Богатство које припада једном човеку – штети и њему и целини.

Као што је храна намењена целом телу и, ако се ограничи само на један уд, уништава и тај уд и цело тело, тако је и богатство заједничко, а онај који га узме само за себе – шкоди и себи.

## ЛИТЕРАТУРА

Брдар, М., *Хроника разорене Троје*, Центар слободарских делатности, Логос, Крагујевац, Бачка Паланка, 2012.

Бек, У. *Ризично друштво: У потрази за изгубљеном сигурношћу*, Академска књига, Нови Сад, 2011.

Булгаков, С. *Православље*, Медитеран, Будва, 1991.

Волзнер, М., *Морали прљаве руке*, Албатрос Плус, Београд, 2010.

Гиденс, Е., *Последице модерности*, Филип Вишњић, Београд, 1998.

Гиденс, Е., *Социологија*, Економски факултет, Београд, 2003.

Милосављевић, Љ., *Виђења и слутње*, Филозофски факултет у Нишу, Ниш, 2014.

Митровић, Љ., *Увод у студије глобализације*, Филозофски факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2013.

*Основи социјалне концепције Руске православне цркве*, Беседа, Нови Сад, 2007.

Попер, К., *Отворено друштво и његови непријатељи*, БИГЗ, Београд, 1993.

Токвил, А., *О демократији у Америци*, Издавачка књижарница Зорана Стојановић, Нови Сад, 2002.

Манзаридис, Г., *Социологија хришћанства*, Хришћански културни центар, Београд, 2004.

Хаберманс, Ј., *Дијалектика секуларизације – о духу и религији*, Београд: Досије, Београд, 2006.

Шуваковић, У., *Транзиција: Прилог социолошком проучавању друштвених промена*, Филозофски факултет Косовска Митровица, Косовска Митровица, 2014.

**Radica NEDELJKOVIĆ**

Assistant Master sociologist, Faculty of Philosophy, University of Priština, temporarily seated in Kosovska Mitrovica

## **ORTHODOX RELIGION AS A FACTOR OF SOCIAL DEVELOPMENT AND LEGAL SECURITY**

### **Summary:**

The peoples of their universal value grade for centuries, drawing them out of tradition. Traditions has no primordial religion. It follows the historical memory, both born myths, establishing a clear system of symbols, establishes practices and builds vertical where nations survive. The Serbian Orthodox religion of the people resisted the temptations of violence and centuries of historical amnesia. A direct consequence of these circumstances is the fact that in the Orthodox Serbs, primarily and essentially faith identity, one might say, religion, national identity. Orthodoxy has always pursued economic order worthy of man. Orthodox ethics generally keeps social justice, protecting the economically weaker, eradicate poverty and encourage charity through the immanent social responsibility for shared prosperity. Religion is, among other things to man to regulate the ethical standards and behavior patterns in accordance with the morality and human dignity in all fields, where belongs and its relationship to human development. Orthodox religion and Christianity as a whole, in the context of modern economic processes and the dominance of consumerism, monitors identity crisis and general uncertainty of the individual and the community as a whole. Progress as economic enrichment or accumulation becomes the most good for the world and the alibi for any choice. The man, guided by the ethics of progress, he gave himself the freedom and the right to do anything, to ensure profit and thus ensure a better future. The basic idea of this work is reflected in an attempt to draw attention to the fact that today's economy, both globally and in our country, far from the original meanings of the (housekeeping skills) but that turned into hremastiku (inserted accumulation of wealth). In such circumstances, where the rich get richer and the poor getting poorer, neither economic nor legal Security Advisor.

**Keywords:** *Orthodox religion, social development, economy, hremastika, right.*

**Александра Митровић\***

Докторанд Правног факултета Универзитета у Београду

## ПРАВО КАО ДРУШТВЕНА ПОЈАВА – СОЦИОЛОШКО-ПРАВНИ АСПЕКТ

**Апстракт:** Циљ овог рада је да се укаже на специфичну природу права као социолошког појма и истакне улогу и значај социолошког метода у проучавању права као нормативно уобличене друштвене појаве чију суштину и структуру треба интегрално истражити имајући у виду да поседује вредносну, нормативну и друштвену димензију, а које проистичу из међусобног односа права и друштва. Сложена природа права је последица константне интеракције права и друштва, односно улоге коју право има у друштву, али и које друштво има у праву.

Будући да однос права и друштва резултира делимичним или потпуним (не)остварењем правних норми, неопходно је применити адекватан поступак (метод) истраживања како би се открили и оправдали сви специфични узроци њиховог међусобног деловања.

Закључак је да варијабилну, динамичну и комплексну природу права не можемо истражити без примене адекватног метода, у овом случају социолошког метода, а који једини успева да довољно аналитично, али и искуствено испита функционалне законе права којим се право потврђује као дејствујућа друштвена појава.

**Кључне речи:** *право, друштво, држава, социолошко-правни метод, правни метод, правна норма*

### 1. СОЦИОЛОШКИ ПОЈАМ ПРАВА - СТВАРАЊЕ ПРАВА

Сложена суштину и структура права као духовне и нормативно уобличене друштвене појаве одређене временским и просторним оквиром, неретко је предмет изучавања социологије као и других друштвених наука, где се истраживачке технике и теоријски принципи заснивају на узрочно - последичној анализи међусобног односа права и друштва. Будући да социологија показује велико интересовање за право, то много говори о праву као виду друштвене стварности која је нормативно уобличена и усклађена са акутелним друштвеним вредностима, те која настаје кроз социјалне интеракције појединаца и/или група и тиме потврђује своју друштвену природу.

На процес стварања права се у том смислу различито гледа од оног коме се све више тежи у правној науци. Наиме, правна наука све више

једначи процес стварања права са номотехником или законодавном техником, односно са процедуралним поступком правног нормирања и извођења правних прописа који је строго формализован, док се недовољно пажње посвећује самом садржају и примени (остварењу) датих прописа. Ипак, аспект стварања и примене правних прописа је уједно и динамички, и променљив, али и друштвени аспект права, те се у стварању и примени права види његова суштина као друштвене појаве, односно специфичне технике којом се регулишу друштвени односи. У том смислу се и само стварање права може означити као „давање правног облика друштвеној стварности“<sup>1</sup> На тај начин се дефинишу два начина стварања права: формални и материјални. Први се односи на саму технику стварања правних норми, дакле поступак формирања норме, док се други начин означава као техника уређења друштвених односа, тј. специфичан поступак дефинисања садржаја норме којим се регулишу друштвени односи. Стога се и у овом случају може закључити да се никако не сме занемарити друштвена страна права ни у самом поступку стварања права. Такође, да би тако нормативно уобличено право имало и остварило очекиване ефекте, неопходно је да се у поступку примене права води рачуна о друштвеним односима, будући да се важење правних норми остварује само применом која има ефекта и која је ефикасна. Наиме, немогуће је ослободити се друштвених чинилаца у поступку стварања права, јер „вођење рачуна о социјалним чиниоцима је нужно баш због тога што се право и ствара да би се његовом применом постигли одговарајући ефекти, да би се друштвени односи уредили и стабилизovali на одговарајући начин.“<sup>2</sup>

Када говоримо о доминантним традицијама у домену стварања права, поменућемо евроконтиненталну и англосаксонску. Прва је означена као дедуктивна будући да се опште правне норме стварају на основу законских и осталих општих правних аката, те се њихова примена као таква своди на појединачне правне норме. Други, англосаксонски модел стварања права је означен као индуктиван, с обзиром да се опште правне норме стварају путем прецедента у судској пракси. Поред аспекта правне науке и традиција које постоје у домену поступка стварања права, овај начин стварања права се може анализирати и са аспекта свести. Дакле, зависно од улоге коју свест има у поступку стварања права може постојати спонтано и свесно стварање права. У том смислу, спонтано

---

<sup>1</sup> Саша Б. Бован, *Основи социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2014, 181.

<sup>2</sup> Jugoslav Stanković, *Osnovi opšte sociologije prava, II deo, Stvaranje prava*, Savet projekta Konstituisanje Srbije kao pravne države i Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 1998, 3.

стварање се везује за морал и обичај, тачније за оне правне норме које настају као последица свакодневних друштвених односа код којих није унапред постојао план или свест о њиховом регулисању. Овај начин стварања права је окарактерисан као спонтан, неформализован, дифузан, неорганизован, али и овако створено право, може постати део позитивног (државног) права и то онда када га држава кодификује. На тај начин обичај постаје обичајно право, односно друштвено право постаје државно право што још једном потврђује право као друштвену појаву. Разлика између поступка стварања државног и друштвеног права свакако постоји будући да се државно право потврђује путем судског процеса и државних санкција у случајевима када дође до друштвено непожељних ситуација, док код друштвеног права то није случај. Друштвено право је динамично, спонтано и живо и не захтева учешће суда у регулисању друштвених односа. Ипак, друштвени односи су присутни као чиниоци код обе врсте права, стога социологија истражује како се одвија друштвена регулација у оба случаја.

Свесно стварање права се односи на планирано, усклађено, стабилно и ефикасно доношење правних прописа који ће увек благовремено испратити промене у друштву и друштвеним односима. Промена друштвених односа мора бити испраћена правним прописима, а тај поступак се спроводи као део владајуће политике у једној држави. Циљеви који се постављају и ефекти који желе да се постигну су заправо воља владајућих политичких снага који у складу са односом друштвених снага, као и доминантним друштвеним вредностима и актуелним потребама друштва, креирају правне прописе и у њима истичу своју политичку вољу.

Како би право могло да се проучава као друштвена, али и нормативно уобличена појава, било је потребно посматрати га са аспекта који ће успети да испрати и нормативну и социолошку димензију права. Одате овај рад разматра и појашњава сложени појам права са социолошко – правног аспекта, те као своје ефикасно средство у том поступку користи социолошки метод који је довољно ефикасан јер на јединствен начин успева да истражи сложену природу права. Релативно нов социолошки аспект посматрања права, анализира два битна елемента права: суштину – друштвени однос и структуру – правну норму. Сваки покушај неке прецизније систематизације немогуће је извести, тако да је ова систематизација уједно и општег карактера. Комплексна природа феномена друштвеног односа носи важну особину *ars inventoriae*, што говори да се стално стварају нови и мењају постојећи топоси.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Nikola Visković, *Argumentacija i pravo*, Pravni fakultet u Splitu, Split 1997,83.

Социолошко - правни аспект, стога успева да на интегралан начин обједини суштину и структуру права тако што прати њихову варијабилну друштвену природу. Наиме, право и све његове конститутивне елементе и коцепте, треба схватити у јуриспруденцији као и у животу, са *унутрашње тачке гледишта*.<sup>4</sup> То заправо значи да се под *унутрашњом тачком гледишта* подразумева начин размишљања где неко под правилом (нормом) подразумева *разлог за деловање*.<sup>5</sup> Стога се враћање класичној традицији заснива се на *теорији разлога за деловање*, где су разлози нормативни, али не садржајем, већ нормативни у смислу односа према ауторитативним правилима у правним нормама.<sup>6</sup> Право је дакле, ништа друго до оправдани разлог за деловање људи, односно реакцију друштва на ауторитативна правила означена као правне норме. Социјалне интеракције су стога последица ауторитативности правила изнетим у правним нормама. Такође, важно је указати на неопходност постојања *разлога* (правила - правне норме) јер би у супротном друштвени живот био дефектан.<sup>7</sup> У том контексту, правна норма – правило, право или *разлог за деловање*, је попут правног лека за све дефекте, као и потенцијалне дефекте до којих може доћи у социјалним интеракцијама. Ако се тежиште пребаци на друштвене односе, те право посматра као искључиво друштвена појава, друштвени односи постају материјализовани супстрат права укључујући и оне који стварају негативан ефекат попут социјалних конфликта, па се констатује да на право утиче друштвена егзистенција, те да је она у том погледу аутономна и формализована кроз правне норме. Према томе, закључак је да „свака тачка, која је обухваћена општим животом друштва, у исто време и у истом односу нужно обухваћена и правом”.<sup>8</sup>

Уколико бисмо право посматрали само као нормативни систем, уопште не бисмо могли да приступимо некој озбиљнијој анализи права са социолошко – правног аспекта. Ако не занемаримо друштвену страну права, можемо га проучавати социолошки тако што ћемо анализирати како оно делује на друштво, али и како друштво делује на право. Посматрање међусобног односа права и друштва социолошко-правни аспект темељно анализира и том приликом истиче извор, циљ и функције које право има у

<sup>4</sup> Jules Coleman, Kenneth Einar Himma, Scott Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, ISBN – 13: 978 – 0 – 19 – 927097 – 2 (pbk); ISBN – 10: 0 – 19 – 927097 – X (pbk), Biddles Ltd. King’s Lynn, Norfolk – on acid – free paper by, Great Britain 2004, Online publication date: sep 2012, page 15 of 39.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Émile Durkheim, *De la division du travail social*, troisième édition, Paris 1937, 28-29.



друштву. Тако се издвајају три битна елемента права: друштвени односи, вредности и норме као састојци (елементи) права, који су уједно и извори права. Друштвени односи су дакле, материјални извори права, правне вредности су вредносни (етички) извори права, док су правне норме формални извори права.<sup>9</sup> Но, нису сви друштвени односи предмет искуства правника, већ само они који допуштају могућност јавне контроле и физичке принуде, те садрже сукоб интереса који угрожавају постојеће друштвене системе. За друштвене системе пресудни су сукоби који настају у оним односима који задовољавају темељне природне и друштвене потребе и интересе човека (биолошки, економски, политички).<sup>10</sup> Ипак, социолошки аспект се не бави вредносним аспектом права, а што је поред друштвеног и нормативног, још једна димензија права.

Будући да има нормативну, вредносну и друштвену димензију, праву се може приступити са нормативног, филозофског или социолошког аспекта, а оно чиме ћемо се детаљније бавити у овом раду је социолошко схватање права које ћемо истражити применом адекватног метода, социолошког метода. Проучавање права спроводи се применом социолошког метода тако што се прави аналитички захват у друштвеним односима, а не у правним нормама, јер „животом права не управља логика, него искуство друштвене егзистенције“<sup>11</sup>, јер правни појмови су релативни и технике интерпретације права морају узимати у обзир сукобе између друштвених група.<sup>12</sup> Тако су друштвени односи означени као материјална основа права. Ипак, општи социолошко-правни аспект захтева интегрални приступ при проучавању, будући да такав приступ праву подразумева изучавање права као друштвене стварности и то на два начина: изнутра - суштински (садржина права); споља – структурално (конститутивни елементи правне норме). Како је анализа вредносног аспекта права резервисана за филозофију права, виђење права као нормативног поретка над којим држава има монопол принуде, ствара додатну могућност социолошким методом да делимично истражи и нормативну природу права, али тако што ће посматрати право као нормативно уобличену духовну творевину која има и облик друштвене контроле од стране државе.

---

<sup>9</sup> Nikola Visković, *Pojam prava. Prilog integralnoj teoriji prava*, Pravni fakultet u Splitu, Split 1981., 83.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 94.

<sup>11</sup> Georges Gurvitch, *Traité de Sociologie*, Tome II, Seconde edition, Universitaires de France, Paris 1963, 188.

<sup>12</sup> *Ibid.*

## 2. ДРУШТВЕНО И ДРЖАВНО ПРАВО

Како у примитивним заједницама, тако и у развијеним државним уређењима постоји „друштвено“ и „живо“ право које обезбеђује функционисање државног поретка, тако да право које ствара држава је само једна врста „система правних правила“ који се ствара и примењује путем судског поступка или применом државне санкције.<sup>13</sup> Али право никако не треба свести само на овај облик, односно механизам регулације друштвено непожељних ситуација или понашања појединаца или група. Поред таквог права постоји и „живо“ право-друштвено право које регулише друштвене односе, али не долази пред суд. Домен интересовања социологије права није једино и само право које ствара и примењује држава, већ управо оно које произилази из друштвених интеракција, односно „живо“ или друштвено право, јер право као систем правила и „повремених или појединачних заповести“ државе и не представљају право<sup>14</sup> у правом смислу речи, а закони треба да буду приступачни онима који су им потчињени<sup>15</sup>, односно друштву.

На основу тога, државно право се још може схватити као право у ужем смислу, које одређују правне норме као средства присилног сређивања конфликта у преднормативним правним односима ради остварења битних интереса и циљева владајућих група. Циљеви и вредности потенцирани у правним нормама заштићени су принудом тако што су правне радње које су повољне по владајућу скупину означене као обавезе и овлашћења, а оне које нису повољне, као прекршаји, или санкције у случају да дође до неиспуњења обавезе.<sup>16</sup> Држава је стога означена као стваралац права, односно стваралац позитивног права. Такође, јасно је да државно (позитивно) право није уједно и најбоље право јер је као логичка законитост одређена само тренутним интересима владајуће скупине и темпорално и територијално ограничена. Тиме државно (позитивно) право занемарује природно право које не сме изостати у процесу стварања права. Само ако је је природно право присутно у позитивном праву, може се говорити о хуманом праву, дакле праву које служи свим људима, а не само држави. На овај начин процес стварања позитивног права изискује учешће норми природног права, те ће као такво бити засновано на разуму и рационалној концепцији ауторитета ума, а не ауторитета силе, односно државне принуде. Само кроз спајање

---

<sup>13</sup> J. Stanković - П deo (1998), 7-9.

<sup>14</sup> Лон Л. Фулер, *Моралност права*, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање, Београд 2011, 107.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> N. Visković (1981), 162-163.

сва три елемента права дефинишемо интегрални приступ праву тако да га схватамо као „систем државних и друштвених норми с којима се принудно усмеравају најважнији и најконфликтнији међуљудски односи ради остварења мира, сигурности, праведности и других доминантних вредности.“<sup>17</sup> Када се социолошки тумачи право у ширем смислу, правна норма је нешто другачије дефинисана. Нормативни систем у ширем смислу није систем који санкционише држава, односно санкција у правној норми није државног, већ друштвеног карактера. Стога право у ширем смислу јесте означено као друштвено право. Ово право не санкционише држава па се под њим могу подразумевати међународно, обичајно, црквено или аутономно право.

Најзад, потребно је направити јасну разлику између права у ужем и ширем смислу, односно разлику између државног права које је строго формализовано и прецизно детерминисано и друштвеног права које се заснива на неунифицираној интерпретацији, на идеји друштвене солидарности, интегрисаности, али и конфликтности. У том смислу државно право је ближе индивидуалистичком принципу, а друштвено наиндивидуалистичком, односно идеја државног права је ближа идеји позитивног, а идеја друштвеног права ближа је идеји природног права.

### 3. ЕФЕКТИВНОСТ ПРИМЕНЕ ПРАВА - ДРУШТВЕНО ДЕЛОВАЊЕ ПРАВА

Право успева да повеже идеално са реалним, апстрактно са конкретним, односно повезује норму и друштво. У ширем смислу друштво је реална појава сачињена од повезаног деловања људи, односно телесних, психичких и духовних појава два или више појединаца које се манифестује кроз људско понашање у реалном свету. Друштвене појаве се између осталог показују „као процеси комуницирања или размене информација – процеси и којима људи упућују једни другима поруке са намером да нешто покажу, опишу, објасне, траже, упитају, пренесу емоције, створе фактичка стања и тд.“<sup>18</sup> Питање је ипак, на који начин су људска понашања повезана са правом, односно правним нормама, јер познато је да као што право делује на друштво, тако и друштво делује на право. Очигледна потврда деловању права на друштво је правна свест коју људи имају о праву. Таква свест може бити позитивна или негативна, при чему се људи повезују, делују једни на друге и на тај начин обликују своју правну свест. Она може бити одобравајућа или неодобравајућа, чиме се

---

<sup>17</sup> Nikola Visković, *Teorija države i prava*, Birotehnika CDO, Zagreb 2001, 117.

<sup>18</sup> Nikola Visković, „O tumačenju pravnih akata“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Zagreb 3-4/1981, 370.

заузима одређен став према праву, а из правне свести човека, следи процес примене права. Право дакле, има своју реалну манифестацију у нормама и ставља пред човека одређен модел понашања које ће код њега наићи на одобравање (примену) или неодобравање (кршење). Уколико право наиђе на неодобравање од стране човека, и самим тим резултира поступком кршења права, односно дође до тога да појединац неће да се понаша по норми, на сцену ступају државни органи који путем државне принуде (санкције), теже да изазову примену права.

Ипак, начин на који друштво делује на право је изражен кроз чињеницу да норма мора да се усагласи са временом у коме се доноси, што значи да се надовеже на затечену друштвену атмосферу. Творац норме када ствара норму, мора бити у вези са друштвом и друштвеним приликама тог времена преко актуелне друштвене културе, а коју опет спознаје путем важећег, позитивног права. Тако се исказују и дефинишу права и обавезе појединца у духу затечене друштвене атмосфере. Основом постављених модела понашања, норма почиње да производи одређене процесе и ствара односе међу људима који своје понашање усклађују, или не, са изнетим садржајем у норми. „У овом смислу правно деловање је једна врста друштвеног деловања, правне појаве су посебна врста друштвених појава, а право је само један део друштва као целине, тако да однос друштва и права није однос два одвојена ентитета него однос целине и једног њеног дела.”<sup>19</sup> Правно деловање као део друштвеног деловања, право као део друштва као целине, чини да је и право истовремено део предмета изучавања социологије, односно део друштва. Стога, социологија као комплексна наука има широк опус интересовања, па је можемо дефинисати као науку „која на основу одговарајућих парадигми сложеног детерминистичког модела проучава друштво као систем посебне врсте, открива правилности у саставу и кретању друштва, те особине човекове генеричке суштине.”<sup>20</sup> Дакле, немогуће је говорити о праву, а да се занемари његова социјална природа која се испољава кроз константан утицај друштва на право, његову садржину, али и на његово функционисање и са друге стране, утицај права на друштво. Однос права и друштва, као и однос између права и државе се најбоље може сагледати и анализирати са социолошко-правног аспекта, односно тако што право

---

<sup>19</sup> Милован М. Митровић, Саша Б. Бован, *Основи социологије и социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2012, 48.

<sup>20</sup> Саша Б. Бован, „Социологија права као социологија правне праксе”, *Научни скуп са међународним учешћем*, „Право и друштвена стварност 2”, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2014, 67.

видимо као посебан скуп нормативно уоквирених друштвених процеса који као вид друштвене организованости дефинишу интересе државе.

#### 4. ПРАВО КАО ПРЕТПОСТАВКА ДРУШТВЕНЕ ОРГАНИЗОВАНОСТИ ДРЖАВЕ

Социолошки метод је уз правни метод неопходан за научно објашњавање државе и права. Држава је примарна организација у друштву која тежи да оствари своје политичке циљеве. „Право, пак, није само средство политике, већ и облик ограничавања државне власти и остваривања одређених вредности прихваћених од претежног дела друштва.”<sup>21</sup> На основу тога, право и држава се проучавају са становишта друштва, односно циљева које треба да остваре и вредности које треба да реализују са становишта друштва. „Наиме, у сваком глобалном друштву је прихваћен одређен систем вредности (судови о правди, слободи, једнакости, реду, миру сигурности и другим; ови вредносни судови садрже и објективне и субјективне елементе), и, са становишта тог система вредности, одређене делатности државе или извесна садржина правних норми се оцењује као позитивна или негативна, као пожељна или непожељна.”<sup>22</sup>

У најрадикалнијем смислу право не представљају норме које садрже правила понашања, већ право одређују понашања људи која су реална и стварна. Ипак овакав приступ је превише екстреман, а уједно и непотпун јер искључује једну битну ставку, а то је да тренутно важеће норме, позитивноправне норме, су још један катализатор друштвеног деловања, тј. понашања људи. Према екстремнијем социолошком становишту право не чине норме које су осигуране принудом, већ управо супротно. Дакле, право је сила регулисана нормама, али тако да те исте норме не регулишу људско понашање, већ силу коју треба спровести.

Са друге стране, са умеренијег социолошког аспекта правна норма се признаје као фактички елемент права, али тако да он није и најважнији. Признање постојања правне норме афирмише њене материјалне манифестације у виду чињења у конкретном смислу кроз праксу, али не и као исказа или тврдње у апстрактном смислу кроз теорију. Сходно томе, социолошки метод показује свој херменеутички значај у тумачењу правне норме, као и поступку тумачења права генерално, будући да омогућава бољу, прецизнију, јаснију и темељнију спознају интеракције права и

---

<sup>21</sup> Радомир Д. Лукић, Будимир П. Кошутић, Драган М. Митровић, *Увод у право*, Јавно предузеће Службени лист СРЈ Београд, Београд 2001, 17 – 18.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 18.

државе (друштва), односно права и друштвених појава и процеса, па је као такав неопходан како правној науци, тако и правној пракси.

## 5. ОДНОС СОЦИОЛОШКОГ И НОРМАТИВНОГ МЕТОДА У ПОСТУПКУ ПРОУЧАВАЊА ПРАВА КАО ДРУШТВЕНЕ ПОЈАВЕ

Све чешћа примена социолошког метода, довела је до тога да је успео да надвлада, до скоро доминантан, нормативни (правни, догматички, егзегетички) метод. То не значи да је нормативни метод престао да постоји, већ је социолошки метод само указао на недостатке и слабости нормативног метода и тиме потврдио своју супериорност над њим. Обавезна је примена социолошког метода и његово удружено деловање са нормативним методом како у области сазнавања права, тако и у области правне технике. Сазнавање права захтева двострану улогу социолошког метода, те се може применити самостално, за сазнавање извесне друштвене стране права и несамостално, као помоћни метод нормативном или неким другим методима као што је случај у правној техници при стварању и примени права.

Области стварања и примене права су заправо питања судске праксе која „се може проучавати из различитих аспеката, на пример када истражујемо утицај разних друштвених фактора на одлучивање судија, када се питамо како социолошко вештачење (знања која нам социологија даје о друштву) утиче на примену права, када истражујемо место правосуђа унутар система поделе власти, када истражујемо социјална обележја судијског staleжа и њихов утицај на пресуђивање, када са једног више субјективног, а заправо социо – психолошког становишта, усмеравамо пажњу на остале учеснике у судском поступку (парничари, жртва кривичног дела, починилац, поротници, тужилац, бранилац), итд.“<sup>23</sup> У судској пракси управо социологија права испитује друштвене, психолошке и природне факторе у поступку стварања и примене права који заједнички утичу на формирање једне правне појаве. Стварање правне норме захтева и примену традиције и природног права будући да је природно право универзално, ванвременско, свеprisутно, иманентно, свељудско и не познаје ограничења ни у територијалном, расном, верском смислу. Природно право дакле, не познаје класе јер је наднационално, надпозитивно, оригинално и служи правди и човеку, а не неправди и самовољи. Стога је важно да се позитивно право идеолошки увек ослања на природно право, како би о њему могли да говоримо као добром праву по једну државу, односно једно друштво. У том смислу, социологија

---

<sup>23</sup> С. Б. Бован (2014b), 117.

права је посебна социологија која истражује однос друштва и права. Међутим, ово је апстрактно неодређено и непрецизно схватање, те се у литератури налази у разним варијантама, где се налази да социологија права проучава друштвену страну права, право као друштвену појаву, друштвену основу права, утицај друштва на право и слично.<sup>24</sup>

Друштвена варијабилност и динамичност мора бити узета у обзир током процеса правног нормирања, тако да се правне норме морају мењати у складу са друштвеним променама, те морају бити усклађене са друштвеним променама било да су те промене резултати еволуције или револуције. Поред правних норми и моралне норме су подложне одређеном степену трансформације.<sup>25</sup> Дакле, моралне норме суштински прате променљивост друштвене кохезије одређене временом и простором јер „време и простор спадају у најочигледније појаве, тако да не долазе у питање”.<sup>26</sup> У том смислу, време и место су како Кант истиче, појаве *a priori* без којих није могуће мислити о свету уопште, јер је време мера трајања, постојања ствари, појава и света. Прави пример права као друштвене појаве је позитивно право као чисто друштвена творевина јер важи у извесном друштву, међу људима, постоји у људској свести и регулише њихово понашање. Право се стога, не може посматрати искључиво као нормативна, или идеална појава која постоји сама по себи и искључиво за себе јер оно постоји и међу људима, у свести људи и за људе. Колико је и како право везано за друштво, види се на примеру стварања правне норме, када се посматра творац правне норме и када се мора узети у обзир да је творац део друштва, део извесне друштвене културе, део важећег права, па се тако право надовезује на творца у позитивном или негативном смислу у процесу стварања норме. За проучавање такве појаве потребно је учешће не само нормативног, већ и социолошког метода.

Садржај социолошког метода у праву креиран је на основама два потпуно различита становишта о друштву: консензуалним социолошким теоријама – у којима се друштво заснива и одржава на основама органске солидарности или интересно – вредносног слагања (консензуса) међу људима и конфликтним социолошким теоријама, у којима се доказује да се друштво заснива и одржава принудном регулацијом интересно – вредносних сукоба међу припадницима неједнаких владајућих и

---

<sup>24</sup> Саша Б. Бован, *Парадигматски корени социологије права*, Београд 2004, 109 – 120. Преузето: Саша Б. Бован, *Основи социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информације, Београд 2014, 131.

<sup>25</sup> Slobodan K. Perović, *Zabranjeni ugovori*, Beograd: BIGZ, Beograd 1975, 163.

<sup>26</sup> Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд 1992, 54.

невладајућих друштвених класа и слојева.<sup>27</sup> Имајући у виду да предмет истраживања увек одређује и методе истраживања<sup>28</sup>, при изучавању права подразумевају се све теоријске поставке и технички поступци који омогућавају спознају, али и практичну обраду специфичног и нужног предмета искуства правника.<sup>29</sup> Право је специфична друштвена појава и треба је интегрално сагледати јер његова суштина проистиче из међусобног односа права и друштва и функције коју право има у друштву, али и које друштво има у праву, будући да право има и функцију друштвене контроле. У том смислу социолошки метод као врста узрочно – објашњавајућих метода који емпиријски проучавају право, утврђује узрочне, али и неузрочне законе (функционалне, развојне и др.) права као дејствујуће и делујуће појаве.<sup>30</sup>

Чињеница је да се свака наука служи методом, односно има пут којим ће пласирати своју научну активност у научној теорији и начин којим ће решавати истраживачке задатке. Међутим, ретко која наука има само један њој својствен метод којим се служи на путу истраживања јер су у служби науке, као и права, више научних метода у служби организовања научне делатности. Тако се социолошки и нормативни метод допуњују, претпостављају и деле исту функцију, иако су суштински различити јер један је реалан, а други идеалан. „С обзиром на то да је циљ научне делатности стицање знања, научни метод је елемент унутрашње структуре науке која нам показује како наука долази до знања, тј. како се одвија и обавља научна делатност.“<sup>31</sup> Међутим, у литератури се врло често овај метод изједначава са његовим техничким елементом када се под методом подразумевају само различите технике прикупљања и обраде података (ове технике се најчешће називају научним методом у ужем смислу).<sup>32</sup> Најзад, то су конкретизовани и специфични поступци, материјална средства, помоћу којих откривамо особине предмета што је циљ научног истраживања.<sup>33</sup> Нормативни метод изучава право као изоловану духовну творевину, изван времена и простора, али мора узети у обзир да оно у себи носи и друштвене елементе поред своје нормативне структуре. Суштина нормативног метода је да се путем тумачења открије

---

<sup>27</sup> Вид. Маса Јоган, *Sociologija reda*, „Критични орис функционализма и конфликтне теорије“, Марибор 1978.

<sup>28</sup> Никола Висковић, *Osnove metodologije prava*, Split 1980, 3.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Радомир Лукић, *Методологија изучавања права*, Анали Правног факултета, Београд 1965, 35.

<sup>31</sup> Саша Б. Бован, (2014а), 18.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Радомир Лукић, *Основи социологије*, Научна књига, Београд 1975, 47 – 48.



садржина, тј. право и тачно значење правне норме,<sup>34</sup> њена логичка природа, елементи који је чине, начин на који се елементи везују у норму, истражи однос између норми (правна снага и хијерархија између норми) и како се норме везују у правни поредак.<sup>35</sup> Ипак, нормативни метод не успева да научно објасни право и однос права и друштва или права и државе, тако да је улога правног метода више дескриптивне природе. Како би се дошло до суштине, неопходно је открити друштвене узроке настанка права, а затим и улогу коју право имају у друштву и обрнуто, те једини метод који то може открити је социолошки метод.

Социолошки метод ће своју примену наћи само ако се право посматра у ужем смислу (скуп правних норми), па ће у том случају настојати да утврди право као нормативну појаву која настаје под утицајем бројних друштвених појава. Њиме се објашњава начин на који право стварно функционише, као и фактори ефикасности, циљеви које право остварује и дејство које право оставља на друштво. То значи да се социолошки метод занима и за дејство правних норми које оне остављају на друштво, као и узроке који су довели до делимичног или потпуног (не)остваривања правних норми у друштву. Социолошки метод се бави и питањима у вези са друштвеним снагама које утичу на стварање правних норми и њиховог тумачења као нормативно уређених интереса које заступају доминантне друштвене групе. Захваљујући социолошком методу може се сазнати зашто су држава и право такви какви јесу и шта утиче на њихову природу, па је његова примена неопходна у испитивању односа права и друштва јер се тако стиче јаснија и потпунија представа о друштвеним појавама, процесима и њиховом утицају на право што је од изузетног значаја како за правну теорију (науку) и правну праксу.

Социолошки метод посматра и истражује реалне појаве попут људских реакција на представљен модел понашања кроз норму. Када се пореди правило понашања у правној норми и правна свест човека о том изнетом правилу, често долази до несклада између онога што треба да буде (права и обавезе у правној норми) и онога што јесте (правна свест човека). Да би се откриле те разлике између нормативног и стварног, односно идеалног и реалног које узрокују несклад, потребно је учешће социолошког метода јер ће открити норму као друштвену стварност, где је она истовремено и идеална појава, па је неопходно да у поступку истраживања учествује и правни метод. Разлика које је утврдила правна догматика даје задатак социолошком методу да утврди одакле потичу дате разлике. Задатак социолошког метода није нарочито тежак у овом случају

---

<sup>34</sup> М. Митровић, С. Бован, 333.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 334.

јер је лако увидети разлику између писаног права и права у друштвеној стварности. Сложеније је уочити разлике између неписаног права и права које постоји у људској свести, попут обичајног права јер тада постоји неко устаљено право које сви знају и поседују у својој свести, али се ипак људи понашају супротно од оног што знају и што носе у својој свести као неписану норму. Социолошким методом се тако уочава разлика између права које постоји као важеће, односно писаног и стварно важећег, односно оног које се примењује.

Када би социолошки метод био искључен из поступка тумачења права, право би се посматрало као апсолутно идеална појава која егзистира као ванпросторна и ванвременска творевина и нема свој почетак и крај, нема свој узрок настанка, нема своју сврху постојања, а самим тим ни значаја. Постоје питања на која социолошки метод не може дати одговор, попут садржине правне норме и нормативних елемената јер норме су идеалне, а социолошки метод као реалан метод учествује у поступку сазнавања садржине правне норме тек након што норма буде сазната тако што испитује који су то реални фактори условили садржај норме.

Социолошки метод истражује како се садржина норме рефлектује на друштвену когезију када правни метод сазна садржину правне норме. Како је правна норма класног карактера, односно како кроз своју друштвену функцију остварује одређен друштвени циљ, може се говорити о друштвеном утицају на садржај норме, али и норме на друштво. Овом односом бави се социолошки метод и истражује друштвене чиниоце који обликују садржај правне норме. Тада се узима у обзир комплетна друштвена ситуација коју право регулише, а потом се испитују доминантни друштвени интереси којима се право води те се тако покушава доћи до правог значења правне норме. Будући да су правне норме средства за уређивање преднормативних правних односа ради остврења битних интереса и циљева владајућих друштвених скупина, правне радње које су повољне за владајућу скупину класификују се у норме као овлашћења, а оне које су неповољне по дату скупину као прекршаји, односно претпоставке за примену санкције. Право је у том смислу систем државних и друштвених норми с којима се принудно усмеравају најважнији и најконфликтнији међуљудски односи ради остварења мира, сигурности, праведности и других друштвено доминантних вредности.<sup>36</sup> Структуру правне норме стога неће дефинисати логичка замисао, већ потребе, однос снага (моћи), циљеви

---

<sup>36</sup> Nikola Visković, *Teorija države i prava* (2001), 117.

(интереси) друштва, где нормативно уобличен друштвени однос постаје позитивно право укључујући све поменуте супстрате друштвене кохезије.

Сам поступак тумачења и примене права од стране правника практичара, односно судије, почиње процесом прикупљања и обраде чињеница, а потом класификацијом и утврђивањем истих са циљем доношења коначне одлуке. Након поступка обраде чињеница у поступку судског вештачења, следи процес повезивања чињеница који се врши на основу процене значаја чињеница за дати случај који треба решити. Повезивање и процењивање, као и тумачење чињеница је немогуће спровести без социолошког закључивања којим се судија користи при доношењу одлуке. Сваки судија зна или осећа у којој мери је одговарајућа искуствена евиденција битна за доношење судске одлуке<sup>37</sup> како би се дати судски поступак окончао. Имајући у виду да се критеријум тумачења налази у глави интерпрета, како је Хасемер сматрао<sup>38</sup>, судија, чак и кад су у питању рутински случајеви, мора бити опрезан у доношењу одлуке и свестан да одлучује о људским судбинама. Судска одлука стога не сме бити потпуно слободна, односно потребно је методизовати слободу судије у одлучивању да се не би извргла арбитрности. Као тумач, судија је дужан да узме у обзир све околности затечене друштвене атмосфере и да се држи мишљења које је имао сам творац правне норме када је стварао норму, јер као што А. Бек истиче, потребно је стално истраживање ауторових речи.<sup>39</sup>

На крају, право значење правне норме, које изводи судија, мора бити ограничено датим језичко – логичким тумачењем, Уколико се лично не би сложио са тим или би сматрао да право не штити интересе које би требало да штити, судија је у обавези да својим произвољним мишљењем никако не пређе границе које су му постављене. Правда ће у том случају бити присутна само ако је судска одлука донета са оправдани разлогом и сврсисходним циљем по доминантну друштвену скупину, а то потврђује право као друштвену појаву коју је нормативно уобличио државни поредак у складу са затеченим друштвеним вредностима.

## ЗАКЉУЧАК

Константан утицај права на друштво, као и друштва на право чини да, кад год се говори о праву, никако се не занемари његов социјални

---

<sup>37</sup> Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, München 1999, 377.

<sup>38</sup> Вид. Bernd Rüthers, *Methodenfragen als Verfassungsfragen*, *Rechtstheorie* 3/2009, 253-283.

<sup>39</sup> August Boeckh, *Enzyklopädie und Methodenlehre der philologischen Wissenschaften*, Darmstadt 1977, 11.

карактер, односно његова друштвена страна. Право као сложена духовна нормативно уобличена друштвена појава има временски и просторни оквир, те као таква је одређена како сложеном структуром (правне норме), тако и сложеном суштином (друштвени односи). Из тог разлога проучавање права захтева посебан приступ који ће успети да обједини све димензије права: вредносну, нормативну и социолошку (друштвену). Зато је приступ праву интегралан, те се оно може проучавати и са филозофског, правног (научног) и социолошког аспекта. Зато је право као друштвена појава предмет изучавања социологије која све истраживачке технике и принципе заснива на анализи друштвених интеракција унутар друштвене кохезије на коју утичу егистенцијални услови живота. Управо у интеракцији друштвених односа, право настаје као комплексна друштвена појава, те се нераскидива повезаност права и друштва најбоље може сагледати са социолошко-правног аспекта где је право посебан скуп нормативно уобличених друштвених процеса. На тај начин се истиче улога и значај социолошког метода у истраживању друштвених чинилаца који обликују садржај правне норме. Истраживањем се испитују доминантне друштвене вредности (интереси) којима је право уређено попут државног поретка норми и специфичне друштвене стварности.

Право као друштвена појава има своје друштвене законитости на основу којих регулише односе и процесе који га чине. Како би се истражили функционални закони права као дејствујуће друштвене појаве, неопходна је примена ефикасног метода какав је социолошки метод, који би успео да успешно, систематично и емпиријски истражи дате законе.

Најзад, да би се обезбедила квалитетнија, прецизнија, јаснија, систематичнија и потпунија представа о друштвеним појавама и процесима, као и њиховом утицају на право, неопходна је примена социолошког метода, те је он као такав од изузетног значаја како за правну теорију (науку), тако и за правну праксу.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Бован С. Б., „Социологија права као социологија правне праксе“, *Научни скуп са међународним учешћем*, „Правои друштвена стварност 2“, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2014.
2. Бован С. Б., *Основи социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информације, Београд 2014.
3. Voeckh A., *Enzyklopädie und Methodenlehre der philologischen Wissenschaften*, Darmstadt 1977.

4. Coleman J., Himma K. E., Shapiro S., *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, ISBN – 13: 978 – 0 – 19 – 927097 – 2 (pbk); ISBN – 10: 0 – 19 – 927097 – X (pbk), Biddles Ltd. King`s Lynn, Norfolk – on acid – free paper by, Great Britain 2004, Online publication date: sep 2012.
5. Durkheim É., *De la division du travail social*, troisième édition, Paris 1937.
6. Фулер Л. Л., *Моралност права*, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање, Београд 2011.
7. Gurvitch G., *Traité de Sociologie*, Tome II, Seconde edition, Universitaires de France, Paris 1963.
8. Jogan M., *Sociologija reda*, „Kritični oris funkcionalizma in konfliktne teorije“, Maribor 1978.
9. Лукић Р., *Методологија изучавања права*, Анали Правног факултета, Београд 1965.
10. Лукић Р., *Основи социологије*, Научна књига, Београд 1975.
11. Лукић Р., *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд 1992.
12. Лукић Р. Д., Кошуткић Б. П., Митровић Д. М., *Увод у право*, Јавно предузеће Службени лист СРЈ Београд, Београд 2001.
13. Митровић М. М., Бован С. Б., *Основи социологије и социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2012.
14. Perović, S. K. (1975). *Zabranjeni ugovori*. Beograd: BIGZ Beograd 1975.
15. Rüthers B., *Methodenfragen als Verfassungsfragen*, Rechtstheorie 3/2009.
16. Rüthers B., *Rechtstheorie*, München 1999.
17. Stanković J., *Основи опште социологије права*, II deo, Стварање права, Savet projekta Konstituisanje Srbije kao pravne države i Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 1998.
18. Шешкић Б., *Основи методологије друштвених наука*, Научна књига, Београд 1974.
19. Шушњић Ђ., *Критика социолошке методе*, Градина, Ниш 1973.
20. Visković N., *Argumentacija i pravo*, Pravni fakultet u Splitu, Split 1997.
21. Visković N., *Osnove metodologije prava*, Split 1980.
22. Visković N., „О тумачењу правних аката“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Zagreb 3-4/1981.
23. Visković N., *Pojam prava. Prilog integralnoj teoriji prava*, Pravni fakultet u Splitu, Split 1981.
24. Visković N., *Teorija države i prava*, Birotehnika CDO, Zagreb 2001.

**Aleksandra MITROVIĆ**

PhD Student, University of Belgrade Faculty of Law

## **RIGHT AS A SOCIAL PHENOMENON – SOCIO - LEGAL ASPECT**

### **Summary**

The aim of this paper is to highlight the specific nature of the right as a sociological phenomenon and to indicate the role and importance of sociological method in the study of the right as normative configured social phenomenon whose essence and structure should be explored in an integral way with considering that right owns value, normative and social dimension that arise from the relationship between right and society. The complex nature of the right is the result of constant interaction between right and society, and the role that right plays in the society, and that society has in right.

Since the relation of the right and society, resulting in partial or full (non) realization of legal norms, it is necessary to apply the appropriate process (method) research to determine and justify all specific causes of their interactions.

The conclusion is that variable, dynamic and complex nature of the right can not be investigated without the use of an adequate method, in this case the sociological method, which can only succeed sufficiently, analytical, but also enough empirical examination of functional laws which confirms the right as a social phenomenon.

**Key words:** *right, society, state, socio-legal method, legal method, legal norm.*

## ИСТОРИЈСКО ПРАВНА ОБЛАСТ





**Милена ПОЛОЈАЦ\***

Правни факултет Универзитета у Београду

## **ТРАКТАТ КРИСТИЈАНА ТОМАЗИЈА О АКВИЛИЈЕВОМ ЗАКОНУ И ТЕОРИЈА О ПРАВНИМ ТРАНСПЛАНТИМА АЛАНА ВОТСОНА**

**Апстракт:** У раду се детаљно приказују ставови чувеног немачког јуснатуралисте Кристијана Томазија (1655-1728) из трактата о Аквилејевом закону под називом *Larva Legis Aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in foris Germanorum* који је први пут објављен 1703. године. У њему овај филозоф, правник и свестрани интелектуалац доказује, насупрот мишљењу већине, да аквилејанска тужба није реципирана у ондашње немачко право. У овом раду се показује на који је начин ова монографија утицала на ставове Алана Вотсона и његову теорију о правним трансплантима.

**Кључне речи:** *Кристијан Томазије.- Алан Вотсон.- Правни трансплант.- Рецепција.- Аквилејев закон.*

1. За правног историчара и компаративисту светског гласа Алана Вотсона (1933-2018) важно је то да је своју брилијантну научну каријеру започео као правни романиста. Након стицања дипломе правног факултета у родној Шкотској, у Глазгову, докторирао је у Оксфорду. Академску каријеру предавача и професора “цивилног права”, (европскоконтинентално право засновано на римском праву), започео је у Оксфорду, као асистент чувеног Давида Даубеа, једног од најоригиналнијих правних романиста, а наставио је као професор у Единбургу. Истовремено био је ангажован и на универзитетима у САД (*Tulane University Law School, University of Virginia Law School* и у Јужној Африци (*University of Cape Town*). У том периоду настали су бројни чланци, од којих многи садрже оригиналне теорије, а затим и књиге посвећене готово свим областима и аспектима римског права.<sup>1</sup>

Године 1978. Алану Вотсону, тада још професору цивилног права у Единбургу, поверен је капитални пројекат превођења

---

\* Редовни професор, [polojac@ius.bg.ac.rs](mailto:polojac@ius.bg.ac.rs)

<sup>1</sup> Нпр. *Contract of Mandate in Roman Law*, 1961, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, 1965, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, 1967, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, 1968, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, 1971 и друге.

Јустинијанових Дигеста на енглески језик (који је финансирао Фонд Комонвелта - *Commonwealth Fund*). Као директор тј. руководилац пројекта, он је оформио тим преводилаца, све самих познатих имена историјскоправне науке с енглеског говорног подручја. Капитални превод фрагмената класичних римских правника на енглески језик, *The Digest of Justinian*, први пут је објављен 1985. године у Филадельфији у издању Универзитета у Пенсилванији. Тако су Јустинијанова Дигеста, најважнија и најутицајнија правна књига световног права коју је свет икада имао, преводом на језик комуникације данашњег човечанства постала доступна широкој читалачкој публици. Римским правом се никада није престао бавити. Далеко највећи број његових чланака које је објављивао до краја живота тичу се римског права. Такође, римско право је неизбежна тема у његовим синтезама и делима која далеко превазилазе оквире античког римског права.

2. Алан Вотсон био је свестрани интелектуалац, полиглот и особа необично широке правничке културе. Осим изузетно темељног познавања римског права, његовој пажњи нису промакла ни друга античка права (права Блиског истока, библијско право, грчко право). Природно, добро је познавао англосаксонски правни систем. Његов стручни пут, од Шкотске, преко Енглеске до Америке, омогућио му је да подједнако добро разуме римско право, његову рецепцију и стварање европског континенталног система права као и англосаксонско право и његову експанзију у земљама Комонвелта.

Пратећи вишемиленијумски развој права кроз историју и упоређујући широк спектар правних система, он је већ средином седамдесетих година написао и објавио капитално дело, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, у којем је дао своје виђење о путевима правног развоја.<sup>2</sup> Ово дело донело му је светску славу, уз бројне похвале, али и оштре критике. У сваком случају, оно га је сврстало у водеће и незаобилазне ауторитете упоредног права. По његовом мишљењу право се углавном развија путем позајмица, „правних трансплантата“, како их он назива. Он полази од тога да је историја препуна успешних преноса правних институција, па чак и целокупних система. Преузимање појединих института, читавих грана права или чак целокупног система честа је појава у праву. Те позајмице су више утицале на развој права него еволуција правног система у оквиру једног друштва. Избор правне позајмице не зависи од „духа народа“ него понајвише од специфичне правничке културе професионалне елите правника (судија, научника и

---

<sup>2</sup> Књига је први пут објављена 1974. Преведена је и објављена на српском језику на Правном факултету у Београду 2000. године. Алан Вотсон, *Правни транспланти: приступ упоредном праву* (превод с енглеског Силва Митровић), Београд 2000.

других правника). Правна професија више воли да имитира и преузима правила и принципе из страних система те да се позива на ауторитете. На тај начин она развија посебну аутономију која омогућава правну комуникацију независно од културног окружења. Ова теорија је настала као реакција на еволуционистичке теорије о развоју права као и на социолошка схватања, по којима је право израз културе и менталитета једног друштва, продукт јединственог историјског искуства и као такво јединствена културна појава. Тиме је угрозио основне поставке историјскоправне школе о „народном духу“ која је у 19. и почетком 20. века доминирала као основи светоназор и одговор на питање о путевима правног развоја. Такође, марксистичке теорије о уској вези између економије као базе и права као надградње, овим виђењем правног развоја доживеле су снажан ударац.

Међу Вотсоновим критичарима нарочито је експлицитан био социолог Пјер Легранд.<sup>3</sup> Правни транспланти нису могући јер су правила друштвене чињенице. Правила која се преносе из једне културе у другу су састављена можда од истих речи, али не и од истих значења. Кључни елемент правила је смисао, а смисао не може преживети путовање од једне до друге културе. Правило зависи од тумача и његовог схватања, а то схватање зависи од историјских и културних околности. Интерпретација која правилу даје смисао, продукт је одређене правне културе. Између ове две наизглед оштро супротстављене теорије налази се теорија Тојбнера (*Gunter Teubner*) о „правним иритантима“.<sup>4</sup> Према Тојбнеру, правно правило пренесено у други правни и друштвени систем изазива сложени сплет реакција. Први је учинак преноса правног правила да оно изазива реконструкцију система у који се то правило преноси. Такође, пренесено правно правило мења смисао у новом правном систему у односу на оно које је имало у систему из којег је потекло. Систем преноса правила и института је сложен, јер сваки институт има своју правну и друштвену страну. Пренос права се не одвија у облику „трансплантације“ институције, него у облику сложених реконструкција затечених веза које доводе нужно до промене идентитета пренесене институције.

3. Теорија Алана Вотсона, ако се површно посматра и инсистира само на идеји о „правној трансплантацији“ као директном пресађивању институција из једног система у други, делује као екстремна. Међутим, она је слојевита и еластична. Вотсон не тврди да је позајмљивање једини и

---

<sup>3</sup>Pierre Legrand, „The Impossibility of 'Legal Transplants'“, *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 4, 1997, 111-124.

<sup>4</sup>Gunter Teubner, „Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences“, *Modern Law Review*, 61, 1998, 11 и даље.

искључив начин развоја права. Римско право из периода републике види као изразит пример једног правног нетранспланта и сматра да је „савршено могуће да се моћан правни систем развије захваљујући природној надарености, без помоћи транспланта и да то, што је још невероватније, може да се деси чак и у таквом друштву какво је оно које углавном усваја много тога од друге цивилизације.“<sup>5</sup> Јединствени таленат Римљана за право, па чак и правничку генијалност истичу такође и Херман Канторовиц (*Hermann Kantorowicz*), као и Обрад Станојевић у нашој литератури.<sup>6</sup> Алан Вотсон не негира у потпуности ни идеју о постојању „народног духа“ као елемента који утиче на формирање права, али истиче да ако би се за њиме трагало, он се може пронаћи само у малобројним детаљима у којима се поједини правни системи разликују.

Да је Алан Вотсон често неправедно оптуживан за једностраност и претеривање доказују и редови које је посветио Аквилијевом закону, нарочито у поглављу које је назвао „*Lex Aquilia*: рецепција и нерцепција“. Свакако да је најчувенији пример преноса једног правног система у други рецепција римског права. Међу римским институтима које Вотсон узима за пример овог преноса неизоставан је Аквилијев закон.<sup>7</sup> Он у овом тексту упозорава, међутим, да треба водити рачуна о томе да се не преувелича домашај транспланта. Наиме, иако се чини да није било спора о томе да је тужба за противправну штету из Аквилијевог закона реципирана у Западној Европи, ипак један луцидан спис чувеног немачког јуснатуралисте Кристијана Томазија (*Christian Thomasius* 1655-1728),<sup>8</sup> дао је повода за размишљање о овој чињеници, па чак и негирања рецепције аквилијанске тужбе.

4. Алан Вотсон сумарно говори о основним поставкама Кристијана Томазија у спису *Larva Legis Aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in foris Germanorum - Larva legis Aquiliae* који је први пут објављен 1703. године, у којем Томазије оспорава да је дошло до

---

<sup>5</sup> А. Вотсон (2000), 118.

<sup>6</sup> Hermann Kantorowicz, *Studies in the Glossators of the Roman Law (Newly discovered writings of the twelfth century) with the collaboration of William Warwick Buckland*, Cambridge 1938, repr. Aalen 1969, 3; Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд 2002 (15. издање), 10 и даље.

<sup>7</sup> Вид. нпр. А. Watson, *Roman Law and Comparative Law*, Georgia 1991, 182-200, Alan Watson, „Aspects of Reception of Law“, *American Journal of Comparative Law*, 44, 1996, 335 и даље.

<sup>8</sup> Вид. о личности уз богату библиографију Reinhard Zimmermann, „Christian Thomasius, the Reception of Roman Law and the History of the Lex Aquilia“, у књизи Christian Thomasius, *Larva legis Aquiliae (The Mask of the lex Aquilia torn off the action for damage done)*, ed. and transl. by Margaret Hewett, Oxford, Portland (Oregon) 2000, 49 и даље.

рецепције Аквилејевог закона у Немачкој. У домену деликтног права и аквилејанске одговорности, Томазије преиспитује теоријска и практична достигнућа правца познатог под називом *usus modernus pandectarum*, који је у његово време био доминантан и синтетизује их са учењем школе природног права којем и сам припада. Овај спис, као и оригиналан и независан дух његовог писца, свестраног интелектуалца који се супротставља владајућем мишљењу, свакако су утицали на коначне ставове Алана Вотсона о природи и донетима рецепције. Кристијан Томазије тврди да нема никакве везе између Аквилејевог закона и модерног деликта наношења штете другоме, свестан да је његово мишљење различито од већине, било да су то теоретичари, тј. коментатори Јустинијановог права, било да су то практичари (судије, адвокати). Они сви мисле да је тужба која се примењује на немачким судовима за нанету штету ван уговора она из Аквилејевог закона. Томазије зато већ у наслову дела позива да се скине маска Аквилејевог закона са тужбе за нанету штету каква је прихваћена у пракси немачких судова његовог времена. Позива да се престане с дискусијом о Аквилејевом закону и предлаже да се размотри проблем деликтне одговорности на рационалној основи.<sup>9</sup>

Римско право је у Немачкој имало важно место, али је било и отпора његовој примени. Реципирана су само она правила која су била употребљива у новим околностима, често измењена, адаптирана и усклађена с новим приликама. Одређено правило римског права морало је постати позитивно право Немачке, па је било потребно доказати да ли рецепција римског права у новом руху, као *usus modernus*, заиста постоји или не, тј. да су правила римског права заиста прихваћена у пракси.<sup>10</sup> Једно од питања о којима се дискутовало је терет доказивања. Преовлађујуће гледиште је било да постоји презумција у корист рецепције римског права. Ова презумција се може оборити у појединачним случајевима. Став Томазијуса је био супротан. Он је сматрао да се рецепција појединих правила римског права мора доказати, а не да се она претпоставља. Зато је он, испитујући правило по правило, истраживао да ли је оно реципирано или не у Немачкој. Кад је дошао до Аквилејевог закона закључио је да правила римског права у овом случају нису реципирана у Немачкој, те да се примењују правила германског обичајног права коригована канонским правом и начелом правичности

---

<sup>9</sup> О овоме с више детаља Milena Polojac, *Akvilijev zakon i pravna kultura*, Beograd 2015, 267-287.

<sup>10</sup> Horst Kaufmann, *Rezeption und Usus Modernus der actio legis Aquiliae (= Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, Band 5)*, Böhlau Verlag, Köln-Graz 1958, 3 и даље.

(*aequitas*). Ова правила су у складу су с правилима природног права. Ево како он то доказује.

Трактат има 64. параграфа и у основи је подељен у три дела: у првом делу (параграфи I-XV) Томазије излаже право деликата према принципима природног права, у другом делу (§§ XVI-XXX) показује у чему се *actio legis Aquiliae* разликује од принципа природног права, а у трећем делу (§§ XXXI-LXIV) говори о тужби за штету у оновременој правној пракси, о њеној историји у оквиру германских правних обичаја, о њеној сагласности с принципима природног права, и закључује да тужба из Аквилијевог закона није примењена у пракси немачких судова. Такође, пажњу посвећује канонском праву и његовом доприносу рационалнијим правилима која се тичу деликтне одговорности.

Његова је главна намера да покаже да се Аквилијева тужба од актуелне немачке тужбе разликује као птица од четвороножне животиње: „...*quod actio nostra, qua utimur, ab actione legis Aquiliae magis differat, quam avis a quadrupede.*“<sup>11</sup>

Он полази од принципа природног права. То су у ствари познати Улпијанови принципи *neminem laedere, suum quique tribuere* који у Томазијевој разради гласе: *Nemo sibi vult damnum dari non itaque det aliis.* (Нико не жели да му се нанесе штета, исто тако не треба да он наноси штету другима). *Quilibet vult sibi damnum ab aliis datum resarciri; resarciat aliis.* (Онај који жели да му се надокнади штета, нека је надокнади другима). *Suum cuique tribuendum est: tribuatur et damni restitutio.* (Свакоме треба дати оно што му припада: нека се свакоме да и накнада штете). *Nemo laedendus. Frustraneum hoc esset praeceptum, si post laesionem non teneret laeso ad satisfactionem.* (Нека нико не буде повређен. Ово правило би било изиграно ако након повреде не бих био дужан да повређеног обештетим).<sup>12</sup>

Ова правила природног права Томазије разрађује у параграфима који следе. Одговорност за *dolus* и непажњу је у складу с природним правом.<sup>13</sup> Међутим, Томазије иде и корак даље. Не само да починилац одговара за *dolus* и непажњу, него он мора надокнадити штету и када је штета настала пуким случајем, ако ју је он проузроковао.<sup>14</sup> Сматра да су, у складу с природним правом, умно поремећени и деца такође дужни да надокнаде штету. Ова облигација не настаје ни из контракта нити из деликта, него из природне правичности (*aequitas naturalis*). Јер умна поремећеност и недораслост треба да иду на терет оног ко је поремећен и

---

<sup>11</sup>*Larva legis Aquiliae*, § 1.

<sup>12</sup>*Larva legis Aquiliae*, §2.

<sup>13</sup>*Larva legis Aquiliae*, §3.

<sup>14</sup>*Larva legis Aquiliae*, §8.

недорастао, а не на терет оштећеног. Наиме, аргумент да они нису у обавези зато што нису криви није довољан, јер су они ипак способни да причине штету. Та штета је учињена противно праву, јер правом није допуштено да се чини штета. Противправно је све оно што није у складу с правом. А наношење штете другоме није у складу с правом. Власник има право да се супротстави акту умно поремећеног чак и уз употребу силе. Томазије из тога извлачи закључак да он има право и да тражи накнаду штете уколико би настала и то из његове имовине.<sup>15</sup>

Томазије сматра да је основ захтева за накнаду штете право својине. Међутим, иако тужба произлази из власништва над оштећеном ствари, тужба је *in personam*, а не *in rem*.<sup>16</sup> Тужба је према природном праву искључиво реиперсекуторна. С обзиром на то да она произлази из власништва, нема разлога да се тражи кажњавање.

Према природном праву и наследници делинквента су дужни да надокнаде штету.<sup>17</sup> Овакво правило прихваћено је у канонском праву по којем не може доћи до опроста греха уколико није дошло до обештећења. Такође, у складу с природним правом је да ако је више лица починило штету, свако одговара за свој део, а ако се не зна колики је удео сваког делинквента у штети, онда ће сви бити одговорни за целокупну штету (*in solidum*). Међутим, ако један плати остали ће бити ослобођени. Овиме је уведен принцип елективне солидарности, за разлику од аквиланске тужбе која је карактеристична по кумулативној солидарности.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> На овај начин је Томазије је довео у питање принцип природног права да се одговорност заснива на кривници која је захваљујући Хугу Гроцију добила статус аксиоматске истине која се не преиспитује:

*Maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnans cum eo quod aut homines comuniter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est, nempe ut id resarciatur.* 2.17.1. Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres, in quibus Jus Naturae & Gentium item Juris Publici praecipua explicatur, Editio Nova cum Annotatis Auctoris*, The Classics of International Law ed. by James Brown Scott, Volume one, Reproduction of the Edition of 1646, Carnegie Institution of Washington, 1913.

Томазијев став није широко прихваћен ни код правника школе природног права нити код пандектиста. Резултат је био тај да је објективна одговорност скоро у потпуности уклоњена из домена деликтног права. Иако је Хуго Гроције предложио категорију деликата по конструкцији права у коју је сврстао квазиделикте утемељене на објективној одговорности и која би надопунила и кориговала природно правни принцип одговорности по основу кривнице, овај предлог Гроција није наишао на реакцију и пријем. Тако је категорија недозвољених дела заснована на објективној одговорности остала мртво слово на папиру.

<sup>16</sup> *Larva legis Aquiliae*, § 11.

<sup>17</sup> *Larva legis Aquiliae*, § 13.

<sup>18</sup> *Larva legis Aquiliae*, § 14.

Тема другог дела трактата је да ли се *lex Aquilia* уклапа у правила природног права. Томазије по свему судећи не дели већинско мишљење по коме је доношење Аквилијевог закона значило велики културни напредак. Напротив, он сматра да је закон дерогирао претходне обичајне и законске норме које су, чини се, биле у складу с природним правом. Томазије истиче да правило према којем је дужник у обавези да плати највишу вредност ствари, а не једноставно штету према процени, није у складу с природним правом. Наиме, ако је Аквилије имао намеру да казни починиоца због зле намере, онда је нејасно зашто код кажњавања остаје и кад је штета причињена из нехата,<sup>19</sup> чак и кад је он најлакши.<sup>20</sup> Аквилијев закон у овоме одступа од *ius gentium* тј. природног права.<sup>21</sup>

У складу је с природним правом то што се тужба само допушта власнику (*D.9.2.11.6*), јер и захтев за накнаду штете произилази из власништва, о чему је већ претходно било речи. Није у складу с природним правом то што се по основи тужбе из контракта неко може ослободити одговорности услед непажње, док то није могуће по основу Аквилијевог закона.<sup>22</sup> Томазије закључује да није у складу с природним правом да по основу уговора странке имају већу слободу да причине штету него што је то случај ван уговора.

Томазије се затим бави природом аквилијанске тужбе; да ли је тужба пенална, реиперсекаторна или мешовита. Улпијан сматра да је тужба чисто пенална, док је став Паула да је тужба чисто реиперсекаторна, о чему се може посредно закључити из сачуваних текстова. Следеће је питање да ли је тужба наследива тј. да ли се може подићи против наследника починиоца?<sup>23</sup> Јустинијан је у Институцијама очигледно преузео став Улпијана (*Inst.* 4.3.9.) и закључио да се тужба не може подићи против наследника јер је казнена, пенална. Када један плати то не ослобађа друге, јер је реч о казни *D.9.2.11.2* (*Nam ex lege Aquilia, quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena*). Дакле, тужба је чисто пенална.<sup>24</sup> Према мишљењу Улпијана, душевно болесни је ослобођен одговорности, јер штету није причинио противправно, што није у складу с природним правом, сматра Томазије. Улпијан упоређује акт умно поремећеног, детета и четвороножне животиње и, на основу аналогије, долази до закључка да нема одговорности према Аквилијевом закону.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> *Ulp. D.9.2.5.1, Paulus, D.9.2.30.3.*

<sup>20</sup> *Ulp. D.9.2.44pr.*

<sup>21</sup> *Larva legis Aquiliae*, § 19.

<sup>22</sup> *Larva legis Aquiliae*, § 20.

<sup>23</sup> *Larva legis Aquiliae*, § 24.

<sup>24</sup> *Larva legis Aquiliae*, § 25.

<sup>25</sup> *Larva legis Aquiliae*, § 28.



Све ове карактеристике римске аквилијанске тужбе нису у складу с природним правом, закључује Томазије.

На крају Томазије ипак налази једну особину аквилијанске тужбе која је у складу с природним правом, а то је правило о литискресценцији.<sup>26</sup> Штавише, сматра да је Аквилијев закон ту допунио правила природног права. Реч је о правилу да ће се против онога ко негира одговорност одобрити тужба на двоструку вредност (*Ulp. D.9.2.1*), док ће против туженог који призна одговорност тужба гласити на једноструку вредност штете (*Ulp. D.9.2.23.10*). Томазије сматра да је овакво решење праведно, јер је терет доказивања који је на тужиоцу тежак. На овај начин се положај тужиоца побољшава, јер се потиче тужени да призна одговорност. Тиме олакшава положај себи и тужиоцу, док се избегавају непотребни спорови у којима тужени рачуна на своју бољу позицију у парници.

Канонским правом се Томазије бави најпре због тога да покаже у чему се нека од правила канонског права разликују од правила римског права, а затим да покаже да се тужба за накнаду штете која се примењује на немачким судовима делимично ослања на канонско право. На пример, у канонском праву је преовладавало схватање да оно што је починилац незаконито и неправично стекао, након његове смрти треба да врате његови наследници. Из овога произлази даље да су наследници дужни и да надокнаде противправно причињену штету према канонском праву. Цитирани текстови не говоре о случајевима nanoшења штете, него се односе на кривична дела убиства, крађе, разбојништва, паљевине. Међутим, за све случајеве важи јединствен закључак да према канонском праву наследници одговарају за деликте умрлога, али само до висине наследства. То није случај с римским правом. У канонском праву наследник је одговоран за преступ умрлога чију имовину је наследио чак иако наследство није увећано тим деликтом (нпр. у случају паљевине, убиства, проузроковања штете и сл.). Разлог који се наводи је да умрли може бити ослобођен греха само уколико се надокнади причињена штета. Међутим, наследници нису одговорни преко висине наслеђене имовине под условом да су сачинили инвентар. Ово правило које се заснива на правичности (*aequitas Juris Canonici*) важи у случају када је причињено кривично дело злом намером умрлога делинквента.

Сада се Томазије бави германским обичајима, како би указао на порекло тужбе за причињену штету која се користи на судовима његовог времена. Томазије говори најпре о две врсте обичаја; о онима из даље, а затим из ближе прошлости, да би на крају пажњу посветио обичајном

---

<sup>26</sup>*Larva legis Aquiliae*, § 30.

праву његовог времена. Као главни извор сазнања о древним обичајима Германа он користи дела, како сам каже, прослављеног Шилтера (*Schilter*) који се њима детаљно бавио. На старим обичајима различитих германских племена (Визигота, Бургунда, Алемана, Бавара, Рипуарских Франака, Саксонаца, Фрижана, Ломбарда), кратко се задржава, истичући једну њихову заједничку особину; у свим случајевима када је оштећена ствар, по правилу је тражена једнострука вредност. Понекад изнимно, била је додата и казна одређена законом, уколико је неко штету причинио злонамерно. Ово је, наглашава Томазије, далеко од природе аквилијанске тужбе.<sup>27</sup>

Затим детаљније говори о обичајима који су нешто ближи његовом времену, али ипак нису савремени. Извор сазнања о овом слоју обичајног права су познате збирке швапских и саских обичаја; *Schwabenspiegel*, *Sachsenspiegel*. Томазије цитира један број казуистички формулисаних одредби које се тичу штете настале на пример сечом стабала у шуми близу цесте, копањем рупе или подрума у које неко упадне. Један број одредби тиче се штете коју проузрокује животиња. Већи број прописа односи се на убиство или рањавање животиње, нарочито пса, или случај када животиња (најчешће пас), нападне човека па ју он рани или убије у самообрани. Један број изабраних одредби Томазије цитира из Швапског огледала, а други из Саског огледала. Те одредбе су овде разматране вероватно због аналогije нарочито с првим поглављем Аквилијевог закона у којем је заштитни објект управо четвороножна стока. Томазије закључује следеће: Непажња починиоца штете се не кажњава. Зла намера се кажњава, али је казна фиксна и одређена, а не неодређена као у Аквилијевог закону.<sup>28</sup>

Дакле, према Томазију у немачком обичајном праву се разликује да ли је штета причињена намерно или непажњом. Ако је причињена непажњом тада се само надокнађује штета. Ако је она причињена намерно, онда се поврх накнаде плаћа и казна, али је казна увек фиксна и одређена. Кад је реч о злој намери, за њу се наравно одговара и то строже него за непажњу, али се *dolus* мора доказати. Одговорност за *dolus* је раздвојена од одговорности за непажњу и починилац се мора заклети да *dolus* не постоји. Зато се поврх накнаде штете може тражити и казна уколико постоји поред непажње и зла намера. Зато је тужба пенална и не

---

<sup>27</sup>*Larva legis Aquiliae*, § 38.

<sup>28</sup>*Igitur ut paucis totam rem exprimam. Culpa damnum dantis non coeretur poena: Dolus coeretur quider sed poena certa ac determinata, non incerta, uti in Lege Aquilia.*) *Larva legis Aquiliae*, § 41.

прелази на наследнике (*Carpzovius, Hartmann Pistoris*).<sup>29</sup> Томазије расправља о германским правним обичајима свога времена. Највише се ослања на ставове Штрика (*Stryk*) и на његово дело *Usus Modernus Pandectarum*.<sup>30</sup> *Stryk* се и сам позива на претходнике (*Groenewegen, Cyprianus Regneris, Antonius Matthaeus, Struvius, Schneidewinus, Brunnemann, Giesebert*). Штета се данас не процењује уназад, него према њеној вредности у моменту наношења штете.<sup>31</sup> Посебно је важан став Штрика да ранији обичаји Германа могу бити аброгирани, нпр. путем рецепције римског права. Међутим, неопходно је доказати да је до рецепције дошло *de facto* тј. да је суд применио правила римског права.<sup>32</sup>

Томазије даје аргументе зашто по његовом мишљењу није у Немачкој реципирана тужба из Аквилијевог закона, противно мишљењу већине. Зато што, према обичајима у готово целој Немачкој, захтев гласи на стварну вредност штете (а не највишу вредност). Према томе, сматра Томазије, тужба није иста. Такође, нема ретроспективног рачунања. На крају закључује: *nullus sit Legis Aquiliae Usus in foris Germaniae*.<sup>33</sup>

У следећим параграфима Томазије критикује Шилтера који даје у начелу позитиван одговор на питање о рецепцији аквилијанске тужбе, мада признаје да има много аспеката у којима се римска и германска тужба разликују. На пример, судови не праве разлику између *actio directa, actio utilis* и *actio in factum*. Такође, не рачуна се највиша вредност у години или месец дана, него се рачуна стварна вредност у моменту настанка штете. Осим тога, постоји истовремено захтев за казном уз накнаду штете ако је дело учињено доложно. Шилтер закључује да, упркос разликама, тужбе за накнаду штете у немачким судовима имају заједничку природу и припадају истом генусу као *lex Aquilia* што произлази из природне правичности и обичаја који су заједнички за све људе света (*ius gentium*).

Томазије сматра да је то погрешан закључак, сличан ономе да постоји заједничка природа кокоши и слона јер припадају роду животиња:

*Quid respondebimus? nil aliud, quam quod a natura generica ad denominationem speciei non valeat consequentia. Essentia specierum sine differentia specifica nulla est. Alias enim sequeretur e. gr. Gallinam esse*

<sup>29</sup>...igitur regulariter praeter damni aestimationem, etiam emenda seu poena laeso debita peti potest, atque ita poenalem eam esse etiam nostro jure recte asseritur, neque adversus heredes competere, *Larva legis Aquiliae*, § 42.

<sup>30</sup> *Stryk, Samuel: Samuelis Strykii Specimen usus moderni Pandectarum, (ad libros V. Priores) tom I, editio VIII revisa et emendata, Halae Magdeburgicae, 1738.*

<sup>31</sup>*Larva legis Aquiliae*, § 44. S. Stryk, *Usus Modernus Pandectarum ad D.9.2. § 2.*

<sup>32</sup>*Larva legis Aquiliae*, § 45. S. Stryk, *Usus Modernus Pandectarum ad D.9.2. § 3.*

<sup>33</sup>*Larva legis Aquiliae*, § 47.

*Elephantum, quia natura generica Elephanti, quod animal sit, competiti Gallinae. Scilicet non confundendae sunt quaestiones distinctae. Aliud enim est quaerere an lex Aquilia habeat usum moribus nostris, quam recte negavimus simpliciter. Aliud est: An leges sub titulo de L. Aquilia comprehensae usum habeant? Ubi distinguendum. Vel enim illae repetunt generales doctrinas Juris Gentium, apud omnes populos, & sic etiam apud Germanos usum habent; vel pertinent in specie ad Legem Aquiliam qua talem. Et hae nullum rursus usum habent.* (Превод: Шта ћемо одговорити? Ништа друго него да није ваљан закључак у којем се из опште природе закључује о посебној врсти. Нема суштине врсте без тзв. *differentia specifica*. У супротном би могло да следи на пример да је кокош слон, јер је општи род слона то што је животиња, што се односи такође на кокош. Зато не треба мешати различита питања. Јер једно је поставити питање да ли се Аквилијев закон примењује у нашим обичајима (тј. пракси судова), што једноставно с правом негирамо. Друго је питање да ли се примењују закони који су уврштени у рубрику „о Аквилијевом закону“. Овде се мора разликовати. Јер или ти закони изражавају опште принципе *ius gentium* и имају примену код свих народа па тако и код Немаца, или они припадају специфично Аквилијевом закону као таквом. И ако је реч о овом последњем, још једном, немају никакву примену.)<sup>34</sup>

У завршном делу свога трактата Томазије констатује да тужба која је у примени на немачким судовима представља тужбу која је у великој мери усаглашена с принципима природног права тј. *ius gentium*, а базирана је на немачком обичајном праву, као вероватно и старим римским обичајима пре доношења Аквилијевог закона, а удопуњена је принципима канонског права који се заснивају на правичности. *Dum igitur Germani jam habent actionem de damno dato, quae plane adversa est actioni Legis Aquiliae, et hactenus etiam nemo in foro actionem Legis Aquiliae usurpavit, certum est, eam cum Jure Romano non esse receptam.* (Дакле, Германи већ имају тужбу за штету која је потпуно супротна тужби из Аквилијевог закона и до данас нико на суду није применио тужбу из Аквилијевог закона, јасно је да она није реципирана заједно с римским правом).<sup>35</sup>

Тужба која је у примени на судовима није тужба из Аквилијевог закона, него је то тужба природног права тј. *ius gentium* удопуњена правичношћу канонског права. *Actio hodierna de damno dato sit actio fundata in aequitate canonica et Jure Gentium: ideo actio hodierna dabitur contra heredes.*<sup>36</sup> Главна особина такве тужбе за накнаду штете је пасивна

<sup>34</sup>Larva legis Aquiliae, § 49.

<sup>35</sup>Larva legis Aquiliae, § 56.

<sup>36</sup>Larva legis Aquiliae, § 57.

наследивост. Томазије се позива на мишљење угледног судије Давида Мевиуса који је у поводу једног конкретног случаја из 1657. године устврдио да нема разлике између контраката и деликата кад је реч о одговорности наследника уместо умрлог починиоца, а такође да нема разлике између приватног права и канонског права. Ипак, ово питање је било спорно. Томазије зато упоређује два ондашња ауторитета Мевија (*Mevius*) и Карпцова (*Carpzovius*) који су имали супротстављена мишљења о овом питању и даје предност Мевију чије мишљење и сам дели. Коначан суд припада по Томазијевом мишљењу неприкосновеном ауторитету, кога ословљава са „*Illustrus Ordinarius Noster*“, мислећи на свог професора и ментора Самјуела Штрика, који такође дели мишљење о пасивној наследивости тужбе.<sup>37</sup>

Следећа особина тужбе за накнаду штете природног права тиче се одговорности више починилаца. Када један плати, остали се ослобађају облигације. Томазије се позива на мишљење Шилтера који подржава овај став кад је реч о накнади штете без пеналних елемената. Тако на пример ако суседу изгори имање услед непажње неколико лица који су запалили ватру, и ако један од починилаца надокнади штету, остали се ослобађају, па тужилац неће моћи да штету наплати од сваког понаособ.

Још су преостала два питања која тужбу чине сагласном правилима природног права. Једно је одговорност за штету душевно болесних и деце које није разматрано у теорији и пракси ондашњег немачког правосуђа. Последње питање које тужбу чини усаглашеном принципима природног права је казна за онога ко пориче одговорност, један пенални елемент тужбе који би, према мишљењу Томазија, требало преузети из Аквилијевог закона, иако то није случај имајући у виду обичај ондашњих судова.<sup>38</sup>

Томазија је снажно подржавао његов ученик Хајнекије (*J. G. Heineccius*, 1681-1741) у ставу да аквилијанска тужба није реципирана у Немачкој. Ево шта он каже: „И заиста, научници ту прекомерно хвале примену те тужбе (мисли на тужбу из Аквилијевог закона). Али, ако тачно прорачунате, једва да ћете је икад наћи у суду. У овој земљи постоји тужба за спречавање nanoшења штете, за накнаду штете и за кажњавање. Дакако, исто то постоји и код Турака и код Кинеза који никад ништа нису узели из римског права. Па ипак, питам ја вас, да ли ми данас правимо разлику између робова и четвороножних животиња које живе у стаду од свих других ствари? И, да ли процењујемо највећу вредност коју је ствар имала у току протекле године или тридесет дана? И, питамо ли на фин

---

<sup>37</sup>*Larva legis Aquiliae*, § 60 .S. Stryk, *ad D.9.2.§ 5*.

<sup>38</sup>*Larva legis Aquiliae*, § 63.

начин да ли је штету нанео човек човеку, или је штету нанео човек али не човеку, или штета није нанета ни од човека ни човеку? И напokon, да ли је ту износ надокнаде штете удвостручен ако се одговорност порекне? Наравно, то нико не би рекао. Па ко онда може да каже да је Аквилијев закон усвојен? Дакле, садашња тужба за нанету штету уистину потиче из природног права и наших националних закона, а не из Аквилијевог закона.<sup>39</sup>

4. Томазијева расправа несумњиво је утицала на закључке Алана Вотсона. Узред буди речено, и личност Кристијана Томазија по својој интелигенцији, провокативности и неконвенционалности има сличности с творцем теорије о правним трансплантима. Ставови немачког јуснатуралисте побуђују на размишљање о феномену рецепције римског права. о природи, домашају преузимања права из једног система у други. Овај јединствени правнокултурни феномен не сме бити прецењен, али ни потцењен. Ако се за пример узме аквилијанска тужба, онда је видљиво да приликом рецепције нису преузете њене специфичне карактеристике. Карактеристично је и то да за рецепцију аквилијанске тужбе нису била пресудна ни тумачења средњовековне јуриспруденције, него су судови свесно или несвесно применили своју интерпретацију у складу са схватањима средине у којој су деловали. Ако римска правила нису усвојена, као што је случај са специфичним правилима везанима за аквилијанску тужбу, да ли то значи да није било рецепције? Да ли се рецепција римског права односи само на директно преузимање?

Ова питања тичу се такође римских приватних деликата у целини. Јер док су контракти - нпр. купопродаја као најважнији међу њима - у препознатљивом облику дошли до модерних грађанских кодификација, то није био случај с римским правом деликата. Оно је доживело велику трансформацију. Да ли то значи да римско право деликата није имало утицај на модерно приватно право деликата? Да ли би требало закључити даље да римско право деликата треба игнорисати с обзиром на то да се правила модерног деликтног права знатно разликују од римских правила? То би био погрешан и површан закључак.

Алан Вотсон је истраживао право деликата и квазиделиката на примеру француског *Code Civil* доказујући да је римско право реципирано иако нису реципирана специфична римска правила.<sup>40</sup> Вотсон закључује: „ I am not asserting that the French code civil is nothing but a modernized version of Roman law – the articles themselves show that much was not received – nor am I claiming that the explanation of each article of the

---

<sup>39</sup>J. G. Heineccius, *Recitationes in Elementa Iuris Civilis*, наведено према А. Вотсон, (2000), 122.

<sup>40</sup> А. Watson, (1991), 182 и даље.

code civil is to be found in Roman law. I am claiming that the articles of the code – and I would extend this to all legislation, I think – can be fully understood with regard both to their form and their substance only if there is an **inquiry into the cultural history behind them**, and this inquiry must often span centuries and countries. I would also claim that **the force of a reception, in this case of Roman law, is not to be judged simply by the acceptance of rules and structures but by the extent of dependence on a foreign system.**“

Преузимање једне гране права, у овом случају (приватног) права деликата, треба да се процењује не само на основу прихватања или одбацивања појединих правила, већ на основу целокупног утицаја те гране римског права као и ауторитета римског права у целини. Кад римско право постане уобичајен извор из кога се извлаче правила, та правила могу да постану одређујућа за будући развој, чак и кад су одбачена. Она могу да поставе границе за расправу и да изокрену правила која отуд произлазе.<sup>41</sup> Управо је то случај са „рецепцијом“ римског права деликата као и аквилијанске тужбе. Овде није реч о трансплантацији, пресађивању римског закона и тужбе из римског права у друге правне системе, него о преузимању римске терминологије. Вотсон закључује, имајући на уму пример Аквилијевог закона, између осталог: „мора да се истакне и то да правници каткад преувеличавају значај транспланта. Често је систем-домаћин имао слично правило, а ипак је од њега, осим терминологије, мало тога усвојено. Међутим, чак и кад се то деси, сва је прилика да ће и сама употреба терминологије да осигура трајан утицај система-даваоца.“<sup>42</sup>

## СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ

Zimmermann, Reinhard, „Christian Thomasius, the Reception of Roman Law and the History of the *Lex Aquilia*“, *Larva Legis Aquiliae, (The Mask of the lex Aquilia torn off the action for damage done. A legal treatise by Christian Thomasius)*, ed. and transl. by Margaret Hewett, Oxford, Portland (Oregon) 2000.

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

Wieacker, Franz, „Foundations of European Legal Culture“, *American Journal of Comparative Law*, 38, 1990, 1-30 (translated and Annotated by Edgar Bodenheimer).

Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952.

---

<sup>41</sup>А. Вотсон (2000), 167.

<sup>42</sup> *Ibid.*

Watson, Alan, *Roman Law & Comparative Law*, Athens, Georgia 1991.

Votson, Alan, *Pravni transplanti: pristup uporednom pravu* (prevod s engleskog Silva Mitrović), Beograd 2000.

Thomasius, Christian, *Larva legis Aquiliae (The Mask of the lex Aquilia torn off the action for damage done)*, ed. and transl. by Margaret Hewett, Oxford, Portland (Oregon) 2000.

Teubner, Gunter, „Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences“, *Modern Law Review*, 61, 1998, 11 i dalje.

Stryk, Samuel: *Samuelis Strykii Specimen usus moderni Pandectarum, (ad libros V. Priores)* tom I, editio VIII revisa et emendata, Halae Magdeburgicae, 1738. (u fondu biblioteke Pravnog fakulteta).

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

Stein, Peter, *Rimsko pravo i Europa, Povijest jedne pravne kulture*, (preveo s nemačkog originala Nikola Petrak), Zagreb 2007.

Stanojević, Obrad, *Rimsko pravo*, Beograd 2002<sup>15</sup>.

Legrand, Pierre, „The Impossibility of 'Legal Transplants'“, *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 4, 1997, 111-124.

Kaufmann, Horst, *Rezeption und Usus Modernus der actio legis Aquiliae (= Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, Band 5)*, Böhlau Verlag, Köln-Graz 1958, 1-132.

Kantorowicz, Hermann, *Studies in the Glossators of the Roman Law (Newly discovered writings of the twelfth century) with the collaboration of William Warwich Buckland*, Cambridge 1938, repr. Aalen 1969.

Polojac, Milena, *Akvilijev zakon i pravna kultura*, Beograd 2015.



**Milena POLOJAC, Ph.D**

Full Professor Faculty of Law University of Belgrade

**THE TRACTATE ON LEX AQUILIA BY CHRISTIAN THOMASIVS  
AND ALAN WATSON'S THEORY OF LEGAL TRANSPLANTS**

**Summary**

Christian Thomasius (1655-1728), famous German philosopher and lawyer, in his book entitled *Larva Legis Aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in foris Germanorum*, first published in 1703 - argues that the famous Roman statute *lex Aquilia* was never received in Germany. He shows that the law in use in Germany is vastly different from the Roman *lex Aquilia* and that the *actio legis Aquiliae* is entirely different from the principles of natural law. The paper aims to show how these ideas influenced Alan Watson and his theory of legal transplants.

**Key words:** *Christian Thomasius.- Alan Watson.- Legal transplants.- Reception.- Lex Aquilia.*



Андреја КАТАНЧЕВИЋ<sup>1</sup>

Правни факултет Универзитета у Београду

## LEX CORNELIA DE INIURIIS<sup>2</sup>

**Апстракт:** Рад се бави датирањем, садржином и разлогом доношења *Legis Corneliae de iniuriis*, о коме је остало сведочанство у Јустинијановим Дигестама и Институцијама.

Резултати показују да је *Lex Cornelia de iniuriis* је вероватно донет око 80. г. п. н. е., иако постоји извесна могућност да потиче с краја трећег или почетка другог века пре Христа. Он приватноправну тужбу из инјурије шири на дотад нерегулисане ситуације: напад на тело слободног човека без трајнијих последица, било да се на тај начин причињава боле или не, те насилно улажење у нечији стан. Осим тога он предвиђа и разлоге за изузеће судија због блиског сродства са тужиоцем и могућност коришћења заклетве у поступку. Осим тога, изгледа да је за облике деликта које је предвиђао уводио и посебно кажњавање роба учиниоца.

Примењене методе су језичко, системско и историјско тумачење делова Јустинијанових Институција и Дигеста.

**Кључне речи:** *Lex Cornelia de iniuriis*, римско право, *iniuria*, *contumelia*, деликт

### 1. УВОД

Људско тело и част је у старом Риму штићено деликтом инјурије (*iniuria*).<sup>3</sup> Она се помиње у Закону дванаест таблица, иако неки сматрају

---

<sup>1</sup> Ванредни професор, katancevic@ius.bg.ac.rs.

<sup>2</sup> Рад је настао у оквиру пројекта ”Идентитетски преображај Србије” Правног факултета Универзитета у Београду.

<sup>3</sup> Н. F. Hitzig, *Iniuria, Beiträge zur Geschichte der Iniuria im griechischen und römischen Recht*, München, 1899; R. Leonhard, *Der Schutz der Ehre im alten Rom*, Breslau, 1902; R. Maschke, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Iniuriensystems*, Breslau, 1903; J. H. van Meurs, “Iniuria ipsi servo facta”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR)*, 4/1923, 278-298; S. Di Paola, “La genesi storica del delitto di ‘Iniuria’”, *Annali del Seminario Giuridico Università di Catania*, I/1946-1947, 268-294; G. Lavaggi, „Iniuria e obligatio ex delicto“, *Studia et documenta historiae et iuris*, 15/1948, 141-198; D. Daube, “Ne quid infamandi causa fiat”, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto III*, Verona, 1951, 411-450; И. Пухан, “Инјурија Закона дванаест таблица”, *Годишник на Правно-економскиот факултет во Скопје*, 2/1955, 467-484; D. V. Simon, “Begriff und Tatbestand der ‘Iniuria’ im altrömischen Recht”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG)*, 82/1965, 132-187; U. von Lübtow,

да је постојала и пре њега. У деветнаестом веку било је међу научницима популарно да се реконструишу изгубљени правни извори, па и та најстарија римска кодификација. У реконструкцијама осме таблице, на инјурију се односе следеће речи:

*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.*

*Manu fustive si os fregit libero, ccc, si servo, cl poenam subito.*

*Si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt.*<sup>4</sup>

Током више од миленијума, готово сви извори права у Риму су овој законској одредби нешто додавали, мењали њен смисао и ширили њену примену. То је чињено републиканским законима, сенатским одлукама, правничким мишљењима и владарским конституцијама. Овај рад је посвећен једном од тих многобројних извора права. Реч је о *Legi*

---

„Zum römischen Injurienrecht“, *Labeo*, 15/1969, 131-167; F. Raber, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien Köln Graz, 1969; P. Birks, „The Early History of Iniuria“, *TR*, 37/1969, 163-208; R. Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972; R. Wittmann, „Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage“, *ZRG*, 91/1974, 285-359; A. Watson, „Personal Injuries in the XII Tables“, *TR*, 43/3-4/1975, 213-222; J. Plescia, „The development of iniuria“, *Labeo*, 23/1977, 271-289; A. D. Manfredini, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977; A. D. Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano I: Eta repulicana*, Milano, 1979; A. Völkl, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht: Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen u. Injuriendelikt*, Wien Köln, 1984, 40-82, 144-193; E. Pólay, „Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom“, *ZRG*, 101/1984, 142-189; E. Pólay, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest, 1986; M. Hagemann, *Iniuria von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln Weimer Wien, 1998; M. J. Bravo Bosch, *La injuria verbal colectiva*, Madrid, 2007; O. Vuјовић, *Iniuria* (магистарска теза), Београд, 2009; А. Катанчевић, „Iniuria alteri facta преткласичног римског права“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали)*, 1/2010, 288-303; О. Вујовић, „Корени деликата iniuria и convicium“, *Анали*, 2/2010, 260-280; А. Катанчевић, „О пореклу врста деликата“, *Анали*, 1/2011, 413-419; О. Вујовић, „Инјурија као деликт“, *Анали*, 2/2011, 360-380; А. Катанчевић, „A tort protection of the ownership title to a slave“, *Possesio ac iura in re*, Krakow, 2011, 39-47; А. Катанчевић, „Fishing case D.47.10.13.7“, *History of Legal Sources* (Ed. A. Katancević et al.), Belgrade, 2018, 85-94; А. Катанчевић, „Тужба патерфамилијаса за инјурију учињену потчињеном лицу“, *Антика некад и сад: Значај, улога и наслеђе кроз векове* (Ур. Р. Васић, С. Ферјанчић, К. Марицки Гађански), Београд 2018, 135-146; А. Катанчевић, „Actio iniuriarum против патерфамилијаса“, *Правни живот*, 10/2018, 457-470; А. Катанчевић, „Ослобођење од одговорности за инјурију“, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, Косовска Митровица 2018, 97-110.

<sup>4</sup> „Ако неко оштети/уништи екстремитет/орган, па се не нагоди, нека буде талион. Ако је руком или тољагом поломио кост слободном, подлеже казни од триста. Ако робу стопедесет. Ако је учинио инјурију, двадесетпет је казна.“

*Corneliae de iniuriis*, о коме је остало сведочанство у Јустинијановим Дигестама и Институцијама.

## 2. ДАТИРАЊЕ

Закон је тако назван према роду свог предлагача, патрицијском генсу Корнелија. Предлагач закона је могао бити трибун, претор или конзул. Назив закона не би био од велике помоћи за датирање закона, јер је род Корнелија давао преторе и конзуле током читавог периода републике и принципата. Аутора закона ближе одређује фрагмент коментара о кривичним суђењима Венулеја Сатурнина<sup>5</sup>:

D.48.2.12.4. *Venuleius Saturninus libro secundo de iudiciis publicis: ... Item Cornelia iniuriarum servum non debere recipi reum Cornelius Sulla auctor fuit: sed durior ei poena extra ordinem imminebit.*<sup>6</sup>

У тексту се каже да је Корнелије Сула био творац правила из закона, иако се додуше недвосмислено не каже да је он аутор и самог закона. Сула (*Sulla*) је когномен, односно породично име једног огранка генса Корнелија. У литератури се често наводи да је аутор закона био баш Луције Корнелије Сула, (138–78 п. н. е.), римски диктатор и апсолутни владар Рима почетком првог века п. н. е.<sup>7</sup> То доношење овог закона ставља у прве две деценије тог века. Међутим, датирање закона може бити и другачије. Само из Сулиног огранка овог рода претори су били још и нпр. Публије Корнелија Сула отац (212. г. п. н. е.), диктаторов прадеда, Публије Корнелије Сула син (186. г. п. н. е.), диктаторов деда стриц итд.<sup>8</sup> Ипак, чини се да, иако са доста резерве, као аутора треба прихватити Сулу диктатора. Он је био претор 97. г. п. н. е., конзул 88. и 80. г. п. н. е. и диктатор 82–81. г. п. н. е. Његова законодавна делатност је била нарочито

---

<sup>5</sup> О овом мање познатом римском јуриспруденту W. Kunkel, *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln Weimar Wien, 2001, 181 –184.

<sup>6</sup> <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. (Тако је Корнелије Сула био творац правила да роб не може бити тужен према Корнелијевом закону о инјуријама, већ да му прети строжа казна у екстраординарном поступку.)

<sup>7</sup> Постоји читав сајт посвећен Сули: <http://www.luciuscorneliussylla.fr/>, 15. април 2019. Међу његовим новијим биографијама вид. А. Caevony, *Sulla: The Last Republican*, New York, 2005.

<sup>8</sup> *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, III, Boston 1870, 933 <https://archive.org/details/dictionaryofgree03smituoft/page/932>, 15. април 2019.

интензивна у време док је био диктатор, те се тако доношење закона може сместити на крај осамдесетих година првог века п. н. е.<sup>9</sup>

### 3. САДРЖИНА

О материји закона остала су два екстензивна сведочанства. Прво је из Улпијановог коментара едикта:

D.47.10.5.pr. *Ulpianus libro 56 ad edictum: Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat. ... Lex itaque cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod quis pulsatus verberatusve domusve eius vi introita sit. Apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri.*<sup>10</sup>

У цитираном параграфу Улпијан<sup>11</sup> два пута наводи на шта се закон односи. Он даје право на тужбу из инјурије у три случаја: уколико је неко тучен, уколико је неко шибан и уколико се силом ушло у нечији дом.

Слично о томе пишу и Јустинијанове Институције:

I.4.4.8. *Sed et lex Cornelia de iniuriis loquitur et iniuriarum actionem introduxit. quae competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, domumve suam vi introitum esse dicat. ...*<sup>12</sup>

Поново се наводе три иста облика инјурије Корнелијевог закона. Штавише, читајући цео параграф I.4.4.8. и Улпијанове параграфе

---

<sup>9</sup> Осим закона о инјуријама, верује се да су тада донети и *Lex Cornelia de senatum ex equestri ordine, de viginti quaestoribus, de praetoribus octo creandis, de provinciis ordinandis, de maiestate, de censoribus, de tribunis plebis, de falsis, proconsulares rationes, de repetundis, de sententia feranda, de rejectione iudicium, de ambitu, de captivis, de vis publica, de adpromissio, nummaria, de pontificum augurumque collegiis* и *de sacerdotiis*. О Сулиној законодавној делатности А. Кавену, 140 –155.

<sup>10</sup> <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. (Корнелијев закон о инјуријама се односи на онога, ко би желео да подигне тужбу из инјурије у случају да тврди да је био ударан, шибан или да је неко силом ушао у његов дом. ... Тако Корнелијев закон даје право на тужбу из три разлога: уколико неко буде тучен, шибан или му се силом уђе у дом. Стога је јасно да Корнелијев закон обухвата све инјурије које се чине руком.) Вотсон „*omnem iniuriam, quae manu fiat*“ ово преводи са „*every physical affront*“. А. Watson, *The Digest of Justinian*, 4, Philadelphia, 1998, 286.

<sup>11</sup> О Улпијану Т. Honoré, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford, 2002.

<sup>12</sup> <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. (Али и Корнелијев закон је говорио о инјуријама и предвиђао тужбу из инјурије. Она се подиже онда када неко тврди да је тучен, шибан или му се силом ушло у дом. ...).

D.47.10.5.pr. и D.47.10.5.2. намеће се утисак да су Институције преузеле донекле измењени текст коментара едикта. Наиме, иако је за Јустинијанове Институције главни предложак био Гајев уџбеник, данас је у науци неспорно да су оне служиле и поменути Улпијановим коментаром.

Међутим, постоје и фрагменти у Дигестама који, чини се, пртивурече оваквој материји Корнелијевог закона. Сам Улпијан у истом фрагменту даље каже:

D.47.10.5. *Ulpianus libro 56 ad edictum: 9. Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine, uti de ea re agere liceret et, si condemnatus sit qui id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur. 10. Eadem poena ex senatus consulto tenetur etiam is, qui epigrammata aliudve quid sine scriptura in notam aliquorum produxerit: item qui emendum vendendumve curaverit.*<sup>13</sup>

Ту се каже да за инјурију одговара и онај ко је „написао, саставио или уредио“ текст који наноси увреду другоме и то без обзира на то да ли је потписао себе или другога. Како Улпијан каже, такав се осуђује да буде *intestabilis*, односно лице које не може да сведочи. Даље се каже да се истом казном кажњавају на основу сенатске одлуке и они који нешто тако напишу, разгласе или организују куповину тога. У извештају је спорно што Улпијан каже да ће осуђени бити лишен могућности да сведочи „*ex lege*“. Та фраза може да значи „на основу закона“. Једини закон који се у фрагменту наводи, и то пре поменутих речи, је Корнелијев закон о инјурији. Тако би се, на основу језичког тумачења, могло тврдити да се ту каже да је тај закон предвиђао казну интестабилитета за израду и дистрибуцију увредљивих памфлета. Међутим, то директно противречи Улпијановим речима са почетка самог фрагмента где се двапут изричито наводи на шта се Корнелијев закон односи и где се не помињу памфлети, већ повреда физичког интегритета и стана.

---

<sup>13</sup> <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. (9. Уколико је неко написао, саставио или уредио књигу која некоме наноси срамоту или из зле намере проузроковао то што је учињено, било да је учинио под туђим именом или анонимно, дозвољено је због тога тужити и, уколико би био осуђен учинилац, он је *ex lege intestabilis*. 10. Истом казном се на основу сенатске одлуке кажњава и онај ко епиграме или нешто друго без писања чини познатим другима, а тако и онај ко организује купопродају [нечег таквог].).

Остаје да се покуша да се речима „*ex lege*“ нађе другачије значење. Оне би ту могле да значе исто што и данас.<sup>14</sup> Тако би се текст тумачио у смислу да неко самом осудом због памфлета губи способност да сведочи, без потребе да се то пресудом и посебно утврди.

Чини се да даљим излагањем Улпијан таквој интерпретацији додаје још један аргумент. Наиме он каже да „*eadem poena ex senatus consulto tenetur* / истом казном се на основу сенатске одлуке кажњава“ и неко други. Ако се казна из претходног параграфа разуме као она која наступа без посебне судске одлуке, онда би цитиране речи могле да се разумеју и у смислу да је таква санкција уведена наведеном сенатском одлуком. Стога би интестабилитет због израде, али и дистрибуције и куповине увредљивих памфлета, могао да буде уведен у свим случајевима сенатском одлуком, те да нема везе са Корнелијевим законом. На основу тога би се могло рећи да Улпијан излагање о закону завршава параграфом D.47.10.5.8., те да даље наставља причу о облику деликта уведеном другим извором права.<sup>15</sup>

Исти јуриспрудент, на још места у свом едикту помиње *Legem Cornelianam*. Тако у другом фрагменту, сачуваном у истом титулусу Дигеста он каже:

D.47.10.7.1. *Ulpianus libro 57 ad edictum: Si dicatur homo iniuria occisus, numquid non debeat permittere praetor privato iudicio legi Corneliae praeiudicari? ... Quid ergo, si quis idcirco velit iniuriarum agere, quod gladio caput eius percussum est? Labeo ait non esse prohibendum: neque enim utique*

---

<sup>14</sup> „Израз којим се означава да неки правни однос, одн. права и обавезе, настају непосредно на основу општих правних норми садржаних у закону и другим општим правним актима (изворима права), без потребе да постоје правне чињенице, а особито правни акти. Нпр. ако закон пропише да се право гласа стиче пунолетством или да брак престаје смрћу једног супружника, одговарајући односи настају непосредно на основу закона.“ *Правна енциклопедија*, 1, Београд, 1985, 363.

<sup>15</sup> Фон Липтов казну интестабилитета приписује Корнелијевом закону и њу сматра кривично правном. Речи „*ex lege*“ тумачи као „*ex lege Cornelia*“, а притом не објашњава откуд још један облик корнелијанског деликта. U. Von Lübtow, 158-159. Хицих је ишао чак толико далеко да је тврдио да је закон увео фиксну новчану казну. Н. Ф. Hitzig, 78. Ипак, не само да таква казна није посведочена у изворима, већ је фиксна новчана казна у то време у Риму била већ увелико превазиђена. Витман признаје да је корнелијанска тужба приватна, сматра да запрећена казна није сачувана у изворима. R. Wittmann, (1972), 34. Манфредини се опредељује за став да је интестабилитет уведен сенатском одлуком. A. Manfredini, (1977), 230-233.



*hoc, inquit, intenditur, quod publicam habet animadversionem. Quod verum non est: cui enim dubium est etiam hunc dici posse Cornelia conveniri?*<sup>16</sup>

Цео параграф, који је овде дат скраћен, бави се питањем да ли у одређеним случајевима треба дозволити кривичну тужбу и који би њен однос био са приватним тужбама. Прво питање у наведеном делу текста се тиче односа приватне тужбе из инјурије и јавне тужбе у случају нечијег убиства. Други део, у коме се Улпијан не слаже са Лабеоновим мишљењем се односи на евентуалну конкуренцију приватне тужбе из инјурије и јавне по основу Корнелијевог закона, уколико је неком мачем повређена глава. Међутим, ту треба бити опрезан. Наиме, постоји много закона који се у изворима означавају као *leges Corneliae*. Међу њима је и један познат као *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, Корнелијев закон о убицама и тровачима. То је закон који је донео Корнелије Сула и којим се уређује материја кривичног дела убиства. Чини се да се у оба ова случаја ради о убиству, односно његовом покушају, те да су, у тексту поменуте „јавна“ и „корнелијанска“ тужба, везане за овај други такође Корнелијев закон.

Чини се да је сличан случај и у још једном параграфу исте књиге, класификованом у исти наслов Дигеста:

*D.47.10.17.7. Ulpianus libro 57 ad edictum: Si iussu domini servus iniuriam fecerit ... ceterum et si occiderit iussu domini, Cornelia eum eximemus.*<sup>17</sup>

У тексту који је овде делимично наведен, ради се о ноксалној одговорности за инјурију коју учини роб по налогу господара. На крају фрагмента се каже да се роб гони према Корнелијевом закону, уколико убије зато што му је господар тако наложио. Гумачење не оставља много сумње да се ту ради о Корнелијевом закону о убиствима, а не о инјуријама, иако текст већим делом разматра ноксалну одговорност за инјурију и налази се у титулусу D.47.10. *De iniuriis et famosis libellis*.

---

<sup>16</sup> <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. (Уколико се каже да је човек услед инјурије убијен, да ли је могуће да претор не треба да дозволи приватну тужбу, која би искључила кривичну? ... Шта дакле, уколико би неко желео да тужи тужбом из инјурије због тога што му је мачем повређена глава? Лабео каже да му то није забрањено, јер се ово уопште, каже, не тиче јавноправног кажњавања. То није тачно, јер ко уопште сумња да се ту може подићи корнелијанска тужба?).

<sup>17</sup> <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. (Уколико роб учини инјурију по налогу господара ... Штавише, уколико неког убије по налогу господара, гонимо га по Корнелијевом закону.).

У погледу предмета регулисања закона, донекле збуњује текст Марцијанових<sup>18</sup> институција:

*D.47.10.37. Marcianus libro 14 institutionum: pr. Constitutionibus principalibus cavetur ea, quae infamandi alterius causa in monumenta publica posita sunt, tolli de medio. 1. Etiam ex lege Cornelia iniuriarum actio civiliter moveri potest condemnatione aestimatione iudicis facienda.*<sup>19</sup>

Први део сведочи о царским конституцијама које налажу уклањање увредљивих ствари окачених на јавне споменике. Међутим, други параграф каже да се према цивилном праву може подићи тужба из Корнелијевог закона, те захтевати новчана казна према процени судије. Није спорно нити то да се су владари наредили да се оно што је увредљиво, а постављено на јавно споменике, са њих склони. Такође је несумњиво да се Корнелијев закон односи на тужбу са проценом из инјурије, што је јасно и из других извора. Међутим, није јасно у каквој су вези те две чињнице. Наиме, како Улпијан на два и Јустинијанове Институције на једном месту кажу, корнелијанска тужба се подиже у три тачно одређена случаја: два се односе на повреду физичког интегритета, а трећи на повреду стана. Нигде се не помиње могућност покретања спора и због качења нечег увредљивог на јавна места, односно јавне споменике. Вероватно прва асицијација на такав увредљиви предмет би био натпис, односно памфлет. Међутим, Упијан у претходно цитираном тексту изричито каже да је растурање памфлета кажњиво према сенатској одлуци. Једини закључак који се чини вероватан, иако не претерано убедљив, је да је Марцијанов текст измењен, односно скраћен приликом уноса у Дигеста, те да између два параграфа фали део текста који би их повезао у логичну целину.

О садржини закона даље сведочи Улпијан у поменутом фрагменту, цитирајући Сабина и његов адсесориј<sup>20</sup>:

---

<sup>18</sup> О Марцијану W. Kunkel, 176 –177.

<sup>19</sup> <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. (Царске конституције прописују да оно, што је ради вређања других постављено на јавне споменике, буде уклоњено. 1. Међутим, према цивилном праву се може подићи тужба из инјурије по Корнелијевом закону и осудити на износ према процени судија.)

<sup>20</sup> Такав назив дела се јавља неколико пута у Дигестама. Јасно је да је реч о неком типу књиге који су писали јуриспруденти, али не и о каквим радовима је реч. Бергер износи претпоставку да је реч о описаним практичним искуствима правника док су били *adsessores*, саветници судија и магистрата. A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 351.

D.47.10.5.8. *Ulpianus libro 56 ad edictum: Hac lege permittitur actori ius iurandum deferre, ut reus iuret iniuriam se non fecisse. Sed Sabinus in adsectorio etiam praetores exemplum legis secuturos ait: et ita res se habet.*<sup>21</sup>

Из тога се сазнаје да је Корнелијев закон дозвољавао заклетву у спору покренутом тужбом коју је прописивао.

Тај правни акт није пропустио да пропише и сукоб интереса уколико би лице блиско тужиоцу судило у спору. О томе Улпијан каже:

D.47.10.5.pr. *Ulpianus libro 56 ad edictum: ... Qua lege cavetur, ut non iudicet, qui ei qui agit gener socer, vitricus privignus, sobrinusve est propiusve eorum quemquem ea cognatione adfinitateve attinget, quive eorum eius parentisve cuius eorum patronus erit. ...*<sup>22</sup>

Иако наводи зета, таста, очуха и пасторка као неког ко не може да у овој материји суди свом сроднику, разлог за изузеће није одређен довољно прецизно, јер се на каже да не може да суди ни онај ко је „близак по крвном или тазбинском сродству“ без одређивања тачног степена. Интересантно је да се говори само о лицима која су у сродству са тужиоцем, али не и са туженим. Чини се да је злоупотреба суда од тужиоца сматрана друштвено мање пожељном од ослобађања туженог одговорности због наклоњености сродника који суди.

На крају остаје да се помене и извештај који је први цитиран (D.48.2.12.4. *Venuleius Saturninus libro secundo de iudiciis publicis*). Ту се каже да у случају да роб учини деликт из Корнелијевог закона, не може бити тужен на основу тог закона, већ му прети посебна тежа казна. Уколико би роб учинио инјурију, одговорност би била ноксална. Наиме, према општим правилима како је последица осуде за инјурију плаћање казне, а како роб нема имовину те тако ни одакле да плати, тужити роба би било беспредметно. Ноксалном тужбом може бити тужен власник, али како сам није делинквент он може, осим плаћања казне, учиниоца изручити оштећеном да му радом исплати казну. Изгледа да је смисао Сулине интервенције у томе да се за корнелијанске облике инјурије не

---

<sup>21</sup> <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. (Овај закон дозвољава тужиоцу да понуди заклетву, да би се тужени могао заклету да није учинио инјурију. Сабин у свом адесоријуму каже да су претори пратили пример закона. И тако ствари стоје.).

<sup>22</sup> <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. (... Тај закон прописује да неће судити тужиоцев зет, таст, очух, пасторак, рођак по мајци, или било ко, ко им је близак по крвном или тазбинском сродству, или њихов, или патрон њиховог родитеља. ...).

може подићи ноксална тужба. Вероватно је разлог томе што је робу учиниоцу свеједно да ли служи господара, или оштећеног док је у нокси. Роб делинквент је зато кажњаван посебном, извесно телесном казном.<sup>23</sup>

#### 4. *RATIO LEGIS*

Посебно питање у вези са овим законом представља разлог његовог доношења. Према доминантном ставу у литератури и уџбеницима диктатор Сула је желео да тим актом поједине инјурије прогласи за кривична дела.<sup>24</sup> Међутим, иако се он у својој законодавној делатности нашироко бавио кривичним правом, извори о Корнелијевом закону о инјуријама не дају повода да се закључи да је њиме уведен јавноправни деликт. Ни у једном сведочанству не стоји да *actionem iniuriarum* подиже било ко други до оштећени нити да је казна нешто друго до процењена сума новца која се исплаћује оштећеном. Она је према D.47.10.5.9. праћена интестабилитетом, али немогућност сведочења није једина казна, чак ни она која се мора изричито поменути у пресуди. Осим тога, прилично је извесно да је та пратећа последица осуде уведене посебном сенатском одлуком, а не законом. О природи корнелијанске тужбе остало је и сведочанство из Павловог<sup>25</sup> коментара едикта:

D.3.3.42.1. *Paulus libro octavo ad edictum: Ad actionem iniuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest: nam etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est.*<sup>26</sup>

Тако сам Павле каже да је тужба приватна, иако је уведена у јавном интересу, мада се може рећи да су све тужбе без обзира на свој карактер уведене у крајњој линији у општем интересу.<sup>27</sup> Венулеј Сатурнин пише о тужби у делу које је посвећеном јавним, односно

---

<sup>23</sup> Упор. А. Manfredini, (1977), 238 –240.

<sup>24</sup> Међутим, још је Манфредини приметио да су сви институти поменути у вези са Корнелијевим законом приватноправни. А. Manfredini, (1977), 224. С друге стране, Витман сматра да је Корнелијев закон донет да би предвидео објективну одговорност за поменути три облика инјурије. R. Wittmann, (1972), 36. Хагеман и Манфредини верују да је разлог доношења закона био промена надлежног суда, односно замена приватног поступка пред претором и судијом, оним пред квестијом, те да је тужба остала приватноправна. М. Hagemann, 63. А. Manfredini, (1977), 224–225 .

<sup>25</sup> О Павлу W. Kunkel, 244-245.

<sup>26</sup> <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. (Може се поставити прокуратор за тужбу из инјурије на основу Корнелијевог закона. Наиме, иако постоји због јавног интереса, ипак је приватна.)

<sup>27</sup> Упор. О Вујовић, (2009), 79.

кривичним поступцима, али он пише да се ова тужба не дозвољава против роба, против кога се може подићи други поступак, који много више личи на кривични од оног по *actione iniuriarum*.

Као што се види, доказа о увођењу кривичних дела путем Корнелијевог закона нема. Остаје питање заштити је Сули (или неком његовом имењаку) био потребан овакав закон. Ако се пође од предвиђених облика деликта, могло би се доћи до некаквих одговора. Насилан улазак у туђи стан није раније био део инјурије, или бар нема никаквих доказа да јесте. Приширивање приватне *actionis iniuriarum* и на случај кад неко силом продре у туђ дом је довољан и логичан *ratio legis*. Међутим, повреда тела је од Закона дванаест таблица била део деликта нијурије, па се поставља питање зашто су *pulsatio* и *verberatio* морали да буду предвиђени посебним законом. Уколико се ближе погледа одредба из петог века п. н. е. намеће се закључак да је разлика између два закона у интензитету повреде физичког интегритета. Наиме, Закон дванаест таблица предвиђа врло тешке облике телесне повреде, као што су прелом кости и уништење или оштећење једног екстремитета или органа<sup>28</sup>. Према језичком тумачењу, он пропушта да регулише и последице удараца који остављају мање или никакве последице на телу. То после неколико векова чини управо Корнелијев закон о инјуријама, употпуњавајући тако приватноправну заштиту тела слободног човека.

## 5. ЗАКЉУЧАК

*Lex Cornelia de iniuriis* је вероватно донет око 80. г. п. н. е., иако постоји извесна могућност да потиче с краја трећег или почетка другог века пре Христа.

Он приватноправну тужбу из инјурије шири на дотад нерегулисане ситуације: напад на тело слободног човека без трајнијих последица, било да се на тај начин причињава бол или не, те насилно улажење у нечији стан. Осим тога он предвиђа и разлоге за изузеће судија због блиског сродства са тужиоцем и могућност коришћења заклетве у поступку. Осим тога, изгледа да је за облике деликта које је предвиђао уводио и посебно кажњавање роба учиниоца.

---

<sup>28</sup> Упор. Е. Pólay, (1986), 118.

## ЛИТЕРАТУРА

- Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953;
- Birks, P., "The Early History of Iniuria", *TR*, 37/1969;
- Bravo Bosch, M. J., *La injuria verbal colectiva*, Madrid, 2007;
- Daube, D., "Ne quid infamandi causa fiat", *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto III*, Verona, 1951;
- Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, III, Boston 1870;
- Hitzig, H. F., *Iniuria, Beiträge zur Geschichte der Iniuria im griechischen und römischen Recht*, München, 1899;
- Honoré, T., *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford, 2002;
- Hagemann, M., *Iniuria von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln Weimer Wien, 1998;
- Kaevény, A., *Sulla: The Last Republican*, New York, 2005;
- Катанчевић, А., „Iniuria alteri facta преткласичног римског права“, *Анали*, 1/2010;
- Катанчевић, А., „О пореклу врста деликата“, *Анали*, 1/2011;
- Katančević, A., "A tort protection of the ownership title to a slave", *Possessio ac iura in re*, Krakow, 2011;
- Katančević, A., „Fishing case D.47.10.13.7“, *History of Legal Sources* (Ed. A. Katančević et al.), Belgrade, 2018;
- Катанчевић, А., „Тужба патерфамилијаса за инјурију учињену потчињеном лицу“, *Антика некад и сад: Значај, улога и наслеђе кроз векове* (Ур. Р. Васић, С. Ферјанчић, К. Марицки Гађански), Београд 2018;
- Katančević, A., „Actio iniuriarum против патерфамилијаса“, *Правни живот*, 10/2018;
- Катанчевић, А., „Ослобођење од одговорности за инјурију“, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, Косовска Митровица 2018;
- Kunkel, W., *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln Weimar Wien, 2001;
- Lavaggi, G., „Iniuria e obligatio ex delicto“, *Studia et documenta historiae et iuris*, 15/1948;
- Leonhard, R., *Der Schutz der Ehre im alten Rom*, Breslau, 1902;
- Von Lübtow, U., „Zum römischen Injurienrecht“, *Labeo*, 15/1969;
- Manfredini, A. D., *Contributi allo studio dell' "iniuria" in età repubblicana*, Milano, 1977;
- Manfredini, A. D., *La diffamazione verbale nel diritto romano I: Eta repulicana*, Milano, 1979; Maschke, R., *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Iniuriensystems*, Breslau, 1903;

- Van Meurs, J. H., “Iniuria ipsi servo facta”, *TR*, 4/1923;
- Di Paola, S., “La genesi storica del delitto di ‘Iniuria’”, *Annali del Seminario Giuridico Università di Catania*, I/1946-1947;
- Plescia, J., „The development of iniuria“, *Labeo*, 23/1977;
- Pólay, E., “Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom”, *ZRG*, 101/1984;
- Pólay, E., *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest, 1986;
- Правна енциклопедија*, 1, Београд, 1985;
- Пухан, И., “Инјурија Закона дванаест таблица”, *Годишник на Правно-економскиот факултет во Скопје*, 2/1955;
- Raber, F., *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien Köln Graz, 1969;
- Simon, D. V., “Begriff und Tatbestand der ‘Iniuria’ im altrömischen Recht”, *ZRG*, 82/1965;
- Vökl, A., *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht: Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen u. Injuriendelikt*, Wien Köln, 1984;
- Вујовић, О., *Iniuria* (магистарска теза), Београд, 2009;
- Вујовић, О., „Корени деликата iniuria и convicium“, *Анали*, 2/2010;
- Вујовић, О., “Инјурија као деликт”, *Анали*, 2/2011;
- Watson, A., „Personal Injuries in the XII Tables“, *TR*, 43/3-4/1975;
- Watson, A., *The Digest of Justinian*, 4, Philadelphia, 1998;
- Wittmann, R., *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972;
- Wittmann, R., “Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage”, *ZRG*, 91/1974.

**Andreja KATANČEVIĆ, Ph.D**

Associate Professor University of Belgrade, Faculty of Law

## **LEX CORNELIA DE INIURIIS**

### **Summary**

The paper deals with dating, content and causes of enactment of Lex Cornelia de iniuriis, which is mentioned in the Digest and Institutes of Justinian.

The results show that Lex Cornelia de iniuriis was probably enacted around 80 BC, although there is a possibility that it originates from the end of the third or the beginning of the second century before Christ. This law expanded the scope of the private action of iniuria to hitherto unregulated situations: attack on the bodily integrity of a free man without permanent consequences, regardless of inflicted pain, and forced entry into someone's home. It also provided that relatives of claimants could not act as judges and allowed the use of oaths in the proceedings. In addition, it seems to have introduced special punishment in case a slave committed one of the delicts provided in it.

The applied methods are linguistic, systemic and historical interpretation of Justinian's Institutes and Digest.

**Key words:** *Lex Cornelia de iniuriis, Roman law, iniuria, contumelia, delict*



**Валентина ЦВЕТКОВИЋ-ЂОРЂЕВИЋ \***

Правни факултет Универзитета у Београду

## **НЕМАЧКА ИСТОРИЈСКОПРАВНА ШКОЛА И СРПСКА РОМАНИСТИКА У XIX ВЕКУ\*\***

**Апстракт:** У раду се разматра почетак развоја немачке историјскоправне школе који се везује за реформу правних студија и стварање правничке елите чије су одлике широко образовање и критичко размишљање. Та реформа подразумевала је изучавање римског права јер се тумачењем његових извора развија способност дијалектичког расуђивања којим се долази до најаргументованијег решења правног проблема. Иако право настаје у народу, оно се развија делатношћу јуриспрудената. Отуда захтев да правници аргументованим расуђивањем указују на слабости важећег права и предлажу конкретна решења која би целисходније уредила потребе датог друштва. Реформа правних студија у духу немачке историјскоправне школе извршена је половином XIX века и у Аустријском царству захваљујући залагању тадашњег Министра просвете Леа фон Тун-Хоенштајна (Leo von Thun-Hohenstein). У Србији се у време процвата те школе одвијао процес развоја тек установљених правних студија. У том процесу важну улогу имали су учени Срби из Аустријског царства који су предавали на Лицеју. Римско право уврштено је у наставни план Лицеја залагањем Јована Стерије Поповића, али су тај наставни предмет развијали професори који су потицали из Србије а школовали се у универзитетским центрима Европе у којима је изучавање римског права доживљавало процвет захваљујући деловању немачке историјскоправне школе. Утицај те школе остваривао се у Србији посредно - делатношћу професора Лицеја и Велике школе који су њене идеје развијали у својим делима.

**Кључне речи:** *Немачка историјскоправна школа. Римско право. Српска романистика.*

### 1. УВОД

Деветнаести век био је прекретница у развоју римског права. Та прекретница проузрокована је рађањем новог погледа на суштину и развој права који су заступали припадници такозване немачке историјскоправне школе. Расадници тих идеја били су немачки универзитети на којима су

---

\* Доцент, [valentina\\_cvetkovic@ius.bg.ac.rs](mailto:valentina_cvetkovic@ius.bg.ac.rs)

римско право предавали професори, представници немачке историјскоправне школе. Те идеје прихваћене су и у делу српске романистичке доктрине захваљујући двама сукцесивним чиниоцима. Први чинилац представља утицај учених Срба из Угарске који су се одазвали позиву ондашњих српских власти да дођу у Србију и помогну развоју њене високошколске установе. Други чинилац представљају српски ђаци који су из Србије одлазили да се школују на немачким универзитетима на којима су се сусретали са идејама немачке историјскоправне школе, прихватили их, и, по повратку у домовину, профилисали свој научни опус у духу тих идеја.

## 2. НОВИ ТИП ПРАВНИКА КАО ПОКРЕТАЧ РАЗВОЈА ИДЕЈА НЕМАЧКЕ ИСТОРИЈСКОПРАВНЕ ШКОЛЕ – ХУГОВ МОДЕЛ РЕФОРМЕ ИЗ 1789. ГОДИНЕ

Густав Хуго (*Gustav Hugo*), професор права у Гетингену (*Göttingen*), оснивач је немачке историјскоправне школе.<sup>1</sup> Незадовољан стањем правне науке његовог доба, Хуго се залагао за реформу правних студија. Супротно владајућем нововековном природноправном учењу које је подржавало револуционарну промену позитивног правног поретка у циљу обезбеђивања примене „идеалног“ природног права, Хуго се залагао за еволутивну промену правног поретка чији је предуслов измењени профил правника. Медијум његове реформе није никакав филозофски систем који треба да оживотвори законодавац, већ мислећи, критички настројени правник који је извежбан да дијалектички расуђује и утолико кадар да увиђа слабости важећег права и предлаже његово побољшање. Одшколовавање правника таквог профила изискивало је промену концепта правних студија који је требало да стави нагласак на историјске дисциплине, пре свега античко римско право чијим изучавањем се може удовољити захтевима које Хуго поставља правницима.<sup>2</sup> Циљ универзитетског образовања правника није некритичко усвајање информација о важећем праву, већ оспособљавање за тумачење извора и систематско размишљање. Отуда су кључни појмови који изражавају

---

\*\*Рад је резултат истраживања у оквиру реализације пројекта „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду у 2019. години.

<sup>1</sup> Вид. Н. Р. Haferkamp, *Die Historische Rechtsschule*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2018, 31; Н. Р. Haferkamp, „Nurrecht und Historische Rechtsschule“, *Nurrecht in Antike und früher Neuzeit. Symposium aus Anlass des 75. Geburtstages von Klaus Luig* (Hgg. M. Armgardt, T. Repgen), Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, 68.

<sup>2</sup> Ти захтеви се изражавају речима: „памет, марљивост, предзнање и истанчан начин размишљања.“ Н. Р. Haferkamp, (2018), 37.

Хугову реформу егзегеза и систем.<sup>3</sup> Дobar правник мора владати критичком егзегезом и рационалним систематским мишљењем.<sup>4</sup> У развијању тих способности помаже му изучавање римског права у коме бриљантни одговори учених правника управо представљају резултат критичког мишљења. Хуго у дидактичке сврхе гради систем античког римског права који се заснива на периодизацији историје римског права. Притом као најважнији елемент тог система истиче период владавине императора из династије Антонина (96-192. год.) у коме правници почињу систематски да обрађују право и тиме га уздижу на ниво науке.<sup>5</sup> С друге стране, назадовање студија немачке цивилистике Хуго објашњава тиме што предавања ретко обухватају егзегезу одговарајућих извора.<sup>6</sup> Уместо да анализирају изворе и тако развијају критички дух, студенти у односу на активног професора постају пасивни субјекти који некритички изучавају теоријске сажетке цивилног права. Егзегетички метод, напротив, претпоставља активно суделовање студената те омогућује интерактиван однос између професора и студената. Предавања не треба да представљају једнострано саопштавање већ донесених закључака о неком правном проблему већ професори треба да објасне тумачење одговарајућих извора подстичући студенте да развијају сопствена тумачења датог текста. Хугова реформа образовања усмерена је на стварање правничке елите коју чине критички настројени правници, образовани на актуелним научним достигнућима, политички независни у правном расуђивању.<sup>7</sup> Настојећи да предложена реформу правних студија оживотвори Хуго 1791. год. обзнањује план грађанскоправних студија на Универзитету у Гетингену.<sup>8</sup> По том плану цивилистички курс обухватао је три предмета: Институције,

---

<sup>3</sup> *Ibid*, 38.

<sup>4</sup> *Ibid*.

<sup>5</sup> *Ibid*, 40.

<sup>6</sup> *Ibid*, 41.

<sup>7</sup> *Ibid*, 45-46.

<sup>8</sup> Реформу правног образовања Хуго настоји да оствари у домену грађанског права из чијег курикулума избацује Природно право. Ван реформисаног грађанског права остаје област јавног права са предметима: Државно право, Црквено право, Војно право, Право народа, Процесно право, Кривично право, Управно право, Финансијско право, Полицијско право. Јавно право остаје изван Хугове реформе стога што се ради о политички деликатној правној области у коју државна власт има интереса да интервенише. Хугова реформа чији је циљ развој правне науке кроз аргументовано критичко расуђивање може бити остварена само у домену грађанског права које, за разлику од јавног права, може да задржи аутономију сопственог регулисања. Та аутономија огледа се у томе што се грађанско право развија и без интервенције законодавца односно оно се може развијати на основу других извора као што су правни обичаји, *Usus fori, communis opinio doctorum*. *Ibid*, 50.

Правну историју и Пандектно право.<sup>9</sup> Две године пре обнародовања тог плана (1789. год.) Хуго је објавио уџбеник под називом *Institutionen des heutigen Römischen Rechts* (*Институције данашњег римског права*). У уџбенику се јасно подвлачи разлика између античког и општег права (тзв. *ius commune*). Уџбеник се изучавао у првом семестру и садржао основе права које правник „никада није смео да заборави“ односно које су увек актуелне.<sup>10</sup> Античка правна историја постаје најважнији елемент цивилистичких студија јер су остала два предмета била усмерена на античко римско право. Предмет Правна историја обухватао је две целине будући да се изучавао на основу Хуговог уџбеника римске правне историје који је био подељен на два дела: први део посвећен је историји римског права до Јустинијана (*Geschichte des Rechts im römischen Staate*), а други историји римског права од Јустинијана (*Geschichte des Rechts im heutigen Europa*).<sup>11</sup> Центар Хуговог интересовања управо постаје римско право пре Јустинијана коме посвећује трећи предмет цивилистичког курса – Пандектно право. У Хуговом уџбенику пандектног права обрађује се класично римско право (с нагласком на право из периода Антонина) уз навођење и тумачење одговарајућих извора.<sup>12</sup> Изучавање пандектног права представљало је круну Хуговог концепта правничког образовања, с обзиром на то да се њему приступало тек онда када је студент савладао претходна два предмета. За разлику од дотадашњих предавања пандектног права која су била усмерена на практичну примену права односно актуелну правну праксу, Хугова предавања циљала су на тумачење античких извора.<sup>13</sup>

### 3. САВИЊИ – НАСТАВЉАЧ ХУГОВИХ ИДЕЈА О РЕФОРМИ ПРАВНИХ СТУДИЈА

Хугове идеје о неопходности реформисања правних студија делио је Фридрих Карл вон Савињи (*Friedrich Carl von Savigny*), који је, захваљујући својим научним прегнућима и капиталним делима, прославио немачку историјскоправну школу.<sup>14</sup> Савињи је, исто као и Хуго, сматрао

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, 46.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*, 47.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Хуго је био одушевљен Савињијевим делом *Recht des Besitzes - Право државине*. У доба када је оно изашло из штампе (1803. год.) Хуго није познавао Савињија нити је пре тога чуо за њега. С друге стране, Савињи је, у време док је студирао у Гетингену (1796/1797.) само једном слушао Хугова предавања. Узрок Хуговог одушевљења

да настава треба да се заснива на тумачењу античких римскоправних извора те да је њен циљ да студенти овладају правничким расуђивањем. У складу с тим, стицање знања не сме се заснивати на беспоговорном усвајању ауторитативно пласираног правног „материјала“ већ студенти морају бити подстакнути да размишљају и извежбани да аргументовано изнесу свој став поводом решавања правних проблема.

Поред заједничких настојања да се правне студије усмере ка тумачењу извора, постојале су значајне разлике између те двојице правника.<sup>15</sup> За разлику од Хуга који је писао само уџбеничку литературу, Савињи није написао ни један уџбеник. Осим тога, Савињи је истицао повезаност античког римског права и „данашњег римског права“, док је Хуго пре био склон да их оштро разликује о чему сведочи његова подела историје римског права у којој централно место заузима право из периода Антонина. Настојећи да прикаже чврсту везу између античког и савременог Савињи је био заокупљен изградњом „система најновијег грађанског права“. За разлику од Хуга који је проучавање правних феномена оштро делио у две перспективе – историјску и систематску, Савињи је порицао њихову међусобну искључивост већ се залагао за њихову истовремену примену.<sup>16</sup>

Након пропасти Светог римског царства немачког народа 1806. год., изучавање римског права доведено је у питање.<sup>17</sup> Француски утицај у Рајнском савезу немачких држава огледао се, између осталог, и у величању доктрине природног права.<sup>18</sup> Уколико изучавање римског права омогућује изградњу истанчаног правничког „духа“, онда његову вредност у процесу образовања правника не могу пољуљати никакве

---

било је то што је Савињи направио јасну разлику између античког појма државине и његових каснијих измена. Такво разграничење Хуго је подржавао стога што је био противник тога да се античко римско право теоријски објашњава модерном правном терминологијом. *Ibid*, 55.

<sup>15</sup> *Ibid*, 58.

<sup>16</sup> *Ibid*, 59.

<sup>17</sup> Бригу о судбини изучавања римског права најбоље је 1808. године изразио Тибо (*Thibaut*) речима: *Nie war das Studium der Rechtsgeschichte mehr, als jetzt, in Gefahr... (Никада изучавање правне историје није било у већој опасности него сада...)*. Тибо се залаже за изучавање историје римског права стога што важећи законици нису прописали никаква оригинална решења већ су преузели римскоправна. *Ibid*, 68.

<sup>18</sup> Стога се јављају аутори попут Генера (*Gönnner*) који оправдавају изучавање римског права и његове историје само у функцији природног права. Другим речима њихово изучавање има смисла само уколико им је сврха да покажу у ком степену је природно право остварено у римском праву. Радикалније поступају анонимни аутори који се залажу за избацивање римског права из курикулума правних студија у Рајнском савезу. *Ibid*, 67.

државнополитичке промене. Иако свестан те чињенице, Савињи је ипак опрезно поступао. За разлику од Хуга, он није стављао у први план класично римско право, већ је желео да одржи контакт с општим правом (*ius commune*). Савињи најпре 1808. год. одлучује да предаје правну догматику, то јест систем римског права (Пандекта) из Јустинијановог доба.<sup>19</sup> Право тог периода гледа и у прошлост и у будућност те његово изучавање оставља простора за студирање како античког римског права тако и средњовековног римског права. Међутим, убрзо одустаје од тог наума и одлучује се за „данашње римско право“ (*heutigen Römischen Recht*). Бранећи тај наставни предмет Савињи истиче да судбина римског права не зависи од носилаца политичке власти односно државних савеза, већ да оно има самосталан развој на који не утичу настанак и промена државних граница.<sup>20</sup> Континуитет римског права постоји од времена Западног римског царства с тим што се кроз векове оно развијало и трансформисало, те право Савињијевог времена није ништа друго него одређени вид његовог преображаја. Савињи је тиме желео да нагласи да рецепција римског права није наступила захваљујући политичкој вољи Светог римског царства немачког народа (и да са његовом пропашћу и оно треба да нестане) већ да је до ње дошло услед законитости постепеног развоја римског права. Носилац развоја сваког права, па и римског, јесте народ. „Право сваког народа јесте израз његовог живота и постојања, функција попут уметности и науке.“<sup>21</sup> Говорећи о праву као особеном изразу народа, Савињи је имао на уму приватно, а не и јавно право. Верујући да сваки народ има сопствено право Савињију је било неприхватљиво да поједине земље у којима живи немачки народ примењују Француски грађански законик.<sup>22</sup> Отуда је он бранио концепт националног права без државе.<sup>23</sup> Немачко право представља особеност немачке нације у чијем развоју важну улогу имају правници који морају да објасне порекло тог права. Говорећи о пореклу немачког права Савињи истиче да оно нема аутохтоно порекло већ да су његови извори римско и германско право (које није својствено само Немцима већ свим германским народима). Отуда разумевање немачког права претпоставља изучавање

---

<sup>19</sup> Године 1808. Савињи постаје професор римског права у Ландсхуту (*Landshut*) где се задржао годину и по, да би 1810. почео да предаје римско право у Берлину.

<sup>20</sup> *Ibid*, 71.

<sup>21</sup> *Ibid*, 72.

<sup>22</sup> Када је реч о кодификацијама грађанског права које су важиле у немачким земљама (ALR, CC), Савињи је био мишљења да оне представљају компилацију туђег права. Како између права и народног духа мора постојати јединство, јасно је да се мора спречити примена туђег права. *Ibid*, 73.

<sup>23</sup> *Ibid*.

римског права.<sup>24</sup> Реформу правних студија Савињи остварује путем предавања Пандектног права. Колико је његово схватање било утицајно говори то што је Пандектно право било централни предмет у курикулуму правних студија немачких универзитета у периоду 1806-1871. год.<sup>25</sup> Пандектно право које се, почев од Савињија, предавало на немачким универзитетима јасно је одвојено од античког римског права. Савињи је 1808. год. предложио да настава римског права буде подељена у две целине.<sup>26</sup> Прва целина би обухватала историјски преглед целокупног римског права, док би се у другој целини предавала правна догматика, то јест Систем римског права – Пандекта.<sup>27</sup> Током наредних деценија припадници немачке историјскоправне школе су прву целину уобличио у Институције које су представљале кратак историјски увод у историју римског приватног права (које је важило закључно са Јустинијаном). Након савладавања азбуке античког римског права, студенти би приступили изучавању друге целине – правне догматике, то јест Пандектног права које је прилагођено немачком праву (*das Heutige Römische Recht* - данашње римско право). За разлику од Институција, Пандектно право је растерећено уплива у историју римског права и представља кохерентан систем у коме сваки његов члан има одређено место.<sup>28</sup>

Када је реч о уџбеничкој литератури Савињи је био противник тога да студенти изучавају Пандекта на основу одговарајућег уџбеника пандектног права.<sup>29</sup> Он је сматрао да су предавања кључан елемент правних студија на којима треба да се одвија научна расправа између професора и студената. Уколико би студентима на располагању стајао уџбеник, смањило би се (ако не и потпуно ишчезло) интересовање за похађањем предавања јер би они све напоре усмерили на то да некритички усвоје оно што им је у уџбенику представљено. Осим тога,

---

<sup>24</sup> Хуго је у римском праву видео идеално право које треба изучавати због његове унутрашње вредности јер оно представља добар терен за формирање изоштреног правничког духа. За разлику од њега Савињи полази од немачког права и зарад његовог разумевања залаже се за изучавање римског права.

<sup>25</sup> Захваљујући великом интересовању студената за похађање предавања Пандектног права његови професори [Савињи у Берлину, Вангеров (*Vangerow*) у Хајделбергу, Виндшајд (*Windscheid*) у Лајпцигу, Јеринг (*Jhering*) у Гетингену] постају водећи професори матичних универзитета. Н. Р. Haferkamp, (2018), 77.

<sup>26</sup> *Ibid*, 79.

<sup>27</sup> *Ibid*.

<sup>28</sup> *Ibid*, 81.

<sup>29</sup> Нису сви представници немачке историјскоправне школе били противници писања уџбеника. Најпознатији уџбеник пандектног права свакако је Пухтин (*Puchta*) *Lehrbuch der Pandekten*. *Ibid*, 97, 80.

учбеник би заостајао за новим научним открићима са којима студенти морају бити упознати. Предавања, осим сучељавања мишљења, треба да служе и томе да се студенти информишу о најновијим научним достигнућима. Како би студенти ипак могли да прате предавања и учествују у њима професори су у писаном облику сачињавали основе (*Grundrisse*) својих предавања који су у кратким цртама садржали „костур“ предавања са навођењем одговарајућих извора.<sup>30</sup>

#### 4. РЕФОРМА ПРАВНИХ СТУДИЈА У АУСТРИЈСКОМ ЦАРСТВУ У XIX ВЕКУ

У складу са потребама апсолутистичке монархије царица Марија Терезија је настојала да реорганизује образовни систем с циљем да створи образоване и лојалне поданике.<sup>31</sup> Тако је 1777. године целокупан образовни систем угарских земаља уређен према правилима *Ratio educationis totiusque rei litterariae per Regnum Hungariae et provincias eidem adnexas*.<sup>32</sup> Поред гимназија и Универзитета, *Ratio educationis* је прописао и краљевске академије наука (*Regia scientiarum Academia*)<sup>33</sup>. Сврха њиховог установљења огледала се у стварању чиновничког кадра оспособљеног за рад у државној управи. Реформа образовног система била је једно од средстава очувања Хабзбуршке монархије. Да би се очувала целовитост Монархије, било је неопходно обезбедити јединствени правни поредак те се посебна пажња посветила уређењу правних студија које би биле „расадник“ образованих и Монархији лојалних државних службеника.

Краљевске академије нудиле су три двогодишња течаја – филозофски, правни и теолошки.<sup>34</sup> Филозофски течај био је предуслов за правни јер су студенти прво морали да похађају студије филозофије две

---

<sup>30</sup> Модел потоњих основа предавања представљала су Хауболдова (*Haubold*) *Lineamenta institutionum historicarum iuris romani maxime privati* из 1802. год. Међу различитим основима истичу се и Перницеови (*Pernice*) основи из 1821. год. који су носили назив *Geschichte, Alterthümer und Institutionen des Römischen Rechts im Grundrisse*, Блумеов (*Bluhme*) *Grundriß des Pandektenrechts* из 1829. год. и Виндшајдов *Grundriß zu Pandekten – Vorlesungen* из 1885. год. *Ibid*, 98-99.

<sup>31</sup> З. Мирковић, „Правне студије крајем XVIII и почетком XIX века и београдска Велика школа 1808-1813. године“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2008, 132.

<sup>32</sup> *Ibid*, 133.

<sup>33</sup> „Краљевске академије су биле медијалне школе које су омогућавале упис на универзитете, али су такође биле и завршне школе за оне који су ступали у државне административне послове.“ *Ibid*.

<sup>34</sup> *Ibid*, 134.



године, након чега би још две године изучавали право.<sup>35</sup> Студије права на академијама су биле усмерене ка стицању практичног знања. Цар Јозеф II, наследник Марије Терезије на престолу, настојао је да још више образовни систем усмери ка пракси.<sup>36</sup> Он је најпре 1781. потврдио *Ratio educationis* из 1777. год. У исто време уведен је нови предмет Куријална стилистика (*Stylus curialis*) који се тицао судског и управног поступка.<sup>37</sup> Године 1806. император Јозеф II издао је нови *Ratio educationis publicae totiusque rei litterariae per Regnum Hungariae et Provincias eidem adnexas* који је правним студијама донео одређене новине.<sup>38</sup> Међу њима је најзначајније то што су студије права на краљевским академијама продужене на три године и што је римско право уведено у курикулум под називом *Institutiones Iuris Civilis Romani*. Император Јозеф II је смањио број универзитета на три: у Бечу, Прагу и Лембергу.<sup>39</sup> Остали универзитети претворени су у лицеје. Владавина Јозефа II била је у духу такозване *Gesamtstaatsidee* (идеје о државној целини) која је могла бити остварена уз помоћ ефикасне бирократије.<sup>40</sup> Оспособљавању за државну службу првенствено су служиле краљевске академије. Иста улога додељена је и универзитетима који су „мутирали“ у центре за образовање чиновника.<sup>41</sup> Отуда не изненађује што је у курикулуму правних студија Универзитета у Бечу из 1810. год. превладало јавно право, док се римско право изучавало само у првом семестру друге године студија.

Курикулум правних студија у Аустријском царству значајно се изменио када је за Министра просвете постављен Лео фон Тун-Хоенштајн (*Leo von Thun-Hohenstein*).<sup>42</sup> Његов први покушај да реформише виши

---

<sup>35</sup> Према *Ratio educationis* из 1777. год. у угарским земљама је постојало пет краљевских академија на којима се изучавало право. Седишта тих академија налазила су се у: Загребу, Ђуру (од 1785. до 1802.), Печују, Кошицама, Трнави (до 1784. год. када је академија премештена у Братиславу), Орадеи. У курикулуму академија нагласак је стављен на јавно право које је обухватало четири предмета међу којима је Природно право имало важну улогу. *Ibid*, 135.

<sup>36</sup> Т. Simon, „Die Thun-Hohensteinsche Universitätsreform und die „Geschichtliche Rechtswissenschaft“, *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs. Zeitschrift der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs der Österreichischen Akademie der Wissenschaften*, 1/2017, 137.

<sup>37</sup> На Лицеју у Србији исти предмет под називом Куријални штил уведен је захваљујући Јовану Стерији Поповићу.

<sup>38</sup> З. Мирковић, *op.cit.* 137.

<sup>39</sup> *Ibid*, 137-138.

<sup>40</sup> *Ibid*, 138.

<sup>41</sup> *Ibid*.

<sup>42</sup> G. Wesener, „Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanistischer Richtung in Österreich - vornehmlich zu Ludwig Arndts von Arnesberg (1803-1878)“, *Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag* (Hgg.

образовни систем био је 1850. год. Тада је суштински промењен концепт правних студија. Основна идеја Тун-Хоенштајнове реформе била је слобода предавања<sup>43</sup> и слобода студирања (*Lehr- und Lernfreiheit*). Та идеја преузета је из Пруске у којој је новоустановљени Универзитет у Берлину био пионир новог концепта правних студија. Према том концепту сврха универзитета је да ствара интелектуалце. Да би се он оживотворио био је неопходан нов приступ студентима и њиховим активностима. Уместо да се од студената захтева да напамет уче одређене чињенице, треба да им буде дозвољено да слободно прате своја научна интересовања. Циљ универзитетског образовања не треба да буде стицање практичног знања већ формирање интелектуалне елите. Тај циљ може се постићи само ако студентима буде омогућено да сами креирају распоред својих предавања. Студенти морају имати слободу не само да одлучују које предмете и којим редоследом ће похађати, већ и чија предавања ће слушати.<sup>44</sup> Слобода студирања противна је, дакле, било ком фиксном распореду предавања. Уместо семестралних и годишњих испита студенти би полагали само један завршни испит на крају студија. За разлику од Пруске, овако замишљена слобода студирања није могла бити остварена у пракси у Аустријском царству. Студенти нису били спремни да „рукују“ том слободом на прави начин.<sup>45</sup> Стога је Тун-Хоенштајн морао да нађе компромисно решење. Године 1855. доноси се Акт о организацији правних студија на универзитетима који укида слободу студирања али не и слободу предавања.<sup>46</sup> Реформа из 1855. год. донела је значајне промене у курикулуму правних студија у читавом Аустријском царству.<sup>47</sup> Нагласак је стављен на изучавање римског права и правне историје. „Историзација“ правних студија учињена је у циљу развијања аустријске приватноправне науке. Наиме, Тун-Хоенштајн је био свестан да аустријска правна наука доста заостаје за немачком правном науком.<sup>48</sup> Два разлога њеног неповољног стања били су: некритичко изучавање Аустријског грађанског

---

T. Olechowski, C. Neschwara, A. Lengauer), Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 2010, 578, 580.

<sup>43</sup> Слобода предавања значила је да професори сами осмисле план својих предавања и да сами одлуче коју литературу ће понудити студентима за припрему испита. Све докле та слобода није уведена професори у Аустријском царству били су дужни да се придржавају државног плана који је до детаља уређивао предмет и начин извођења наставе. T. Simon, *op.cit.* 133.

<sup>44</sup> *Ibid*, 133.

<sup>45</sup> *Ibid*, 135.

<sup>46</sup> *Ibid*, 132.

<sup>47</sup> У Угарској је реформа из 1855. год. била на снази до 1867. год. након чега је била слободна да независно уреди свој образовни систем.

<sup>48</sup> T. Simon, *op.cit.* 137.

законика (ABGB) и доминантан утицај природноправне доктрине. Тун-Хоенштајн је био убеђен да је немачка јуриспруденција процветала захваљујући Савињију и немачкој историјскоправној школи која је римско право учинила једним од најважнијих предмета правних студија на немачким универзитетима. Напротив, у Аустријском царству, након доношења Аустријског грађанског законика (1811. год.), јуриспруденција се усредредила на његово тумачење изостављајући било какву историјску анализу. Тун-Хоенштајн је оштро критиковао Цејлеров (*Zeiller*) наставни план правних студија аустријских правних факултета из 1810. год. у којем је стављен нагласак на изучавање Аустријског грађанског законика.<sup>49</sup> Аустријска правна наука била је у заостатку и стога што се налазила под огромним утицајем природноправног учења. Да би се наука развијала потребно је изградити јасне правне појмове а не спекулативне категорије које једино нуди природноправна доктрина.<sup>50</sup> Према мишљењу Тун-Хоенштајна, курикулум правних студија, уместо природног права, треба да истакне римско право и правну историју.<sup>51</sup> Отуда је Акт о организацији правних студија на универзитетима из 1855. год. прописао предмете Римско право и Немачка правна историја.<sup>52</sup> Захваљујући Тун-Хоенштајновим залагањима идеје немачке историјскоправне школе прошириле су се и у Аустрији.

## 5. РИМСКО ПРАВО – НЕЗАОБИЛАЗНА НАСТАВНА ДИСЦИПЛИНА НА ПРАВНИМ СТУДИЈАМА У СРБИЈИ У XIX ВЕКУ

У јеку борби за ослобођење од турске власти у Србији се одвијао процес установљења образовног система. Велике заслуге у том процесу припадају Србима из Угарске који су своје студије завршили и Аустријском царству.<sup>53</sup> Свест да млада држава треба да обезбеди школовање образованих чиновника изражена је већ у време Првог српског устанка отварањем Велике школе 1808. год., која је потрајала тек неколико година, колико и сама држава у настанку, са изражено наглашеним правним предметима у наставном плану.<sup>54</sup> Оснивање Велике школе 1808. год. је несумњиво било у функцији оспособљавања домаћих младих људи за чиновнике службе који су били потребни

---

<sup>49</sup> G. Wesener, *op. cit.* 581.

<sup>50</sup> T. Simon, *op. cit.* 137.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 134, 140.

<sup>52</sup> Предавања тих дисциплина поверена су немачким професорима, заступницима идеја немачке историјскоправне школе. Вид. G. Wesener, *op. cit.* 582-588.

<sup>53</sup> З. Мирковић, *op. cit.* 131-132.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 139-142.

новоформираном апарату устаничке власти. Међутим, с обзиром на прагматичне образовне циљеве, слично као и у хабзбуршким краљевским академијама на које су се творци Велике школе по свој прилици ослањали приликом њеног профилисања, није постојала потреба за изучавањем римског права. Пропашћу Првог српског устанка, престала је да ради и Велика школа. За разлику од Првог устанка, питање виших школа у Србији кнеза Милоша покренуто је много година након завршетка Другог српског устанка 1815. год. Своју одлуку да оснује Лицеј кнез Милош је саопштио попечитељу просвештенија Стефану Стефановићу Тенки у свом писму од 19. јуна (1. јула) 1838. год.<sup>55</sup> Лицеј је почео са радом школске 1838/39. год. у саставу гимназије у Крагујевцу, да би се наредне, школске 1839/40. год., одвојио од гимназије и постао самостална виша школа, која је у то доба пружала највише образовање у Србији.<sup>56</sup> <sup>57</sup> Година 1840. сматра се годином почетка обнове правних студија у Србији (27 година након престанка рада Велике школе Првог српског устанка), с обзиром да је тада основано тзв. Правословно оделеније, као трећа година Лицеја.<sup>58</sup> Почети изучавања римског права у Србији везују се за рад Лицеја у Београду.<sup>59</sup> Заслуга за увођење предмета Римско право на Лицеју припада једном од прва три професора права, Јовану Стерији Поповићу, који је 1842. год. Попечитељству просвештенија (Министарству просвете)

---

<sup>55</sup> *Лицеј 1838-1863 - Зборник докумената [Лицеј]* (приредио Р. Љушић), Универзитет у Београду - Савремена администрација, Београд, 1988, Документ бр. 2 од 19. јуна (1. јула) 1838.

<sup>56</sup> Вид. Љ. Кандић, Ј. Даниловић, *Историја Правног факултета (1808-1905)*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1997, 35; И. Пржић, „Оснивање Правног факултета у Србији“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-2/1940, 5-6.

<sup>57</sup> Прве две године од оснивања на Лицеју су предавани само општеобразовни предмети (Филозофија, Статистика, Светска историја, Математика и један страни језик) и школовање је трајало свега две године. Међутим, 6. (18) септембра 1840. године, кнез Михаило у писму упућеном Министарству просвете саопштава своје одобрење о продужењу лицејских студија на три године, при чему се на трећој години имају изучавати *правословне и полицајне науке*. Вид. *Лицеј*, Документ бр. 86 од 6. (18) септембра 1840.

<sup>58</sup> Вид. *Сто педесет година Правног факултета 1841-1941*, Правни факултет у Београду, Београд, 1991, 22.

<sup>59</sup> Прва школска година у којој је предавано право, била је и последња година у којој је седиште Лицеја било у Крагујевцу. Јуна 1841. кнез Михаило одобрио је пресељење Лицеја из Крагујевца у Београд. Вид. *Лицеј*, Документ бр. 106. од 25. јуна (7. јула) 1841. О почетима изучавања римског права у Србији вид. више В. Цветковић, *Развој романтике код Срба од средине XIX до средине XX века*, необјављена магистарска теза одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, 2009.

предложио увођење овог предмета у наставни план.<sup>60</sup> Искусан правник, широке културе, Поповић је схватао важност изучавање римског права у процесу правног образовања и био спреман да, поред Природног права и Куријалног штила, предаје и овај предмет. Иако је Министарство прихватило овај предлог, одласком Поповића са Лицеја, Римско право није уведено школске 1842/43. год. До увођења овог предмета дошло је 1843. год. када су студије права продужена на две године. По свој прилици је и иза ове одлуке Министарства просвете о увођењу Римског права у наставни план стајао Јован Стерија Поповић, који се у то доба налазио на челу тог Министарства као попечитељ. Предавања из Римског права додељена су Сергији Николићу, који је осим овог предмета предавао и Природно право. Будући да у то доба није постојао уџбеник римског права на српском језику, остаје непознато које делове римског права су студенти Лицеја слушали на предавањима. Такође, нема података колико часова недељно је било посвећено Римском праву. Овај предмет се изучавао само у првом семестру школске 1843/44, с обзиром да је у међувремену донет Српски грађански законик, те је Римско право замењено предметом Грађански законик. До поновног увођења Римског права у наставни план Лицеја дошло је 1849. год., када су студије права продужене на три године.<sup>61</sup> По овом наставном плану, римско право требало је да се изучава у оквиру два предмета. На првој години студија биле су предвиђене Јустинијанове Институције (3 часа недељно), а на другој Скраћена Јустинијанова Пандекта (6 часова недељно). Међутим, настава из римског права није држана у школској 1849/50, јер се чекало на повратак државног питомца Рајка Лешјанина који ће преузети предавања из оба предмета у школској 1850/51. год.<sup>62</sup> Новом реформом наставног плана из 1853. год. уместо Јустинијанових Институција и Скраћених

---

<sup>60</sup> Свој предлог Поповић је изразио следећим речима: „У место позитивног законика каквог нибуд народа, који за нас и тако никакве силе нема, удобније бити судим право римско предавати, прво зато, што је оно темељ и основ свима новим законцима, а друго, што се и по свим универзитетима, гди је школско теченије на дуже време размерно, исто римско право предаје; по чему нити би мој, нити пак слушатеља моји труд сујетан био.“ Вид. *Лицеј*, Документ бр. 125. од 17. (29) јуна 1842.

<sup>61</sup> Децембра 1848. Министар просвете предложио је Савету да студије права буду продужене на три године, да се оснује још једна катедра у оквиру Правног одељења и да се усвоји знатно обимнији наставни план према коме би се на Правном одељењу предавало 13 правних предмета и француски језик. Вид. *Лицеј*, Документ бр. 205. 10. (22) децембра 1848. Кнез је, уз сагласност Савета, одобрио овај предлог у фебруару 1849. године.

<sup>62</sup> Указом од 30. јула 1850. Рајко Лешјанин постављен је за професора римског права. Вид. *Лицеј*, Документ бр. 227. од 31. августа (12. септембра) 1850.

Јустинијанових Пандекта, предвиђен је само један предмет под називом Римско право, који је требало да се изучава на другој години студија са шест часова недељно. Будући да није било прописано који део римског права треба предавати, Лешјанин је држао наставу из Јустинијанових Институција, с образложењем да су оне, поред тога што садрже читаво римско право у главним цртама, прилагођене потребама наставе почетницима у изучавању права.<sup>63</sup> Чињеница да су се први кораци при увођењу Римског права у наставу у Србији ослањали на Јустинијанове Институције, као и на делове Пандекта, јасно указују на оријентацију првих српских професора да се овај предмет изучава на изворима, а поготово на Јустинијановом уџбенику намењеном студентима права још у VI веку н.е., а не на секундарној уџбеничкој литератури која је већ била развијена у околним земљама, пре свега Хабзбуршкој монархији. Законом о устројству Велике школе из 1863. год. студије права продужене су на четири године<sup>64</sup>, а изучавање римског права предвиђено је поново у оквиру предмета Јустинијанове Институције. Закон је оставио факултетима да распоред предмета по годинама и семестрима, као и број часова по предметима одређују сами.<sup>65</sup> Изменама и допунама Закона из 1873. остала су и даље три факултета са трогодишњим (Филозофски

---

<sup>63</sup> Закон из 1853. год. међутим, није прецизирао који део римског права треба предавати, због чега је настала несугласица између ондашњег његовог професора Рајка Лешјанина и главног инспектора школа Платона Симоновића. Наиме, Симоновић је позвао на одговорност професора Лешјанина због тога што предаје само Институције Јустинијановог права, а не и Пандекта. Вид. *Лицеј*, Документ бр. 315. од 15. (27) септембра 1855. Одговарајући на ову оптужбу Лешјанин је приговорио Симоновићу да не познаје римско право, јер у противном не би Институције назвао делом Јустинијановог права, кад су оне „цело римско право у главним основама и начелама у кратку систему сведено и од самог Јустинијана за почетно настављање у римском праву определено, како би се ученици у неизмерном мору њиови закона и параграфа доцније лакше наћи могли.“ Лешјанин је даље истакао да је узор за своје предавање римског права нашао у немачким земљама, и оно се заснива на излагању Институција с позивањем на релевантне изворе целог Јустинијановог права (дакле, Дигеста, Кодекса и Новела). Вид. *Лицеј*, Документ бр. 316. од 20. септембра (8. октобра) 1855.

<sup>64</sup> По Закону о устројству Велике школе из 1863. год., уместо три одељења, колико је предвидео Закон о Лицеју из 1853. год. и трогодишњег студирања на свим одељењима Лицеја, Велика школа има „три факултета“ или „одељења“ (у Закону се први пут употребљава термин факултет) – Филозофски, Технички и „Правнички“, при чему је предвиђено да студије на Филозофском факултету трају три, а на Правном (Правничком) и Техничком факултету четири године. Вид. *Лицеј*, Документ бр. 436. од 24. септембра (6. октобра) 1863.

<sup>65</sup> Према наставном плану који је важио за школску 1863. годину, Римско право изучавало се на другој години у другом семестру, 7 часова недељно.

факултет), односно четворогодишњим трајањем студија (Правнички и Технички факултет). Међутим, смањен је број општих предмета који су били заједнички за све факултете, а повећан број стручних предмета. На Правном факултету, број стручних предмета у односу на Закон о устројству из 1863. повећан је на 13 предмета, међу којима се налазило Римско право.<sup>66</sup> За разлику од Закона из 1863. који је тежиште стављао на изучавање Јустинијанових Институција, по Закону из 1873. римско право у целости се изучавало.<sup>67</sup> Према распореду предмета по годинама и семестрима који је важио за Правни факултет за 1879. год., Римско право било је двосеместрално и изучавало се на другој години студија.<sup>68</sup> До промене у наставним плановима Велике школе поново је дошло 1880. год. Њима је настављена политика повећања броја стручних и смањења општих предмета.<sup>69</sup> Међу стручним предметима налазило се Римско право.<sup>70</sup> На основу наставног плана који је важио за школску 1885/86.

---

<sup>66</sup> Стручни предмети, поред Римског права, били су: Енциклопедија права с погледом на права словенска, Грађански законик, Грађански судски поступак, Стецишни поступак, Казнени законик, Казнено-судски поступак, Трговачко и менично право са нарочитим погледом на наш Трговачки законик, Административно право, Општедржавно право с погледом на јавно право Србије, Међународно право, Судска медицина и Финансије. Вид. *Зборник закона и уредаба о Лицеју, Великој школи и Универзитету у Београду [Зборник]* (прир. Д. Баралић), Научна књига, Београд, 1967, 53-54.

<sup>67</sup> Изменама и допунама Закона од 1873. год. одступило се од политике школовања стручњака општег типа (која је била изражена у Закону од 1863. године) и кренуло се у правцу школовања специјализованих стручњака. Највише заслуга за доношење Закона од 1873. треба приписати тадашњем министру просвете и црквених дела Стојану Новаковићу. Вид. Љ. Кандић, „Допринос Стојана Новаковића реформи Велике школе у другој половини XIX века“, *Анали Правног факултета у Београду*, 6/1994, 616-634.

<sup>68</sup> АС, ВШ, 203/1879.

<sup>69</sup> Према Закону из 1880. год. укупан број предмета на Правном факултету био је 21, од тога 17 стручних и 4 општа предмета.

<sup>70</sup> Остали стручни предмети били су: Енциклопедија права, Историја словенских права (као самосталан предмет јер је по Закону од 1873. био везан за Енциклопедију права), Грађански законик, Грађански судски поступак, Стецишни поступак, Кривични законик, Кривично-судски поступак, Трговачко и менично право с погледом на наш Трговачки закони, Административно право, Опште државно право (по Закону из 1873. овај предмет био је спојен са Јавним правом Србије), Јавно право Србије, Међународно право, Финансије, Статистика (по ранијем Закону била је у групи општих предмета), Судска медицина, Јавна хигијена (нов предмет, али је на свим факултетима постао општеобразован предмет). Од општих предмета и даље су остали: Психологија и Логика, Народна економија, Историја српског народа (али без Историје словенских народа) и Општа историја. Латински језик и Француски језик са француском литературом постали су факултативни. Вид. *Зборник*, 68-69.

год., Римско право слушало се на првој години у другом семестру 6 часова и на другој години у првом семестру 6 часова.<sup>71</sup> Тежња да се унапреди настава на Великој школи настављена је доношењем Закона о изменама и допунама о устројству Велике школе из 1896. год., затим Уредбама Велике школе из 1897. и 1900. год., као и доношењем неколико факултетских уредби.<sup>72</sup> Уредбом Правног факултета из 1897. год. предвиђено је 17 обавезних предмета, међу којима се налазило Римско право.<sup>73</sup>

## 6. ИДЕЈЕ НЕМАЧКЕ ИСТОРИЈСКОПРАВНЕ ШКОЛЕ У СРПСКОЈ РОМАНИСТИЦИ У XIX ВЕКУ

Идеје немачке историјскоправне школе у Србију су доспеле захваљујући домаћим професорима који су студирали у водећим интелектуалним и универзитетским центрима Европе тог доба.

Традиција озбиљнијег изучавања римског права у Србији започета је доласком Рајка Лешјанина на Лицеј 1850. год. Довољан допринос представља околност да је он написао први уџбеник римског права на српском језику – „Институције Јустинијановог римског права“. Као што и сам назив говори, уџбеник се заснива на Јустинијановој кодификацији, при чему сам аутор наглашава да ће његово излагање бити посвећено првенствено Институцијама, а тек ће се спорадично осврнути на садржај осталих делова Јустинијановог законодавства: Пандекта, Кодекса и Новела. Уџбеник обухвата све гране римског приватног права, распоређене у 5 књига. Поред материје римског права, уџбеник садржи и делове који припадају општој теорији и филозофији права.<sup>74</sup> Значај Лешјаниновог опуса се не огледа само у чињеници да је он био први писац уџбеника Римског права у Србији, већ и у његовом специфичном, данас би се рекло мултидисциплинарном приступу и академском формату. Иако се након школовања у Хајделбергу усавршавао у Паризу, Лешјанин је у основи остао немачки ђак. Под утицајем Хегеловог схватања права на које се често изричито позива, Лешјанин развија мисао

---

<sup>71</sup> АС, VIII, 171, 1885.

<sup>72</sup> Вид. Љ. Кандић, Ј. Даниловић, *op. cit.* 234-238.

<sup>73</sup> Остали обавезни предмети били су: Енциклопедија права, Историја словенских права, Грађанско право, Грађански судски поступак, Кривично право, Кривични судски поступак, Трговачко и менично право са стецишним поступком, Судска медицина, Црквено право, Опште и посебно државно право, Административно право, Међународно јавно право, Међународно приватно право, Народна економија, Финансије, Статистика. *Ibid.*

<sup>74</sup> Вид. више В. Цветковић, *op. cit.* 77 и даље.



да основ права чине човекова слободна воља и умност.<sup>75</sup> Исто тако, у његовом ставу да је извор права општа правна свест народа о нужности одређеног начина делања, те да је право спољашња изјава унутрашњег правног убеђења народног<sup>76</sup>, јасно се препознаје утицај историјскоправне школе.

Лешјаниновим постављењем на место секретара Савета (1856), за професора Римског права долази Стојан Вељковић. На Великој школи остао је до 1864. год., након чега је каријеру наставио обављајући судске и политичке функције. За разлику од Лешјанина, Вељковићев центар научног интересовања није било римско право, те је од његових дела за римско право релевантна остала само „Беседа којом је Стојан Вељковић, доктор права и привремени професор Римског и Криминалног права у Лицеју Кнежевине Србије своје предавање отворио“ 1856. год. и у којој је навео разлоге због којих је неопходно изучавати римско право. Као важан разлог због кога треба изучавати римско право у Србији Вељковић наводи то што од тренутка када је на Правословном одељењу уведен предмет Римско право приметило се да из Лицеја излазе све боље и боље образовани правници. Особито за почетнике, римско право има неизмерну важност због тога што омогућује да студенти спознају начела на којима почивају позитивни законски прописи, а тиме и изнађу унутрашњу везу међу правним појмовима и ставовима. Највећа заслуга римског права је „јасност, поредак и врлина његових правних прописа и правила“<sup>77</sup>. Тражећи потврду за изречене похвале и нужност изучавања римског права, Вељковић цитира Савињија. У том цитату Савињи велича метод римских правника који су кроз практично решавање конкретних случајева развијали правну науку, у ком смислу своје савршенство римско право дугује управо неодвојивости правне науке од практичне примене права.<sup>78</sup> Вељковић даље каже: „Имавши прилику упознати се како са теоретичним обделавањима тако и са академичким предавањима римског права у најодличнијим немачким и у париском универзитету: Ја ћу се озбиљно старати, да и наше српске правослове упознам са врлинама тога метода, као што ће нарочито моја намера бити, да се при мојим предавањима

---

<sup>75</sup> „Основ је права слобода човекова, а умност опредељује докле се ова слобода простирати може.“ Р. Лешјанин, *Институције Јустинијановог римског права*, Београд, 1857, 1.

<sup>76</sup> *Ibid*, 11.

<sup>77</sup> С. Вељковић, *Беседа којом је Стојан Вељковић, доктор права и привремени професор Римског и Криминалног права у Лицеју Кнежевине Србије своје предавање отворио*, Београд, 1856, 7.

<sup>78</sup> *Ibid*, 8.

држим најновијег гледишта развића римске правословне науке<sup>79</sup>. Он даље наводи да ће у предавању римског права следити метод рада тада најпознатијих романиста: „Вангерова у Хајделбергу, Вехтера и Марецола у Лајпцигу и Лабулеа – Laboulaye - у Паризу“<sup>80</sup>. Без обзира на околност да није дао значајнији доктринарни допринос даљем развоју ове дисциплине, Вељковић је снажном аргументацијом дубоко усадио свест да се правне студије у Србији не могу замислити без римског права.

Након Вељковића за професора Римског права на Великој школи постављен је Глигорije Гершић 1866. год. Колико је изучавање римског права сматрао важним у процесу образовања правника, најбоље је исказао у свом приступном предавању на Великој школи „Нешто о правништву у опште и о потреби римског права по свесно правништво“. Први део приступног предавања посвећен је изношењу аргумената у прилог неопходности постојања „свесних правника“.<sup>81</sup> Објашњавајући зашто на вишем ступњу развоја друштва лаик има тешкоће у примени права, Гершић подвлачи да право није „само нагомилана маса закона и правила“ већ „треба да постане логичним организмом правних установа и правних појмова“<sup>82</sup>. Задатак правника је стварање правног система, то јест да, кроз апстрактно мишљење, стварају правне појмове по којима ће се конкретна правна правила сложити у већу целину, а ове у правне установе. Међутим, Гершић каже да за правилну примену права није довољно стварање система права, већ је нужна и „правничка дијагноза“, која изискује вештину препознавања правних појмова у конкретном случају, што се може постићи једино кроз „многогодишње муке и науке“ које треба савладати да би се постало ученим правником. Гершић овде критикује учење природноправне школе по коме се право може истински спознати само на основу природног схватања и здравог људског разума. Изучавајући позитивно право, студенти права развијају способност логичног расуђивања које ће им помоћи у сналажењу било ког правног система. „И за то правник у правој смислу образован неће задрхтати при

---

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*, 9.

<sup>81</sup> Изазван ставовима немачког правника Кирхмана, који је у делу „О непотребности и невредности јуриспруденције“ одрицао јуриспруденцији карактер и вредност, Гершић објашњава неопходност постојања учених правника, као и значај изучавања римског права у њиховом формирању. Гершић истиче да су ставови који обезвређују постојање слоја учених правника изазвани „трулим“ стањем у правништву његовог доба, које је изазвано погрешним схватањем природе права, односно погрешним утврђивањем битних момената правног појма.

<sup>82</sup> Г. Гершић, „Нешто о правништву у опште и о потреби римског права по свесно правништво (говорио Глиша Гершић започињући предавања своја у Великој школи)“, *Вила, Лист за забаву, књижевност и науку*, Београд, 1866, 698.

тој помисли да ће досадање позитивно право пасти, јер тиме он још не престаје правником бити. Јер он је учећи се поједином позитивном праву у једно упознао се и са правом уопште, као год што онај који какав језик знанствено испитује у једно упознаје битност, законе итд. језика уопште.<sup>83</sup>

Гершић понајвише дели учење немачке историјскоправне школе објашњавајући појам права.<sup>84</sup> <sup>85</sup> За његово одређење битна су три момента. Први моменат указује да је право „органички појам“. То значи да је право органска целина у коме сви делови стоје у узајамном односу. „Право није неки агрегат, нека смеша самовољних опредељења, него је као и језик кога народа историјски продукт, у коме је све у унутарњој свези.“<sup>86</sup> Други моменат који одређује појам права представља „историјско начело“. Право регулише живот и животне односе, па се стога, заједно са животом људи и народа, оно мења и развија по историјским законима. Свестан правник стално мора имати на уму тај историјски елемент, јер се само потпуним познавањем историје права одређеног народа може правилно схватити актуелно правно стање. Трећи моменат у појму права представља „народно начело“. Оно указује на то да је право карактеристика одређеног народа као и његов језик, обичаји и схватање живота. „Народна је индивидуалност, може се рећи, срце у правноме организму, одакле крв кроз све делове тече, те организму индивидуални карактер даје, по коме ћеш одмах познати, да је то право овога или онога народа.“<sup>87</sup> Гершић такође истиче неодвојивост теорије од

---

<sup>83</sup> *Ibid*, 698-699.

<sup>84</sup> Идеје немачке историјскоправне школе Гершић заступа и у „Енциклопедији права“: „Закон је облик правнога стварања који пре свега преовлађује на вишим и развијенијим ступњевима државног и правног живота... Једна од највећих заслуга већ помињане историјске школе је то што је она имала правилнији поглед на постанак и на значење права, а енергично и зналачки га заступала и јасно износила... Свакако дакле, код свих народа право почиње с обичајним правом, а не са законодавством. И том обичајном праву није било потребно никакво одобрење законодавца да важи као обавезно право; оно историјски стоји пред законодавством и има своју обавезну силу и самосталну важност као и закон.“ Г. Гершић, *Енциклопедија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, 166-167.

<sup>85</sup> Гершић ипак није био „слепи“ следбеник немачке историјскоправне школе већ је уносио социолошке елементе у тумачење историје права и римског права. Осим тога он је настојао да открије и одреди антрополошку укорененост права. Вид. Ј. Хасанбеговић, „О једном антрополошком утемељењу права у нашој правнотеоријској баштини – Глигорије Гига Гершић“, *Научно наслеђе Правног факултета у Београду 1841-1941*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1994, 112-118.

<sup>86</sup> Г. Гершић, (1866), 727.

<sup>87</sup> *Ibid*, 728.

праксе, указујући да актулено стање у праву сведочи о супротном, то јест да теорија и пракса „иду својим посебним путем“.

Гершић је намеравао да напише уџбеник из римског права, али је 1882. год. из штампе изашла само прва књига „Система римског приватног права“ која обухвата статусно право. Попут Лешјанина и Вељковића, Гершић је био германски ђак. У излагању материје римског права заступао је пандектни систем, тако да се код њега сусреће подела на општи и посебан део, при чему се у оквиру посебног дела издваја породично, имовинско (стварно и облигационо) и наследно право.<sup>88</sup>

Две школске године (1884/85 и 1885/86) наставу из Римског права држао је Андра Ђорђевић. Иако је велики научни допринос дао не у области римског<sup>89</sup>, већ грађанског и грађанског процесног права, на његову научну мисао велики утицај извршило је римско право. Тако у делу „Систем приватног (грађанског) права Краљевине Србије у вези с међународним приватним правом“, различито од Српског грађанског законика у коме је присутна институциона подела права, Ђорђевић користи пандектну поделу, ону исту по којој је Гершић намеравао да изложи материју римског приватног права у свом уџбенику.<sup>90</sup> Мада је био француски ђак (докторирао је у Паризу), Ђорђевић је, као и Гершић, био привржен идејама историјскоправне школе.<sup>91</sup> За њега у стварности постоји само позитивно право. Схватање школе природног права о постојању апсолутног, свевременског, непромењивог природног права које се изводи чистим апстрактним умовањем Ђорђевић назива „метафизичком сањаријом“<sup>92</sup>. Насупрот схватању школе природног права о дуализму природног и позитивног права, за Ђорђевића постоји само

---

<sup>88</sup> Вид. В. Цветковић, *op. cit.* 47 и даље.

<sup>89</sup> Заједно са Драгишом Мијушковићем превео је прву књигу „Пандекта или данашњег римског права“ од Арнтса Ритера од Арнесберга (*Carl Ludwig Ritter von Arnesberg*). Такође, у сарадњи са Миланом Ђ. Миловановићем преведене су „Институције с историјом римског приватног права“ од Карла Салковског (*Carl Salkowski*).

<sup>90</sup> Вид. В. Цветковић, *op. cit.* 88 и даље.

<sup>91</sup> Наведене сличности двојице научника могу се објаснити тиме што је Ђорђевић похађао Велику школу у периоду када је Гершић предавао Римско право на њој, те стога не треба искључити могућност да је професор извршио утицај на студента у његовом теоријскоправном усмерењу.

<sup>92</sup> „Тако схваћено природно право нема никакве реалности, већ постоји, без теоријске и практичке вредности, једино у субјективној представи свога творца и условљено је индивидуалним развојем овога.“ А. Ђорђевић, *Систем приватног (грађанског) права*, Службени лист СРЈ, Београд, 1996, 37.

једно право – оно које настаје у народу<sup>93</sup>. Право настаје у народу и заједно се с њим развија. Праизвор права сваког народа представља народна општа правна свест то јест народно опште осећање и схватање о томе шта је право<sup>94</sup>. „Основ свему позитивном праву лежи у историјско разрађеној правној свести дотичнога народа или у томе што неки извесни народ нешто као право сматра и чега се у свом укупном практичном, приватном и јавном или државном животу придржава, а на шта су веома знатно утицали благонравље и особени карактер дотичнога народа, његова религија и државно уређење, као и многи други случајни догађаји у току његовог културно-историјског живота. По овоме, право је не само конструктивни елеменат сваког људског друштва или народа, онако исто као што су то језик, благи обичаји (добре нарави), религија, својина итд., већ је оно, као год и језик и производ културно-историјскога живота онога народа, у којем оно практички важи.“<sup>95</sup> Будући да право извире из народног живота, то различити народи имају и различита права, као што је и право једног истог народа различито у различитим епохама.<sup>96</sup>

## 7. ЗАКЉУЧАК

Једна од великих заслуга немачке историјскоправне школе огледа се у томе што је променила правац школовања правника. За разлику од фабриковања државних чиновника оспособљених да практичним деловањем одржавају дати државни организам, немачка историјскоправна школа циљала је да створи правничку елиту која ће широким образовањем и изоштреним критичким умом предлагати усавршавање правног поретка, а следствено томе и напредније државно уређење. Не постоји никакво унапред одређено и свевременски важеће идеално право већ се оно постепено развија, пратећи потребе друштва у коме важи. Иако право настаје у народу, оно се развија делатношћу правника. Уколико је јуриспруденција ограничених видика, она слепо верује нормотворцу и све своје напоре усмерава ка томе да утврди шта је он имао на уму када је донео ту норму како би се ревностно применила у пракси. Немачка историјскоправна школа желела је правну науку која ће критички испитивати важеће право и, ослањајући се на снагу својих научних аргумената, предлагати његово побољшање. Предуслов стварање „умне“

---

<sup>93</sup> Отуда је јасно због чега Ђорђевић има негативно мишљење о Српском грађанском закону за који каже да је „само лош извод Аустријскога законика“. *Ibid*, 67.

<sup>94</sup> *Ibid*, 75.

<sup>95</sup> *Ibid*, 36.

<sup>96</sup> „Право образовалиште права је истом живот народни, па с тога је оно и различито у разних народа.“ *Ibid*, 37.

јуриспруденције јесте реформа правних студија. Умовање претпоставља утврђивање генезе важећег права односно његову историјску анализу. Због тога се у курикулуму правних студија мора ставити нагласак на историјске дисциплине. Римско право добија централну улогу из два разлога: због његове унутрашње вредности и због историјског развоја који се огледа у томе да се античко римско право преобразило у савремено римско право. Захваљујући успешном деловању немачке историјскоправне школе, немачки универзитети изнедрили су блиставе правнике чија постигнућа у потоњем времену тешко могу бити превазиђена. Немачка историјскоправна школа је у пракси постигла успех снагом својих аргумената а не агресивним деловањем. Њене пароле су: развој, правно уређење у складу са „народним духом“, образовање, истанчаност расуђивања. За разлику од немачких земаља где су идеје немачке историјскоправне школе настале и постепено се шириле делатношћу јуриспрудената, у Аустријском царству оне су усађене интервенцијом Министра просвете Тун-Хоенштајна који је извршио реформу правних студије у духу тих идеја. Основ за ширење идеја немачке историјскоправне школе у Србији било је увођење (а потом и учвршћивање) Римског права у наставни план Лицеја. Нарочито је импресивна снажна и уверљива аргументација којом су први српски романисти указивали на значај римског права за укупно правничко образовање. Прихватање идеја немачке историјскоправне школе значило је постављање високих стандарда у процесу образовања правника. Резултати таквог образовања врло брзо су постали видљиви јер су уследиле генерације српских јуриспрудената који су својим оригиналним ставовима обогатили европску правну књижевност.

#### ЛИТЕРАТУРА:

Стојан Вељковић, *Беседа којом је Стојан Вељковић, доктор права и привремени професор Римског и Криминалног права у Лицеју Кнежевине Србије своје предавање отворио*, Београд, 1856.

Gunter Wesener, „Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanistischer Richtung in Österreich - vornehmlich zu Ludwig Arndts von Arnesberg (1803-1878)“, *Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag* (Hgg. T. Olechowski, C. Neschwara, A. Lengauer), Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 2010, 577-599.

Глигорије Гершић, *Енциклопедија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011.

Глигорије Гершић, „Нешто о правништву у опште и о потреби римског права по свесно правништво (говорио Глиша Гершић

започињући предавања своја у Великој школи)“, *Вила, Лист за забаву, књижевност и науку*, Београд, 1866, 695-699, 712-717, 727-733.

Андра Ђорђевић, *Систем приватног (грађанског) права*, Службени лист СРЈ, Београд, 1996.

Љубица Кандић, „Допринос Стојана Новаковића реформи Велике школе у другој половини XIX века“, *Анали Правног факултета у Београду*, 6/1994, 616-634.

Љубица Кандић, Јелена Даниловић, *Историја Правног факултета (1808-1905)*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1997.

Рајко Лешјанин, *Институције Јустинијановог римског права*, Београд, 1857.

Зоран Мирковић, „Правне студије крајем XVIII и почетком XIX века и београдска Велика школа 1808-1813. године“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2008, 126-149.

Илија Пржић, „Оснивање Правног факултета у Србији“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-2/1940, 1-17.

Thomas Simon, „Die Thun-Hohensteinsche Universitätsreform und die „Geschichtliche Rechtswissenschaft“, *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs. Zeitschrift der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs der Österreichischen Akademie der Wissenschaften*, 1/2017, 132-143.

*Сто педесет година Правног факултета 1841-1941*, Правни факултет у Београду, Београд, 1991.

Јасминка Хасанбеговић, „О једном антрополошком утемељењу права у нашој правнотеоријској баштини – Глигорије Гига Гершић“, *Научно наслеђе Правног факултета у Београду 1841-1941*, Београд, 1994, 112-118.

Hans - Peter Haferkamp, „Naturrecht und Historische Rechtsschule“, *Naturrecht in Antike und früher Neuzeit. Symposium aus Anlass des 75. Geburtstages von Klaus Luig* (Hgg. M. Armgardt, T. Repgen), Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

Hans - Peter Haferkamp, *Die Historische Rechtsschule*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2018.

Валентина Цветковић, *Развој романистике код Срба од средине XIX до средине XX века*, необјављена магистарска теза одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, 2009.

#### АРХИВСКА ГРАЋА:

1. Архив Србије – фондови  
Фонд Лицеј  
Фонд Министарства просвете  
Фонд Велике школе 1863-1905. године

## 2. Објављена грађа

Д. Баралић, *Зборник закона и уредаба о Лицеју, Великој школи и Универзитету у Београду*, Научна књига, Београд, 1967.

Р. Љушић, *Лицеј 1838-1863 - Зборник докумената*, Универзитет у Београду - Савремена администрација, Београд, 1988.



**Valentina CVETKOVIĆ-ĐORĐEVIĆ, Ph.D**

Assistant Professor Faculty of Law University of Belgrade

## **GERMAN HISTORICAL SCHOOL AND SERBIAN ROMANISTICS IN 19<sup>TH</sup> CENTURY**

### **Summary**

The development of Roman Law studies in Serbia began in the mid-nineteenth century. The beginning of the Roman Law studies was part of the process of restoration of Serbian statehood. Therefore the history of studies of the Roman Law is reflected in the way of modernization of the Serbian State. The merit for the introduction of Roman law in Serbia belongs to a Lyceum teacher and a famous Serbian comedy writer Jovan Sterija Popović, who supported the ideas of the Natural Law School. Popović as an experienced lawyer understood well the importance of Roman law in the process of legal education and thanks to him in 1843 Roman Law was introduced in the curriculum of the Lyceum. Immediately after adoption of the *Serbian Civil Code* (1844) an order was issued to replace the study of the ancient Roman law with the modern civil law. This was completely in accordance with legal educational policy practised in the Austrian Empire at the beginning of the nineteenth century. And when the ABGB entered into effect, Roman law was removed from the legal curriculum and replaced by a study course that was primarily focused on the ABGB. In 1849 Roman Law was reintroduced in the curriculum of the Lyceum in Serbia. Similar to the Austrian Empire, Roman Law in Serbia was reintroduced thanks to the breakthrough of the ideas of German Historical School. The paper discusses how the ideas of German Historical School became influential in Serbia and how it influenced the survival and development of Roman law.

**Keywords:** *German Historical School. Roman Law. Serbian Romanistics.*



**Огњен ВУЈОВИЋ\***

Правни факултет Приштина – Косовска Митровица

## О ДЕЛИКТУ ПРЕВАРЕ

**Апстракт:** Деликт преваре (*dolus malus*) је настао крајем прве половине првог века пре Христа. Већ пре тог периода је римско друштво почело да доживљава битне политичке, правне и неке организационе промене. Оне су наговештавале једно ново доба. Доба великих турбуленција које ће породити Империју. Овај деликт је настао у једном таквом контексту који подразумева ослањање на популистичку политику због потребе за асимилацијом ширих друштвених слојева. То су премисе од којих се пошло приликом истраживања и које су и потврђене.

На крају је дефинисан сам деликт преваре, његови објективни и субјективни елементи. Објективни елемент је одређен преко последице. Последица се огледа у штети коју је жртва претрпела. Субјективни однос починиоца је одређен као лукавство (*callide*) и злонамерност (*malitia*). Поред тога, било је потребно да је починилац имао за циљ остварење имовинске користи (*lucrum*). Није било неопходно да до остарења те користи и стварно дође.

**Кључне речи:** *dolus malus, bona fides, furtum, callide, militia, lucrum.*

### 1. МОРАЛ, ПРАВО И ПОЛИТИЧКИ ПРОЦЕСИ

Кроз историју је увек било неизбежно да моралне норме нађу свог одјека и на терену права. Том утицају је било изложено и римско приватно право. Познат је значај категорије *bona fides*.<sup>1</sup> Она је као свог опоненета подразумевала *dolus*.<sup>2</sup> Долус је имао двоструку улогу. Тако Рајт

---

\* Доцент, [ognjen.vujovic@pr.ac.rs](mailto:ognjen.vujovic@pr.ac.rs)

<sup>1</sup> О разликама у схватању појмова *fides* и *bona fides* вид. Магдолна Сич, „Fides и Bona fides у процесу стварања римског општег права (*ius gentium*)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2012. Савесност је појам који је у римском праву имао широку примену, посебно када је реч о стицању својине, вид. Андреја Катанчевић, „Стицање својине преко туђег роба“, *Зборник радова „Универзално и особено у праву“* том I (ур. О. Вујовић) Косовска Митровица 2018, 496 и даље. У погледу начина стицања својине вид. Andreja Katančević, *Načini sticanja svojine u rimskom pravu*, Beograd 2017.

<sup>2</sup> Институт савесности, или добре вере је оно што доводи до поништавања контраката који су настали преваром (*dolus*), или принудом (*metus*), Thomas D. Frazel, „Furtum“

наводи како је у праву, у раним временима, када још није сазрела идеја једнакости и када није било појаве увођења моралних појмова у свет права, долус (као намерна агресија) био основа свих деликтних облигација.<sup>3</sup> Чини се да је управо супротно. Наиме, од најранијих времена, па кроз целу историју, неизбежно је да морална схватања остварују свој утицај на правне норме. У сваком случају, Рајт указује на долус као облик кривице.

У једном тренутку је долус постао посебан деликт, деликт преваре.

Начело добре вере, савесности (*bona fides*) и деликт преваре (*dolus malus*)<sup>4</sup> настају у времену када се увидела потреба да се право учини пожељним за све становнике настајуће Империје. Требало је учинити да приватно право буде кључ за отклањање незадовољстава и да се тако успешно трасира асимилација покорених. Требало је свим слободним поданицима дати задовољење на терену индивидуалних интереса. Нарочито припадницима покорених заједница којима је одузета политичка слобода. То је, иначе, образац који све империје, од римског царства, па на овамо, користе у процесу асимилације покорених. Индивидуално задовољење као замена за политичку слободу, као замена за задовољење покореног колектива као таквог.

---

and the Description of Stolen Objects in Cicero `In Verrem`“ 2.4, *The American Journal of Philology* 3/2005, 366, фн. 12. У сваком случају, римски правници нису били посебно систематични приликом изградње правне терминологије. Једну исту реч су употребљавали да изразе више појава, вид. Андреја Катанчевић, „Ослобођење од одговорности за инјурију“, *Зборник радова Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици* 2018, 107, фн 26.

<sup>3</sup> Cecil A. Wright, „Gross Negligence“, *The University of Toronto Law Journal* 2/1983, 186.

На овом месту треба напоменути како у теорији постоје бројна разматрања о међутицају права и других друштвених норми и појава, вид. Андрија Гамс, *Nagon i Norma, putevi i bespuća kulture*, Београд 1995., вид. Сава Аксић, „Однос права и политике као друштвених подсистема и могућа (уставна) граница између њих“, *Српска политичка мисао* 3/2017, 122 и даље, вид. Сава Аксић, „Основ права“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици* 2011., вид. Сава Аксић, *Правни плурализам*, Косовска Митровица 2017.

<sup>4</sup> „Почетком принципата његов појам је проширен и схваћен као супротност од *bona fides*: он је свака радња учињена са намером да наведе другог да учини неки материјални или правни акт који ће му нанети штету, а који не би учинио да није било те доложне радње. Најчешће се ради о довођењу у заблуду или одржавању у заблуди некога о моментима одлучујућим за његову одлуку да предузме неки посао“, Драгомир Стојчевић, *Rimsko obligaciono pravo*, Београд 1960, 121. О долусу и неким облицима деликтне одговорности вид. Milena Poloјас, *Actio de pauperie, and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*, Belgrade 2003, 177-178.

Цицерон подразумева да се долус не може разумети без познавања категорије *bona fides*. О томе говори следеће:

*Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec ut emat melius nec ut vendat quicquam simulabit aut dissimulabit vir bonus. Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona. Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae melius aequivis, in fiducia vt inter bonos bene agier. Quid ergo? aut in eo, quod melius aequivis, potest ulla pars inesse fraudis? aut cum dicitur inter bonos bene agier, quicquam agi dolose aut malitiose potest? Dolus autem malus in simulatione, ut ait Aquilius, continetur. Tollendum est igitur ex rebus contrahendis omne mendacium. Non illicitatorem venditor, non qui contra se liceatur emptor apponet. Uterque si ad eloquendum venerit, non plus quam semel eloquetur.*<sup>5</sup>

Деликт преваре (*dolus*) је 66. године пре Христа увео претор Аквилије Гал.<sup>6</sup> Примена тужбе за превару је постепено проширивана све до времена Јустинијана.<sup>7</sup> Реч је о пеналној тужби. Последица осуде је инфамија. Бергер (*Berger*) наводи како се тужба може подићи у року од године дана пошто је превара учињена, а од времена Константина у року од три године. Реч је о генералној тужби која се примењује увек када нема права на неко друго средство, а почињена је превара.<sup>8</sup> Либс (*Liebs*), анализирајући Цицеронов навод о делатности Аквилија Гала по питању деликта преваре, каже да је овај развио једно друго правно средство против преваре. Наиме, Либс истиче како Цицерон говори у множини о правним средствима против преваре. Гај Аквилије Гал је реформулисао и приговор против преваре тако што је препознао још једну могућност почињења преваре, *dolus praesens, generalis*. Пре тога је била добро позната превара приликом закључења неког посла. У сваком случају, формулисани су шири принципи против преваре.<sup>9</sup> Либс износи претпоставку да је катализатор за овакво решење био случај у коме је Отацилија тужила Варона поводом одређеног новчаног дуга.

---

<sup>5</sup> Cic. De Officiis III, XV, 61, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 05. мај 2019.

<sup>6</sup> Вид. Adolf Berger, „Encyclopedic Dictionary of Roman Law“, *Transactions of the American Philosophical Society* 2/1953, 343.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Detlef Liebs, *Summoned to the Roman Courts - Famous Trials from Antiquity* (translated by Rebecca L. R. Garber and Carole Gustely Cürten), Berkeley and Los Angeles, University of California Press 2012, 79.

Интересантно је да је у том случају судија, *iudex*, био управо Гај Аквилеје Гал.<sup>10</sup>

Као што се може видети, деликт преваре је настао крајем прве половине првог века пре Христа. Већ пре тог периода је римско друштво почело да доживљава битне политичке, правне и неке организационе промене. Оне су наговештавале једно ново доба. Доба великих турбуленција које ће породити Империју. Зато настанак овог деликта треба посматрати у том контексту.<sup>11</sup> Винкел (*Winkel*) лепо наводи да су Римљани преко *bona fides* и *exceptio doli* и *actio de dolo* штитили слабије друштвене групе.<sup>12</sup> Ова заштита непривилегованих друштвених група и све већи значај популистичке политике се мора посматрати у ширем контексту. То је контекст изградње Империје и потреба за асимилацијом незадовољства што ширих друштвених слојева.

## 2. ДЕФИНИСАЊЕ ДОЛУСА КАО ДЕЛИКТА И ПРОЦЕСНА СРЕДСТВА ЗА ЊЕГОВО УТУЖЕЊЕ

Улпијан у својој једанаестој књизи *О едикту*, каже следеће:

*Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, qui aliis offuerunt calliditate quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa.*<sup>13</sup>

Превод: Овај преторов едикт је уперен против превртљиваца и превараната, који су путем неког лукавства друге повредили, да не би својом злонамерношћу остварили корист, или да други не би претрпели штету због своје простодушности.

Долус има објективни и субјективни елемент. Када је реч о првом елементу, онда је очигледно да је изабрано да се он одреди преко последице. То се изгледа сматрало довољно јасним и поузданим критеријумом. Облике његове радње није било потребно подобро побројавати. Последица се огледа у штети коју је жртва претрпела. Субјективни однос починиоца је одређен као лукавство (*callide*) и злонамерност (*malitia*). Поред тога, било је потребно да је починилац за циљ имао остварење имовинске користи (*lucrum*), а није било неопходно да до остварења те користи и стварно дође.

---

<sup>10</sup> *Ibid*, 71 и даље.

<sup>11</sup> О значају тих околности за доношење *lex Atinia de usucapione* вид. Огњен Вујовић, *Furtum у преткласичном праву*, Косовска Митровица 2018, 81-82 и 125-126.

<sup>12</sup> Laurens Winkel, „Forms of Imposed Protection in Legal History, Especially in Roman Law“, *Erasmus Law Review* 2/2010, 158.

<sup>13</sup> D. 4. 3. 1. пр., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. године.

Тужба за долус се примењује само уколико су сва друга процесна средства исцрпљена. Ово значи и да је путем других деликата успостављана граница овог.

*Verba autem edicti talia sunt: "Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo".*<sup>14</sup>

Превод: Ово су речи едикта: „Где је речено да је нешто злонамерно учињено, а у том случају не постоји ни једна друга тужба, ако се чини да је правично, дозволићу суђење“.

Што се радње деликта тиче, присутно је следеће њено ближе одређење. Оно свакако није, не може и не треба да буде подробно:

*Dolum malum servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*<sup>15</sup>

Превод: Сервије дефинише долус малус као махинацију којом се обмањује други, њоме се нешто симулира, а друго ради. Лабеон пак држи да се и без симулирања може извршити превара. Могуће је и без зле намере другоме такво нешто урадити, да се друго симулира, као што се ради, као што се путем таквог претварања опслужује и брани било своје, било туђе. На исти начин дефинише *dolus malus* као сваки облик лукавштине којим се други обмањује, вара, заводи. Лабеонова дефиниција је истинита.

Лабеонова дефиниција је врло широка и неодређена. У сваком случају, важно је да је стање свести жртве такво да је доведена у заблуду. Када то није учињено у одбрану својих, или туђих интереса, онда је реч о деликту преваре. Он се одређеује и као *dolus malus*. Уколико се има у виду оно што је претходно речено о овом деликту, онда је јасно да превара која је учињена у одбрану својих или туђих интереса за циљ не сме имати остварење противправне имовинске користи.

*Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.*<sup>16</sup>

Превод: Претор не каже само превара (*dolus*), већ употребљава придев зла (*malum*). То је зато што стари употребљавају *dolus* и за нешто

---

<sup>14</sup> D. 4. 3. 1. 1., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. године.

<sup>15</sup> D. 4. 3. 1. 2., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. године.

<sup>16</sup> D. 4. 3. 1. 3., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. године.

што је добро и за неку вештину, као што је лукавство које је употребљено против непријатеља или разбојника.

Дакле, како би разликовао превару као лаичку категорију од преваре као правне категорије,<sup>17</sup> претор уводи обавезан епитет *malum*. Тако сада имамо *dolus malus*, зловна превара. Интересантно је ово стварање деликтних правних термина путем наглашавања њиховог негативног предзнака.

*Ait praetor: "Si de his rebus alia actio non erit." Merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri: usque adeo, ut et Pedius libro octavo scribit, etiam si interdictum sit quo quis experiri, vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum. Idem et Pomponius libro vicensimo octavo: et adicit, et si stipulatione Tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse, ut puta si de dolo stipulatum sit.*<sup>18</sup>

Превод: Претор каже: „Ако у тој ствари не постоји нека друга тужба“. Претор с правом обећава ову тужбу тамо где нема друге. Јер, тужбу која за собом повлачи инфамију не треба претор брзоплето да даје, ако постоји могућност било за цивилну, било за хонорарну тужбу. То је до те мере тако, каже и Педије у својој осмој књизи, да се примењује и у случају да постоји интердикт који се може применити, или приговор који је могуће истаћи, па се овај едикт не примењује. Исто тако и Помпоније у двадесет осмој књизи: и додаје да и из ступулације није могуће подићи тужбу за превару, уколико се имала у виду превара приликом стипулисања.

Настојало се да тужба за превару има што ужу примену. Као да се није хтело допустити да се путем ње потпуно промени целокупни дотадашњи развој цивилног или хонорарног права. Заиста би настала револуција. Једино су моралне категорије у стању да је покрену, па им је требало ограничити снагу.<sup>19</sup> Предвиђањем овог деликта јесу били зсштићени непривилеговани слојеви друштва, али је зарад стабилности система било потребно да и таква заштита има својих граница. Стабилности нема без равнотеже интереса и без компромиса.

---

<sup>17</sup> О односу између појмова правде, права и морала вид. Сава Аксић, „Правда као минимални услов права“, *Тематски зборник „Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“*, Косовска Митровица 2016, 510-511.

<sup>18</sup> D. 4. 3. 1. 4., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. године.

<sup>19</sup> Римљани су некада из коруптивних разлога спутавали заокруживање правних решења. То је био случај са кривичним делом уцене, вид. R. H. HELMHOLZ, „THE ROMAN LAW OF BLACKMAIL“, *THE JOURNAL OF LEGAL STUDIES* 1/2001, 36. ШТО СЕ ДЕЛИКТА ПРЕВАРЕ ТИЧЕ, ЧИНИ СЕ ДА НЕМА ТИХ ПРОБЛЕМА.



*Idem Pomponius ait et si actionem in nos dari non oporteat, veluti si stipulatio tam turpis dolo malo facta sit, ut nemo daturus sit ex ea actionem, non debere laborare, ut habeam de dolo malo actionem, cum nemo sit adversus me daturus actionem.*<sup>20</sup>

Превод: исто тако Помпоније држи да ако не може бити дата тужба против нас, тамо где је стипулација начињена срамотно, из зле намере, онда не може бити дата тужба ни против кога. Не може се добити, будући да тужбу због зле намере нико против мене нема.

*Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere: et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere, sibi imputaturo eo qui agere supersedit: nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit ut tempus exiret.*<sup>21</sup>

Превод: Исто тако Помпоније указује на Лабеонову оцену да и тамо где је могућ повраћај у пређашње стање не постоји могућност тужбе. И ако је други пропустио да тужи, не може се подићи тужба, будући да се то рачуна себи у штету. Сем ако је злонамерно учињено да време истече.

Очигледно да се сматрало да је повраћај у пређашње стање довољан лек.

*Si quis cum actionem civilem haberet vel honorariam, in stipulatum deductam acceptilatione vel alio modo sustulerit, de dolo experiri non poterit, quoniam habuit aliam actionem: nisi in amittenda actione dolum malum passus est.*<sup>22</sup>

Превод: ако неко има тужбу, било цивилну, било хонарарну, која је изведена из стипулације, и која је прихватањем или неким другим начином угашена, не може се позвати на превару, будући да може да подигне другу тужбу. Тако је сем ако није пропустио да подигне ту тужбу због злонамерног деловања.

Као и у првом случају, уколико већ постоји процесно средство за заштиту легалних интереса, утолико се не може тужити за долус. Може се тужити само ако то средство није искоришћено због очигледног долозног деловања друге стране.

*Non solum autem si adversus eum sit alia actio, adversus quem de dolo quaeritur.*<sup>23</sup>

Превод: Не само пак ако се може подићи друга тужба против онога чија је превара предмет истраге.

Тако је познато да се суђење могло поништити ако су сведоци били поткупљени. Зато ту нема речи о деликту преваре:

---

<sup>20</sup> D. 4. 3. 1. 5., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. године.

<sup>21</sup> D. 4. 3. 1. 6., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. године.

<sup>22</sup> D. 4. 3. 1. 7., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. године.

<sup>23</sup> D. 4. 3. 1. 8., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 15. април 2019. године.

*Divus Hadrianus, aditus per libellum a Iulio Tarentino et indicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: "Exemplum libelli dati mihi a Iulio Tarentino mitti tibi iussi: tu, si tibi probaverit conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica et, si qua a iudice tam malo exemplo circumscripto iudicata sunt, in integrum restitue".*<sup>24</sup>

У овом случају је следио повраћај у пређашње стање, *restitutio in integrum*.

Перегрински претор је такође давао право на тужбу за превару (*dolus*):

*Haec de dolo actio noxalis erit: ideo Labeo quoque libro trigensimo praetoris peregrini scribit de dolo actionem servi nomine interdum de peculio, interdum noxalem dari. Nam si ea res est, in quam dolus commissus est, ex qua de peculio daretur actio, et nunc in peculio dandam: sin vero ea sit, ex qua noxalis, hoc quoque noxale futurum.*<sup>25</sup>

Превод: Тужба за долус је ноксална: тако Лабеон у својој тринаестој књизи о перегринском претору пише да је тужба за долус, у име свог роба, некад из пекулијума, некад ноксална. Ако се ради о долусу, а дата је тужба на основу пекулијума, онда се она и примењује. Ако је реч о ноксалној одговорности, онда се примењује таква тужба.

То опет потврђује да тужба поводом долуса није генералног, већ супсидијерног карактера. О томе на свој начин говори и следеће:

*Merito causae cognitionem praetor inseruit: neque enim passim haec actio indulgenda est. Nam ecce in primis, si modica summa sit.*<sup>26</sup>

Превод: Претор с правом процењује сваки случај: будући да се ова тужба не примењује тако лако. Тако у првом случају ако се ради о скромној суми (мисли се на случај када се има право на тужбу из пекулијума, *примедба О. В.*).

Скромном сумом се сматра износ који не прелази два ареуса:

*Id est usque ad duos aureos.*<sup>27</sup>

Уколико употребимо данашњу терминологију, деликт долус представља прекршај код кога је реч о повећаном степену друштвене опасности. Он је дошао из света морала и одатле та снажна енергија. Оно што је посебно интересантно је да се ради о нормама које су примењиване и на перегрине.

---

<sup>24</sup> D. 42. 1. 33., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 30. април 2019. године.

<sup>25</sup> D. 4. 3. 9. 4а., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 01. мај 2019. године.

<sup>26</sup> D. 4. 3. 9. 5., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 01. мај 2019. године.

<sup>27</sup> D. 4. 3. 10., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 01. мај 2019. године.

Због страшних последица у виду инфамије које са собом носи одговорност за овај деликт, тужба за долус неће бити дата против одређених лица. Између осталих, неће је имати деца против својих родитеља, ни ослобођеници против својих патрона:

*Et quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. Sed nec humili adversus eum qui dignitate excellat debet dari: puta plebeio adversus consularem receptae auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut alias vili adversus hominem vitae emendatioris. Et ita Labeo. Quid ergo est? In horum persona dicendum est in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat.*<sup>28</sup>

Да је осуда по овој тужби била један од узрока који је са собом носио инфамију сазнајемо и из следећег Јулијановог извештаја:

*Praetoris verba dicunt: "infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit".*<sup>29</sup>

Као што се може видети, између осталих деликата и фуртум је са собом носио последицу у виду инфамије.<sup>30</sup>

### 3. РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ ДЕЛИКТА ПРЕВАРЕ И ДЕЛИКТА ФУРТУМ

Вреди напоменути како се и код фуртума захтевала зла намера (*dolus malus*).

*Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat.*<sup>31</sup> Лопов је онај ко злонамерно дође у додир са туђом ствари. Међутим, ово није било

---

<sup>28</sup> D. 4. 3. 11. 1., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 01. мај 2019. године.

<sup>29</sup> D. 3. 2. 1., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 05. мај 2019.

<sup>30</sup> О инфамији вид. Hans-Friedrich Mueller, „Vita, Pudicitia, Libertas: Juno, Gender, and Religious Politics in Valerius Maximus“, *Transactions of the American Philological Association* (1974-2014) 128/1998, 238 и даље.

<sup>31</sup> *Paulus Sententiarum*, 2. 31. 1., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 05. мај 2019.

довољно да овај деликт разликује од других имовинских деликата. Било је потребно да је та злонамерност за циљ имала стицање противправне имовинске користи:

*Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve...*<sup>32</sup>

Како разликовати превару од крађе, ако се има у виду следеће:

*Quod si cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est.*<sup>33</sup>

Превод: Ако знаш да је неко остао без имовине, а ради своје користи (*tui lucri gratia*) убеђујеш ме у супротно, тужба за превару (*dolus*) ће ми бити дата будући да ми лажно хвалиш другога зарад твоје користи.

Пре свега, одавде је јасно да није морало доћи до последице у виду стварног стицања имовинске користи. Било је довољно да је починилац имао такву намеру.

Јасно је да је у оба случаја (фуртум и долус) био неопходан мотив стицања имовинске користи. Разликују се по томе што је у случају долуса, прво, реч о неодређеној имовинској користи. Друго, ствар се не мора и физички наћи у имовини одговорног лица. Напротив, ствар се може елиминисати. О томе говори следећи пример.

Ако јемац убије обећану животињу, онда се може подићи тужба за долус против њега, јер је дужник ослобођен обавезе, па и он који је јемчио:

*Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere neratius priscus et Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur.*<sup>34</sup>

Делинквент има за циљ да он сам, или неко други, буде противправно ослобођен имовинске обавезе. При том се чини да тај други није морао бити упознат са намером делинквента.

О елиминацији дуговане ствари говори и следећи пример:

*Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis: ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur.*<sup>35</sup>

Превод: Ако неко други убије роба кога си ми обећао, онда могу да подигнем тужбу за долус против тога, јер си ти ослобођен од обавезе. Исто тако, не може се подићи аквилијанска тужба.

---

<sup>32</sup> D. 47. 2. 1. 3., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 05. мај 2019.

<sup>33</sup> D. 4. 3. 8., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 05. мај 2019.

<sup>34</sup> D. 4. 3. 19., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 05. мај 2019.

<sup>35</sup> D. 4. 3. 18. 5., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 05. мај 2019.

У сваком случају фуртум је преформулисан након увођења *actio de dolo, actio servi corrupti*, након проширивања аквилијанске одговорности и увођења многих других процесних средстава. На тај начин је, истиче Цимерман (*Zimmermann*), тужба за фуртум престала да буде средство за решавање свих случајева (... *a kind of catch-all function*).<sup>36</sup> Дакле, током интеракције фуртума и других деликата долазило је до постепеног сужавања опсега фуртума.

Када је у питању деликт преваре, делинквент има за циљ да преваром наведе другога да не оствари имовинску корист, или да оствари мању имовинску корист од оне коју би објективно могао да очекује. О томе говори следећи пример:

*Si autem mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit, vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit: dico de dolo dandam, si callide hoc feceris.*<sup>37</sup>

Превод: Ако ме убеђујеш да одбијем наследство као да је несолвентно, или да одаберем роба као да нема бољег у домаћинству, онда кажем да тужбу за долус треба дати ако си лукаво деловао.

Цимерман подвлачи оно што је видљиво из самих извора. У почетку се сматрало да је код долуса увек потребно да постоји нека симулација. Починилац тобоже ради једно, а у ствари намерава друго. Затим се увидело да је овакво дефинисање преуско.<sup>38</sup> Претор је проширивао примену ове тужбе. Он ју је дозвољавао након испитивања случаја (*causa cognitio*) и само ако није већ предвиђено неко друго средство за отклањање штете.<sup>39</sup>

Проширивана је и могућност утужења тако што су одговорним сматрана лица која су обављала муниципалне функције уколико су приликом њиховог вршења начинила превару. Било је довољно да су од таквог њиховог деловања користи имали други, житељи муниципије. Није било потребно да су становници муниципије у било каквом облику учествовали у извршењу овог деликта. Није било потребно ни да су били саучесници у било ком виду. Није јасно ни да ли је сам управник остварио, или, да ли је имао намеру да оствари имовинску корист од преваре коју је починио. Ради се о следећем примеру:

*Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si*

---

<sup>36</sup> Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1992, 928.

<sup>37</sup> D. 4. 3. 9. 1., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 05. мај 2019.

<sup>38</sup> R. Zimmermann, 665.

<sup>39</sup> D. Stojčević, 122.

*quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.*<sup>40</sup>

Ту се каже да ако нешто што је стечено преваром управника доспе у руке становника муниципије, они не могу одговарати за долус. Али, се може подићи тужба због користи коју су остварили преварним деловањем управника и у мери те користи. Због преваре коју су починили декуриони може се поднети тужба за долус против њих самих.

Постоји један случај у коме пасивно легитимисан код тужбе за долус може бити и онај који има имовинске користи од преваре, а да није реч о извршиоцу деликта.<sup>41</sup> Тужени одговара у мери такве имовинске користи. О томе говори следећи пример:

*Item si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio in quantum ad eum pervenit: nam procurator ex dolo suo procul dubio tenetur.*<sup>42</sup>

Ту се каже да ако нешто доспе у руке властодавца на основу преваре прокуратора, даје се тужба за долус против властодавца у мери у којој је нешто добио. Наравно, и прокуратор одговара за долус.

Ова тужба се даје и против наследника и њихових сукцесора у мери у којој су нешто добили:

*Haec actio in heredem et ceteros successores datur dumtaxat de eo quod ad eos pervenit.*<sup>43</sup>

Претор захтева да тужилац наведе која му је превара учињена, јер не може бити дозвољена непрецизност када се ради о таквом кривичном делу.

*Item exigit praetor, ut comprehendatur, quid dolo malo factum sit: scire enim debet actor, in qua re circumscriptus sit, nec in tanto crimine vagari.*<sup>44</sup>

Следећи пример је типичан облик преваре:

*Servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuam a me accepit et tibi solvit: Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam, quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit, nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.*<sup>45</sup>

Превод: Ако твој роб који ти дугује и који није солвентан, охрабрен од тебе, позајми од мене новац и плати теби, Лабеон каже да треба дати тужбу за *dolus malus* против тебе, јер се из пекулијума не може

---

<sup>40</sup> D. 4. 3. 15. 1., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 05. мај 2019.

<sup>41</sup> Нешто слично случају о одговорности власника несолвентног роба из D. 4. 3. 20. пр. О томе ће доле бити речи.

<sup>42</sup> D. 4. 3. 15. 2., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 05. мај 2019.

<sup>43</sup> D. 4. 3. 17. 1., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 05. мај 2019.

<sup>44</sup> D. 4. 3. 16., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 05. мај 2019.

<sup>45</sup> D. 4. 3. 20. пр., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 05. мај 2019.

намирити, будући да у пекулијуму нема ничега. Нити се сматра да је ствар у имовини власника, јер је власник само примио дуг.

Из свих наведених примера је очигледно да се тужба за долус увек примењује супсидијерно, када није могуће применити неко друго процесно средство.<sup>46</sup> Ту се крије почетак и крај разликовања овог од других деликата, а нарочито од фуртума. Постоји још једна битна разлика. За долус могу одговорати и наследници, насупротив одговорности за фуртум.

Тако се каже да ће проконзул дати тужбу за долус против наследника и да ће наследник одговорати до величине онога што је добио:

*In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eum pervenerit, id est quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit.*<sup>47</sup>

Одговараће и ако је злонамерно спречио да се прихвати наслеђа:

*Dolove malo eius factum est, quo minus pervenerit.*<sup>48</sup>

Било како било, наследници имовински одговарају по *actio in factum* без временског ограничења, јер нико не може да остварује имовинску корист из туђе штете:

*Itaque si accepto lata sit tibi pecunia, omnimodo cum herede tuo agetur. At si res tibi tradita sit, si quidem mortuo te ea res extitit, agetur cum herede tuo, si minus, non agetur. Sed utique in heredem perpetuo dabitur, quia non debet lucrari ex alieno damno. Cui conveniens est, ut et in ipso, qui dolo commiserit, in id quod locupletior esset perpetuo danda sit in factum actio.*<sup>49</sup>

У овом Гајевом параграфу из његове четврте књиге о провинцијском едикту се каже да се против онога ко почини долус даје *actio in factum* у мери у којој се обогатио, без временског ограничења.

Може се рећи да је у крајњој линији и деликт долус почивао на једном ширем принципу по коме нико не може да остварује имовинску корист из туђе штете, *quia non debet lucrari ex alieno damno*.

Ако је двоје починило превару, једно друго не могу оптужити по том основу:

*Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.*<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Вид. Žika Вујуклић, *Forum Romanum, rimska država, pravo, religija i mitovi*, Beograd 2012, 297.

<sup>47</sup> D. 4. 3. 26., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 06. мај 2019.

<sup>48</sup> D. 4. 3. 27., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 13. мај 2019.

<sup>49</sup> D. 4. 3. 28., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 06. мај 2019.

<sup>50</sup> D. 4. 3. 36., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 06. мај 2019.

#### 4. ОДРЕЂЕЊЕ ДЕЛИКТА ПРЕВАРЕ

На основу свега што је речено покушаћемо да што јасније резимирамо све битне елементе овог деликта.

У случају деликта преваре реч је о повећаном степену друштвене опасности. Он је дошао из света морала и одатле та снажна енергија. Реч је о нормама које су примењиване и на регрине.

Деликт преваре има објективни и субјективни елемент. Објективни елемент је дефинисан преко последице. То се изгледа сматрало довољно јасним и поузданим критеријумом. Последица се огледа у штети коју је жртва претрпела. Субјективни однос починиоца је одређен као лукавство (*callide*) и злонамерност (*malitia*). Поред тога, било је потребно да је починилац имао за циљ остварење имовинске користи (*lucrum*). Није било неопходно да до остарења те користи и стварно дође.

Жртва је доведена у заблуду. Када то није учињено искључиво ради одбране својих, или туђих интереса и када је било намере за остварењем имовинске користи, онда је реч о деликту преваре, *dolus malus*. Делинквент је за циљ могао имати и да преваром наведе другога да не оствари имовинску корист, или да оствари мању имовинску корист од оне коју би објективно могао да очекује. У сваком случају, тужба за превару се примењује само уколико су сва друга процесна средства исцрпљена. На тај начин је успостављана граница овог у односу на друге деликте.

#### ЛИТЕРАТУРА

Аксић, С., „Однос права и политике као друштвених подсистема и могућа (уставна) граница између њих“, *Српска политичка мисао* 3/2017;

Аксић, С., „Основ права“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици* 2011;

Аксић, С., „Правда као минимални услов права“, *Тематски зборник „Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“*, Косовска Митровица 2016;

Аксић, С., *Правни плурализам*, Косовска Митровица 2017;

Вујовић, О., *Furtum у преткласичном праву*, Косовска Митровица 2018

Катанчевић, А., „Ослобођење од одговорности за инјурију“, *Зборник радова Правног факултета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици* 2018;

Катанчевић, А., „Стицање својине преко туђег роба“, *Зборник радова „Универзално и особено у праву“* том I (ур. О. Вујовић) Косовска Митровица 2018;



Сич, М., „Fides и Vona fides у процесу стварања римског општег права (ius gentium)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2012;

Berger, A., „Encyclopedic Dictionary of Roman Law“, *Transactions of the American Philosophical Society* 2/1953;

Bujuklić, Ž., *Forum Romanum, rimska država, pravo, religija i mitovi*, Beograd 2012;

Frazel, T. D., „Furtum` and the Description of Stolen Objects in Cicero `In Verrem`“ 2.4, *The American Journal of Philology* 3/2005;

Gams, A., *Nagon i Norma, putevi i bespuća kulture*, Beograd 1995;

Helmholz, R. H., „The Roman Law of Blackmail“, *The Journal of Legal Studies* 1/2001;

Katančević, A., *Načini sticanja svojine u rimskom pravu*, Beograd 2017;

Liebs, D., *Summoned to the Roman Courts - Famous Trials from Antiquity* (translated by Rebecca L. R. Garber and Carole Gustely Cürten), Berkeley and Los Angeles, University of California Press 2012;

Mueller, H. F., „Vita, Pudicitia, Libertas: Juno, Gender, and Religious Politics in Valerius Maximus“, *Transactions of the American Philological Association (1974-2014)* 128/1998;

Polojac, M., *Actio de pauperie, and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*, Belgrade 2003;

Stojčević, D., *Rimsko obligaciono pravo*, Beograd 1960;

Winkel, L., „Forms of Imposed Protection in Legal History, Especially in Roman Law“, *Erasmus Law Review* 2/2010;

Wright, C. A. „Gross Negligence“, *The University of Toronto Law Journal* 2/1983;

Zimmermann, R., *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1992.

**Ognjen VUJOVIĆ, PhD**

Assistant Professor, Faculty of Law Priština - Kosovska Mitrovica

## **ABOUT TORT OF THE FRAUD**

### **Summary**

Tort of fraud (*dolus malus*) was created at the end of the first half of the first century BC. Already before that period, Roman society began to experience important political, legal and organizational changes. They are indicating a new era. The age of the great turbulences that will give Empire. This tort created in one such context, which implies relying on populist politics because of the need to assimilate the broader social strata. These are the premises that started during the research and which confirmed.

In the end, there is defined the tort of fraud, its objective and subjective elements. The objective element is determined by the finally effect. The subjective relation of perpetrator defined as cunning (*callide*) and malicious (*malitia*). It was necessary that the perpetrator was to intend to get property gain (*lucrum*). It was not necessary to really come benefit of that.

**Key words:** *dolus malus, bona fides, furtum, callide, militia, lucrum.*

**Далибор БУКИЋ**

Универзитет у Београду Правни факултет<sup>1</sup>

## **УСТРОЈСТВО СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ И БРАЧНО ПРАВО У КРАЉЕВИНИ СХС- ЈУГОСЛАВИЈИ**

**Апстракт:** Краљевина СХС-Југославија била је недовршена држава, чији правни поредак никада није унифициран. Због историјских околности у различитим областима те државе примењиване су правне норме и прописи преостали из времена пре уједињења. То је посебно видљиво у домену грађанског права чије уједначавање никада није постигнуто. Питања из области брачног права остала су у надлежности признатих вероисповести тако да су њихови органи имали јавноправни статус. Циљ рада је да прикаже на који начин је правни партикуларизам у Краљевини СХС-Југославији утицао на организацију Српске Православне Цркве, њено уједињење и на поступање њених органа. Посебна пажња биће посвећена брачном праву, пошто су органи СПЦ били надлежни за брачна питања свих православних хришћана који су живели на територији те државе.

**Кључне речи:** правни партикуларизам, брачно право, Српска Православна Црква, Краљевина СХС-Југославија.

### 1. УВОД

Прва заједничка држава јужних Словена настала је уједињењем Краљевине Србије и државе Словенаца, Хрвата и Срба 1. децембра 1918. године.<sup>2</sup> Новонастала држава објединила је становништво различитих култура, обичаја, вероисповести и ступња развијености. Територије које су ушле у састав нове државе припадале су трима државама: Аустроугарској, Краљевини Србији и Краљевини Црној Гори. Дакле, прописи који су примењивани на територији Краљевине Срба Хрвата и Словенаца (СХС) нису били идентични на целој њеној територији, јер су били наслеђени од различитих међународно признатих држава. Поред тога, области које су се пре стварања нове државе налазиле у саставу Аустроугарске нису представљале јединствено правно подручје:

---

<sup>1</sup> Доцент, [dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs](mailto:dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs)

<sup>2</sup> Претходно су се Краљевини Србији припојиле Краљевина Црна Гора и Војводина, док је припајање појединих делова Босне и Херцеговине било у току.

различити прописи су примењивани у земљама угарске круне, аустријским земљама и Босни и Херцеговини. Не треба губити из вида да су области старе Србије и јужне Србије ослобођене непосредно пред почетак Првог светског рата. Њихово интегрисање у јединствен државноправни оквир Краљевине Србије није довршено пре стварања заједничке јужнословенске државе. Краљевина СХС иако је била унитарна држава никада није постала јединствено правно подручје на којем су примењивани јединствени прописи.

Након укидања Пећке патријаршије 1766. године сукцесивно се стварају нове православне црквене структуре на територијама које су потпадале под њену канонску јурисдикцију. Већина тих територија нашла се поново под канонском јурисдикцијом Цариградске патријаршије.<sup>3</sup> Стварање заједничке јужнословенске државе православна Црква дочекала је исцепкана на више различитих црквених структура, међу којима су постојале оне чији канонскоправни статус није био формално регулисан.<sup>4</sup> Компликована подела на неколико помесних цркава са различитим унутрашњим устројством оставила је последице и на јединствену Српску Православну Цркву (СПЦ). Иако је дошло до уједињења свих помесних црквених области, јединствена црквена организација спроведена је тек неколико година након доношења Устава Српске Православне Цркве. Тако је и Српска Православна Црква, попут државе у којој је настала, била подељена на више црквеноправних области са различитим устројством.

У раду ће бити анализирано на који начин је правни партикуларизам у Краљевини СХС утицао на деловање СПЦ и са којим се изазовима она суочавала због примене партикуларног права у тој држави. У раду ће бити приказани и анализирани документи који се чувају у Архиву Југославије, а из којих се могу идентификовати проблеми који су настајали због истовремене примене различитих прописа у одређеним деловима државе. Посебна пажња биће посвећена брачном праву, као грани права која се налазила у надлежности цркава и верских заједница.

## 2. ПРАВНА ПОДРУЧЈА У КРАЉЕВИНИ СХС И ПОМЕСНЕ СРПСКЕ ЦРКВЕ

У литератури се усталила подела Краљевине Југославије на шест правних подручја. Правно подручје Србије обухватало је територију Краљевине Србије, укључујући сва територијална проширења након

---

<sup>3</sup> Д. Перић, *Црквено право*, Београд 2006, 192.

<sup>4</sup> Д. Ракитић, *Конкордат Краљевине Србије и пројекти конкордата Краљевине СХС и Краљевине Југославије – правноисторијски аспекти односа цркве и државе*, докторска дисертација, Београд 2016, 184-199.

балканских ратова. На том правном подручју важило је право Краљевине Србије, а када је реч о брачном праву примењиван је Српски грађански законик (СГЗ). На снази су остале и одредбе Закона о црквеним властима из 1890. године уз више допуна и измена.<sup>5</sup> Црквена форма брака је била обавезна и једина призната (чл. 91. СГЗ). Брак се могао развести уколико су постајали само следећи узроци: доказана прељуба, рађење о глави супружнику, осуда на робију или заточење дуже од 8 година, напуштање православне вере, дуготрајно одсуство, нестанак, пад у ропство и бег из државе без знања власти (чл. 94-96 СГЗ). У складу са истим закоником судови надлежни за бракоразводне парнице су духовни судови, док је за неправославне српске поданике (римокатолике и лутеране) предвиђено да њихове брачне спорове решавају редовни судови по правилима њихових цркава.<sup>6</sup>

Правно подручје Србије поклапало се, уз одређене изузетке, са територијом која се налазила под канонском јурисдикцијом Београдске митрополије. Хатишерифом из 1830. године Србија је стекла статус вазалне кнежевине у Османском царству, а Срби су стекли право да самостално бирају своје епископе и митрополите.<sup>7</sup> Тако су епископије у оквиру малене српске државе стекле одређену аутономију у односу на Цариградску патријаршију. Након Берлинског конгреса на којем је Кнежевина Србија стекла међународноправни субјективитет, Цариградска патријаршија издала је 1879. године томос о аутокефалности Београдске митрополије. Територија тадашње Кнежевине (од 1882. године Краљевине) Србије нашла се под јурисдикцијом аутокефалне српске цркве. Ситуација постаје компликованија након територијалних проширења у балканским ратовима. Новоослобођене територије су се налазиле под канонском јурисдикцијом Цариградске патријаршије. Њиховим уласком у састав Краљевине Србије заустављено је деловање Бугарске егзархије, али због избијања Првог светског рата Цариградска патријаршија није издала акт о припајању епископија из старе и јужне Србије аутокефалној цркви у Србији. То се догодило тек након завршетка рата и стварања уједињене Српске цркве. До тада је Београдска митрополија била уређена у складу са Законом о црквеним властима из 1890. године.<sup>8</sup> Највиша црквена власт био је Свети архијерејски сабор

---

<sup>5</sup> Закон о црквеним властима источно-православне цркве у Краљевини Србији, *Српске новине* бр. 99/1890.

<sup>6</sup> Уредба бр. 2444 од 7. децембра 1861. године, *Сборникъ закона и уредба : изданы у Княжеству Србији XIV*, 202.

<sup>7</sup> Чл. 14. Хатишерифа из 1830. године.

<sup>8</sup> Закон о црквеним властима источно-православне цркве у Краљевини Србији, „Српске новине“, бр. 99/1890.

који су чини архиепископ београдски и митрополит Србије као председавајући и сви епархијски архијереји. Осим Сабора, међу црквене власти спадали су епархијски архијереји, Велики духовни суд, епархијски духовни судови, окружни протопрезвитери, срески намесници, пароси, црквене општине и манастирске старешине (чл. 8 Закона о црквеним властима). Закон је убрзо након доношења измењен тако што је већ број одредби стављен ван снаге. Међу њима су углавном оне које су гарантовале црквено-народну самоуправу. Тако су укинута свештенички зборови, попуњавање парохија конкурсом, црквени одбори и одредбе о избору чланова Великог духовног суда и епархијских духовних судових већином гласова збора епархијског свештенства.<sup>9</sup> Захваљујући тим изменама Митрополија Београдска дочекала је уједињење српске цркве са епископоцентричном организацијом и свеобухватним држаним надзором над свим аспектима њеног деловања.

Правно подручје Словеније и Далмације називано је подручјем аустријског приватног права.<sup>10</sup> Разлог је што су Словенија и Далмација припадале аустријској круни у Двојној монархији. На том правном подручју примењиван је Аустријски грађански законик из 1811. године допуњен са три новеле донете у периоду од 1914.-1916. године (тзв. ратне новеле). Када је реч о брачном праву, иако је било више покушаја да се та област уреди другачије, брак је закључиван и растављан по прописима признатих вероисповести. Изузетно допуштен је био грађански брак из нужде (*Nothcivilehe*), док је за лица која не припадају ниједној признатој вероисповести или која не исповедају ниједну веру грађански брак био обавезан (*obligatorische Civilehe*).<sup>11</sup> Иако је црквена форма брака била преовлађујућа, брачни спорови спадали су у надлежност грађанских судових.<sup>12</sup> На овом правном подручју канонску јурисдикцију имала је Буковинска митрополија са седиштем у Черновицама. Пре оснивања Буковинске митрополије постојала је Задарска епархија, која је 1870. године подељена на две епархије: Далматинско-истријску и Бокоцоторско-дубровачку.<sup>13</sup> Те две епархије ушле су 1920. године у састав Уједињене српске православне цркве у Краљевству СХС. Буковинском митрополијом управљао је Свети архијерејски синод чије су се седнице одржавале у Бечу. Спровођење одлука Синода надгледала је

---

<sup>9</sup> Указ о укидању појединих одредби у Закону о црквеним властима, „Српске новине“, бр. 121/1894.

<sup>10</sup> З. Мирковић, *Српска правна историја*, Београд 2017, 237.

<sup>11</sup> Љ. Добровшак, „Женидбено (брачно) право у 19. столећу у Хрватској“, *Croatica christiana periodica*, 56/2005, 100.

<sup>12</sup> Ч. Митровић, *Бракоразводни суд по страном законодавству*, Београд, 1909, 32.

<sup>13</sup> Д. Перић, *op. cit.* 206.

Буковинско-архиепископска конзисторија са седиштем у Бечу. На нивоу епархија власт су вршили епископи и епархијске конзисторије којима су председавали епископи, а у њихов састав улазили су један архимандрит, два редовна и четири почасна члана. Парохијама је управљао Црквено-општински савет који су бирали парохијани и био је сачињен од 6 до 14 чланова и свештеника. Савет је бирао трочлано црквено туторство које је заједно са свештеником бринуло о материјалном пословању парохије.<sup>14</sup>

Правно подручје Хрватске и Славоније обухватало је територију која је припадала угарском делу Двојне монархије. На том правном подручју примењивано је аутономно право Хрватске, хрватскоугарско право и аустријско право. Када је реч о брачном праву, примењивани су прописи признатих цркава, тј. био је обавезан конфесионални брак. За брачне спорове били су надлежни црквени судови, а грађански судови су расправљали само грађанскоправне последице брака.<sup>15</sup> Правно подручје Војводине (Бачка, Банат и Барања) и Међумурја представљало је област примене мађарског права. У области брачног права примењиван је законски чланак XXXI у складу са којим је био обавезан грађански брак. Тим прописом није искључена могућност накандног склапања конфесионалног брака. Ове територије (неке делимично, а неке у целости) налазиле су се под канонском јурисдикцијом Карловачке митрополије. Највиша црквеноаутономна власт био је Црквено-народни сабор који је чинило 75 чланова: 25 свештеника, 25 световњака и 25 грађана из провинција. Извршено тело Црквено-народног сабора био је Саборски одбор који су чинили: митрополит, један епископ, два протојереја и три световњака. Свети архијерејски синод био је највиши орган у чисто верским пословима. Чланови су били митрополит, сви епископи, архијерејезални викар и по једно свештено лице из сваке епархије. Карловачка митрополија била је подељена на епархије. У свакој епархији постојао је конзисторијум, као првостепени суд и управни орган. Чинили су га председник, по правилу надлежни епископ, један свештеномонах, два свештеника, два световњака и друго помоћно особље. Против одлука конзисторијума било је могуће поднети жалбу Митрополитско-црвеном савету (апелаторијуму) као другостепеној инстанци. Ово тело чинили су председник (митрополит или један од епископа), два лица монашког реда, четири свештеника мирског реда, два световњака, бележник, адвокат и писари. Епархијом је управљала епархијска скупштина. Њом је председавао епископ, а чинили су је свештенство и верници. Епархијска скупштина спада у црквено-самоуправне органе заједно са Црквено-

---

<sup>14</sup> *Ibid*, 206-207.

<sup>15</sup> Љ. Добровшак, *op. cit.* 100.

народним сабором и Саборским одбором. У епархијама су постојали и административни и школски одбори, протопрезвитерати и црквене општине. Црквеним општинама управљале су скупштине и црквени одбори, а надзор је вршио конзисторијум.<sup>16</sup> Основу организације Карловачке митрополије представљала је црквено-народна самоуправа, при чему је власт епископа била ограничена органима у чији састав су улазили свештеници мирског реда и световњаци.

Посебно правно подручје била је територија Босне и Херцеговине. На том правном подручју примењивани су затечени прописи, а у области грађанског права важило је по персоналном принципу верско право становника тих територија у складу са њиховом верском припадношћу. Супсидијарни извор права био је Аустријски грађански законик без тзв. ратних новела. Православне епископије на овим просторима налазиле су се под канонском јурисдикцијом Цариградске патријаршије. Синод те патријаршије донео је 1905. године Уредбу црквено-просветне управе српских православних епархија (митрополија) у Босни и Херцеговини.<sup>17</sup> Та уредба била је плод вишегодишње борбе српског православног народа за стицање црквено-народне и просветне самоуправе.<sup>18</sup> На територији Босне и Херцеговине постојале су четири епархије. Врховну власт у управним и просветним пословима у свим епархијама имао је Велики управни и просветни савет. У његов састав су улазили сви епископи, четири свештеника, четири учитеља и по четири световњака из сваке епархије. Сличан орган на нивоу епархија називао се Епархијски управни и просветни савет. У њега су, поред епископа као председавајућег, улазили један настојатељ манастира, 12 свештеника, 24 световњака и два учитеља. Пошто су седнице овог савета одржаване само једном годишње, постојао је деветочлани ужи савет који је заседао једном месечно. Епархије су биле подељене на окружне протпрезвитерате, а они на црквено-школске општине којима је управљала Скупштина сачињена од 30 до 50 скупштинара. Она је именовала два одбора: Црквени одбор надлежан искључиво за унутрашња црквена питања и Црквено-школски одбор задужен за школство. У свим овим органима већину су чинили световњаци. Заправо, црквено-аутономни органи имали су своју

---

<sup>16</sup> Д. Перић, *op. cit.* 196-198.

<sup>17</sup> Уредба црквено-просветне управе српских православних епархија (митрополија) у Босни и Херцеговини, проглашена у «Гласнику закона и наредба за Босну и Херцеговину» од 19. аугуста (1. септембра) 1905, ком. XVII, Срајево (1905).

<sup>18</sup> Б. Милошевић, „Уредба црквено-просветне управе српских православних епархија (митрополија) у Босни и Херцеговини“, *Стотину двадесет година од почетка борбе српског народа у Босни и Херцеговини за црквено-школску самоуправу (1896–2016)*, Бања Лука, 2017, 72-88.



хијерархију: црквено-школски одбори били су одговорни Скупштини, а она Епархијском управном и просветном савету, који је даље био одговоран Великом управном и просветном савету. На тај начин формирана је структура црквено-самоуправних органа и тела који су регулисали и надзирали црквене и просветне послове. Поред поменутих органа, постојали су црквени судови, чији чланови су били искључиво клирици. Епархијски црквени суд чинило је шест редовних и шест почасних чланова-свештених лица. Председавао му је епископ (митрополит). Жалбу против одлука овог суда било је могуће изјавити Великом црквеном суду. Чланови су били сва четири митрополита и по један свештеник из сваке епархије. Жалбе против одлука овог Суда упућиване су Синоду Цариградске патријаршије. Из наведеног се види да је у епархијама у Босни и Херцеговини био постигнут висок ниво црквено-народне самоуправе. Такво устројство епархија на овим територијама није укинута након 1. децембра 1918. године.

Посебно правно подручје претстављала је територија предратне Краљевине Црне Горе. На том подручју било је на снази право Краљевине Црне Горе, тј. у области грађанског права Општи имовински законик Валтазара Богишића из 1888. године уз измене из 1898. године. Овим Законом није било кодификовано породично и наследно право због разноликости прописа и обичаја којима су те две гране грађанског права биле регулисане. Када је реч о брачном праву, оно је било нормирано правилима цркава и верских заједница. Законик о судском поступку у грађанским парницама од 1. новембра 1905. године у чл. 4 прописује да ће духовни судови и шеријатски судови вршити судску власт у брачним споровима, осим уколико се односе на имовинско право.<sup>19</sup> У складу са тада заступљеном персоналном применом права, брачна правила верских заједница примењивана су на све њихове припаднике. Правно подручје Црне Горе поклапало се у територијалном смислу са јурисдикцијом Цетињске митрополије. Иако је Уставом Светог Синода у Књажевини Црној Гори из 1903. године митрополија окарактерисана као аутокефална, чињеница је да она аутокефалност, али ни аутономију, никада није стекла.<sup>20</sup> У складу са поменутих Уставом, Свети синод Књажевине Црне Горе сачињавали су два епископа, два архимандрита, три протопрезвитера и синодски секретар. Конзисторије су основане у складу са Уставом православних конзисторија Књажевине Црне Горе из 1904. године. Конзисторијама је председавао епископ, а у њихов састав улазила су три

---

<sup>19</sup> Ф. Карчић, *Шеријатски судови у Југославији 1918-1941*, Сарајево, 2005, 31.

<sup>20</sup> Љ. Дурковић-Јакшић, *Митрополија црногорска никада није била аутокефална*, Свети архијерејски синод Српске православне цркве и Митрополија Црногорско-приморска, Београд – Цетиње, 1991.

редовна члана, два почасна члана, секретар и канцелиста. Конзисторија је била управна и судска власт у Епархији. Сви чланови овог тела морали су бити клирици. Епархије су биле подељене на прортопрезвитерате, а они на парохије.<sup>21</sup> Устројство Цетињске митрополије одражавало је тежње краља Николе да успостави надзор и контролу над радом црквених органа.

Историјске прилике у којима је егзистирала православна црква на просторима Краљевине СХС оставиле су трага, како на уређење државе, што је резултирало правним партикуларизмом, тако и на црквеном устројству, што је за последицу имало да једна црква чије вернике повезује национално и догматско јединство буде подељене на више црквених структура са различитом унутрашњом организацијом. Пут ка стварању уједињене Српске цркве са јединственим унутрашњим устројством није био лак из много разлога. Међу изазове који су се постављали пред тадашње црквене власти спада и неопходност деловања уједињене Српске православне цркве у деловима државе у којима се примењују различити прописи. Посебне потешкоће појављивале су се због неопходности тумачења прописа наслеђених из претходних држава и њиховог усклађивања са правом новонастале државе. Најозбиљнији проблеми настajали су у области међуверских односа, верских прелаза и брачног права. Непобитна је чињеница да је југословенској држави недостајао интерконфесионални закон којим би се односи између верских организација детаљно регулисали и избегле непотребне тензије због примене различитих прописа, међу којима је било и оних који нису одговарали новом државном поретку.

### 3. СПЦ И ИЗАЗОВИ ПРАВНОГ ПАРТИКУЛАРИЗМА

Као што је већ поменуто у претходном делу овог рада, на територији Војводине и Међумурја на снази је био угарски закон о обавезности грађанског брака. Први проблем са којим се суочила православна Црква било је питање да ли за поданике Краљевине Србије који склапају брак на некадашњим угарским територијама важи обавеза склапања грађанског брака. То питање посебно је било актуелно због присуства српске војске у тим крајевима. Свети архијерејски синод Карловачке митрополије упутио је 3. јуна 1919. године допис министру правде, тражећи од њега да донесе одлуку којом би се ово питање решило.<sup>22</sup> У свом одговору министар обавештава Свети архијерејски синод да „бракови између житеља српских у којима би ма која страна

---

<sup>21</sup> Д. Перић, *op. cit.* 200-201.

<sup>22</sup> АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

била православне источне вере, само су онда пуноважни кад су од надлежнога свештеника православне вере благословени... Према томе, закон о обавезном грађанском браку, који важи на бившем угарском територијуму, запоседнутом од наше војске, не може бити обавезан и за поданике раније Краљевине Србије, који би желели тамо да ступе у брак“.<sup>23</sup> Одговор министра објављен је у форми окружнице у Српском митрополијском гласнику од 31. марта 1920. године. Да овакав одговор министра није могао на задовољавајући начин да реши проблеме који су настајали у пракси показује допис панчевачког протојереја Обрада Давидовића у којем он упозорава министарство да се из истих разлога мора омогућити поданицима Хрватске и Славоније, Босне и Херцеговине и Русије ослобођење (диспенсација) од обавезе склапања грађанског брака.<sup>24</sup> На ову тему расправљао је и Свети архијерејски сабор Београдске Митрополије. На седници Сабора архиепископ београдски Димитрије обавестио је чланове тог тела о представци једног београдског свештеника који је пренео протест својих парохијана што и након ослобођења морају да склапају грађански брак пред мађарским властима у Банату. Сабору је предочен и предлог београдског протојереја да се суспендује закон о грађанском браку за православне Србе који узимају девојке из Војводине. Сабор је донео одлуку да умоли митрополита да скрене пажњу Влади на ову „неправилност“ и да умоли да се изда наредба цивилним властима на некадашњој угарској територији да грађанима из граница Краљевине Србије не намећу њихове законе у погледу брака. На основу ове одлуке митрополит Србије Димитрије упутио је допис министру вера у којем га је обавестио о одлуци Сабора и замолио да се издају потребна наређења којим би се суспендовали угарски закони. У вези са овим захтевом Сабора министар вера писао је у два наврата министру за устовотворну скупштину тражећи да се донесе привремено решење које би уважило захтеве Сабора и које би било на снази до коначне унификације права у тој области.<sup>25</sup> Истоветан захтев упутио је министру вера Краљевства СХС Свети архијерејски синод Карловачке Митрополије 10. јуна 1920. године.<sup>26</sup> Међутим, захтеви Цркве нису уважени.

---

<sup>23</sup> Допис Министарства правде Краљевства СХС бр. 17333 од 23. септембра 1919. године. АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

<sup>24</sup> Допис бр. 43/1920. АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

<sup>25</sup> Допис бр. 1005/1921. АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13, Допис бр. 6240/1920. АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

<sup>26</sup> У том допису стоји да је Карловачка митрополија водила одлучну борбу против закона о обавезности грађанског брака, али да је од 1. октобра 1894. године била у обавези да му се покори. Акт Св. арх. синода бр. 23/9-1920. АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

Додатну конфузију изазивало је министарство правде неконзистентним тумачењем права. Тако је насупротив одлуци од 23. децембра 1919. године, у једном конкретном случају министарство правде заузело став да се само они бракови сматрају законитим који су пред грађанским чиновником склопљени. У допису који је Епархијска конзисторија Бачке упутила Светом синоду Српске Православне Цркве стоји да је на основу министарског упутства из 1919. године обављена „маса бракосочетања без грађанског брака, само у св. храмовима“.<sup>27</sup> У истом акту стоји да припадници Краљевине Србије „неће ни да чују о неком грађанском браку обавезном за њих нити хоће да му се подвргну“.<sup>28</sup> Међутим, упорни захтеви црквених поглавара из Војводине и Београда нису уродили плодом. Вероватно је превладало мишљење да такво стање не може дуго опстати и да ће држава морати да унифицира област брачног права на целој државној територији. Ово очекивање показало се као погрешно. Како се види из касније преписке Светог архијерејског синода и Министарства правде Краљевине СХС, то министарство није званично одговорило на захтеве цркве. То је подстакло Свети архијерејски синод СПЦ да 1. новембра 1927. године поново упути молбу министру правде тражећи да се укине закон о грађанском браку и да се поново оснаже прописи из области брачног права који су важили до 1894. године.<sup>29</sup> Поновљени захтеви СПЦ нису уродили плодом. Закон о грађанском браку у Банату, Бачкој и Барањи није укинут све до 1941. године и слома Краљевине Југославије.<sup>30</sup>

Правни партикуларизам стварао је проблеме у функционисању православних епархија, не само на територијама где је постојала обавеза склапања грађанског брака, већ и у оним покрајинама у којима је примењивано аустријско законодавство које је неретко привилеговало Римокатоличку цркву. Из преписке Светог архијерејског синода СПЦ и Министарства правде види се да су надлежни судови у Словенији сматрали неваљаним бракове склопљене по православном обреду између супружника од којих је бар један напустио римокатоличку веру и прешао

---

<sup>27</sup> АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

<sup>28</sup> К. 1171/през. ех. 1921, АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

<sup>29</sup> Син. 2174/Зап. 1282 од 18/31. октобра 1927. год, АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

<sup>30</sup> Велики проблеми настајали су због неусклађености прописа о брачном праву у Војводини и осталим покрајинама Краљевине. Након ослобођења ових крајева постојало је уверење да ће прописи о обавезности грађанског брака бити стављени ван снаге. Неретко су током 1918. и 1919. године, а вероватно и касније, на територији Бачке, Барање и Баната склапани бракови само у црквеној форми.

у православље.<sup>31</sup> У допису који је Свети архијерејски синод упутио 5. априла 1927. године министру правде наводи се да су покрајински судови у Хрватској и Словенији осуђивали за двоженство лица која су по преласку из римокатоличке вере у православље склапала нови брак у складу са прописима православне цркве.<sup>32</sup> Наиме, у складу са чл. 111. Аустријског општег грађанског законика брак је нераскидив уколико је један од супружника римокатоличке вероисповести. Такође, Законик предвиђа да брак може престати само у случају смрти једног од супружника. У случају интерконфесионалних бракова, догма о нераскидивости брака постајала би обавезујућа и за лица која не исповедају римокатоличку веру. Ова одредба Законика стављена је ван снаге каснијим прописима којима је гарантована слобода вере и савести. Римокатоличко учење о нераскидивости брака важило би само за оног супружника који припада Римокатоличкој цркви, док би други супружник свој брачни статус регулисао у складу са прописима своје вероисповести. Међутим, из одлука судова у Словенији и Хрватској донетих између 1918. и 1927. године произилази да римокатоличка догма о нераскидивости брака обавезује и православне уколико су били у браку са лицем римокатоличке вероисповести, као и римокатолике који су прешли у православље. Позивање судова на чл. 111. АГЗ било је парадоксално, јер су га тумачили „римокатоличкије“ од аустријских законодаваца и примењивали су га тако да привилегују римокатоличко учење на начин на који није поступано ни за време аустроугарске власти.

У истом допису изнет је још један проблем са којим су се суочавали православни црквени судови. Одлуке православних конзисторија и Великог духовног суда којима су решавани брачни спорови православних са територија Словеније и Далмације поништаване су од стране редовних државних судова. То су области у којима су пре формирања Краљевине СХС брачни спорови православних потпадали под јурисдикцију грађанских судова. Главни разлог је била чињеница да нису постојали, или су постојали али нису функционисали, црквени судови надлежни за поменуте покрајине. Велики духовни суд је преко Светог архијерејског синода тражио да се брачне парнице православних ставе у надлежност црквених судова који су 1927. године били формиран и функционисали су на целокупној територији која је потпала под канонску јурисдикцију СПЦ.<sup>33</sup> У одговору на допис Светог архијерејског синода, министар правде обавестио је Синод да је његову представку проследио

---

<sup>31</sup> Син. Бр. 391 од 2/15. јуна 1925. год, АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

<sup>32</sup> Син. Бр. 822/Зап. 526 од 23. марта/5. априла 1927. год, АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

<sup>33</sup> *Ibid.*

Комисији за израду основе општег грађанског законика за Краљевину СХС. Друге мере нису предузете како би се решили проблеми са којима се суочавало црквено судство због примене спорних прописа Аустријског грађанског законика.

#### 4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Правни партикуларизам представљао један од изазова за спровођење јединствене организације СПЦ на територији краљевине СХС. Посебна правна подручја која су постојала у Краљевини простирала су се у истим или сличним територијалним оквирима као црквене структуре чијим уједињењем је настала СПЦ 1920. године. То значи да су епархијски органи новостворене Цркве били упознати са прописима који су се примењивали пре али и након стварања Краљевине СХС. Проблеми су почели да настају онда када је интеграција црквених области и унификација црквеног поретка почела да се одвија брже од унификације државног права. Тако је већ након 1920. године СПЦ била спремна за примену јединствених прописа на целој територији која се нашла под њеном канонском јурисдикцијом. Партикуларни прописи наслеђени од претходних држава и недостатак закона о правном положају СПЦ и интерконфесионалним односима представљали су препреку за спровођење јединствене организације СПЦ и дефинисање њеног односа према држави и другим вероисповестима у земљи.

Сви недостаци правног партикуларизма долазили су највише до изражаја у домену брачног права. Српска црква је покушавала да представкама и дописима Министарству правде укаже на многе нелогичности и спорне одредбе које су остале на снази у различитим крајевима Краљевине СХС. Њени дописи нису остварили очекивани ефекат. Из тог разлога СПЦ се одлучила да изради сопствена Брачна правила којим је у оквиру своје аутономне надлежности уредила све оне појединости које нису биле на ваљан начин регулисане постојећим државним правом.<sup>34</sup> Тако је само за припаднике православне вероисповести брачно право унификовано на целокупној територији Краљевине СХС. Уз Брачна правила донета су Правила и поступак за црквене судове којим је, између осталог, детаљно уређена процедура развода брака.<sup>35</sup> Чекајући дуже од једне деценије да држава предузме мере како би регулисала област брачног права, СПЦ је била приморана да самостално и у складу са сопственим аутономним прописима нормира сва

---

<sup>34</sup> *Брачна правила Српске православне цркве*, Свети архијерејски синод, 1933.

<sup>35</sup> *Правила и поступак за црквене судове*, *Гласник Српске православне патријаршије* бр. 44 и 45/1933.

она питања која су била од велике важности за функционисање црквеног судства. О квалитету тих прописа може се дискутовати, али неупитна је чињеница да се они примењују у континуитету више од пола века и да су за то време омогућили несметан рад црквених судова и решавање брачних спорова међу православним житељима свих држава које су постојале и постоје на овим просторима.

## КОРИШЋЕНА ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Д. Перић, *Црквено право*, Београд 2006.

Д. Ракитић, *Конкордат Краљевине Србије и пројекти конкордата Краљевине СХС и Краљевине Југославије – правноисторијски аспекти односа цркве и државе*, докторска дисертација, Београд 2016.

Закон о црквеним властима источно-православне цркве у Краљевини Србији, *Српске новине* бр. 99/1890.

Уредба бр. 2444 од 7. децембра 1861. године, *Сборникъ закона и уредба : изданы у Княжеству Србији XIV*.

Закон о црквеним властима источно-православне цркве у Краљевини Србији, „Српске новине“, бр. 99/1890.

Указ о укидању појединих одредби у Закону о црквеним властима, „Српске новине“, бр. 121/1894.

З. Мирковић, *Српска правна историја*, Београд 2017.

Љ. Добровшак, „Женидбено (брачно) право у 19. столећу у Хрватској“, *Croatica christiana periodica*, 56/2005.

Ч. Митровић, *Бракоразводни суд по страном законодавству*, Београд, 1909.

Уредба црквено-просвјетне управе српских православних епархија (митрополија) у Босни и Херцеговини, проглашена у «Гласнику закона и наредба за Босну и Херцеговину» од 19. аугуста (1. септембра) 1905, ком. XVII, Срајево (1905).

Б. Милошевић, „Уредба црквено-просвјетне управе српских православних епархија (митрополија) у Босни и Херцеговини“, *Стотину двадесет година од почетка борбе српског народа у Босни и Херцеговини за црквено-школску самоуправу (1896–2016)*, Бања Лука, 2017.

Ф. Карчић, *Шеријатски судови у Југославији 1918-1941*, Сарајево, 2005.

Љ. Дурковић-Јакшић, *Митрополија црногорска никада није била аутокефална*, Свети архијерејски синод Српске православне цркве и Митрополија Црногорско-приморска, Београд – Цетиње, 1991.

Допис Министарства правде Краљевства СХС бр. 17333 од 23. септембра 1919. Године, АЈ, Министарство правде КЈ.

Допис бр. 43/1920. АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

Допис бр. 1005/1921. АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

Допис бр. 6240/1920. АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

Акт Св. арх. синода бр. 23/9-1920. АЈ, Министарство правде КЈ,  
63-13.

АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

К. 1171/през. ех. 1921, АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

Син. 2174/Зап. 1282 од 18/31. октобра 1927. год, АЈ, Министарство  
правде КЈ, 63-13.

Син. Бр. 391 од 2/15. јуна 1925. год, АЈ, Министарство правде КЈ, 63-13.

Син. Бр. 822/Зап. 526 од 23. марта/5. априла 1927. год, АЈ,  
Министарство правде КЈ, 63-13.

*Брачна правила Српске православне цркве*, Свети архијерејски синод,  
1933.

Правила и поступак за црквене судове, *Гласник Српске  
православне патријаршије* бр. 44 и 45/1933.



**Dalibor ĐUKIĆ, Ph.D**

Assistant Professor at the University of Belgrade, Faculty of Law

**THE INTERNAL ORGANIZATION OF THE SERBIAN ORTHODOX  
CHURCH AND MATRIMONIAL LAW OF THE KINGDOM OF SERBS  
CROATS AND SLOVENES**

**Summary**

Legal particularism was one of the challenges for the implementation of a unique organization of the Serbian Orthodox Church (SOC) on the territory of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. The Serbian Church forced the Ministry of Justice to change some controversial provisions that remained in force in different parts of the Kingdom. Later, the Church decided to draw up its own Marriage Rules, which, within its autonomous jurisdiction, regulated all those details that were not properly regulated by existing state law. Thus, only for Orthodox believers marriage law was unified in the entire territory of the Kingdom of SCS.

**Keywords:** *Legal Particularism, Marriage Law, Serbian Orthodox Church, Kingdom of SCS-Yugoslavia.*



Др Милош ЦВЕТКОВИЋ\*

Византолошки институт САНУ, Београд

## ОСНОВЕ ВИЗАНТИЈСКОГ ПОГРАНИЧНОГ ВОЈНО-УПРАВНОГ УРЕЂЕЊА ОД VII ДО X ВЕКА\*\*

**Апстракт:** У тексту су изложени резултати проучавања византијског пограничног војно-управног система, који је од VII до X века функционисао на рубним подручјима територијалног језгра Ромејског царства: малоазијској и балканској граници, као и Егејском архипелагу. Реч је о милитаризованом режиму, састављеном од *клицура* у континенталном делу и јединица са *друнгаријима* на челу у острвским подручјима. У мери у којој извори то допуштају приказана је еволуција поменутог система и пружен осврт на потенцијалне надлежности носилаца власти у њему.

**Кључне речи:** *Византија, тематско уређење, клисура, клисурарх, друнгарије.*

Седмо столеће се сматра једним од преломних периода у хиљадугодишњој повести Источног римског царства. Цариград се, наиме, око 602. године, након урушавања лимеса на Дунаву, суочио са словенско-аварским продором на Балкан, док је неколико деценија потом уследила инвазија Арабљана, који су запосели значајне ромејске територије на истоку, Медитерану и у Африци. Пред налетом освајача урушен је, притом, у знатној мери, позноримски војни и административни систем на коме је до тада почивало Царство.<sup>1</sup> Велики територијални губици, првенствено на истоку, условили су премештање остатака римских армија у унутрашњост Царства, понајвише у Малу Азију, која је постала ново територијално језгро Византије. Старе армијске области – које су се у великој мери поклапале са границама позноримских цивилних префектура и дијецеза<sup>2</sup> – замењене су новим војно-територијалним

---

\* Научни сарадник, milos.cvetkovic@vi.sanu.ac.rs

\*\* Чланак је настао у оквиру рада на пројекту *Традиција, иновација и идентитет у византијском свету*, бр. 177032, који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

<sup>1</sup> Детаљан и сликовит опис највеће кризе са којом се до тада суочило Византијско царство пружа Г. Острогорски, *Историја Византије*, Београд, 1969, 101 и даље.

<sup>2</sup> Позноримска Источна армија је била стационирана на територији цивилне дијецезе Истока, војници Тракијске армије били су распоређени у дијецези Тракије, док се Илиричка војска налазила у префектури Илирика. Гарнизони Италијанске и Афричке

формама – темама – које су постале стуб византијске одбране током наредних столећа, али и полазна тачка будућих освајања.<sup>3</sup> Тематске старешине – називане по правилу *стратезима*<sup>4</sup> – у окрузима у којима су биле распођене њихове јединице, поред војних, остваривали су још и управна а делимично и судска овлашћења.<sup>5</sup> Речене армијске области су на

---

војске били су распоређени на простору италијанске и афричке префектуре, односно егзархата са седиштем у Равени и Картагини, v. W. Treadgold, *Byzantium and Its Army (284–1081)*, Stanford, CA, 1995, 62 (распоред армија приказан је на карти Царства). Најважније информације о структури позноримских армија пружају: чувени спис *Notitia dignitatum*, са подацима који се односе на крај IV и почетак V столећа (најновије издање: *La Notitia dignitatum*, ed. C. Neira Faleiro, Nueva Roma 25, Madrid, 2005, 151f), као и писмо цара Јустинијана II папи из 687. године (публиковано у: *Sacrorum conciliorum nova et amplissima colectio XI*, ed. J. D. Mansi, Florentia – Venetiae, 1765, 737f).

<sup>3</sup> Израз *тема*, који представља технички термин ромејске администрације, први пут се јавља у *Хронографији* Теофана Исповедника с почетка IX столећа, *Theophanis Chronographia I*, ed. C. De Boor, Lipsia, 1883, 303. Термин се, притом, налази у основи кованице *тематско уређење*, којом се у историографији означава целокупни војно-управни систем у унутрашњости Византијског царства, постепено израђиван почев од VII столећа. О карактеру тематског система, вид. Љ. Максимовић, „Тематски војници у византијском друштву – прилог новом процњивању проблема“, 39 *Зборник радова Византолошког института*, 2001/2002, 25–49.

<sup>4</sup> Треба нагласити да су старешине појединих тема носиле и специфична звања попут *Комеса* Опсикијаца или *Доместика* Оптимата. Паралелно са њима среће се, међутим, и дужност *стратега* поменутих тема. Детаљније о опсикијској и теми Оптимата, v. *Η Μικρά Ασία των Θεμάτων*, edd. V. Blysidou et al, Athēna, 1998, 163f, 235f (T. Loungēs). Иако се термин *стратег* узима за средњовизантијску епоху и тематско уређење, израз се као назив за управника провинције среће још у време цара Јустинијана I: реч је о управнику Пафлагоније којем цар додељује звање претора истичићи да се та функција на грчком језику назива *стратег* (... τὸν ἐπὶ ταύτης ἡγεούμενον πραιπόρα Παφλαγονίας Ἰουστινιανόν, ἔξεστι δὲ αὐτὸν ἐλλάδι γλώτῃ καὶ στρατηγὸν καλεῖν.), *Corpus Iuris Civilis III, Novellae*, edd. R. Schoell, G. Kroll, Berlinum, 1928, p. 221, № XXIX, с. II.

<sup>5</sup> Један одељак *Тактике* непознатог аутора из X столећа прецизира судске надлежности тематских функционера. Судска овлашћења стратега, према подацима поменуте тактике, остваривана су у два вида: персоналном и територијалном. Персонални карактер се тицао надлежности над њиховим војницима. Та овлашћења стратеги су остваривали над својим јединицама, где год да су се оне налазиле, будући да је војска једне теме често током похода боравила на различитим странама Царства. Територијални карактер овлашћења тицао се подручја тематског округа којим је стратег управљао. На том простору стратег је представљао извршни орган цара, и у његово име решавао судске спорове и доносио пресуде, *Le traité sur la guérilla (De velitatione) de l'empereur Nicéphore Phocas (963–969)*, edd. G. Dagron, H. Mihăescu, Paris, 1986, 111; *Three Byzantine Military Treatises*, ed. G. Dennis, Corpus Fontium Historiae Byzantinae 25, Washington, D. C., 1985, 216. Важно је, притом, напоменути да су се у унутрашњости Царства, током средњовизантијског периода,

тај начин постале временом и територијалне јединице у цивилној провинцијској организацији, истиснувши постепено позноримске провинције, дијецезе и префектуре.

Стапањем војних и административних овлашћења у рукама истих функционера напуштен је принцип начелне раздвојености цивилних и војних органа у управи, који је установљен у време цара Диоклецијана (284–305) и Константина I (306–337). Треба, међутим, нагласити да је то начело нарушавано у појединим провинцијама још у доба цара Јустинијана I (527–565), о чему сведочи неколико царских новела из тог периода.<sup>6</sup> Реч је, наиме, о актима из 535. и 536. године, у којима цар, имајући у виду недовољну координацију, као и повремене сукобе између старешина цивилне и војне власти у неким провинцијама, заповеда обједињавање различитих компетенција у рукама истог чиновника. Делотворност таквог решења утицала је на ширење те праксе крајем VI века и у префектурама Италије и Африке, које су трансформисане у тзв. *егзархате*. У њима је сва власт била концентрисана у рукама тамошњих војних заповедника – *егзарха*.<sup>7</sup> Непрестана изложеност спољној претњи у деценијама и столећима које су следиле Јустинијановој владавини разлог су што је власт у Цариграду одлучила да поменути принцип – подређивања цивилних структура војним – прошири на читаво Царство.<sup>8</sup>

---

судским пословима првенствено бавиле тематске судије, уз помоћ протонотара, о чему такође сведоче подаци из цитираног дела тактике. Детаљније о тематским судијама, в. Н. Glykatzi-Ahrweiler, „Recherches sur l'administration de l'empire byzantine aux IX<sup>e</sup>–XI<sup>e</sup> siècles“, 84 *Bulletin de Correspondance Hellénique*, 1/1960, 67sq.

<sup>6</sup> Цар Јустинијан I установљава дужности Praetor Iustinianus за управитеље Писидије, Ликаоније, Тракије, као и Пафлагоније, сјединивши у њиховим рукама компетенције које су се протезале над цивилним чиновничким апаратом, као и над војним снагама у тим окрузима, *Novellae*, № XXIV, р. 189f; № XXV, р. 195f; № XXVI, р. 203f; № XXIX, р. 218sq. На сличан начин установљене су дужности Comes Iustinianus у Првој Галатији, Фригији Пакатијани, Исаврији и Трећој Јерменији, *Novellae*, № XXVII, р. 209f; № XXXI, р. 235f; затим функције Moderator Iustinianus Хелеспонта и Proconsul Кападокије *Novellae*, № XXVIII, р. 212f; № XXX, р. 223sq. Епитет Iustinianus додаван је називу оних дужности у чијој су надлежности биле обједињене две гране власти, али не и новоустановљеним функцијама у којима то није био случај, попут Moderator-а Арабије, в. J. V. Bury, *A History of the Later Roman Empire from Arcadius to Irene (395 A.D. to 800 A.D.)* II, London – New York, 1889, 25–30.

<sup>7</sup> J. V. Bury, (1889), 37sq.

<sup>8</sup> Одавно је уочена повезаност војно-административног уређења у *егзархатима* са начином функционисања управе у ромејским темама на истоку Царства, вид. Г. Острогорски, „Равенски егзархат и постанак византијских тема“, *Из византијске историје, историографије и просопографије, Сабрана дела Георгија Острогорског* III, Београд, 1970, 130 и даље.

Тематско уређење са пуним капацитетом није, међутим, испрва било могуће увести на целокупној територији коју је Цариград контролисао. Речено се пре свега односи на пограничне области у Малој Азији и на Балкану, које су биле изложене учесталим нападима спољних непријатеља, као и на покрајине које су због арабљанских освајања и словенске најезде биле одсечене од територијалног језгра Царства – у питању су ромејске енклаве на Криму, драчкој регији и Далмацији, затим острва Кипар, Крит и Сардинија, као и византијски поседи у јужној Италији. Реформа управе и успостављање тематског апарата су у тим областима спровођени успорено и неравномерно, а у неким од њих поменути процес никад није довршен, јер су насилним путем издвојене из Царства. На тим територијама су због тога функционисали, условно речено, прелазни облици војно-административног уређења који су претходили успостављању пуне тематске управе.

На рубном делу територијалног језгра Византије, тачније на малоазијској и балканској граници, као и егејском басену успостављен је посебан војни режим дефанзивног карактера, састављен од *клицуре* у континенталном делу и јединица са *друнгариијима* на челу у острвским подручјима. На другој страни, због удаљености од центра Ромејске државе, као и због и постојање јаким локалних аутономних елемената, на територијама које су биле одсечене од територијалног језгра Византије, Цариград је власт остваривао путем *архонтија* и *дуката*, следећи у извесној мери начела функционисања управе у тим областима током позноримске епохе. Приликом изградње побројаних јединица узимане су у обзир географске и политичке прилике, као и етничке особености становника тих регија. Сходно томе, разликовао се степен присуства власти Цариграда у њима. Те јединице су се разликовале по унутрашњој структури, а различит је био и степен концентрације цивилних и војних овлашћења у рукама њихових управника.<sup>9</sup> У средишту истраживања чији резултат представља текст који се налази пред читаоцем, био је византијски погранични војно-управни систем чији су основни елементи од VII столећа биле *клицуре* и окрузи под управом *друнгариија*.

\*

*Клицуре* – Реч је о пограничним, обично планинским окрузима, формираним у континенталним крајевима на крајњем истоку Царства и Балкану. Назив κλεισούρα је латинског порекла (clausura) са основним

---

<sup>9</sup> Реч је о јединицама које су обједињене изразом *ниже јединице тематског уређења*. Окрузи о којима је реч били су предмет истраживања докторске дисертације: М. Цветковић, *Низје јединице тематског уређења у Византији (9–11. век)*, Филозофски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017 (необјављена докторска дисертација), 95 и даље.

значањем теснаца или планинског кланца.<sup>10</sup> У средњовизантијској епоси тај термин се једнако користио као географски појам и за означавање војно-управног округа,<sup>11</sup> чији је старешина називан κλεισουργάρχης.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> M. Grēgoriou-Iđannidou, „Οι βυζαντινές κλεισούρες και κλεισουργαρχίες“, 9 *Βυζαντιακά*, 1989, 181. Персијски географ Ибн-ал-Факих пише о селевкијском клисурарху (khisliyug) наводећи поред осталог да је његов ранг нижи од стратеговог, као и да назив те дужности означава заповедника пролаза или теснаца, E. W. Brooks, „Arabic Lists of the Byzantine Themes“, 21 *The Journal of Hellenic Studies*, 1901, 75.

<sup>11</sup> Податке о клисурама и њиховим старешинама налазимо у службеним ранг-листама ромејских чиновника (тактиконима), затим у списима арабљанских и персијских географа, као и у појединим наративним изворима средњовизантијске епохе. Од посебне су важности и подаци које пружају сигилографски и епиграфски материјал. Феномен клисура био је пак предмет истраживања још од појаве првих радова о тематском уређењу, и византијској државној управи уопште, пре више од једног века. Свеобухватан поглед на карактер тих јединица и њихов положај у византијском војно-управном уређењу пружили су, међутим, тек у другој половини прошлог столећа, у својим радовима Јадран Ферлуга и Марта Григориу-Јоаниду, J. **Ferluga**, „Le clisure byzantine in Asia Minore“, 16 *Зборник радова Византолошког института*, 1975, 12f; M. Grēgoriou-Iđannidou, *op. cit.*, 188sq. О појави првих клисура у доба Јустинијана II, као делу опсежне реформе провинцијског војног система чији је циљ, између осталог, било и јачање пограничног појаса, писао је М. Цветковић, „Реформа византијског војно-тери-торијалног уређења у доба Јустинијана II“, 53 *Зборник радова Византолошког института*, 2016, 17 и даље. Реорганизација провинцијског уређења која је започета у VII веку одвијала се поступно. Нису истовремено укинуте све позноримске институције, нити су сви елементи тематског система уведени одједном. Напротив, период VII столећа може се посматрати као међуфаза у еволуцији византијске војно-управне организације у унутрашњости, када су истовремено функционисале позноримске и нове тематске управне форме. Формирање и обликовање клисура као пограничних војно-управних јединица је у складу с тим, такође, текло поступно, па се може пратити неколико етапа у њиховој еволуцији.

<sup>12</sup> У изворима се назив те дужности помиње још и у облицима: κλησουργάρχης (N. Thierry, „Les enseignements historiques de l'archéologie cappadocienne“, 8 *Travaux et Mémoires*, 1981, 507) и κλουσουργάρχης (G. Schlumberger, *Sigillographie de l'Empire byzantin*, Paris, 1884, 329–330). Треба на овом месту истаћи и Теофанову вест о извесном клисуροфилаксу (κλεισуроφύλαξ) непознатог имена, који је био задужен за контролу области око Арабисоса, важне стратешке тачке на истоку Царства, уз границу са муслиманским калифатом (податак се односи на 666/667. год.), *Theoph.*, 350. У опису тих догађаја који пружа Михаило Сиријски клисуροфилакс се не помиње али постоји помен Клисуре (Callisura), *Chronique de Michel le Syrien II*, trad. J.-B. Chabot, Paris, 1901, 454. Појам ὁ φύλαξ, од којег је изведена кованица клисуροфилакс, има значење чувара, у том случају чувара клисуре, *A Greek-English Lexicon*, edd. H.-G. Liddell, R. Scott, (rev. H.-S. Jones et al.), Oxford, 1968, 1960. С друге стране, суфикс – ἀρχης, у називу дужности клисурарх, упућује на закључак да је реч о старешини/управнику клисуре (као у случају турмарха и турме).

Прве забележене клисуре оформљене су на тлу Стримона и Кападокије – територијама кроз које су пролазиле важне саобраћајнице, путем којих су обично стизали и напади спољних непријатеља – Словена и Бугара на Балкану и Арабљана са истока. О стримонској клисури пише Константин Порфирогенит (913–959) у *Спису о темама*, приписујући заслуге за њено оснивање цару Јустинијану II (685–695, 705–711), наводећи још и то да је тада у Стримону колонизирана група загонетних Скита.<sup>13</sup> Имајући у виду да је поменути цар водио активну војну политику у том делу Балкана, која је резултирала походом против Бугара и склавинија у Македонији 688/689,<sup>14</sup> може се претпоставити да је формирање пограничног војно-управног округа у стримонској области непосредна последица те кампање. О постојању клисуре на тлу Кападокије сведочи пак натпис у Цркви Светог Никите у данашњем Кизил-Чукуру (Kizil Çukur) у Турској, настао крајем VII или почетком VIII века, на којем се помиње извесни Евстратије, клисурарх Зевгоса и Кладуса.<sup>15</sup> Дужност старешине клисуре – клисурарха – на тлу Кападокије можда је обављао и најстарији познати носилац тог звања. У питању је извесни Григорије Кападокијац, који је 695. учествовао у збацивању цара Јустинијана II с престола.<sup>16</sup> Надимак Кападокијац се односи на његово порекло, што не искључује могућност да је у свом завичају вршио и дужност клисурарха; у том случају Теофанов податак би се могао сматрати најранијим поменом кападокијске клисуре.

Цариград је, према томе, већ крајем VII столећа, највероватније заслугом цара Јустинијана II,<sup>17</sup> приступио изградњи пограничног војно-управног система, који је у наредним вековима постепено надограђиван,

<sup>13</sup> *Constantino Porfirogenito, De thematibus*, ed. A. Pertusi, Studi e Testi 160, Città del Vaticano, 1952, 88–89. Клисура је обухватала подручје у доњем току реке Струме кроз које је пролазила важна саобраћајница повезујући Солун са Цариградом.

<sup>14</sup> О Јустинијановом походу v. *Theoph.*, 364; *Nikephoros Patriarch of Constantinople, Short History*, ed. C. Mango, Corpus Fontium Historiae Byzantinae 13, Washington, D. C., 1990, 92; *Georgii Monachi Chronicon* II, ed. C. de Boor, Lipsia 1904, 729.

<sup>15</sup> N. Thierry, *op. cit.*, 507. Топоним Зевгос се можда односи на место Ζυγὸν Βασιλικόν, које се налазило источно од Цаманда око 110 км од Цезареје, N. Thierry, (1981), 508. О Евстратију и његовој функцији се, међутим, не могу изрећи конкретни закључци, јер је натпис уједно и једини траг о њему.

<sup>16</sup> *Theoph.*, 368; *Georgius Cedrenus, Ioannis Scylitzae ope* I, ed. I. Bekker, Corpus Scriptorum Historiae Byzantinae 8, Vonna, 1838, 775. Григорија помиње још и патријарх Нићифор у *Историју*, коме приписује монашки завест истичући да је у питању игуман Манастира Флороса, не наводећи, за разлику од Теофана, уз његово име звање клисурарха, *Nikephoros*, 96.

<sup>17</sup> У вези с тим треба поменути да из VIII столећа потиче печат који је припадао извесном Сисинију, хипату и клисурарху, G. Schlumberger, *op. cit.*, 329–330.



праћећи опште токове развоја византијске тематске организације. Током прве половине IX века долази, наиме, до значајног ширења тематске организације, оснивањем већег броја нових тематских јединица,<sup>18</sup> и следствено томе оснивања неколико нових клисура. У то доба на истоку Царства извори бележе следеће клисуре: Кападокију,<sup>19</sup> Харсијанон,<sup>20</sup> Колонеју<sup>21</sup> и Селевкију<sup>22</sup>. Селевкију, Харсијанон и Кападокију, као округе којима управљају клисурарси помиње у свом спису, написаном око 902. године, персијски географ Ибн-ал-Факих,<sup>23</sup> Ал-Масуди, који је пак своје дело саставио 956. г., набраја ромејске теме, и поред њих издваја још и округе Селевкију, Харсијанон и Колонеју.<sup>24</sup> Оправдано се претпоставља да Ал-Масуди, пишући о тим окрузима, говори заправо о клисурама.<sup>25</sup> С

<sup>18</sup> О томе првенствено сведоче подаци о новим стратезима у *Тактикону Успенског*, v. *Les listes de préséance byzantines des IX<sup>e</sup> et X<sup>e</sup> siècles*, ed. N. Oikonomidès, Paris, 1972, 49.

<sup>19</sup> Седиште кападокијске клисура био је град Корон, Е. W. Brooks, *op. cit.*, 75.

<sup>20</sup> Седиште клисура налазило се у истоименој тврђави, Е. W. Brooks, *op. cit.*, 75–76. Клисура се простирала северно од Цезареје Понтијске, *Catalogue of Byzantine Seals at Dumbarton Oaks and in the Fogg Museum of Art IV*, edd. E. McGeer, J. Nesbitt, N. Oikonomides, Washington, D. C, 2001, 107.

<sup>21</sup> Седиште клисура налазило се на месту данашњег Şebin-Karahisar у Турској, *Catalogue IV*, 125.

<sup>22</sup> Ибн-ал-Факих наводи да се штаб клисурарха налазио у месту Anatakhia, (Антиохија), Е. W. Brooks, *op. cit.*, 75. Брукс, међутим, доводи то у питање, претпостављајући да је у Ибн-ал-Факиховом спису изостављен део текста, чиме је промењен контекст самог пасуса, Е. W. Brooks, *op. cit.*, 75 fn. 5. Утврђење Селевкија се налазило на месту данашњег града Silifike у Турској, *Catalogue of Byzantine Seals at Dumbarton Oaks and in the Fogg Museum of Art V*, edd. E. McGeer, J. Nesbitt, N. Oikonomides, Washington, D. C, 2005, 9.

<sup>23</sup> Е. W. Brooks, *op. cit.*, 75–76. Ибн-ал-Факих помиње кападокијску клисуру што упућује на закључак да се његова обавештења односе на период пре 830. године јер је Кападокија тада већ била у рангу теме, v. *Listes de préséance*, 348; *Μικρά Ασία*, 262 (St. Lamprakēs). Сходно томе, могао би се извући закључак да су и клисура у Селевкији и Харсијанону, које он помиње, основане, такође, пре тог датума.

<sup>24</sup> *Maçoudi, Le livre de l'avertissement et de la revision*, trad. B. Carra de Vaux, Paris 1896, 241, 243,

<sup>25</sup> Е. W. Brooks, *op. cit.*, 69. Ал-Масуди пак о Кападокији говори као о једној од ромејских тема, што значи да стање ромејске администрације које он приказује потиче из нешто млађег периода. Реч је о хронолошком оквиру чија је горња граница 863. година, јер је Колонеја, коју Ал-Масуди помиње као једну од клисура, те године осведочена као тема са стратегом на челу, *Theophanis Continuati Libri I–IV*, edd. M. Featherstone, J. Signes Codoñer, *Corpus Fontium Historiae Byzantinae* 53, Boston – Berlin, 2015, 258. Будући да се колонејска клисура, коју наводи Ал-Масуди, не помиње у Ибн-ал-Факиховом делу, чини се вероватним претпоставка да је она оформљена нешто касније у односу на време када су основане селевкијска и

друге стране, у *Тактикону Успенског*, првом у низу четири познате листе византијских достојанственика, који је настао почетком пете деценије IX века (842–843), помиње се поименично само клисурарх Харсијанона.<sup>26</sup> Изостављање Кападокије не чуди јер је она у то доба имала ранг теме,<sup>27</sup> као ни Колонеје, која је статус клисуре стекла нешто касније<sup>28</sup>. То, међутим, није био случај са селевкијском клисуром (основаном пре 830), чијег заповедника састављач *Тактикона*, зачудо, уопште не помиње.<sup>29</sup> Изостанак те јединице са листе вероватно је последица омашке приликом састављања или преписивања списка. Иначе, клисурарси Селевкије и Харсијанона се помињу као учесници византијско-арабљанске битке код Посона 863. године.<sup>30</sup> О постојању дужности клисурарха на тлу поменутих округа у IX веку сведочи и неколико сачуваних печата.<sup>31</sup>

харсијанонска. Сходно разликама између два списка, неспорно је да је Ал-Масуди користио још неки извор који Ибн-ал-Факиху није био познат.

<sup>26</sup> *Listes de préséance*, 55. У оригиналном тексту се помињу клисурарси Харсијанона (у множини). Џ. Бјурн, потом и Н. Икономидис, исправљају читање у једнину, J. В. Bury, *The Imperial Administrative System in the Ninth Century, With a Revised Text of the Klerologion of Philotheos*, London, 1911, 13 fn. 2.

<sup>27</sup> *Listes de préséance*, 348; *Μικρά Ασία*, 262 (St. Lampakēs).

<sup>28</sup> Око 840. године колонејски округ је имао статус турме. У делу Настављача хронике Георгија Монаха (*Theophanes Continuatus, Ioannes Cameniata, Symeon Magister, Georgius Monachus*, ed. I. Bekker, *Corpus Scriptorum Historiae Byzantinae* 45, Vonna, 1838, 805), као и у спису Лава Граматичара (*Leonis Grammatici Chronographia*, ed. I. Bekker, *Corpus Scriptorum Historiae Byzantinae* 31, Vonna, 1842, 224), помиње се турмарх Калист. У *Житију 42 аморијска мученика* се наводи да је Калист управљао Колонејом (*Сказаня о 42 Аморијскихъ мученикахъ*, пр. В. Васильевскій, П. Никитинъ, С.-Петербургъ, 1905, 27), због чега се може рећи да је Колонеја једно време била седиште турмарха, у теми Арменијака, v. *Μικρά Ασία*, 322 (A. Sabbidēs).

<sup>29</sup> Н. Икономидис је сматрао да је аутор *Тактикона* грешком уместо селевкијског навео клисурарха Созопоља, *Listes de préséance*, 54 fn. 35. Такво тумачење је почивало на чињеници да није било других података у изворима о постојању клисуре и клисурарха Созопоља, којег помиње састављач *Тактикона*. Уследило је, међутим, неколико деценија касније објављивање печата созопољског клисурарха, пореклом из Тракије (I. Jordanov, *Corpus of Byzantine Seals from Bulgaria I*, Sofia, 2003, № 74. 1), чиме је речена дискусија постала беспредметна.

<sup>30</sup> *Theoph. Cont.* (M. Featherstone, J. Signes Codoñer), 258; Клисурарха Харсијанона помиње и Скилица, *Ioannis Scylitzae Synopsis Historiarum*, ed. I. Thurn, *Corpus Fontium Historiae Byzantinae* 5, Berlin – New York, 1973, 100–101. Иначе, поменути ромејски официр, који је у теми Харсијанона 863. године заробио сина једног арабљанског емира, у *Хроници* Теофановог настављача и Скиличиној *Историји* је назначен звањем клисурарха, док га Јосиф Генесије назива мерархом, *Iosephi Genesii Regum Libri Quattuor*, edd. A. Lesmueller-Werner, I. Thurn, *Corpus Fontium Historiae Byzantinae* 14, Berlin – New York, 1978, 68–69. У научним круговима не постоји сагласност у вези са питањем функције коју је заправо обављао назначени официр у време битке код

Цариград је, дакле, током прве половине IX века, поред клисуре на подручју Кападокије, којом је крајем VII и почетком VIII столећа управљао Евстратије, а могуће и Григорије Кападокијац, приступио формирању још три округа истог типа. На тај начин мрежом клисура постепено је покривена готово цела источна граница Царства, почев од Средоземног мора и Селевкије, преко Кападокије, Харисјанона, све до Колонеје на североистоку Мале Азије.

Приближно у исто време, почетком IX века, на другој – балканској – страни Царства, такође долази до оснивања нових војно-управних округа: неколико тема<sup>32</sup> и једне клисуре – Созопоља<sup>33</sup>. После разграничења између Цариграда и Бугарске 815/816. године, Созопољ је постао важна погранична старетешка тачка, што је вероватно довело до уздизања његовог ранга у војно-управној организацији.<sup>34</sup> Као штит који је бранио прилаз Цариграду из правца који је ишао уз обалу Црног Мора, Созопољ је постао седиште клисурарха. Средином IX столећа долази, међутим, до нове промене границе, после чега су Ромеји изнова успоставили контролу над Месимвријом. Она је тада опет постала најистуренија византијска тачка према Бугарској на обали Црног мора,

---

Посона, вид. М. Цветковић, „Мерарх у тематској организацији од IX до XII века“, 50 *Зборник радова Византолошког института*, 1/2013 (Mélanges Ljubomir Maksimović), 215–234.

<sup>31</sup> Вид. у каталогу клисурарха, М. Цветковић, (2017), 283–285.

<sup>32</sup> У деценијама на прелазу из VIII у IX столеће основане су нове теме на Балкану: Македонија, Пелопонез, Солун, Кефалонија и Драч, *Listes de préséance*, 349–350, 352.

<sup>33</sup> Команда клисурарха је била смештена на подручју данашњег Созопола у Бугарској, *The Oxford Dictionary of Byzantium* I–III, edd. A. Kazhdan et al., New York – Oxford 1991, III, 1933 (A. Kazhdan). О функцији созопољског клисурарха, сведочи помен те дужности у *Тактикону Успенског*, *Listes de préséance*, 55, као и печат созопољског клисурарха и царског спатариа Константина, датиран другу четвртину IX столећа, I. Jordanov, *op. cit.*, № 74. 1. Помен созопољског клисурарха у *Тактикону Успенског* је био, иначе, предмет дискусије у науци, будући да пре објављивања печата созопољског клисурарха, пореклом из Тракије, постојање клисуре у Созопољу није било потврђено другим изворним сведочанствима. Детаљније о ставовима у литератури, вид. М. Цветковић, (2017), 104.

<sup>34</sup> О поменутом византијско-бугарском разграничењу, v. J. B. Bury, *A History of the Eastern Roman Empire from the Fall of Irene to Accession of Basil I* (A. D. 802–867), London, 1912, 360sq. И. Јорданов пак мисли да је после разграничења из 815/816. године основана турма Созопољ, док је клисура, по његовом мишљењу, оформљена у време бугарске офанзиве 40-их година истог столећа, I. Jordanov, *op. cit.*, 159. Чини се, ипак, логичнијим закључак да је у тренутку када је утврђење постало најистуренија погранична тачка (815/816) у њему смештен штаб клисурарха, јер је тада свакако било потребно локалном команданту дати виши степен самосталности у одлучивању.

што је, вероватно, довело до тога да се седиште созопољског клисурарха измести у Месимврију, која ће имати статус клисуре до XI века.<sup>35</sup>

На Балкану је током IX века функционисала (и даље?) и клисура Стримон. Речено потврђује натпис на печату извесног клисурарха Теодота.<sup>36</sup> Стримонски округ је, иначе, до краја IX века трансформисан у тему, што потврђује помен те јединице у другом у низу тактикона, чувеном *Филотејевом Клиторологиону*, састављеном 899.<sup>37</sup> Није познато какав је био положај стримонског округа у време састављања *Тактикона Успенског*, у коме се он не помиње, услед чега се може поставити питање у вези са континуитетом стримонске клисуре из времена Јустинијана II са оном којом је у IX веку управљао поменути Теодот.<sup>38</sup> Стримонска регија је, иначе, била изложена нападима словенског становништва, као и Бугара, што је можда у неком тренутку довело до разарања тамошње византијске управе и укидања првобитне клисуре.<sup>39</sup>

Током друге половине IX столећа, као последица офанзивније војне политике Цариграда према Арабљанима, долази до значајног територијалног проширења и померања пограничног војног система на исток, стварањем нове мреже клисура. Следствено томе, старе клисуре губе својства пограничних округа и бивају уздигнуте у ранг тема.<sup>40</sup> У новим областима Цариград је, међутим, уместо великих и пространих тема, крајем IX и током X столећа, отпочео са праксом оснивања мањих тематских округа – такозваних *ἀρμενιακά θέματα*.<sup>41</sup> Слична тенденција

---

<sup>35</sup> О месимвријској клисури сведоче печати из периода од IX до XI века (вид. у каталогу клисурарха, М. Цветковић, (2017), 283, 285). Седиште те клисуре налазило се у данашњем Несебару у Бугарској, *ODB*, II, 1347–1348 (R. Browing – A. Cutler).

<sup>36</sup> У питању је царски спатарокандидат и клисурарх Стримона, Теодот. Печат се датира у крај IX столећа, *Byzantine Lead Seals by G. Zacos II*, ed. J. Nesbitt, Berne 1984, № 318.

<sup>37</sup> *Listes de préséance*, 139.

<sup>38</sup> Континуитет клисура – тема од краја VII до краја IX столећа, како је то истакла М. Рајковић, у недостаку изворних података није могуће утврдити, М. Рајковић, „Област Стримона и тема Стримон“, *5 Зборник радова Византолошког института*, 1958, 6.

<sup>39</sup> Словени са Стримона су 797. дигли устанак против Царства, користећи нестабилност изазвану, вероватно, византијско-бугарским ратом, *Die byzantinischen Kleinchroniken I*, ed. P. Shreiner, Corpus Fontium Historiae Byzantinae 12/1, Wien 1975, 49. Упад Бугара у Стримон 809. године (Theophanes, 484–485) могао је, такође, довести до разарања стримонске клисуре.

<sup>40</sup> Кападокија је досегла ранг теме пре 830. године. Колонејски стратег се први пут помиње 863, док је Харсијанон статус теме имао 872/873, *Listes de préséance*, 348–349; *Μικρά Ασία*, 262 (St. Lampakēs), 321 (A. Sabbidēs), 299 (St. Lampakēs).

<sup>41</sup> За литературу о *ἀρμενιακά θέματα* v. N. Oiknomidēs, „L’organisation de la frontière orientale de Byzance aux X<sup>e</sup>–XI<sup>e</sup> siècles et le Taktion de l’Escorial“, *Actes de XIV<sup>e</sup> Congrès International des Études Byzantines I*, Bucarest, 1974, 285–302; J.-Cl. Cheynet, „Du

приметна је и у погледу оснивања нових клисура. Уместо пространих округа попут Кападокије, нове клисуре, које су основане у том периоду, обухватале су знатно мањи простор, обично неколико суседних утврђења. У 50. глави списа *О управљању царством* цар Константин VII Порфирогенит,<sup>42</sup> наиме, помиње да су статус клисуре краће време почетком X века имали: Ликанд<sup>43</sup>, Цаманд<sup>44</sup>, Симпосион<sup>45</sup> и Лариса.<sup>46</sup> Тој листи треба додати и Месопотамију, за коју Порфирогенит у *Спису о темама* наводи да је некада била безимена клисура, вероватно током

---

stratège de thème au duc : Chronologie de l'évolution au cours du XI<sup>e</sup> siècle“, 9 *Travaux et Mémoires*, Paris, 1985, 181–194; Lj. Maksimović, „То Τακτικόν του Εσκoριάλ και οι αλλαγές της еларχιακής διοίκησης στο Βυζάντιο“, *Βυζάντιο. Κράτος και Κοινωνία. Μνήμη του Νίκου Οικονομίδη* (edd. A. Avramea et al.), Athēna, 2003, 361–367; B. Krsmanović, *The Byzantine Province in Change (On the Threshold Between the 10<sup>th</sup> and the 11<sup>th</sup> Century)*, Belgrade – Athens, 2008; Eadem, „Beobachtungen zum *Taktikon Escorialense*“, 103 *Byzantinische Zeitschrift*, 2/2010, 605–637.

<sup>42</sup> *Constantine Porphyrogenitus, De Administrando Imperio* I, (New, Revised Edition), edd. Gy. Moravcsik, R. J. H. Jenkins, Corpus Fontium Historiae Byzantinae 1, Washington, D. C, 1967, (= *DAI* I) с. 50, р. 238, 240. Иначе, списку клисура из времена цара Лава Мудрог треба додати и ону у Пафлагонији. Сведочанство о њој представља одељак из Филотејевог *Клиторологиона*, у коме се наводи да је клисурарх Пафлагоније, на исти начин као и катепан и вршилац дужности (έκ πρoσώλου) стратега те јединице, за своје постављење плаћао цару суму од осам номизми, *Listes de préséance*, 231. Цитирана вест изазива извесну забуну јер из тог одељка следи да су упоредо деловали клисурарх, катепан и стратег истоимене теме, што није представљало уобичајену праксу у функционисању тематске управе. Ј. Ферлуга претпоставља да је разлог томе подела пафлагонијске теме на два дела: унутрашњи, којим је командовао клисурарх и приобални под управом катепана, Ј. Ферлуга, „Ниже војно-административне јединице тематског уређења. Прилог изучавању тематског уређења од VII до X века“, 2 *Зборник радова Византолошког института*, 1953, 82. Своју тезу заснива на Ибн-ал-Факиховој тврдњи да је тема Пафлагонија имала два седишта, E. W. Brooks, *op. cit.*, 73, те је сходно томе, претпоставља Ферлуга, била састављена из два територијално-управна дела. Пример пафлагонијске клисуре одудара од осталих и по томе што се та област не налази у пограничној регији, какав је случај са свим осталим познатим клисурама. У недостатку изворне подлоге којом би се расветлило карактер те јединице, о пафлагонијској клисури није могуће рећи пуно тога. Имајући у виду чињеницу да се по свом карактеру разликује од свих осталих клисура, као и то да о њој нема других података, можемо претпоставити да је била ad hoc карактера, и да је као таква постојала краће време на прелазу из IX у X столеће.

<sup>43</sup> Налазила се источно од Цезареје Понтијске, *Catalogue* IV, 130.

<sup>44</sup> Цаманд се налазио у Кападокији на подручју у близини Цезареје и Мелитине, *ODB* III, 2134–2135 (C. F. W. Foss).

<sup>45</sup> Симпосион са идентификује са местом Süveš, H. Grégoire, „Notes épigraphiques“, 8 *Byzantion*, 1933, 85–87.

<sup>46</sup> Лариса се налазила на истоку Мале Азије, 20 км јужно од Mangulik-a, *Catalogue* IV, 130.

друге половине IX века.<sup>47</sup> Гледајући пак платни списак носилаца највиших командних дужности у унутрашњости Царства из доба цара Лава VI (886–912), похрањен у Порфиригенитовој *Књизи о церемонијама*,<sup>48</sup> може се закључити да је на прелазу из IX у X столеће на истоку Византије постојао погранични војно-управни систем са клисурама у Севастеји,<sup>49</sup> Селевкији,<sup>50</sup> Ликанду<sup>51</sup> и Леонтокоми<sup>52</sup>. Убрзо потом, током прве половине X века, побројане клисуре су уздигнуте у ранг тематских округа.<sup>53</sup>

Средином X века систем клисура се помера још дубље на исток. У време цара Романа I Лакапина (920–944) ранг клисуре добија Авара.<sup>54</sup> Током X столећа основане су и клисуре Романупољ и Ханзит, које, као и Авару, помиње Порфиригенит, наводећи да су та два округа у време цара Романа Лакапина придодата месопотамијској теми.<sup>55</sup> Сигилографски материјал сведочи пак да су током X века уз границу са Арабљанима

<sup>47</sup> *De thematibus*, 73. Налазила се на подручју између Murad-su и Çimisgezek-su, *Catalogue IV*, 134. Месопотамијски округ је, иначе, између 899. и 901. уздигнут на ранг теме, *Listes de préséance*, 349; *Μικρά Ασία*, 315 (Т. Loungēs).

<sup>48</sup> *Constantini Porphyrogeniti imperatoris De cerimoniis aulae Byzantinae I*, ed. J. J. Reiske, *Corpus Scriptorum Historiae Byzantinae* 16, Bonna, 1829, 697. Изузев Селевкијеске клисуре, која је оформљена током прве половине IX столећа, настанак преосталих се везује за владавину цара Лава VI.

<sup>49</sup> Данашњи Sivas, *Catalogue IV*, 128.

<sup>50</sup> Вид. стр. 6 и нап. 22 овог рада.

<sup>51</sup> Вид. нап. 43 у овом раду.

<sup>52</sup> Леонтокома је назив некадашње Тефрике, важног упоришта павликијана, које је цар Василије I заузео 878. године и преименовао по свом сину Лаву. Утврђење Леонтокома – данашњи Divriği – налазило се око 100 км југоисточно од Сиваса, *Catalogue IV*, 161.

<sup>53</sup> Севастеја је 911. имала ранг теме; *Les listes de préséance*, 349; *Μικρά Ασία*, 331 (Е. Kountoura Galakē). Ликанд, који је као клисура постојао врло кратко, постаје тема између 914–919. године (у време када је Византијом владао цар Константин VII, уз туторство царице мајке Зоје), *Constantine Porphyrogenitus, De Administrando Imperio II*, comm. by F. Dvornik et al., London, 1962, (= *DAI II*) 191; *Μικρά Ασία*, 307 (Т. Loungēs); Н. Икономидис сматра да се то десило око 916. године, *Listes de préséance*, 350. Леонтокома и Селевкија су у ранг тема уздигнуте свакако пре састављања *Тактикона Бенешевича* (934–944), у коме се помињу њихови стратези. Селевкија је постала тема између 927. и 934. године, *Listes de préséance*, 350. У науци нема сагласности у вези са питањем када је тачно основана тема Леонтокома. Помињу се следећи периоди интервали: 913–935 (Е. Honigmann, *Die Ostgrenze des Byzantinischen Reiches von 363 bis 1071 nach griechischen, arabischen, syrischen und armenischen Quellen*, Bruxelles, 1935, 52, 55); 921–934 (*Ferluga*, [1975], 21); 934–944 (*Listes de préséance*, 350); око 940 (*ODB III*, 2025 [C. F. W. Foss]).

<sup>54</sup> *DAI I*, с. 50, р. 240.

<sup>55</sup> *DAI I*, с. 50, р. 238.

функционисале и клисуре: Сотирупољ,<sup>56</sup> Тарон,<sup>57</sup> Цилиаперт,<sup>58</sup> Тезервула<sup>59</sup> и Василијада<sup>60</sup>. Већина побројаних клисура убрзо стиче тематски ранг.<sup>61</sup>

Процес трансформисања клисура у теме окончан је током друге половине X столећа.<sup>62</sup> Осека арабљанске војне и политичке моћи условила

---

<sup>56</sup> *Byzantine Lead Seals by G. Zacos II*, № 948 (прва половина X века). Клисура се налазила у пограничном подручју према Абхазији, *ODB III*, 1930 (A. Kazhdan).

<sup>57</sup> *Catalogue IV*, № 76.4 (X–XI век). Клисура Тарон се налазила западно од језера Ван. Пре него што је у потпуности интегрисан у византијску тематску организацију, Тарон је имао статус полунезависне кнежевине, *Ibid.*, p. 168.

<sup>58</sup> J.-Cl. Cheynet, „De Tziliapert à Sébastè“, 9 *Studies in Byzantine Sigillography*, 2006, 213–214 (X век).

<sup>59</sup> W. Seibt – M.-L. Zarnitz, *Das byzantinische Bleisiegel als Kunstwerk. Katalog zur Ausstellung*, Wien, 1997, № 3.3.7 (крај X – прва трећина XI века).

<sup>60</sup> *Byzantine Lead Seals by G. Zacos II*, № 134 (X век).

<sup>61</sup> Авара је била уздигнута у ранг теме, са стратегом на челу, после 951–952. године, *Listes de préséance*, 360. Романупољ је до 971. године постао седиште теме. Стратег те јединице помиње се у *Ескоријалском тактикону*, *Listes de préséance*, 267. Вероватно у исто време кад и Романупољ, ранг теме досегла је и ханзитска јединица. На то упућује помињање ханзитског округа у тактици *De velitatione* из друге половине X века, *Le traité sur la guérilla*, 125, 243; *Three Byzantine Military Treatises*, 230. Средином X столећа Цилиаперт постаје седиште теме, о чему сведочи Порфиригенитов податак у *Спису о управљању царством*, *DAI I*, с. 53, р. 286. Стратеге Сотирупоља и Тарона побројао је у свом спису састављач тзв. *Ескоријалског тактикона*, *Listes de préséance*, 265, 269. Сотирупољ се у *Тактикону* наводи и под именом Βουρζώ.

<sup>62</sup> Изузетак у том погледу представљају Созопољ и Месимврија на Балкану, као и Симпосион, Цаманд, Тезервула и Василијада на истоку, за које не постоје подаци да су икада досегли виши административни статус. Ипак, непостојање изворних података о подизању тих округа у ранг тема не мора нужно да значи да до тога у неком тренутку није дошло.

Извори сведоче да су поједине клисуре попут Кападокије, Созопоља, Харсијанона и Колонеје организоване по обрасцу, који је подразумевао примену вишеступног метода *турма – клисура – тема* приликом трансформисања округа. Процес је отпочињао издвајањем пограничних турми из ромејских тема, и њиховим уздизањем у виши административни ранг ради јачања граничног појаса. Чести погранични сукоби истакли су потребу за брзим деловањем локалних војних старешина и њихових јединица на терену, што је било могуће једино уз виши степен самосталности у одлучивању и спровођењу акција. То је остварено уздизањем пограничних турми у ранг клисура. Издвајањем пограничних турми и њиховим претварањем у клисуре слабљен је, међутим, регрутни потенцијал матичних тема. Цариград је због тога приступио прегруписавању нижих војно-територијалних јединица, о чему Константин Порфиригенит пише, вид. М. Цветковић, „Улога турми у стварању пограничног војно-управног система на истоку Византијског царства у IX и X веку“, *Ниш и Византија XII* (ур. М. Ракоција), Ниш, 2014, 591–599.

је реформу византијског пограничног војног система, услед чега је Цариград отпочео са конституисањем великих композитних округа са дукама и катепанима на челу. У новом војном уређењу, чији је носилац постала професионална тагматска војска, клисура као јединице дефанзивног карактера више нису имале значајну улогу. Због тога се више не оснивају нове, а старе бивају трансформисане, док је сам термин клисура опстао као географски појам или, у појединим случајевима, као топоним.<sup>63</sup> Иако поједини печати сведоче да су неке клисура, попут оне у Тезервули, опстале у првим деценијама XI столећа, у том периоду се свакако не може говорити о постојању организованог пограничног система клисура, какав је постојао у претходним столећима. Клисура које постоје на прелазу из X у XI век треба посматрати као последње остатке старог војно-управног система који се постепено гасио.<sup>64</sup>

\*

*Окрузи под управом друнгарија* – Суочивши се са снагом арабљанске флоте која је средином VII века успоставила контролу на важним стратешким тачкама у Средоземљу, Цариград је приступио реорганизацији својих поморских снага. Један сегмент те реформе тицао се обезбеђивања поморских саобраћајница у Егеју, важним за одбрану Цариграда, будући да се престоница два пута током пола столећа нашла под опсадом Сарацена 674–678. и 717–718. године.<sup>65</sup> Важна улога у одбрани припала је стога јединицама са друнгаријима на челу, које су биле стационаране на простору Егејског архипелага.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Треба, притом, напоменути да се термин клисура среће и као топоним, v. *Actes de Lavra I, des origines à 1204*, edd. P. Lemerle et al, Archives de l'Athos V, Paris, 1970, № 1, p. 85 (место Клисура поменуто у запису из XII–XIII столећа који се налази на једној исправи из 897. године); *Actes d'Iviron II, du milieu du XI<sup>e</sup> siècle à 1204*, edd. J. Lefort et al, Archives de l'Athos XVI, Paris, 1990, № 50, p. 198 (Клисура – место код Јерисоса, 1101. год.).

<sup>64</sup> Приликом оснивања клисура углавном нису коришћени остаци позноримске територијалне организације, јер се границе клисура и седишта тих јединица најчешће нису подударали са старим, на темељима позноримске територијалне организације заснованим, црквеним провинцијама и катедрама. У већини утврђења у којима су се налазили штабови клисурарха нису постојале црквене катедре. Тамо где их је било не може се говорити о одређеном правилу на основу којег је усклађиван степен световне и црквене власти, па се тако у главним градовима појединих клисура јављају епископска седишта, митрополије, али и катедре аутокефалних архиепископа, вид. М. Цветковић, (2017), 112.

<sup>65</sup> Преглед византијско-арабљанске борбе за превласт на Средоземљу у VII столећу, уз осврт на поменуте опсаде Цариграда, пружа Г. Острогорски, (1969), 130–131, 138–139, 165.

<sup>66</sup> Чин друнгарија се први пут јавља у *Ускршињој хроници*. Први носилац тог звања био је извесни Теодот, који се помиње као део византијског посланства



У позноримској епоси највећи део Егеја налазио се у саставу провинције Острва / Кикладских острва.<sup>67</sup> Та провинција је од времена цара Јустинијана I била подређена функционеру чије је звање гласило *Quaestor Iustinianus Exercitus*. Под његовом контролом биле су још и провинције Скитија, Мизија, Карија и Кипар.<sup>68</sup> Истраживачи су највећим делом сагласни да се из јединице којом је управљао *Quaestor* током VII столећа развила карависијанска, односно морнаричка тема.<sup>69</sup>

упућеног на двор персијског владара 628. године, *Chronicon Paschale* I, ed. L. Dindorf, *Corpus Scriptorum Historiae Byzantinae* 11, Bonna, 1832, 731. Назив друнгарије потиче од термина *δρυνγος*, којим су у позноримској епоси називане оперативно-тактичке јединице унутар ромејских армија, чији је регрутни потенцијал износио између две и три хиљаде људи. Податке о томе пружа *Μαυρικιјев Στρατηκικον, Das Strategikon des Maurikios*, edd. G. Dennis, E. Gamillscheg, *Corpus Fontium Historiae Byzantinae* 17, Wien, 1981, с. 1.3, р. 86. Чин друнгарија у средњовизантијској епоси носили су официри у тематској војсци и флоти, али уједно и старешине престоничких јединица – попут друнгарија τῆς βίγλας или τοῦ ἀριθμοῦ/τῶν ἀριθμῶν (почев од XI столећа носиоци звања друнгарија τῆς βίγλας обављају судску делатност у Царству, N. Oikonomidès, „L'évolution de l'organisation administrative de l'Empire byzantine au XI<sup>e</sup> siècle (1025–1118)“, 6 *Travaux et Mémoires*, 1976, 133), као и заповедник централне царске флоте, познат под називом друнгарије τοῦ πλοῖμου/τῶν πλοῖμων (старешина престоничке флоте се у XI столећу назива и друнгарије τοῦ στολοῦ, N. Oikonomidès, [1976], 146). За основне информације о различитим носиоцима звања друнгарија, v. *ODB* I, 663f (E. McGeer, A. Kazhdan); M. Цветковић, (2017), 117. О друнгаријама у ромејској провинцијској управи првенствено сведоче подаци са сигилографског материјала и из тактикона. Јединице под управом друнгарија нашле су место у радовима о византијској поморској организацији: Н. Antoniadis-Bibicou, *Études d'histoire maritime de Byzance. A propos du „Thème des Caravisiens“*, Paris, 1966, 85; Н. Ahrweiler, *Byzance et la mer*, Paris 1966, 76–81; Ђ. Malamut, *Les îles de l'Empire byzantin VIII<sup>e</sup>–XII<sup>e</sup> siècles* I, Paris, 1988, 301–307.

<sup>67</sup> Један од управитеља те провинције био је Теодор, Praefectus Insularum, о коме сведочи печат из VI столећа, *Byzantine Lead Seals* I/3, edd. G. Zacos, A. Vegler, Basel, 1972, № 2928.

<sup>68</sup> *Novellae*, р. 293–294, № L. Јован Лидијац тог дужносника назива епархом (префектом) Скитије, *Ioannes Lydus*, ed. I. Bekker, *Corpus Scriptorum Historiae Byzantinae* 29, Bonna, 1837, 192–193.

<sup>69</sup> J. Haldon, „Military Service, Military Lands, and the Status of Soldiers: Current Problems and Interpretations“, 47 *Dumbarton Oaks Papers*, 1993, 7–8. Треба, притом, напоменути да поједини историчари, нпр. К. Цукерман, сматрају да је квестура била установа цивилног карактера, због чега је мало вероватно да је могла послужити као темељ за оснивања карависијанске флоте, С. Zuckerman, „Learning from the Enemy and More. Studies in “Dark Centuries” Byzantium“, 2 *Millennium*, 2005, 111sq. Цукерман је, притом, сматрао да је након оснивања карависијанска флота контролисала воде у западним деловима Царства, између осталог, и обале тема Сицилије и Хеладе, док је исток био у надлежности кивиреотске морнарице. Повод за укидање карависијанске флоте Цукерман види у учешћу њених морнара (војника под командом Агалијана,

Трансформација квестуре у тему била је део реформи које су спровођене током VII столећа, када су преобликовањем позноримских армија осниване прве ромејске теме, као одговор на велику арабљанску офанзиву. Стратег новоформиране карависијанске, односно морнаричке теме, наследио је вероватно и надлежности некадашњег квестора на подручју пет поменутих провинција. Крајем VII столећа, међутим, већи део тих територија нашао се изван контроле Цариграда. Скитију и Мизију су окупирали Бугари,<sup>70</sup> док је на Кипру установљен византијско-арабљански кондоминијум<sup>71</sup>. Поред тога, провинција Карија је вероватно била додељена на управу тракесијанском старешини.<sup>72</sup> Сходно томе, стратег Карависијана је непосредну управу могао остварити једино над провинцијом Кикладских острва, односно Егејским архипелагом. Карависијанска тема се, иначе, након 711. више не јавља у изворима,<sup>73</sup> због чега истраживачи претпостављају да је она, у склопу реформи цара Лава III (717–741), када су трансформисане прве ромејске теме, била расформирана.<sup>74</sup> Уместо ње је установљено неколико самосталних јединица са друнгаријима на челу.<sup>75</sup>

Једна од њих био је округ Егејског мора, којим је до почетка пете деценије IX века управљао функционер са чином друнгарија, поменут у

---

турмарха Хеладика!) у побуну против иконоборачког цара Лава III 727. године, С. Zuckerman, (2005), 111f, 124. Супротно реченом о карактеру квестуре писао је J. Wiewiorowski, „Quaestor Iustinianus Exercitus – a Late Roman Military Commander?“, 93 *Eos*, 2006, 319sq. Када је реч о пореклу и карактеру карависијанске јединице, у једном од последњих у низу радова о византијској морнарици, С. Конзентино наглашава комплексност тог проблема не опредељујући се јасно ни за једно од раније изнетих становишта, S. Cosentino, „La flotte Byzantine face à l’expansion musulmane. Aspects d’histoire institutionnelle et sociale (VII<sup>e</sup>–X<sup>e</sup> siècles)“, 28 *Byzantinische Forschungen*, 2004, 5–7.

<sup>70</sup> Г. Острогорски, (1969), 140.

<sup>71</sup> Г. Острогорски, (1969), 143.

<sup>72</sup> J. F. Haldon, *Byzantium in the Seventh Century. The Transformation of a Culture*, Cambridge, 1997, 219.

<sup>73</sup> Последњи помен карависијанске јединице, тачније стратега Карависијана у изворима, односи се на 711. годину, *Le Liber Pontificalis* I, ed. L. Duchesne, Paris, 1886, 390.

<sup>74</sup> Расформирана можда већ и током владавине цара Анастасија II (713–715), Г. Острогорски, (1969), 166.

<sup>75</sup> У ред јединица које су осамостаљене након укидања теме Карависијана убрајан је и округ Кивиреота, Г. Острогорски, (1969), 166–167. Новија истраживања, међутим, указују на то да је кивиреотски округ имао статус теме већ крајем VII столећа, вид. М. Цветковић, (2016), 24–28.

*Тактикону Успенског*,<sup>76</sup> и на неколико печата<sup>77</sup>; након тога је та јединица била уздигнута у ранг теме са стратегом на челу.<sup>78</sup> Округ под тим називом се први пут помиње 711–713. године<sup>79</sup>

Јужни део Егејског острвља био је пак обухваћен округом којим је управљао друнгарије Додеканеза. Једини познати носилац тог чина био је Теофилакт Рангабе, којег помиње Теофан набрајајући учеснике завере против царице регенткиње Ирине 780. године.<sup>80</sup> Након тога друнгарије Додеканеза нестаје из извора. Уместо додеканеског округа у изворима су забележене јединице којима су управљали друнгарији Колпоса (поменут уз друнгарија Егејског мора у *Тактикону Успенског*),<sup>81</sup> потом и Коса (чији је печат сачуван)<sup>82</sup> – највероватније наследници овлашћења којима је располагао друнагрије Додеканеза.<sup>83</sup>

Наместо два округа у Егеју, којима су током VIII века управљали друнгарији Егејског мора и Додеканеза, а у време састављања *Тактикона Успенског* друнгарији Егејског мора и Колпоса, у Филотејевом *Клиторологиону* се помињу теме, односно стратеги Егејског мора и Самоса на том подручју.<sup>84</sup> По свему судећи, речене теме су настале управо трансформацијом два округа које помиње састављач првог тактикона.<sup>85</sup> Стабилизација војних и политичких прилика у северном делу

---

<sup>76</sup> *Listes de préséance*, 53, 57. Друнгарије је поменут на два места. На првом као друнгарије του Αἰγαίουπέλαγους, на другом као друнгарије του Αἰγαίου. В. Бенешевич је сматрао да на другом месту треба тражити бившег друнгарија, V. N. Benešević, „Die Byzantinischen Ranglisten nach dem Kletorologion Philothei und nach jerusalemmer Handschriften“, 5 *Byzantinisch-Neugriechische Jahrbücher*, 1926–1927, 156; Н. Икономидис пак мисли да се на оба места помињу носиоци исте функције, на првом у категорији носилаца титуле протоспатарија, а на другом месту међу спатарокандидатима, *Les listes de préséance*, 56 fn. 40

<sup>77</sup> Вид. М. Цветковић, (2017), 125–126.

<sup>78</sup> *Listes de préséance*, 353.

<sup>79</sup> Округ се под тим именом први пут помиње на печату анонимног комеркијарија, који се датира у период 711–713. године, *Byzantine Lead Seals* I/1, № 211. Исту дужност обављао је и извесни Јован 713/714. године, *Byzantine Lead Seals* I/1, № 213.

<sup>80</sup> Theophanes, 454.

<sup>81</sup> *Listes de préséance*, 53. Носилац истог звања био је и власник једног сачуваног печата из IX столећа, *Byzantine Lead Seals* I/2, № 2202.

<sup>82</sup> У питању је био Лав – кандидат и друнгарије Коса (VIII–IX век). Податак о том печату пружа V. Laurent, „Bulletin de sigillographie byzantine 1930“, 6 *Byzantion*, 1931, 780, али без грчког текста натписа.

<sup>83</sup> Е. Арвелер је, чини се, у праву када тврди да је Колпос, у ствари, друго име за ту јединицу, односно да се додеканески округ трансформисао у јединицу са друнгаријем Колпоса на челу. Н. Ahrweiler, (1966), 80sq.

<sup>84</sup> *Listes de préséance*, 101, 105, 139.

<sup>85</sup> Н. Ahrweiler, (1966), 80sq.

егејског басена омогућила је трансформацију округа Егејског мора у тему средином IX столећа, док је у јужном делу Егеја, с друге стране, увођење тематске управе (тема Самос) са пуним капацитетом уследило неколико деценија касније. У другој половини X века оснива се и посебна тема са стратегом Кикладских острва на челу, која је захватала мали територијални појас на југу Егејског мора.<sup>86</sup> Током XI века статус теме има и острво Хиос, које је претходно било у саставу теме Самос.<sup>87</sup>

\*

Специфичан погранични војно-управни режим, састављен од клисура и јединица под управом друнагрија, који је постепено изграђиван од краја VII столећа, почивао је у изведеној мери на начелима организације позноримске војне управе у граничним подручјима Ромејске државе. Познато је, наиме, да је дуж континенталне границе Царства у позноримској епоси функционисао систем провинција у којима је војна управа била под посебним режимом са дукама на челу.<sup>88</sup> Њихову улогу, дакле, дужност заштитника континенталне границе, преузели су у наредним столећима клисурарси. Контролу границе на мору је пак у доба које је претходило формирању тематског система обезбеђивао *Quaestor Iustinianus Exercitus*. *Quaestura Exercitus* је током VII века трансформисана у тему Карависијана, да би након укидања, после 711. године, део њених надлежности преузеле јединице са друнгаријима.<sup>89</sup>

Основна разлика у начину функционисања пограничног система са клисурама и јединицама којима су руководили друнгарији у односу на позноримске пограничне округе видљива је, с друге стране, у домену цивилне администрације. Садржај списа *Notitia Dignitatum* сведочи да су цивилни органи управе функционисали на идентичан начин како у пограничним тако и у провинцијама у унутрашњости државе – *Consulares*, *Praesides*, *Correctores* били су носиоци цивилне управе у провинцијама, без обзира на то да где се округ налазио.<sup>90</sup> Током позноримске или рановизантиске епохе није, дакле, било разлике у структури цивилног правитељства. То, међутим није случај у средњовизантијској, односно епоси тематског уређења. Наиме, за разлику од тема, које су биле основне

---

<sup>86</sup> *Listes de préséance*, 267. Та јединица се у званичним документима вероватно помиње још и као *Тема Острва*, на шта упућује сигилографски материјал датиран у XI столеће, *Catalogue of Byzantine Seals at Dumbarton Oaks and in the Fogg Museum of Art* II, edd. E. McGeer et al, Washington, D. C, 129–130.

<sup>87</sup> О статусу Хиоса у том периоду сведочи печат стратега Михаила, *Catalogue* II, № 41.6.

<sup>88</sup> *Notitia dignitatum*, 150–151.

<sup>89</sup> Вид. стр. 13–14 у овом раду.

<sup>90</sup> *Notitia dignitatum*, 151–153.

територијалне јединице војне и цивилне провинцијске организације, почев од VII столећа, у клисурама и јединицама са друнагријима извори бележе видно упрошћену чиновничку структуру. Старешине тема су били стратеги, којима је била подређена целокупна војна и цивилна управа. Иако стратеги најчешће нису непосредно обављали цивилна задужења, они су били надређени комплетном чиновничком апарату у темама, чији списак пружа Филотеј.<sup>91</sup> Када је пак реч о клисурама и јединицама којима су командовали друнгарији, о цивилним органима у њима не постоје изворна обавештења. У изворима, такође, нема података који се односе на, условно речено, цивилне надлежности клисурарха и друнгарија. Информације о њима којима располажемо су, по правилу, у вези са војном делатношћу. Тичу се регрутног потенцијала клисура,<sup>92</sup> висине примања клисурарха,<sup>93</sup> садрже затим податке о њиховој одећи,<sup>94</sup> а у случајевима

<sup>91</sup> У *Клиторологиону* (899), који представља најдетаљнију од четири сачуване ранг-листе ромејских функционера, Филотеј пише да су се у штабу тематских стратега налазили: *τρουμάρχαι ἢ μεριάρχης*, затим функционери *κόμης τῆς κόρτης, χαρτουλάριος τοῦ θέματος* и *δομέστικός τοῦ θέματος*, а након њих заповедници нижих одреда *δρουγγάριοι τῶν βάνδων* и *κόμητες ὁμοίως*, *Listes de préséance*, 109.

<sup>92</sup> Ибн-ал-Факих пише да је под командом клисурарха Кападокије било 4000 војника. Е. W. Brooks, *op. cit.*, 75. Одредом те јачине заповедао је и старешина клисуре у Харсијанону. Е. W. Brooks, *op. cit.*, 75sq. Исти број војника имао је на располагању, с друге стране, заповедник теме Оптимата, Е. W. Brooks, *op. cit.*, 74, док су се, на пример, у саставу тема Македоније и Тракије налазили одреди од по пет хиљада људи. Е. W. Brooks, *op. cit.*, 73. Иначе, у Ибн-ал-Факиховом спису је изостао податак о броју војника селевкијске јединице. Брукс, међутим, полазећи од Кудаминах обавештења о потенцијалу истоимене теме, сматра да је клисурарх Селевкије располагао са 5000 регрута. Е. W. Brooks, *op. cit.*, 75 fn. 5. v. *Kitâb al-Masâlik wa'l Mamâlik*, ed. M. J. de Goeje, **Bibliotheca Geographorum Arabicorum VI**, Lugdunum Batavorum (Leiden), 1889, 198. Јасно је, дакле, да су клисуре током првих деценија IX века у погледу регрутне снаге биле изједначене са појединим темама.

<sup>93</sup> Када је реч о висини плата клисурарха, податке у вези с тим пружа платни списак из доба цара Лава VI, који је Порфирогенит прибележио. Поменути списак садржи листу официра уз износе прихода који су им припадали. Приложени су подаци о клисурарсима Севастеје, Ликанда, Селевкије и Леонтокоме, за које се каже да су примали износ од 5 литара злата, што је био износ који су добијали и стратеги мањих тема, *De cerimoniis*, 697. Реч је пак о осам пута мањем износу у односу на висину плата стратега највећих тема Анатолика, Арменијака и Тракесијана, који су примали по 40 литара злата, *De cerimoniis*, 696. Н. Икономидис датира настанак списка у период између 908. и 911. године, N. Oiknomidès, (1974), 286 fn. 4. Важно сведочанство о статусу клисурарха из епохе Лава Мудрог представља и податак из *Филотејевог Клиторологиона*, на основу којег сазнајемо да су клисурараси, заједно са другим високим чиновницима попут *ἐκ προσώλου* стратега или катепана, постављани на дужност на церемонији у царској палати, плаћајући за своје постављење суму од 8 номизми. Додаје се још и то да сваки пут када клисурарси дођу у Цариград да приме

када су клисурарси и друнгарији имали значајну улогу у биткама или пак заверама, извори доносе и по који просопографски податак о њима<sup>95</sup>. Одсуство података о цивилним и судским пословима упућује на закључак о изразито милитаризованом карактеру пограничног система клисура и округа са друнгаријима, што је било условљено војно-политичким и геостратешким положајем Царства у то доба, изложеном непрестаној претњи спољних непријатеља – Арабљана, Словена, Бугара и др.

---

у Цариград да приме плату, они плаћају исту суму као приликом постављења на дужност, *Listes de préséance*, 231. Филотејево обавештење се односи на клисурарха Пафлагоније, али нема разлога сумњати да је таква пракса важила и у случају других клисурарха из IX столећа.

<sup>94</sup> Порфиригенит пише да је клисурарсима била намењена одећа, која је на себи садржала вишеструке украсне елементе, са представама орлова или других царских симбола, који су били уобичајени и за стратеге, *De cerimoniis*, 470, 486; *Constantine Porphyrogenitus, Three Treatises on Imperial Military Expeditions*, ed. J. Haldon, *Corpus Fontium Historiae Byzantinae* 28, Wien, 1990, 110, 126.

<sup>95</sup> Први такав случај се односи на побуну која је 695. године резултирала збацивањем са власти цара Јустинијана II. Један од завереника у том чину био је Григорије Кападокијац, *Theoph.*, 368. Познато је име још једног клисурарха који је одрекао послушност цару. Реч је о Ваасацију, кога је цар Лав VI у једном тренутку поставио на чело клисуре Лариса. Ваасације је претходно, због учешћа у побуни Андроника Дуке против истог цара 906. године, пребегао Арабљанима. Он је, међутим, измолио милост од цара и вратио се у Царство, добивши на управу поменуто клисуру. Због поновне издаје и учешћа у побуни Константина Дуке 913. године, био је ражалован и приморан да изнова бежи из Византије. *DAI* I, с. 50, р. 238, 240; II, 191. Листи побуњеника треба додати поменутог друнгарија Додеканеза Теофилакта Рангабеа. Он је, према Теофановом сведочењу, био један од дужносника који су припремали заверу против царице Ирине 780. године, *Theoph.*, 454. У бици код Посона 863. године, која представља прекретницу у византијско-арабљанским сукобима на истоку, након чега је Царство отпочело са офанзивнијом политиком према Арабљанима (Г. Острогорски, (1969), 225–226), учествовала је велика византијска чији су део биле и јединице под командом клисурарха Селевкије и Харсијанона, *Theoph. Cont.* (M. Featherstone, J. Signes Codoñer), 258.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ – LIST OF REFERENCES

Извори – Primary Sources

*Сказаня о 42 Аморийскихъ мученикахъ*, пр. В. Васильевскій, П. Никитинъ, С.-Петербургъ, 1905.

*Actes d'Iviron II, du milieu du XI<sup>e</sup> siècle à 1204*, edd. J. Lefort et al, Archives de l'Athos XVI, Paris, 1990.

*Actes de Lavra I, des origines à 1204*, edd. P. Lemerle et al, Archives de l'Athos V, Paris, 1970.

Brooks, E. W., „Arabic Lists of the Byzantine Themes“, 21 *The Journal of Hellenic Studies*, 1901, 67–77.

Bury, J. B., *The Imperial Administrative System in the Ninth Century, With a Revised Text of the Kletorologion of Philotheos*, London, 1911.

*Byzantine Lead Seals by G. Zacos II*, ed. J. Nesbitt, Berne 1984.

*Byzantine Lead Seals I*, edd. G. Zacos, A. Veglery, Basel, 1972.

*Catalogue of Byzantine Seals at Dumbarton Oaks and in the Fogg Museum of Art IV*, edd. E. McGeer, J. Nesbitt, N. Oikonomides, Washington, D. C., 2001.

*Catalogue of Byzantine Seals at Dumbarton Oaks and in the Fogg Museum of Art V*, edd. E. McGeer, J. Nesbitt, N. Oikonomides, Washington, D. C., 2005.

*Catalogue of Byzantine Seals at Dumbarton Oaks and in the Fogg Museum of Art II*, edd. E. McGeer et al, Washington, D. C., 1994.

Cheyne, J.-Cl., „De Tziliapert à Sébastè“, 9 *Studies in Byzantine Sigillography*, 2006, 213–216.

*Chronicon Paschale I*, ed. L. Dindorf, Corpus Scriptorum Historiae Byzantinae 11, Bonna, 1832.

*Chronique de Michel le Syrien II*, trad. J.-B. Chabot, Paris, 1901.

*Constantine Porphyrogenitus, De Administrando Imperio I*, (New, Revised Edition), edd. Gy. Moravcsik, R. J. H. Jenkins, Corpus Fontium Historiae Byzantinae 1, Washington, D. C., 1967.

*Constantine Porphyrogenitus, Three Treatises on Imperial Military Expeditions*, ed. J. Haldon, Corpus Fontium Historiae Byzantinae 28, Wien, 1990.

*Constantini Porphyrogeniti imperatoris De cerimoniis aulae Byzantinae I*, ed. J. J. Reiske, Corpus Scriptorum Historiae Byzantinae 16, Bonna, 1829.

*Constantino Porfirogenito, De thematibus*, ed. A. Pertusi, Studi e Testi 160, Città del Vaticano, 1952.

*Corpus Iuris Civilis III, Novellae*, edd. R. Schoell, G. Kroll, Berolinum, 1928.

*Das Strategikon des Maurikios*, edd. G. Dennis, E. Gamillscheg, Corpus Fontium Historiae Byzantinae 17, Wien, 1981.

*Die byzantinischen Kleinchroniken I*, ed. P. Shreiner, Corpus Fontium Historiae Byzantinae 12/1, Wien 1975.

*Georgii Monachi Chronicon II*, ed. C. de Boor, Lipsia 1904.

*Georgius Cedrenus, Ioannis Scylitzae ope I*, ed. I. Bekker, Corpus Scriptorum Historiae Byzantinae 8, Bonna, 1838.

*Ioannes Lydus*, ed. I. Bekker, Corpus Scriptorum Historiae Byzantinae 29, Bonna, 1837.

*Ioannis Scylitzae Synopsis Historiarum*, ed. I. Thurn, Corpus Fontium Historiae Byzantinae 5, Berlin – New York, 1973.

*Iosephi Genesisii Regum Libri Quattuor*, edd. A. Lesmueller-Werner, I. Thurn, Corpus Fontium Historiae Byzantinae 14, Berlin – New York, 1978.

Jordanov, I., *Corpus of Byzantine Seals from Bulgaria I*, Sofia, 2003.

*Kitâb al-Masâlik wa'l Mamâlik*, ed. M. J. de Goeje, Bibliotheca Geographorum Arabicorum VI, Lugdunum Batavorum (Leiden), 1889.

*La Notitia dignitatum*, ed. C. Neira Faleiro, Nueva Roma 25, Madrid, 2005.

Laurent, V., „Bulletin de sigillographie byzantine 1930“, 6 *Byzantion*, 1931, 771–829.

*Le Liber Pontificalis I*, ed. L. Duchesne, Paris, 1886.

*Le traité sur la guérilla (De velitatione) de l'empereur Nicéphore Phocas (963–969)*, edd. G. Dagron, H. Mihăescu, Paris, 1986.

*Leonis Grammatici Chronographia*, ed. I. Bekker, Corpus Scriptorum Historiae Byzantinae 31, Bonna, 1842.

*Les listes de préséance byzantines des IX<sup>e</sup> et X<sup>e</sup> siècles*, ed. N. Oikonomidès, Paris, 1972.

*Maçoudi, Le livre de l'avertissement et de la revision*, trad. B. Carra de Vaux, Paris 1896.

*Nikephoros Patriarch of Constantinople, Short History*, ed. C. Mango, Corpus Fontium Historiae Byzantinae 13, Washington, D. C, 1990.

*Sacrorum conciliorum nova et amplissima colectio XI*, ed. J. D. Mansi, Florentia – Venetia, 1765.

Schlumberger, G., *Sigillographie de l'Empire byzantin*, Paris, 1884.

Seibt, W., Zarnitz, M.-L., *Das byzantinische Bleisiegel als Kunstwerk. Katalog zur Ausstellung*, Wien, 1997.

*Theophanes Continuatus, Ioannes Cameniata, Symeon Magister, Georgius Monachus*, ed. I. Bekker, Corpus Scriptorum Historiae Byzantinae 45, Bonna, 1838.

*Theophanis Chronographia I*, ed. C. De Boor, Lipsia, 1883.

*Theophanis Continuati Libri I–IV*, edd. M. Featherstone, J. Signes Codoñer, Corpus Fontium Historiae Byzantinae 53, Boston – Berlin, 2015.



Thierry, N., „Les enseignements historiques de l'archéologie cappadocienne“, 8 *Travaux et Mémoires*, 1981, 501–519.

*Three Byzantine Military Treatises*, ed. G. Dennis, *Corpus Fontium Historiae Byzantinae* 25, Washington, D. C, 1985.

Литература – Secondary Works

*A Greek-English Lexicon*, edd. H.-G. Liddell, R. Scott, (rev. H.-S. Jones et al.), Oxford, 1968.

Ahrweiler, H., *Byzance et la mer*, Paris 1966.

Antoniadis-Bibicou, H., *Études d'histoire maritime de Byzance. A propos du „Thème des Caravisiens“*, Paris, 1966.

Benešević, V. N., „Die Byzantinischen Ranglisten nach dem Kletorologion Philothei und nach jerusalemer Handschriften“, 5 *Byzantinisch-Neugriechische Jahrbücher*, 1926–1927, 97–167.

Bury, J. B., *A History of the Later Roman Empire from Arcadius to Irene (395 A.D. to 800 A.D.)* II, London – New York, 1889.

Bury, J. B., *A History of the Eastern Roman Empire from the Fall of Irene to Accession of Basil I (A. D. 802–867)*, London, 1912.

Cheyne, J.-Cl., „Du stratège de thème au duc : Chronologie de l'évolution au cours du XI<sup>e</sup> siècle“, 9 *Travaux et Mémoires*, Paris, 1985, 181–194.

*Constantine Porphyrogenitus, De Administrando Imperio* II, comm. by F. Dvornik et al., London, 1962.

Cosentino, S., „La flotte Byzantine face à l'expansion musulmane. Aspects d'histoire institutionnelle et sociale (VII<sup>e</sup>–X<sup>e</sup> siècles)“, 28 *Byzantinische Forschungen*, 2004, 3–20.

Ferluga, J., „Le clisure byzantine in Asia Minore“, 16 *Зборник радова Византолошког института*, 1975, 9–23.

Glykatzis-Ahrweiler, H., „Recherches sur l'administration de l'empire byzantine aux IX<sup>e</sup>–XI<sup>e</sup> siècles“, 84 *Bulletin de Correspondance Hellénique*, 1/1960, 1–111.

Grégoire, H., „Notes épigraphiques“, 8 *Byzantion*, 1933, 49–88.

Grēgoriou-Iōannidou, M., „Οι βυζαντινές κλεισούρες και κλεισουραρχίες“, 9 *Βυζαντικά*, 1989, 179–202.

Haldon, J., „Military Service, Military Lands, and the Status of Soldiers: Current Problems and Interpretations“, 47 *Dumbarton Oaks Papers*, 1993, 1–67.

Haldon, J. F., *Byzantium in the Seventh Century. The Transformation of a Culture*, Cambridge, 1997.

Honigmann, E., *Die Ostgrenze des Byzantinischen Reiches von 363 bis 1071 nach griechischen, arabischen, syrischen und armenischen Quellen*, Bruxelles, 1935.

Krsmanović, B., *The Byzantine Province in Change (On the Threshold Between the 10<sup>th</sup> and the 11<sup>th</sup> Century)*, Belgrade – Athens, 2008.

Krsmanović, B., „Beobachtungen zum *Taktikon Escorialense*“, 103 *Byzantinische Zeitschrift*, 2/2010, 605–637.

Malamut, É., *Les îles de l'Empire byzantin VIII<sup>e</sup>–XII<sup>e</sup> siècles I*, Paris, 1988.

Maksimović, Lj., „То Тактиκόν του Εσκοριάλ και οι αλλαγές της επαρχιακής διοίκησης στο Βυζάντιο“, *Βυζάντιο. Κράτος και Κοινωνία. Μνήμη του Νίκου Οικονομίδη* (edd. A. Avramea et al.), Athēna, 2003, 361–367.

Oiknomidès, N., „L'organisation de la frontière orientale de Byzance aux X<sup>e</sup>–XI<sup>e</sup> siècles et le Taktikon de l'Escorial“, *Actes de XIV<sup>e</sup> Congrès International des Études Byzantines I*, Bucarest, 1974, 285–302.

Oikonomidès, N., „L'évolution de l'organisation administrative de l'Empire byzantine au XI<sup>e</sup> siècle (1025–1118)“, 6 *Travaux et Mémoires*, 1976, 125–152.

*The Oxford Dictionary of Byzantium I–III*, edd. A. Kazhdan et al., New York – Oxford 1991.

Treadgold, W., *Byzantium and Its Army(284–1081)*, Stanford, CA, 1995.

Wiewiorowski, J., „Quaestor Iustinianus Exercitus – a Late Roman Military Commander?“, 93 *Eos*, 2006, 319–342.

Zuckerman, C., „Learning from the Enemy and More. Studies in "Dark Centuries" Byzantium“, 2 *Millennium*, 2005, 79–135.

*Η Μικρά Ασία των Θεμάτων*, edd. B. Blysidou et al, Athēna, 1998.

Максимовић, Љ., „Тематски војници у византијском друштву – прилог новом процењивању проблема“, 39 *Зборник радова Византолошког института*, 2001/2002, 25–49.

Острогорски, Г., *Историја Византије*, Београд, 1969.

Острогорски, Г., „Равенски егзархат и постанак византијских тема“, *Из византијске историје, историографије и просопографије, Сабрана дела Георгија Острогорског III*, Београд, 1970, 130–140.

Рајковић, М., „Област Стримона и тема Стримон“, 5 *Зборник радова Византолошког института*, 1958, 1–7.

Ферлуга, Ј., „Ниже војно-административне јединице тематског уређења. Прилог изучавању тематског уређења од VII до X века“, 2 *Зборник радова Византолошког института*, 1953, 61–98.

Цветковић, М., „Мерарх у тематској организацији од IX до XII века“, 50 *Зборник радова Византолошког института*, 1/2013 (*Mélanges Ljubomir Maksimović*), 215–234.

Цветковић, М., „Улога турми у стварању пограничног војно-управног система на истоку Византијског царства у IX и X веку“, *Ниш и Византија XII* (ур. М. Ракоција), Ниш, 2014, 591–599.

Цветковић, М., „Реформа византијског војно-територијалног уређења у доба Јустинијана II“, 53 *Зборник радова Византолошког института*, 2016, 17–46.

Цветковић, М., *Ниже јединице тематског уређења у Византији (9–11. век)*, Филозофски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017 (необјављена докторска дисертација).

**Miloš CVETKOVIĆ**

Research Associate, Institute for Byzantine Studies, SASA, Belgrade\*

**THE FOUNDATIONS OF THE MILITARY AND ADMINISTRATIVE  
ORGANIZATION OF THE BYZANTINE BORDERLANDS  
FROM THE 7<sup>TH</sup> TO THE 10<sup>TH</sup> CENTURY**

**Summary**

The great crisis that shook the Byzantine Empire in the early 7<sup>th</sup> century – caused by the Slavo-Avar invasion of the Balkans as well as the Persian and then Arab conquests in the East – led to a reform of the crumbling Late Roman military and administrative system. Hence Constantinople began to implement a militarized system of governance based on a new military-administrative form – the theme – as its fundamental element. Over the following centuries, themes went on to become the pillars of Byzantine defense as well as the starting point of future conquests. The entire military and civilian administration in them was subjugated to military commanders – the *strategoï*. However, the theme system was initially impossible to implement in its full capacity in the entire territory under Constantinople's control. Since they were exposed to frequent attacks of external enemies, in the borderlands of the territorial heart of the Byzantine Empire, more specifically on its frontiers in Asia Minor and the Balkans as well as in the Aegean Basin, a separate military defensive regime was implemented. It was made up of *kleisourai* in the continental part of the Empire and of units headed by *drougarioi* in island areas.

The first recorded *kleisourai* were formed in the late 7<sup>th</sup> century in the territory of Strymon and Cappadocia – territories traversed by important routes, which usually served as entryways for attacks of external enemies – Slavs and Bulgars in the Balkans and Arabs in the East. Over the ensuing centuries the military-administrative system implemented in the borderlands was gradually developed, mirroring the general trends in the evolution of the Byzantine thematic organization. The first half of the 9<sup>th</sup> century saw the establishment of a number of new themes and, consequently, the formation of several new *kleisourai*. As a result of Constantinople's more offensive anti-Arab policy, the second half of the 9<sup>th</sup> century brought a major territorial expansion and the shifting of the border military system to the East with the creation of a new network of *kleisourai*. Existing *kleisourai* consequently lost the characteristics

---

\* milos.cvetkovic@vi.sanu.ac.rs

of border districts and were raised to the rank of theme. Instead of establishing large and expansive themes, in the late 9<sup>th</sup> and early 10<sup>th</sup> century Constantinople began to implement a policy of forming smaller thematic districts. A similar tendency is apparent in the formation of new *kleisourai*. In the mid-10<sup>th</sup> century the system of *kleisourai* shifted further to the East. The waning of Arab military and political power in this period led to a new reform of the military system in the Byzantine borderlands. In this new military organization, which rested on the professional tagmatic army, the defensive units of *kleisourai* no longer played an important role. Hence no new ones were established, and existing *kleisourai* were transformed into themes. This process was completed in the second half of the 10<sup>th</sup> century.

Units headed by *drouggarioi*, however, played a role in securing sea routes in the Aegean Sea, which were important for the defense of Constantinople. Eighth- and ninth-century sources mention the *drouggarioi* of the Aegean Sea and the *drouggarioi* of the Dodecanese, who controlled southern Aegean islands; the powers of the latter were later inherited by the *drouggarioi* of Kolpos and then Kos. Instead of Aegean districts governed by the abovementioned *drouggarioi*, until the end of the 9<sup>th</sup> century the sources mention themes and *strategoï* of the Aegean Sea and Samos, which probably emerged as a result of the transformation of these units.

Unlike themes, according to the sources the *kleisourai* and units headed by the *drouggarioi* seem to have had a notably simplified structure of officials. The sources offer no information on their civilian organs and are also silent about what can provisionally be termed as the civilian competences of the offices of *kleisourarches* and *droungarios*, which bears evidence the extremely militarized character of the border system.

**Keywords:** *Byzantine Empire, Theme System, kleisoura, kleisourarchēs, droungarios.*



Милан МИЛУТИН\*

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

### О ДУЖНИЧКОЈ ДОЦЊИ У D.45.1.91.3

**Апстракт:** Различити начини дефинисања дужничке доцње углавном се свде на исто – скривљено неиспуњење утуживе престације о доспелости. И заиста, недвосмислено је да је дужничка доцња као концепт настала у интересу повериоца, односно у сврху његове заштите од противправног понашања дужника. Међутим, постоји ли могућност да је, уз све финесе процењивања дужничке доцње у класичном периоду, напротив, институт дужничке доцње некад посматран и као институт који постоји у интересу дужника? На први поглед, лако бисмо одрично одговорили на постављено питање. Неиспуњењем утуживе престације о доспелости дужник би падао у дужничку доцњу и погађале би га све правне последице њоме предвиђене. Међутим, постепеним издвајањем неиспуњења престације услед њене немогућности, из појма неиспуњења уопште, а касније и софистицираним диференцирањем скривљеног неиспуњења од било каквог узроковања неиспуњења, класични правници су утицали на то да правне последице простог закашњења у испуњењу лакше погађају дужника од ситуација у којима се умишљајно, намерно, понашао супротно савесности и поштењу. У прилог оваквом закључку, више од других аргумента, говори и значење израза *culpa* коришћеног у D.45.1.91.3.

**Кључне речи:** *mora debitoris*, *culpa*, *perpetuatio*, *Veteres*, D.45.1.91.3

#### 1. УВОД

Концепт дужничке доцње (*mora debitoris*) један је од најсложенијих у класичном облигационом праву. На то указују и класични правници, констатујући да је доцњу тешко дефинисати и да је питање доцње више ствар процене конкретних околности него примене правних правила.<sup>1</sup> Ипак, неретко су се романисти, макар за уцбеничке потребе, упуштали у овај подухват. Тако, може да се прочита да дужничка

---

\* Асистент, m.milutin@pf.uns.ac.rs

<sup>1</sup> А. Маленица, В. Цветковић-Ђорђевић, *Римско право: институти приватног права*, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2018, 177.

доцња настаје када дужник не исплати доспели дуг у целини или изврши делимичну исплату. Делимична исплата настаје када дужник не испуни своју обавезу у потпуности како са становишта количине, тако и квалитета.<sup>2</sup> Затим, дужничка доцња је дужничко противправно одуговлачење испуњења престације чији је рок доспео и на чију га је исплату поверилац опоменуо.<sup>3</sup> Дужничка доцња настаје када дужник својом кривицом, тј. без оправданог разлога, у време доспелости не испуни своју обавезу.<sup>4</sup> Неки, додуше с резервом, кривицу која је услов за настанак дужничке доцње, своде на намеру.<sup>5</sup> Други, пак, наглашавају издвајање немогућности испуњења престације у засебну категорију, и за њу не везују правне последице које се везују за дужничку доцњу.<sup>6</sup>

Различити начини дефинисања дужничке доцње углавном се своде на исто – скривљено неиспуњење утуживе престације о доспелости. И заиста, недвосмислено је да је дужничка доцња као концепт настала у интересу повериоца, односно у сврху његове заштите од противправног понашања дужника. Међутим, постоји ли могућност да је, уз све финесе процењивања дужничке доцње у класичном периоду, напротив, институт дужничке доцње некад посматран и као институт који постоји у интересу дужника? На први поглед, одговор је одричан, пре свега због чињенице да се падањем у доцњу дужников правни положај погоршава. Међутим, он се погоршава само у односу на правни положај у коме се дужник налазио пре падања у доцњу. Ако се, пак, (1) упореди правни положај дужника у доцњи са правним положајем дужника који је умишљајно своју престацију учинио немогућом, одговор, не само да више није недвосмислено одричан, већ би могао да буде и потврдан. И уже од тога, (2) да ли је на исти начин посматран дужник који је једноставно закаснио у испуњењу престације (при чему је вољан и даље да је испуни) и онај који није испунио престацију о доспелости и притом недвосмислено исказује намеру да је ни не испуни. Да ли је правни положај ове двојице дужника стављан у исту раван? Или прецизније: да ли би онај ко се бавио *вештином изналажења правичног решења у конкретном случају* правни положај ове двојице дужника изједначио? Да би се одговор на ово питање добио, неопходно је расветлити неколико претходних питања.

<sup>2</sup> *Ibid*, 178.

<sup>3</sup> Д. Аранђеловић, *Предавања из римског права*, Геца Кон, Београд, 1938, 221.

<sup>4</sup> А. Ромас, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet u Zagrebu, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Zagreb, 1981, 263.

<sup>5</sup> М. Kaser, *Roman Private Law*, Second edition, translated to English by Rolf Dannenbring, Butterworths, London, 1968, 160.

<sup>6</sup> М. Talamanca, *Istituzioni di diritto Romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1990, 654 и даље.



2. D.45.1.91.3 И *QUOTIENS CULPA INTERVENIT DEBITORIS, PERPETUARI OBLIGATIONEM*

Правници периода републике, или *Veteres* – стари (правници), како су их називали класични правници,<sup>7</sup> установили су правило да се због неиспуњења престације услед дужникове кривице (*culpa*) облигација претвара у трајну. Овим правилом старих правника бавио се правник Паул у једном чувеном фрагменту, из кога и ми сазнајемо став старих правника. Он, у делу који нас занима, гласи:

D.45.1.91.3 (*Paulus 17 ad Plautium*): *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo...*<sup>8</sup>

Услед дужникове кривице (*culpa*) облигација се претвара у трајну... У овом фрагменту, реч је, очигледно, о неиспуњењу престације услед кривице дужника. Неиспуњење престације које је узроковао поверилац или неко треће лице, као ни оно до ког је дошло случајем или вишом силом, није предмет овог фрагмента, због чега у овом раду неће бити размотрено.

Ова максима старих правника би, другим речима, значила да, ако услед дужникове кривице престација не буде испуњена, он није ослобађан обавезе.<sup>9</sup> Међутим, неколико занимљивих питања проистиче из овог правила. Да ли су стари правници правили разлику у примени овог правила у зависности од тога да ли је испуњење престације могуће и након доспелости? Да ли су правили разлику спрам околности услед којих

---

<sup>7</sup> S. Riccobono, jr., "Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano, sino all'età degli Antonini", *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 29/1962, 120, фн. 1.

<sup>8</sup> Следи да се погледа оно што су стари правници установили као правило, а то је да се услед дужникове кривице (*culpa*) облигација претвара у трајну, односно како то треба да се разуме. И тако је ако се утврдило да је промисор, који не може да изврши исплату, имао намеру да изврши замишљену исплату. Ако је уистину био у доцњи док је оклевао, али, ако касније не буде у доцњи, престаје претходна доцња. И Целз млађи пише да онај ко је задоцнио у предаји Стиха кога је обећао, може да очисти своју доцњу накнадном понудом... (Посебну захвалност за коначан текст превода, који је ушао у састав овог рада, дугујем свом ментору, проф. емеритусу др Антуну Маленици.)

<sup>9</sup> S. Riccobono, *op. cit.* 124.

је дужник узроковао неиспуњење? Уколико јесу, да ли је у те околности спадао и дужников субјективни однос према испуњењу престације? Шта се подразумева под термином *кривица (culpa)* у овом фрагменту?

Објашњење поменутог правила старих правника није лако: на то скреће пажњу и сам Паул са *quemadmodum intelligendum sit*. У ствари, испоставља се да је проблем сложен, и то не само са историјске тачке гледишта. Са историјске тачке гледишта, сложеност се огледа како у томе што је приписивост овог коментара Паулу под знаком питања, тако и у евентуалном постојању посткласичних и јустинијанских измена. Притом, наводне измене се односе како на мисао старих правника, тако и на Паулов коментар.<sup>10</sup> Међутим, деликатност самог питања, разноврсност његових појавних облика, као и постојање додирних тачака са другим правним установама, ипак намећу потребу за анализом и појашњењем проблема којим се бавио Паул указујући на правила старих правника и илуструјући их.<sup>11</sup> У примеру наведеном у поменутом фрагменту, лице А је обећало путем стипулације да достави роба Стиха лицу Б. Реч је, дакле, о правном послу који је заштићен помоћу *actio stricti iuris* која укључује облигацију на *certam rem dare*.

### 3. ДВЕ АЛТЕРНАТИВЕ НЕИСПУЊЕЊА О ДОСПЕЛОСТИ: НЕМОГУЋА И МОГУЋА ПРЕСТАЦИЈА

Узмимо за пример ситуацију у којој дужник узрокује пропаст ствари која је предмет престације. Уколико је промисор обећао ствар не знајући да је она дан раније била уништена, облигација ни не настаје у складу са правилом *impossibilium nulla obligatio est*, па тиме нема ни контрактне одговорности.<sup>12</sup> Ово нас, дакле, не занима. С друге стране, уколико до пропасти ствари дође након наступања доцње, примењују се правила о пооштреној дужниковој одговорности за пропаст ствари до које дође након наступања доцње. Ни ово није предмет нашег интересовања.

---

<sup>10</sup> Салваторе Рикобано (*Riccobono*) назива смелом не само сумњу у приписивост предметне максиме старим правницима, већ и у каснију сумњу у приписивост коментара „*quemadmodum intelligendum sit*“ Паулу. Он наводи да законодавни циљ компилатора сам по себи не даје за право да им се упућују екстравагантне историјске примедбе, без било каквог основа. Питање које је поставио Паул у сврху прецизирања вредности и значења предметног начела, делује, сматра Рикобано, надасве смислено и усклађено са методом класичних правника. Вид. S. Riccobono, *op. cit.* 121.

<sup>11</sup> S. Riccobono, *op. cit.* 121-122.

<sup>12</sup> *Dolus in contrahendo*, злонамерно закључивање облигације с немогућом престацијом, рађа одговорност, али је она деликтног карактера. За оба вид. А. Маленица, В. Цветковић-Ђорђевић, *op. cit.* 180.

У изложеном фрагменту реч је о другачијој ситуацији, тачније двома алтернативним ситуацијама. У једној од њих, након што је обећање дато, али пре него је време достављања доспело, Стих умире. Као последица тога, лице А је о доспелости у немогућности да задовољи захтев лица Б. *Impossibilium nulla obligatio est*, осим што чини да у случају почетне немогућности испуњења престације облигација не може ни да настане, значи и да немогућност настала након закључења уговора чини да се она гаси. Ово је у складу и са формално-логичким правилом да „мора“ подразумева „може“: ако лице А не може да испуни престацију, не може ни да буде у обавези да то учини.<sup>13</sup> Отуд и став Помпонија који каже:

D.46.3.107 (*Pomponius libro secundo enchirion*) *Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter: naturaliter veluti solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit...*<sup>14</sup>

Када је реч о стипулацији предаје одређене ствари, лице Б је могло да захтева да му буде додељен *condictio (certae rei)*.<sup>15</sup> Парница је дакле била уређена на следећи начин: „*Si paret Nm Nm A° A° Stichum servum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Nm Nm A° A° condemnato, si non paret absolvito*. Као прво, дакле, судија је морао да утврди да ли „се чини“ да лице А мора да преда роба Стиха лицу Б. Одговор је, јасно, одричан; јер лице не може да буде дужно да преда оно што не постоји. И облигација и *iudicium* су изгубили свој предмет. И друго: осуда је укључивала и процену новчане вредности датог предмета у време литисконтестације („*quanti ea res est*“).<sup>16</sup> У релевантном тренутку Стих је био мртав, а његова вредност нула. Као последица тога, лице А није могло да буде осуђено ни на који износ новца, а захтев лица Б је био осуђен на неуспех.<sup>17</sup>

Колико год овај исход деловао очигледан и непосредан, јасно је незадовољавајућ ако Стихова смрт може да се припише лицу А у кривицу. Заиста, било би супротно римској тежњи ка добром и правичном решењу

<sup>13</sup> R. Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, 784.

<sup>14</sup> Вербална облигација се гаси или природним или цивилним путем: природним се гаси или исплатом или пропашћу стипулисане ствари без кривице промисора у људским стварима...

<sup>15</sup> R. Zimmermann, *op. cit.* 784.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> M. Kaser, “Perpetuari obligationem”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 46/1980, 127 и даље.

да дужник угаси своју обавезу намерним (да ли чак и нехатним?<sup>18</sup>) уништењем предмета који је требало да преда. Када је требало да се позабаве овим проблемом, римски правници су прибегли једноставном и прагматичном средству: увели су фикцију. Ако је немогућност настала као последица дужникове чинидбе, сматрало се да предмет испуњења и даље постоји:

*Paul. Sent. 5.7.4: Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret: ideoque promissor aestimatione eius punitur...*<sup>19</sup>

Тумачећи овај навод Паулових Сентенција, може да се закључи да за наступање поменуте фикције није била неопходна умишљајна радња дужника усмерена на узроковање немогућности испуњења престације, већ сама чињеница дужниковог узроковања немогућности без обзира на његов психолошки однос према њој (дакле и нехат). Нешто раније, међутим, (у D.46.3.107) Помпоније наводи одсуство дужникове *кривице* као услов гашења облигације. Притом, отворено је питање који појам се крије иза израза кривица: умишљај, нехат или оба. Дакле, када је реч о немогућности испуњења престације, не постоји сагласност извора по питању релевантности утицаја дужниковог психолошког односа према њој, као чиниоца од ког зависи његова одговорност, као ни степен кривице који би се захтевао.

Иста дилема се јавља у алтернативној ситуацији у којој престација није испуњена о доспелости, али је и након доспелости могућа. Наиме, ако се вратимо на наш фрагмент, у коме стоји да се услед дужникове кривице (*culpa*) облигација претвара у трајну, остаје нејасно да ли се под кривицом подразумева било која дужникова чинидба која доводи до дужничке доцње (као што је случај у *Paul. Sent. 5.7.4*) или доцњу може да узрокује само умишљајно неиспуњење престације о доспелости. Дакле, ни ако је испуњење престације могуће, извори не пружају извештај одговор на питање основа дужникове одговорности.

Међутим, стари правници, као што може да се примети у D.45.1.91.3, ипак постављају питање да ли је промисор који није испунио престацију, имао намеру да је испуни. Дакле, из неког разлога, они су водили рачуна о околностима услед којих је дошло до неиспуњења престације, нарочито о субјективном односу дужника према неиспуњењу. Која је релевантност овог питања? Да ли из чињенице да су га поставили

<sup>18</sup> Питање који све облици кривице су потпадали под термин *culpa* у предметном фрагменту биће отворено у наставку.

<sup>19</sup> Када чинидбом промисора стипулисана ствар пропадне, може да се подигне тужба из стипулације, као да ствар и даље постоји: стога је на плаћање њене вредности осуђен...

може да се закључи да су се ипак разликовале правне последице неиспуњења престајације уколико до њега дође због тога што он није ни имао намеру да је испуни у односу на неиспуњење престајације услед простог закашњења? Да ли су у том случају наступале неке строже правне последице од последица које везујемо за дужничку доцњу? Да би на ова питања могао да се пружи што поузданији одговор, неопходно је извршити анализу сложених питања која проистичу из овог фрагмента, а која га чине посебно занимљивим.<sup>20</sup> Најважније међу њима јесте - шта се подразумевало под изразом *culpa* формулацији старих правника?

#### 4. *CULPA* У ФОРМУЛАЦИЈИ СТАРИХ ПРАВНИКА

По теорији пандектног права, која се заснива на ставовима римских правника, за постојање одговорности за штету, било да је она уговорна или деликтна, било је потребно неколико претпоставки.<sup>21</sup> Једна од њих била је и кривица, *culpa*.

<sup>20</sup> Овај текст био је изложен озбиљној критици. Око њега се развила живописна расправа, нарочито у вези са изразом *culpa*: A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo: das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II-1, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1900, 132 ss; O. Gradenwitz, „Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 34/1913, 259 ss; E. Genzmer, „Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 44/1924, 99 ss, 118 ss; M. Kaser, „Voce „Mora““, *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, 31/1933 (W. Kroll), 260 ss; M. Kaser, *Quanti ea res est: studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, Beck, München, 1935, 92 ss; H. Niedermeyer, „Studie zu wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus“, *Festschrift Fritz Schulz*, I, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1951, 448 *et passim*; M. Sargenti, „Problemi della responsabilità contrattuale. I - Ricerca di un criterio obbiettivo di responsabilità; caso fortuito; forma maggiore; custodia“, *Studia et documenta historiae et iuris*, 20-21/1954-1955, 162, 172 ss; A. Guarneri Citati, „Contributi alla dottrina della mora“, *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 11/1923, 230; E. Betti, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano (Anno Accademico 1957-58)*, Edizioni Ricerche, Roma, 1958, 8 ss, 15; T. Mayer-Maly, „Perpetuatio obligationis: D.45.1.91“, *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, 7/1956, 17 ss; S. Riccobono, *op. cit.* 121.

<sup>21</sup> (1) да постоји штета (противправно умањење имовине до ког је дошло или повредом неке већ постојеће обавезе (контрактна штета) или извршењем деликта (деликтна штета));

(2) да постоји штетна радња (или пропуштање);

(3) да између штетне радње и штете постоји узрочна веза (каузални нексус), у раније време непосредна, а касније и посредна;

(4) да је радња односно штета противправна и, коначно,

*Culpa*<sup>22</sup> (лат. грешка, непажња, кривица) представља израз који има тројно значење. С једне стране, може да означава кривицу уопште, независно од субјективног односа учioniоца према сопственом делу и наступелој последици, тј. независно од тога да ли је реч о умишљају или нехату. С друге стране, израз је коришћен и за вољну чинидбу, односно на појединим местима није најјаснија граница између ње и *dolus*-а, (намере, умишљаја).<sup>23</sup> На послетку, она може да подразумева различите облике и интензитета кривице за које је заједничка карактеристика да потичу из немарности или пропуста дужне пажње, услед чега одговорно лице није предвидело наступање штетних последица, премда је требало и могло да их предвиди.<sup>24</sup>

Дакле, једна од претпоставки одговорности за штету била је и да је учинилац штете крив за њен настанак, односно, за понашање које се може окарактерисати као долозно или кулпно. Овај последњи захтев за одговорност није постојао у најстаријем периоду, када је одговорност постојала већ због саме чињенице проузроковања, без обзира на субјективан однос према делу. Тада је, дакле, постојао систем каузалне или објективне одговорности. То гледање римско право је постепено напуштало. Одговорност за кулпу почела је да се развија у класично доба, да би се у посткласичном периоду се прешло на систем субјективне или кулпозне одговорности, код које се кривица сматра битном претпоставком одговорности за штету. Одговорност за кулпу до краја је изграђена у Јустинијановом праву, које је и дефинитивно напустило објективну одговорност за штету и потпуно прешло на начело субјективне одговорности.<sup>25</sup> С обзиром на то, у Јустинијановом праву нема

---

(5) да је учинилац штете одговоран за њу или, другим речима, крив (дакле, одговоран за понашање које се може окарактерисати као долозно или кулпно). А. Ромас, „Naknada štete“, *Rječnik rimskog prava*, (А. Ромас), Zagreb, 1989а, 225.

<sup>22</sup> *Culpa* (названа такође и *negligentia, imperitia*) блажи је облик кривице од долуса, који значи намерно и свесно наношење штете. Вид. А. Ромас, „Culpa“, *Rječnik rimskog prava*, (А. Ромас), Zagreb, 1989b, 85-86.

<sup>23</sup> S. Riccobono, *op. cit.* 125.

<sup>24</sup> А. Ромас, (1989b), 85-86.

<sup>25</sup> По том праву, кулпа има неколико степени: 1) *culpa lata* (груба непажња), која постоји када се не употреби онај степен пажње који показује сваки просечан човек (*culpa lata est nimia negligentia, id est non intelligere, quod intelligis omnes*). У Јустинијановој кодификацији изражено је правило да се за тај степен кривице увек одговара, јер је интензитет ове непажње изједначен са долусом (*culpa lata plane dolo aequiparatur*); 2) *culpa levis in abstracto*, лак облик непажње. Мерило по ком се утврђује да ли је у сваком конкретном случају постојала ова непажња јесте понашање апстрактно замишљеног уредног патерфамилијаса (*diligens – bonus – pater familias*); 3) *culpa levis in concreto*, који спада у још блажи степен кривице, јер се као мерило за оцену постојања кулпе, а тиме и одговорности узима онај степен пажње коју односно

одговорности за штету која је настала случајем (*casus*), осим делом код кустодије (*custodia*).<sup>26</sup>

Одговорност за штету насталу повредом уговорних односа, какав је уосталом и однос у фрагменту који је предмет ове анализе, дуго је решавана од случаја до случаја, дакле без одређеног начела, све док није поткрај класичног раздобља изграђено тзв. утилитетно начело, по ком се као критеријум за постојање одговорности узима један од степена кривице (*dolus – culpa lata – culpa levis in abstracto – culpa levis in concreto*), зависно од тога да ли странка која је узроковала штету има користи од односног правног посла. При томе је странка која се правним послом окористила одговарала строже (тј. чак и за лакши, блажи облик кривице), док је она која није имала користи одговарала блаже<sup>27</sup> (тј. само за тежи облик кривице).<sup>28</sup> Све у свему, о примени утилитетног начела нема говора у време када су стари правници установили правило које је предмет ове анализе.

Када је реч о оштећењу туђе ствари (*damnum iniuria datum*)<sup>29</sup> вредело је правило да се одговара и за најмању непажњу (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*).<sup>30</sup> Међутим, како је у нашем примеру реч о

---

лице показује за своје сопствене ствари и интересе (*diligentia quam in suis rebus*). По том критеријуму значајно ублажене кривице одговарају лица која управљају туђом имовином и у свом и у туђем интересу, нпр. муж у вези са миразом, тутор и куратор, те ортак код *societas*; 4) *culpa in eligendo*, поштрени облик одговорности особа које се при обављању одређених послова користе радом и услугама намештеника и помоћника. Овде се, наиме, узима да су послодавци криви за све штете које потичу из неспособности њима подређених лица, јер су били немарни приликом њиховог избора за тај посао. Вид. А. Ромас, (1989b), 85-86.

<sup>26</sup> А. Ромас, (1989a), 225.

<sup>27</sup> Тако је, нпр., комодант, који од правног посла није имао користи, одговарао само за долус (томе је касније додата и одговорност за *culpa lata*), док је, напротив, комодатар, који од посла има корист, одговарао и за најблажи облик кривице (*culpa levis in abstracto*), а у класично доба чак и за кустодију (*custodia*). А. Ромас, (1989a), 225.

<sup>28</sup> Утилитетно начело није било до краја и посвуда доследно спроведено, па је, нпр. у неким случајевима одговарала строже странка која од посла није имала користи (мандатар, *negotiorum gestor*). А. Ромас, (1989a), 225.

<sup>29</sup> У подручју деликтне одговорности треба рећи да је нехат ретко долазио у обзир, јер је код свих јавних деликата (*crimina*), а и код претежне већине приватних (*delicta privata*), вредело правило да се одговара само за долус. А. Ромас, „*Culpa Aquiliana*“, *Rječnik rimskog prava*, (А. Ромас), Zagreb, 1989c, 86.

<sup>30</sup> Отуд израз *culpa Aquiliana* (лат. непажња, грешка, кривица и *Aquilianus* – аквилијански), непажња у смислу Аквилијевог закона, тј. мали степен непажње. А. Ромас, (1989c), 86.

контрактној одговорности, осим овог осврта, неће бити даљег задржавања на деликтној.

Дакле, у том се проблему две доктрине боре за свој простор. Прва (објективна) одговорним сматра дужника, када је испуњење трајно или привремено онемогућено радњом која је њему физички приписива, независно од његовог психичког односа према њој.<sup>31</sup> Друга (субјективна), управо због тога што о одговорности може да се говори, захтева психичко учешће учиниоца радње, тј. однос према радњи по основу *dolus*-а или *culpa*-е.<sup>32</sup>

И ту настаје проблем: шта мора да се намерава за настанак *culpa*-е у нашем примеру? Израз у савременој догматици своди се на један од критеријума око којих се изражава уговорна одговорност, поред *dolus*-а. Док *dolus* наговештава намеру, *culpa* указује једноставно на нехат, непажњу, немар.<sup>33</sup> Да ли је двојац *dolus-culpa* присутан у римском праву? Неки искључују могућност да да је о кулпи у савременом смислу могло да се разговара у оквиру класичног права, али да је било познато једно другачије, шире, значење: значење узрочне везе између штетне радње и штете.<sup>34</sup>

Да бисмо могли да решимо питање значења израза *culpa* сматрамо корисним да приметимо следеће. У тексту Паул примећује да, према ставу старих правника, сваки пут када дође до дужникове *culpa*-е, облигација постаје трајна и стога се, како примећује Рикобоно,<sup>35</sup> прелази на испитивање хипотезе неиспуњења и накнадно хипотезе доцње.<sup>36</sup>

Приближавање ових двају случајева, апсолутног неиспуњења и доцње, учињено од стране овог правника из доба Севера, изгледа веома логично и неопходно када се узму у обзир циљ и природа облигације: оно за циљ има да повериоцу зајемчи испуњење престације. Стога, када дође до немогућности испуњења престације, редовно испуњење више неће бити могуће. Каква ће онда да постане будућа судбина облигације? При

<sup>31</sup> M. Sargenti, *op. cit.* 166.

<sup>32</sup> S. Riccobono, *op. cit.* 122. Вид. такође: E. Genzmer, *op. cit.* 86 ss.; A. Montel, *La mora del debitore. Requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano*, Cedam, Padova, 1930, 159 ss. (са опширном литературом о објективној и субјективној теорији); E. Betti, (1957-58), 8 ss.

<sup>33</sup> S. Riccobono, *op. cit.* 123.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Из овога може да се закључи да је већ за старе правнике, а тим пре за класичне, реч о два одвојена питања. Прво се односи на то да ли је уопште реч о неиспуњењу престације, а друго на околности неиспуњења, односно на питање да ли је реч о доцњи или не. Последице, одговор на наше питање био би потврдан: није свако неиспуњење престације услед дужникове кривице – доцња.



одговарању на ово питање, долази до изражаја разлика између двеју хипотеза немогућности испуњења престације: апсолутне и привремене; немогућности (привремене и апсолутне) услед вољног чињења дужника или услед невољног.<sup>37</sup>

Неопходно разликовање између горепомнутих хипотеза било је, вероватно, размотрено и од стране старих правника, који су приметили да није увек немогућност испуњења престације могла да доведе до престанка облигационог односа. Штавише, с њихове тачке гледишта, правна веза – на коју је и сам Паул ставио нагласак – не престаје, већ, напротив, опстаје (*perpetuatio*), упркос немогућности испуњења, кроз две хипотезе: у случају немогућности испуњења, насталог вољним чињењем дужника (*effecerit quominus, etc.*) пре повериочевог позива да дужник испуни престацију, и у случају немогућности испуњења до које је дошло након дужниковог вољног кашњења.<sup>38</sup> Први смо размотрили, док се другим случајем, пошто је у њему немогућност наступила након доспелости, у овом раду нећемо бавити.

Приписати јустинијанско или савремено значење (нехата, непажње, немара) изразу *culpa*, уместо значење вољне чинидбе значило би не хтети узети у обзир историјски чинилац и чинилац еволуције израза и правних концепата.<sup>39</sup> Узимајући у обзир и историјски чинилац, сматрамо, због горепомнутих разматрања, да је у D.45.1.91.3 израз *culpa* имао значење, вољне чинидбе,<sup>40</sup> док је израз *perpetuatio* указивао једноставно на неуспело ослобођење обавезе. Максима коју су формулисали стари правници звучала би, стога, овако: кад год дужникова вољна чинидба доведе до апсолутне или привремене немогућности испуњења престације, он није ослобађан обавезе.<sup>41</sup> Наравно, у случају (апсолутне) немогућности испуњења престације, обавеза није остајала иста, већ се претварала у обавезу накнаде штете, али то не мења суштину овог правила.

На основу таквог тумачења изгледа смислено позивање на испуњење и следствена сумња у вези са доцњом. У ствари, ако је ово начело, како примећује Паул, очигледно у случају неиспуњења узрокованог од стране дужника, не важи исто и за случај доцње праћене

<sup>37</sup> S. Riccobono, *op. cit.* 123.

<sup>38</sup> *Ibid*, 123-124.

<sup>39</sup> *Ibid*, 125.

<sup>40</sup> Вид. E. Betti, (1957-58), 16. Романистичка доктрина признаје да *culpa*, уопштено гледано, упућује на вољност понашања са са значењем које укључује долус и кулпу у строжем смислу. Edoardo Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Edizioni Ricerche, Roma, 1961, 127; Antonio Guarino, *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli, 1963, 580. Наведено према S. Riccobono, *op. cit.* 124, фн. 9.

<sup>41</sup> S. Riccobono, *op. cit.* 124.

понудом за испуњење.<sup>42</sup> Понуда испуњења је уистину супротна вољи да се не испуни облигација.<sup>43</sup>

## 5. ЗАКЉУЧАК

Стари правници су, по свему судећи, разликовали неиспуњење престације услед немогућности њеног испуњења и неиспуњење након ког је испуњење још увек могуће. На томе, као што смо видели, инсистира и Марио Таламанка (*Talamanca*).<sup>44</sup> И не само то, водили су рачуна о околностима услед којих је дошло до неиспуњења, и то посебно о дужниковом субјективном односу према испуњењу престације. Као што смо видели, под изразом *кривица (culpa)* у овом фрагменту подразумева се умишљајан однос према неиспуњењу престације, и то како код узроковања немогућности испуњења, тако и код намерног задоцњења у испуњењу. Овакав став, међу поменутих ауторима, посебно је подвлачио Макс Казер (*Kaser*), а дели га и Рикобоно.<sup>45</sup>

Наведени закључци важни су због тога што нас усмеравају у покушају да одговоримо на основна питања постављена у овом раду. Дужничка доцња као концепт, речено је, настала је у интересу повериоца, односно у сврху његове заштите од противправног понашања дужника. Међутим, постоји ли могућност да је, уз све финесе процењивања дужничке доцње у класичном периоду, напротив, институт дужничке доцње некад посматран и као институт који постоји у интересу дужника? Да није закључака до којих смо дошли, лако бисмо одрично одговорили на постављено питање. Неиспуњењем утуживе престације о доспелости дужник би падао у дужничку доцњу и погађале би га све правне последице њоме предвиђене. Међутим, постепеним издвајањем неиспуњења услед немогућности испуњења, а касније и софистицираним диференцирањем скривљеног неиспуњења од било каквог узроковања неиспуњења, класични правници су утицали на то да правне последице простог закашњења у испуњењу лакше погађају дужника од ситуација у којима се умишљајно, намерно, понашао супротно савесности и поштењу. Онај ко се бавио *вештином изналажења правичног решења у конкретном случају* то је свакако имао у виду.

---

<sup>42</sup> Н. Niedermeyer, *op. cit.* 406 фн. 1; Т. Mayer-Maly, *op. cit.* 18.

<sup>43</sup> S. Riccobono, *op. cit.* 124-125.

<sup>44</sup> М. Talamanca, *op. cit.* 654 и даље.

<sup>45</sup> М. Kaser, (1968), 160.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

### Литература:

Аранђеловић, Д., *Предавања из римског права*, Геца Кон, Београд, 1938.

Маленица, А., Цветковић-Ђорђевић, В., *Римско право: институти приватног права*, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2018.

Betti, E., *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano* (Anno Accademico 1957-58), Edizioni Ricerche, Roma, 1958.

Gradenwitz, O., „Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 34/1913, 255-274.

Guarneri Citati, A., „Contributi alla dottrina della mora“, *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 11/1923, 161-328.

Kaser, M., „Perpetuari obligationem“, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 46/1980, 87-146.

Kaser, M., *Quanti ea res est: studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, Beck, München 1935.

Kaser, M., *Roman Private Law*, Second edition, translated to English by Rolf Dannenbring, Butterworths, London, 1968.

Kaser, M., „Voce „Mora““, *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, 31/1933 (W. Kroll).

Mayer-Maly, T., „Perpetuatio obligationis: D.45.1.91“, *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, 7/1956, 6-23.

Montel, A., „La mora del debitore. Requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano“, *Studi di diritto privato italiano e straniero da Mario Rotondi*, Cedam, Padova, 1930.

Niedermeyer, H., „Studie zu wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus“, *Festschrift Fritz Schulz*, I, Hermann Böhlhaus Nachfolger, Weimar, 1951, 399-457.

Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo: das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II-1, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1900.

Riccobono, S. jr., „Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano, sino all'età degli Antonini“, *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 29/1962, 105-458.

Romac, A., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet u Zagrebu, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Zagreb, 1981.

Romac, A., *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, 1989.

Sargenti, M., „Problemi della responsabilità contrattuale. I - Ricerca di un criterio obiettivo di responsabilità; caso fortuito; forma maggiore; custodia“, *Studia et documenta historiae et iuris*, 20-21/1954-1955, 125-161.

Talamanca, M., *Istituzioni di diritto Romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1990.

Zimmermann, R., *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

#### Извори:

D.45.1.91.3 (према тексту Т. Momзена и П. Кригера објављеном у Берлину 1870. године)

D.46.3.107 (према тексту Т. Momзена и П. Кригера објављеном у Берлину 1870. године)

*Paul. Sent. 5.7.4* (према J. Baviera, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, II, Firenze, 1968, pp. 386-417.)

**Milan MILUTIN**

Teaching Assistant, Faculty of Law University of Novi Sad

### **ON MORA DEBITORIS IN D.45.1.91.3**

#### **Summary**

Various definition attempts of *mora debitoris* usually amount to one – intentional breach of enforceable prestation upon due date. Undoubtedly, *mora debitoris* as a concept was established in the interest of the creditor, for the purpose of his protection against illegal behaviour of the debtor. However, is there a possibility that, having in mind the finesse with which *mora debitoris* was assessed in the classical period, the institute of *mora debitoris* was, on the contrary, sometimes viewed as one existing in the interest of the debtor? At first glance, it would be easy to respond negatively to the question raised. The debtor would, having intentionally breached an enforceable prestation upon due date, cause *mora debitoris* and face all the consequences it carries. However, gradually separating breach of contract caused by impossibility of performance from breach of contract in general, as well as the sophisticated differentiation between intentional breach and one caused by debtor in another manner, classical jurists contributed the outcome in which the debtor was less affected by the legal consequences of mere delay in performance than the situations in which he intentionally acted contrary to the principle of *bona fides*. What speaks in favour of this conclusion, more than other arguments, is the meaning of the term *culpa* used in D.45.1.91.3.

**Key words:** *mora debitoris*, *culpa*, *perpetuatio*, *Veteres*, D.45.1.91.3



мс Уна ДИВАЦ\*

Правни факултет Универзитета у Београду

## АТИНСКЕ ДЕМЕ У СВЕТЛУ СУДСКИХ БЕСЕДА

**Апстракт:** Највећи допринос настанку и развоју атинске демократије дали су Солон и Клистен својим реформама: први јој је поставио темеље, а други ју је уобличио до краја. Захваљујући њима, власт у Атини је заиста прешла из руку богате мањине у руке обичног народа. Један од битнијих исхода Клистенових реформи који је то омогућио је прелазак са персоналног на територијални начин организовања државе и стварање дема – античких општина. У раду се разматра њихово уређење, улога и значај, првенствено кроз анализу сачуваних судских беседа.

**Кључне речи:** *Клистен, реформе, дема, демократија, античка Атина.*

### 1. КЛИСТЕНОВЕ РЕФОРМЕ

Прве информације о озбиљнијем покушају територијалног организовања Атике долазе од Аристотела. Он спомиње како је Клистен својим реформама 508/507. г. пре н.е. изделио целокупно становништво на десет племена (фила), уместо ранија четири племена,<sup>1</sup> а затим је сву територију државе организовао у 30 области – тритија<sup>2</sup>: десет приобалних, десет градских и десет копнених. Свако племе је стекло право да заузме по три тритије. Коначно, сваку тритију је изделио на дема, укупно 139 њих,<sup>3</sup> које су постале основна и најмања територијална јединица Атике.<sup>4</sup> Извесно је да је и пре Клистенових реформи постојао неки начин организовања грађана Атине, но те заједнице су настајале пре свега на персоналној, а не територијалној основи, и нису биле систематски и правно организоване у оној мери у којој су биле након Клистена.

---

\*Сарадник у настави, [una.divac.93@gmail.com](mailto:una.divac.93@gmail.com)

<sup>1</sup> *Aristot. Const. Ath. (Устав атинску) XXI 2, Herodotus V 69.*

<sup>2</sup> M. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, University of Oklahoma Press, Norman 1991, 48.

<sup>3</sup> *Ibid*, 34., J. Traill, *The Political Organization of Attica*, American School of Classical Studies at Athens, Princeton, New York 1975, 81, D. Phillips, *The Law of Ancient Athens*, The University of Michigan Press, Ann Arbor 2013, 6.

<sup>4</sup> *Aristot. Const. Ath. XXI 4.*

Пре његових реформи, најзначајније групације биле су четири племена (филе), која су се састојала од братстава (фратрија) и родова (генсова), у којима се припадност тј. чланство искључиво стицало по персоналном, наследном принципу. Захваљујући томе, аристократски генсови и фратрије су дуги низ година држали монопол власти у Атини.

Поред споменутих заједница, у изворима се спомињу и такозване наукарарије на челу са наукарарима,<sup>5</sup> које су постојале још у периоду пре Солона и које су наводно замењене Клистеновим демама са демарсима. Није сасвим разјашњено по ком принципу су наукарарије формиране (територијалном или персоналном), а није сасвим јасна ни њихова функција, осим да су настале из одређених фискалних разлога. С обзиром на њихов назив, могуће је да су наукарарије формиране да би носиле финансијски терет одржавања или изградње бродова. Могло би се претпоставити ипак да су овлашћења наукарара и функција наукарарија били шири, јер *Устав атински* наводи да су демарси имали исте дужности као и наукарари које су заменили, а познато је макар да су демарси имали много шири обим надлежности од чисто фискалне.

Драконовим и Солоновим реформама у 7. и 6. веку пре н. е. задат је први ударац родовско-племенској организацији државе и постављен је темељ за настанак демократске републике.<sup>6</sup> Трансформацију је довршио Клистен<sup>7</sup> који је, у жељи да разбије владавину аристократије и да власт приближи свим грађанима, као основни критеријум политичког организовања поставио територију, а не крвне везе. У тренутку настанка дема, грађани су уписивани у ону дему на чијем тлу су се затекли и њен члан су остајали до краја живота, као и сви њихови потомци, без обзира на то да ли су се преселили у неку другу дему у неком моменту или не. На овај начин дошло је до мешања људи из различитих родова и братстава и они су били принуђени да се окрену својим суграђанима с којима нису у крвном сродству и да са њима формирају малу политичку заједницу у оквиру заједничке деме. Тако усмерени једни на друге, убрзо су припадност деми узимали као најважнији критеријум за одређивање идентитета појединца, као и утврђивање да ли је неко подобан да буде носилац грађанског статуса. То се најбоље види по томе што су сви

<sup>5</sup> *Aristot. Const. Ath. XXI 5*, Н. Liddell, R. Scott, *An Intermediate Greek-English Lexicon*, Clarendon Press, Oxford 1889, под „наукарарос“.

<sup>6</sup> С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 107.

<sup>7</sup> *Isocrates (Areopagiticus) VII 16*.



атински грађани<sup>8</sup> поред свог личног имена и имена свог оца обавезно додавали и демотикон – ознаку деме из које су потицали.<sup>9</sup>

Општеприхваћено је да је атинских конститутивних дема било 139,<sup>10</sup> мада су постојале потешкоће да се из извора извуку прецизни подаци, јер су многи антички писци демама називали и оне површине које то нису биле, као нпр. обично село или варош.<sup>11</sup> Могуће је да се још за време Солона усталио назив „дема“ као неформална ознака за заједницу становника<sup>12</sup> чији је центар животних активности фокусиран у једном насељу, па је тај назив касније преузет за Клистенове територијалне јединице, а антички писци су по инерцији наставили да користе појам „деме“ за сваки вид територијалне заједнице грађана, била она конститутивна дема или не. Чињеница је да су границе дема често биле природне и обухватале су неке постојеће целине, као нпр. село са његовом околином, али некада су границе биле вештачки стваране, поготово кад су биле у питању градске деме, где нема природних међа (ту су вероватно неке веће улице служиле као индикатор границе).<sup>13</sup>

Питање је да ли су границе дема ипак биле обележене на неки начин. Сачувано је јако мало камена-међаша (*horos*),<sup>14</sup> те је неизвесно да ли је њихово постављање било општеобавезно, па само нису сачувани, или је ипак било спорадично. Могуће је да је приликом настанка дема било допуштено грађанима који су живели у граничним областима да одаберу у коју дему ће се уписати (узимајући у обзир центар које деме је био ближи њиховом поседу, у којем месту се налазио фокус њихових животних активности и сл.), па су на тај начин границе између неких поседа постале границе између самих дема. Стиче се утисак да су границе на неким местима биле само отприлике одређене, што онда повлачи веома интересантно питање да ли је икад долазило до спорења дема око тога где

<sup>8</sup> Под тиме се, наравно, подразумевају само слободни, пунолетни мушкарци који су уписани у регистар својих дема као грађани.

<sup>9</sup> *Demosthenes XXXIX (C. Boeotus I) 9, Plato Laws VI 753c*; примери имена су бројни, а неки од њих су: *Aeschines I (C. Timarchus) 41, 43, 56, 63, Aristophanes Birds 639, Peace 173, Dem. XXI (C. Midias) 62, 103* итд. Више о демотикону вид. D. Whitehead, *The demes of Attica, 508/7-ca. 250 B.C.*, Princeton University Press, New Jersey 1986, 69-75.

<sup>10</sup> Под конститутивним демама се подразумевају оне које су уведене Клистеновим реформама. Од краја 4. века пре н. е. број племена и дема се мењао у пар наврата. Детаљније о броју дема, називима и величини вид. D. Whitehead, *op.cit.* 16-25., као и комплетну студију дема коју је спровео J. Traill, *op.cit.*

<sup>11</sup> J. Traill, *op.cit.* 73.

<sup>12</sup> *Demos* – народ.

<sup>13</sup> У неким изворима градске деме се називају „коме“, а сеоске обично „деме“: *Isocr. VII (Areopagiticus) 46*.

<sup>14</sup> D. Whitehead, *op.cit.* 28.

је чија граница, а самим тим и докле се простире надлежност једне, а где почиње надлежност друге деме. То је посебно занимљиво када се узме у обзир да су деме могле да буду власници земље, рудника и осталих природних ресурса.<sup>15</sup>

## 2. ЗНАЧАЈ И УЛОГА ДЕМА

Идеја Клистенових реформи је била, дакле, да се власт преда у руке целокупном народу, а не да влада само аристократија. Осим што је територијално изделио Атику и становништво, Клистен је формирао и веће Буле – један од најзначајнијих органа демократске републике Атине,<sup>16</sup> за који су се чланови на специфичан начин бирали управо по демама. Из тих разлога је неопходно детаљније размотрити какву и колику улогу су имале деме у политичком, али и свакодневном животу полиса.

Значајно питање је и шта је све потпадало под надлежност једне деме и како су деме биле устројене: да ли су закони прописивали функционисање дема до најситнијих детаља или су ипак постављали само оквир за њихов изглед и рад, а саме деме су могле даље да уређују детаље. Овде је потребно пазити се генерализовања, пошто све информације које постоје о демама долазе највише из судских беседа и појединачних епиграфских натписа (најчешће одлука дема) које спорадично пружају податке тек о понекој деми. Било би прилично смело извући неке опште закључке и тврдити да су одређена правила важила за свих 139 дема само на основу једног натписа или једне беседе. Треба имати на уму и да су различите деме (приобалне, градске и сеоске) имале различите потребе и проблеме, те је извесно да нису у свима постојали исти локални функционери, као ни важила иста правила.

На основу извора, може се рећи да су деме као своју најважнију улогу имале вођење регистара грађана (а с тим у вези и неких других спискова), а затим вођење спискаседа на својој територији (што је било посебно битно због опорезивања и литургија). Осим тога, деме су имале значајну улогу и у избору вршиоца власти, као и религијском животу полиса.

### 2.1 Регистар грађана

Најважнија улога дема била је да контролише ко све има статус грађанина, а услов за његово стицање добијао се уписивањем у регистар

---

<sup>15</sup> А. Harrison, *The Law of Athens I*, Clarendon Press, Oxford 1968, 235, Р. Manville, *The Origins of Citizenship in Athens*, Princeton, New Jersey 2014, 108.

<sup>16</sup> *Aristot. Const. Ath.* XXI 3, XLIII 2-5.

грађана (*lexiarchikon grammateion*).<sup>17</sup> Бити грађанин је носило са собом бројна права и привилегије, тако да не чуди што су многи покушавали да се путем преваре и подмићивања упишу у списак грађана. Једино су грађани имали пуна политичка права, тј. да активно и пасивно учествују у вршењу власти,<sup>18</sup> а потом и низ других права недоступних странцима, као нпр. поседовање земље,<sup>19</sup> пуноправно учешће на фестивалима,<sup>20</sup> добијање јефтиног или чак бесплатног жита за време криза итд.<sup>21</sup> Пре Перикла, статус грађанина добијао је свако ко је био пунолетан, рођен слободан и коме је отац грађанин, међутим после Перикловог закона 451. г. пре н.е. услови су пооштрени,<sup>22</sup> те је било потребно да су и мајка и отац атински грађани. Тај закон је мало флексибилније примењиван у периоду након Пелопонеског рата, вероватно због тога што је становништво било десетковано, па је постојала потреба да се број грађана надомести. Међутим 403/2. г. пре н.е. био је поново на пуној снази и поштовао се кроз цели 4. век пре н.е.<sup>23</sup>

Свака дема је имала свој регистар грађана који је чувао демарх. Чини се да се није могло уписати у дему било кад у току године, већ да се скупштина деме састајала наменски за то у тачно одређеном периоду, о чему наговештаје добијамо из Демостенових и Исејевих судских говора. Могуће је да је то било негде у јуну или јулу.<sup>24</sup> То би имало смисла, поготово кад се узме у обзир да су Атињани као први месец у години рачунали јул<sup>25</sup> – тада је почињао једногодишњи мандат свих магистрата и

<sup>17</sup> *Isocr. VIII (On the Peace) 88, Харпократион* “λεξιαρχικὸν γραμματεῖ ἔνν“, *Dem. XLIV (C. Leochares)35*.

<sup>18</sup> *Dem. LVII (C. Eubulides)26*.

<sup>19</sup> S. Todd, *The Shape of Athenian Law*, Clarendon Press, Oxford 1995, 169; метецима је било дозвољено да буду власници земље само ако добију специјалну привилегију *enktesis*: S. Todd, *op.cit.* 199, D. MacDowell, *The Law in Classical Athens*, Thames and Hudson Ltd., London 1978, 78.

<sup>20</sup> Метеци и странци су такође могли да учествују у већим фестивалима, али су били ограничени разним забранама: M. Hansen, *op.cit.* 87-88.

<sup>21</sup> *Aristoph. Wasps 718*. За још права грађана вид. D Whitehead, *op.cit.* 97-99, P. Manville, *op.cit.* 8-9.

<sup>22</sup> *Plutarch Pericles XXXVII 3-4*, S. Todd, *op.cit.* 177-181.

<sup>23</sup> M. Hansen, *op.cit.* 53-54, *Dem. LVII (C. Eubulides)30*, *Aristot. Const. Ath. XXVI 4*.

<sup>24</sup> *Dem. XLIV (C. Leochares)38, XXX (C. Onetor I)15*; такође у *Isaeus VII (On the Estate of Apollodorus)27-28* усвојилац није стигао да упише свог усвојеног сина у дему, јер је умро. За време свог живота, оставио је члановима деме налог да, уколико му се нешто случајно деси, те не дочека да усвојеника региструје, они то учине у његово име. Дакле, види се да је усвојилац имао жељу да усвојеника упише као свог сина, али да очигледно то није могао да уради нити одмах, нити у неко скорије време, већ је морао да сачека време када се вршио упис на нивоу целе деме.

<sup>25</sup> D. Phillips, *op.cit.* 7.

државних органа, попут већа Буле и Хелиеје, тј. њених дикастерија. Ако је познато да су сва новоуписана лица морала након уписа у дему да буду проверена и пред Већем,<sup>26</sup> имало би смисла да се упис у дему одржавао у отприлике истом периоду у свим демама – око почетка нове године, те да су сви новоуписани излазили пред нови састав Већа, којем је онда један од првих задатака било (не)ообравање грађанског статуса лицима.

Из Демостеновог говора произлази да је уписивањем у регистар деме лице постајало њен члан и пунолетан грађанин који је могао да преузме контролу над својом имовином и својим пословима.<sup>27</sup> Чланство у деми је било наследно, што значи да након што су се први грађани уписали у регистар тек формираних дема, они су заједно са свим својим потомцима, постојећим и будућим, заувек остајали чланови те деме у којој су се регистровали.<sup>28</sup> Селидба у неку другу дему, као ни поседовање више имања у различитим демама нису били основ за промену чланства (како свог, тако ни потомака).<sup>29</sup> Исеј, пак, сведочи да једино уколико би неко лице било усвојено, морало је да се испише из своје деме и упише у дему свог усвојиоца.<sup>30</sup>

На основу сагласних извештаја Демостена и Исеја, произлази да је процедура регистрације текла на следећи начин: дечаци који су напунили 18 година излазили су пред скупштину деме.<sup>31</sup> Њихов упис у регистар би по правилу предложио отац, усвојилац, односно старалац.<sup>32</sup> Изузетно, чини се да је и кандидат могао да предложи самог себе, али само уколико је у питању био одрастао човек који је усвојен, а усвојилац није био у могућности да га упише јер је преминуо. Извесно је да је у тим случајевима био потребан јак доказ о усвојењу и намерама покојника да

<sup>26</sup> *Aristot. Const. Ath. XLII 2, Lys. X 31, XXXII 9.*

<sup>27</sup> *Dem. XXVII (C. Aphobus I) 4-5, Aeschin. I (C. Timarchus) 18, 103, A. Harrison, (1968), 75-76.*

<sup>28</sup> *Dem. LVII (C. Eubulides) 55.*

<sup>29</sup> Додуше, постоје подељена мишљења у вези са тим: упор. W. Lacey, *The Family in Classical Greece*, Thames and Hudson, London 1968, 97-98 и D. Whitehead, *op.cit.* 77. Грађани који су имали поседе у више различитих дема (*enektekenoi*) имали су једино финансијске обавезе према свакој деми у којој су поседовали земљу, али су остајали чланови искључиво једне деме: D. Whitehead, *op.cit.* 75-77.

<sup>30</sup> *Isae. II (On the Estate of Meneclis) 14, III (On the Estate of Pyrrhus) 73, VII (On the Estate of Apollodorus) 27-28, Dem. XXXIX (C. Boeotus I), XLIV ((C. Leochares) итд. Постхумно усвојено лице није могло да се упише у регистар деме уколико се у том моменту судило око заоставштине усвојиоца – дема је чекала пресуду Хелиеје: *Dem XLIV 40.**

<sup>31</sup> Могуће је сасвим да се на тој истој седници скупштине вршио избор локалних функционера или можда чак и кандидата за магистрате и чланове државних органа: *Isae. VII (C. Apollodorus) 28, Dem. XLIV (C. Leochares) 39.*

<sup>32</sup> *Dem. XXXIX (C. Boeotus I) 29, A. Harrison, (1968), 89.*

усвојеника упише у дему, као нпр. сведочења чланова деме<sup>33</sup> или постојање судске пресуде.<sup>34</sup> Скупштина деме би онда проверавала (*dokimasia*) да ли кандидат испуњава услове да буде уписан у регистар, тј. да ли је напунио 18 година и да ли је легитимно дете из брака два грађанина.<sup>35</sup> С обзиром на то да у Атини нису постојале никакве матичне књиге рођених, старост кандидата се процењивала према личном утиску, узимајући у обзир физички изглед и развијеност. Након тога би се вршила провера постојања услова за стицање грађанства – да ли је кандидат рођен слободан, да ли је легитимно, брачно дете и да ли су му родитељи грађани. Захваљујући Демостену и Исеју сазнаје се да је ту као најважнији доказ било сведочење чланова очевих и мајчиних генсова и фратрија, као и осталих чланова деме – уколико је већи круг људи могао да потврди да је познавао претке кандидата и да су већ генерацијама регуларно увођени у род, односно братство, сасвим је извесно да су родитељи били грађани, а самим тим и кандидат.<sup>36</sup>

У овој фази било које присутно лице могло је да истакне приговор да кандидат не треба да буде уписан у дему,<sup>37</sup> а на крају би присутни чланови приступили гласању. Прво би положили заклетву, а потом би гласали одвојено о годинама кандидата и одвојено о томе да ли испуњава друге услове за стицање грађанства. Уколико би за обе ствари кандидат добио позитиван одговор скупштине, био би уписан у регистар и остајало је само да прође и проверу пред Већем. У супротном, уколико би за једну или обе ствари добио негативан одговор, није био уписиван. Аристотелов *Устав атински* наводи да у случају кад је скупштина деме оспорила да је кандидат рођен слободан, кандидат је имао право жалбе (*epheisis*) Хелиеји.<sup>38</sup> Тада би пет чланова деме било одабрано да је представљају у

<sup>33</sup> *Isae. VII (C. Apollodours)27-8.*

<sup>34</sup> *Dem. XXXIX (C. Boeotus I) и XL (C. Boeotus II)* су међусобно повезани– у XXXIX говору туженом се оспорава право да се под одређеним именом упише у регистар деме, а у XL говору видимо да се тужени из претходног спора успешно уписао у дему под новим именом, вероватно на основу судске пресуде у његову корист

<sup>35</sup> *Aristot. Const. Ath. XLI 1, Dem. XLIV (C. Leochares)49, XLVI (C. Stephanus II)18, LIX (C. Neaera)16-17, 52, D. MacDowell, op.cit. 69.*

<sup>36</sup> *Dem. LVII (C. Eubulides) 40, 69, Lysias XXIII (C. Panceleon)3-4, Isae. II (On the Estate of Meneclis)16-17, III (On the Estate of Pyrrhus)80, XII (On Behalf of Euphiletus)7-9* итд.; више о односу деме, фратрије и генса, вид. W. Lacey, *op.cit.*94-95, 97.

<sup>37</sup> *Dem. XLIV(C. Leochares) 40.*

<sup>38</sup> *Aristot. Const. Ath. XLII 2, у Isae. XII (On Behalf of Euphiletus)11* су тужени демарх и дема; Тод сматра да се израз можда може тумачити тако да значи да се жалба могла уложити на одлуку деме којом је упис одбијен из било ког разлога који има везе са другим критеријумом за упис (слободно рођен, брачно дете, родитељи грађани): S. Todd, *op.cit.* 209.

том спору (којим су председавали тесмотети), па уколико би кандидат добио спор – дема је морала да га упише у регистар, а уколико би изгубио – држава га је продавала у ропство.<sup>39</sup>

Провера пред већем Буле је била коначан корак ка формалном стицању грађанског статуса. Веће је проверавало само да ли је уписани кандидат заиста напунио 18 година<sup>40</sup>: уколико би оценило да јесте, потврђивало је његов статус грађанина, а уколико би оценило да није, враћало би га назад у категорију дечака, а изрицало би новчану казну оном члану деме који је предложио његов упис. У литератури постоји уверење да је Хелиеја била задужена и за решавање спорова између дема и Већа у ситуацијама када би Веће оценило да кандидат није пунолетан, а дема тврдила да јесте.<sup>41</sup> Није сасвим јасно због чега би се Веће лимитирало искључиво на проверу зрелости кандидата, а не и осталих услова. Једино образложење би било да би то било исувише временски захтевно, поготово уколико би Веће пред собом имало велики број кандидата. Нема никаквих података у изворима о томе да је ико уложио жалбу Хелиеји на одлуку Већа ( било поводом одбијања уписа кандидата или кажњавања деме), нити је познато да ли је таква могућност уопште и постојала, а исто тако нема ни информација о томе да се неко Хелиеји жалио на одлуку деме којом му је одбијен упис због неиспуњавања услова старости.

Иако читава процедура уписа у дему делује прилично добро организована и уходана, чињеница је да је са регистрима често било проблема. Неретко се код Демостена, Исеја и Есхина наилази на податке да су се регистри губили (случајно или намерно), да су уз помоћ мита и махинација у регистар уписивани странци, да су због сујете и личних мотива утицајни појединци вршили притисак на дему и између осталих да се из регистра избаце одређени чланови и сл.<sup>42</sup> Због тога је на махове Атину преплављивао талас незадовољства, па су покретане масовне ревизије регистара.<sup>43</sup> Постојала су два начина на који су лица могла бити избачена из деме: један је када би се покренуо поступак против појединца под оптужбом да се лажно представља као грађанин (*graphe xenias*), о чему говоре Лисија и Демостен,<sup>44</sup> а други је када би се вршила провера

<sup>39</sup> *Aristot. Const. Ath. XLII 1.*

<sup>40</sup> *Aristoph. Wasps 578.*

<sup>41</sup> *W. Lacey, op.cit. 95.*

<sup>42</sup> *Dem. XVIII (On the Crown)261, XLIV (C. Leochares)37-38, 41-42, LVII (C. Eubulides)26, 58, 59, 60, 64, Aeschin. I (C. Timarchus)77,86, 114, II (On the Embassy)76, Isae. IV (On the Estate of Nicostratus)10, XII (On Behalf of Euphiletus)12.*

<sup>43</sup> *Dem. LVII (C. Eubulides)2, XLIX (C. Neaera).*

<sup>44</sup> *Dem LIX (C. Neaera), Lys. XXIII (C. Pancleon).*

комплетног регистра грађана, од деме до деме, и када се за сваког појединачног члана на скупштини деме<sup>45</sup> поново изгласавало да ли испуњава услове да остане у регистру (*diapsephisis*), о чему је остало само једно сведочанство у једном Демостеновом судском говору.<sup>46</sup> Због оваквог брисања из регистра деме, такође је било могуће поднети тужбу и покренути спор пред Хелиејом.<sup>47</sup>

## 2.2 Избор функционера и чланова органа

Осим што су водиле регистар грађана, деме су имале још једну битну улогу у политичком животу полиса. С једне стране биле су значајан елемент у механизму вршења државне власти, а с друге стране биле су жива и динамичана јединица локалне самоуправе. И у једној и у другој улози, деме су учествовале у избору грађана који су били носиоци централне или локалне власти. Ту је демама од велике помоћи био њихов регистар грађана, јер само она лица која су у њему била уписана су могла да се кандидују за позиције на власти.

### 2.2.1 Избор носилаца централне власти

Судски говори пружају мање података о томе колико су деме биле битан фактор код избора чланова за веће Буле, па се у овим питањима мора прибегавати другим изворима. Познато је да је Веће након Клистенових реформи порасло на 500 чланова – булеута, који су се бирали тако што је свака од десет фила слала по 50 чланова.<sup>48</sup> Међутим, начин на који су филе бирале тих 50 чланова био је мало комплекснији – њих су, у суштини, бирале деме. Свака дема која је била обухваћена границама једне филе имала је право да одређен број од тих 50 чланова потекне из њених редова. Колики је тај број био, зависило је искључиво од броја становника који је дема имала. Другим речима, деме су бирале чланове за Веће у сразмери са бројем својих становника – деме које су у оквиру једне филе имале изузетно мали број становника, имале су право на једног или евентуално два члана од тих 50, а некада се дешавало да дема не пошаље ниједног члана, јер јој је број становника драматично опао.<sup>49</sup> У том случају, нека друга дема у оквиру исте филе би послала

---

<sup>45</sup> *Dem. LVII (C. Eubulides)7*.

<sup>46</sup> *Dem LVII (C. Eubulides)*, М. Hansen, *op.cit.* 95.

<sup>47</sup> У *Dem. LVII (C. Eubulides)7* види се да се говорник обраћа поротницима дикастерије.

<sup>48</sup> *Aristot. Const. Ath. XXI 3*.

<sup>49</sup> J. Traill, *op.cit.* 15., М. Hansen, *op.cit.* 248.

више чланова из својих редова да би се надоместио недостатак и обезбедио округли број од 50 чланова по фили.

Деме су вероватно прво сазивале своју скупштину на којој су се пријављивали они чланови који су желели да се кандидују за место у Већу, а потом се одржавао састанак филе на којој су се од свих пријављених жребом бирали чланови за Веће. Ако је веровати Харпократиону,<sup>50</sup> на састанку филе није се бирало само тих 50 чланова: након што би се завршило са њиховим избором, онда би се од преосталих кандидата такође жребом бирало још 50 резервних, који су имали улогу својеврсне замене – уколико би неко од првоизабраних кандидата умро или постао на други начин онемогућен да врши своју функцију, неко ко је изабран као замена попунио би његово место, о чему сведоче Демостен и Есхин.<sup>51</sup>

Изгледа да су се раније разни други магистрати бирали директно из редова дема на њиховим скупштинама које су поводом те прилике заседале у Тезејевом храму, међутим како се временом јавила корупција и када су деме почеле да продају места магистрата, целокупан избор магистрата био је пребачен искључиво на избор жребом на нивоу целе филе, док је демама преостало само да бирају кандидате за Веће и за такозване стражаре докова.<sup>52</sup>

Деме су на други начин остале битне за избор магистрата, а то је што су сви кандидати морали да буду уписани у њихове регистре, у супротном нису могли да се кандидују. Леп пример је избор јавних арбитра: они који су испуњавали услове за обављање функције јавног арбитра (а то је било обавезно за сваког грађанина који наврши 59 година живота), бирани су директно из регистра грађана путем жреба.<sup>53</sup>

Конечно, на основу једне Андокидове беседе чини се да су деме имале значаја и приликом избора номотета, јер у цитираној псефизми стоји да „предати предлози закона биће прво подвргнути испитивању пред већем Буле и 500 номотета које су бирале деме.“<sup>54</sup>

## 2.2.2 Избор носилаца локалне власти

Као најважнији носилац локалне власти јавља се демарх. Он је уједно и једини за ког се са великом вероватноћом може претпоставити да је постојао у свим демама, поготово јер је једини представник власти у

<sup>50</sup> *Harposcr.* "Ἐ πλάχων".

<sup>51</sup> *Dem. LVIII (C. Theocrines)29, Aeschin. III (C. Ctesiphon)62.*

<sup>52</sup> *Aristot. Const. Ath. LXII 1.*

<sup>53</sup> D. MacDowell, *op.cit.* 207-208.

<sup>54</sup> *Andocides (On the Mysteries) I 84.*



деми који се експлицитно спомиње у бројним изворима, почевши од Аристотеловог *Устава атинског* па до судских беседа. Што се осталих функционера тиче, ствар је далеко мање извесна. У појединим натписима се успутно спомињу још и благајници (*tamiai*), контролори (*antigrafais*) и цивилно – религијски званичници (*horistai*),<sup>55</sup> али пошто је њихово појављивање спорадично и везано за свега неколико дема, не може се поуздано закључити да су постојали у свакој од 139 дема. Пажњу би зато требало пре свега усмерити на демарха, његов избор и његова задужења.

Није сасвим јасно на који начин су постављени први демарси. У принципу, чини се да је једино демарх Пиреја био прави магистрат са дефинисаном јурисдикцијом, јер се он једини бирао као и остали магистрати – од стране Народне скупштине.<sup>56</sup> Остали демарси нису били магистрати, али могуће је да су ипак сви први демарси бирани пред Скупштином, па да је након тога, када су се деме уходале са радом, препуштено њима самима да на својим скупштинама бирају демарха.

Што се овлашћења демарха тиче, он је пре свега сазивао седнице скупштине деме и председавао њима.<sup>57</sup> Вероватно су њему подношени предлози одлука и тема о којима је требало гласати на седници. Демарх је такође био тај који је организовао полагање заклетве пре гласања,<sup>58</sup> а вероватно је и проглашавао резултате гласања. Свака одлука деме која је записана увек је на себи носила име демарха за време чијег мандата је донета.<sup>59</sup>

Где су се тачно одржавале седнице скупштине, није сасвим лако утврдити. Логика би налагала да су се увек одржавале у центру деме, на агори или неком сличном централном месту, међутим из извора је јасно да су се неке седнице одржавале и у самом граду, иако дема није била градска. Чињеница је да су неке деме вероватно трајно пребациле седнице у град зато што је највећи број њених чланова прешао тамо да живи и ради, али има и другачијих података – где је већина чланова остала да живи и ради у сеоској деми, али се седница из неког разлога одржавала у граду. То је случај са Демостеновим *LVII* говором против Еубулида у којем се препричава след догађаја на седници скупштине деме која је сазвана ради *diapsephisis*-а. Могуће је да је закон захтевао да се ове

<sup>55</sup> *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, (ed. W. Smith), Little, Brown and Company, Boston 1859, под “*demus*”; такође у *Aeschin. III (C. Ctesiphon)*30 и IG I<sup>3</sup> 258 види се да постоје функционери које је дема бирала и који су у оквиру своје службе управљали финансијским средствима полиса.

<sup>56</sup> *Aristot. Const. Ath.* LIV 8.

<sup>57</sup> *Harposcr.* “*δημαρχος*”.

<sup>58</sup> IG II<sup>2</sup> 1174.

<sup>59</sup> IG II<sup>2</sup> 1177.

ванредне седнице обавезно одрже у граду због лакше контроле целе процедуре, поготово ако се провера вршила на нивоу свих дема истовремено. Што се редовних седница тиче, могуће је да је одабир места одржавања седнице скупштине био препуштен дискреционој оцени демарха или да је можда свака дема својим одлукама уредила када и где ће се одржавати њене седнице. Без чвршћих доказа у изворима, све остаје на нивоу претпоставки. Захваљујући говорима Лисије сазнаје се још да се скупштина деме вероватно сазивала и пред сваки војни поход.<sup>60</sup>

Демарх је уједно био и први човек, тј. представник деме. Самим тим, могао је бити тужен заједно са демом због огрешења о неког од чланова деме, о чему сведочи једна Исејева беседа.<sup>61</sup> Вероватно је представљао дему и у њеним правним пословима, с обзиром на то да је познато да су деме могле да буду власници, као и закуподавци.<sup>62</sup> Могуће је да је демарх у име деме додељивао и почасти оним члановима који су савесно и квалитетно обављали своју службу.<sup>63</sup>

Још једна важна улога демарха била је чување регистра грађана. Поред њега, били су ту и неки други битни спискови. Није сасвим јасно да ли су они чувани у оквиру регистра грађана, као његов саставни део, или су вођени са стране као засебни регистри. У сваком случају, у питању су били списак ефеба,<sup>64</sup> списак грађана који су испуњавали услове да учествују у раду Народне скупштине,<sup>65</sup> затим списак чланова деме који су по потреби могли да буду позвани да служе у својству војника<sup>66</sup> и морнара,<sup>67</sup> као и списак метека који су обавезно морали да се заведу у регистар оне деме у којој су пребивали,<sup>68</sup> с тим што, наравно, тим уписом нису стицали грађанска права, већ је то само био начин да дема испрати колико метека има на својој територији.

<sup>60</sup> *Lys. XVI (For Mantisheus)14*; управо због тога су чланови деме били одлични сведоци у вези с тим да ли је неки члан редовно вршио своју војну дужност и ишао у ратне походе: *Lys. XX (For Polystratus)23*.

<sup>61</sup> *Isae. XII (On Behalf of Euphiletus)*.

<sup>62</sup> A. Harrison, *The Law of Athens II*, Clarendon Press, Oxford 1971, 90, 245, A. Harrison, (1968), 242 фн. 2, S. Todd, *op.cit.*249.

<sup>63</sup> *Aeschin. III (C. Ctesiphon)41, 44-45*.

<sup>64</sup> Новоуписани момци који су морали да прођу кроз војну обуку која је трајала до њихове 20. године, *Lycurgus I (C. Leocrates) 76*.

<sup>65</sup> *Pinax ekklesiastikon*, у који су се уписивали момци са навршених 20 година живота; M. Hansen, *op.cit.*89.

<sup>66</sup> *Thucydides VI 26, VII 16.1, XX 2, VIII 24.2; Lys. IX (For the Soldier)4*.

<sup>67</sup> *Dem. L (C. Polycles)6-8*, али *Lys. XXI (Defence against a Charge of Taking Bribes)10* и *Dem. XXI (C. Midias)154* указују да су сами тријерарси били дужни да пронађу и обезбеде посаду.

<sup>68</sup> После имена метека увек је следила назнака у којој деми је пребивао: IG I<sup>3</sup> 421.33.

Демарх је имао и разне финансијске дужности у својој деми: убирање пореза на поседе оних грађана-власника који нису чланови деме,<sup>69</sup> наплата дуговања према деми и државној благајни (нпр. закупнине за демску или свету земљу), како помиње Демостен.<sup>70</sup> Водио је и попис свих поседа у деми и њихових власника,<sup>71</sup> што је било посебно значајно ради утврђивања богатства појединаца и одређивања да ли су дужни да снесу одређене финансијске обавезе (нпр. литургије). Најзад, имао је прилично значајну улогу у вези са извршењем судских пресуда<sup>72</sup> (поготово када је била у питању пресуда која се односила на својину на ствари или поседу). Наиме, извршење пресуде се најчешће вршило уз његово присуство и помоћ, као гаранција да ће у том случају бити обављено на адекватан начин. У његовом присуству су се такође реализовала средства обезбеђења, тачније, пленидбе.<sup>73</sup> Коначно, уколико би неки члан деме био погођен пресудом којом се налагала конфискација његове имовине, било због дуга према полису или као облик казне, демархова дужност била је да његову имовину попише и достави надлежном магистрату.<sup>74</sup>

Познато је да је демарх имао и одређене надлежности у сфери религије.<sup>75</sup> Сачувани су одређени натписи одакле се види да је демарх био задужен да надзире да ли се одређени фестивали одвијају по правилима и имао је право да изриче казне онима који не поштују религијска правила.<sup>76</sup> Такође, он је био задужен за скупљање првих плодова који су се предавали свештеницима из Елеусина.<sup>77</sup> Сачувани су и закони који су се односили на сахрањивање лица која би преминуло у деми којој није припадало: демарх је био дужан да обавести родбину да дође и покупи тело, а уколико они то не би учинили, демарх је морао да ангажује људе да тело однесу и сахране, а да родбини наплати дупли износ трошкова. Уколико нису хтели да плате, демарх их је изводио пред суд. Када би тело

<sup>69</sup> A. Harrison, (1968), 238.

<sup>70</sup> *Dem. LVII (C. Eubulides)*63-64.

<sup>71</sup> *Harper's Dictionary of Classical Literature and Antiquities*, (ed. H. Peck), Harper & Brothers Publishers, New York 1897, под "demarchi".

<sup>72</sup> A. Harison, (1971), 189.

<sup>73</sup> A. Harison, (1971), 245-246.

<sup>74</sup> D. MacDowell, *op.cit.* 256, *Plut. Moralia* 834a; *Aristoph. Clouds* 37 - човек је презадужен и има ноћне море како га „гризе демарх“, односно како долази да му покупи сву имовину, *Harposcr.* "δημαρχος".

<sup>75</sup> IG II<sup>2</sup> 1184; у вези са религијским животом и култовима у демама вид. *Dem. IV (Philippic I)*36, *LVII (C. Eubulides)*46-48, *XLIV* 37, *Isae. II (On the Estate of Meneclis)*42, *VIII (On the Estate of Ciron)*18-19, D. Whitehead, *op.cit.*176-223, W. Lacey, *op.cit.*280.

<sup>76</sup> IG II<sup>2</sup> 1177, IG II<sup>2</sup> 1362, *Dem. XLIII* 71.

<sup>77</sup> IG I<sup>3</sup> 78a.

било однето, на демарху је било да организује ритуал прочишћавања деме.<sup>78</sup>

### 3. ЗАКЉУЧАК

Иако из данашње перспективе деме делују као неизоставан чинилац устројства демократске Атине, када се читају извори стиче се утисак да им Атињани нису придавали толики значај. Напротив, далеко више поверења придавали су племенима и њиховој једнакој заступљености у вршењу власти. Чак се чини да су према демама на неки начин били и неповерљиви, у смислу да је постојала одређена резервисаност у погледу тога да ли је дема у стању да увек савесно обави послове из своје надлежности. Пружене су бројне могућности да се одлуке и поступци дема преиспитују пред државним органима: новоописани чланови су пролазили кроз још једну проверу пред Већем, постојало је право жалбе Хелиеји на одлуке деме у вези са уписом, свакоме ко се кандидовао за неку магистратуру поново се преиспитивао статус грађанина иако се његово име налазило у регистру деме, одржаване су повремено систематске провере регистара, а исто тако је демама због корупције одузето право да директно из својих редова бирају лица за магистратске позиције (осим споменута два изузетка).

Међутим, не може се порећи значај који су деме имале. Осим што су допринеле разбијању моћи аристократије, довеле су до зближавања људи и њиховог повезивања у једну јединствену целину – грађанство, где су сви били равноправни и где су сви учествовали у управљању полисом. Атинска демократија је тешко замислива без постојања дема. Чињеница је да је извесних недостатака у организацији и раду дема било, но ипак, не може се негирати њихов политички и правни значај.

Не може се сасвим поуздано ни тврдити колико широка су била овлашћења деме као јединице локалне самоуправе. На основу сачуваних одлука дема може се једино закључити да је свака дема била једна жива и динамична заједница која се бринула о свим аспектима локалног живота и која је била устројена по узору на централну власт – један полис „у малом“ и доказ да су реформе укорениле демократију у Атини како на нивоу државе, тако и на нивоу њених најмањих политичких јединица.

Сва данашња сазнања о демама доступна су махом захваљујући судским говорима. Они су изузетно драгоцен извор, чак би се могло рећи значајнији од свих осталих. У епиграфским натписима се такође налазе одређени значајни подаци, али без сачуваних атинских судских говора, пре свега Демостена и Исеја, а потом и Есхина и Лисије, о највећем броју

---

<sup>78</sup> Dem. XLIII (C. Olympiodorus)57-58.

детаља везаних за организацију и функционисање дема не би се знало скоро ништа.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Аврамовић, С., Станимировић, В., *Упоредна правна традиција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016.

*A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, (ed. W. Smith), Little, Brown and Company, Boston 1859.

Hansen, M., *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, University of Oklahoma Press, Norman 1991.

Harrison, A., *The Law of Athens I*, Clarendon Press, Oxford 1968.

Harrison, A., *The Law of Athens II*, Clarendon Press, Oxford 1971.

*Harper's Dictionary of Classical Literature and Antiquities*, (ed. H. Peck), Harper & Brothers Publishers, New York 1897.

Lacey, W., *The Family in Classical Greece*, Thames and Hudson, London 1968.

Liddell, H., Scott R., *An Intermediate Greek-English Lexicon*, Clarendon Press, Oxford 1889.

MacDowell, D., *The Law in Classical Athens*, Thames and Hudson Ltd., London 1978.

Manville, P., *The Origins of Citizenship in Athens*, Princeton, New Jersey 2014.

Phillips, D., *The Law of Ancient Athens*, The University of Michigan Press, Ann Arbor 2013.

Todd, S., *The Shape of Athenian Law*, Clarendon Press, Oxford 1995.

Traill, J., *The Political Organization of Attica*, American School of Classical Studies at Athens, Princeton, New York 1975.

Whitehead, D., *The demes of Attica, 508/7-ca. 250 B.C.*, Princeton University Press, New Jersey 1986.

1. Aeschines: *Aeschines*, (превод на енгл. Adams D. C.), Cambridge MA- London, 1919.
2. Andocides: *Minor Attic Orators I: Antiphon, Andocides*, (превод на енгл. Maidment K. J.), Cambridge, M.A. – London, 1968.
3. Aristophanes: *Birds*, The complete Greek drama Vol.2, (ed. O'Neill E. Jr.), New York 1938.  
*Clouds*, The Comedies of Aristophanes (ed. Hickie J.W.), London- Bohn, 1853.  
*Wasps*, The complete Greek drama Vol.2, (ed. O'Neill E. Jr.),

- New York 1938.  
*Aristophanes Comoediae*, (eds. Hall W. F., Geldart W.M.), Oxford 1907.
4. Aristotle: *Aristotle in 23 Volumes*, vol. 20 (превод на енгл. Rackham H.), Cambridge, M. A. – London, 1952.
5. Demosthenes: *Athenaion Politeia* (ed. Kenyon), Oxford, 1920.  
Demosthenes, speeches 20-22 (превод на енгл. Harris E. M.), *The Oratory of Classical Greece* (ed. Gagarin M.), Austin, 2008.  
*Demosthenis orationes* (ed. Butcher S. H.), Oxonii, 1903.  
Demosthenes, speeches 50-59 (превод на енгл. Bers V.), *The Oratory of Classical Greece* (ed. Gagarin M.), Austin, 2003.  
*Demosthenis orationes* (ed. Rennie W.), Oxonii, 1931.  
*Demosthenes, private orations II* (превод на енгл. Murray A. T.), Cambridge, M. A. – London, 1939.
6. Harpokration: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/searchresults?q=harpokration>, 30. април 2019.
7. Herodotus: *Herodotus*, (превод на енгл. Godley D. A.), Cambridge 1920.
8. Incriptiones Graecae: <https://www.atticinscriptions.com/>, 1. мај 2019.
9. Isaeus: Isaeus (превод на енгл. Edwards M.), *The Oratory of Classical Greece* (ed. Gagarin M.), Austin, 2007.  
*Isaeus* (превод на енгл. Forster E. S.), Cambridge, M. A. – London, 1962.
10. Isocrates: *Isocrates, I-III* (превод на енгл. Norlin G.), Cambridge, M.A. – London, 1980.
11. Lycurgus: *Lycurgus. Minor Attic Orators in two volumes, Vol. 2*, (превод на енгл. Burt. O. J.), Cambridge MA-London, 1962.

12. Lysias: *Lysias* (превод на енгл. Lamb W. R. M.), Cambridge, M. A. – London, 1930.
13. Plato: *Plato in Twelve Volumes*, vol. 12 (превод на енгл. Fowler H. N.), Cambridge, M. A. – London, 1921.  
*Platonis Opera* (ed. Burnet J.), Oxford, 1903.
14. Plutarch: *Plutarch's Moralia in Fifteen Volumes, Vol. X*, (превод на енгл. Flower H. N.), Cambridge, Massachusetts – London, 1960.
15. Thucydides: *The Peloponnesian War*, (Dent M. J.- Dutton P.E.), London-New York, 1910.  
*Historiae in two volumes*, Oxford University Press 1942.

**MSc Una DIVAC**

Teaching Associate, Faculty of Law University of Belgrade

## **ATHENIAN DEMES IN FORENSIC SPEECHES**

### **Summary**

The focus of this paper is on the introduction of the reforms of Cleisthenes and their effect on the development of the democracy in Ancient Athens. In particular, the attention is centered on the role of the demes – the smallest municipalities of the Athenian state, whose creation contributed greatly to taking away the power from the aristocratic tribes and clans and giving it to the whole citizen body. The main task of the demes was to safeguard the registers of the citizens and to make sure that only those who met all of the required criteria got enrolled. Apart from that, demes were the ones who offered candidates for the membership in the Boule – one of the three most important bodies of the democratic republic. Demes had their own set of local officers led by the prefect (demarch) and were apparently very vivid communities with their own business, legislation, cults and dynamics.

**Key words:** *Cleisthenes, reforms, demes, democracy, Ancient Athens.*



## МЕЂУНАРОДНО ПРАВНА ОБЛАСТ И ЕВРОПСКО ПРАВО



Марија КРВАВАЦ\*  
Правни факултет Приштина – Косовска Митровица

## ICSID АБИТРАЖА- ПОСЛОВНИ СУД

**Апстракт:** Установљење Центра за решавање инвестиционих спорова у оквиру Међународне банке за обнову и развој омогућило је покретање арбитражног поступка од стране инвеститора против држава чланица на основу билатералног, односно мултилатералног уговора. Центар решава спорове правне природе произашле директно из инвестиција. Пре установљења Центра страни инвеститори су зависили од дипломатске и /или војне заштите државе домаћина. Усвајањем Вашингтонске конвенције формиран је специфичан облик арбитраже око чије природе теорија има сукобљена мишљења. Конституисана на јединствен начин на међународном нивоу ICSID арбитража се разликује како од трговачке тако и од међународне арбитраже. Спор се покреће у складу са одредбама приватног права, али због јавног интереса међународна регулатива пресудно утиче на решавање спора.

**Кључне речи:** *ICSID арбитража, меродавно право, инвестициони спор.*

### 1. УВОД

Велике инвестиције реализују се путем јединствених, не одвојених малих уговора што се може правдати комплексношћу, обимом и технологијом реализације. Правни положај и односи странака заснивају се на позитивним прописима, правилима имовинског права, општим условима уговора као и на судској пракси и правној доктрини. Инвестициона улагања чине само један сегмент различитих облика страних инвестиција на подручју привредне делатности сваке земље, међу којима постоји интензивна инвестициона сарадња кроз различите облике правних послова. Она уобичајено добија на интензитету, из чега произилази учесталост проблематике одређивања надлежног права и начина решавања спорова.

Инвестиције представљају посебно сложено подручје за обликовање механизма решавања потенцијалних спорова, посебно ако се као стране појављују домаћа државна и страна компанија. Државни суверенитет, политичка стабилност, недостатак норми међународног

---

\* Редовни професор

права о страним инвестицијама, присутност велике количине новчаних средстава у својој укупности доприносе да решење спора буде посебно сложено. У складу са тим, покретање спорова пред међународном арбитражом има значајну улогу у превазилажењу проблема везаних за судско решавање спорова поводом инвестирања. Ипак, за институционалне и *ad hoc* међународне арбитраже везује се низ тешкоћа као што је обавезан претходни пристанак државе на арбитражање и уздржавање Влада појединих земаља да се изложе страним институцијама, могуће мешање домаћих судова у арбитражни поступак, потенцијално одбијање државе да поштује претходни пристанак на арбитражу и немогућност да се принудним путем држава доведе пред арбитражу, проблеми везани за признање и извршење судских пресуда, недостатак могућности подношења жалбе одговарајућој инстанци и тд. Упркос томе арбитража је у пракси и даље преферирани начин решавања спорова између држава и страних приватних лица и често једина опција прихватљива за обе стране у инвестиционом пројекту. Арбитар је природни судија инвестиционих спорова, мада је интервенција локалних судова често неизбежна, па се арбитража и судски поступак углавном допуњају. Предност арбитражног начина решавања спорова потврђује и повољан третман арбитражних пресуда од стране националних правних система, тако што се арбитража мање везује за национално право развијајући праксу одлучивања по правичности, општим принципима, трговачким обичајима. У настојању уговорних страна да избегну решавање спорова пред државним судовима у чију независност, непристрасност и ефикасност неретко изражавају сумњу, арбитража добија на значају.

## 2. НАЧИНИ РЕШАВАЊА СПОРОВА

Могућност арбитражног решавања спорова од посебног је значаја за стране инвеститоре имајући у виду да страни инвеститор има интерес да се обрати некој страниој институционалној или *ad hoc* арбитражи за инвестициони спор који се не може решити у поступку мирења. Претпоставка надлежности арбитраже је постојање пуноважног споразума у форми компромиса или компромисорне клаузуле. Слобода уговорних страна је ограничена арбитрабилношћу појединих врста спорова, односно саговорачи могу пред арбитражом решавати оне спорове чији је предмет уређен диспозитивним прописима. Инвестициони спорови су несумњиво арбитрабилни и не морају обавезно представљати предмет расправе пред државним судом, без обзира на то што је једна страна у уговору држава а друга приватно лице. Ово је посебно важно за страног инвеститора

имајући у виду да национални судови могу бити пристрасни и под снажним утицајем законодавне и судске власти своје земље.

Уговорне стране имају могућност да утврде начин решавања спорова *компромисом* прецизирајући предмет спора, избор и састав арбитражног већа арбитражни поступак, меродавно право и др. Осим тога, уговор може садржати *арбитражну клаузулу* са мање или више детаљном садржином, чиме се искључује могућност да, уколико уговорне стране не желе да закључе компромис поводом решавања спора, исти не буде решен уопште. Компромис и компромисорна клаузула имају подједнак значај и представљају правни основ за избор арбитра и конституисање арбитраже. Пословна пракса познаје и друге неформалне облике решавања спорова, као што је *mini trial* поступак и *посредовање*, с тим што необавезујуће начине решавања насталог спора и предлог решења спора стране нужно прихватају добровољно.

## 2.1 Центар за решавање инвестиционих спорова

Потреба за стварањем истински међународног и непристрасног органа за решавање инвестиционих спорова довела је до успостављања механизма специјализоване институционалне арбитраже кроз рад Међународног центра за решавање инвестиционих спорова ( International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID). Центар је основан 1966. године на бази регионалног споразума Вашингтонске конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. са задатком деполаризације и денационализације инвестиционих спорова, довођења странке у једнак третман и фаворизовања атмосфере заједничког поверења.<sup>1</sup> Центар за решавање инвестиционих спорова делује при Међународној банци за обнову и развој у Вашингтону тако што се за сваки конкретни спор образују арбитражни судови, а структура поступка и извршење одлука у целини су одвојени од националних закона. Конвенцијска правила су допуњена

---

<sup>1</sup> Пре установљења ICSID Центра страни инвеститори су зависили од дипломатске и /или војне заштите државе домаћина. Државе у којима се реализује инвестиција у прошлости су приговарале да се поступак пред ICSID не може сматрати као сагласност на опциону понуду да се покрене арбитража у инвестиционим споровима из билатералних и мултилатералног уговора. Тим поводом Арбитражни суд је у спору Generation Ukraine заузео став "... је извесно потврђено да инвеститор може да прихвати понуду државе на арбитражу пред ИЦСИД на основу билатералног инвестиционог уговора. Не постоји ништа у билатералном уговору што би могло да сугерише да инвеститор мора да своју сагласност достави директно држави у другачијој форми ". (Generation Ukraine v. Ukraine, judgment of 16. September 2003, 10 ICSID reports 240, paragraph 12.2.)

управним и финансијским Прописима и правилима; Пословником о раду за покретање мирења и арбитражног поступка; Пословником о раду за спровођење мирења и Пословником о раду за спровођење арбитражног поступка. Најновије измене ICSID Правила ступиле су на снагу 2006. према којим је одређено да трећа лица, која нису странке у спору, могу да интервенишу у поступку и присуствују рочиштима; да је објављивање одлука Центра јавно; јачање независности арбитра као и ограничавање накнада које могу наплатити арбитра и др. Надлежност Центра претпоставља испуњеност услова у погледу статуса странака, njihove сагласности и природе предметног спора, и обухвата сваки правни спор између једне државе уговорнице ( или саставне области или органа државе потписнице о којима је та држава обавестила центар ) и држављана друге државе уговорнице, који је настао непосредно из инвестиција и за који су се стране у спору писмено сагласиле да га изнесу пред Центар.<sup>2</sup> Притом, странка не може једнострано повући сагласност о надлежности Центра.<sup>3</sup>

Центар је надлежан за решавање спорова између државе која је потписница конвенције и странца који је држављанин друге државе потписнице. Под држављанином државе уговорнице подразумева се:

а) свако физичко лице које је било држављанин неке државе уговорнице, изузев државе странке у спору, на дан када су се странке сагласиле да спор изнесу пред посреднике или арбитра, као и на дан кад је молба регистрована сходно чл. 28. ст.3. или чл.3, али не обухвата лице које је или једног или другог од ова два дана било такође држављанин државе уговорнице која је странка у спору; и

б) свако правно лице које је имало припадност неке државе уговорнице, изузев државе странке у спору на дан када су се странке сагласиле да спор изнесу пред посреднике или арбитра, и свако правно лице које је тог дана имало држављанство државе уговорнице странке у спору, а које су се странке сагласиле да због стране контроле третирају као држављанина друге државе потписнице за сврхе ове конвенције.<sup>4</sup>

Поред тога, непходно је да спор буде правне природе, да се односи на тумачења и примену одредаба уговора о страним улагањима, закона и

---

<sup>2</sup> Stern Brigitte, *Comments- International Economic Relations and the MAI Dispute Settlement System*, (1999) 16(2) Int'l Arb 118, 127-8.

<sup>3</sup> Вашингтонска конвенција, чл.25. ст.1

<sup>4</sup> Вид. чл. 25. ст.1. и ст. 2. Конвенције. У тексту се даје објашњење термина Contracting State. Конвенција не поставља критеријуме за одређивање припадности правног лица, што се обично уређује двостраним споразумима о заштити инвестиција тј. споразуми садрже појам "инвестиција" али и појам "инвеститор из друге државе уговорнице." Пример, Tokios Tokéles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18.

подзаконских аката. Надлежност Центра се може засновати арбитражним споразумом садржаним у уговору о улагању између државе и страног улагача или закљученим посебно између државе и страног улагача; одредбом садржаном у националном закону о страним улагањима којом се држава унапред подвргава надлежности Центра; и одредбом садржаном у двостраном или вишестраном међународном уговору којом се државе унапред подвргавају надлежности Центра<sup>5</sup>. У последња два случаја држава пристаје да буде тужена пред овом институцијом од стране било ког приватног улагача на основу закона или закљученог и потврђеног споразума који регулише предмет спора.<sup>6</sup> Крај XX века карактерише експанзија билатералних споразума који садрже пристанак држава чланица на ICSID арбитражу. Упркос томе што инвеститор није дужан да прихвати арбитражну понуду, билатерални инвестициони споразуми представљају најзначајнији извор надлежности ICSID-а, а број инвестиционих спорова на основу одредаба садржаних у двостраним уговорима прогресивно расте.<sup>7</sup> Уговори о заштити инвестиција најчешће предвиђају покретање арбитражног поступка на основу Допунских правила ICSID (Additional Facility Rules) чак и када једна од две државе

---

<sup>5</sup> Тако је привредно друштво MNSS B.V i Recupero Credito Acciaio N V покренула спор против Црне Горе у вези са инвестицијама MNSS ( Montenegro speshlti stils) i RCA у односу на Жељезару Никшић а.д у стечају, у складу са ICSID Додатним правилима. Тахтев је регистрован од стране Генералног секретара 6.децембра 2012 : ICSID Case No.Arb (AF)/12/8. Основ за покретање арбитражног поступка је билатерални инвестициони Споразум између Краљевине Холандије и бивше СР Југославије.од 29. Јануара 2002. Споразум је обавезујући за Црну Гору ка де бивше СРЈ.; KUNSTTRANS Holding GMBH i Kunstrans d.o.o Београд поднели су захтев за покретање поступка против Републике Србије у складу са Вашингтонском конвенцијом и Институционалним правилима ICSID-а. Основ за покретање арбитражног поступка је Споразум између СРЈ и Владе Републике Аустрије о узајамном подстицању и заштити улагања од 12 октобра 2001. Фирма Kunstrans се бави складиштењем слика и пред међународном арбитражом на име изгубљене добити од Србије потражује неколико милиона евра.

<sup>6</sup> Станивуковић Маја, *Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања*, Зборник радова посвећен проф. Миодрагу Трајковићу, Београд, 2006., 514.

<sup>7</sup> Stevens Margret, *ICSID and Bilateral Investment Treaties*, IBA Sektion on Business law, Arbitration and ADR, june 2001, s. 37.; Broches Aron, *The Convention on the Settlemnt of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136.RCADI, 1972., 389. О укупног броја случајева решаваних пред ICSID четвртина отпада на Источну Европу и Средњу Азију, 24% на Јужну Америку, а 7% на Западну Европу. Највише арбитражних спорова у оквиру ICSID везано је за нафту, плин и рударство, затим за енергетски сектор 17% и друге индустрије 12%. Највише регистрованих арбитража има Аргентина (153).

није уговорница Вашингтонске конвенције.<sup>8</sup> Неколико вишестраних уговора садрже одредбу о решавању спорова између страног инвеститора и државе домаћина, међу којима је споразум NAFTA (North American Free Trade Agreement-Северноамерички споразум о слободној трговини- САД, Канада, Мексико) из 1993., протокол из Буенос Аиреса о унапређењу и заштити улагања унутар Меркосура ( Јужноамерички трговински блок-заједничко тржиште између Аргентине, Бразила, Парагваја и Уругваја) и земаља које нису чланице Меркосура, у оквиру уговора из Асунсиона из 1991.; Уговор о Повељи о енергији ( Energy Charter Treaty) из 1995.

Поступак пред ICSID арбитражом подразумева постојање пуноважног арбитражног споразума, који се унеколико разликује од класичног арбитражног споразума када су део двостраног уговора.<sup>9</sup> Наиме, Вашингтонска конвенција предвиђа да се спорови могу решавати путем међународне концилијације (мирењем, посредовањем) или путем арбитраже Помоћно тело Центра поступа са циљем да олакша поступак арбитражног решавања спорова, примењујући сопствена арбитражна правила. Арбитражна клаузула о решавању спорова има правно дејство само ако је претходно одобрена од стране Генералног секретара ICSID. Арбитража је у правом смислу речи делокализована и интернационална, односно не потпада под процесну контролу неког националног законодавства.

У поступку концилијације, захтев за посредовањем тј. мирењем треба да садржи податке о предмету спора, о странкама и њихов пристанак на посредовање, сходно правилима о покретању поступка посредовања и арбитраже. Генерални секретар има дужност да странке одмах обавести о извршеној регистрацији или о одбијању регистрације поднетог захтева.<sup>10</sup> Комисија за посредовање састоји се од једног или непарног броја посредника, именованих на темељу споразума странака. Поступак посредовања се води у складу са одредбама Конвенције и Правилника о посредовању, уколико се странке нису другачије споразумеле. Комисија има задатак да идентификује и разјасни спорна питања између странака у спору, уз настојање да странке постигну споразум и о томе саставља извештај. Уколико странке не постигну споразум комисија закључује поступак посредовања и констатује да

---

<sup>8</sup> Нпр. чл. 24 Модел Bilateral Investments Treaties SAD и чл. 1120 NAFTA.

<sup>9</sup> Нпр. Asian Agricultural Products Ltd. w. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. Arb/87/3 award 27 June 1990.

<sup>10</sup> Механизам претходног решавања спорова примењиван је и у великим међународним инвестиционим пословима и аранжманима, каква је била изградња тунела испод Ламанша.



странка није учествовала у поступку посредовања или да странке нису постигле споразум.

### 3. ICSID АРБИТРАЖА

Свака држава потписница или држављанин потписнице Вашингтонске конвенције може да покрене арбитражни поступак, упућивањем писаног захтева Генералном секретару Центра који препис доставља другој странци.<sup>11</sup> Арбитражни суд при ICSID образује се у најкраћем могућем року после регистрације тужбеног захтева, а састоји се од једног арбитра или непарног броја арбитра који се одређује споразумом странака. Уколико су странке пропустиле да постигну договор о броју арбитра и начину именовања арбитражни суд чине три арбитра, одређених од стране странака у спору, док трећег одређују странке споразумно. Арбитражни поступак се води сагласно одредбама Конвенције и ако се странке нису другачије споразумеле, према Правилнику о арбитражи. У току арбитражног поступка суд није овлашћен да изриче привремене мере, осим ако то захтевају околности конкретног спора у ком случају арбитража може дати препоруку за њихово предузимање ради заштите права странака надлежном државном органу. Арбитражни суд доноси одлуку већином гласова својих чланова тако што је сваки члан суда овлашћен да приложи арбитражној одлуци посебно мишљење, независно од тога да ли се слаже са већином, уз обавезно образложење о неслагању. Генерални секретар има дужност да странкама, без одлагања, достави оверене преписе арбитражне одлуке.

Вашингтонска конвенција предвиђа да свака страна може да затражи тумачење арбитражне одлуке подношењем захтева Генералном секретару Центра. У том случају арбитража која је донела одлуку, или нова арбитража, има могућност да одложи извршење одлуке до решавања по захтеву за тумачењем.<sup>12</sup>

Упоредо са тим, Конвенција предвиђа и могућност контроле арбитражног решавања спора као и правна средства која странка може да истиче против арбитражне одлуке, односно *захтев за ревизију одлуке* и *захтев за поништај одлуке*. У случају промењених околности тј. откривања нове/их чињеница које суштински утичу на одлуку, странке могу захтевати ревизију арбитражне одлуке, о чему решава арбитража која је одлуку донела или новообразовани арбитражни суд. Док не одлучи

---

<sup>11</sup> Србија је положила инструменте ратификације Вашингтонске конвенције 9. маја 2007. Више на Web adresi Banke: [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)

<sup>12</sup> Вид. чл.50. Конвенције.

по захтеву за ревизијом арбитражни суд може одложити извршење арбитражне одлуке.

Свака страна у арбитражном спору може да поднесе захтев за поништај арбитражне одлуке Генералном секретару Центра. Захтев се подноси из једног или више Конвенцијом предвиђених разлога: неправилног конституисања арбитражног суда; несавесног понашања једног члана суда ( као што је околност да је био подмићен); битних повреда правила поступка; недостатка образложења односно објашњења основа на којима се темељи одлука. После пријема захтева за поништај арбитражне одлуке председник Административног савета је дужан да образује *ad hoc* одбор од три члана са листе арбитра. Одбор може да поништи арбитражну одлуку у целини или делимично, из разлога наведених у захтеву и одређених конвенцијом. Уколико одлука буде поништена свака странка у спору има могућност да поново покрене спор пред новим арбитражним судом који ће се формирати у предвиђеном поступку.<sup>13</sup>

Странке имају обавезу да се повинују арбитражној одлуци, изузев ако је извршење обустављено на основу конвенције.<sup>14</sup> Све државе чланице Вашингтонске конвенције дужне су да признају обавезност одлука донетих на основу конвенцијских одредаба и да обезбеде извршење новчаних обавеза одређених арбитражном одлуком. Странка која подноси захтев за признање и извршење одлуке на територији државе потписнице дужна је да достави надлежном суду или другом органу препис одлуке коју је оверио Генерални секретар Центра. Извршење се спроводи по правилима о принудном извршењу која важе у држави на чијој се територији тражи извршење.<sup>15</sup>

Вашингтонском конвенцијом је створена јединствена специјализована институционална арбитража<sup>16</sup> за решавање спорова произашлих из различитих облика инвестиционих улагања.<sup>17</sup> Међународни Центар за решавање инвестиционих спорова између државе и грађана других држава, уз Арбитражни суд Међународне трговинске

---

<sup>13</sup> Вид. чл.52.Конвенције.

<sup>14</sup> Вид. чл.53.Конвенције.

<sup>15</sup> Вид. чл.54. Конвенције.

<sup>16</sup> Goldštajn Aleksandar, Triva Siniša, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Naučna knjiga, Zagreb, 1987., 365-405.

<sup>17</sup> Интересантну одредбу у том погледу садржи Рударски закон Саудијске Арабије који предвиђа решавање спора концесионара и коцедента пред Board of Concession Appeals а једини начин да се избегне надлежност овог тела за решавање концесионог спора јесте уговорна клаузула о надлежности Центра за решавање инвестиционог спора

коморе у Паризу, по својим карактеристикама представља међународну трговачку арбитражу у правом смислу те речи, насупрот већини арбитража које се могу окарактерисати као националне. Судови земље у којој је седиште арбитраже немају никакву супервизорску улогу.<sup>18</sup>

### 3.1 Примена материјалног права пред ICSID арбитражом

Међународни карактер инвестиционих улагања може се сматрати споном која повезује целину чињеница које укључују више правних поредака с једне стране и целине правних норми које треба одредити с друге стране. Ова концепција води до примене механизма међународног приватног права које означава меродавно национално право за реализацију улагања. С друге стране међународни карактер инвестиција може се сматрати сведочанством њене припадности транснационалном правном поретку, који постоји заједно са принудама произашлим из унутрашњих правних поредака чије разлике настоји да постепено апсорбује.

ICSID арбитража је независна од националних правних система што је једна од њених најважнијих карактеристика. Независност је обезбеђена јасним правилима поступка, немогућношћу страног инвеститора да користи ”домаће правне путеве”уколико постоји пуноважна сагласност за решавање спора пред ICSID Центром, својством коначности одлуке ICSID арбитраже, заокруженим правним оквиром који креира међународно право.<sup>19</sup>

Вашингтонска конвенција предвиђа три критеријума одређивања меродавног материјалног права:

- правна правила утврђена споразумом странака,
- у одсуству споразума странака примењује се право државе домаћина, укључујући и њена правила о сукобу закона (колизионе норме) као и релевантна правила меродавног права;
- решавање инвестиционог спора у складу са принципом *ex aequo et bono* у случају да су стране изричито овластиле ICSID арбитражу да одлучује на овакав начин.<sup>20</sup>

Поред тога, Конвенција утврђује хијерархију у примени критеријума за избор меродавног права на изричит и недвосмислен начин. Систем одређивања меродавног права полази од споразума странака али представља и водич арбитрама у поступку одређивања материјалног

---

<sup>18</sup> Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Арбитража и АДР*, Правни факултет Београд 2009., 109.

<sup>19</sup> Кнежевић Г., Павић В., 28.

<sup>20</sup> Вид. чл. 42. Конвенције.

права које треба применити у случају да су странке пропустиле да изврше избор меродавног права, тако што упућује на примену права државе пријема заједно са правилима међународног права. Сагласност страна о избору меродавног права може упућивати на примену права државе пријема; права треће државе; међународно право; комбинацију правних правила пореклом из различитих правних система; правна правила креирана од стране самих странака. Дакле, стране инвестиционог спора имају могућност да као меродавно изаберу право земље пријема, затим право треће земље или унутрашње право. У складу са колизионим принципом аутономије воље страна, право страна да изаберу меродавно право пред ICSID центром укључује и могућност да откажу тај избор и да се одреде за примену неког другог меродавног права.<sup>21</sup> Слобода страна у избору меродавног права је ограничена, уколико је избор одређеног права имао за циљ избегавање правила одређеног правног система и уколико је оно у супротности са међународним јавним поретком или домаћим јавним поретком. Центар превасходно води рачуна о избору меродавног права у мери у којој је оно у супротности са међународним јавним поретком.<sup>22</sup>

У одсуству споразума странака прва опција ICSID арбитраже јесте примена права земље пријема инвестиционих улагања укључујући и њене колизионе норме. Локално право је оно са којим инвестиције остварују најтешњу везу, имајући у виду измене које могу да поремете уговорну равнотежу те је нормално да се уговор изјасни о утицају измењених прописа на права и обавезе страна. Наиме, држава и инвеститор у уговору могу да унесу стабилizacionу клаузулу којом се утврђује да се одредбе унутрашњег права имају схватити према њиховој садржини у тренутку закључења уговора. Осим тога, ICSID арбитража нема право да се огласи ненадлежном уколико не постоје домаће норме у односу на регулисање конкретног аспекта инвестиције, већ се ослања на примену релевантних правила међународног права.<sup>23</sup> Споразум државе и инвеститора део је процеса интернационализације управо кроз примену међународних правила и принципа.

---

<sup>21</sup> Тако је у спору поводом споразума италијанске компаније V&B i Владе Конга о изградњи и експлоатацији фабрике за производњу пластичних боца током поступка дошло до споразума странака да ИЦСИД арбитража може одлучивати *ex aequo et bono* и поред тога што је уговор садржао клаузулу о меродавном праву. (V&B v. Kongo, 21 I. L.M, 740,748-750,1982.) Подаци на сајту [www.worldbank.org/ICSID](http://www.worldbank.org/ICSID).

<sup>22</sup> Hirsch, Morche Franc Julius, "The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes", Martinus Nijhoff Publishers, Lieden, 1993,126.: Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford 2006., 252-185.

<sup>23</sup> Вид. чл. 42. Конвенције.

ICSID Центар је овлашћен да одлучује *ex aequo et bono* и да спор пресуђује на начелима правде и правичности, те се не постављају границе у избору правила за спор у питању. У складу са тим, неопходно је да арбитри базирају одлуку на објективним и рационалним разлозима што би странкама обезбедило сигурност и правичност решења.<sup>24</sup>

#### 4. Меродавно право за инвестиционе спорове

Вашингтонска конвенција признаје право избора меродавног права у пракси међународних арбитража те странке могу изабрати као меродавно право домаћина, право неке треће државе али и право страног улагача или *lex mercatoria*, опште принципе међународног права и сл. Применом колизионе аутономије воље странке могу да одреде меродавно право за међусобна права и обавезе, с тим што је избор у значајној мери ограничен имајући у виду да су унутрашњи прописи о инвестицијама јавноправни прописи. То би значило да странке немају могућност да избором меродавног права искључе примену императивних одредби и норме јавног поретка земље. У доктрини и пословној пракси постоје супростављени ставови о питању примене меродавног права на стране инвестиције. По једном, који полази од примата међународног над унутрашњим правом, на инвестициони однос увек треба применити међународно право, док друго становиште полази од тога да кроз стране инвестиције држава не може ограничити вршење својих суверених права, те је увек меродавно право државе домаћина.

Теорија о примени међународног права тежи интернационализацији инвестиционих улагања и подвлачи њихов међународноправни значај. Присталице ове теорије полазе од тога да је реч о јавноправним уговорима у смислу међународног права, обзиром да су приватни инвеститори потпуно способни да буду носиоци права и обавеза у међународној заједници.<sup>25</sup> Инвеститор је равноправан субјект правног односа са државом, па се функционално и претвара у државу.<sup>26</sup> Из тих разлога трагање за новим меродавним правним поретком је непотребно, имајући у виду да основни елементи инвестиционог односа представљају истовремено елементе међународног правног поретка. Међународно право је довољно подесно да постави оквире правног

---

<sup>24</sup> Тако је у случају Atlantic Triton ICSID арбитража била овлашћена да одлучује *ex aequo et bono* и својом одлуком доделила компензацију инвеститору, битно мању од захтеване. (Atlantic Triton v. Guinea, 115 Journal du Droit International 1981-1988.)

<sup>25</sup> Jessup Philip C, *A Modern Law of Nations*, New York, 1948, 139-141.; Jessup Philip.C., *Transnational Law*, Yale University Press, New York, 1956., 13.

<sup>26</sup> Zemanek Karl, *Das Vertragsrecht der Internationalen Organisationen*, Wien, 1957, 21 .

односа државе и страног инвеститора, а једини изузетак ће постојати ако се *lex contractus* изричито позива на унутрашње право државе уговорнице, или неко друго национално право у ком случају би се права и обавезе тумачиле по унутрашњем праву или другом праву.<sup>27</sup> Пракса сведочи о прихватању ове концепције одређивања меродавног права у једном броју уговора који предвиђају примену међународног права.<sup>28</sup> Узимање у обзир решења најрепрезентативнијих националних права од стране међународних арбитража није предмет дискусије, и поред присутне тежње међународних арбитража који лоше познају домаће право да примењују само његова општа начела. Као илустрација би се заправо могло узети решење која би представљало савремену верзију пресуде донете у славном случају шеика Абу Дабија (Abu Dhabia) у којој је арбитар појединац, пошто је сматрао да је локално право сувише неразвијено да би управљало тако сложеном операцијом као што је нафтна концесија исто одстранио, као меродавно, и применио општа правна начела.<sup>29</sup>

У класичним инвестиционим уговорима се ретко налазе "интересантне" клаузуле о меродавном праву која би се позивала на општа правна начела или заједничка начела више националних права, што је случај са другим пословима међународне трговине. Уговор о изградњи тунела испод Ла Манша садржао је клаузулу која се позива на општа начела заједничка енглеском и француском праву, али она није представљала изузетак од правила већ само наставак примене система двоструког колосека који прожима ову операцију од самог почетка.

У међународној законодавној и пословној инвестиционој пракси чешће је као меродавно право примењивано национално право. Пропис о сукобу закона се састоји у томе да инвестициони однос веже за право земље са којом остварује најтешњу везу. С друге стране утицај места реализације тј. извршења је такав да се уговори о инвестиционом улагању

---

<sup>27</sup> Verdross Alfred, *Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln*; Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 18.1957., 635-651.

<sup>28</sup> Пример, уговор између NIOC (nacionalna petrolejska kompanija Irana) sa ERAP-SOFIRAN i CONOCO (Continental Oil Co.) iz 1969. Из арбитражне праксе, спор у којем је међународном праву дат примет у односу на национално право: *Texasco Overseas Petroleum Co. And California Asiatic Oil Co. I Libije*. Арбитражни суд је закључио да Влада Либије није имала право да прекрши уговорне обавезе према страном инвеститору, без обзира што су декретом национализована сва права, интереси власништво петролејских компаније. Ово из разлога што уговор Владе Либије и страног инвеститора није подвргнут искључиво либијском унутрашњем праву јер је уговор међународна обавеза извршена на основу међународног права.

<sup>29</sup> *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheik Abu Dhabi*, пресуда од 28.08.1951. од стране Lorda Asquita of Bishopstona, ICLQ 1952.,247.

поистовећује са пословањем некретнинама на које се универзално примењује *lex rei sitae*. У вануговорном спору који се заснива на захтеву за накнаду штете услед експропријације и других аката државе којима се наглашавају права страног улагача треба применити колизионе норме које се односе на вануговорну одговорност за штету а оне ће уобичајено довести до примене националног права државе пријема. Примена домаћег права је несумњиво најадекватнија за уговор о страним улагањима, посебно када је уговор потврђен кроз законску процедуру, односно када постоји посебан национални пропис. Такав уговор постаје део унутрашњег права и представља *lex specialis* у односу на друге домаће законе.<sup>30</sup> Уговарање националног права оправдано је у случају када сам улагач изрази спремност да се потчини правном систему, на основу сопствене процене инвестиционе климе и сигурности својих инвестиција.

Код међународних инвестиција неопходно је међусобно допуњавање међународног и националног права, тако да Вашингтонска конвенција прихвата комбиновану примену права државе домаћина и општих принципа међународног права као коректива.

Већина савремених система међународног приватног права упућује на право земље у којој се инвестиција реализује или на право земље у којој је улагање претежно лоцирано. Уобичајено је да се арбитражне пресуде изричу у корист примене домаћег права према прописима међународног приватног права или директним локализовањем инвестиционог посла. Домаће право даје арбитрама мало могућности за слободу одлучивања. Другачије је када арбитраи одлучују као пријатељски посредници. Тако у једној арбитражној одлуци ССИ стоји да: "Ћутање уговорних страна да одреде меродавно право претпоставља да су оне признале да није потребно унапред одредити меродавно право, чијом применом би суд донео одлуку о једном или другом питању постављеном у овом случају. Уосталом, када му је дато овлашћење да делује као пријатељски посредник, као што то одређује уговор, арбитражни суд не мора да одлучи које посебно право управља уговорним односом странака. На тој основи, да би решио питања која поставља спор у току, арбитражни суд ће применити општа широко призната начела аутономног међународног трговачког права, без посебног позивања на систем колизионих норми посебног права."<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Китић Душан, *Давање концесија страним инвеститорима*, Судска пракса, Београд, 7/1991.,72.

<sup>31</sup> Slučaj CCI br. 3267, запажање Jarvin Sigvard у Derains Yves , *Colection of ICC arbitral awards 1974-1985*, Kluwer, 377.

## Резиме

Светска банка је извршила класификацију страних директних инвестиција полазећи од мотива за инвестирање. За веће инвестиционе подухвате везује се читав низ правних операција из којих произилазе бројне тешкоће и спорови у реализацији и окончању. Они се могу решавати ванинституционалним и институционалним путем, у зависности од тога да ли се спор решава споразумно или се исти препушта суду, односно арбитражи. Специфичност међународних улагања произилази из оних уговорних односа који подлежу јавноправним прописима земље домаћина. У инвестиционом односу постоји асиметричност статуса странака, односно државе као јавноправног субјекта који има суверено право да уређује правни режим економских активности на својој територији и инвеститора, као субјекта приватног права. Примена права меродавног за уговор односи се на општа решења концепта страначке аутономије воље.

Спорови које покрећу инвеститори на темељу арбитражне клаузуле двостраних споразума о заштити и унапређењу инвестиција подлежу решавању пред ICSID Центром. ICSID арбитража налази се на пола пута између међународне јавне и међународне привредне арбитраже, као један од напреднијих система решавања спорова.

Интензивна инвестициона сарадња држава уговорница подстиче учесталост проблематике одређивања меродавног права и начина решавања спора. Упоредо са тим, намеће се потреба проучавања арбитражне праксе у оквиру ICSID у погледу примене материјалноправних начела двостраних уговора, чиме би требало обезбедити сигурност домаћих органа у дочеку страних инвестиција као и спречавање евентуалних спорова државе са страним улагачима.

## ЛИТЕРАТУРА:

**Broches Aron**, The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and nationals of Other States, 136, RCADI, 1972

**Verdros Alfred**, Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirt Entwickleng mit Schiedsklauseln; Zeitschrift für ausländisches Öffentliches Recht und völkerrecht Band, 18, Berlin 1957.

**Goldštajn Aleksandar, Triva Siniša**, Међународна трговачка арбитража, Zagreb, 1987.

**Gus van Harten**, Investment Treaty Arbitration and Public Law, Oxford, 2006.

**Zemanek Karl.**, Des Vertagecht der Internationalen Organisationen, Wiener diplomatik Konferenz 1961



**Jarvin Sigvard, Derains Yves**, Colection of ICC arbitral awards, Receul des sentences arbitrales de la CCI, Kluwer, 1974-1985.

**Jessup Philip.C**, Modern Law of Nations, New York, 1948.

**Jessup Philip.C**, Transnacional Law, Yale University Press, New York, 1956.

**Китић Душан**, Давање концесија страним инвеститорима, Судска пракса 7/1991.

**Кнежевић Гашо, Павић Владимир**, Арбитража и АДР, ПФ Београд, 2009.

**Stern Brigitte**, Comments-International Economic Relations and the MAI Dispute Settlement System (1999) 16(2) Int'l Arb 118.

**Stevens Margret**, ICSID and Bilateral Investment Treaties IBA Section on Busines law, Arbitration and ADR, 2001.

**Станивуковић Маја**, Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагача, Зборник радова посвећен Миодрагу Трајковићу, Београд 2006.

**Hirch Morche Franc Julius**, The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlnent of Investments Disputes, Martinus Nijhoff Publishers, Lieden, 1993.

**Закон о арбитражи Републике Србије "Сл.гласник РС" бр.46/06.**

**Вашингтонска конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава "Сл. Лист СФРЈ- МУ бр.7/67"**

**Интернет извор на адреси : [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)**

**Marija KRVAVAC, Ph.D**

Full Professor, Faculty of Law Prishtina Kosovska Mitrovica

## ICSID ARBITRATION

### Summary

The purpose of the Centre for settlement of investment disputes shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states. Jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State ( or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and national another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute arbitration proceedings shall address a request to that effect in writing.

The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

Disputes initiated by investors on the basis of an arbitration clause in bilateral agreements on protection and improvement of investments are subject to resolution before the ICSID Centre. ICSID arbitration is half-way between international public and international private arbitration as, undisputedly, one of most modern systems in international arbitration which is almost universally accepted.

**Key words:** *investment disputes, arbitration, States, international.*

**Бојан МИЛИСАВЉЕВИЋ<sup>1</sup>**

Правни факултет Универзитета у Београду

## ОПШТА ПРАВНА НАЧЕЛА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

**Апстракт:** Општа правна начела представљају интригантан и недовољно прецизно дефинисан извор међународног јавног права. У раду се разматра еволуција општих правних начела, однос са начелима међународног права као и њихова повезаност. Нарочити значај рада огледа се у истраживању судске праксе, како Међународног суда правде, тако и кривичних судова поводом примене општих правних начела.

Аутор у раду анализира однос општих правних начела признатих од стране просвећених народа са уговорима и обичајима и тако показује да они нису супростављени, већ напротив, могу да представљају једну симбиозу. У раду је доказано да су нека начела општег међународног права непосредно наслонена и повезана са општим начелима признатим од стране просвећених народа, као начело добре вере, правичности, једнакости, начело злоупотребе права. Значај ових начела може се видети и у чињеници да је Комисија за међународно право ово питање уврстила у дневни ред недавно.

Указује се на делимичну фрагментацију у погледу овог питања када се ради о међународном кривичном праву. Управо је развој ове гране права довео до трансформације општих правних начела и њихове еластичније примене. Аутор показује како су општа правна начела другачије конципирана у међународном кривичном праву и предвиђа могући утицај на редефиницију извора у оквиру општег међународног права.

**Кључне речи:** *општа правна начела, еволуција начела;*

### 1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Сваки правни поредак почива на одређеним основним, носећим стубовима. У унутрашњем поредку хијерархизација норми је природна и редовна ствар, па се тачно зна која је улога ког органа у структури власти, као и какав је међусобни однос правних правила унутар тог система. Са друге стране у међународном праву ситуација је потпуно другачија. Обзиром да не постоји централизован законодавни орган, нема обавезног

---

<sup>1</sup> Редовни професор, bojan@ius.bg.ac.rs

судства, постоји хетерогеност правни правила, нема сумње да је неопходно установити главне принципе који ће својом снагом одржавати структуру норми међународног права на окупу. Природа и амбијент међународног права може се описати на следећи начин: Међународно право се састоји од делова и елемената који су различито структурирани тако да се тешко може говорити о хомогеној природи међународног права. Овај систем је пун универзалних, регионалних или чак билатералних система, подсистема и под-подсистеме различитих нивоа правне интеграције. Ова природа међународног права произилази из раздвојених законских подсистема, али несумњиво има и позитиван ефекат у оној мери у којој се спроводи владавина права у међународним односима, ипак, међународно право је изложено ризиком стварања несугласица и противечности између различитих законских прописа и ствара могућност да се државе морају придржавати међусобно искључивих обавеза што доводи до угрожавања општег система.<sup>2</sup> Фрагментација система зависи од пуно фактора: недостатка централних органа, специјализације права, различите структуре правних норми, паралелне регулације, сукобљене регулације, ширења домаћаја међународног права, различитих правних режима секундарних правила. У ствари неко је исправно једном рекао да је међународно право жртва сопственог успеха.<sup>3</sup>

У модерном међународном праву постоји потреба за формализацијом и утврђивањем јасних и прецизних критеријума за идентификацију носећих правних правила. Тако је на дневном реду Комисије за међународно право већ неко време актуелна тема идентификације обичаја, а од недавно је започет рад на утврђивању и редифинисању когентних норми.<sup>4</sup> Такви напори нису случајни и уклапају

---

<sup>2</sup> International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Second Session, U.N. GAOR, 55th Sess., Supp. (No. 10) at 144, U.N. Doc. A/55/10 (2000), 144.

<sup>3</sup> C. Laethley, „An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: Has the International Law Commission Missed an Opportunity?“, 40 *N.Y.U.J. Int'l L & Pol.*, 2007, 262 – 263.

<sup>4</sup> Колики је значај когентних норми у модерном међународном праву сведочи чињеница да је Генерална скупштина Уједињених нација одлучила да уврсти у дневни ред Комисије за међународно право тему *ius cogens* норми на свом шездесет и деветом заседању видети - para. 8 of General Assembly resolution 69/118 of 10 December 2014; Већ наредне године на заседању Комисије за међународно право одређен је специјални извештај за ову тему, тако да је и формално започео рад на припреми првог извештаја. Први извештај је Комисији за међународно право на заседању 2016. године First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur, International Law Commission Sixty-eighth session Geneva, 2 May-10 June and 4 July-12

се у општу тежњу за правном сигурношћу у међународном поредку. Поред обичајних правила и когентних норми, које су ослонци читавог поредка, постоје начела међународног права уграђена углавном у члан 2. Повеље Уједињених нација која представљају чврсто везивно ткиво међународног права.<sup>5</sup> После формирања Уједињених нација начела могу еволуирати кроз постизање консензуса унутар главних органа, а пре свега Савета безбедности и Генералне скупштине.<sup>6</sup> Ова чињеница говори да су основна начела међународног права једна динамична творевина подложна унапређењу и надоградњи.

Дуго времена у међународном праву, још од његовог настанка, постоји уплив природноправне теорије. Према њој је и конструисано начело суверене једнакости држава, по аналогiji на једнакост људи. Тако је приликом израде Статута Сталног међународног суда правде видљив утицај природног права. О томе сведоче речи Барона Дешампа који је био председник Саветодавног комитета, тела које је радило нацрт Статута: Основни закон правде и неправде дубоко је урезан у срцу сваког људског бића и он даје свој највећи и најбољи ауторитативни израз у правној свести цивилизованих народа - постоји у сваком правном систему.<sup>7</sup>

---

August 2016; затим је уследио и други извештај 2017. године и настављен је рад на овом питању.

<sup>5</sup> Организација и њени чланови поступају у спровођењу циљева наведених у члану 1 у сагласности са следећим начелима: 1. Организација почива на начелу суверене једнакости свих својих чланова; 2. да би сваком од њих осигурала права и повластице које проистичу из чланства, сви чланови савесно испуњавају обавезе које су преузели у сагласности с овом Повељом; 3. сви чланови решавају своје међународне спорове мирним начинима, тако да међународни мир и безбедност као ни правда не буду повређени; 4. сви чланови се у својим међународним односима уздржавају од претње си- лом или употребе силе против територијалног интегритета или политичке независности сваке државе, или на сваки други начин несагласан с циљевима Уједињених нација; 5. сви чланови дају Уједињеним нацијама сваку помоћ у свакој акцији коју оне предузимају у складу с овом Повељом, и уздржавају се од давања помоћи свакој држави против које Уједињене нације предузимају превентивну или принудну акцију; 6. Организација обезбеђује да државе које нису чланице Уједињених нација поступају у складу с овим начелима у мери у којој је то потребно ради одржања међународног мира и безбедности; 7. ништа у овој Повељи не овлашћује Уједињене нације да се мешају у питања која се по суштини налазе у унутрашњој надлежности сваке државе нити захтева од чланова да таква питања износе на решавање на основу ове Повеље; али ово начело неће утицати на примену принудних мера предвиђених у глави 7.

<sup>6</sup> Видети: S. Bleicher, "The Legal Significance of Re-citation of General Assembly Resolutions", 63 *AM. J. INT'L L.*, 1969, 444.

<sup>7</sup> M. Bos, *A Methodology of International Law*, 70 1984, (quoting Permanent Court of International Justice Advisory Committee of Jurists, *Proces- Verbaux of the Proceedings of the Committee*, June 16 - July 24, 1920, 70.

Управо због утицаја природноправне теорије дошло се на идеју да постоје нека правна начела која су својствена праву уопште, како унутрашњем, тако и међународном. Такви правни принципи потврђују једнако порекло права без обзира где оно настаје и између кога се оно примењује. Иако постоји веровање да су општа правна начела одиграла своју улогу у међународном праву, у новије време се појављују показатељи да су она и даље веома важна јер су дошла на дневни ред Комисије за међународно право као самостално питање<sup>8</sup>, а поред тога јер се у материји међународног кривичног права шире схвата сам појам општих правних начела у контексту извора. Све су ово знаци да долази до одређене динамике коју је потребно истражити и предвидети будуће правце развоја овог извора међународног права.

## **2. КОНСТИТУИСАЊЕ ОПШТИХ ПРАВНИХ НАЧЕЛА ПРИЗНАТИХ ОД СТРАНЕ ПРОСВЕЂЕНИХ НАРОДА**

Обзиром да је међународно јавно право релативно млада дисциплина, она је у ранијем периоду патила од постојања правних празнина. У случајевима када су међународни форуми решавали спорове између држава, а нису могли да пронађу јасне и прецизне правне основе таква тела позивала су се на опште принципе права као примењиве на решавање тих замагљених правних ситуација.<sup>9</sup> У пракси међународних тела нема јединствене терминологије када се ради о употреби ових принципа. Тако неки аутори користе овај термин, а заправо мисле на опште правне принципе прихваћене од стране просвећених народа, као формални извор према члану 38. Статута Међународног суда правде. Готово сваки аутор је критиковао концепцију овог формалног извора

---

<sup>8</sup> Annexes - Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session, 1 May-2 June and 3 July-4 August 2017.

<sup>9</sup> Преузето из Chapter IV – Report of the International Law Commission: Sixty – ninth session, 2017, Annexes, General Principles of law, A/72/10, *Arakas (The Georgios) Case* (1927), *Greco-Bulgarian Mix. Arb. Trib.*, 7 *Rec. des Décisions des Trib. Arb. Mixtes Institués par les Traités de Paix*, 43-45 (on *audiatur et altera pars*); *Turnbull, Manoa Co. Ltd., Orinoco Co. Ltd. Cases* (1903), *U. S.-Venezuelan Mix. Cl. Comm.*, *Ralston and Doyle, Venezuelan Arbitrations of 1903*, etc. 200 at 244 (1904) (on *Nemo Judex in sua propria causa*); *Rio Grande Case* (1923), *Nielsen, American and British Claims Arbitrations under the Special Agreement concluded between the U. S. and Great Britain*, Aug. 18, 1910, 332, at 342 (1926) (on *competence-competence*); *Valentiner Case* (1903), *German-Venezuelan Mix. Cl. Comm.*, *Ralston and Doyle, Venezuelan Arbitrations of 1903* etc. 1904, 562, at 564.

међународног права.<sup>10</sup> Тако Ђуро Деган сматра да је питање општих начела права једно генеричко питање иманентно сваком правном поредку, било унутрашњем, било међународном. „Без тих начела не би био могућ било који правни поредак. Стога, за разлику од уговора и обичајних правила, она нису непосредно настала да би уредила неки конкретни однос било у међународном или неком другом праву.“<sup>11</sup> Тако овај аутор сматра да се у таква начела убрајају начело добре вере – *bona fide*, начело *pacta sunt servanda*, обавеза надокнаде штете од стране штетника, начело о релативном дејству уговора, немогућност преношења права на другог у већој мери од оне која се поседују - *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, начело застарелости, као и начело обogaћења без правне основе, поштовања стечених права. Поред ових наводе се и начела која произлазе из судског поступка – начело независности судског тела, начело равноправности и саслушања странака, забрана литиспенденције, као и начело пресуђене ствари.<sup>12</sup>

Иако се ова правила наводе као начела иманентна читавом правном поредку, нека од њих су пронашла своје место у разним правним изворима међународног права. Тако је рецимо обавеза извршења међународних уговора своје место нашла у Конвенцији о уговорном праву<sup>13</sup>, а у једном ширем смислу и међу начелима Повеље Уједињених нација.<sup>14</sup> Поред тога Међународни суд правде није конзистентан када се позива на начела међународног права, па некада наводи да су то општи принципи, некада да се ради о општеприхваћеним правилима међународног права, а некада само општеприхваћено правило. Судска пракса Међународног суда правде је изузетно широка. Суд разматра случајеве о различитим питањима укључујући употребу силе, геноцид, разграничење, право на територију, положај граница, право уговора, одговорност државе, међународно кривично право, имунитет, третман странаца, конзуларних односа, дипломатске заштите, и људска права.<sup>15</sup> Управо због оволике ширине питања којима се бави овај Суд посеже за

---

<sup>10</sup> Видети занимљиве критике у раду: V. Đ. Degan, *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff, 1997, 41-53.

<sup>11</sup> В. Ђуро Деган, *Међународно право*, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, 2000, 70.

<sup>12</sup> Ибидем, 70 – 71.

<sup>13</sup> Видети члан 26. Конвенције о уговорном праву.

<sup>14</sup> Начело савесног извршења обавеза из Повеље; 2. да би сваком од њих осигурала права и повластице које проистичу из чланства, сви чланови савесно испуњавају обавезе које су преузели у сагласности с овом Повељом.

<sup>15</sup> C. Laethley, *op.cit.*, 303.

извлачењем основних правних принципа, било да се ради о правилима међународног или унутрашњег права.

Комитет експерата као тело Друштва народа које је било задужено за припрему кодификације међународног права сматрало је да се ради о начелима која су блиско повезана са начелом правичности и добрим делом произлазе из његовог тумачења.<sup>16</sup> Временом није дошло до искључивања овог приступа у погледу коришћења општих принципа права. То потврђује Статут Сталног међународног кривичног суда где се као формални извори по којима овај суд решава спорове наводе општи принципи међународног права, а посебно права оружаних сукоба, али и општи принципи који произлазе из унутрашњег права.<sup>17</sup>

### **3. ПРИМЕНА ОПШТИХ ПРАВНИХ НАЧЕЛА ПРИЗНАТИХ ОД СТРАНЕ ПРОСВЕЂЕНИХ НАРОДА**

Међународни суд правде је као и његов предходник у својој пракси примењивао опште принципе кроз примену трећег главног извора из члана 38. Статута Суда. Тако је поступљено у смислу *nemo iudex in causa sua* – нема судије о сопственој ствари у случају давања једног саветодавног мишљења Сталног Суда,<sup>18</sup> али и повраћаја у пређашње стање – *restitutio in integrum* када се радило о случају о Фабрици Жоркуф.<sup>19</sup> Међународни суд правде се такође позивао на неке опште принципе права у једном саветодавном мишљењу и то на *res iudicata* – начело пресуђене ствари.<sup>20</sup> У спору између Француске и Аустралије о нуклеарним огледима у мору када је Међународни суд правде разматрао ефекат изјаве председника Француске државе пошао је од становишта да изјаве највиших државних званичника обавезују државу, чак и онда када су издата у форми јавног обећања, што према ставу Суда произлази из општег принципа добре вере или *bona fidei*.<sup>21</sup> Основни смисао везан за општа правна начела јесте практичност у погледу примене права, то јест

---

<sup>16</sup> Permanent Court of International Justice. See Advisory Committee of Jurists. Procès - Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th, 1920, The Hague 1920, 306, 333; League of Nations, the Records of the First Assembly, Meetings of the Committee, I, Geneva 1920, 385.

<sup>17</sup> Члан 21. Статута Сталног међународног кривичног суда.

<sup>18</sup> *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne*, Advisory Opinion, PCIJ Series B, No. 12, 32.

<sup>19</sup> *Chorzow Factory case*, PCIJ Series A, No. 9, 30.

<sup>20</sup> *Case Concerning the UN Administrative Tribunal*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1954, 53.

<sup>21</sup> *Nuclear Tests (Australia v. France) case*, ICJ Reports 1974, 268.



потреба да се сваки спор који дође пред суд реши.<sup>22</sup> Опенхајм је чињеницу увођења овог извора у статут суда видео као важну етапу у развоју међународног права јер се поред уговора и обичајних правила, за државе које прихвате Статут Сталног међународног суда правде сада појављује и трећи, нови главни извор права, другачији од предходна два.<sup>23</sup> Ипак ово увођење не значи аутоматски да се унутрашња правила сада селе у међународни поредак где имају аутономни статус извора права, већ да се она само користе за такве потребе у појединачним случајевима. Тако Мек Нир закључује следеће: начин на који међународно право позајмљује овај извор не своди се на просто увожење једне приватно правне институције, која је готова и припремљена за коришћење. Било би тешко помирити такав процес са применом “општих принципа права”. По мом мишљењу, прави поглед на дужност међународних судова по овом питању је да узму у обзир све карактеристике или терминологију која је подсећа на правила и институције приватног права као индикацију политике и принципа, а не директним увозом ових правила и институција.<sup>24</sup> На овај начин поступио је Међународни суд правде у случају Права пролаза када је на међународни ниво пренео институт унутрашњег права – право службености, које се састоји у пролазу преко територије друге државе.<sup>25</sup> Потребно је имати у виду да поједини аутори виде у погледу увођења трећег главног извора међународног права могућност да се тиме ојача улога коју имају судови, како међународни, тако и унутрашњи: на овај начин потврђује се динамика међународног права и креативна улога судова у том поретку.<sup>26</sup>

У каснијој пракси Међународног суда правде није било једнообразности приликом позивања на општа начела права. Тако Суд користи термине који су везани и за општа начела међународног права, као и за општа начела права у смислу члана 38. Статута суда. Све то може довести у својеврсну забуну о чему се заправо ради, то јест на шта тачно Међународни суд мисли када наводи начела. Делује да се Суд када се погледа његова пракса у својој ранијој фази рада, дакле обухватајући Стални суд и ранију праксу Међународног суда правде, позивао на општа правна начела призната од стране просвећених народа јер је међународни поредак био недовољно изграђен. Када је касније дошло до појаве већег

---

<sup>22</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), 1996, ICJ Rep 226, Dissenting Opinion of Higgins J., 583.

<sup>23</sup> L. Oppenheim, *International Law*, 9th Ed., Vol. 1, para. 12.

<sup>24</sup> Status of South-West Africa case, ICJ Rep. 1950, 148.

<sup>25</sup> Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), ICJ Rep. 1960, 6.

<sup>26</sup> J. L. Brierly, H. Waldock ed., *The Law of the Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, Oxford: Clarendon, 1963, 63.

броја норми на међународном нивоу није више било потребе за посезањем за општим правним начелима просвећених народа у смислу решавања неког спора. Ова тврдња иако проверљива и због тога тачна, не значи да је у модерном међународном праву престала потреба за општим правним начелима. Сада се чешће користи термин општи принципи међународног права, а у ствари мисли се на правна правила која имају ерга омнес дејство и која су по правилу обичајног порекла.

Постоје аутори који покушавају да пронађу сличности и разлике између прва два извора међународног права са трећим главним извором. Тако се полази од изјаве воље па се констатује да је код уговора воља изјављена експлицитно, за разлику од обичаја где је она представљена на један подразумевајући начин. Када се ради о трећем главном извору воља није изражена на међународном плану, већ представља део унутрашњег правног система. Воља се на један посредан начин извлачи на међународни ниво уз образложење да ако нешто везује државу на унутрашњем плану онда би то требало да важи за њу и на међународном плану. На овај начин се долази до поређења са обичајним правом где се код обичаја захтева да постоје кумулативно задовољени елементи праксе и свести да је таква пракса правно обавезна. Код општих правних начела признатих од стране просвећених народа постоји извешан степен признања или свести да је неко правило правна обавеза, али недостаје елемент праксе.<sup>27</sup> Ово је само условно тачно, јер се не ради о веровању да је нешто правна обавеза већ о чињеници да је реч о правном правилу унутрашњег права. Код обичајних правила потребна је извесна доза фикције, која није неопходна општим правним начелима. Они су лако утврдиви и доказиви, па се не мора посезати за спиритуалним моментима као код обичајних правила. Заправо свако поређење потпуно различитих појмова је погрешан пут, а то неки аутори управо покушавају да учине са главним изворима међународног права. Ради се о потпуно различитим изворима са различитим пореклом и садржином. Понашање држава или њихова воља нису услов да би општа правна начела била призната у међународном праву.<sup>28</sup> Међудржавни односи, који су јавноправни, се толико пуно разликују од унутрашњих односа у држави да се тешко могу на њих примењивати правила која постоје у приватноправним односима субјеката у унутрашњем праву.<sup>29</sup> Код општих правних начела може се

---

<sup>27</sup> B. Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens, 1953, 24.

<sup>28</sup> See: Dissenting Opinion by Judge Tanaka, in *South West African Cases*, ICJ Report, 1966.

<sup>29</sup> J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Vol. I, Leiden, Sijthoff, 1968, 62– 63.

ипак пронаћи неки облик постојања свести о правној обавезности у чињеници да су нека начела прихваћена и примењују се на истоврстан или барем сличан начин у унутрашњим порецима држава.

Ако се посматра поступање Португала у поступку око права пролаза преко Индијске територије може да се приметити да је ова држава досегла за општим правним принципима тврдећи да с постоји опште прихваћено правило о праву на нужду које су државе прихватиле. Португал је упоређивао унутрашње системе различитих држава и доказивао да у унутрашњим поредцима постоји прихваћено право на нужно понашање када је то једини начин да се користи неко своје субјективно право.<sup>30</sup> Овде је Португал покушавао да докаже да има нужно право на пролаз везано за своју територију унутар индијске територије.

Нека данашња начела међународног права имају своје порекло у начелима унутрашњег права. То се може рећи за начело добре вере које је иманентно сваком правном поредку. Где год имамо интеракцију неких субјеката права, било да се ради о јавноправним или приватноправним односима, неопходно је да се поштују неки минимални захтеви коректности у односима. На тај начин се успоставља поверење које је неопходно да би било који систем могао да функционише. Један основни принцип који регулише стварање и извршавање узаконских обавеза, без обзира на њихов извор, је принцип добре вере. Поверење је инхерентно међународној сарадњи.<sup>31</sup> У овом поступку Међународни суд правде је потврдио значај начела добре вере и показао да његово кршење јесте утуживо и подлеже правним последицама. Тако Међународни суд правде закључује у овом случају: Као што је добро засновано правило права уговора начело *acta sunt servanda*, тако исто обавезујући карактер има међународна обавеза која је преузета једностраном изјавом воље (мислећи на изјаву председника Француске – подвукао Б.М.)<sup>32</sup>

Преко овог начела добре вере може се доказати да је линија разграничења начела међународног права и општих правних начела признатих од стране просвећених народа некада веома порозна, па чак и тешко препознатљива. У смислу начела добре вере може се видети потврда постојања природног права, јер се особине права истичу без обзира на његову садржину, простор деловања, субјекте, па чак и без обзира на његова правна дејства. Тако је Брирли сматрао да се применом општих правних начела заправо не позајмљују правила унутрашњег

---

<sup>30</sup> *Right of Passage over Indian Territory*, Merits Judgement, ICJ Reports 1960. See reference by H. Thirlway, *The Sources of International Law*, in M.D. Evans, *International Law*, Oxford University Press, 2003, 117-144.

<sup>31</sup> *Nuclear Tests (Austl. v. Fr.)*, 1974 I.C.J. (Dec. 20), p. 253.

<sup>32</sup> *Ibidem*, 268.

приватног права, већ се она извуче из општих вредности једнакости и правде које постоје у међународном праву као део баштине целокупног човечанства.<sup>33</sup>

Принцип добре вере је невидљиво везивно ткиво у било ком поредку. У међународном праву из овог начела развила су се бројна правила почев од начела уговорног права *acta sunt servanda*, па преко забране злоупотребе права и на даље. Принцип добре вере је уткан у суштину међународног уговорног права, што се види између осталог кроз процес преговора, примену уговора, али и кроз одредбе о тумачењу уговора.<sup>34</sup> Правило које повезује сва наведена начела јесте принцип правичности, па се из њега суштински могу извести све наведене норме. Тако се и принцип једнакости странака и њихових интереса намеће као својеврсни подразумевајући процесни принцип иманентан општем праву. Општи принципи права и правосудни карактер суда захтева да, чак и у саветодавним поступцима, заинтересоване стране треба да обавезно имају прилику, на основу принципа једнакости, да доставе све елементе релевантне за питања која су се нашла пред судом.<sup>35</sup> Као још један принцип међународног права који је повезан са општим правним начелима може се навести забрана злоупотребе права. Ову забрану подвукао је Међународни суд правде у случају спора Велике Британије и Албаније, познатију као спор о Крфском каналу на следећи начин: Такве обавезе засноване су... на неким општим и добро признатим принципима, односно основних разматрања човечанства, ..., принцип слободе поморске комуникације; и обавеза сваке државе да свесно не дозволи да њена територија буде коришћена за дела у супротности са правима других држава.<sup>36</sup> Поред овога начела о једнакости која се везују за права човека извршила су снажан утицај из унутрашњег права, на развој и дефинисање правила на међународном плану. Тако је судија Танака у свом издвојеном мишљењу закључио следеће: Принцип једнакости пред законом, наведен је у листи људских права признатих од стране заједничких система практично сваке државе, без обзира да ли је облик владавине био републикански или монархистички и упркос било каквој разлици у

---

<sup>33</sup> J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6th ed. 1963, 63.

<sup>34</sup> Чланови од 31 – 33. Конвенције о уговорном праву, ...уговор се мора **добронамерно** тумачити према уобичајеном смислу који се даје изразима у уговору у њиховом контексту и у светлости његовог предмета и његовог циља;

<sup>35</sup> Application for Review of Judgment No. 158 of the UN Administrative Tribunal (1972-73), ICJ Advisory Opinion of 12 July 1973, ICJ Rep., 1973, 181.

<sup>36</sup> Corfu Channel (UK v. Albania) (Merits) ICJ Reports 1949, 22.

степену прецизности релевантне одредбе. Овај принцип је постао саставни део устава већине цивилизованих земаља света.<sup>37</sup>

Понекад ће се одређена правила препознати као логичне норме процесне природе које постоје природно у сваком правном поредку. Таква правила су толико неопходна да нити један поредак не би могао да функционише без њихове помоћи. Постоје одређене основне концепције које су заједничке сваком правном систему права, један од њих јесте да било који суд неће започети саслушање страна у спору нити ући у меритум случаја ако није надлежан... Утврђивање надлежности, које је опште прихваћено на националним нивоима, није ништа мање прихваћено и обавезујуће и у међународном праву.<sup>38</sup> Овакви закључци су драгоцени и потпуно истинити, на основу њих произлази да није ни неопходно да нека правила буду изричито прописана међународним правом да би могла да буду примењива у конкретном случају. Она би могла, формално, путем примене општих правних начела бити примењива на међународном плану, јер се ради о толико очигледним правилима да се њихова примена практично подразумева. Ово никако не значи да је тиме унутрашње право изнад међународног права, већ да га унутрашње право допуњује, даје му практичну димензију и потребну оперативност када је то потребно.

#### **4. ОПШТА ПРАВНА НАЧЕЛА И МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВО**

Међународно јавно право доживљава еволуцију која је природна и пожељна појава. Она је толико присутна да неки аутори у томе виде опасност од појаве аутономних правних режима у односу на опште међународно право. Ова појава се назива фрагментацијом и појављује се у погледу људских права, међународног кривичног права, хуманитарног права, али у погледу постојања посебних институција које теже да делују аутономно као што је Европска унија. У области међународног кривичног права заиста долази до развоја посебних института, па и специфичних извора права. Тако је често коришћење општих правних начела поводом примене међународног кривичног права када се судије позивају на опште правне принципе међународног кривичног права било да су они већ развијени у међународном праву, или их повлаче из унутрашњих поредака водећих светских правних цивилизација и система.<sup>39</sup> У складу са овим

---

<sup>37</sup> South West African cases, ICJ Reports, 1966, 299.

<sup>38</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Gr. Brit.)*, 1924 P.C.I.J. (ser. A) No. 2, (Aug. 30) (Moore, J., dissenting), 57-59.

<sup>39</sup> *Prosecutor v. Kupreskic et al*, Judgment, Case No. IT-95-16-T, T Ch. II, 14 January 2000, para. 591.

закључцима је и чињеница да је Статут Сталног међународног кривичног суда предвидео општа правна начела као један од извора за доношење пресуда: За случај да се не може применити ниједан од горе поменутих извора, примењују се општи правни принципи које је Суд извео из националних закона светских правних система, а када је то оправдано, и национални закони држава које би иначе биле надлежне поводом конкретног кривичног дела, под условом да ти принципи нису у колизији са овим Статутом, међународним правом и међународно признатим нормама и стандардима.<sup>40</sup>

Овде се може запазити једна специфичност, а то је да су за потребе међународног кривичног права општа правна начела схваћена другачије него што то чини Међународни суд правде у својој пракси. Наиме у Статуту Сталног међународног кривичног суда наводе се начела, то јест принципи, из унутрашњих поредака различитих правних система уколико она предвиђају иста или слична правила, а тек супсидијарно помињу се национални поретци држава које би требало да процесуирају лица оптужена за међународна кривична дела. Ово представља својеврсно унапређење општих правних начела. Традиционално се у општем међународном праву општа правна начела схватају као малопре наведени супсидијарни извор права, јер се под њим подразумевају само начела у вези држава у спору.

Статут Сталног међународног кривичног суда обухвата начела која постоје у различитим правним системима и цивилизацијама. Ад хок трибунал је у предмету Блашкић приметио следеће: пропорционалност казне према тежини кривичног дела је општи принцип кривичног права који је заједнички главним правним системима света.<sup>41</sup> Постоји начелни консензус о томе који су то основни правни системи које је неопходно узети у обзир како би се утврдило опште постојање и потврда неког општег правног начела. То би били следећи системи права: 1. Романско – германски систем; 2. Комон лоу систем; 3. Социјалистички систем; 4. Исламски правни систем; 5. Азијски правни систем.<sup>42</sup> Наравно да ови системи имају унутар себе подсистеме, али су они сврстани на бази неке опште сличности и посебних обележја у односу на друге системе на универзалном плану. Када се ради о примени општих правних начела у области међународног кривичног права, онда би требало консултовати наведене правне системе и утврдити да ли постоји и на који начин се примењује неко правно правило у области кривичног права. Ако се

---

<sup>40</sup> Члан 21. Статута Сталног међународног кривичног суда.

<sup>41</sup> Blaskic, ICTY decision of the president, ICTY Judicial Reports, 1996 I, 796.

<sup>42</sup> M. Cherif Bassiouni, "A Functional Approach to "General Principles of International Law", 11 *Michigan Journal of International Law*, 1990, 812.

утврди да постоји онда не би било препреке да буде примењено као један од релевантних извора.

Примена општих правних начела у међународном кривичном праву не чуди и то из два разлога. Један је везан за временску примену међународног кривичног права. Јасно је да је реч о младој дисциплини, па као што је међународно јавно право током свог настанка, због недовољне изграђености посезало за унутрашњим начелима, тако и данас то чини међународно кривично право. Са друге стране овакво поступање повезано је са специфичном правном природом међународног кривичног права. Ова дисциплина је настала комбинацијом међународног и унутрашњег права, па је у материјалном смислу она у доброј мери ослоњена на унутрашње поредке. Велики део примене ове гране права је препуштен унутрашњем поредку, поред међународног поредка, а основна начела се поклапају.

## 5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Општа правна начела имала су своју историјску улогу и своје оправдање приликом увођења у међународно јавно право. Њихову корисност потврдила је пракса Сталног међународног суда правде, и касније Међународног суда правде. На основу спроведеног истраживања овог питања делује како су после прве фазе када су се општа правна начела примењивала у пракси међународних судова, уследила етапа у којој се сматрало да су она део прошлости. Такви закључци темељили су се на чињеници да се међународно право у међувремену толико изградило путем обичаја и уговора, да више и нема правних празнина које би требало попуњавати путем општих правних начела. Уколико би се и појавила нека правна празнина она би могла да буде попуњена путем примене аналогије из сличне области у којој постоје предвиђена правна правила. Након овог периода, а управо због еволуције и дифузије међународног права, долази до појаве већег броја различитих правних грана и области са специфичним правним правилима. Тако је, рецимо, у области међународног кривичног права дошло до проширења самог појма општих правних начела и то у материјалном смислу. Према слову Статута Сталног међународног кривичног суда општа правна начела подразумевају начела у области кривичног права различитих правних система и цивилизација. То је проширење у односу на предходну примену ових начела од стране Међународног суда правде. Ово је револуционална новина у смислу извора међународног права, па остаје да се види како ће се овај развој одразити на опште међународно право.

Било би корисно да Међународни суд правде прихвати овакав развој општих правних начела јер нема формалне препреке да то не учини у слову сопственог статута. Једина препрека, која није занемарљива ако се

има у виду утицај англосаксонске школе права на овај суд, јесте чињеница да постоји читав низ одлука овог суда које су прихватиле ужу концепцију општих правних начела, а које су представљене у овом раду. Уколико Међународни суд правде ипак одлучи да направи искорак, и ипак прихвати проширење појма општих правних начела, као што је то учињено у области међународног кривичног права, то ће бити велики подстицај у примени права и делимично редефинисање извора општег међународног права, имајући у виду колики ауторитет има Међународни суд правде у међународној заједници. Овакав развој ситуације би оплеменио међународно право упливом начела из основних правних система који чине међународну заједницу и допринео би вишем нивоу демократизације овог поредка.

### Коришћена литература:

#### Књиге и чланци:

- Bos, M., *A Methodology of International Law*, 70 1984, (quoting Permanent Court of International Justice Advisory Committee of Jurists, Procès- Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16 - July 24, 1920.
- Brierly, J. L., H. Waldock ed., *The Law of the Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, Oxford: Clarendon, 1963.
- Brierly, J.L., *The Law of Nations*, 6th ed. 1963.
- C. Laethley, „An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: Has the International Law Commission Missed an Opportunity?“, 40 *N.Y.U.J. Int'l L & Pol.*, 2007.
- Cheng, B., *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens, 1953.
- Cherif Bassiouni, M., “A Functional Approach to "General Principles of International Law “, 11 *Michigan Journal of International Law*, 1990.
- Degan, V. Đ., *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff, 1997.
- Oppenheim, L., *International Law*, 9th Ed., Vol. 1.
- S. Bleicher, “The Legal Significance of Re-citation of General Assembly Resolutions”, 63 *AM. J. INT'L L.*, 1969.
- Thirlway, H., *The Sources of International Law*, in M.D. Evans, *International Law*, Oxford University Press, 2003.
- Verzijl, J. H. W., *International Law in Historical Perspective*, Vol. I, Leiden, Sijthoff, 1968.
- Деган, В. Ђ., Међународно право, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, 2000.



**Судске одлуке, одлуке међународних тела и организација,  
конвенције:**

Annexes - Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session, 1 May-2 June and 3 July-4 August 2017.

Application for Review of Judgment No. 158 of the UN Administrative Tribunal (1972- 73), ICJ Advisory Opinion of 12 July 1973, ICJ Rep., 1973.

Blaskic, ICTY decision of the president, ICTY Judicial Reports, 1996 I.

Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), ICJ Rep.1960.

*Case Concerning the UN Administrative Tribunal*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1954.

*Chorzow Factory case*, PCIJ Series A, No. 9.

Corfu Channel (UK v. Albania) (Merits) ICJ Reports 1949.

Dissenting Opinion by Judge Tanaka, in *South West African Cases*, ICJ Report, 1966.

First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur, International Law Commission Sixty-eighth session Geneva, 2 May-10 June and 4 July-12 August 2016.

International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Second Session, U.N. GAOR, 55th Sess., Supp. (No. 10) at 144, U.N. Doc. A/55/10 (2000).

*Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne*, Advisory Opinion, PCIJ Series B, No. 12.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), 1996, ICJ Rep 226, Dissenting Opinion of Higgins J..

Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Gr. Brit.), 1924 P.C.I.J. (ser. A) No. 2, (Aug. 30) (Moore, J., dissenting).

Nuclear Tests (Austl. v. Fr.), 1974 I.C.J. (Dec. 20).

*Nuclear Tests (Australia v. France) case*, ICJ Reports 1974.

Permanent Court of International Justice. See Advisory Committee of Jurists. Procès -Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th, 1920, The Hague 1920, 306, 333; League of Nations, the Records of the First Assembly, Meetings of the Committee, I, Geneva 1920.

*Prosecutor v. Kupreskic et al*, Judgment, Case No. IT-95-16-T, T Ch. II, 14 January 2000.

*Right of Passage over Indian Territory*, Merits Judgement, ICJ Reports 1960.

South West African cases, ICJ Reports, 1966.

Status of South-West Africa case, ICJ Rep. 1950.

Конвенција о уговорном праву.

Повеља Уједињених нација

Преузето из Chapter IV – Report of the International Law Commission: Sixty – ninth session, 2017, Annexes, General Principles of law, A/72/10, *Arakas (The Georgios) Case* (1927), Greco-Bulgarian Mix. Arb. Trib., 7 Rec. des Décisions des Trib. Arb. Mixtes Institués par les Traités de Paix, 43-45 (on *audiatur et altera pars*); *Turnbull, Manoa Co. Ltd., Orinoco Co. Ltd. Cases* (1903), U. S.-Venezuelan Mix. Cl. Comm., Ralston and Doyle, Venezuelan Arbitrations of 1903, etc. 200 at 244 (1904) (on *Nemo Judex in sua propria causa*); *Rio Grande Case* (1923), Nielsen, American and British Claims Arbitrations under the Special Agreement concluded between the U. S. and Great Britain, Aug. 18, 1910, 332, at 342 (1926) (on *competence-competence*); *Valentiner Case* (1903), German-Venezuelan Mix.Cl. Comm., Ralston and Doyle, Venezuelan Arbitrations of 1903 etc. 1904.  
Статут Сталног међународног кривичног суда.

**Bojan MILISAVLJEVIĆ, Ph.D**

Full Professor, Law of Faculty University of Belgrade

## **GENERAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW**

### **Summary**

General principles of law are intriguing and insufficiently precisely defined source of international public law. The paper discusses the evolution of the general principles of law, the relationship with the principles of international law as well as their connection. Particular importance is reflected in the survey of case law, as the International Court of Justice, and criminal courts regarding the application of the general principles of law.

The author analyzes the relationship between the general principles of law with treaties and customary law and shows that they are not in collision, but rather, may represent a symbiosis. The paper has been proven that some of the principles of general international law and leaning directly connected with the general principles of law recognized by civilized nations as a principle of good faith, justice, equality, and the principle of abuse of rights. The significance of these principles can be seen in the fact that the International Law Commission recently included this issue on the agenda.

In this article the author indicates the partial fragmentation on this issue when it comes to international criminal law. It was the development of this branch of law led to the transformation of general legal principles and their application more flexible. The author shows how the general principles designed differently in international criminal law and provides for the possible impact of the redefinition of the law sources in the framework of general international law.

**Key words:** *General Principles of International Law, Evolution;*



**Драган БАТАВЕЉИЋ\***

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

**Мр Ратомир АНТОНОВИЋ\*\***

Факултет за право, безбедност и менаџмент "Константин Велики"

Универзитет "Унион Никола Тесла", Београд

**Драган ИЛИОСКИ\*\*\***

Дипломирани правник, "Зенит лизинг ДОО", Београд

## ПРАВНИ АСПЕКТИ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

**Апстракт:** Право на здраву животну средину је једно од елементарних људских права, које припада сваком живом човеку. Животна средина је оно што окружује људе и што непосредно утиче на њихов живот, здравље и квалитет живота (природно окружење сваке живе јединке на нашој планети). Међутим, највише захваљујући деловању самог човека, животна средина је у великој мери нарушена, угрожен је живот других живих бића - биљака и животиња. Велики фабрички и индустријски комплекси су допринели вишедеценијском уништавању и загађивању животне средине, што је оставило и свакодневно оставља драстичне последице по живот и здравље људи. Данас су еколошки чисте животне средине права реткост и представљају богатство, које се мора штитити од даље експанзије еколошког уништавања.

Наша земља се, доскоро, могла похвалити изузетним животним условима и стањем животне средине. Републику Србију је највише угрозило противправно агресорско деловање НАТО алијансе, која је, без поштовања правних, људских и моралних норми, бомбардовала нашу земљу 1999. године пројектилама са осиромашеним уранијумом. Од тог тренутка, Република Србија је постала небезбедно место за живот, с обзиром на стање животне средине.

**Кључне речи:** *животна средина, Република Србија, НАТО агресија, осиромашени уранијум, канцерогена обољења.*

---

\* Редовни професор

\*\* Сарадник у настави

\*\*\* Привредник

## УВОД

Заштита животне средине данас представља један од најтежих и најодговорнијих задатака за савремену цивилизацију. Развој друштва, нови техничко-технолошки изуми и велики индустријски напредак, довели су до занемаривања једног врло важног аспекта-екологије. У циљу обезбеђивања техничког напретка и континуираног технолошког прогреса, човек је запустео и угрозио животнусредину, исту маргинализовао, а често и жртвовао ради неких других интереса. Претежно су то интереси економске и материјалне природе, усмерени ка стицању богатства за поједине слојеве друштва. Са друге стране, несавесно су уништавани водотокови, ваздух и земљиште, што је директно утицало на живи свет на нашој планети - људе, животиње и биљке. Поједине биљне и животињске врсте су изумрле или су на путу изумирања, док је човечанство на озбиљном тесту опстанка и преживљавања.

Животна средина би се могла дефинисати као окружење, са којим је човек директно или индиректно повезан.<sup>1</sup>

Током дугог пута развоја људског друштва, човек је настојао да природу подреди својим потребама. У почетку, он је настојао да, користећи плодове природе, олакша и унапреди свој живот, али је, увиђајући да му природа може пружити доста тога, почео да се према природи односи нихилистички, без икаквих обзира, у потпуности је починивши себи. Нагли развој и настанак индустријске производње, изградња хидроцентрали и нуклеарних потројења, експлоатација рудног богатства и друго, само су неки од видова угрожавања животне средине данас. Међутим, посебно место у угрожавању животне средине заузима војна индустрија, потом производња оружја за масовно уништење, оружја на нуклеарни погон и оружја која у себи садрже штетне састојке опасне, и по људе, и по животну средину. Ту, такође, треба навести и одређене војне експерименте и лансирања разноврсних пројектила иракета у циљу истраживања у свемиру.

## 1. ГЛОБАЛНИ ЕКОЛОШКИ ПРОБЛЕМИ

Негативан и неодговоран однос човека према животној средини (посебно у XX веку), већ је почео да даје своје горке плодове. На глобалном нивоу, настају промене чије су последице катастрофалне

---

<sup>1</sup>М.Месаровић, *Заштита и управљање квалитетом животне средине*, Енергопројект, број 1/2, Београд. 1991, 3-9.

инеминовно погађају све слојеве становништва и све државе, без обзира на њихову економску и политичку моћ. Тако је шездесетих година прошлога века настао Еколошки покрет, чија је основна карактеристика брига о заштити животне средине. Настао је под утицајем тзв. "зелених покрета", невладиних и политичких организација еколошке оријентације.

Данас је један од најактуелнијих еколошких проблема, управо, глобално загревање, под којим се подразумева повећање просечне температуре земљине атмосфере и океана, као и пратежи климатски ефекти. Услед тога, дошло је до подизања температуре у свим деловима света за 0,8 степени у просеку, аузрок том проблему треба тражити у повећаној концентрацији загађујућих гасова насталих сагоревањем фосилних горива и екстремним крчењем шумских површина. Услед глобалног загревања настају опасне климатске промене, подиже се ниво мора, проређују се атмосферске падавине, шире се пустињске површине и повећава се киселост мора. Климатске промене се огледају у настанку метеоролошких феномена, као што су екстремне суше, настанак топлотних валунга, екстремни ветрови, екстремне атмосферске падавине и појаве учесталијих непогода, чак и у подручјима која по томе нису карактеристична. Такође, услед глобалног загревања, поједине биљне и животињске врсте изумиру, јер нису у могућности да се адаптирају (прилагоде) новонасталим околностима.

Услед раста температуре, који ће до краја овог века бити до чак 6,4 степена, према неким проценама,<sup>2</sup> долази до убрзаног отапања ледених површина на половима, што доводи до пораста водостаја океана и измене режима природних водотокова, угрожава се биолошка функционалност екосистема водених и мочварних подручја, долази до плавлјења природних обалских подручја, угрожава се животни процес рибљих и других животињских врста, чији живот је везан за водене површине, као што су водоземци, гмизавци и акватичке биљке. По питању климатских промена, које су такође резултат глобалног загревања, у протеклих педесет година су забележене бројне екстремне метеоролошке ситуације. Тако на пример, значајно су смањене атмосферске падавине, повећан је број сушних дана, што је за последицу имало појаву пустињских површина на пределу Јужне Европе, Азије, Африке, Канаде и Аљаске. Такође, интензивирани су тропске олује - урагани, који се чешће појављују, са далеко јачим интензитетом и дужином њиховог трајања. Тако су се урагани четврте и пете категорије, од 1970. године до данас, јављали 75% више него раније.

---

<sup>2</sup>Д. Цветковић, С.Ђорђевић, Т.Кукобат, М.Николић, *Адаптације на климатске промене у оквиру биодиверзитета у Републици Србији*, Животна средина ка Европи, Привредна комора Србије, Београд, 2014, 135-140.

## 2. НАТО АГРЕСИЈА НА СРЈ КАО ЕКОЛОШКИ ПРОБЛЕМ

НАТО алијанса је у пролеће 1999. године, без икаквог правног основа, уз кршење свих правних моралних норми, противно правилима међународног права, без одлуке Савета безбедности, бомбардовала тадашњу Савезну Републику Југославију (СРЈ). Бомбардовање је извршено од стране Савеза, који је тада чинило 19 земаља. Тадашњи Генерални секретар НАТО алијансе, Хавијер Солана, без одобрења Савета безбедности УН-а је, противно свим принципима међународног права, 23. марта 1999. године издао налог да се отпочне са бомбардовањем СРЈ. Тиме је наметнут рат независној, сувереној европској држави, грубим кршењем основних принципа међународног права (а, пре свега, Повеље УН-а и Завршног документа из Хелсинкија), чиме је обесмишљено свако образложење агресије и позивање на "хуманитарне разлоге" Запада на челу са САД.<sup>3</sup> Отимањем Косова и Метохије од Србије, створени су услови убрзане експанзија САД/НАТО/ЕУ на исток и милитаризацију Европе.

Током агресије уз ангажовање 19 чланица НАТО алијансе, убијено је, према незваничним проценама, између 1.200 и 4.000 цивила (најчешће се наводи око 2.500), а рањено око 6.000 грађана.<sup>4</sup> Један од извора на који се, сматрамо, оправдано можемо ослонити, јесте изјава бившег премијера Републике Србије, Мирка Цветковића, који је поводом обележавања једанаестогодишњице бомбардовања изнео податак да је страдало 1.002 војника и полицајца и око 2.500 цивила, од којих 89 деце. Ракетама и бомбама НАТО оштећено је 25.000 кућа и стамбених зграда и уништено 470 километара путева и 595 километара железничких шина. Оштећено је 14 аеродрома, као и 19 болница, 20 домова здравља, 18 вртића, 69 школа, 176 споменика културе и 44 моста, док је још 38 мостова било потпуно уништено. Потпуно је разорио 7 индустријских и привредних објеката, 11 енергетских постројења, 28 радио и ТВ-репетитора, 29 манастира и 35 цркава. Изведено је 2.300 налета у нападима на 995 објеката по Србији, док је 1.150 борбених авиона испалило скоро 420.000 пројектила укупне

---

<sup>3</sup> М. Geinstlinger, *Attack on the FRY - Attacks on International Public Law*, Faculty of Law, University of Niš, 2000, 7-10.

<sup>4</sup> Држава Србија никада није формира Комисију за утврђивање тачног броја погинулих и рањених, како војних, тако и цивилних жртава. Сматрамо да је такво понашање званичних институција Републике Србије од 1999. године, па све до данас, непримерено и несхватљиво, јер нису успеле да утврде, чак ни приближан број ових жртава!? Зато се, у различитим изворима, налазе веома различити подаци и они, отуда, збуњују све оне који желе да сазнају истину, изазивајући наверицу да се тако неодговорно односимо према жртвама нато бомбардовања.



маса од 22.000 тона. НАТО је испалио 1.300 крстарећих ракета, бацио 37.000 касетних бомби које су убиле око 200 људи и повредиле још неколико стотина.

Коришћени су пројектили пуњени осиромашеним уранијумом који трајно угрожава земљиште, воду и ваздух, улази у ланац исхране и изазива далекосежне последице по здравље људи и живих бића уопште. Србија је током бомбардовања засипана и другим отровима а контаминацији су допринела и оштећења индустријских постројења. Дејство загађивача резултирало је чињеницом да је данас Србија прва у Европи по броју оболелих и умрлих од малигних болести у дечијем узрасту. Ово је био тихи атомски рат, чије последице ћемо сагледати за 600 година. Уништена је једна трећина електроенергетских капацитета у земљи, бомбардоване су две рафинерије нафте, у Панчеву и Новом Саду, а снаге НАТО употребиле су први пут и такозване графитне бомбе нарушавајући функционисање електроенергетског система. НАТО је свесно лишавао снабдевања струјом домаћинства, болнице, породилишта, дечје вртиће, пекаре, приватне стамбене објекте и друге, искључиво цивилне објекте, у служби грађана и цивилног становништва.

Дакле, НАТО је свесно употребљавао средства борбе која су забрањена, потом пројектиле који могу оставити трајне и катастрофалне последице по становништво, биљни и животињски свет на подручју тадашње СРЈ, услед чињенице да у себи садрже осиромашени уранијум, који је подобан да изазове најтеже облике обољења, са смртним исходима. Ако изузмемо наведене циљеве политичке природе, основни и главни циљ НАТО интервенције над СРЈ је јасан. То је трајно истребљење становништва који живи на тлу тадашње СРЈ, са одложним дејством, колико је уранијуму потребно да се разложи у атмосфери и почне са својим штетним деловањем на жива бића и животну средину. Том приликом је бачена велика количина осиромашеног уранијума на СРЈ, а према неким прелиминарним проценама, она износи око 15 тона.<sup>5</sup> Иначе, осиромашени уранијум је материја токсичног и радиоактивног карактера. Користи се за потребе нуклеарних реактора, у сврхе нуклеарног енергента, али и за производњу нуклеарног оружја. Код људи изазива мутацију гена и канцерогенезу. Чак и мале дозе јонизујућег зрачења уранијума су подобне да изазову ове мутације, а период за настанак првих симптома је од 15 до 20 година од првог контакта са уранијумом.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup>А.Голубичанин, *Угрожавање животне средине СРЈ током НАТО агресије – са посебним освртом на осиромашени уранијум*, Факултет безбедности Универзитета у Београду, 2015, 25-35.

<sup>6</sup>Р.Антоновић, *Удружени злочиначки подухват НАТО земаља према СРЈ*, Адвокатска комора Ниш, Ниш, 2018, 44-52.

Све до данас је вршена најгора могућа пропаганда, у циљу скривања истине, али и поред тога, грађани Србије сваким даном све више увиђају погубност наведене агресије по животну средину, а самим тим и по њихово здравље. Због тога, све мање верују у "званична" истраживања и изјаве, како представника Уједињених нација и Светске здравствене организације, тако и представника најреферентнијих здравствених организација у Републици Србији (чак и оно мало информација које се од њих добију, често пута су потпуно различите и збуњују грађане). Наравно, овде треба указати на чињеницу да се садашња ситуација и велико загађење животне средине, не може повезати директно само са бомбардовањем, јер није само наведена агресија крива за све, али је несумњиво ова акција НАТО алијансе имала изузетно велику негативну улогу. Наиме, моћна авијација овог војног савеза је у даноноћним налетима на Србију, потрошила толику количину кисеоника, колико сва жива бића у нашој земљи потроше за 50 година.<sup>7</sup> Такође, на загађивање животне средине је, посебно, утицала чињеница да је око 3.800.000.000 килограма земље избачено из свог лежишта, што је, несумњиво проузроковало огроман број клизишта.

### 3. ЕКОЦИД У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Бомбардовање Савезне Републике Југославије које је трајало пуних 78 дана, слободно се може назвати геноцидом и ратним злочином, који, као што знамо, никада не застаревају као кривична дела. Међутим, овде се основано може поставити питање екоцида, а оно што треба одмах нагласити, јесте чињеница да овај израз представља нову реч, која још увек није у потпуности постала део активног говора и представља кованицу од грчке речи *oikos* (кућа) и латинске речи *cedere* (сећи, убијати, разорити). Наведени термин је први пут почео да се користи 60-их година XX века, када су током рата у Вијетнаму, америчке снаге користиле у једној злочиначкој операцији хербицид *Agent Orange (Herbicide Orange)* и друге биљне отрове, са циљем да помоћу ових хемијских средстава "очисте" џунглу и да тако одузму природни заклон вијетнамским герилцима.

Као најприхватљивија дефиниција екоцида, може се прихватити она која под овим делом подразумева потпуно разарање неког подручја људском делатношћу, посебно хемијским и биолошким средствима, која у

---

<sup>7</sup>Д. Грујичић, *Искрено о последицама нато бомбардовања: "Недају нам да кажемо истину!"*, доступно на интернет адреси: <http://www.balkanuzivo.net/dr-danica-grujicic-iskreno-o-posledicama-nato-bombradovanja-ne-daju-nam-da-kazemo-istinu/>, задњи пут посећено: 20.2.2017. године.

потпуности мењају постојеће екосистеме и шуме претварају у мртва подручја. Управо, због тога, последњих неколико деценија постоји изузетно настојање разних еколошких покрета и бројних активиста који се баве заштитом животне средине да екоцид (као и геноцид) постане посебно кривично дело и да добије статус специфичне врсте злочина против човечанства и мира у свету, а самим тим, да постане и саставни део међународног кривичног права. Сви ови покушаји, нажалост, до сада нису наишли на разумевање од стране одговарајућих институција, али то не значи да треба стати и одустати од наведених захтева. Напротив, сигурни смо да ће ова иницијатива, пре или касније, уродити плодом, јер се човечанство налази, када је у питању заштита животне средине и очување околине у којој човек живи, на ивици еколошке катастрофе планетарних размера.<sup>8</sup>

Институт за медицину рада ВМА у Београду, Институт за јавно здравље Србије "Др Милан Јовановић Батут" и друге референтне медицинске установе у нашој земљи редовно прате здравствено стање становништва и о томе обавештавају јавност. Биолошки аспекти бомбардовања Савезне Републике Југославије, тј. ефекти деловања осиромашеног уранијума на живу силу и цивилно становништво, као последица еколошке катастрофе, су застрашујући. Наиме, како време пролази и како је наступио период инкубације (бројни стручњаци су, већ током агресије, указивали да је то 15 и више година), све више долази до дугогодишњих генетских и канцерогених промена, које су проузроковане радиоактивним загађењем човекове околине.

#### 4. УЛОГА И ЗНАЧАЈ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Животна средина и њена заштита све више постају предмет интересовања права и правне науке, што је нарочито подстакнуто значајем очувања здраве животне средине по човечанство и његов опстанак. Стога, све су чешће појаве да се одређене радње према природи инкриминишу и сакционишу. Исто тако, јавља се једна релативно нова правна грана, а то је еколошко право. Еколошко право се не бави само животном средином, већ има шире поље деловања и регулише питања свих фактора и услова од утицаја на постојање и развој организама или скупа организама, као и очување њихових парцијалних станишта. Развој еколошког права се везује за седамдесете године прошлог века, кад долази до постепеног буђења еколошке свести и доношења првих нормативних

---

<sup>8</sup>Сведоци смо свакодневних акцидената, који имају несагледиве последице, не само на ужу територију њиховог настанка, већ и надруге земље, удаљене по неколико хиљада километара.

аката који су уређивали питање заштите животне средине. Шведска је донела први закон овакве садржине 1969. године, Закон о заштити животне средине, чиме је начињен крупан корак у развоју ове гране права. Еколошко право нема национални карактер и није његова примена везана за било коју државу или национално законодавство. Примењиво је на читавој територији планете Земље, те се стога може рећи да има наднационални или међународни карактер. Зато је, између осталог, тема екологије и заштите животне средине, врло често на радним столовима међународних организација, као што су Уједињене нације, Савет Европе, Европска унија и томе слично.

Међу најзначајнијим међународним актима из ове области, свакако се могу уврстити Штокхолмска декларација и Декларација из Рија. Штокхолмска декларација Уједињених нација о човековој околини је донесена 1972. године. Њоме се дефинише да је човек уједно и производ, али и стваралац своје околине, која му даје физичка средства за живот и омогућује му интелектуални, морални, друштвени и духовни напредак. Животну средину ова Декларација одређује као невидљиву целину различитих фактора који чине услове за одвијање живота на Земљи и сам живот. То је успешан спој разноврсних елемената, који се дешавају искључиво на нашој планети у оквиру Сунчевог система.<sup>9</sup> Декларација из Рија је правни акт настао 1992. године у Рио де Женеиру и представља документ састављен од 27 принципа, чија се основна улогасастоји у усмеравању држава у развоју.

## **5. ЗАШТИТА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**

Када је реч о Републици Србији, треба рећи да наша земља чврсто стоји на становишту заштите животне средине, која је гарантована и највишим општим правним актом. Наиме, право на здраву животну средину је прокламовано важећим Уставом Републике Србије<sup>10</sup> из 2006. године, који у члану 74. истиче да "свако има право на здраву животну средину и на благовремено и потпуно обавештавање о њеном стању. Свако, а посебно Република Србија и њене аутономне покрајине, одговарају за заштиту животне средине. Дужност је свакога да чува и побољшава животну средину". Такође, Кривични законик Републике

---

<sup>9</sup>Б.Вучковић, *Заштита животне средине – кривичноправни аспекти*, Теорија и пракса, година 31, број 7/9, 2014, 59-70.

<sup>10</sup>"Службени гласник РС", бр. 98/2006.

Србије<sup>11</sup> у глави Двадесет четвртој, обрађује кривична дела против животне средине. У ову категорију кривичних дела спадају: 1) загађење животне средине; 2) непредузимање мера заштите животне средине; 3) противправна изградња и стављање у погон објеката и постројења која загађују животну средину; 4) оштећење објеката и уређаја за заштиту животне средине; 5) оштећење животне средине; 6) уношење, оштећење, изношење у иностранство и уношење у Србију заштићеног природног добра; 7) уношење опасних материја у Србију и недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење опасних материја; 8) недозвољена изградња нуклеарних постројења; 9) повреда права на информисање о стању животне средине; 10) убијање и злостављање животиња; 11) преношење заразних болести код животиња и биљака; 12) несавесно пружање ветеринарске помоћи; 13) производња штетних средстава за лечење животиња; 14) загађење хране и воде за исхрану, односно напајање животиња; 15) пустошење шума, шумска крађа, незаконит лов и незаконит риболов.

Кривични законик Републике Србије наведеним кривичним делима посвећује значајан део свог текста, са тенденцијом приказивања казнене политике Републике Србије у случају угрожавања животне средине и навођења санкција разноврсних појава њеног угрожавања. Из наведеног се може закључити да је законодавац обухватио позитивно-правним нормама широк спектар дела која се односе на угрожавање животне средине, али је евидентно присутна блага казнена политика, што починиоцима ових дела, свакако, омогућава поступање на еколошки неодговоран начин. С друге стране, врло је велики број ових кривичних дела, са разлога што већина њихових починилаца не буде уопште откривена и санкционисана.

## ЗАКЉУЧАК

Заштита животне средине је, данас, постала апсолутни императив, јер се очувањем животне околине штити живот човека на Земљи, као и опстанак свих других живих бића на њој. Да људи нису одувек имали рационалан однос према животној средини, говоре и чињенице да је дошло до великог нарушавања баланса у природи, да су наступиле неповољне климатске промене на глобалном плану, да у много делова света више нема питке воде, да су у великој мери загађени земљиште и ваздух, као и да су услови живота екстремно лоши. Ове негативне појаве

---

<sup>11</sup>"Службени гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

су у тесној повезаности са друштвеним, привредним и технолошким развојем, са интензивном моторизацијом и емисијом штетних гасова у атмосферу. Тзв. ефекат "стаклене баште", који је изазван том емисијом је главни узрочник еколошких и климатских проблема. Његове последице почињу, већ сада, да се учачају, а кулминација се очекује крајем XXI века, када ће доћи до драстичног пораста температуре и отапања полова, што ће озбиљно угрозити живот на нашој планети.

Уколико се осврнемо на стање животне средине у Републици Србији, морамо констатовати да је наша животна средина озбиљно нарушена непријатељским и злочиначким деловањем НАТО алијансе током пролећа 1999. године, кад је на нашу земљу изручено неколико тона пројектила обогаћених осиромашеним уранијумом. Наиме, поред ових уранијумских пројектила, на СРЈ су бацане и строго забрањене касетне бомбе, као и још недовољно истражене графитне бомбе. Такође, бомбардовање појединих објеката је изазвало несагледиву штету по животну средину и ту се мисли, пре свега, на комплексе хемијске индустрије у Новом Саду, Панчеву, Шапцу, Баричу, рафинерије у Новом Саду и Панчеву, трафое из којих је исцурио опасни пирален, као и индустријске комплексе у Крагујевцу, Чачку, Краљеву, Београду, Новом Саду, Нишу и другим градовима у Србији.

Да последице овог злочиначког деловања НАТО-а постоје, неумитно говоре статистички подаци о броју оболелих људи у Србији од најтежих канцерогених обољења, потом број тек рођене и тешко болесне деце, која се рађају са тешким обликом генске мутације, која узрокује тешке аномалије и болести, потом број брачних парова који имају проблем са стерилитетом, као и све већи број изразито младих жена са тумором дојки и младића са тумором тестиса. Ови проблеми су у целој Србији присутни, уз знатно већи број на територији јужне српске покрајине, Косова и Метохије и јужној Србији.

Дакле, сви ови подаци и прогресија ових болести, која је евидентна у односу на период пре 1999. године, јасно указује на то да је НАТО алијанса извршила злочин над тадашњом СРЈ и њеним грађанима. Зато се коаутори овог рада залажу да се деловање те међународне алијансе назове правим именом, а то је геноцид, односно екоцид.

## ЛИТЕРАТУРА

А. Голубичанин, *Угрожавање животне средине СРЈ током НАТО агресије – са посебним освртом на осиромашени уранијум*, Факултет безбедности Универзитета у Београду, 2015.

Б. Вучковић, *Заштита животне средине – кривичноправни аспекти, Теорија и пракса*, година 31, број 7/9, 2014.

Д. Батавेलјић, М.Лутовац, *Правни и еколошки аспекти НАТО агресије на СРЈ 1999. године*, Правни живот, година 65, књига 583, број 9, 2016.

Д. Батавелјић, *НАТО бомбардовање као узрок настанка екоцида у Републици Србији*, Правни живот, број 9, књига 599, година 66, 2017.

Д.Грујичић, *Искрено о последицама нато бомбардовања: "Не дају нам да кажемо истину!"*, доступно на интернет адреси: <http://www.balkanuzivo.net/dr-danica-grujicic-iskreno-o-posledicama-nato-bombradovanja-ne-daju-nam-da-kazemo-istinu>.

Д. Цветковић, С. Ђорђевић, Т.Кукобат, М. Николић, *Адаптације на климатске промене у оквиру биодиверзитета у Републици Србији, Животна средина ка Европи*, Привредна комора Србије, Београд, 2014.

З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, "Службени гласник", Београд, 2018.

*Кривични законик Републике Србије*, "Службени гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014. и 94/2016.

М. Анђелковић – Лукић, *Дарови Милосрдног анђела*, Балканија, Нови Сад, 2015.

М.Geinstlinger, *AttackontheFRY - AttacksonInternationalPublicLaw*, FacultyofLaw, UniversityofNiš, 2000.

М. Месаровић, *Заштита и управљање квалитетом животне средине*, Енергопројект, број 1/2, Београд, 1991.

Р. Антоновић, *Удружени злочиначки подухват НАТО земаља према СРЈ*, Адвокатска комора Ниш, Ниш, 2018.

*Устав Републике Србије*, "Службени гласник РС", бр. 98/2006.

**Dragan BATAVELJIĆ**

Full Professor, Law of Faculty University of Kragujevac

**Mr Ratomir ANTONOVIĆ**

Faculty of Law, Security and Management "Konstantin Veliki" University  
"Union Nikola Tesla", Belgrade

**Dragan ILIOSKI**

Bachelor of Laws, "Zenit Leasing DOO", Belgrade

**LEGAL ASPECTS OF ENVIRONMENTAL  
PROTECTION IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

**Summary**

The right to a healthy environment is one of the elemental human rights that belong to every living person. Environment is what surrounds people and which directly affects their life, health and quality of life (the natural environment of every living creature on our planet). However, most of all, thanks to the action of man, the environment is greatly damaged, the life of other living beings - plants and animals - is endangered. Large industrial and industrial complexes have contributed to the decades-long destruction and pollution of the environment, leaving it and leaving drastic consequences on the life and health of people on a daily basis. Today, ecologically clean environments are a rarity, and they represent wealth, which must be protected from further expansion of ecological destruction.

Our country has been able to boast exceptional living conditions and the state of the environment. The Republic of Serbia was the most affected by the unlawful aggression of the NATO alliance, which, without respecting legal, human and moral norms, bombed our country in 1999 with depleted uranium missiles. From that moment on, the Republic of Serbia has become an unsafe place for life, considering the state of the environment.

**Key words:** *nature, health, environment, FR Yugoslavia, Serbia, NATO aggression, depleted uranium, carcinogenic diseases.*



**Зоран ЈОВАНОВСКИ<sup>1</sup>**

Војна академија „Генерал Михаило Апостолски“, Скопље,  
Република Северна Македонија

**д-р Елена ИВАНОВА<sup>2</sup>**

Министарство одбране, Скопље, Република Северна Македонија

## УТИЦАЈ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЉУДСКА ПРАВА НА НАЦИОНАЛНО ПРАВО И ПРАКСУ

**Апстракт:** Европска конвенција за заштиту људских права, заједно са 16 протокола је најзначајнији документ донесен од стране Савета Европе и има важну улогу у обезбеђивању гаранција људских права, њихово поштовање и ефикасну заштиту у пракси. ЕКЉП се примењује на свим територијама које су под јурисдикцијом држава које су исту потписале. Међутим, да би обезбедила своје заштитне гаранције за све државе, од највеће важности је њена доследна примена, посебно с обзиром да 47 држава-чланица Конвенције имају различите правне системе и методе њене имплементације. Најефективнија заштита људских права се обезбеђује на националном нивоу од стране националних судова и судија. Они утврђују факте случаја и тумаче уредбе националног закона на свим нивоима њихове јурисдикције на начин на који је прописано у националном праву. Јединствен и стални систем за контролу и заштиту конвенцијских одредби је Европски суд за људска права. Он има корективну улогу у националним пресудама само када њихова очигледна неконзистентност води до правне несигурности грађана. Свако што сматра да су повређена његова права, може да поднесе жалбу, ако су исцрпљена сва правна средства на националном нивоу.

У раду ће бити обухваћен начин извршавања стразбуршких пресуда и потреба за усклађивањем ЕКЉП-а са националним правним системима, као и импакт код држава чланица које су потписале ЕКЉП.

**Кључне речи:** *Европска конвенција, национално право и пракса, Европски суд за заштиту људских права, усклађеност.*

---

<sup>1</sup> Ванредни професор, [zoranjovanovski43@gmail.com](mailto:zoranjovanovski43@gmail.com)

<sup>2</sup> [percinkova@yahoo.com](mailto:percinkova@yahoo.com)

## **1. ГЕНЕЗА, ФОРМА И РЕФОРМЕ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА**

Европска конвенција за заштиту људских права (убудуће у тексту: ЕКЉП) представља међународни инструмент за заштиту фундаменталних грађанских и политичких слобода у европским демократијама, опредељени за спровођење владања права. ЕКЉП је реакција на озбиљне повреде људских права које су се догађале у време Другог светског рата. Циљ ЕКЉП-а је био да послужи као аларм за навремену акцију за спречавање масовних повреда људских права.

ЕКЧП је потписана у Риму 4. новембра 1950 године од стране тадашњих 12 држава од укупно 15 чланица Савета Европе, а ступио је на снагу 3. септембра 1953 године. У овом моменту, 47 држава је ратификовало ЕКЉП. Иста се примењује на свим територијама које су под јурисдикцијом држава које су потписале конвенцију. Територијално дејство је утврђено чланом 56 Европске конвенције за заштиту људских права.

ЕКЉП представља први корак у спровођењу права предвиђених у Универзалној декларацији за људска права Уједињених нација од 1948 године. Тиме је постигнуто даље остваривање и одржавање људских права и основних слобода. Као допуна каталога са грађанским и политичким правима, ЕКЉП је поставио механизам за спровођење обавеза пренесених од договорне државе.

ЕКЉП је структурирана у три дела. Иста почиње преамбулом. У првом делу: Права и слободе, је дат опис и дефиниција права и слобода. У другом делу: Европски суд за људска права, регулише се постављеност и поступак пред судом, а у трећем делу: Опште одредбе, се састоји од прелазних и завршних одредби укључујући резерве, територијалну примену одредби, као и саму ратификацију. Права и садржина које се нотирају у првом делу су: члан 2 - право на живот, члан 3 - забрана мучења, члан 4 - забрана ропства и принудни рад, члан 5 - право на слободу и безбедност, члан 6 - право на правичан судски поступак у разумно време (фер суђење), члан 7 - слобода од кажњавања без закона и забрана ретроактивног дејства, член 8 - право на поштовање приватности и породични живот, члан 9 - слобода мишљења, свести и вере, члан 10 - слобода изражавања, члан 11 - слобода окупљања и удруживања, члан 12 - право на брак, члан 13 - право на ефикасни правни лек, член 14 - забрана дискриминације.

Првобитан текст се допуњује и мења протоколима, који представљају посебне међународне договоре, отворене за приступ за државе које су потписале ЕКЉП, а то су следећи: протокол бр.1: члан 1 - заштита властништва, члан 2 - право на образовање, члан 3 - слободни

избори, протокол бр.4: члан 1 - забрана лишења слободне због дуга, члан 2-слобода кретања, члан 3 - забрана протеривања сопствених држављана, члан 4 - забрана колективног протеривања странаца, протокол бр.6: члан 1- забрана смртне казне, протокол бр.7: члан 1 - протеривање странаца, члан 2 - право за двостепеност у кривичном поступку, члан 3 - право на накнаду штете у случају судске заблуде, члан 4 - право да се не буде осуђен или кажњен два пута за исто дело, члан 5 - једнакост међу супружницима, протокол бр.12: генерална забрана дискриминације, протокол бр.13: забрањује се смртна казна у свим условима. Одредбе од протокола бр.2,5,8 су биле саставни део од ЕКЉП све до ступања на снагу протокола 11. Ови протоколи се не примењују, као и протокол бр.10 откад је донесен протокол бр.11.<sup>3</sup>

Од ступања на снагу ЕКЉП, усвојено је 16 протокола. Уопште са постојањем ЕКЉП извршена је реформа у заштити људских права на међународном нивоу преко Европског суда за људска права (у даљем тексту:Суд). Основан у Стразбуру као судски орган ЕКЉП-а, са циљем да надгледа усаглашеност страна договорених Конвенциом. У односу на 14-ти протокол (потписан у јануару 2010 године од стране Руске Федерације) исти ће формирати Европски суд за људска права, са чим ће омогућити Суду да се справи са много незавршених случајева. Протоколи 1,4,6,7,12 и 13 су додали нова права и слободе на оне већ гарантоване ЕКЉП-ом, док, протокол бр.2 је доделио Суду овлаштење за давање саветодавних мишљења. Протокол бр.9 је обезбедио појединачним подносиоцима захтева да изложе своје случајеве пред Судом, што је предмет ратификације одговорне државе и прихваћање скининг-панелом. Протокол бр.11 је реструктурисао машинерију за спровођење. Протоколи бр.15 и 16 још увек нису ступили на снагу због факта да се не ратификују од свих држава чланица. Протокол бр.15 предвиђа принцип на субвенцијарност којим државе гарантују обезбеђивање ефикасних националних механизма за заштиту људских права. Протокол бр.16, такозвани „Протокол за дијалог“ који има циљ да олакша дијалог између ЕСЧП и домаћих судова са посредством саветодавних мишљења. Шеснаест протокола ка Европској конвенцији за људска права су проширила опсег права које она гарантује и знатно је променила институционални механизам који се брине за њено спровођење.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Е. Тодорова, Значењето на Европската конвенција за човекови права и основни слободи – шеесет години по нејзиното донесување, *Правник*, 11/2010,47.

<sup>4</sup> Протоколи Европске конвенције за човекови права може да се поделе у двије групе: Протоколи са којим се праве измене у границама конвенцијског система и протоколи који проширују опсег загарантираних конвенцијских права. Конвенција у делу одредби који се односе на институциона и процедурална питања до сада су се мењали

У току ових, скоро 7 деценија, ЕКЉП преко Суда успоставља и одржава најефикаснији механизам за заштиту људских права на међународном нивоу. Свако ко сматра да су његова права повређена, може да поднесе жалбу до Суда, ако је исцрпео сва правна средства на националном нивоу.

## 2. ЕКЉП У НАЦИОНАЛНОМ ПРАВУ И ПРАКСИ

Гаранције за људска права су најефикасније и највредније када могу да се спроведу силом са националним правом и праксом. Од тамо произилази успешност ЕКЉП. Чак и у случају тако успешне међународне гаранције као што је ЕКЉП, правни лек у националном суду ће бити уверљивији и ефикаснији од приступања националном поступку. Према томе, ако на ЕКЉП може да се наслонити у националним судовима странке, једна значајна додатна димензија је додата њеној ефективности, посебно у држави која нема сопствену повељу права.<sup>5</sup>

Сагласно члану 1 од ЕКЉП, стране преузимају мере за обезбеђење права и слобода за сва лица под њиховом надлежношћу. Њеним ратификовањем, државе инкорпорирају ЕКЉП својим правом, али она сама по себи не обезбеђује правни лек у националном суду за њену повреду. ЕКЉП након ратификације аутоматски постаје део националног права, посебно у државама које имају монистички приступ према односу на међународно и национално право. У различитим државама ЕКЉП има различити статус. За илустрацију, ако узмемо Централне и Источне земље, ЕКЉП доминира над неконзистентном легислативом, али је подређена уставу. У Аустрији, она има статус уставног закона.<sup>6</sup> Ово

---

неколико пута. Протоколи 2,2,5,8,9 и 11 су били замењени са протоколом бр. 11, који је ступио на снагу 1998, којег је укинула Комисија и омогућила директне апликације до Европског суда за човекова права и укинула се судска надлежност године Комитета министара. Протокол бр. 14 уноси промене који имају за циљ даље напредовање ефикасности Европског суда за човекова права. Ступио на снагу 2010 године. Протокол бр. 15 и 16 продужују овакав тренд и отворени су за потписивање и ратификовање. Протокол бр. 1,4,6,7,12 и 13 су обогатили легитимност права која је загарантована са Европском конвенцијом за човекова права. Б. Маричиќ *et alia*, *Темелни права – сместување во европската рамка „Системите за заштита на човековите права од Европа и нивната ефикасна применливост во Македонија“*, Македонски центар за европско образование, Скопје, 2014, 14.

<sup>5</sup> Д. Ј. Харис, М. О. Бојл, К. Варбрик, *Право на Европската конвенција за човекови права*, Просветно дело, Скопје, 2009, 23.

<sup>6</sup> М. Novak, *The implementation of the European Convention on Human rights in Austria, in the Implementation in National Law of the European Convention on Human Rights*,

гарантује супериорност ЕКЉП над аустријским правним системом и дозвољава појединцу да се позива на ЕКЉП и против формалног националног законодавства. У државама, где су јој национални закони супротни на ЕКЉП има статус обичног закона. У Холандији, ЕКЉП има супрематију над Уставом.<sup>7</sup>

Са друге стране, у државама које следе дуалистички приступ, по ратификацији ЕКЉП, треба додатно да се прецизирају у свим случајевима да би ступила на снагу у националним судовима, али адаптирана у зависности од услова националне регулативе. Тако, енглески закон за људска права од 1998 године ствара услове за индиректно инкорпорирање на ЕКЉП у националном праву. То је допринело јачању моћи британских судова за налажење правних лекова на националном нивоу за повреду ЕКЉП, са тим су се драстично смањиле жалбе до ЕСЉП, и негативне пресуде против Велике Британије.<sup>8</sup> Генерално, значајан је пораст случајева где се национални судови позивају на ЕКЉП, пре свега због сазнања да се њихове одлуке могу се наћи пред вратима ЕСЉП и бити стављени под лупом стандарда ЕКЉП. Тако да, члан 13 ЕКЉП, тражи од држава да обезбеде ефективни лек у границама националног права. У супротном долази до кршења члана 13, и из тих разлога, судска практика сугерише да ступи на снагу ЕКЉП.

У случају да се утврди да одређена пресуда укључује одлуку и домаће право и није у сагласности са ЕКЉП, онда држава странка се обавезује у спору међународним правом и да изврши измене у закону или пракси, са циљем усаглашавања обавеза из члана 1 из ЕКЉП, односно обезбеђивање права и слобода гарантованих са ЕКЉП. Одређена одлука, донешена са ЕСЉП може да има значајан утицај, не само за државу странку, већ и за друга национална законодавства. Наиме, ЕСЉП има корективну улогу за националне пресуде само када њихова очигледна неконзистентност води ка правној несигурности грађана. Зато је ЕКЉП успоставио јединствен, стабилан систем за контролу и заштиту преко ЕСЉП. Судска практика је да ЕСЉП не може да се одвоји од ЕКЉП зато што суштина њеног тумачења је суштина заштите права и слобода које се реализују у пракси преко појединих предмета.

Најефикаснија заштита људских права се обезбеђује на националном нивоу од стране националних судова и судија. Национални

---

Proceedings of the Copenhagen Conference on Human Rights, 28 and 29 October, 1988 (1989), 32.

<sup>7</sup> Д. Ј. Харис, *op.cit.* 23.

<sup>8</sup> Review of the Implementation of the Human Rights Act, 2006, [https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/peoples-rights/humanrights/pdf/full\\_review.pdf](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/peoples-rights/humanrights/pdf/full_review.pdf), 1. мај 2019.

судови су ближе појединцима и ситуацијама које треба разгледати. Они утврђују факте случаја и тумаче одредбе националног закона на свим нивоима њихове јурисдикције на начин на који је прописано националним правом. Међутим, оно што је карактеристично што у границама националних судова и праксе, успешно имплементирање ЕКЉП зависи и од принципа тумачења, односно не увек одређено тумачење одређених термина у националном праву кореспондира значењу терминологије ЕКЉП. Одређени термини се одликују својом специфичношћу, аутономности или независном значењу. Исто тако, од есенцијалног значења је и начин класификације предмета, правних метода држава, као и одређени тумачења у датом моменту. Национални судови су често у бољој позицији да процене да ли је настала повреда конвенцијског права, према доказима које они непосредно изводе, и према њиховом познавању домаћег права, као и социо-економских, културних и других контекста одређене државе.

ЕСЉП има корективну улогу за националне пресуде само када њихова очигледна неконзистентност води ка правној несигурности грађана. Одавде, на ЕСЉП се гледа као на комплементарну алатку која допуњује постојеће механизме за усаглашеност на националном нивоу. У пракси, то би довело до ситуације где максимални могући број предмета се решавају преко поступака на националном нивоу на основу добро успостављене предвидљивости која произилази из судске праксе националних судова. Такво стање правне сигурности и заштите људских права је одговарајућа и може да се прилагоди у датим земљама-чланицама, и то користећи национални језик. То је много бржи и економичнији начин и исти углавном функционише у узајамној користи са свим укљученим странама, али и друштвом у целини.

На националном нивоу, ниједна држава не може да се позове на своје домаће законодавство, да би избегла обавезе које произилазе од ЕКЉП. Постоје и различита решења у односу на обичајно међународно право и договорно право, при чему, ако постоји неусаглашеност, иста се превазилази и уз помоћ принципа прихваћених од стране међународног правног поретка, што произилази и од постигнутих резултата на овом пољу.<sup>9</sup> Са друге стране, ЕСЉП напомиње да не постоји правна обавеза ЕКЉП да постане део националног законодавства.<sup>10</sup> Али, улога ЕСЉП је да преиспита да ли су одлуке донешене од стране националне власти

---

<sup>9</sup> R. Bernhardt, *The Convention and Domestic Law, in the European System of the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1993, 25 – 26.

<sup>10</sup> James and others Judgment of 21 February, 1986 A. No. 98, para 84, <https://swarb.co.uk/james-and-others-v-the-united-kingdom-echr-21-feb-1986/>, 28.април 2019.

компатибилне са ЕКЉП, при томе усмеравајући се ка простору за процену држава [margin of appreciation] у односу на то како да се примени и спроведе ЕКЉП, у зависности од околности случаја и конкретних права и слобода које су инволвирани.<sup>11</sup> Овај стразбуршки контролни механизам се заснива на два принципа:

- Принцип на солидарност - обавеза држава је да успоставе одговарајућу нормативну и институционалну структуру за заштиту права и слобода на националном нивоу (зато што државе имају примарну одговорност у гарантовању и обезбеђивању слободe и права) и

- Принцип субсидијарности - ЕСЉП представља допуњавање националних институција и система. Пре подношења апликације до ЕСЉП мора да се тражи заштита и да се преузму сва средства која стоје на располагању у домаћем систему.<sup>12</sup>

Овим принципима, даје се шанса државама у одлучивању и на пољу бриге за остварење људских права и слобода, а тиме и могућност за смањење предмета пред ЕСЉП.

### **3. ИЗВРШЕЊЕ СТРАЗБУШКИХ ПРЕСУДА И НЕОПХОДНОСТ ЗА УСКЛАЂЕЊЕ У НАЦИОНАЛНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА**

Свака држава која је чланица Савета Европе може да се обрати Европском суду за човекова права за сваку повреду одредби ЕКЉП-а и њених протокола од стране друге државе - чланице Савета Европе. У овом случају, ЕСЉП даје мишљење за повреду или врши интерпретацију ЕКЉП-а и њених протокола. На захтев Савета министара, ЕСЉП може да даје саветодавна мишљења за правна питања која су у вези са интерпретацијом ЕКЉП-а и њених протокола. Мишљење ЕСЉП-а је образложено.

Када је реч о индивидуалној жалби, коју правно могу остварити физичка лица, невладине организације или група јединки које се сматрају за жртве повређених права признати у Конвенцији или њеним протоколима који су извршиле једна од држава чланица Савета Европе. ЕСЉП ће прихватити жалбу од када буду исцрпљени сви домаћи правни лекови, у року од шест месеци, рачунато од датума када је донијета коначна судска пресуда од стране домаћих судова.

---

<sup>11</sup> Н. Мол, К. Камбер, В. Лијаки, *Кон поефективно национално спроведување на Европската конвенција за човекови права – Водич во клучните Конвенциски принципи и концепти и нивната примена во домашните судови*, (ур. Б. Брејтвејт et al.), AIRE Centre, Лондон, 2018, 5.

<sup>12</sup> С. Ovey, R. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2002, 14.

Пресуде ЕСЉП-а немају касаторно дејство према одлукама донесеним од домаћих судова. Оне имају морално и политичко дејство на државу против које су донешени. Наиме, сагласно члану 46 став 1 од ЕКЉП-а пресуде донешене из Стразбурга су обавезне за странке према међународном праву.<sup>13</sup> Међутим, држава која је обвињена слободна је да имплементира пресуде Стразбурга сагласно правила националног правног система. Генерално, у националним правним системима, практика варира у односу на то да ли се тражи законодавна или управна акција или дали национални судови су надлежни, када је одговарајуће, да делују, на пример пред укидање одлуке националног суда, укључујући и кривичне оптужбе, за које је Стразбург оценио да су против ЕКЉП-а.<sup>14</sup>

Иако, показатељи за поштовање пресуда од стране државе су главно позитивни, ипак има посебних тешкоћа при усаглашавању са пресудама донијетим против државе.<sup>15</sup> Много националних судова не прихватају да пресуде буду обавезне за њих, чак и када су против сопствене државе. Ипак, не постоји таква обавеза од стране ЕКЉП-а која би направила пресуде ЕСЉП-а да буду извршне у границама домаћих правних система, и поред члана 46.

ЕСЉП при решавање конкретних предмета, у својој пракси ствара тзв. преседани који се користе као извор права који се примењују за регулисање будућих сличних или истих таквих конкретних правних ситуација. На тај начин се даје шира и реална садржина права и слободе од Конвенције и одређује се природна обавезе државе. Преко овог преседантског права, одлуке судских органа у државама, заједно са вредностима и принципима ЕКЉП-а се уносе у националном праву држава, са чиме се омогућава ефикасна примена у пракси.

Усаглашавање судске праксе има централно место у ефективној заштити људских права, међутим то не може изолирано да се спроведе. Правна сигурност и предвиђање представљају суштински дио владавине права и заштите људских права. Чак и када постоје залагање да се обезбеде и када код судова постоји свесност за такву обавезу, одсуство усаглашене судске праксе води према разним приодима у имплементацији, а са тим се смањује утицај ЕКЉП-а и обезбеђује се недовољна заштита човекових права. Сва залагања као покушаји за усаглашавање не смеју да представљају претња независности судија и мора да се поставе параметри у границама осталих кључних услова у

---

<sup>13</sup> У члану 46 став 1 стоји да високи државни договори се обавезују да се придруже коначним пресудама Суда у споровима у којима су странке.

<sup>14</sup> У Шпанији судови могу да поступе на овај начин, Германија - не. R. Bernhardt, *op.cit.* 38.

<sup>15</sup> Ово посебно се јавља у државама у Централној и Источној Европи.



националним правним системима и ЕКЉП-а, као и да се препознаје интегрална повезаност усаглашености са правном сигурношћу и правом на правично суђење.<sup>16</sup>

Додатно, важно је да се истакне да уколико правници и грађани, као странке у судским поступцима, могу да закључе преко упоредљиве судске праксе какав би био резултат њиховог захтева, то би могло да смањи број случаја који се покрећу пред ЕСЉЧ-ом. Од суштинског значаја је да адвокати знају како да саветују своје клијенте, са тим и странке знају своја права. Са тим циљем, национални адвокати и судије треба да добију бољу обуку за право на ЕКЉП-у, укључујући и бољи контакт са судијама са ЕСЉП-а. На тај начин подигла би се свест за поштовање ЕКЉП-а од стране националних судова.

Постојање ефективног националног правног лека и ефикасних судских поступака за судење у вези са правима од ЕКЉП-а, придружени са позитивном службеном реакцијом судских одлука за кореговање повреда, је један од најзначајнијих фактора који придоносе ниским нивоима за повреде ЕКЉП-а. Циљ је да се постигне високи ниво усаглашености у границама националних правних система, а ниске повреде човекових права и принципа ЕКЉП-а. Овај модел зависи од законске рамке земаља, као и од степена до којег ЕКЉП може непосредно да се примени, а зависи и од њеног статуса у хијерархиској поставености на националним правним нормама.

Сагласно овоме, утицај ЕКЉП-а на националне правне системе може да буде превентивно и корективно.<sup>17</sup> Превентивно дејство се односи на прилагођавање правних система и праксе са одредбама ЕКЉП-а које државе морају да направе пре њено ратификовање. Корективни утицај се остварује преку промене у националном законодавству и праксе на домаћим органима које државе треба да направе са циљем отстрањивања повреде које су констатоване у стразбуршким пресудама.

## РЕЗИМЕ

Европска конвенција за човекова права заједно са 16 протокола представља камен темељац на Савет Европе и Европске Уније, засноване на вредности плуралне демократије, владавине права и човекових права. Конвенција је правно обавезујући документ за све европске државе које су

---

<sup>16</sup> М. Весовиќ, *Компаративна студија (анализа) на механизмите за усогласување на судската практика во избрани земји членки на Советот на Европа*, Триком, Скопје, 2018,6.

<sup>17</sup> P.Van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and practice of the European convention on Human Rights*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Netherlands 1998, 457.

ратификовале и усагласиле да обезбеде услове за остварење основних човекових права у границама својих националних правних система. Она је први међународни инструмент са којим се успоставља један од најефикаснијих механизма - Европски суд за човекова права, до којег грађани могу да поднесу индивидуалне жалбе, слично као и пред националним судовима. Овај значајни документ скоро 70 година промовише човекова права као основа европске архитектуре, па није случајност што и државе Централне и Источне Европе прихватају као сопствени докуменат.

Европске државе су дужне да имплементирају ЕКЉП на начин што преко домаћег права проглашавају права загарантована во ЕКЉП-у и њених протокола и да обезбеди правну заштиту за сваког појединца националног права преко индивидуалне жалбе против државе чланице. Пресуде ЕСЧП-а су обавезујуће за државе против којих се доноси и то како у погледу њиховог извршавања, тако и у односу правичне сатисфакције, односно паричне компензације жртава и трошкове који су сношени у току поступка. Осим обавезног *inter partes* ефект пресуда ЕСЧП-а, они могу да изазову и *erga omnes* утицај у односу на друге државе у смислу стварања унифицираних правила имплементирани у националним системима за заштиту човекових права. Овакав систем заштите човекових права даје гаранцију да донесене пресуде буду ефектуиране од стране државе. На тај начин, подстиче се свест и одговорност држава за побољшање домаћег система заштите човекових права преко принципа на субсидијарност. Успешност ЕКЉП-а у новије време је унификација националних правних система, односно усаглашавање стандарда заштите човекових права и усаглашавање домаћег права држава - чланица Савета Европе. За овај процес потребно је да се има у предвид да сваки правни поредак има одређени степен дискреције (*margin of appreciation*) у испуњавање обавеза ЕКЉП-а, но и да сваки правни поредак се одликује са својим специфичностима. Зато, однос ЕСЧП-а са различним домаћим судовима је различит. Уколико се жели ЕКЉП да функционише ефикасно као међународни трибунал од кључне важности је да државе које имају ратификовано ЕКЉП озбиљно се понашају према обавезама за правилно интегрисање на ЕКЉП у националном право и праксу. Улога националног система за људска права имају важну улогу не само да охрабрују државе, него и да се придржавају према овоме, њихове обавезе су и да се спроводе мониторинг ефективности у пракси. Визија ЕКЉП као међународни уговор је усагласност са принципима супсидијарности, да ствара простор за конституционализација принципа ЕКЉП као инхерентни део такве колективне акције.

## ПОПИС ЛИТЕРАТУРЕ

Весовиќ, М., *Компаративна студија (анализа) на механизмите за усогласување на судската практика во избрани земји членки на Советот на Европа*, Триком, Скопје, 2018.

Маричиќ, Б., et alia, *Темелни права – сместување во европската рамка „Системите за заштита на човековите права од Европа и нивната ефикасна применливост во Македонија“*, Македонски центар за европско образование, Скопје, 2014.

Тодорова, Е., *Значењето на Европската конвенција за човекови права и основни слободи – шеесет години по нејзиното донесување*, *Правник*, 11/2010.

Bernhardt, R., *The Convention and Domestic Law, in the European System of the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1993.

Van Dijk, P., van Hoof, G.J.H., *Theory and practice of the European convention on Human Rights*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Netherlands 1998.

James and others Judgment of 21 February, 1986 A. No. 98, <https://swarb.co.uk/james-and-others-v-the-united-kingdom-echr-21-feb-1986/>

Мол, Н., Камбер, К., Лијаки, В., *Кон поефективно национално спроведување на Европската конвенција за човекови права – Водич во клучните Конвенциски принципи и концепти и нивната примена во домашните судови* (ур. Б. Брејтвејт et al.), AIRE Centre, Лондон, 2018.

Novak, M., *The implementation of the European Convention on Human rights in Austria, in the Implementation in National Law of the European Convention on Human Rights*, Proceedings of the Copenhagen Conference on Human Rights, 28 and 29 October, 1988 (1989).

Ovey, C., White, R., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2002.

Review of the Implementation of the Human Rights Act, 2006, [https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/peoples-rights/humanrights/pdf/full\\_review.pdf](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/peoples-rights/humanrights/pdf/full_review.pdf)

Харис, Д. Ј., Бојл, М.О., Варбрик, К., *Право на Европската конвенција за човекови права*, Просветно дело, Скопје, 2009.

**Zoran JOVANOVSKI**

Ass. professor, Military Academy "General Mihailo Apostolski"  
Skopje, Republic of North Macedonia

**Ph.D Elena IVANOVA**

Ministry of Defense Skopje, Republic of North Macedonia

**THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS EFFECTS ON  
NATIONAL LAW AND PRACTICE**

**Summary**

The European Convention on Human Rights, together with the 16 protocols, is the foundation stone of the Council of Europe and the European Union, based on the values of plural democracy, the rule of law and human rights. The Convention is a legally binding document for all European states that have ratified and agreed to provide conditions for the exercise of fundamental human rights within their national legal systems. It is the first international instrument to establish one of the most effective mechanisms - the European Court of Human Rights, to which everyone can submit individual application, similar to the national courts. This important document for almost 70 years promotes human rights as the basis of European architecture, so it is not a coincidence that the countries of Central and Eastern Europe accept as their own document.

European countries are obliged to implement the European Convention on Human Rights in a way that through the domestic law they will proclaim the rights guaranteed in the European Convention on Human Rights and its protocols and provide legal protection for each individual at the national level through an individual application against the member state. The judgments of the ECHR are obligatory for the countries against which they are made both in terms of their enforcement and in terms of the fair satisfaction, that is the monetary compensation of the victim and the costs incurred during the proceedings. Apart from the mandatory inter partes effect of the judgments of the ECHR, they can also cause erga omnes influence in relation to other countries in terms of creating unified rules implemented in national systems for the protection of human rights. Such a system of protection of human rights guarantees that the judgments delivered will be effected by the state. Thus, it encourages awareness and responsibility of states to improve the domestic system of protection of human rights through the principle of subsidiarity. The success of the European Convention on Human Rights in recent times is the unification of national legal systems, that is harmonization with the standards of protection of human rights and compliance of the domestic law of states -

members of the Council of Europe. For this process should considerate domestic law that the legal constitution indulge certain degree of discretion in accomplishing liabilities of ECHR, but should be consider also that every legal system have own specifications. That`s why relation of ECHR with different domestic courts is different. For the effective functioning of the ECHR as an international tribunal, it is crucial that states that have ratified the European Convention on Human Rights should seriously address the obligation to truly integrate the European Convention on Human Rights into national law and practice. The role of national human rights systems has a valuable role not only in encouraging states to abide by this, but in the implementation of monitoring the effectiveness in practice. The vision of the European Convention on Human Rights as an international agreement in accordance with the principles of subsidiarity, is to create a space for the constitulization of principles of ECHR as inherent part of that collective action.



**Срђан СЛОВИЋ\***

Институт за српску културу Приштина/Лепосавић

## **КОНЦЕПТ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА У РЕАЛИСТИЧКИМ ТЕОРИЈАМА МЕЂУНАРОДНИХ ОДНОСА\*\***

**Апстракт:** Појава реализма у теорији међународних односа је резултат двомиленијумског развоја политичке и правне мисли. Разматрање о рату, миру и демократским институцијама било је присутно у староиндијској, античкој, средњовековној и модерној филозофији. Та нит се развијала од Каутиље, Тукидида, Аристотрела, Августина, Аквинског, Макијавелија, Хобса, Хегела па све до почетка XX века, када почиње да се конституише и наука о међународним односима. Реализам се појавио као реакција на пацифистички идеализам присутан након стварања прве светске организације (Друштво народа).

Реализам је имао различита испољавања: постоји реализам заснован на сили, моћи и националном интересу (монизам), реализам заснован на историјској социологији (Арон) и неореализам. Овде посебно место заузима Аронов реализам, јер је мултидисциплинароног карактера. Сви представници овог правца не верују у могућност да међународно право буде ефикасан регулатор односа у међународној заједници услед недостатка санкција. Због тога међународни односи садрже алтернативу рата или мира, јер услед недостатка врховног арбитра државе су у ситуацији да саме себи прибављају правду користећи расположива средства. Рат остаје крајње средство за прибављање правде.

С друге стране, посматрајући свет онаквим какав јесте, реалисти су дали велики допринос науци о међународним односима и међународном праву јер су утрли пут развоју либерализма, институционализма, конструктивизма и глобализма у међународним односима.

**Кључне речи:** *Међународни односи, међународно право, реализам, Кар, Моргантау, Арон, рат, мир, национални интерес.*

### **1. КРАТАК ОСВРТ НА ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ МЕЂУНАРОДНИХ ОДНОСА И МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА**

Међународно право и међународни односи су у блиској вези још из времена традиционалног проучавања међународних односа и дипломатије. Међународно право, дипломатска историја, међународна политика и међународне организације су претходили међународним

односима, а посебно приликом њиховог конституисања у научну дисциплину. О развоју међународних односа као научне дисциплине можемо говорити након завршетка Првог светског рата, када су велика разарања и људске жртве наметали развој нове научне дисциплине и могућност њиховог правног регулисања.

Реализам у међународним односима дугује реализму у политичким наукама<sup>1</sup>. Политика је одређена борбом за власт, силу, моћ и национални интерес, па је, стога, основни циљ политике остваривање доминације у друштву и над државом. Оваква борба се преноси и на међународни терен, јер чак и најстарија поимања међународних односа носе црте које се и данас разазнају у реалистичким теоријама међународних односа. Сила и односи које она одређује присутни су од најпримитивнијих заједница па све до државе. Још у староиндијској филозофији рат је сматран вечитим поретком ствари на овом свету<sup>2</sup>. Тукидид је у односима између држава запазио велику улогу силе и из тога извукао закључак да међународне односе не одређују ни право ни морал, већ сила. Тукидид се сматра родоначелником политичког реализма. Још тада је утврдио основне премисе реализма – безбедност и опстанак. Утицао је на потоњи развој реализма оличеног у делима Макијавелија, Хобса, Моргентауа, Кара, Нибура, Арона, Волца и др. Они ће систем међународних односа назвати анархичним, јер не постоји врховни арбитар који би државе принудио на адекватно понашање.

Своја виђења реализма изнео је у делу „Пелопонески рат“ утврдивши анархичност односа међу државама тога доба<sup>3</sup>. Такав систем се није заснивао на правди и моралу, већ су сила и моћ били преовлађујући чиниоци. Уводи и категорију праведних ратова тврдећи да је Спарта водила праведан рат против увећане моћи Атине и поштовала моралне принципе. Међутим, Тукидид овде улази у противречност, јер је и сама Спарта као највећа копнена сила тога времена морала да употреби силу да би савладала Атину. Ишао је испред свога времена јер је силу

---

\*Виши научни сарадник, [drsrjdjans@gmail.com](mailto:drsrjdjans@gmail.com)

\*\* Рад је написан у оквиру пројекта Материјална и духовна култура Косова и Метохије ев. број 178028 који је одобрило и финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја РС.

<sup>1</sup> С. Словић, *Аронова теорија међународних односа и актуелно косовско питање*, Институт за српску културу Приштина/Лепосавић, 2009, 265.

<sup>2</sup> R. Stojanović, „Realistička teorija u nauci međunarodnih odnosa“, *Politička misao* br. 3/1967, Beograd, 468.

<sup>3</sup> С. Словић, „Тукидидов реализам у међународним односима“, Баштина св. 42, Београд, 2017, 243.



сматрао условом за постизање других циљева, што је касније прихватио и Рејмон Арон.

На примеру рата између Атине и Спарте успешно је елаборирао биполарни систем равнотеже снага у коме је сукоб између водећих чланица два супротна табора могућ тек на крају, а да је пре тога долазило до сукоба између слабијих држава чланица оба табора. Манифестацију силе и моћи Тукидид је објаснио на примеру Мелешког дијалога између изасланика Атине и Мелоса. Ту је до изражаја дошла пука политика силе Атине независно од тога што је Мелос имао своју независност.

Реалистичка теорија међународних односа понајвише дугује Макијавелију и Хобсу. Макијавелијева дела се сматрају правим инспираторима савремених реалистичких теорија. Дакле, модерна политичка мисао почиње да се обликује идејама Макијавелија. Оно што је Макијавели сматрао целисходним била је не античка филозофија, већ античка политичка пракса. Он је изузетно ценио тзв. вучију и мушку праксу републиканског Рима, јер је тамо човек схватан онаквим какав заиста јесте. Сви морални стандарди се морају схватати са становишта праксе. Свака правда почива на неправди, а свака моралност на неморалности. Тражи се политичка моћ са мачем и зубима, који ће човека учинити бољим него што јесте<sup>4</sup>. Човек је по природи лош човек, предодређен на грех по својој природи па је, стога, лакше покварити га него поправити га. Одвајањем политике од морала, Макијавели је поставио темељ свог политичког реализма: „циљ оправдава средство“. Овим се Макијавели сматра родоначелником инстинктивистичких теорија међународних односа, где ће се агресија сматрати творевином људске природе у којој чулни део надвладава разумски.

Основни узрок настанка реалистичких теорија међународних односа налази се у реакцији на пацифистички и легалистички идеализам који је цвetaо између два светска рата у науци о међународном праву, а све то под утицајем настанка прве универзалне међународне организације – Друштво народа. Стварање ове организације 1919. године и доношење Брајан-Келоговог пакта 1928. године којим се рат забрањује, допринело је чињеници да се међународном праву придаје већи значај него што га је имало. Разочарање које је настало неуспелим системом колективне безбедности у оквиру њега допринело је да се оде у другу крајност – негиран је значај међународног права.

Хобсово учење изражено у Левијатану, представља неизоставно штиво у анализи савремених међународних односа. Теза Хобса о потреби

---

<sup>4</sup> D. Vujadinović-Milinković, *Političke i pravne teorije*, Pravni fakultet, Beograd, 1996, 152.

постојања апсолутног суверена, истакнута у Левијатану (1651), почива на аргументу да је стање анархије стање насилног сукоба. Независно од чињенице што је човек рационално биће, он није у стању да склапа и извршава уговоре без принуде од стране државе.

Природно стање је стање „рата сваког против свакога“. У таквом стању човек не само „да живи у континуираном страху и опасности од насилне смрти, већ је и његов потенцијално кратак живот лишен безбедности и крајње бедан, јер тамо нема индустрије, пољопривреде, трговине, науке и уметности. Човеков живот је усамљенички, бедан, зао, бруталан и оскудан“.<sup>5</sup> (Hobbes 1651: 88-89).

Природно стање је оруђе за постизање стања једног вишег нивоа – друштвеног и политичког. Природно стање је нетолерантно и стање сталног сукоба и мора да доведе до политичког на чијем челу је апсолутни суверен. Оно најгоре што човеку може да се деси јесте повраћај природном стању, до којег се долази онда када се друштво раздире грађанским ратом, чему је Хобс и био сведок. Најбоље осигурање против рата је суверен наоружан апсолутном влашћу и моћи. Постојање апсолутне моћи није идеално решење, јер и оно има своје слабости, али је мање зло од оног које произилази из одсуства такве моћи.<sup>6</sup> Човек је ирационално, али, у исто време, и рационално биће које следи начела разума да би схватио да је преношење права на суверена знак приближавања миру. Независно од чињенице што човек, као рационално биће, увек бира мир у односу на рат, у природном стању је обрнута ситуација.<sup>7</sup>

Хобс се експлиците није бавио теоријом међународних односа, јер у његово време они нису били установљени као посебна научна дисциплина. О његовом концепту међународних односа можемо говорити имплиците и по аналогији. Хобс се углавном помиње као претеча реалистичких теорија међународних односа из саме његове концепције о слици појединца у природном стању. Оваква слика појединца аналогна је оној између држава у међународним односима, јер не постоји Левијатан који би наметнуо стање поретка. Стање у односима међу државама је стање анархије или одсуства централне власти над државама које полажу право да буду суверене и независне у односу на друге.

---

<sup>5</sup> T. Hobbes, *Leviathan (1651)*, Richard Tuck, ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 88-89.

<sup>6</sup> За разлику од Хобса, Лок је у свом делу „Две расправе о влади“ истакао да је природно стање релативно стање мира са својиним, индустријом и неком врстом ојачаног права, које оставља могућност потчињавања апсолутној власти једне особе.

<sup>7</sup> P. Piirimae, „The Explanation of Conflict in Hobbes' Leviathan“, St. John's College, Cambridge, *Trames*, 2006/10, 4.

У оној мери у којој је анархија обележје природног стања, у тој мери је и карактеристика међународне политике. У одсуству наддржавне власти, сумња, стрепња, неповерење, сукоби и рат су неизбежни, а у одсуству било каквог уговора међу њима не постоје никакве моралне обавезе којима би се државе повиновале. Управо је по овом питању Хобс близак реалистичким теоријама међународних односа и теоријама државног разлога. Овакво схватање да независне државе као независне индивидуе, представљају егоистичка и асоцијална бића која не морају да поштују морална ограничења свог понашања, представља велики изазов идеалистичким политичким визијама заснованим на људској социјалности и концепту међународне јуриспруденције засноване на тој визији. Хобс инсистира на дефанзивном карактеру међународне политике, а њен циљ је пацифистички: суверене државе, налик појединцима, требају бити усмерене ка миру којим руководи разум.

Када је реч о међународном праву, то је свакако најстарија дисциплина у области међународних односа у ширем смислу<sup>8</sup>. Међународно право је најзаслужније за легалистички приступ у науци о међународним односима, па и код самих реалистички оријентисаних мислилаца. Без намере да улазимо у детаљнији опис историјског развоја међународног права, овде ћемо у најкраћим цртама дати осврт на исти.

У својим рудиментарним облицима међународно право се појављује још код старих Египћана, Асираца, у старој Индији, Кини и Грчкој. Међутим, услед нижег ступња економског развоја у том периоду се није могло говорити о некој међународноправној доктрини. О доктрини се није говорило чак ни у античкој Грчкој, колевци филозофије и науке о политици. Независно од чињенице што је човек био мерило свих ствари, сматран друштвеним бићем уз ограду да је мир био намењен само слободним грцима. Постојале су установе арбитраже, ксенеласија, проксенија и споразуми о исополитеји.

У старом Риму је право достигло највиши ступањ развоја. Исто је важило и за међународно право. Римљани су и само схватање мира поистовећивали са стабилним правним поретком и извршили велики утицај на развој ове дисциплине. Постојало је тзв. *ius gentium*, право народа, и *ius civile*, право грађана Рима. *Ius gentium* се појавио на почетку принципата и означавао је правне установе заједничке свим народима<sup>9</sup>. Римљани су били народ практичног духа и мање склони спекулацији и апстрактном мишљењу. Мир је одређиван негативно – *absentia belli* (одсуство насиља).

<sup>8</sup> Lj. Aćimović, *Nauka o međunarodnim odnosima – teorije i istraživački pravci*, Naučnaknjiga, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1987, 20.

<sup>9</sup> D. Vujadinović-Milinković D, *Političke i pravne teorije...* нав. дело, 78.

У средњем веку је дошло до назадовања у историји права уопште. Преовлађајући чиниоци тог доба били су феудални друштвени односи, католичка црква и Свето римско царство. Од права су се развијали канонско право и теолошка правна доктрина<sup>10</sup>. Постепено се развијају трговинско и поморско право, али све то на нивоу обичајног права. Оно у чему је средњи век дао највећи допринос развоју међународног права била је доктрина праведног рата у оквиру хришћанске филозофије. Два најзначајнија мислиоца средњег века били су Св. Августин и Аквински. У својој *De civitate dei*, Августин божју државу надређује земаљској сматрајући је државом правичности, а земаљску државом греха. У таквом духу Августин даје и своју концепцију рата, који није циљ за себе већ услов постизања мира. То је стање мира засновано на правди. Дакле сваки рат који тежи да буде праведан мора за свој узрок да има успостављање правде. Аквински формулише доктрину према којој је црква субјект рата и мира. Независно од тога што Аквински заговара надмоћ црквеног над световним, држава је за њега људска творевина и има своју аутономију над црквом. Сва права су заснована на разуму. Амбиције његовог учења биле су универзалистичке. Оба мислиоца су у својим делима дотicali елементе који улазе у савремено међународно право као што су правила у вези са ратом и заробљеништвом, савези, уговори о миру, имунитет амбасадора и др.<sup>11</sup>

Модерно међународно право почиње да се развија у делима Франциска Виторије, Франциска Суареза и Хуга Гроцијуса. Представници шпанске школе, Виторија и Суарез, су схоластичком методом дошли до закључка да се међународно право налази на граници између природног и грађанског права. Међународни односи треба да буду развијани према смерницама које даје међународно право, што је у то време било епохално откриће. Није тешко закључити да су припадници шпанске школе желели да се односи међу народима развијају на принципима легализма. Једини ораничавајући чинилац била је католичка црква, јер је она организатор и стваралац тзв. друштва држава.

Грицијус је у свом капиталном делу *De iure belli ac pacis* указао на значај питања праведног рата, као и на остала фундаментална питања: природно право и *ius gentium*, које се дефинише као право *inter civitates* (између држава). Гроцијус описује и уговорно право, дипломатски имунитет и право екстериторијалности и неутралности. Једном речју, Гроцијус је дао једну опште постављену филозофију права, а посебно међународног те га многи сматрају оцем међународног права. Међу

<sup>10</sup> Лј. Аџимовић, *Nauka o međunarodnim odnosima – teorije i istraživački pravci...* нав. дело, 21.

<sup>11</sup> Исто, 22.

његовим расправама посебно је значајна она посвећена слободи пловидбе – *mare liberum*.

После Вестфалског и Утрехтског мира долази до раста економске моћи грађанске класе чиме се јача улога националних држава и на међународном плану. Нови конгреси и конференције попут Бечког из 1815, Париског из 1856. и Берлинског из 1878. године, још више захтевају правно регулисање међународних односа. Поред постојеће природноправне, почела је да се развија позитивноправна школа. За природноправну школу је вредно истаћи да се она и даље развијала ослобађајући се теолошко-сколастичке компоненте и добијала све секуларнији карактер. Од представника природноправне школе овог периода треба истаћи Пуфендорфа. Његово дело *De iure naturae et gentium* из 1673. године систематски разматра читаво подручје права – јавно и приватно, унутрашње и међународно. Поставио је тезу о природној једнакости држава, што је било једнако правној једнакости.

Од представника позитивноправне школе треба издвојити Јелинека и Трипела. Основна теза Јелинека јесте да се државе, ступајући у међународноправни однос, потчињавају међународном праву путем „самоограничења“. Овим се третира однос између унутрашњег и међународног права поштујући начело суверености<sup>12</sup>. Креатор права је држава, којим се, у исто време, и самоограничава. То ограничење не долази споља, већ је дело воље државе. Трипел указује на разлику између унутрашњег и међународног права: унутрашње право потиче из воље државе, а извор међународног из заједничке воље држава. Овим Трипел имплиците указује на то да е уговор основа међународног права, али уз прећутно поштовање обичаја.

## 2. РЕАЛИСТИЧКО СХВАТАЊЕ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Након институционализације међународног права као самосталне научне дисциплине, створили су се услови за исти поступак у науци о међународним односима. Прва фаза развоја ове дисциплине била је реформистичко-идеалистичка. То уопште не чуди, јер се стварањем Друштва народа, питања колективне безбедности стављају у први план. Институције коначно добијају своје место у том процесу. Више се разматрају ствари какве би требало да буду него какве заиста јесу. У анализи је био присутан дескриптивни метод – описивање догађаја и структура међународних организација.

---

<sup>12</sup> I. Janev, *Međunarodno pravo i međunarodni odnosi*. Institut za političke studije, Beograd, 2012, 26.

Велика економска криза из тридесетих година, агресије Јапана на Манџурију и италијанске на Етиопију као и интервенција фашистичких сила у шпанском грађанском рату указали су на чињеницу да институције нису у стању да реше проблем светског мира, већ да решење треба тражити у самој суштини међународних односа<sup>13</sup>. Управо је у овом периоду дошло и до Велике дебате између идеалиста и реалиста, где су победу однели реалисти. Како је већ речено, управо се у овој чињеници могу тражити узроци настанка реалистичких теорија међународних односа. Развој реализма ће у овом периоду, током Другог светског рата и после њега, довести до велике улоге силе и националног интереса, што ће се манифестовати у другој крајности. У науци о међународним односима истакли су се многи реалистички мислиоци, а предмет ове студије ће бити Кар, Моргентау и Арон.

### 2.1 Едвард Кар

Основна намера Каровог главног дела из области међународних односа *The Twenty Years Crisis* била је указивање на незадовољство због постојања два супротна тренда у теорији и пракси међународне политике након Првог светског рата – утопизма и „екстремног“ реализма. Претходни је био резултат филозофског либерализма и своју популарност стекао након Првог светског рата. Његови поборници истичу да је човек добар, а људска врста представља јединство постојања знатне количине хармоније интереса. Надаље, постоји вера у природно право и благотворан ефекат јавног мњења на политику. Са практичне стране, главни производи овог начина мишљења били су Друштво народа и либерална међународна економија. За Кара су управо ове две институције разоткриле све слабости утопијског приступа. Нема ефикасне моралности тамо где нема ефикасне власти. Моралност је производ моћи. Критичари екстремног реализма су свог противника током двадесетих и тридесетих година прошлог века дискредитовали квалификујући га као ученика Макијавелија. То чини и Кар, уз ограду да су му многи други филозофи и социолози (Бекон, Хобс и Спиноза) признали на искрености, јер је отворено и без лицемерја говорио о ономе шта човек јесте, а не шта би требало да буде.<sup>14</sup> Екстремни реалисти су нудили анализу потпуно одвојену од сврхе. У жељи да предложи прагматични приступ политици, ови, како их Кар назива, „наследници Макијавелија“ искључили су

---

<sup>13</sup> Lj. Aćimović, *Nauka o međunarodnim odnosima – teorije i istraživački pravci...* нав. дело, 42.

<sup>14</sup> Edward Carr, *The Twenty Years Crisis*, <https://mtholyoke.edu/acad/intrel/carr.htm/>, 12/27, 12/06/13

емоционалне апеле, крајње циљеве или основе етичког просуђивања ствари. То је за Кара једноставно неприхватљиво.

С друге стране, Кар такође истиче да ниједан значајнији политички мислилац XVII и XVIII века никако није могао да игнорише Макијавелија (Боден, Хобс, Спиноза). Они су покушавали да нађу компромис између нове реалистичке доктрине и теорије природног права, засноване на врховном етичком стандарду. Основни смисао Боденове и Хобсове филозофије био је да „одвоје етику од политике и теоретски комплетирају поделу коју је Макијавели извршио на практичном плану“.<sup>15</sup> Пре него се усудимо да извршимо одвајање између практичног и теоретског, неопходно је да постоји принуда, јер је практичан човек више допринео разумевању политике у односу на теоретског.

Утопизам и реализам су у своје филозофије укључили мишљење из филозофије XVIII века, према којем је реализам прогресивнији од утопизма. Разлог лежи у чињеници да је реализам динамичнији и сам прогрес представља део унутрашње суштине историјског процеса; с друге стране, утопизам верује у прогрес својим веровањем у апсолутни етички стандард, који је *ex hypothesi* статичан.

Кар је присталица историјског реализма, или, тачније, филозофско-историјске школе међународних односа. Хегел је био први који је своју филозофију базирао на концепцији рационалног историјског процеса јер је разум заменио „Божанским провиђењем“. Управо је „Божанско провиђење“ зашло у људске односе. Своју идеју водиљу Хегел је нашао у метафизичкој апстракцији „Zeitteist“ („дух времена“). Када се једном успостави историјска концепција реалности, онда је мали корак између замене „духа времена“ конкретном материјалном снагом.

Историја може бити тумачена економски, на чему је инсистирао Маркс својом чувеном тезом о односима између производних снага и производних односа, услед чије противречности може доћи до избијања социјалне револуције. Геополитичари су историју тумачили са аспекта географије. Букл и Расел указали су на чињеницу да се спрегом географије и историје ствара нова наука, геополитика, где се географија јавља као „политички категорички императив“. Сва тумачења реалности, било да су у смислу Хегеловог „духа времена“, економије или географије, у својој суштини су детерминистичка. То значи да се реалност идентификује са током историјског развоја, а чије законе треба да истражи филозоф. Реалности не може бити изван историјског процеса. Историја је та која бележи чињенице, те је „сваки неуспели покушај грешка“. Да се амерички рат за независност завршио неуспехом, онда би

---

<sup>15</sup> Исто.

оснивачи САД у историји били забележени као група турбулентних и бескрупулозних фанатика.

Што се теорије међународних односа тиче, Кар у њој види моћ као погонску снагу међународне политике. Ниједно међудејство у међународној ацени не може се адекватно разумети без позивања на себичну природу држава, њихову жудњу за утицајем и конфликтни карактер политике. Моћ може бити војна, економска или идеолошка. Она, међутим, није једина снага на међународној ацени. Кар верује у моралност. Етика о којој Кар говори није уоквирена у апстрактно правило утопијског филозофа, већ је то „реалистичка“ моралност која се одражава у актуелном понашању држава које признају једна другу као чланице исте заједнице са сличним циљевима и деобама заједничких вредности. Кар је желео да помири утопију са реализмом истичући ограничења таквог идеализма због бриге за самоочување, али му не негира одређену функцију у политици, јер је човек како друштвен тако и егоистичан.

Кар у анализи међународних односа долази у противречност сличну Ароновој. Наиме, Арон такође критикује екстремни реализам Моргентауа, али му се у исто време и приближава. Критикујући Моргентауову концепцију моћи, која је искључиво повезана са националним интересом, Арон, негирајући ту повезаност, на крају ипак указује на чињеницу да би било сувише идеалистички не видети улогу коју моћ има у актуелним међународним односима (мисли се на хладноратовски период у коме је Арон писао своја најзначајнија дела из области међународних односа). Кар, такође, налик Арону, указује и на значај *ultima ratio* моћи у међународним односима – рат. Тиме је Кар желео да покаже да је од свих моћи најзначајнија војна моћ.<sup>16</sup> Објашњавајући значај политике моћи у међународним односима Кар помало остаје недоследан. Зашто државе теже моћи? Због чега се надмећу за њу? Кар даје много примера жеље држава за моћи, али никада не објашњава због чега. Арон у својим студијама објашњава због чега државе теже моћи – да утичу на друге, да би оствариле друге циљеве (безбедност, сама моћ, слава, простор, људи и др.). Дакле, код Арона моћ није сама себи сврха као код Моргентауа. С друге стране, Кар је више био вичан критици међуратног идеализма него успостављању кохерентне реалистичке теорије међународних односа.

Из историје међународних односа познато је да државе могу да следе идеје и моћ заједно. То су чиниле САД у својој борби против Нацистичке Немачке и Хладном рату против СССР-а. Слична је ситуација

---

<sup>16</sup> M. J. Smith, *Realist Thought from Weber to Kissinger*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1986; navedeno prema: John Mearsheimer, „Carr vs. Idealism: The Battle Rages On“, *International relations*, London, 2005, Thousand Oaks, Vol 19(2), 139–152.



и у операцијама одржавања мира услед хуманитарне катастрофе. У таквим случајевима идеалистички циљеви немају утицаја на равнотежу снага. У одређеним случајевима долази до раскорака између утопизма и реализма, онда када национални лидери, притиснути калкулацијама односа снага великих сила, бивају принуђени да се изјасне за једно од два супротстављена решења. У том циљу ће се државници пре изјаснити за моћ него за идеје. И сам Кар истиче да у таквим ситуацијама моћ добија превагу, јер је „свет међународне политике опасан и суров“.<sup>17</sup>

Врло је значајно и Карово запажање у коме он истиче да државе увек користе идеалистичку реторику када желе да оправдају своје поступке. То никако не може да разоткрије чињеницу да су њихови мотиви обично себични и засновани на прорачуну односа снага. Бомбардовање Савезне Републике Југославије 1999. године је типичан пример Карове тврдње. НАТО је пре бомбардовања користио реторику кршења људских права Албанаца од стране српских власти тога периода, која је била увод у хуманитарну катастрофу, а приликом војне интервенције користио најгрубљу силу. То је био спој идеализма и реализма који су осетили грађани Савезне Републике Југославије. Да је реч о прорачуну односа снага говори и чињеница да до агресије можда не би дошло да се нека друга велика сила (Русија) супротставила војној интервенцији. Пример бомбардовања СРЈ нам указује и на чињеницу да су међународне институције универзалног карактера (Уједињене нације) биле неефикасне. Штавише, биле су изигране и неконсултоване. То је јасан сигнал који указује на слабости либерално-институционалистичких теорија међународних односа.

Кар је у праву када и међународно право и међународне организације не третира као део етике, већ као „погонско средство моћи“. У свом писму Стенлију Хофману 1977. године Кар је написао следеће: “Покушали смо да 'призивамо духове' о постојању међународног друштва, али међународно друштво не постоји“.<sup>18</sup>

Као закључак на Карово излагање о међународним односима можемо рећи да он верује да међународна политика поседује одређену димензију реализма, да не постоји екстремни реализам, али да доносиоци спољнополитичких одлука приликом доношења истих воде рачуна о моћи. Да је моћ неизбежни пратилац међународне сцене међуратног периода показали су догађаји од 1. септембра 1939. године.

---

<sup>17</sup> Исто, стр. 143.

<sup>18</sup> J. Mearsheimer, „Carr vs. Idealism: The Battle Rages On“... *нав.дело*, 143.

## 2.2 Ханс Моргентау

Моргентау се сматра родоначелником политичког реализма. У свом главном делу из области међународне политике *Politics among Nations* дао је једну снажну синтезу и структуру међународних односа. Државе се у својим односима према другим стриктно руководе политиком националног интереса, а њихова одбрана је могућа једино путем силе. Државе у својим односима теже једном једином циљу – стицање веће количине моћи. Дакле, као и свака друга политика и међународна је политика силе<sup>19</sup>. У таквим околностима спрега дипломатије и стратегије чини особеност међународних односа, а места за међународно право има мало.

Моргентау не верује у могућност успостављања мирних односа међу државама због историјског искуства. Стабилан и трајан мир се може постићи само у оквиру светске државе, која у постојећим условима није могућа. *Condizio sine qua non* светске државе је постојање светске заједнице (world community). Услови који су били преовлађујући у Моргентауово време нису дозвољавали трансформацију постојећих суверених држава у светску државу. То је тешко оствариво и у првим деценијама XXI века. Једини начин да се овај јаз премости јесте дипломатија. Због тога се борба за мир, као суштина међународних односа, изражава у успостављању и нарушавању равнотеже снага.<sup>20</sup> Овде се Моргентау помало заплиће у противречност, јер је прво равнотежу снага сматрао начином успостављања мирних односа међу државама, а касније то оповргао истичући да примат треба дати светској заједници. Равнотежа снага је непоуздан начин успостављања мира, јер претпоставља рат да би се сама равнотежа нарушила. На то нас наводи и историјско искуство. Моргентауов монизам ће критиковати Арон, који ће му се, у исто време, и приближавати.

Међународно право није у стању да одговори врло копликованој структури међународне заједнице. Питање рата и мира не може бити решено нити у систему колективне безбедности. Избегавање нуклеарне катастрофе проистекле из тадашњих односа између две светске суперсиле, који су се тада заснивали на стратегији одвраћања (*deterrent*), могло је бити превазиђено само путем дипломатије. На немогућност успостављања трајног мира у међународној заједници утиче и људска природа, која је непроменљива и оптерећена инстинктом за влашћу, па се у склопу односа у међународној заједници успоставља шема интерес-сила-интерес, који се катализују у тзв. равнотежи снага. Можда у таквом односу може доћи и до

---

<sup>19</sup> Н. Morgenthau, *Politics among Nations*, Knopf, New York, 1948, 51.

<sup>20</sup> Исто, 25.

поштовања моралних начела. Сматрајући интересе статичким категоријама, Моргентау заокружује свој песимистички тренд у међународним односима.

Свој основни став према међународном праву Моргентау истиче тврдњом да би свака од тадашњих велики сила пристала на споразумно решавање спорова само у складу са политиком свог националног интереса. Ниједна нација није имуна на своје националне интересе, па чак ни мале земље. Законе базиране на оваквим интересима Моргентау назива гвозденим, и у многим случајевима изазива жаљење што их доносиоци спољнополитичких односа нису свесни<sup>21</sup>.

Оваквим ставом према улози међународног права у међународним односима, Моргентауова теорија подлеже критици, јер јој се приговара на једностраности и песимизму. У условима међународног живота испољава се воља заједница путем различитих односа међу њима. Унутрашња организација једне државе је од великог значаја за међународни живот. Дакле, Моргернтау овде *implicite* наговештава могућност сарадње међу чланицама светске заједнице што ће касније прихватити и либерални институционалисти и глобалисти. Овде, у ствари, Моргентау указује на велики потенцијални значај међународног права као чиниоца развоја друштва. За то је неопходан политички систем који у себи садржи прогрес. Ову Моргентауову теорију ће касније детаљније разрадити Рејмон Арон указујући на мултидисциплинарност циљева политичких јединица.

Моргернтау оставља мало простора и за оптимизам, јер је у ранијем периоду свога живота посебну пажњу посветио међународном праву. Веровао је да се тако могу решити спорови међу државама насталим после Првог светског рата. Једноставно, уклопио се у општи тренд веровања у ефикасност међународних организација као извора мира или ограничења немилосрдне политике моћи и вођења ратова. У својим потоњим радовима, више поверења је полагао у равнотежу снага, јер се она сматрала предусловом радног система мира заснованог на правним нормама. Равнотежа снага је била присутна у оквиру Моргентауове теорије међународних односа, а никако као сепаратан појам.

### 2.3 Рејмон Арон

Рејмон Арон наставља реалистички тренд у науци о међународним односима, али иде даље од Моргентауа. Он прихата неминовност силе у међународним односима, али то тумачи плуралистички. Дакле, његов историјско-социолошки метод не значи просту комбинаију историје и

---

<sup>21</sup> R. Stojanović, „Realistička teorija u nauci međunarodnih odnosa“ ..... нав.дело, 475.

социологије, већ мултидисциплинарни приступ где централно место заузима политичка наука. Своје ставове је изложио у сом делу *Paix et guerre entre les nations*. Овим Арон инаугурише соју социолошко-историјску теорију међународних односа. Независно од чињенице што је социолог, Арон своје ставове подупире филозофским разматрањима међународне зајднице и путевима њеног усавршавања.

Међународне односе Арон упоређује са фудбалском утакмицом. У спортској игри постоје јасна правила и циљеви игре, која су увек подређена одлукама арбитра<sup>22</sup>. Дакле, и у међународним односима постоје правила игре; ради се о правилима игре између организованих политичких јединица од којих свака жели да оствари правду користећи расположива средства. Шта ово значи? Ово значи да у недостатку врховног арбитра који би државе принудио на адекватно понашање, државе су принуђене да саме себи прибављају правду. Дакле, рат из ове игре није искључен. Арон му даје својство *ultima ratio*, сматра га крајњим средством за постизање правде. Међународни односи су међудржавни и свде се на дипломатију или рат. Амбасадор наступа у име земље коју заступа ради остваривања њених циљева, док је војник спреман да за своју државу да и свој живот. Међународни односи се стално наслазе у „сенци рата или мира“<sup>23</sup>.

Арон надограђује Моргентауово учење утврђивањем мултидисциплинарности циљева којима државе теже у међународним односима. Постоје апстрактни циљеви ооличени у безбедности, моћи или слави, и конкретни циљеви, оличени у простору и из њега изведеном географском положају и људима који га настањују. Овим се утврђује и наионални интерес једне земље. Он је такође плуралистичан и није заснован само на моћи<sup>24</sup>. Тачка приближавања Арона и Моргентауа јесте начин остваривања ових циљева: Арон одбацује право и морал истичући да би било сувише идеалистички не видети колику улогу у међународним односима имају сила и моћ. Непостојање једне наддржавне власти која би била ефикасни арбитар у решавању сукоба међу народима искључује постављање аналогije између унутрашње и спољне политике.

Разматрање улоге међународног права у регулисању међународних односа је предмет праксеолошког дела Аронове анализе међународних односа. У овом делу, анализирајући примењене системе колективне безбедности (Друштво народа и ОУН), Арон испитује могућност превазилажњења политике силе у међународни односима путем

---

<sup>22</sup> R. Aron, *Paix et guerre entre les nations*, Calman Lévy, Paris, 1962, 21.

<sup>23</sup> Исто, 18.

<sup>24</sup> С. Словић, *Аронова теорија међународних односа и актуелно косовско питање .....* нав. дело, 78-79.

поштовања правила међународног права. Арон је у овом смислу песимиста, уз констатовање не само несавршености међународног права већ и изражавање сумње да то међународно право може бити. Међународно право не може бити ефикасни регулатор односа између суверених држава због поменутог одсуства врховног арбитра који би државе принудио на адекватно понашање. Због тога суштину међународних односа чини спрега стратегије и дипломатије. Овде Арон уводи у анализу тзв. анархичност међународног система, што ће касније прихватити и неореалисти и задржати постојећи песимизам у погледу успостављања мирних односа међу државама.

Ова констатација је можда и једина мањкавост Аронове анализе међународних односа. Пошто је заговорник мултидисциплинарности, Арон дозвољава уплив и бихејвиоризма у своју анализу међународне стварности, тако да ствари почиње да цени са становишта оптимизма и песимизма. Наука, са своје стране, не цени ствари са становишта оптимизма или песимизма, већ заговара објективни научни приступ. Неопходно је указати на узроке настанка одређеног стања, како би се одређена ситуација објаснила или изменила. Ако на пример узмемо сувереност и њен сукоб за важећим нормама међународног права, није довољно да се та чињеница констатује већ да се објасни због чега се сувереност сукобљава са нормама међународног права. Независно од појединих недостатака, Аронова теорија представља велики корак напред на свом путу ка институционализму, конструктивизму и глобализму.

### 3. Закључна разматрања

Међународно право је својим развојем умногоме помогло развоју међународних односа као научне дисциплине. Ради се о компатибилним научним дисциплинама, јер је сам развој међународног права одражавао и саме међународне односе. Кроз доктрину међународног права разматрана су и доктринарна питања међународних односа као што су: праведни и неправедни ратови, питања суверенитета и територијалног интегритета, право народа на саопредељење, развој међународних организација од својих рудиментарних облика па све до институционалног развоја и многа друга. Одавде се развила реалистичка теорија међународних односа, упоредо са конституисањем истих као научне дисциплине. Тај развој је у почетку био дескриптивног карактера, али се ова научна дисциплина издигла и до нивоа експланације, јер проучава међународну стварност која је веома сложена и испреплетена различитим интертесима.

У почетном периоду развио се чист реализам, који је био пандан легализму и идеализму. Идеалистички нису могла бити решена питања међународне стварности, на шта је указао неуспех Друштва народа. То је

био и главни разлог успона реализма у међународним односима. Од чистог монизма силе у међународним односима, дошло се до једног флексибилнијег схватања међународне стварности: успон историјско-социолошког метода Рејмона Арона, који је врхунио мултидисциплинарношћу циљева којима свака политичка јединица тежи. Нису у питању само сила и моћ, већ се они тумаче као услов постизања других циљева (безбедност, слава, идеје, становништво и ресурси). Наравно, класична игра моћи и даље постоји. Рат ће бити крајње средство постизања права.

Основни закључак ове студије односи се на чињеницу да реалисти не верују у међународно право као установу која би допринела успостављању мирних односа међу државама. Разлог лежи у томе што у међународним односима не постоји врховни арбитар који би државе принудио на адекватно онашање. Због тога реалисти изражавају песимизам, што није објективан егзактни научни приступ. Касније ће ове недостатке покушати да исправе либералне, институционалистичке и глобалистичке теорије, али све захваљујући реалистичким теоријама које су им трасирале пут развоја. Потоњи либерални институционализам ће се више заснивати на реалистичком поимању институција, а мање на идеалистичком.

## ЛИТЕРАТУРА

Словић Срђан, *Аронова теорија међународних односа и актуелно косовско питање*, Институт за српску културу Приштина/Лепосавић, 2009.

Словић Срђан, „Тукидидов реализам у међународним односима“, Баштина св. 42, Београд, 2017.

Аćимовић Љубивоје, *Наука о међународним односима – теорије и истраживачки правци*, Научнакњига, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 1987.

Aron Raymond, *Paix et guerre entre les nations*, Calman Lévy, Paris, 1962.

Carr Edward, *The Twenty Years Crisis*, <https://mtholyoke.edu./acad/intrel/carr.htm/>, 12/27, 12/06/13.

Hobbes Thomas, *Leviathan (1651)*, Richard Tuck, ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

Janev Igor, *Међународно право и међународни односи*. Институт за политичке студије, Београд, 2012.

Mearsheimer John, „Carr vs. Idealism: The Battle Rages On“, *International relations*, London, 2005, Thousand Oaks, Vol 19(2).

Morgenthau Hans, *Politics among Nations*, Knopf, New York, 1948.

Slović Srdjan, „Universality of Realistic Comprehension of Peace and War in International Relations“, Зборник радова, том 1, Правни факултет Косовска Митровица, 2018,

Stojanović Радослав, „Realistička teorija u nauci međunarodnih odnosa“, *Politička misao* br. 3/1967, Beograd.

Vujadinović-Milinković Dragica, *Političke i pravne teorije*, Pravni fakultet, Beograd, 1996.

**Srdjan SLOVIĆ, Ph.D**

Senior research associate, the Institute for Serbian Culture Priština/Leposavić

## **THE CONCEPT OF INTERNATIONAL LAW IN REALISTIC THEORIES OF INTERNATIONAL RELATIONS**

### **Summary**

The appearance of realism in the theory of international relations is the result of two-millennium development of legal and political thought. The consideration on war, peace and democratic institutions was present in the old Indian, Antique, medieval and modern philosophy. That thread has been developed from Cautilla, Thucydides, Aristotle, Augustin, Aquinas, Machiavelli, Hobbes, and Hegel until the beginning of the 20th century, where the science of international relations begins to constitute. Realism appeared as the reaction to pacific idealism present after the creation of the first world organisation (the League of Nations).

Realism had different manifestations: there is realism based on force, power and national interest (monism), realism based on historical sociology (Aron) and neorealism. A special place is taken up by Aron's realism, since it is of multidisciplinary character. All representative of this orientation do not believe in the possibility that international law should be an efficient regulator of the relationships in international community due to the lack of sanctions. Due to that international relations contain the alternative of peace or war, since due to the absence of the supreme arbiter the states are to be found in the situation to achieve justice by using of all available means. The war remains the ultimate means to achieve the justice (*ultima ratio*).

On the other hand, by contemplating the world as it is, realists gave a great contribution to the science of international relations and international law since they ushered the road to the development of liberalism, institutionalism, constructivism and globalism in international relations.

**Key words:** *International relations, international law, realism, Carr, Morgenthau, Aron, war, peace, national interest.*



**Јелена ЋЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ<sup>1</sup>**

Институт за упоредно право

## **ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ФУНКЦИЈИ РАЗВОЈА ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА**

**Апстракт:** Процес европских интеграција формално је отпочет педесетих година 20. века усвајањем Оснивачких уговора Европских заједница. Овим уговорима постављен је темељ новом правном поретку, који се није могао поистоветити ни са националним правима држава чланица ни са међународним правом. Током наредних деценија, правни поредак ЕУ се развијао. Како је напредовао европски интеграциони процес, мењало се и право ЕУ. Према томе, циљ права ЕУ јесте да обезбеди функционисање европске конструкције. Право ЕУ представља аутономни, *sui generis* правни систем. У раду су осветљени само неки његови аспекти. Представљањем теоријског концепта европских интеграција, анализом стварања права ЕУ и правне природе права ЕУ, као и кратким освртом на изазове европских интеграција, аутор настоји да укаже да право ЕУ прати друштвена и политичка догађања на европској сцени, те да је право ЕУ у функцији развоја европских интеграција.

**Кључне речи:** *право Европске уније, европске интеграције, Оснивачки уговори, судска пракса, изазови.*

### **1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ**

Право је као друштвена појава традиционално сматрано, нарочито у доба јаких апсолутистичких држава, искључиво националном појавом. Настанак и постојање права везивани су за државу и одређену културу, а његово дејство било је ограничено државном територијом. При томе се од права, односно од примене правних прописа, очекивало да оствари различите циљеве. Отуда је и право различито схватано, у зависности од тога каква му је улога била намењивана. Тако је у земљама западне демократије и земљама Далеког истока право схватано као симбол правде и „регулатор друштвених односа“. Од права се очекивало да обезбеди функционисање правне државе као посебне организације у којој би се

---

<sup>1</sup> Виши научни сарадник, ceranicj@gmail.com

применом права гарантовала правна сигурност свим субјектима.<sup>2</sup> Тако схваћено, постојање права се не може објаснити, нити се његова примена може одвојити од појма организованог система власти који се традиционално поистовећује са државом.

Оваква перцепција права имплицира да изван државе и државног права не може постојати право. Имајући на уму да је целокупна земаљска територија подељена између држава, долази се до закључка да иако би постојао неки други скуп прописа изван државе, он не би могао чинити право (у раније наведеном значењу) пошто формално логички посматрано не би могао да нађе простор и субјекте примене. Оваквим схватањем је негирана природа правних прописа свим другим нормама које не ствара држава. Према томе, потребно је редефинисати појам права, јер би у супротном тешко било објаснити постојање и међународног права и права ЕУ као посебних појава.<sup>3</sup>

Међународне организације, као и Европска унија, имају своје правне поретке као посебне, мање или више аутономне системе прописа. Кад је реч о праву ЕУ, његово аутономно постојање признао је не само Суд правде ЕУ, већ и судови држава чланица. У теорији је посебност или *sui generis* природа образлагана чињеницом да не потиче само из карактера норми, већ и због тога што није имало историјску претечу или савремени еквивалент.<sup>4</sup>

Процес европских интеграција формално је отпочет педесетих година 20. века усвајањем Оснивачких уговора Европских заједница (ЕЗ). Овим уговорима постављен је темељ једном новом правном поретку. Од тих времена па до данас правни поредак ЕЗ/ ЕУ много се променио. Како је напредовао европски интеграциони процес, мењало се и право ЕУ. Сходно томе, циљ права ЕУ јесте да обезбеди функционисање ЕУ. Искрпно представљање права ЕУ превазилази границе овог рада, те су у раду осветљени само неки његови аспекти. Аутор настоји да анализом теоријског концепта европских интеграција, стварања права ЕУ, правне природе права ЕУ и изазова европских интеграција, укаже на то да право ЕУ прати друштвена и политичка догађања на европској сцени, те да је право ЕУ у функцији развоја европских интеграција.

---

<sup>2</sup> Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Удружење за европско право, Крагујевац, 2012, 93.

<sup>3</sup> *Ibid.*, 94.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 94-95.

## 2. ТЕОРИЈСКИ КОНЦЕПТ ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА

Иако је идеја о предодређености европског простора у једну организациону целину стара преко два миленијума, постала је посебно присутна након трагичних искустава Другог светског рата. Многи политичари тог времена, као и значајне личности ван сфере политике, залагали су се за европско уједињење. Ипак, почасно место иницијалне каписле за почетак интеграционог процеса, чији је резултат данашња Европска унија од 27 држава чланица (Уједињено Краљевство је у процесу изласка из ЕУ)<sup>5</sup>, припада тзв. Шумановој декларацији, акту названом по њеном творцу, министру иностарних послова Француске, Роберту Шуману (*Robert Schuman*). Ова декларација представљала је позив Француске, пре свега Савезној Републици Немачкој, али и другим европским државама, да удруже производњу и дистрибуцију црне металургије.<sup>6</sup>

Централни циљ за који се залаже декларација је обезбеђење мира. Дакле, у питању је политички циљ. Међутим, до њега се долази путем кооперације и интеграције најпре у једном сегменту економије, црној металургији. Коначно средство за остварење исказаног пацифистичког циља, а сасвим сигурно не само средство, већ и циљ сам по себи, представља будућа Европска федерација. А до те федерације се долази поступно, кроз „конкретна остварења – која ће најпре да створе фактичку солидарност“, што опет имплицира да ће та „конкретна остварења“ бити лоцирана превасходно у животнијим доменима, ближим грађанима, доменима који у себи не садрже семе негативних сучељавања и конфликта, а то су неполитички домени, међу којима централно место има економски домен.<sup>7</sup>

Сложеност и испреплетаност циљева и средстава садржаних у Шумановој декларацији упућују на то да се овај приступ идеји европског уједињења може перципирати као комбинација федералистичког и функционалистичког теоријског приступа.

Полазна тачка функционалистичке теорије је раздвајање људских активности на две основне групе. Прва група су политичке активности, које су по функционалистима инхерентно контроверзне (*inherently controversial*), док су неполитичке активности неконтроверзне или техничке (*noncontroversial or technical*). С једне стране, „активности које

---

<sup>5</sup> Уједињено Краљевство се на референдуму 2016. године определило за излазак из ЕУ. Очекивало се да ће изаћи у марту 2019. године, али је то ипак одложено.

<sup>6</sup> Б. Ракић, *За Европу је потребно време*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 14.

<sup>7</sup> *Ibid.*, 15-16.

се односе на националну безбедност у најширем смислу (дипломатија, одржавање реда, управљање оружаним снагама) или на надметање ради стицања контроле над механизмима власти (функционисање политичких партија и група за притисак) евидентно су политичке, јер садрже у себи конфликт о основним вредностима. С друге стране, области као што су здравство, саобраћај или пољопривредна реформа, у бити су неполитичке. Управо на ове друге области функционалисти концентришу своје напоре.<sup>8</sup>

Вођене овим идејама, у Паризу 1951. године, шест европских земаља (Француска, Немачка, Италија, Холандија, Белгија и Луксембург) потписало је Уговор о основању Европске заједнице за угаљ и челик. Након тога, у Риму 1957. године, исте државе потписале су Римске уговоре којима су успостављене Европска економска заједница, са општом надлежношћу у економској сфери, и Европска заједница за атомску енергију, чији је предмет бављења мирнодопско коришћење атомске енергије.

Функционалистички концепт био је заснован на негативним искуствима Друштва народа, али не и на позитивним искуствима неког практичног модела. Прва позитивна искуства појавила су се након оснивања Европске заједнице за угаљ и челик. На тим позитивним искуствима је дограђена функционалистичка теорија, а нови модификовани облик назван неофункционализам.

Према неофункционалистичкој теорији циљ интеграционог процеса је успостављање европске федерације. Механизам за постизање овог циља налази се у централном институционалном систему који поседује наднационална овлашћења. Интеграциони процес започиње у економском домену, да би се касније проширио и на политички домен.<sup>9</sup> Неофункционалисти заступали су став да ће ЕЗ, захваљујући ефекту преливања (енгл. *spill-over process*), постићи висок степен интеграције. Процес преливања је подразумевао да ће као последица тзв. негативне интеграције (укидање баријера у области економије) доћи то тзв. позитивне интеграције у осталим областима живота.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> С. Petland, *International Theory and European Integration*, The Free Press, A Division of Macmillan Publishing, New York, 1973, 74.

<sup>9</sup> Б. Ракић (2009а), 17.

<sup>10</sup> А. Чавошки, *Правни и политички поредак Европске уније*, Правни факултет Универзитета Унион, Сл. гласник, Београд, 2006, 31.

### 3. СТВАРАЊЕ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Од свог настанка педесетих година 20. века, право ЕЗ/ ЕУ развијало се као самосвојно, аутономно право. По обележјима то право није било могуће поистоветити ни са националним правима држава чланица, ни са међународним правом. Пошто су ЕЗ представљале посебан облик заједница суверених држава, њихово право је било уткано између националног и међународног права. Према формалној процедури свог настанка, право ЕЗ/ ЕУ је међународноправног порекла (закључивање и ратификација међународних уговора). С друге стране, постављање узвишених циљева (мир, слобода, демократија, људска права и људско достојанство), као и преношење суверених права држава чланица на три Заједнице ради остваривања тих циљева омогућили су да се право ЕЗ/ ЕУ приближи, по свом императивном карактеру и нормативној снази националном праву.<sup>11</sup>

За ово право опште прихваћен назив у државама чланицама ЕУ је француски термин комунитарно право (фр. *acquis communautaire*), који на српски језик преведен као правне тековине ЕУ. Комунитарно право плод је сталне законодавне делатности органа на нивоу ЕУ и судске праксе Суда правде. Скуп свих до сада усвојених прописа чини комунитарно право (право ЕУ).

Извори права ЕУ се могу посматрати у материјалном и формалном смислу. У материјалном смислу се под изворима права ЕУ подразумевају основни и одлучујући разлози и мотиви стварања прописа и друштвене снаге које су стварале прописе. У правној теорији су разлози за оснивање ЕЗ виђени доста идеализовано у „међународној солидарности и вољи да се сачува мир и креира боља Европа преко економског повезивања“. Формалне изворе права ЕУ чине облици у којима је садржана воља оснивача ЕЗ, који се у правној теорији обично деле на примарне и секундарне.<sup>12</sup> Подела је изведена с обзиром на субјекте који их доносе и њихову правну снагу.<sup>13</sup> Додатни извори права су међународни уговори и судска пракса Суда правде која је, иако није предвиђена Уговорима, сигурно највише допринела развоју правног система ЕУ.

Свеобухватна анализа стварања права ЕУ тема је за далеко обимнија дела од овог рада. Стога ће на овом месту бити размотрени само неки аспекти стварања права ЕУ – измене и допуне Оснивачких уговора и судска пракса Суда правде.

---

<sup>11</sup> Б. Кошутинић, *Увод у европско право*, Завод за уџбенике, Београд, 2006, 151-152.

<sup>12</sup> Уговорима су као извори секундарног права предвиђене: уредбе, директиве, одлуке, препоруке и мишљења.

<sup>13</sup> Р. Вукадиновић (2012), 95.

### 3.1. Измене и допуне Оснивачких уговора

Примарне изворе права ЕУ стварају државе чланице приликом уређивања међусобних односа на основу уставних овлашћења. Ту спадају Оснивачки уговори (тзв. „основни уговори“ (фр. *traités de base*), као оригинарни извори права)<sup>14</sup> са свим каснијим изменама и допунама, анексима и протоколима, одлуке и уговори о пријему нових држава чланица.

Оснивачким уговорима, државе чланице најпре су основале ЕЗ, а затим их просторно и садржински даље развијале и коначно успоставиле ЕУ. Овим уговорима су не само успостављене међународне организације, већ је истовремено и створен нови правни систем.<sup>15</sup> Одредбама Оснивачких уговора стварају се норме објективног права. Ове норме имају тзв. формативну снагу у смислу да формирају (стварају) правни поредак ЕУ, те Суд правде није овлашћен да цени њихову правну ваљаност, већ само да их тумачи.<sup>16</sup>

Примарно право ЕУ, посебно његови најважнији извори – Уговор о ЕУ и Уговор о функционисању ЕУ – настали су у складу са нормама међународног права, а мењају се сходно одредбама међународноправне природе из члана 48 Уговора о ЕУ.<sup>17</sup>

Од оснивања ЕЗ па до данас, Оснивачки уговори мењани су и допуњавани више пута. Како се ЕЗ постепено трансформисала од функционалне и секторске шесточлане економске заједнице у политичку заједницу и економски савез држава са врло амбициозним не само економским, већ и политичким циљевима, и широким кругом чланства, тако су модификовани и Уговори.

Као што је већ поменуто, међународним уговорима државе чланице су најпре основале ЕЗ, а затим их просторно и садржински даље развијале. Заправо Оснивачки уговори су пратили динамику развоја процеса европских интеграција и у просторном (географском) и у садржинском (материјалном) смислу.

Што се тиче измена у садржинском смислу, процес европских интеграција почео као превасходно економски савез држава, те је и садржина уговора била таква. Од три заједнице, одмах се по динамици издвојила Европска економска заједница (која је касније променила назив

---

<sup>14</sup> Б. Ракић, „Фрагментација међународног права и европско право – на западу нешто ново“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2009, 128.

<sup>15</sup> Б. Кошутић, *op. cit.*, 171-172.

<sup>16</sup> Р. Вукадиновић (2012), 96.

<sup>17</sup> Б. Кошутић, Б. Ракић, Б. Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 263.

у Европска заједница (ЕЗ)). Будући да је главни циљ био оснивање заједничког тржишта,<sup>18</sup> одредбе су се правасходно односиле на елементе за успостављање заједничког тржишта.<sup>19</sup> Оснивачки уговори први пут су измењени и допуњени 1986. године Јединственим европским актом. У садржинском смислу, једна од највећих измена Оснивачких уговора је она из 1992. године Уговором из Мастрихта. Потписивање овог уговора представљало је прекретницу у даљем продубљивању европских интеграција. „Уговор о Европској унији се сматра новом етапом у процесу стварања све чвршћег јединства између народа Европе, у којој се одлуке доносе што је могуће отвореније и на нивоу што је могуће ближе грађанима.“<sup>20</sup> Уговором из Мастрихта основана је Европска унија, а њено поље надлежности проширено на две нове области које се нису тичале економије – заједничка спољна и безбедносна политика и сарадња у области правосуђа и унутрашњих послова. Уговором о ЕУ успостављена је и нова организациона структура ЕУ, тзв. трипартитна структура. Први стуб представљале су тадашње ЕЗ, а други и трећи стуб нове области сарадње – заједничка спољна и безбедносна политика и сарадња у области правосуђа и унутрашњих послова. За разлику од првог стуба који је по природи био супранационалан, друга два стуба била су заснована на међудржавној сарадњи. Оснивачки уговори поново су измењени и допуњени Уговором из Амстердама 1997. године и Уговором из Нице 2001. године. Последње измене и допуне извршене су Уговором из Лисабона из 2007. године који је ступио на снагу 1. децембра 2009. Овим уговором укинута је тзв. трипартитна структура ЕУ и он се састоји од Уговора о ЕУ и Уговора о функционисању ЕУ.

Што се тиче измена у просторном смислу, Уговори су мењани и допуњавани приликом сваког проширења ЕУ. Уговори о приступању нових држава чланица (са сваком земљом се закључује посебан уговор о приступању) такође су интегрални део Оснивачких уговора. Од оснивања до данас било је седам таласа проширења.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Унутрашње тржиште обухвата подручје без унутрашњих граница у коме су обезбеђени слободно кретање лица и промет робе, услуга и капитала.

<sup>19</sup> Елементи уговора који карактеришу заједничко тржиште су: царинска унија, забрана квантитативних ограничења између држава чланица, поступак усклађивања правних прописа, прописивање правила конкуренције, регулисање државне помоћи, успостављање заједничке трговинске политике.

<sup>20</sup> Чл. 1, ст. 2 Уговора о Европској унији – УЕУ.

<sup>21</sup> Уједињено Краљевство, Данска и Ирска (1973); Грчка (1981); Шпанија и Португал (1986); Аустрија, Финска и Шведска (1995); Естонија, Летонија, Литванија, Пољска, Чешка, Словачка, Мађарска, Словенија, Кипар и Малта (2004), Румунија и Бугарска (2007); Хрватска (2013).

Оснивачки уговори су, током више од шест деценија постојања европске конструкције, мењани и допуњавани у складу са развојем европских интеграција. Дакле, примарно право ЕУ је у функцији развоја европских интеграција.

### 3.2. Улога Суда правде у стварању права ЕУ

Одлуке Суда правде ЕУ представљају важан део права ЕУ, будући да се може рећи да је кроз судску праксу овог Суда стваран правни систем ЕУ. Како је живот маштовитији од законописца, Суд правде је својим креативним тумачењима, попуњавао правне празнине и допринео томе да правни поредак ЕУ данас изгледа овако. Најважнија начела на којима почива комунитарно право управо су стварана на овај начин.

Што се тиче дејства одлука Суда, све његове одлуке су обавезујуће, али немају све дејство *erga omnes*. Упркос томе што у јавности преовладава мишљење да у ЕУ важи прецедентно право, истина је да је комунитарни систем својеврсна комбинација континенталног и англосаксонског система. Дејство одлука овог суда зависи заправо од врсте поступка у коме се одлука доноси.<sup>22</sup>

Однос права ЕУ према унутрашњим правима држава чланица је одређен начелима директне примене, директног дејства и супрематије (супериорности).

#### 3.2.1. Начело директног дејства права ЕУ

Начело директног дејства права ЕУ, као једног од најважнијих начела на којима почива правни поредак ЕУ, резултат је судске праксе Суда правде. У чувеном предмету *Van Gend en Loos*<sup>23</sup> први пут је прокламовано начело директног дејства. Ово начело омогућава појединцима да се позивају на одредбе права ЕУ пред националним судовима. Суд правде је у овом предмету утврдио: „да Заједница представља нови правни поредак међународног права, у корист кога су државе ограничиле, у одређеним областима, своја суверена права, и чији субјекти нису само државе чланице него и њихови држављани; према томе, комунитарно право, независно од законодавства држава чланица, уз то што ствара обавезе за појединце, такође успоставља права која постају део њихове правне баштине; она настају не само када су изричито додељена Уговором, већ и због обавеза које Уговор намеће на тачно

---

<sup>22</sup> А. Чавошки, *op. cit.*, 160.

<sup>23</sup> Суд правде, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, предмет бр. 26/62, 5.02.1963.



одређен начин како појединцима, тако и државама чланицама и институцијама Заједнице.<sup>24</sup>

Појам директног дејства врло често се поистовећује са појмом директне примене. Ипак, између њих постоји озбиљна разлика. Под појмом директне примене подразумева се подобност директне примене прописа права ЕУ у националном праву, без доношења националних мера којима ови прописи постају део националног права. Ова одлика права ЕУ чини га различитим од међународног права које у случају дуалистичке концепције подразумева одређени уставни поступак уношења међународних уговора у национално право.<sup>25</sup>

Иначе, Суд правде је у наредним пресудама развијао начело директног дејства. У предмету *Defrenne v. Sabena*. Суд је направио разлику између вертикалног и хоризонталног директног дејства комунитарних одредби. Под одредбама које имају вертикално директно дејство подразумевају се оне на које може да се позива појединац против органа који су еманација саме државе, док су одредбе које имају хоризонтално дејство оне на које може да се позива појединац против другог појединца.<sup>26</sup>

### 3.2.2. Начело супрематије права ЕУ

Од почетка европског интеграционог процеса, питање односа између права ЕУ и националног права било је предмет дискусије. Суд правде се коначно изјаснио у предмету *Costa v. ENEL*,<sup>27</sup> дајући одговоре на два питања. Прво се тиче односа између права ЕУ и националног права, а друго решавања ситуације када је национално право у супротности са правом ЕУ.

Приликом разматрања ових питања, Суд се најпре позвао на карактеристике Уговора којима је успостављен нови правни систем у којем су државе чланице ограничиле своја суверена права. То ограничење је резултирало у стварању правног система који намеће обавезу како за државе чланице тако и за правна и физичка лица. Суд је такође истакао да је супрематија права ЕУ потврђена одредбама Уговора којим је предвиђено да су прописи обавезујући и применљиви у свим државама чланицама. Ова одредба која није ничим условљена, остала би празно слово на папиру ако би држава чланица могла једнострано да поништи

---

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> А. Чавошки, *op. cit.*, 105-106.

<sup>26</sup> D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 2001, 387-406.

<sup>27</sup> Суд правде, *Costa v. ENEL*, предмет бр. 6/64, 15.07.1964.

њено дејство путем законодавних мера којима би се признала супрематија националног права над комунитарним правом.<sup>28</sup>

Пренос права и обавеза које произилазе из Уговора од стране држава чланица из својих домаћих правних система у комунитарни правни систем носи са собом трајно ограничење њихових суверених права против којих потоњи једностранни акт, који није усклађен са концептом Заједнице, не може да преовлада.<sup>29</sup>

Суд је у овом предмету решио тзв. питање хијерархије норми, односно односа између права ЕУ и националног права. Значај утврђивања начела супрематије права ЕУ огледао се у спречавању неуједначене примене права ЕУ у државама чланицама која би довела у питање испуњавање циљева предвиђених Уговоима, као и у спречавању нарушавања ауторитета права ЕУ.<sup>30</sup>

Прокламовање овог начела је поставило пред Суд још једно питање које је у тесној вези са овим начелом, а тицало се примене националних прописа који су у супротности са одредбама права ЕУ. Суд је о овом питању одлучивао у предмету *Simmmenthal*.<sup>31</sup> У складу са начелом супрематије права ЕУ, Суд је утврдио дејство одредаба Уговора, с једне, и националних права држава чланица, с друге стране. Поменуте одредбе, не само да по ступању на снагу аутоматски поништавају супротне одредбе важећег националног права већ, такође, спречавају законито усвајање нових националних законодавних мера у мери у којој би оне биле у супротности са одредбама права ЕУ.<sup>32</sup>

#### 4. ПРАВНА ПРИРОДА ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

У правној теорији нема јединственог схватања о правној природи права ЕУ. Различита схватања делимично су последица различитог методолошког приступа, а делимично различитог схватања саме правне природе ЕУ. При томе опредељење за одређени модел повезаности држава чланица Заједнице није био резултат искључиво брижљиве правне анализе садржине закључених међународних уговора, него и политичких жеља учесника у тој расправи.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> А. Чавошки, *op. cit.*, 118.

<sup>31</sup> Суд правде, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, предмет 106/77, 9.03.1978.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Б. Кошутић, *op. cit.*, 72.

Европска унија представља јединствени и у правној историји до сада непознати облик повезивања држава. Стога је њену правну природу тешко дефинисати и сврстати је у неку од постојећих категорија. Део доктрине сматра да ова специфична форма организовања држава, упркос одређеним етатистичким одликама, има претежно карактеристике међународне организације. Други део је мишљења да се она, по уређењу и начину функционисања, приближила моделу федералне државе. Последњих година све је више присталица тзв. средњег решења, на основу кога ЕУ није ни класична међународна организација, ни држава, већ осцилира између ове две категорије.<sup>34</sup> Осим тога, потпуно је погрешно да се на ЕУ, као до сада непознат и јединствен облик политичког организовања држава, примењује одређени, унапред установљени модели. Уколико се нова појава посматра искључиво кроз призму већ постојећих модела, не може се допрети до суштине и одредити природа овог ентитета. Унија је постепено еволуирала и временом се трансформисала у 'нешто друго'.<sup>35</sup>

Различито одређивање правне природе ЕУ имплицира и различита, али мање разубјена, схватања о правној природи права ЕУ. Она се могу класификовати у: интернационалистичка (међународна), наднационалистичка (аутономна) и мешовита.

Према првом схватању, право ЕУ је по својој природи међународно право, јер је настало на основу међународних уговора, и без обзира на извесне специфичности, његово дејство остаје у сфери дејства међународног права. Као такво, оно представља део савременог међународног права. Његово укључивање у унутрашње правне поретке држава чланица поборници оваквог схватања објашњавају теоријом трансформације.<sup>36</sup>

Према наднационалној теорији, државе чланице су, ступањем у ЕЗ, њој доделиле одређена овлашћења и у тим обалстима ограничиле своја суверена права, па се тако створено право не може подвести под познате класификације права, нити се поистоветити са унутрашњим или међународним правом, већ представља аутономни *sui generis* систем са наднационалним карактеристикама.<sup>37</sup>

Према мешовитом схватању, право ЕУ је истовремено и међународно и унутрашње, јавно и приватно, материјално и

---

<sup>34</sup> Ј. Ђеранић, „Права природа Европске уније на основу Уговора из Лисабона“, *Актуелна питања савременог законодавства*, Будва, 2012, 303-318.

<sup>35</sup> М. Longo, “European Integration: Between Micro-Regionalism and Globalism”, *Journal of Common Market Studies*, 3/2003, 487.

<sup>36</sup> Р. Вукадиновић (2012), 162-163.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 163.

процедурално, састављено из закона и прецедената. То има за последицу да се извори права ЕУ не могу тумачити само у складу са традиционалним правилима међународног права, нити се односи између држава чланица могу третирали као чисти односи међународног права.<sup>38</sup>

## 5. ИЗАЗОВИ ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА

Европска унија последњих десет година проживљава најсложенију, најдуготрајнију и најнеизвеснију кризу од свог оснивања. Криза која је 2008. године почела као економска, брзо се проширила захвативши све остале сегменте привреде и друштва. Економске и политичке тешкоће са којима се Унија тренутно суочава прете да угрозе основне вредности које је ова заједница остварила, а то су пре свега мир и стабилност на простору ЕУ у последњих шездесет пет година.<sup>39</sup>

Бројни разлози довели су до кризе и они се могу сврстати у три категорије – разлози економске, политичке и правне природе. Још није дефинисан јасан пут не само како превазићи постојећу кризу, већ ни око њене квалификације и природе, па чак ни око назива. Тако једни ову кризу еуфемистички називају „изазовима“ (*challenges*), а други као кризу поверења у ЕУ или неповрења у функционалност (односно дисфункционалност), или недовољну делотворност органа Уније.<sup>40</sup> Ипак, након Брексита, сви су сагласни да се ЕУ налази на раскрсници и да концепт европских интеграција мора да се редефинише.

Проблеми са којима се тренутно суочава ЕУ, као и могући путеви за излазак из кризе, превазилазе границе овог рада. С обзиром на комплексну и еволутивну природу догађаја у данашња нестабилна времена, било би амбициозно ограничити се на један предлог за излазак из кризе. Дакле, интенција аутора није да сугерише један метод за решавање кризе, већ да, у светлу дискусије о праву ЕУ у функцији развоја европских интеграција, укаже на један од метода предвиђен Уговорима, а то је диференцирана интеграција.

Европска унија има 27 држава чланица (без Уједињеног Краљевства) између којих постоје велике разлике у погледу економске моћи, дрштвено-политичког уређења, културно-историјског наслеђа, правних традиција, итд. Управо због овакве хетерогености ЕУ, морало се

---

<sup>38</sup> Т. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 1988, 85.

<sup>39</sup> А. Рабреновић, Ј. Ђеранић, *Усклађивање права Републике Србије са правним тековинама ЕУ: приоритети, проблеми и перспективе*, Институт за упоредно право, Београд, 2012, 301.

<sup>40</sup> Р. Вукадиновић, „Диференцирана интеграција као спасоносни метод интеграције или дезинтеграције ЕУ“, *Правна ријеч*, 39/2014, 524.

одступити од принципа јединства и једнакости држава чланица који је деценијама представљао један од темеља европске конструкције. На основу овог принципа све државе чланице учествују у развоју свих политика ЕУ. Да би ЕУ наставила да напредује и продубљује интеграције, концепт једнакости и јединства држава уступа место концепту диференцираности (флексибилности). Под флексибилношћу комунитарног права подразумева се могућност да се државе чланице налазе у различитом положају у погледу опсега права и обавеза у оквиру одређених политика ЕУ. Дакле, на основу овог концепта, свака земља чланица продубљује интеграције сопственим ритмом.<sup>41</sup>

Чињеница да је концепт диференцираности кодификован сведочи у прилог томе да је право ЕУ у функцији развоја европских интеграција, у смислу да прати друштвену стварност. Наиме, диференцирана интеграција институционализована је први пут Уговором из Амстердама у виду одредби о ближој (убрзаној, појачаној) сарадњи. Разлоге због којих је баш у Уговору из Амстердама посебна пажња посвећена клаузули о ближој сарадњи требало би тражити у очекивању да ће у наредном ширењу ЕУ бити примљене државе из ранијег „Источног блока“, те да неке од њих неће бити спремне да учествују у свим облицима интракомунитарне интеграције.<sup>42</sup>

Одредбе о ближој сарадњи измењене су и допуњене најпре Уговором из Нице, а затим Уговором из Лисабона. Уговор из Лисабона предвиђа да државе чланице, које желе да међусобно успоставе ближу сарадњу у оквиру надлежности које нису резервисане искључиво за Унију, могу користити институције Уније и спроводити сарадњу применом одговарајућих одредби Уговора. Ближе сарадње усмерене су на фаворизовање остварења циљева ЕУ, заштиту њених интереса и јачање процеса интеграција.<sup>43</sup> Оне су отворене у сваком тренутку за све државе чланице.<sup>44</sup>

## 6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Криза са којом се ЕУ суочава последњих десет година озбиљнија је и опсанија од свих у новијој историји. Протеком времена, кризни *modus*

---

<sup>41</sup> Ј. Ђеранић, „Диференцирана интеграција – инструмент за превазилажење различитости између држава чланица ЕУ – са посебним освртом на њене импликације на универзално и особено у праву ЕУ“, *Универзално и особено у праву* (ур. О. Вујовић), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2018, 65.

<sup>42</sup> Р. Вукадиновић (2014), 550.

<sup>43</sup> Чл. 20, ст. 1, тач. 1 УЕУ.

<sup>44</sup> Чл. 20, ст. 1, тач. 2 УЕУ.

*operandi* и *modus vivendi* прихваћен је као редовно стање у Унији.<sup>45</sup> Како ни након бројних реформских мера које ЕУ предузима последњих десет година, криза није превазиђена, све се чешће доводи у питање опстанак ЕУ и уопште будућност европских интеграција. Поједини чак доводе у питање и сврху изучавања права ЕУ.

С једне стране, што се тиче опстанка ЕУ, државе европског континента упућене су једна на другу и сарадња између њих је неизбежна, пре свега због испреплетаности интереса. Питање је само каквој врсти интеграција прибећи. Време је показало да ЕУ са ширим кругом чланова нема великих могућности за амбициозне интеграционе подухвате, у смислу да се ова специфична организација држава приближи федералном државном уређењу. Искуства из прве половине педесетих година и даље, упркос протоку времена, могу да служе као показатељ шта треба, а шта не треба чинити да би интеграција била успешна. Утолико пре што сасвим извесно и даље важи то да, на плану интеграције, поступна и на непосредним животним интересима заснована функционалистичка формула представља формулу успеха.<sup>46</sup>

С друге стране, што се тиче самог права ЕУ, Унија почива на развијеном, веома модерном и добром правном систему, који служи као узор многим европским и ваневропским државама. И шта год да се догоди са ЕУ, као политичким обликом организовања држава, европски стандарди и вредности, као цивилизацијске тековине, неће нестати. Направимо аналогију са римским правом. Иако је Римско царство пропало, римско право представља темељ многих правних система данас. И нико не доводи у питање сврсисходност његовог изучавања.

Напослетку, у контексту дискусије о праву ЕУ у функцији развоја европских интеграција, не можемо а да се не осврнемо на процес глобализације. Европска унија ће, у оквиру глобализације, сасвим сигурно постати преузак оквир за друштвене процесе. Ипак, она ће „сачувати смисао и одиграти важну улогу једино у мери у којој изгради високе стандарде и вредности, увијене између осталог и у правну форму. И те вредности и стандарде, кроз интеракцију са другима, полако нестајући кроз утапање у глобално друштво, подигне на светски ниво. Као кап мастила стављена у чашу воде. Која ће се у тој води растопити, али вода неће више бити безбојна, него плава.“<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Ј. Ђеранић, М. Глинтић, „Европска унија десет година након почетка“, *Правни живот*, 12/2018, 343.

<sup>46</sup> Б. Ракић (2009а), 260-261.

<sup>47</sup> Б. Ракић (2009б), 145.

## ЛИТЕРАТУРА

Вукадиновић, Р., *Увод у институције и право Европске уније*, Удружење за европско право, Крагујевац, 2012.

Вукадиновић, Р., „Диференцирана интеграција као спасоносни метод интеграције или дезинтеграције ЕУ“, *Правна ријеч*, 39/2014, 541-560.

Кошутић, Б., *Увод у европско право*, Завод за уџбенике, Београд, 2006.

Кошутић, Б., Ракић, Б., Милисављевић, Б., *Увод у право европских интеграција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015.

Рабреновић, А., Ђеранић, Ј., *Усклађивање права Републике Србије са правним тековинама ЕУ: приоритети, проблеми и перспективе*, Институт за упоредно право, Београд, 2012.

Ракић, Б., *За Европу је потребно време*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.

Ракић, Б., „Фрагментација међународног права и европско право – на западу нешто ново“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2009, 122-147.

Ђеранић, Ј., „Права природа Европске уније на основу Уговора из Лисабона“, *Актуелна питања савременог законодавства*, Будва, 2012, 303-318.

Ђеранић, Ј., „Редефинисање концепта европских интеграција – различити сценарији за превазилажење кризе у Европској унији“, *Актуелна питања савременог законодавства*, Будва 2017, 201-214.

Ђеранић, Ј., „Диференцирана интеграција – инструмент за превазилажење различитости између држава чланица ЕУ – са посебним освртом на њене импликације на универзално и особено у праву ЕУ“, *Универзално и особено у праву* (ур. О. Вујовић), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2018, 63-78.

Ђеранић, Ј., Глинтић, М., „Европска унија десет година након почетка кризе“, *Правни живот*, 12/2018, 341-356.

Чавошки, А., *Правни и политички поредак Европске уније*, Правни факултет Универзитета Унион, Сл. гласник, Београд, 2006.

Hartley, T., *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 1988..

Lecourt, R., *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976.

Longo, M., “European Integration: Between Micro-Regionalism and Globalism”, *Journal of Common Market Studies*, 3/2003, 447-494.

Petland, C., *International Theory and European Integration*, The Free Press, A Division of Macmillan Publishing, New York, 1973.

Simon, D., *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 2001.

**Jelena Ceranic Perisic, Ph.D**

Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law

## **THE EUROPEAN UNION LAW IN THE FUNCTION OF EUROPEAN INTEGRATION DEVELOPMENT**

### **Summary**

The process of European integrations has formally begun in the fifties of the 20th century by adoption of the Founding Treaties of the European Communities. These treaties laid the groundwork for a new legal order, which could not be identified either with the Member States national laws or with international law. Over the next decades, the EU's legal order has evolved. As the European integration process has progressed, EU law has been amended. Therefore, the aim of EU law is to ensure the functioning of the European construction. European Union law is an autonomous, *sui generis* legal system. The paper analyses only certain aspects of the EU law. By presenting the theoretical concept of European integrations, examining the creation of EU law and the legal nature of EU law, and briefly addressing the challenges of European integrations, the author strives to point out that the EU law follows social and political developments on the European scene, and the EU law is in the function of European integration development.

**Key words:** *European Union law, European integrations, Founding Treaties, case law, challenges.*



Дејан МИРОВИЋ\*

Правни факултет Приштина - Косовска Митровица

## ПОРЕЂЕЊЕ БРИСЕЛСКОГ СПОРАЗУМА СА УГОВОРОМ САД И ПАНАМЕ ИЗ 1903. ГОДИНЕ У КОНТЕКСТУ ТЕОРИЈА КАРЛА ШМИТА О "ПРАЗНОМ СУВЕРЕНИТЕТУ"

**Апстракт:** *Први споразум о принципима* који регулишу нормализацију *односа* или Бриселски споразум како се назива колоквијално у јавности је у суштини , тространи уговор закључен у априлу 2013. године између између старе европске и међународно признате државе (Република Србија ) , регионалне међународне организације ( ЕУ ) и непризнатих сепаратистичких власти ( Приштина ) . Уставни суд Републике Србије није био у праву када га је у децембру 2014. године прогласио за политички уговор. Према дефиницији академика Милана Бартоша политички уговори регулишу пријатељство и сарадњу између две владе . Академик Коста Чавошки види Бриселски споразум као симуловани уговор који је у суштини двоструки билатерални изобичајени међународни уговор попут оног закљученог у време Вестфалског мира 1648. године . Зато се може тврдити да је имплементација Бриселског споразума значила и суспендовање Устава Републике Србије када се радило о одредбама о КиМ и прембули . То је према правној теорији могуће само када се уводи ванредно стање. У том контексту велики немачки правник Карл Шмит даје дефиницију посебних уговора у оквиру доктрине "празног сувернитета " која је актуелна и данас када се примени на Бриселски споразум . Шмит на основу проучавања Уговора између САД и Панаме из 1903. године закључује да постоји посебна врста међународних уговора или уговора о интервенцији . Бриселски споразум спада у такву врсту међународних уговора о интервенцији . Србија је *de iure* задржала сувернитет али је *de facto* признала анексију око 15 % територије услед интервенције ЕУ. На тај начин Србија је након постала 2013. године држава са " празним сувернитетом " .

**Кључне речи:** *Панама, Косово и Метохија , Бриселски споразум, Међународно јавно право , Република Србија , Карл Шмит .*

---

\* Ванредни професор, dejan.mirovic@pr.ac.rs

## **1. Правна природа Бриселског споразума**

**Први споразум о принципима** који регулишу нормализацију односа или Бриселски споразум како се назива колоквијално у јавности је у суштини , тространи уговор закључен у априлу 2013. године између између старе европске и међународно признате државе (Република Србија) , регионалне међународне организације ( ЕУ ) и непризнатих сепаратистичких власти ( Приштина ). У нашој јавности природа тог уговора од стране српских власти још увек није одређена (6 година након потписивања) . Она није одређена ни од Уставног суда Републике Србије који се на веома чудан начин "самоизузео " од одлучивања о уставности Бриселског споразума и прогласио га за "политички акт " у децембру 2014. године . О каквој се правној акробатици Уставног суда радило најбоље показује дефиниција политичких уговора коју је још у 50-тим годинама прошлог века изнео чувени југословенски и српски правник Милан Бартош . Према академику Бартошу који је годинама био и члан Комисије за међународно право УН , постоје три врсте политичких уговора ;

1. Уговор о савезу ;
2. Уговор о пријатељству;
3. Уговор о помоћи;

Више је него очигледно да се ова дефиниција академика Бартоша не може применити на Бриселски споразум . <sup>1</sup> Политички уговори везују само владе не и државе .

Бриселски споразум није мировни уговор јер између три стране уговорнице није било ратних дејстава читавих 14 година пре потписивања споразума . Ратна дејства између земаља ЕУ (НАТО ) и СРЈ ( Србије) су окончана Кумановским споразумом 1999. године у чијем закључивању сепаратистичке власти (тадашња ОВК ) нису чак ни учествовале .

Такође , три гране власти у Србији имају међусобно искључујућа тумачења када се ради о природи Бриселског споразума . Народна скупштина Републике Србије је приликом разматрања Бриселског споразума у априлу 2013. године применила процедуру усвајања карактеристичну за домаће уговоре. У суштини, разматрала је извештај о политичким преговорима између Тачија и Дачића. Уставни суд Републике Србије у децембру 2014. године изнео став да се ради о политичком уговору . Председник Србије је 24. маја 2018. године након

---

<sup>1</sup> Бартош М. "Међународно јавно право-уговорно право", Службени гласник СФРЈ, Београд, 1986. стр. 150.

састанка са известиоцем ЕП за Србију Дејвидом Мекалистером. изјавио да се ради о "међународно правном споразуму".<sup>2</sup>

Дакле, три гране власти у Србији, су само у року од 6 година дале три различита и контрадикторна тумачења Бриселског споразума. Уставни суд (условно говорећи припада судској грани власти иако би требало да је независан орган, нажалост писмо из 2013. тадашњег министра правде Селаковића у којем тражи да Уставни суд не предузима мере против такозваних Боркових споразума показује да је он зависан чак и од извршних органа власти ) сматра да се ради о политичком споразуму. Народна скупштина као законодавна грана власти сматра да се ради о унутрашњем правном споразуму. Извршни део власти на челу са председником Србије, говори да се ради о међународном споразуму.

Када се претходно има у виду, може се констативати да се правни поредак Републике Србије налази у једној врсти хаоса јер формално –правно не могу постојати три међусобно искључујућућа тумачења. (У члану 4 Устава Републике Србије се износи дефиниција да се "однос три гране власти засива на равнотежи и међусобној контроли.").

Са друге стране, академик Коста Чавошки Бриселски споразум види као изобичајени двоструки билатерални уговор попут оног који је закључен у оквиру Вестфалског мира 1648 . године када потписници нису због унутрашњих политичких разлога (мржња између католика и протестаната после Тридесетогодишњег рата ) желели да њихови потписи буду на истој стани уговора.<sup>3</sup> Чавошки зато Бриселски уговор дефинише и као симуловани унутрашњи уговор.<sup>4</sup>

Дакле, закључивање Бриселског уговора је довело до хаоса у српском правном систему и до суспендовања Устава Републике Србије када се ради о његовим одредбама о КиМ као и о преамбули . То су јасне одлике ванредног стања јер само се тада могу суспендовати одредбе највишег правног акта.

## ***2. Шмитова теорија празног сувернитета***

У међународној правној теорији постоји објашњење за ситуацију која је настала у Србији након потписивања Бриселског споразума . Велики немачки правник Карл Шмит пише : " Позитивистичка правна наука континенталног уставног права била је беспомоћна пред проблемом

---

<sup>2</sup> <https://stanjestvari.com/2018/05/25/milovancev-briselski-sporazum/> посећено 15.марта 2019.

<sup>3</sup> Чавошки К. " Велеиздаја ", Catena mundi , Београд, 2014. стр 1-171

<sup>4</sup> Више о овим уговорима види Гамс А. Ђуровић Љ." Увод у грађанско право ", Савремена администрација , Београд, 1994. стр .212.

ванредног стања . То је у природи позитивистичке методе , која, због своје зависности од државне нормативне воље , заказује како пред међународним , тако и пред уставноправним тешкоћама . Она се тада углавном напосто повлачи , а питање се проглашава политичким , а не правним " .<sup>5</sup> Шмитова дефиниција пре скоро 70 година не само да је издржала пробу времена, она се може применити у Србији након потписивања Бриселског споразума . После имплементације Бриселског споразума, у Србији је уведена једна врста ванредног стања, посебно када се ради о најважнијим одредбама Устава Србије или о одредбама у вези са статусом Косова и Метохије. Сходно томе , судије Уставног суда су као што би рекао Карл Шмит , "заказале " пред чињеницом да је у Србији суспендован управо највиши правни акт од стране извршне власти услед притиска ЕУ или "међународних тешкоћа" . Зато су се судије Уставног суда предвођене Драгишом Слијепчевићем , одлучиле за "повлачење" и проглашавање Бриселског споразума за наводни политички уговор. Дакле, Уставни суд Републике Србије није имао ни минимум професионалног интегритета да констатује очигледно, или кршење и суспендовање Устава Србије .

Зато се правно стање у Србији након 2013. године мора дефинисати уз помоћ теорије Карла Шмита о "празном сувернитету" . Шмит објашњава да се територија државе којом се управља не мења се на тај начин да се њена земља претвара у државну територију државе која управља. Прецизније, нема формалне анексије од јаче интервенционистичке силе. Спољашњи ,испражњени простор територијалног сувернитета остаје недирнут, али стварни садржај овог сувернитета је измењен . Шмит закључује : "Тако настаје модерни тип међународноправних уговора о интервенцији " .<sup>6</sup>

Карл Шмит описује и последице таквих уговора на следећи начин :  
" Држава чија слобода деловања на такав начин подлеже праву интервенције нешто је друго од државе чији територијални сувернитет се састоји у томе да снагом сопствене суверене одлуке слободно одлучује о конкретном остварењу појмова као што су **независност, јавни поредак , легалитет и легитимитет**" .<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Шмит К. "Номос земље", Федон , Београд, 2011. стр. 242.

<sup>6</sup> Шмит К. "Номос земље", Федон , Београд, 2011. стр.303.

<sup>7</sup> Шмит К. "Номос земље", Федон , Београд, 2011. стр.304.

### 3. Уговор између САД и Панаме из 1903. године и Бриселски споразум из 2013. године

Шмит је своју теорију међународноправних уговора о интервенцији развио на основу проучавања споразума које су САД закључиле са Панамом 1903. године . Конвенција између Сједињених Држава и Републике Панаме (*Convention between the United States of America and the Republic of Panama*) је потписана у Вашингтону 18. новембра 1903. године .<sup>8</sup> Догађаји који су претходили закључивању Конвенције су започели још 1879 године када су Сједињене државе Колумбије и Француска закључиле уговор о концесији ради изградње Панамског канала . Предвиђено је да Канал буде дугачак око 80 км и да повеже Атлански и Тихи океан . Тако би се скратило путовање између две обале Америке за неколико хиљада километара . Изградња канала је започета 1883. године. Међутим, радови су се одужили због техничких потешкоћа, одрона и велике смртности радника . САД нешто касније преузимају концесију од Француске. Међутим, Конгрес у Колумбији одбацује споразум са Вашингтоном у јануару 1903. године .

САД убрзо ( као и на Косову и Метохији 1999) помажу оружану побуну сепаратиста. Централне власти Колумбије одговорају тако што шаљу војску против сепаратиста . На крају , САД директно војно интервенише у новембру 1903. године .<sup>9</sup> Након војне агресије САД , новостворена сепаратистичка Република Панаме пристаје на све услове САД и потписује Конвенцију о Панамском каналу крајем новембра 1903. године . Власти у Панами ратификују Конвенцију у децембру 1903. године . (САД је ратификују у фебруару 1904. године) . Потписници Конвенције су били испред Републике Панаме опуномоћени изасланик или министар саветник (нижи ранг од амбасадора у међународном дипломатском праву ) Philippe Bunau-Varilla , испред САД дугогодишњи Државни секретар John Hay.<sup>10</sup>

У уводним деловима Конвенције се наводи да је пуноважан само примерак на енглеском језику .Овакво регулисање већ на почетку текста симболички показује ко је доминатна страна а ко подређена страна у том међународном уговору.

---

<sup>8</sup> Текс Конвенције на енглеском према <https://www.bartleby.com/43/47.html>, посећено 23.марта 2019. године

<sup>9</sup> "Војна енциклопедија" друго издање, 'књига 6, Војноиздавачки завод, Београд, 1985, стр 520.

<sup>10</sup> John Hay је служио под више америчких администрација још о времена Линколна , у време потписивања Конвенције, председник САД је био Теодор Рузвелт.

У члану 1 Конвенције се наводи да ће САД формално гарантовати сувернитет Панаме. Међутим, већ у следећем члану, као пример за *contradictio in adiecto* стоји да се Република Панама обавезује да ће допустити САД да "окупира и користи" територију око Канала у ширини 10 миља (по 5 миља са леве и десне стране канала) и још по 3 миље у оквиру територијалних вода Панаме. Такође, Панама се обавезала да ће допустити контролу и ван ових зона, укључујући и острава у Панамском Заливу (ако САД сматрају да је то "потребно"). Дакле, власти у Панаме су се "разграничиле саме са собом" као што су покушавале власти у Београду када су предлагале правно-обавезујући споразум са Приштином.<sup>11</sup>

Може се извести још једно поређење са ситуацијом у Србији након закључивања Бриселског споразума 2013. Власти у Панаме су Конвенцијом предале САД најважнији економски ресурс Панамски канал (У Србији су то су рудници на КиМ за Србију) као и право да користе целокупну територију Панаме за своје потребе.

Међутим, српске власти су потписивањем Бриселског споразума 2013 године отишле чак и корак даље од панамских. Оне су избациле из Бриселског споразума Резолуцију 1244 СБ УН. Србија се тако одрекла чак и "празног сувернитета" као га дефинише Карл Шмит. Са друге стране, панамске власти су за разлику од српских ипак успеле да се изборе за "празни" или привидни сувернитет. (У првом члану Конвенције из 1903. између Панаме и САД постоје одредбе о формалном сувернитету). Колико је то било значајно показују догађаји који су уследили након потписивања Конвенције. Упркос томе што се у члану 22 Конвенције обавезала да неће захтевати измене уговора а у члану 24 да промена власти неће утицати на обавезе према САД, од 50-их година прошлог века Панама почиње да захтева ревизију Конвенције. (преговори су вођени 1967. и 1974 године). У том контексту, Панама и САД су 1977. године склопиле два уговора, Уговор о Панамском каналу и Уговор о трајној неутрализацији Панамског канала. Уговори су ступили на снагу 1979. године. САД су до 31. октобра 1999. године обавезале да ће вратити контролу над земљом, водом и инсталацијама у зони око Канала.

Наравно, Панама као мала држава од само од око само 3, 5 милиона становника никада није могла да буде *de facto* равноправан партнер САД. Инвазија САД из 1989/1990. године је то показала. Међутим, инвазија макар формално, није имала за циљ да поништи ревизију Конвенције. САД су ушле у сукоб са некадашњом својом

---

<sup>11</sup> <https://kodex.me/clanak/171103/vucic-ja-se-zalazem-za-ragranicenje-sa-albancima>, приступљено 24. марта 2019.

марионетом (и савезником у броби против Никарагве ) генералом Норијегом који је de facto владао Панамом од 1983 до 1989. године, под изговором да се боре против шверца дроге. Постојали су и унутрашњи политички мотиви за инвазију јер амерички и израелски професори, **Karl DeRouen** и **Alex Mintz** који су проучавали америчку спољну политику и начин доношења спољнополитичких одлука у Вашингтону , тврде да разлози за такве врсте инвазија често имају узорке у унутрашњем политичком животу у САД.<sup>12</sup>

У члану 6 Конвенције из 1903. се ограничавају приватна права грађана Панама у зони око Канала (право својине и право кретања). У истом члану САД добијају право на одузимање покретне и непокретне имовине панамских грађана као и могућност да "наметну ред" и поредак ако власти Панама то нису у стању да ураде .

У члану 9 Конвенције Панама ослобађа САД од плаћања пореза , такси и царина . Овај члан Конвенције је веома сличан са одредбама ССП између ЕУ и Србије из 2008. године . Тада се Србија обавезала да ће постепено укидати царину према ЕУ.

У члану 12 се грађани Панама на које се односи уговор , ослобађају служења војске . Сличне одредбе постоје и у Бриселском споразуму из 2013 године . У члановима 7-9 Бриселског споразума се прописује да ће српски држављани који се налазе на територији севера Косова и Метохије бити ослобођени службе у "српским безбедоносним снагама" (ради прикључивања такозваној косовској полицији ) .

У члану 13 Конвенције пише да ће САД моћи да увозе без царина било коју врсту опреме у области око Канала . Царине у другим деловима Панама ће остати. Ове одредбе су такође сличне онима из споразума о "интегрисаним прелазима " из 2011. године (**Integrated Border Management**) или из такозваних Борскових споразума, које предвиђају да Србија укине царинску контролу над својом јужном покрајином .

У члану 15 Конвенције се предвиђа да су САД дужне да плате десет милиона долара Панама након ратификације уговора као и годишња плаћање од 250.000 долара . У Бриселском споразуму нема ничег сличног . Србија чак није ни ослобођена од плаћања дуга са територије Косова и

---

<sup>12</sup>"The use of symbols typically evokes emotion and patriotic pride – which in turn increases public approval. For instance, Truman's decision to send military aid to Greece and Turkey after World War II was driven by fear of communism among the public ..G. H. W. Bush marketed the Panama invasion to the public by referring to Manuel Noriega as a narco-trafficker ", Mintz A, **DeRouen Jr, K.**" **Understanding Foreign Policy Decision**", Cambridge University Press, New York , 2010.p .153.

Метохије (Светској банци и ММФ-у и другим међународним кредиторима). Прецизније, до јануара 2019. године Србија је платила према подацима НБС око 750 милиона евра . Остатак дуга износи око 200 милиона евра. Предузећа чији дуг отплаћује Србија су углавном у рукама Приштине или Приштина намерава да их преузме , као што су , Трпчача" (Косовска Митровица), Електропривреда Косова (Приштина), "Ибар" (Лепенац), Термоелектрана (Приштина), Енергетика и гасификација (Обилић), "Фероникл" (Глоговац), Косово РО у оснивању (Обилић), "Застава" Рамиз Садику (Пећ) и "Емин Дураку" (Ђаковица).<sup>13</sup> У међувремену је такозвано Косово постало чланица ММФ и Светске банке као и Европске банке за обнову и развој .

У члану 15. Конвенције из 1903 . између Панаме и САД се предвиђа стварање заједничке комисије за имплементацију . Такве одредбе у Бриселском споразуму постоје у члану 15: " Две стране ће, уз помоћ ЕУ, основати Комитет за имплементацију". Међутим, Србија са друге стране, није ни покушала да суспендује Бриселски споразум због неизвршавања обавеза Приштине, иако је на то имала право према Лондонском уговору из 1871. године и Резолуцији Савета Друштва народа из 1935. који прописују да нема оправдања за једнострано неизвршавање уговора .<sup>14</sup>

У члану 16 Конвенције између Панаме и САД је предвиђено да стране међусобно испоручују људе осумњичене да су починили кривична дела. Са друге стране , српска страна није ни покушала да правно заштити српске држављане на КиМ. То је имало за последицу да Приштина некажњено може да хапси српске држављане на КиМ под измишљеним отужбама да су починили ратне злочине. (Углавном се иза тога крије намера локалних Албанаца да присвоје имовину Срба повратника ). На пример, на такав начин је ухапшен (пред 12-годишњим дететом) на прелазу Јариње у јануару 2019. године Зоран Ђокић , расељени српски држављанин из Пећи. Ђокић је за време рата био у Београду али је ипак оптужен за ратне злочине .

У члану 20 и 21 Конвенције се прописује да она има првенствено у односу на све друге међународне уговоре које је закључила или ће закључити Панама са "трећим силама" или "осталим владама ". Дакле, Конвенцијом Панама подређује своју унутрашњу и спољну политику САД. Слично је урадила и Кнежевина Србија са Аустроугарском када је

<sup>13</sup> [<sup>14</sup> \*The International Law of the Future, Postulates, Principles and Proposals\* ” Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p.157.](http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/politika/aktuelno.289.html:778180-Beograd-placadugove-Kosova-jos-22-godine, посећено 25. 3. 2019. године.</a></p></div><div data-bbox=)



закључила Тајну конвенцију 1881. године . Са друге стране, у Бриселском споразуму из 2013. године је то урађено на посредан начин. Разлика у односу на Конвенцију из 1903 . је у томе што се Србија обавезује да ће у спољној и унутрашњој политици следити једну међународну регионалну организацију као што је ЕУ. У том контексту уметнут је члан 14 у којем пише : " Договорено је да ниједна страна неће блокирати, или подстицати друге да блокирају напредак друге стране на њеном путу ка ЕУ ". Ова одредба је у супротности и са модерним међународним правом, јер као што тврди познати британски правник Brierly , државе су у једној врсти зависности само према УН и њеним основним начелима .<sup>15</sup> (ЕУ није универзална међународна организација као УН и зато је члан 14 Бриселског споразума у супротности са међународним правом).

У члану 22 Конвенције се одређује рок од 99 година важења. У Бриселском споразуму нема временских одредби . Зато је Приштина могла без икаквих проблема да годинама не испуњавања одредбе из чланова 1-6 о формирању Заједнице српских општина. (Рок од 99 година се помиње само у Плану од 17 тачака који је објављен у "Франкфуртер рундштау" у фебруару 2019 године и односи се на предају рудника Трепча и језера Газиводе).<sup>16</sup>

Чланом 23. Конвенције САД су добиле право да своје војне и полицијске снаге стационирају у области око Канала а у члану 25 се предвиђају и сталне базе . Слично томе, члановима 7-9 Бриселског споразума Србија се обавезала да дозволи стационирање албанске Косовске полиције на северу Косова и Метохије.

#### 4. Закључак

Београд се одлучио за патетично оглашавање у медијима и непрестане конференције за штампу на којима се подсећа на чињеницу да Приштина није 6 година испунила ниједну одредбу Бриселског споразума уместо да то ради преко Комитета за имплементацију који очигледно није заживео у пракси. Београд није ни покушао да искористи познати принцип међународног права који се гарантује још у Лондонском уговору из 1871. године (Неспуњавање уговора од стране једне стране доводи до прекида његове важности ). Ове чињенице показују да Бриселски споразум није био политички уговор како је то протумачио Уставни суд Републике Србије у децембру 2014. године. Напротив, Бриселски

---

<sup>15</sup> Brierly, J. L. *"The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace"*, Oxford University Press; , 1944, p. 86-92.

<sup>16</sup> <https://newsbeezer.com/serbiaeng/frankfurter-rundschau-the-agreed-border-change-in-kosovo-politics/> посећено 25. марта 2019.

споразум је у суштини , био тространи уговор закључен у априлу 2013. године између између старе европске и међународно признате државе (Република Србија ) , регионалне међународне организације ( ЕУ ) и непризнатих сепаратистичких власти ( Приштина ) . Са друге стране према дефиницији академика Милана Бартоша политички уговори регулишу пријатељство и сарадњу између две владе . Испуњавање обавезе из Бриселског уговора од стране Београда показује да се радило о међународном уговору а не о политичком који би везивао само владе .

Такође се може тврдити да је имплементација Бриселског споразума значила и суспендовање Устава Републике Србије када се ради о одредбама о КиМ и премабули Устава . То је према правној теорији могуће само када се уводи ванредно стање . У том контексту велики немачки правник Карл Шмит даје дефиницију међународних уговора у оквиру доктрине "празног сувернитета " која је актуелна и данас посебно када се примени на Бриселски споразум . Шмит на основу проучавања Уговора између САД и Панаме из 1903. године закључује да постоји посебна врста међународних уговора или уговора о интервенцији . Када се упореде одредбе Уговора између САД и Панаме из 1903. године и Бриселски споразума примећује се да су веома сличне . Нажалост у поједним деловима , Бриселски споразум је у правном смислу гори од Уговора између САД и Панаме . Посебно је то јасно када се упореди први члан Уговора између САД и Панаме . који гарантује формални сувернитет Панаме . Са друге стране , из Бриселског споразума је избачена Резолуција 1244 СБ УН која гарантује да је КиМ део Републике Србије .

## ЛИТЕРАТУРА

Бартош М. "Међународно јавно право-уговорно право", Службени гласник СФРЈ, Београд, 1986

Brierly, J. L. "*The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace* ", Oxford University Press; , 1944

"Војна енциклопедија"" друго издање, 'књига 6, Војноиздавачки завод, Београд, 1985.

Гамс А. Ђуровић Љ." Увод у грађанско право ", Савремена администрација , Београд, 1994. стр

Mintz A, *DeRouen Jr,K.*” *Understanding Foreign Policy Decision*”, Cambridge University Press, New York

*The International Law of the Future, Postulates, Principles and Proposals* ” Carnegie Endowment for International Peace,1944

Чавошки К. " Велеиздаја ", Catena mundi , Beograd, 2014.

Шмит К. "Номос земље", Федон , Београд, 2011

**Dejan MIROVIĆ, Ph.D**

Associate Professor, Faculty of Law Priština - Kosovska Mitrovica

**THE COMPARISON OF THE BRUSSELS AGREEMENT WITH THE 1903 TREATY BETWEEN THE UNITED STATES AND PANAMA IN THE CONTEXT OF CARL SCHMITT'S THEORIES OF "EMPTY SOVEREIGNTY"**

**Summary**

The first agreement on the principles regulating the normalization of relations, or the Brussels Agreement, as it is known colloquially in the public, is essentially a trilateral agreement concluded in April 2013 among an old European and internationally recognized state (the Republic of Serbia), a regional international organization (the EU), and unrecognized separatist authorities (Pristina). The Constitutional Court of the Republic of Serbia was wrong when, in December 2014, it declared the Agreement a so-called political treaty. According to the definition of the academician Milan Bartoš, political treaties regulate the friendly relations and cooperation between two governments. Academician Kosta Čavoški sees the Brussels Agreement as a simulated internal agreement – basically a dual, bilateral, obsolete international treaty – similar to the one signed in 1648, during the Peace of Westphalia. That is why one can argue that the implementation of the Brussels Agreement also meant the suspension of the Constitution of the Republic of Serbia in terms of its preamble and its regulations on Kosovo and Metohia. According to the theory of law, this is possible only when a state of emergency is declared. In this context, a great German jurist Carl Schmitt defines an agreement within the doctrine of “empty sovereignty”, which is still relevant today, in particular when applied to the Brussels Agreement. Based on his studies of the 1903 Treaty between the United States and Panama, Schmitt concludes that there is a special kind of international agreements, or agreements on intervention. The Brussels Agreement is exactly one of such international law agreements on intervention. De jure Serbia maintained sovereignty but de facto it recognized the annexation of 15% of its territory as a result of an EU intervention. So, from 2013, Serbia has been a state with “empty sovereignty”.

**Keywords:** *Panama, Kosovo and Metohia, Brussels Agreement, Public International Law, Republic of Serbia, Carl Schmitt.*



**Кристиан КОВАЧ<sup>1</sup>**

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

## ЗАШТИТА ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ У ПРАВУ САВЕТА ЕВРОПЕ

**Апстракт:** Због убрзаног развоја информационо-комуникационе технологије, заштита података о личности представља изричито значајну и актуелну тему, пре свега у Европи, а тако и у Републици Србији, у којој је 2018. године усвојен и нови Закон о заштити података о личности. С обзиром да је Република Србија чланица Савета Европе, њу правно обавезују и правни акти Савета Европе којима се регулише материја заштите података о личности. У праву Савета Европе, са једне стране заштита података о личности регулише се непосредно, и то Конвенцијом о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података из 1981. године (Конвенција 108), као јединим правно обавезујућим документом о заштити података о личности. Ова Конвенција је допуњена Допунским протоколом из 2001. године, а 2018. године усвојен је и Протокол 223 којим се модернизује Конвенција 108 (Конвенција 108+). Такође, поред Конвенције 108, ту су и резолуције и препоруке Савета Европе, као правно необавезујући документи. Са друге стране, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године индиректно регулише заштиту података о личности, имајући у виду да не прописује посебно право на заштиту података о личности, већ се заштита података о личности подводи под члан 8. ове Конвенције који регулише право на поштовање приватног и породичног живота. Ово је потврђено и у пракси Европског суда за људска права са седиштем у Стразбуру.

**Кључне речи:** *заштита података о личности, право на приватност, Савет Европе, Конвенција 108, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода.*

### 1. УВОД

Убрзани и глобални развој информационо-комуникационе технологије, те велики број личних података којима та технологија даје приступ, повлаче за собом потребу за јачањем заштитног механизма којима се ти подаци као и приватност појединаца штите. Због наведеног, заштита података о личности представља изричито значајну и актуелну тему, пре свега у Европи, нарочито након што је у Европској унији (даље

---

<sup>1</sup> Докторанд, kristian.kovac@yahoo.com

у тексту – ЕУ) усвојена Општа уредба о заштити података<sup>2</sup> познатија по скраћеници GDPR (*General Data Protection Regulation*) од 27.04.2016. године, која је правно обавезујућа и непосредно се примењује у свим државама чланицама ЕУ од 25.05.2018. године. Такође, усвојена је и тзв. Полицијска директива од 27.04.2016. године<sup>3</sup>. Заштита података о личности је у константном развоју и у Републици Србији (даље у тексту – РС) од усвајања Закона о заштити података о личности 2008. године<sup>4</sup>, а ова област је додатно актуализивана усвајањем новог Закона о заштити података о личности који је објављен 13.11.2018. године<sup>5</sup> и који почиње са применом 21.08.2019. године<sup>6</sup>. ЗЗПЈ 2018 донет је по узору на GDPR, и у највећем делу је усклађен са GDPR-ом, а у његу су имплементирани и одредбе Полицијске директиве. Усвајање новог закона било је неопходно у циљу хармонизације права РС са правом ЕУ, али и ради олакшавања привредних активности, имајући у виду велики број компанија из ЕУ са супсидијарима у РС као и ниво привредне повезаности РС са ЕУ, а с обзиром на високе стандарде које је GDPR поставио. Међутим, имајући у виду да РС још није постала чланица ЕУ, GDPR се не примењује непосредно у РС. Као тренутно важеће право у области заштите података о личности је и даље важећи ЗЗПЈ 2008. године, као и члан 98. ЗЗПЈ 2018 који је у примени од 21.09.2018. године. Међутим, с обзиром да је РС чланица Савета Европе од 03.04.2003. године а Устав РС<sup>7</sup> у члану 194. прописује да су потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део правног поретка РС<sup>8</sup>, и право Савета

---

<sup>2</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance) OJ L 119, 4.5.2016 – даље у тексту GDPR.

<sup>3</sup> Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA OJ L 119, 4.5.2016.

<sup>4</sup> Закон о заштити података о личности – ЗЗПЈ 2008 „Сл. гласник РС”, бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012.

<sup>5</sup> Закон о заштити података о личности – ЗЗПЈ 2018 „Сл. Гласник РС“, бр. 87/2018.

<sup>6</sup> Изузетак представља члан 98. ЗЗПЈ 2018, који прописује престанак важења Централног регистра збирки података који је успостављен по одредбама ЗЗПЈ 2008, а који је почео да се примењује даном ступања на снагу ЗЗПЈ 2018 - дана 21.11.2018. године.

<sup>7</sup> Устав Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 98/2006).

<sup>8</sup> Вид. Устав Републике Србије, чл. 194. ст. 4.

Европе представља извор права у области заштите података о личности у РС. Као једини правни акт Савета Европе којим се непосредно регулише је област заштите података о личности је Конвенција о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података из 1981. године<sup>9</sup>, позната као Конвенција 108, као и Допунски Протокол ове Конвенције из 2001. године<sup>10</sup>. Такође, иако изричито не дефинише право на заштиту података о личности, извор права Савета Европе у области заштите података о личности је и Европска конвенција за заштиту људских права и слобода из 1950. године<sup>11</sup>, под чији се чл. 8. који гарантује право на поштовање приватног и породичног живота, може подвести право на заштиту података о личности, што произлази и из праксе Европског суда за људска права са седиштем у Стразбуру (даље у тексту – ЕСЉП). Због свега наведеног, а посебно имајући у виду да се у пракси често занемарује право Савета Европе у области заштите података о личности, потребно је детаљније истражити правно регулисање наведене области у праву Савета Европе.

## 2. ПРАВНИ АКТИ САВЕТА ЕВРОПЕ КОЈИМ СЕ НЕПОСРЕДНО РЕГУЛИШЕ ОБЛАСТ ЗАШТИТЕ ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ

Правни акти Савета Европе којим се непосредно регулише област заштите података о личности су Конвенција о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података из 1981. године (Конвенција 108), као и Допунски Протокол ове Конвенције из 2001. године. Треба истаћи да је ова Конвенција у процесу модернизације. Поред овог правног обавезујућег документа, Савет Европе је усвојио и друге правне акте о заштити података о личности који немају правно обавезујући карактер, попут резолуција и препорука.

### 2.1. Конвенција 108 и Допунски протокол Конвенције

Као што је већ наведено, први и једини међународно-правно обавезујући документ којим се регулише заштита података о личности је

---

<sup>9</sup> Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (CETS No. 108), 28.1.1981 – даље у тексту Конвенција 108, <https://rm.coe.int/1680078b37>, 6. март 2019.

<sup>10</sup> Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows (CETS No. 181), 08.11.2001., <https://rm.coe.int/1680080626>, 6. март 2019.

<sup>11</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No.005), 04.11.1950., <https://rm.coe.int/1680063765>, 6. март 2019.

Конвенција 108 (Конвенција о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података), за коју је после вишегодишње израде, Комитет министара Савета Европе дана 28.01.1981. године<sup>12</sup> одлучио да је отворена за потписивање. Конвенција је ступила на снагу 01.10.1985. године, након што ју је ратификовало пет држава.<sup>13</sup> Комитет министара Савета Европе, 15.06.1999. године усвојио је Допуну Конвенције 108, којом је предвиђено да Европска унија може постати чланица Конвенције 108.<sup>14</sup> Међутим, ове допуне нису ступиле на снагу, имајући у виду да је чланом 24. став 6. Конвенције 108 предвиђено да допуне Конвенције ступају на снагу након што све државе чланице прихвате ове допуне<sup>15</sup>, што се није догодило.<sup>1617</sup> Данас, Конвенција 108 има 54 чланице, а поред 47 држава чланица Савета Европе<sup>18</sup>, чланице Конвенције 108 су и Капо Верде, Маурицијус, Мексико, Сенегал, Тунис, Уругвај и Аргентина<sup>19</sup>, док су Мароко и Буркина Фасо позвани да ратификују ову Конвенцију. Државна заједница Србија и Црна Гора ратификовала је Конвенцију 108 06.09.2005. године<sup>20</sup>, а у Републици Србији она је ступила на снагу

---

<sup>12</sup> Савет Европе је 2006. године установио 28. јануар за Дан заштите података о личности, који је ван Европе познат као Дан приватности. Први Дан заштите података о личности у Европи обележен је 28.01.2007. године.

<sup>13</sup> Првих пет држава које су ратификовале Конвенцију 108 су: Француска, Немачка, Норвешка, Шпанија, Шведска. Вид. Chart of signatures and ratifications of Treaty 108, [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p\\_auth=5yWuR39b](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p_auth=5yWuR39b), 3. март 2019.

<sup>14</sup> Вид. Amendments to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data approved by the Committee of Ministers, 15.06.1999 <https://rm.coe.int/1680078b37>, 17. март 2019.

<sup>15</sup> Вид. чл. 24. ст. 6. Конвенције 108.

<sup>16</sup> Вид. листу држава чланица Конвенције 108: Chart of signatures and ratifications of Treaty 108, [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p\\_auth=5yWuR39b](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p_auth=5yWuR39b), 16. март 2019.

<sup>17</sup> РС је ратификовала наведену Допуну Конвенције.

<sup>18</sup> Последња држава чланица Савета Европе која је ратификовала Конвенцију 108 је Турска 2016. године. Вид. Chart of signatures and ratifications of Treaty 108, [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p\\_auth=5yWuR39b](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p_auth=5yWuR39b), 3. март 2019.

<sup>19</sup> Аргентина је ратификовала Конвенцију 108 25.02.2019. године, док у Аргентини она ступа на снагу 01.06.2019. године. Вид. Chart of signatures and ratifications of Treaty 108, [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p\\_auth=5yWuR39b](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p_auth=5yWuR39b), 3. март 2019.

<sup>20</sup> Закон о потврђивању Конвенције о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података „Сл. Лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 1/92 и „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 11/2005 – др.закон.



01.01.2006. године.<sup>21</sup> <sup>22</sup> Конвенција 108 праћена је Објашњењем Конвенције (*Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*)<sup>23</sup>, које нема обавезујућу правну снагу а служи за помоћ у тумачењу Конвенције 108.

Конвенција 108 прописује обавезе према државама чланицама Конвенције, те грађани држава чланица Конвенције немају могућност непосредног остваривања права из Конвенције судским путем.

Циљ ове Конвенције је да на територији сваке стране уговорнице гарантује сваком физичком лицу, без обзира на његову националну припадност или на место становања, поштовање његових основних права и слобода, а нарочито његовог права на приватност када је реч о аутоматској обради његових личних података (Конвенција 108, чл 1.). Конвенција 108 се састоји из три дела: 1) материјално-правних одредби у форми основних принципа; 2) посебних правила за прекогранични пренос података о личности; 3) механизма за међусобну помоћ и консултације између страна уговорница.<sup>24</sup> Према њој, податак о личности означава сваку информацију у вези са идентификованим физичким лицем или лицем које се може идентификовати (Конвенција 108, чл. 2. ст. 1. тач. 1.). Конвенција предвиђа да лични подаци означавају сваку информацију у вези са идентификованим физичким лицем или лицем које се може идентификовати (Конвенција 108, чл. 2. ст. 1. тач. 1). Под аутоматском обрадом означава следеће операције које се делимично или у потпуности обављају аутоматски: уношење података, обрада тих података помоћу логичких и/или аритметичких операција, уношење измена, њихово брисање, проналажење или дифузија (Конвенција 108, чл. 2. ст. 1. тач. 1). Стране уговорнице преузимају обавезу да примењују ову Конвенцију на збирке и аутоматске обраде личних података у јавном и

---

<sup>21</sup>Вид. Chart of signatures and ratifications of Treaty 108, [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p\\_auth=5yWuR39b](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p_auth=5yWuR39b), 03. март 2019.

<sup>22</sup>Још је Савезна Република Југославија, 1992. године усвојила Закон о потврђивању Конвенције 108, а 1998. године усвојила је и Закон о заштити података о личности (Службени лист СРЈ, бр. 24/98 и 26/98). Међутим, иако је са становишта основних принципа закон био близак тада актуелним европским стандардима у примени је остао без реалних ефеката; Н. Пирц Мусар, *Водич кроз Закон о заштити података о личности*, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Београд, 2009, 8.

<sup>23</sup> Council of Europe, Explanatory Report on the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, European Treaty Series-No. 108, Strasbourg, 28.I.1981, 4., <https://rm.coe.int/16800ca434>, 3. март 2019.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 4.

приватном сектору (Конвенција 108, чл. 3. ст. 1.). Такође, Конвенцијом 108 се превиђа да се она односи и на податке о личности који нису аутоматски обрађени (Конвенција 108, чл. 3. ст. 2. тач. 3). Поглавље 2 Конвенције установило је први пут у историји Европе принципе који се односе на квалитет података о личности и на обраду података о личности.<sup>25</sup> Лични подаци, између осталог, морају бити прикупљени и обрађивани законито, за тачно утврђене и легитимне сврхе, они морају бити адекватни, релевантни и одговарајућег обима у односу на сврхе за које су и унети, и морају бити похрањени у облику који омогућује идентификацију заинтересованих лица у периоду који не премашује онај неопходан период за сврхе за које су и похрањени.<sup>26</sup> Лични подаци у вези са расним пореклом, политичким опредељењем, верским убеђењем или неком другом врстом убеђења, као и лични подаци у вези са здравственим стањем или сексуалним животом могу се аутоматски обрађивати само у случају да домаће законодавство за то предвиђа одговарајуће гаранције (нарочито осетљиви подаци о личности) (Конвенција 108, чл. 6). Лице чији се подаци обрађују мора бити у могућности да добије информацију да ли се његови подаци о личности обрађују, те да захтева њихову исправку и брисање.<sup>27</sup> Коначно, Конвенција 108 регулише питање прекограничне размене података о личности.<sup>28</sup> Овде се може напоменути, да ЗЗПЛ 2008 предвиђа могућност изношења података о личности из РС без претходне дозволе Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности (даље у тексту – Повереник) у државне чланице Конвенције 108<sup>29</sup>. Сличну одредбу садржи и нови ЗЗПЛ 2018 у чл. 64.<sup>30</sup>

2001. године, усвојен је Допунски протокол Конвенције 108, којим је предвиђено увођење независног надзорног органа за заштиту података о личности и прекогранични пренос података о личности у државе које нису чланице Конвенције 108.<sup>31</sup>

---

<sup>25</sup> A. Galetta, P. De Hert, *A European Perspective on Data Protection and Access Rights, Increasing Resilience in Surveillance Societies (IRISS), Deliverable D5: Exercising Democratic Rights Under Surveillance Regimes*, 3, <http://irissproject.eu/wp-content/uploads/2014/06/European-level-legal-analysis-Final1.pdf>, 4. март 2019.

<sup>26</sup> Вид. чл. 5. Конвенције 108.

<sup>27</sup> Вид. чл. 8. Конвенције 108.

<sup>28</sup> Вид. чл. 12. Конвенције 108.

<sup>29</sup> Вид. чл. 53. ЗЗПЛ 2008.

<sup>30</sup> Вид. чл. 64. ЗЗПЛ 2018.

<sup>31</sup> Вид. чл. 2. и 3. Допунског Протокола Конвенције 108.

## 2.2. Модернизација Конвенције 108 увајањем Протокола 223 (Конвенција 108+)

Након седам година преговора и рада, 18.05.2018. године, Комитет министара Савета Европе усвојио је Протокол 223 којим се допуњава Конвенција 108, чиме је извршена модернизација ове Конвенције (тзв. Конвенција 108+).<sup>32</sup> Протокол 223 између осталог предвиђа проширење нарочито осетљивих података о личности, којима се додају генетски и биометријски подаци, подаци о синдикалном чланству и подаци о етничком пореклу.<sup>33</sup> Такође, дефинишу се појмови обраде података о личности, обрађивача и руковаоца.<sup>34</sup> Протоколом 223 се прописују и нова права у контексту алгоритамског одлучивања, која су посебно релевантна у вези са развојем вештачке интелигенције, већа транспарентност обраде података о личности, повећана одговорност обрађивача података о личности, обавеза објављивања „цурења“ података о личности.<sup>35</sup> Модернизована Конвенција 108 садржи већину новина GDPR-а, те се назива и ублаженим GDPR-ом (*GDPR Lite*).<sup>36</sup> Протокол 223 отворен је за приступање 25.06.2018. године. Да би ступио на снагу, потребно је да га ратификују све државе чланице Конвенције 108 или у случају да овај Протокол не ступи на снагу након истека пет година од дана када је отворен за потписивање, Протокол ће ступити на снагу у односу на државе које су изразиле сагласност да буду везане Протоколом, под условом је Протокол ратификовало најмање 38 држава чланица Конвенције 108. Такође, у Протоколу 223 се предвиђа да држава чланица Конвенције 108 у време потписивања Протокола 223 или у било ком каснијем тренутку, може изјавити да ће применити Протокол 223 на сопствену иницијативу, те ће се у том случају одредбе Протокола 223 примењивати у односу на оне државе чланице које су дале идентичну изјаву. У моменту писања овог рада, 26 држава чланица Конвенције 108 је потписало Протокол 223, ниједна држава чланица Конвенције 108 није

<sup>32</sup> Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, (CETS No. 223) 10.10.2018., <https://rm.coe.int/16808ac918>, 17. март 2019.

<sup>33</sup> Вид. чл. 8. Протокола 223.

<sup>34</sup> Вид. чл. 3. Протокола 223.

<sup>35</sup> Вид. Details of Treaty No.223, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223>, 17. март 2019.

<sup>36</sup> Вид. G. Greenleaf, 'Modernised' Data Protection Convention 108 and the GDPR, 154 Privacy Laws & Business International Report 22 [2019] UNSWLRS 3, UNSW Law UNSW Sydney NSW 2052 Australia, 2018, 2. <https://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLRS/2019/3.pdf>, 14. март 2019.

ратификовала овај Протокол, а РС није до сада потписала наведени документ.<sup>37</sup>

### 2.3. Резолуције и препоруке Савета Европе

Савет Европе усвојио је низ резолуција и препорука, које нису правно обавезујуће, али садрже смернице за посебне врсте обраде података о личности. Тако се могу споменути Препорука 509 о људским и модерном научном и технолошком развоју из 1968. године, Резолуција 22 о заштити приватности појединаца у вези са електронским банкама података у приватном сектору из 1973. године, Резолуција 29 о заштити појединаца у вези са електорнским банкама података у јавном сектору из 1974. године и Резолуција 721 о обради података и заштити људских права из 1980. године као правни акти усвојени пре Конвенције 108, као и Резолуцију 1604 о видео надзору јавних површина из 2008. године, Резолуцију 1843 о заштити приватности и података о личности на интернету из 2011. године као неке од усвојих правних аката Парламентарне скупштине Савета Европе, те Препоруку бр. (87) 15 којом се регулише употреба података о личности у полицијском сектору из 1987. године, Препоруку бр. (92) 1 о употреби ДНК у оквирима кривично-правног система из 1992. године, Препоруку CM/Res (2010)13 Комитета министара Савета Европе државама чланицама о заштити појединаца у односу на аутоматску обраду података о личности у контексту профилисања из 2010. године, Препоруку CM/Res (2016)1 Комитета министара Савета Европе државама чланицама о заштити и промовисању права на слободу изражавања и права на приватност у односу на мрежну неутралност из 2016. године. Неке од ових препорука узима у обзир и ЕСЉП приликом поступања по представкама које се односе на члан 8. ЕКЉП.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Вид. Chart of signatures and ratifications of Treaty 223, [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures?p\\_auth=BsxbZZGc](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures?p_auth=BsxbZZGc), 17. март 2019.

<sup>38</sup> Тако нпр. у пресуди у предмету *С. и Марпер против Уједињеног Краљевства* (S. and Marper v. The United Kingdom, No. 30562/04 and 30566/04, § 103, ECHR 2008) ЕСЉП узима у обзир одредбе Препоруку бр. (87) 15 којом се регулише употреба података о личности у полицијском сектору из 1987. године, Препоруку бр. (92) 1 о употреби ДНК у оквирима кривично-правног система из 1992. године.

### 3. ПРАВНИ АКТ САВЕТА ЕВРОПЕ КОЈИМ СЕ ПОСРЕДНО РЕГУЛИШЕ ЗАШТИТА ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ – ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА

#### 3.1. Уводна разматрања

Европска конвенција за заштиту људских права и слобода (даље у тексту – ЕКЉП) не прописује изричито право на заштиту података о личности. Међутим, право на заштиту података о личности се може подвести под чл. 8. ЕКЉП којим се регулише право на поштовање приватног и породичног живота. Наиме, иако подаци о личности нису изричито регулисани ЕКЉП, ЕСЉП инсистира на томе, да је „заштита података о личности“ од „фундаменталног значаја“ за уживање права на поштовање приватности и породичног живот појединаца.<sup>39</sup> Почетком 1970-тих година, у циљу оправдавања активности Савета Европе на пољу аутоматске обраде личних података, која је резултирала усвајањем Конвенције 108, истицано је да члан 8. ЕКЉП није нудио довољну заштиту појединцима у светлу развоја информационе технологије.<sup>40</sup> Деценију касније, насупрот наведеном је истицано, да је тај члан 8. ЕКЉП вероватно довољно ефективан, да понуди задовољавајућу заштиту, и да је стога непотребно инкорпорирати у ЕКЉП признавање додатног права.<sup>41</sup>

За разлику од Конвенције 108, права гарантована ЕКЉП уживају судску заштиту, те грађани држава чланица Савета Европе могу непосредно остваривати права гарантована ЕКЉП судским путем.

Имајући у виду да ЕКЉП не прописује изричито право на заштиту података о личности, она се разликује од Повеље ЕУ о основним правима<sup>42</sup>, која изричито гарантује право на заштиту података о личности у чл. 8., те разликује право на заштиту података о личности од права на приватност које је прописано чл. 7. (Право на поштовање приватног и породичног живота).<sup>43</sup> Такође, у праву ЕУ, Уговор о функционисању

---

<sup>39</sup> F. Boehm, „Information sharing and data protection in the area of freedom, security and justice: Towards a Common Standard for data exchange Between Agencies and EU Information Systems”, *European Data Protection: In Good Health?*, (eds. S. Gutwirth, R. Leenes, P. de Hert, Y. Poullet), Springer Science+Business Media B.V., Berlin, 2012., 147.

<sup>40</sup> G. González Fuster, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Law, Governance and Technology Series 16, Springer International Publishing Switzerland, 2014, 94.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C364/01), [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf), 11. март 2019.

<sup>43</sup> Вид. чл. 7. и 8. Повеље ЕУ о основним правима.

ЕУ<sup>44</sup> изричито прописује право на заштиту података о личности у чл. 16.<sup>45</sup>

<sup>46</sup> Може се споменути, да су Савет Европе и ЕУ 2007. године закључиле Меморандум о разумевању<sup>47</sup> којим је констатовано, да ће стандарди Савета Европе остати мерило за људска права у Европи, што указује на значај који члан 8. ЕКЈП, као и пракса ЕСЈП имају у материји заштите података о личности.<sup>48</sup>

### 3.2. Однос права на приватност и заштите података о личности

Поставља се питање какав је однос права на приватност и заштиту података о личности у праву Савета Европе. Када је реч о повезаности ова два права, пре свега треба истаћи да је у преамбули Конвенције 108 наведено да се ова Конвенција између осталог усваја због тога што „је пожељно да се *прошири заштита основних права и слобода* појединаца, *посебно право поштовања приватности* с обзиром на све интензивнији прекогранични промет личних података који су предмет аутоматске обраде“.<sup>49</sup> Иако повреда принципа дефинисаних Конвенцијом 108 није предмет судског надзора ЕСЈП, она је узимана у обзир у судској пракси ЕСЈП у контексту чл. 8.<sup>50</sup>, те је током година, ЕСЈП установио да је право на заштиту података о личности важан део права на заштиту приватности из чл. 8. и руководио се принципима Конвенције 108 у циљу утврђивања да ли је дошло до мешања у ово основно право.<sup>51</sup> Практика ЕСЈП у односу на чл. 8. је показала, да она укључује принципе који су слични принципима Конвенције 108, те је стога могуће истицати као аргумент пред ЕСЈП, да кршење принципа Конвенције 108 заправо

<sup>44</sup> Treaty on the Functioning of the European Union (2012/C326/47), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>, 11. март 2019.

<sup>45</sup> Вид. чл. 16. Уговора о функционисању ЕУ.

<sup>46</sup> За разлику од ЕКЈП, али и Повеље о основним правима ЕУ и Уговора о функционисању ЕУ, Устав Републике Србије изричито спомиње само право на заштиту података о личности у чл. 42, док право на приватност није прописано.

<sup>47</sup> Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union, 2007, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e437b>, 19. март 2019.

<sup>48</sup> Вид. тач. 10. Меморандума о разумевању између Савета Европе и ЕУ.

<sup>49</sup> Вид. преамбулу Конвенције 108.

<sup>50</sup> Тако нпр. *Bărbulescu v. Romania*, No. 61496/08, § 42, ECHR 2017.

<sup>51</sup> Handbook on European data protection law, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, 25, [https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_data\\_protection\\_02ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_02ENG.pdf), 4. март 2019.

представа кршење права из чл. 8. ЕКЉП, те можда и да Конвенција 108 материјализује део оног што се хтело рећи у краткој формулацији чл.8. ЕКЉП.<sup>52</sup>

Међутим, право на заштиту података о личности се разликује у обиму у односу на право на приватност. Са једне стране, право на заштиту података о личности је шире од права на приватност. Наиме, Конвенцијом 108 је дефинисано, да лични подаци означавају сваку информацију у вези са идентификованим физичким лицем или лицем које се може идентификовати (Конвенција 108, чл. 2. ст. 1. тач. 1). Међутим, свака информација која се односи на одређено или одредиво физичко лице (податак о личности), не сматра се по аутоматизму информацијом која спада у домен права на приватност. У предмету *С. и Марпер против Уједињеног Краљевства* (даље у тексту – УК), ЕСЉП је истакао, да приликом утврђивања да ли подаци о личности прикупљени од стране надлежних власти укључују било који аспект приватног живота, ЕСЉП ће узети у обзир *специфичан контекст* у којем су спорне информације забележене и задржане, *природу записа, начин* на који се ови записи користе и обрађују и *резултате* који се могу добити.<sup>53</sup> То значи да се обрада података о личности може подвести под чл. 8. ЕКЉП, уколико обрада података о личности укључује и аспекте приватног живота, а то се утврђује с обзиром на природу података, контекст, начин на који се подаци користе и резултате обраде.<sup>54</sup> Са друге стране, као што је већ поменуто, право на приватност се може сматрати ширим од права на заштиту података о личности, с обзиром да се право на заштиту података о личности налази у оквиру права на приватност у члану 8. ЕКЉП.

Из свега наведеног, може се закључити да се у суштини ради о два посебна, тесно повезана права, која се у великој мери, али не и у потпуности преклапају. На ово указује и пракса ЕСЉП. Наиме, када се има у виду наведена пракса ЕСЉП, иако је у прошлости право на заштиту података о личности било тесно повезано са правом на приватност, последњих година се чини да ЕСЉП примењује право на заштиту

---

<sup>52</sup> G. Greenleaf, „A World Data Privacy Treaty? ‘Globalisation’ and ‘modernization’ of Council of Europe Convention 108“, *Emerging Challenges in Privacy Law: Comparative Perspectives* (eds. N. Witzleb, D. Lindsay, M. Paterson, S. Rodrick), Cambridge University Press, 2014, 100.

<sup>53</sup> *S. and Marper v. The United Kingdom*, No. 30562/04 and 30566/04, § 67, ECHR 2008.

<sup>54</sup> M. Mostert, A. Bredenoord, B. van der Sloot, J. van Delden, „From Privacy to Data Protection in the EU: Implications for Big Data Health Research“, 24 *European Journal of health law*, 2017, 4.

података о личности независније од његових корена који се налазе у праву на приватност.<sup>55</sup>

### 3.3. Члан 8. Европске конвенција за заштиту људских права и слобода

Чл. 8. ЕКЉП прописује следеће: „*Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке*“ (ЕКЉП, чл. 8. ст. 1.). *Јавне власти неће мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нередата или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других* (ЕКЉП, чл. 8. ст. 2.).“

Из формулације ст. 1. чл. 8. ЕКЉП, произлази да се питање заштите података о личности може подвести под појам „приватан живот“ и „поштовање преписке“. Такође, као што је већ истакнуто, не може се свака обрада података о личности подвести под члан 8. ЕКЉП, већ да би се чл. 8. активирао, потребно је прво установити да ли је приватни интерес или приватни живот појединца био угрожен.<sup>56</sup>

Имајући у виду наведено, потребно је установити шта ЕСЉП сматра приватним животом. ЕСЉП је у својој пракси утврдио, да је концепт приватног живота широк термин који није погодан за исрпну дефиницију.<sup>57</sup> Он обухвата физички и психички интегритет појединца, те се може односити на више аспеката физичког и социјалног идентитета појединца, а елементи попут пола, имена, сексуалне оријентације и сексуалног живота могу се подвести под приватну (личну) сферу заштићену чланом 8. ЕКЉП, а осим имена, приватни и породични живот појединца обухватају и средства личне идентификације и повезивања са породицом.<sup>58</sup> ЕСЉП је више пута истицао да је ЕКЉП живи инструмент који се тумачи у светлу актуелних околности.<sup>59</sup> У предмету *Нимиц против*

---

<sup>55</sup> F. Boehm, *Information sharing and data protection in the area of freedom, security and justice: Towards harmonised data protection principles for information exchange at EU-level*, Springer-Verlag Berlin-Heidelberg, 2012, 28.

<sup>56</sup> Handbook on European data protection law 2018 edition, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, 37, [https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_data\\_protection\\_02ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_02ENG.pdf), 4. март 2019.

<sup>57</sup> Тако нпр. *S. and Marper v. The United Kingdom*, No. 30562/04 and 30566/04, § 66, ECHR 2008; *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, No. 55480/00 and 59330/00, § 43, ECHR 2004, *Peck v. the United Kingdom*, No. 44647/98, § 57, ECHR 2003.

<sup>58</sup> *S. and Marper v. The United Kingdom*, No. 30562/04 and 30566/04, § 66, ECHR 2008.

<sup>59</sup> G. González Fuster, *op.cit.*, 95.



Немачке, ЕСЉП је истакао да би било превише рестриктивно ограничити „приватност“ на „унутрашњи круг“, у којем појединац може живети свој приватни живот како жели, и притом искључити у потпуности спољни свет који је изван тог „унутрашњег круга“. <sup>60</sup> Право на приватност мора обухватати до одређеног степена и право на успостављање и одржавање односа са другим људима. <sup>61</sup> Такође, нема сметње да се појам приватног живота односи и на професионалне и пословне активности, с обзиром да у току радног века већина људи има значајну, ако не и највећу могућност за успостављање односа са спољним светом. <sup>62</sup>

Са друге стране, ЕСЉП је установио и опште принципе који се односе на питање заштите података о личности у контексту члана 8. ЕКЉП, а имајући у виду Конвенцију 108 као и одређене Препоруке Савета Европе. <sup>63</sup> Тако је ЕСЉП установио, да је заштита података о личности од фундаменталног значаја за уживање права на приватност и породични живот из члана 8. ЕКЉП. <sup>64</sup> Домаће право мора пружити адекватне заштитне механизме за спречавање употребе података о личности, које може бити неусклађено са гаранцијама из члана 8. ЕКЉП, а потреба овакве заштите је већа, када је реч о подацим о личности који је подвргавају аутоматској обради. <sup>65</sup> Домаће право треба да обезбеди, да су такви подаци релевантни те да нису прекомерни у односу на сврху за коју су складиштени, а такође, домаће право треба да обезбеди, да се подаци о личности чувају у форми која дозвољава идентификацију лица чији се подаци обрађују не дуже од времена које је потребно за остварење сврхе за коју су подаци складиштени. <sup>66</sup> Домаће право треба да пружи довољне гаранције да су похрањени подаци о личности ефикасно заштићени од злоупотребе. <sup>67</sup> Наведено се посебно односи на заштиту посебних категорија нарочито осетљивих података о личности, а нарочито на информације о ДНК, која садржи генетски састав појединца од великог значаја како за тог појединца, тако и за његову породицу. <sup>68</sup>

У чл. 8. ст. 2. ЕКЉП прописано је, да се јавне власти неће мешати у вршење овог права (права на приватности и породични живот) сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу

---

<sup>60</sup> *Niemietz v. Germany*, No. 13710/88, § 29, ECHR 1992.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *S. and Marper v. UK*, No. 30562/04 and 30566/04, § 103, ECHR 2008.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> *Ibid.*

националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других (ЕКЉП, чл. 8. ст. 2.). Из наведене формулације може се закључити, да је право на поштовање приватног и породичног живота из члана 8. ЕКЉП квалификовано а не апсолутно право. То значи да је реч о праву које се у одређеним случајевима може ограничити. Ограничења права на приватност могућа су уколико су кумулативно испуњена три услова: 1) да је ограничење овог права у складу са законом; 2) да је неопходно у демократском друштву и 3) да је неопходно у циљу заштите легитимног циља (интерес националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, спречавање нереда или криминала, заштита здравља или морала, или ради заштита права и слобода других) (ЕКЉП, чл. 8. ст. 1.).

На питања шта се сматра ограничењем у складу са законом, шта се сматра неопходним у демократском друштву и да ли је ограничење права потребно ради заштите легитимног интереса, одговор се може пронаћи у пракси ЕСЉП.

Када је реч о ограничењу овог права „у складу са законом“, пре свега може се приметити да се формулација из чл. 8. ЕКЉП разликује од формулације из ст. 2. чл. 9 (слобода мисли, савести и вероисповести), чл. 10 (слобода изражавања) и чл. 11 (слобода окупљања и удруживања), где се користи формулација „прописано законом“. <sup>69</sup> Међутим, ЕСЉП је истакао да је формулација „прописано законом“ из чл. 10. ЕКЉП примењива на израз „у складу са законом“ из чл. 8. ЕКЉП. <sup>70</sup> ЕСЉП је у својој пракси истакао да израз „у складу са законом“ подразумева не само да оспоравана мера треба имати основ у домаћем праву, већ и да закон мора бити *доступан* лицу у питању и мора бити *предвидљив* у погледу његових последица. <sup>71</sup> Под *доступношћу* закона подразумева се да је закон

---

<sup>69</sup> Вид. чл. 8. ст. 2, чл. 9. ст. 2, чл. 10. ст. 2 и чл. 11. ст. 2. Европске конвенције за заштиту људских права и слобода.

<sup>70</sup> Вид. *Silver and Others v UK*, No. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, § 85, ECHR 1983.; *Amann v. Switzerland*, No. 27798/95, § 55, ECHR 2000; *Kurić and Others v. Slovenia*, § 341, ECHR 2012; *Slivenko v. Latvia*, No. 48321/99, § 100, ECHR 2003.

<sup>70</sup> Тако нпр. *Roman Zakharov v. Russia*, No. 47143/06, § 181, ECHR 2015; *Rotaru v. Romania*, No. 28341/95, § 54 ECHR 2000.

<sup>70</sup> Тако нпр. *Rotaru v. Romania*, No. 28341/95, § 55, ECHR 2000; *Malone v. the United Kingdom*, No. 8691/79, § 66, ECHR 1984.

<sup>71</sup> Тако нпр. *Rotaru v. Romania*, No. 28341/95, § 52, ECHR 2000; *Amann v. Switzerland*, No. 27798/95, § 55, ECHR 2000; *Kurić and Others v. Slovenia*, § 341, ECHR 2012; *Slivenko v. Latvia*, No. 48321/99, § 100, ECHR 2003.

објављен и доступан јавности.<sup>72</sup> Када је реч о *предвидљивости* закона, ЕСЉП сматра да је правило предвидљиво, ако је формулисано са довољном прецизношћу, тако да омогући сваком појединцу да поступа у складу са законом.<sup>73</sup> ЕСЉП је у предмету *Аман против Швајцарске* утврдио да услов предвидљивости није био испуњен, јер релевантан члан Швајцарског Декрета Федералног савета о полицијској служби Федералног јавног тужилаштва из 1958. године био формулисан превише уопштено да би задовољио услов предвидљивости у области прислушкивања телефона.<sup>74</sup> Поред наведеног, у предмету *Сандеј Тајмс против УК*, ЕСЉП је установио да реч закон обухвата поред *писаног и неписани* закон.<sup>75</sup> Коначно, треба истаћи да је у предмету *Гудвин против УК*, у погледу дискреционог овлашћења датог домаћем суду према домаћем закону у погледу термина „интерес правде“, ЕСЉП је истакао да у подручју које се разматра, може да буде тешко дефинисати законе са апсолутном прецизношћу и да је извешан степен флексибилности чак и пожељан како би се домаћим судовима омогућило да развијају закон у светлу њихових процена које су мере неопходне у интересу правде.<sup>76</sup>

Други услов који ст. 2. чл. 8. ЕКЉП предвиђа да би могло доћи до мешања у гарантовано право, је да је мешање потребно ради остварења **легитимног циља**. Легитимни циљ постоји, у случају када је реч о мешању у право на приватност у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Тако нпр., ЕСЉП у предмету *С. и Марпер против УК* установио, да интерес лица чији се подаци обрађују али и интерес друштва за заштиту података о личности, укључујући и податке о отиску прста и ДНК, могу бити надјачане легитимним интересом спречавања криминала.<sup>77</sup> Међутим, суштински приватни карактер ових информација, захтева да ЕСЉП пажљиво размотри сваку меру државе чланице ЕКЉП, која овлашћује државне органе да без сагласности лица чији се подаци обрађују, похрањује те податке о личности.<sup>78</sup>

---

<sup>72</sup> Тако нпр. *Roman Zakharov v. Russia*, No. 47143/06, § 181, ECHR 2015; *Rotaru v. Romania*, No. 28341/95, § 54, ECHR 2000.

<sup>73</sup> Тако нпр. *Rotaru v. Romania*, No. 28341/95, § 55, ECHR 2000; *Malone v. the United Kingdom*, No. 8691/79, § 66, ECHR 1984.

<sup>74</sup> *Amann v. Switzerland*, No. 27798/95, § 76, ECHR 2000

<sup>75</sup> *The Sunday Times v. the UK* (No. 1), No. 6538/74, §47, ECHR 1979.

<sup>76</sup> *Goodwin v. the UK*, No 17488/90, §33, ECHR 1996.

<sup>77</sup> *S. and Marper v. UK*, No. 30562/04 and 30566/04, § 103, ECHR 2008.

<sup>78</sup> *Ibid.*

Коначно, трећи услов за дозвољено мешање јавних власти у право из чл. 8. ЕКЉП је да је мешање **неопходно у демократском друштву**. Како би утврдио да ли је одређено мешање у право из чл. 8. „неопходно у демократском друштву“, ЕСЉП балансира интересе државе чланице ЕКЉП и право подносиоца представке.<sup>79</sup> ЕСЉП је у својој пракси установио, да појам „неопходно“ подразумева да мешање одговара *горућој друштвеној потреби*, а нарочито, да је *пропорционално легитимном циљу* којем се тежи.<sup>80</sup> Такође, разлози које су навеле државне власти да би оправдале мешање морају бити *"релевантни и довољни"*.<sup>81</sup> Приликом утврђивања да ли је мешање „неопходно у демократском друштву“, ЕСЉП ће узети у обзир поље слободне процене<sup>82</sup> које је остављено државама чланицама ЕКЉП, али остаје обавеза тужене државе да покаже постојање горуће друштвене потребе за мешање у право из члана 8.<sup>83</sup> Иако је на домаћим судовима да спроведу првобитну процену свих наведених аспеката, коначна процена о неопходности мешања остаје предмет провере ЕСЉП у односу на усклађеност са ЕКЉП.<sup>84</sup>

## ЗАКЉУЧАК

Правно регулисање заштите података о личности представља један од главних правних механизма апсорбовања потенцијалних негативних последица развоја информационо-комуникационе технологије. Упоредно са развојем ове технологије, развија се и правна регулатива заштите података о личности. Савет Европе доприноси развоју правног регулисања заштите података о личности, имајући у виду Конвенцију 108 као и модернизацију ове Конвенције из 2018. године путем Протокла 223. У РС, потписивање овог Протокола би представљало и додатно проширење правног окивра заштите података о личности. Евидентна је и глоблизација Конвенције 108, имајући у виду да све већи број држава

---

<sup>79</sup> Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life, Directorate of the Jurisconsult, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2018, 11.

<sup>80</sup> Вид. *Khoroshenko v. Russia*, No. 41418/04, §118, ECHR 2015; *S. and Marper v. the United Kingdom*, No. 30562/04 30566/04, §101, ECHR 2018.

<sup>81</sup> *S. and Marper v. UK*, No. 30562/04 30566/04, §101, ECHR 2018.

<sup>82</sup> Поље слободне процене (eng. *Margin of appreciation*) може бити уже, што подразумева строжију контролу од стране ЕСЉП над проценом домаћих судова, те шире, што подразумева мање строгу контролу од стране ЕСЉП.

<sup>83</sup> Вид. *Khoroshenko v. Russia*, No. 41418/04, §118, ECHR 2015; *Kučera v. Slovakia*, no. 48666/99, § 127, ECHR 2007; *Klamecki v. Poland (no. 2)*, no. 31583/96, § 144, ECHR 2003.

<sup>84</sup> *S. and Marper v. UK*, No. 30562/04 30566/04, §101, ECHR 2018.

чланица Конвенције 108 представљају неевропске државе. Такође, ЕСЈП у својој пракси у односу на члан 8. ЕКЈП прилагођава право на приватност, као и заштиту података о личности, савременим околностима.

Иако се заштита података о личности подводи под чл. 8. ЕКЈП којим се регулише право на приватност, ради се о два посебна, тесно повезана права, која се у великој мери, али не и у потпуности преклапају. То поред праксе ЕСЈП потврђује и правно регулисање заштите података о личности у праву ЕУ, где је у Повељи у основним правима ЕУ као и у Уговору о функционисању ЕУ право на заштиту података о личности засебно право, одвојено од права на приватност.

У РС предстоји примена новог ЗЗПЛ 2018, те самим тиме и усклађено поступање у материји заштите података о личности са GDPR-ом. Међутим, поред ЗЗПЛ 2018, део правног уређења заштите података о личности у РС представља и право Савета Европе, на које је свакако потребно обратити пажњу, нарочито имајући у виду са једне стране потенцијалну примену Конвенције 108+ у РС, а са друге стране, имајући у виду значај стандарда Савета Европе о људским правима, а што је потврђено и, у раду поменутом, Меморандуму о разумевању између Савета Европе и ЕУ из 2007. године.

## ЛИТЕРАТУРА

Пирц Мусар, Н., *Водич кроз Закон о заштити података о личности*, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Београд, 2009;

Закон о заштити података о личности ("Сл. Гласник РС", бр. 87/2018);

Закон о заштити података о личности ("Сл. гласник РС", бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012);

Устав Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 98/2006п);

Boehm, F., „Information sharing and data protection in the area of freedom, security and justice: Towards a Common Standard for data exchange Between Agencies and EU Information Systems”, *European Data Protection: In Good Health?*, (eds. S. Gutwirth, R. Leenes, P. de Hert, Y. Poullet), Springer Science+Business Media B.V., Berlin, 2012, 143-184;

Boehm, F., *Information sharing and data protection in the area of freedom, security and justice: Towards harmonised data protection principles for information exchange at EU-level*, Springer-Verlag Berlin-Heidelberg, 2012;

Galetta, A., De Hert, P., *A European Perspective on Data Protection and Access Rights*, Increasing Resilience in Surveillance Societies (IRISS), Deliverable D5: Exercising Democratic Rights Under Surveillance Regimes,

<http://irissproject.eu/wp-content/uploads/2014/06/European-level-legal-analysis-Final1.pdf>, 4. март 2019;

González Fuster, G., *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Law, Governance and Technology Series 16, Springer International Publishing Switzerland, 2014;

Greenleaf, G., „A World Data Privacy Treaty? ‘Globalisation’ and ‘modernization’ of Council of Europe Convention 108“, *Emerging Challenges in Privacy Law: Comparative Perspectives* (eds. N. Witzleb, D. Lindsay, M. Paterson, S. Rodrick), Cambridge University Press, 2014, 92-138;

Greenleaf, G., *‘Modernised’ Data Protection Convention 108 and the GDPR*, 154 *Privacy Laws & Business International Report* 22 [2019] UNSWLRS 3, UNSW Law UNSW Sydney NSW 2052 Australia, 2018, <https://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLRS/2019/3.pdf>, 14. март 2019;

Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life, Directorate of the Jurisconsult, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2018;

Handbook on European data protection law, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, [https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_data\\_protection\\_02ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_02ENG.pdf), 4. март 2019;

Mostert, M., Bredenoord, A., Van der Sloot, B., Van Delden, J., „From Privacy to Data Protection in the EU: Implications for Big Data Health Research“, 24 *European Journal of health law*, 2017, 43-55;

Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows (CETS No. 181), 08.11.2001., <https://rm.coe.int/1680080626>, 6. март 2019;

Amendments to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data approved by the Committee of Ministers, 15.06.1999 <https://rm.coe.int/1680078b37>, 17. март 2019;

Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C364/01), [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf), 11. март 2019;

Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (CETS No. 108), 28.1.1981, <https://rm.coe.int/1680078b37>, 06. март 2019;

Council of Europe, Explanatory Report on the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, European Treaty Series-No. 108, Strasbourg, 28.I.1981, 4, <https://rm.coe.int/16800ca434>, 03. март 2019;

Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the

processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA OJ L 119, 4.5.2016, 89–131;

Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union, 2007, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e437b>, 19. март 2019;

Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, (CETS No. 223) 10.10.2018., <https://rm.coe.int/16808ac918>, 17. март 2019;

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance) OJ L 119, 4.5.2016;

Treaty on the Functioning of the European Union (2012/C326/47), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>, 11. март 2019;

*Amann v. Switzerland*, no. 27798/95, ECHR 2000;

*Bărbulescu v. Romania*, no. 61496/08, ECHR 2017;

*Goodwin v. UK*, No 17488/90, ECHR 1996;

*Khoroshenko v. Russia*, no. 41418/04, ECHR 2015;

*Klamecki v. Poland (no. 2)*, no. 31583/96, ECHR 2003;

*Kurić and Others v. Slovenia*, no. 26828/06 ECHR 2012;

*Kučera v. Slovakia*, no. 48666/99, ECHR 2007;

*Malone v. UK*, no. 8691/79, ECHR 1984;

*Niemietz v. Germany*, no. 13710/88, ECHR 1992;

*Peck v. UK*, No. 44647/98, ECHR 2003;

*Roman Zakharov v. Russia*, no. 47143/06, ECHR 2015;

*S. and Marper v. UK*, no. 30562/04 and 30566/04, ECHR 2008;

*Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, no. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004;

*Silver and Others v UK*, no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, ECHR 1983;

*Slivenko v. Latvia*, no. 48321/99, ECHR 2003;

*The Sunday Times v. UK (No. 1)*, no. 6538/74, ECHR 1979;

Chart of signatures and ratifications of Treaty 108, [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p\\_auth=5yWuR39b](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p_auth=5yWuR39b), 03. март 2019;

Details of Treaty No.223, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223>, 17. март 2019;

Chart of signatures and ratifications of Treaty 223  
[https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures?p\\_auth=BsxbZZGc](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures?p_auth=BsxbZZGc), 17. март 2019.



**Kristian KOVAČ**

PhD student, University of Novi Sad Faculty of Law

## **PERSONAL DATA PROTECTION IN THE LAW OF THE COUNCIL OF EUROPE**

### **Summary**

Due to the accelerated development of information and communication technology, personal data protection represents a very important and up to date topic, especially in Europe, as well as in Republic of Serbia, in which a new Law on personal data protection was adopted in 2018. Regarding the fact that Republic of Serbia is a member state of Council of Europe (CoE), it is legally obliged by the CoE's personal data protection regulation. In CoE Law, on the one hand, personal data protection is regulated directly by the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (Convention 108) as the only legally binding document on personal data protection. This Convention was amended by Additional Protocol from 2001, and in 2018, the Convention 108 was modernised by adopting the Protocol 223 (Convention 108+). Also, besides the Convention 108, CoE's personal data protection law consist from resolutions and recommendations, as legally unbinding documents. On the other hand, the European Convention on Human Rights from 1950, indirectly regulates the topic of personal data protection, bearing in mind that the right to personal data protection is not prescribed separately, but it is subject to Article 8 of the this Convention, which regulates the Right to respect for private and family life. This is also confirmed in the case law of the European Court of Human Rights.

**Keywords:** *personal data protection, right to privacy, Council of Europe, Convention 108, European Convention on Human Rights.*



УСТАВНО ПРАВНА, УПРАВНО ПРАВНА И РАДНО ПРАВНА  
ОБЛАСТ



**Владан МИХАЈЛОВИЋ \***

Правни факултет Приштина – Косовска Митровица

### **ПРОТИВУРЕЧНОСТ (ИЛИ НЕ) ИЗМЕЂУ НОРМАТИВНОГ И СТВАРНОГ У УСТАВУ – ФОРМАЛНА СВОЈСТВА И ФУНКЦИЈА УСТАВА (ФОРМАЛНИ УСТАВ) ИЛИ ЊЕГОВА РЕАЛНА УЛОГА И МОЋ У РЕГУЛИСАЊУ ДРУШТВЕНОГ ЖИВОТА (СТВАРНИ УСТАВ)**

**Апстракт:** У нововековној политичкој теорији и пракси устав се појављује са амбицијом да буде савршен и дуговечан правни акт који доминира у правном животу једне земље. Такав, формални, устав засењује својом појавом јер његове формалне карактеристике превазилазе његову материју, садржину. Устав је имао чврсту и јасну правну форму, али је његова *materia constitutionis* била променљива и склона како сужавању тако и неоправданом проширивању. Таква противуречност устава у погледу његових формалних и материјалних својстава отвара је простор за различита тумачења устава а такође и његово непрецизно одвајање од других правних аката, пре свега закона. Устав је у формалном смислу супериоран у односу на остале акте јер је дело суверене уставотворне власти, али у погледу своје садржине није баш консеквентан и јасно разграничен од осталих, нижих правних аката. Неки уставни материјални смисли излазе из оквира уобичајене уставне материје и залазе у поље законодавне или чак и подзаконске регулативе. То није само одлика некодификованих устава него и неких, у формалном и декларативном смислу, сасвим узорних и добро изведених и сређених устава. Осим излажења из јасних оквира своје садржине, устав пати и од контрадикторности у смислу адекватног мешања, прожимања његових правних и неправних својстава. Устав је комплексан правно – политички акт има проблем у којој мери остаје привржен постојећој друштвеној стварности коју правно уређује, а у којој мери може да изађе из своје статике, прихвати неке политичке и програмске ставове и принципе као своју оријентацију у будућности. У уставу се увек сукобљава оно што јесте и треба да буде, нормативно, и стварно а то устав може и мора да превазиђе тиме што у себи прожима прошлост, садашњост и будућност. Он мора да буде довољно чврст и постојан да брани темељне вредности и принципе који немају временско ограничење, али и да буде еластичан и

---

\* Редовни професор, vladan.mihajlovic@pr.ac.rs

пријемчив за промене како би могао да их изрази и суочи се са динамичним кретањем друштва које не може да заустави. Зато устав на неки начин остаје недокончан и у раскораку између оног формалног и стварног у себи; потребе да буде фаворизован у смислу своје правне савршености и доминације у правном поретку земље и реалне улоге да мења и усмерава друштво ка бољем и праведнијем поретку, ефикаснијем устројству власти и постизању и заштити ширег опсега људских права и слобода како за појединце тако и групе.

**Кључне речи:** *Устав као највиши акт, формална својства устава, материјална садржина устава, однос између формалног и материјалног устава, устав као израз постојеће стварности, устав као акт политичког и програмског карактера, усклађеност правних и неправних својстава устава, комплексност устава као правно-политичког акта.*

## УВОД

Устав представља тековину савремене правне цивилизације. Та, пре свега европска, правна цивилизација и култура прочула се по писаном уставу иако правна (уставна) пракса и у Европи и ван ње познаје и прихвата и неписана правна односно уставна правила. Устав се развио захваљујући и једним и другим правилима – неписаним и писаним. Истина, модерном правном сензибилитету и менталитету је ближи и прихватљивији писани него неписани устав и његови извори. Устав, као и сваки други правни акт, треба да има и форму и садржину; они треба да буду у вези, да се слажу, тако да оно што је устав по форми буде то и по садржини и обрнуто. Но, то није увек тако па онда можемо да говоримо или, боље рећи, разликујемо формални устав од оног стварног или реалног устава. Када се то деси, поставља се питање шта је важније за устав: оно што је он по форми или оно што је он по садржини. Иако постоје те контроверзе у уставу због неслагања његове форме и садржине, не сме се изгубити из вида шта је устав и по чему се он разликује од других аката мањег правног значаја.

Правна форма устава је свакако важна. По њој, устав се јасно разликује од правне форме (и снаге) других правних аката мада то није довољно да би се разумела природа и функција устава. Формалне карактеристике устава одређују његово место и ранг у правном поретку сваке земље. Но, устав ћемо разумети и сазнати тек када уђемо у његову садржину или материју. Устав има препознатљиву *materiam constitutionis* због које се јасно разликује од закона и осталих нижих правних аката. Он је акт конституције или устројства највише власти и гаранција основних грађанских права и слобода. То је без обзира на форму у којој је изражен:

да ли је јединствен или не (кодификован или некодификован), састављен од обичних законских норми или уставних норми и аката јаче снаге. И у једном или другом случају, увек ће бити препознат као кровни, врховни правни акт. Он је то не само због своје форме, правног статуса и места које има у правном поретку једне земље него пре свега због тога што се бави регулисањем темељних друштвених односа и вредности у једној држави. Више од своје форме, устав мора да служи друштву, буде по мери стварности и реалних односа. Мада треба да тежи тој реалности, устав то никад не може да буде до краја па га не треба ни банализовати и претворити у голи акт стварности – социолошки устав. У име такве стварности тешко је очувати трајност устава и његове програмске идеје и циљеве који се тренутно косе са текућом друштвеном политиком, али дугорочно гледано, служе напретку и добробити друштва. Зато треба бранити устав од разних опортуниста који су склони да занемаре строгу форму устава и фактички, заобилазним путем нуде промену његове садржине.

## I

Као и сваки акт, и устав има своју форму и садржину, одређује се по формалним и материјалноправним карактеристикама. У формалном смислу, устав је свечани правни акт који има највећу правну снагу и значај. То је најважнији политичко-правни документ којим се уређују најважнији односи у свакој држави. Он се по правилу налази у једном прокламованом документу где су на једном месту систематизоване све његове правне норме. Устав се у формално-правном смислу одређује према правним својствима или квалитету својих правила. Његове норме су особене и по начину како су формулисане, али и по својој правној снази. Уставне норме стоје на врху пирамиде свих других правних норми, због чега је устав правни акт најјаче правне снаге. Све друге правне норме се изводе из уставних норми, по снази и значају су испод њих и не смеју им противуречити. У формалном смислу уставне норме се разликују од других правних норми и по томе како су формулисане. Уставне норме су најопштеније, са највећим степеном апстрактности која се смањује онако како се иде наниже – према осталим правним нормама које су мање опште, апстрактне. Пошто су дате у најопштијем облику, уставне норме су и начелне, баве се начелима на којима почива државно и друштвено уређење једне земље. За Миодрага Јовичића, све уставне норме имају нормативни карактер, то су правне норме мада немају све елементе правних норми као остале норме (немају санкцију) а неке од њих и не

лично на норме јер имају идеолошко-политичке или програмске назнаке.<sup>1</sup> Формалне карактеристике устава се односе како на његов облик у коме је изражен, тако и на начин како се доноси и мења. Устав је углавном састављен из јединственог и кодификованог текста, али има и некодификованих устава, састављених из више уставних текстова.<sup>2</sup> Што се тиче начина, поступка његовог доношења, устав је и по томе особен јер се доноси по процедури која је другачија од оне по којој се доносе остали правни акти. Та процедура за доношење устава је сложенија и тежа од оне по којој се доносе остали акти. То је учињено из разлога супериорности устава и његових норми над осталим нормама. Тако се устав показује као кровни (највиши) акт у односу на остале, ниже акте па се и разлика између њега и закона повлачи на тај начин да уставна правила стоје према законским правилима као основно правило према изведеном.<sup>3</sup> Устав је у формалном смислу особен и по томе како се мења. Као што се теже доноси, устав се и теже мења, односно његове норме се мењају само ако се поступа по специјалним прописима који ту промену треба да учине тежом.<sup>4</sup>

По формално-правним карактеристикама, устав се разликује од других, нижих правних аката и норми али им је и близак, сличан по томе што (као и они) спада у категорију писаних правних правила. Већина уставних правила су правила писаног карактера, што је одраз континенталне (европске) правне културе и европског менталитета утемељеног на рационалистичкој филозофији.<sup>5</sup> Због своје писане форме, устав је правно-технички савршен и прегледан акт који сваком омогућује да се лако упозна са његовом садржином. Но, претерана формалност устава, ма колико добра, може да има и својих слабости у односу на неписани (обичајни) устав. Писани устав може да има и хендикеп уколико садржи нејасне формулације, односно такве које се могу тумачити на различите начине. Такве нејасне и непрецизне норме стварају проблем спознаје првог значења устава. То може да изазове и потребу његовог

---

<sup>1</sup> Др Миодраг Јовичић, О уставу, теоријско – компаративна студија Савремена администрација, Београд, 1977. год. стр. 218

<sup>2</sup> Овом типу устава припада Устав Финске из 1919. год. који се састојао из четири правна акта уставног значаја даље Устав Шведске који се такође састоји из више аката, или Устав Француске Републике а такође и Устав Израела који је састављен из више закона који регулишу поједина уставна питања итд.

<sup>3</sup> Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ, Југославијапублик, Београд, 1990. год. стр. 224

<sup>4</sup> Ханс Келзен, Општа теорија права и државе, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951. год. стр. 129

<sup>5</sup> Снежана С. Савић, Почети теорије и филозофије права у Србији, Бања Лука, 1998. год. стр. 20



прераног мењања, како би се отклониле његове слабости услед неадекватног дефинисања појединих принципа и уставних норми.<sup>6</sup> Поред својих предности, писана форма може да буде и узрок разних проблема, језичких и термилошких недостатака уставних норми услед коришћења појмова и фраза непримерених уставном изражавању. Зато формални устав има и добрих, али и лоших, страна и не може се а priori рећи да је бољи од неписаног устава. Шта је боље и савршеније: једно или друго решење – мање зависти од спољашњег изгледа и форме, а више од садржине и материјалноправних својстава. С гледишта функционисања уставног система, не може поуздано да се тврди да је писани устав бољи од неписаног устава. Као и писани устав, тако и онај традиционални (обичајни) може да буде (и јесте) актуелан и прилагодљив савременим друштвеним приликама и потребама друштвеног живота. То најбоље показује енглеска уставна пракса која ни у чему не заостаје за континенталном (писаном) уставном праксом иако се заснива на другачијим и хетерогеним правним изворима.

## II

Поред формалних карактеристика, како устав изгледа, да ли је систематизован у једном документу или не, треба констатовати да се он (устав) више препознаје и цени по томе чиме се бави, каква је његова садржина или материја. Има писаца који ту садржину стављају испред форме устава и сматрају да је формални устав безначајан или чак обичан лист хартије. Такво гледиште о уставу је својевремено заступао Фердинанд Ласал, вођа немачке социјалдемократије. Он је тврдио да устав чини стварни однос снага које постоје у друштву па тако он по својој суштини не може да буде ништа друго него оно што је стварно.<sup>7</sup> Тако је наспрам устава као формалноправног акта постављен, или боље рећи истакнут, стварни устав који му је често супротстављен. Све оно што се напише на листу хартије а противуречи стварном уставу односно суштинском односу снага у друштву, и није никакав устав. По Ласалу, то није питање права, него силе, и писани устав има смисла само ако одражава реални однос друштвених снага.<sup>8</sup> Материјално-правно значење

---

<sup>6</sup> Др Јован Ђорђевић, Теоријске основе промене устава, реферат са научног скупа: „Актуелни проблеми устава и уставних промена“, одржаног при одељењу Друштвених наука САНУ, 17. и 18. марта 1988. год. Београд, објављен у Зборнику радова, стр. 21

<sup>7</sup> Фердинанд Ласал, О суштини устава, издање Српске социјалдемократске странке, Београд, 1907. год. стр. 25-26

<sup>8</sup> Ибид, стр. 55

устава се везује за материју којом се устав бави, регулише је. У питању су разноврсни односи који чине предмет устава, а то су темељне поставке и вредности сваког друштва. У најопштијем смислу, материјалну садржину устава чине норме које уређују организацију државе, положај најважнијих државних органа, њихова овлашћења и међусобне односе као и однос према грађанима и њихов положај у држави.<sup>9</sup> У материјалном смислу, за устав је важније чиме се бави него како изгледају његове норме. Дакле, мање је важно за устав о каквим се правилима ради, како је сврстана уставна материја, да ли у једном или више правних аката и да ли су они донесени у исто или различито време. Формални (писани) устав се одликује писаним нормама које се временски подударују, везују за момент деловања једне уставотворне власти. Код материјалног устава се ради о хетерогеним правилима, поред писаних правила ту постоје и она друга, неписана (обичаји, конвенције и др.) која трају дуже и не везују се за актуелну уставотворну власт. По природи ствари, материјални устав је трајнији од формалног устава мада је иста улога и функција и једног и другог. Али не само то. Материјални устав је стварнији, животворнији од формалног устава јер излази из крутих оквира правних норми. Док је формални устав више статичан, дотле је материјални устав динамичан, окренут друштвеној стварности и динамичним променама које прате развој друштва.

Теоретски, у једном тренутку је могуће у писаном и формалном уставу обухватати материјалну садржину устава. Но врло брзо, услед развоја друштва долази до раскорака између устава у формалном смислу као писаног документа и стварног, новог устава у материјалном смислу.<sup>10</sup> Формални устав је осуђен да стално заостаје за друштвеним животом па тако има потребу да се усклађује и прилагођава новонасталим друштвеним приликама. То постиже својом формалном променом, процедуром која доста отежава његово мењање. Зато формални устав има тај недостатак да се ређе приступа његовој промени, због чега мање-више каска за друштвеним животом. Материјални устав се не везује за компликовану форму, већ за садржину, свој предмет који се развија па тако може благовремено да реагује и обухвати промењену материју која се односи на новонастале друштвене односе и прилике. Ове динамичне материјалне компоненте устава покрећу уставни развој и помажу да се различитим правним и ванправним средствима заобиђе статика формалног устава.

---

<sup>9</sup> Евгени Димитров, Устав и савремени политички системи, упоредни политички системи, „Савремена администрација“, Београд, 1983. год. стр. 56

<sup>10</sup> Др Миодраг Јовичић, О уставу, теоријско-компаративна студија, „Савремена администрација“, Београд, 1977. год. стр. 20

Америчка уставна доктрина и пракса је успела да на делотворан начин превазиђе догматско схватање устава које се искључиво ограничава и усредсређује на његове формалне карактеристике. Захваљујући оваквом америчком схватању устава, превазиђен је класичан догматско-правни (формално-правни) приступ тумачењу америчког Устава. Овим приступом који изражава америчко схватање уставног права постиже се да се Устав САД и основна уставна начела одржавају актуелним и делотворним тиме што су у вези са друштвеном, односно уставном праксом. То одржавање везе са уставном праксом произилази из допуњавања формалног текста устава судским одлукама којима се тумачи амерички Устав. Уствари тај амерички Устав се најбоље сазнаје и тумачи преко судских одлука које су везане за живот, друштвену праксу, па онда таква „животна“ тумачења даје суд када решава спорове и тумачи законе и уставне прописе. То је модел америчке судске контроле уставности<sup>11</sup> који се показао ефикасним јер Устав ослобађа од претеране формално-правне догматике и статике. Захваљујући оваквој креативној улози суда, могуће је мењати устав, прилагођавати га друштвеној пракси и то се у САД догађа више од 200 година. Наиме, амерички судови често тако тумаче Устав да му дају значење које сматрају да му припада, а које понекад одудара од формалног уставног значења. Користећи ово право, судови у САД стварају и мењају и сам Устав јер признају уставност оним законима који фактички мењају уставни текст. Тако се добија један нови материјални (судски) устав који мења онај формални устав, али га са друге стране и продужава, одржава његову виталност. Као што знамо, САД су донеле само један Устав од 1787. год. који и данас важи. Он је само допуњаван амандманима, али Американци сматрају да је то и даље један реалан Устав који не треба мењати неким другим, новим уставом. Уствари, питање је шта је остало од тог старог и јединог формалног Устава донетог 1787. год. Баш захваљујући живој судској пракси, у САД се непрекидно ствара нови устав и уставно право. То може да се схвати и прихвати као материјални устав јер је, како примећује проф. Јован Ђорђевић, на текст Устава од 1787. год. накалемљен један густо и разливени судски устав који је обимнији и замршенији<sup>12</sup> од оног првобитног формалног уставног текста.

---

<sup>11</sup> Оливера Вучић, Владан Петров и Дарко Симовић, Уставни судови бивших југословенских република – теорија, норма, пракса, „Досије студио“, Београд, 2010. год. стр. 35

<sup>12</sup> Јован Ђорђевић, Нови уставни систем „Савремена администрација“, Београд, 1964. год. стр. 813

### III

Устав у сваком смислу и облику, формалном или материјалном, је *act superior* и као такав је сложене природе и има импликације на све остале, ниже правне акте. Појавом првих писаних устава отворило се и питање шта треба да буде *materia constitutionis* а шта *materia legis*.<sup>13</sup> Устав и закони су најважнији општи акти који регулишу питања општег карактера па је важно да се између ових аката повуче разлика у нивоу апстрактности. Устав је најопштији акт, садржи начела и по свом предмету се ограничава на начелно регулисање. Он не улази у детаљно правно регулисање, што је предмет закона и осталих, нижих правних аката. Но, устав је дело највише суверене уставотворне власти која није везана ни претходним уставом нити вољом неког правног ствараоца који је виши од ње. Дакле, када доноси устав, уставотворац нема изнад себе неки други устав о коме мора да води рачуна, као што ни тај његов акт не обавезује и не ограничава садржину будућих устава. Не постоји други, виши акт нити други виши уставотворац који би стојао над уставом и његовим творцем и ограничавао га. Тако гледано, сваки уставотворац је слободан у одређивању садржине устава и руководи се својом проценом да ли одређено питање треба регулисати уставом или не.<sup>14</sup> За један устав није добро нити да проширује нити да сужава *materiam constitutionis*. Но, уставни чешће, (као рецимо Швајцарски устав од 1874. год.)<sup>15</sup> прибегавају пракси да буду гломазнији него што треба да буду па тако проширују своју садржину или предмет регулисања. То мења физиономију устава јер се губи његов смисао темељног правног акта који се бави најважнијим друштвеним односима и питањима. Није добро када се у устав уноси материја која, по правилу, не представља уопште предмет уставног регулисања а такође није добро да се уставом детаљно регулише материја коју он треба да регулише у мањем обиму.<sup>16</sup> Устав треба да остане на нивоу апстракције, да се бави начелима, али да обухвати основе државног и друштвеног живота како би се ту заокружио један целовит систем. Зато устав не сме да се сужава, да се његова материја ограничава или из ње искључују нека питања која морају да буду предмет уставног регулисања.

---

<sup>13</sup> Рајко Кузмановић, Нови есеји о уставности и државности Академија наука и уметности Републике Српске, Бања Лука, 2010. год. стр. 62-63

<sup>14</sup> Мирослав Живковић, Мерило устава, штампа ГРО „Култура“, Београд, 1987. год. стр. 93

<sup>15</sup> Видети чл. 31, 32 б, 36 и 36 а Устава Швајцарске конфедерације од 1874. год. преузето из књиге Конституције по света, Универзитетско издателство „Св Климент Охридски“, Софија, 1994. стр. 19-73

<sup>16</sup> Миодраг Јовичић, „Закон и законитост“, Београд, 1977. стр. 49

Не сме се допустити пракса да се уставно регулисање повлачи пред законским регулисањем. Није исто нити је добро да се неко питање регулише законом а не уставом. Тако се губи изворни смисао и воља уставотворца која је највиша и најбитнија код утврђивања основних правних начела и регулисања темељних друштвених односа.

Удаљавањем од воље уставотворца и приближавањем законодавцу ризикује се да се површно и недовољно јасно регулишу нека важна државна и друштвена питања. Законодавно преузимање уставне материје временом дерогира устав тако да законске норме постају извршне, а уставне постају фиктивне.<sup>17</sup> Основни проблем устава и његових норми је у томе што су оне начелне и по правилу нису подобне за непосредну примену, него претпостављају доношење закона помоћу којих се конкретизују и примењују. Устави ретко садрже норме које се непосредно примењују пошто њих одликује апстрактност и начелност када постављају основе друштвеног и државног уређења. Но, има и непосредно примењивих уставних норми које су формулисане као закони. То је случај, рецимо са Амандманима VI и VII на Устав САД од 1787. год. који садрже конкретне прописе по којима оптужени има право на брзо, јавно и непристрасно суђење, укључујући и право на помоћ саветом и то пред поротом.<sup>18</sup> У односу на друге уставне норме, ове које се непосредно примењују су изузетак мада је њихово постојање важно за устав јер га тако сврставају у ранг како позитивноправних норми тако и оних које се примењују у стварности.

Још од античких времена и ондашње *politeia*, устав се схватао као синоним за *constitutio*, дакле, односио се на устројавање, поредак или облик и уређење државе. Тако је заслугом Аристотела истакнут значај основних правила на којима се темељи друштвено уређење античких полиса. Он је успео да анализира 156 полиса и исто толико њихових статута који су имали значај устава, међу којима су се посебно истицали устави Атине и Спарте.<sup>19</sup> Много векова касније, заслугом нововековне рационалистичке филозофије, устав добија и значење повеље или декларације о људским правима и слободама. Први грађански, либерални устави су прихваћени као прве декларације људских права и слобода. То је рецимо случај са Уставом америчке државе Вирџинија из 1776. год. чији саставни део је био и чувени Бил о правима који је утврдио листу

---

<sup>17</sup> Рајко Кузмановић, Нови есеји о уставности и државности, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2010. год. стр. 65

<sup>18</sup> Видети Амандман VI и VII на Устав САД од 1787. год. преузето из кратког прегледа америчког политичког система, Информативне агенције САД, 1989. год. стр. 44

<sup>19</sup> Рајко Кузмановић, Уставно право, Бања Лука, 2002. год. стр. 15

импресивних индивидуалних права.<sup>20</sup> Саставни део Устава САД из 1787. год. чине и Амандмани I-X од 1791. год. који су разрадили и проширили скалу људских права и слобода и то како политичких тако и оних личних, фундаменталних права и слобода.<sup>21</sup> Данас устав равноправно третира и проблематику државне власти, али и људских права и слобода. Он је и акт устројства државне власти, али и повеља о људским правима и слободама. Он је то и у формалном и материјалном смислу јер и по форми и садржини устав мора да обухвати та два кључна аспекта државног живота. Истина, неки уставни излазе из тих оквира и шире свој предмет и на неке друге сфере (пре свега економску), али их то удаљава од праве концепције устава, брише разлику између оног што је устав и оног што не би требало да буде. Устав је то што је, по својој садржини, док његова форма може бити извитоперена, променљива и непрецизна. Она је то онда када обухвата оно што никако не припада уставу или из њега изузима или, боље рећи, избацује оно што му обавезно припада. Баш због те контрадикторности устава која је последица његове формалне еластичности и непрецизности, треба инсистирати на материјалној садржини устава. Сложена природа устава одваја га од чисто правног акта, какви су закон и остали нижи акти. Устав је највиши општи правни акт али је и политички и програмско-декларативан акт. То га чини особеним у систему чисто правних аката, не дозвољава му да се са њима поистовети. По својој форми, устав је правни акт, препознаје се по правним својствима али у материјалном смислу он има ширу политичку садржину, усредсређен је на политички терен и живот. Уставне норме имају политичке импликације јер се баве регулисањем политичког живота, пре свега политичке власти, њених носилаца и њиховим односом према другим субјектима политичког живота једне земље. Никаква фасада у формалном смислу не може и не сме да сакрије праву природу и функцију устава који је сложен јер га чине бројна и разноврсна својства која се међусобно преплићу и допуњавају.

#### IV

Иако устав има комплексну природу и функцију, његова перспектива се не доводи у питање са становишта очувања и јачања владавине права нити са становишта регулисања државне власти и прокламовања темељних вредности и принципа друштвеног живота. То

---

<sup>20</sup> Видети: Бил о правима Устава државе Вирџинија од 1776. год. објављено у Декларације и основни документи, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1968. год. стр. 27

<sup>21</sup> Видети Амандмане I-X на Устав САД од 1787. год.

што се у уставу прожимају његова формална и материјална својства не умањује његову вредност ни као правног ни као политичког акта. Двојака природа устава: правна и неправна (политичка),<sup>22</sup> спречава га да се испољава у чисто правном или чисто политичком смислу. Уствари, то што је устав мешовит правно-политички акт спречава нас да његова правна својства ставимо испред или изнад оних његових неправних својстава. Са аспекта права и правних својстава која има, устав доминира као највиши општи правни акт, онај који има најјачу правну снагу и као такав је основа или извор настанка и постојања осталих правних аката слабије правне снаге. Овако посматран, устав представља темељ правног поретка једне земље, стоји на врху пирамиде правних аката који су поређани по вредности и величини. Захваљујући оваквим правним својствима устава, правни поредак може да се успостави и одржи као усклађена, хармонична структура и целина. Овакав устав је симбол уставности као битног правног принципа на коме почива правна држава. У правном смислу, уставност означава да правни поредак има квалитет – да је у њему успостављен примат устава као највишег закона над свим осталим нижим правним актима и прописима. Устав као врховни закон представља основну норму правног поретка – он установљава тај поредак, све остале акте у њему, али је и основ за њихову усклађеност и правну ваљаност и важење јер може да изазове њихово санкционисање и елиминацију из правног поретка путем механизма судске контроле уставности.

Устав као највиши закон једне земље, из кога проистичу остале норме, такође одређује доносиоца и начин стварања закона као нижег акта, као што и закон са своје стране одређује поступак доношења и садржину нижих аката од себе.<sup>23</sup> Тако је устав (као и закон) основа стварања и важења свих правних аката и норми, али и материјалних радњи. По свом односу према осталим актима, устав и закон су појаве исте врсте јер обезбеђују правну хијерархију и усклађеност свих правних аката. За проф. Павла Николића, уставност је виши облик законитости или на виши степен подигнута законитост.<sup>24</sup> У правном смислу, уставност изражава такву структуру правног поретка који је заснован на хијерархији општих правних аката и на њиховој међусобној усклађености. Ова усклађеност правног поретка или, прецизније, нижих правних аката и норми према вишим може бити чисто формална, али и садржинска. Формална усклађеност значи да су закони и сви други прописи и акти

---

<sup>22</sup> Слободан П. Орловић, Уставно право, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2018. год. стр. 16

<sup>23</sup> Ханс Келзен, Општа теорија државе и права, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951. год. стр. 117 и 119

<sup>24</sup> Павле Николић, Уставно право, Пословни биро, д.о.о. Београд, 1997. год. стр. 351

сагласни са уставом у погледу форме, односно да су донети од стране уставом предвиђеног органа (законодавног органа) по законодавном поступку који је уставом утврђен и у писаној форми коју устав по правилу одређује.<sup>25</sup> У садржинском смислу, уставност подразумева нешто више – сагласност закона и других аката а уставом и у погледу његове садржине. Уколико су уставне одредбе одређеније и садржајније, то ће и законима бити лакше да се са њима саобразе, а што су апстрактније, то је и тежи задатак закона да их правилно тумаче и разраде. Зато је ова садржинска или материјална уставност важна јер закони морају да „осете“ дух устава, имају у виду стварно значење уставних норми, а не само оно језичко јер та два значења могу и да се не поклопе. Стварни (материјални) устав не сме да остане заробљен у својој форми, мора да иде у сусрет друштвеним збивањима и да прати друштвене промене које покрећу друштво напред. Устав мора да буде правно уобличен тако да му његове формалне карактеристике гарантују првенство, ранг или статус водећег правног акта у хијерархији осталих нижих аката. Све преко тога би обесмислило устав, свело га или затворило у сувишну форму због које би служио самом себи и очувању формалног устројства и хијерархије правних норми. Устав постоји и због тога, али више због обезбеђења квалитета друштвеног и државног устројства, пре свега задовољавајућег нивоа индивидуалних и колективних права и слобода појединаца и група. Зато устав мора да води рачуна о тој неправној, боље рећи политичкој димензији своје улоге. Он не сме искључиво да остане на једној (правној) или претегне на другој (неправној) страни и тако изгуби обележје комплексног правно-политичког акта.

Устав важи и вреди онолико колико је применљив, остварљив у и друштвеном и државном животу. Као правно важећи, позитиван акт више је окренут актуелним збивањима, садашњости коју уређује. Но од њега се очекује да иде и даље, да стреми програмским и идеолошким циљевима које пред њега постављају уставотворци. Зато, сем што је позитиван акт, устав мора да буде и програмски и политички акт који, како добро примећује проф. Орловић, прожима прошлост, садашњост и будућност.<sup>26</sup> Устав мора да буде барометар друштвених збивања и да на њих исправно, одлучно и благовремено делује. То је једини начин да се превазиђе контроверза између убрзаног техничко-технолошког развоја и савремених друштвених збивања и изазова и потребе за изградњом савременог

---

<sup>25</sup> Проф. Јован Ђорђевић, Уставно право, „Савремена администрација“, Београд, 1978. год. стр. 339

<sup>26</sup> Слободан П. Орловић, Уставно право, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2018. год. стр. 17



правног система и успостављањем правног и друштвеног реда.<sup>27</sup> У том настојању да се обезбеди усклађеност између друштвених кретања и адекватног правног оквира или система за њих, процењује се и моћ или немоћ устава; да ли постоји (или не) раскорак између нормативног и стварног, оног што пише у уставу и оног што се дешава у пракси.<sup>28</sup>

## ЛИТЕРАТУРА

Видети Амандман VI и VII на Устав САД од 1787. год. преузето из кратког прегледа америчког политичког система, Информативне агенције САД, 1989. год. стр. 44

Видети Амандмане I-X нља Устав САД од 1787. год.

Евгени Димитров, Устав и савремени политички системи, упоредни политички системи, „Савремена администрација“, Београд, 1983. год.

Др Јован Ђорђевић, Теоријске основе промене устава, реферат са научног скупа: „Актуелни проблеми устава и уставних промена“, одржаног при одељењу Друштвених наука САНУ, 17. и 18. марта 1988. год. Београд, објављен у Зборнику радова

Јован Ђорђевић, Нови уставни систем „Савремена администрација“, Београд, 1964. год.

Проф. Јован Ђорђевић, Уставно право, „Савремена администрација“, Београд, 1978. год.

Миодраг Јовичић, „Закон и законитост“, Београд, 1977.

Др Миодраг Јовичић, О уставу, теоријско-компаративна студија, „Савремена администрација“, Београд, 1977. год.

Мирослав Живковић, Мерило устава, штампа ГРО „Култура“, Београд, 1987. год.

Оливера Вучић, Владан Петров и Дарко Симовић, Уставни судови бивших југословенских република – теорија, норма, пракса, „Досије студио“, Београд, 2010. год.

Павле Николић, Уставно право, Пословни биро, д.о.о. Београд, 1997.

Рајко Кузмановић, Нови есеји о уставности и државности, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2010. год.

Рајко Кузмановић, Уставно право, Бања Лука, 2002. год.

---

<sup>27</sup> Академик Рајко Кузмановић, Контроверзе у развоју устава и уставности у свијету и код нас (уводно излагање) реферат са научног скупа са међународним учешћем „Устав и изазови уставног развоја у сложеним државама“, одржан у Бања Луци, 4. новембра 2017. год. Правни факултет у Бања Луци, 2018. год. стр. 3.

<sup>28</sup> Ибид, стр. 3

Академик Рајко Кузмановић, Контрoверзе у развоју устава и уставности у свијету и код нас (уводно излагање) реферат са научног скупа са међународним учешћем „Устав и изазови уставног развоја у сложеним државама“, одржан у Бањалуци, 4. новембра 2017. год. Правни факултет у Бањалуци, 2018. год.

Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ, Југославијапублик, Београд, 1990. год.

Слободан П. Орловић, Уставно право, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2018. год.

Снежана С. Савић, Почети теорије и филозофије права у Србији, Бања Лука, 1998. год.

Устав Финске из 1919. год. који се састојао из четири правна акта уставног значаја даље Устав Шведске који се такође састоји из више аката, или Устав Француске Републике уставом а такође и Устав Израела који је састављен из више закона који регулишу поједина уставна питања итд.

Устав Швајцарске конфедерације од 1874. год. преузето из књиге Конституције по света, Универзитетско издателство „Св Климент Охридски“, Софија, 1994.

Устава државе Вирџинија од 1776. год. објављено у Декларације и основни документи, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1968. год.

Фердинанд Ласал, О суштини устава, издање Српске социјалдемократске странке, Београд, 1907. год.

Ханс Келзен, Општа теорија права и државе, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951. год.

**Vladan MIHAJLOVIĆ, Ph.D**

Full Professor Faculty of Law -Kosovska Mitrovica

**CONTRADICTION (OR NOT) BETWEEN THE NORMATIVE AND THE ACTUAL CONSTITUTION – THE FORMAL FEATURES AND FUNCTIONS OF THE CONSTITUTION (THE FORMAL CONSTITUTION) OR ITS REAL ROLE AND POWER IN REGULATING SOCIAL LIFE (THE REAL CONSTITUTION)**

**Summary**

The constitution appears with a number of meanings both with the extras that make it a complex legal and political Action. In the world of legal norms and actions, the Constitution occupies the highest rank and has the greatest significance. The Constitution is an act that establishes all lower legal actions but also ensures their hierarchy and conformity. Apart from the legal characteristics and the form that constitutes the constitution as a formal act, the constitution is also important for its contents, in the part of what it regulates. The constitution regulates fundamental relations and protects the greatest values of society, including human rights and freedoms. It is important for the constitution to maintain the relationship between form and content, to harmonize legal with out of legal properties. Only in this way the constitution can achieve to manifest as a legal, normative but also a real political and programmatic action. The constitution must not ignore what is really in accordance with what is legal. The constitution should express reality, but it should look into the future and direct society towards those social and political goals that the constitution maker gives. No matter how much the Constitution seeks to be programmed, there is always a discrepancy between the normative and the real, between what is written in the Constitution and what is happening in society itself.



Љубиша ДАБИЋ \*

Економски факултет Универзитета у Београду

## РАДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЛИЦА АНГАЖОВАНИХ ЗА РАД У ДРЖАВНОЈ РЕВИЗОРСКОЈ ИНСТИТУЦИЈИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

**Апстракт:** Предмет истраживања је радноправни положај лица ангажованих за рад у својству функционера, државних службеника и намештеника у Државној ревизорској институцији Србије (ДРИ).

Сврха овог рада је да се анализира радноправни положај лица ангажованих за рад у ДРИ у позитивном законодавству Србије, да се изврши компарација са правним решењима претежно земаља у окружењу, да се укаже на одређене специфичности њиховог радноправног статуса, као и да се отворе питања могућности и потребе да се послови државних службеника на извршилачким радним местима у већем степену професионализују.

Резултати истраживања требало би да пруже научној и стручној јавности одговоре на основна питања о радноправном статусу лица ангажованих за рад у ДРИ у Србији. Упоредо, треба да отворе и питања могућности и потребе унапређења радноправног статуса за државне ревизоре и намештенике у овој институцији. Реч је о промени радноправног положаја првих, из посебног службеничког односа у општи режим радног однос, заснован на одредбама Закона о раду. А других, да се њихов радноправни статус у потпуности уподоби положају запослених у општем режиму радних односа, на основу Закона о раду.

**Кључне речи:** *Државна ревизорска институција, државни ревизори, функционери, државни службеници, намештеници.*

### 1. УВОД

У правним системима модерних држава придаје се појачана пажња регулисању статуса лица која обављају послове из надлежности државних органа, укључујући и питање службеничког односа. Потреба за таквим правним уређењем је увек постојала, од настанка државе, због његовог значаја за државу и друштво. Данас је свеобухватније и прецизније

---

\* Редовни професор у пензији, [ljadic@ekof.bg.ac.rs](mailto:ljadic@ekof.bg.ac.rs)

регулисање положаја тих лица последица, с једне стране, развијености правних система, а с друге, постојања изражене жеље за потпунијим регулисањем тих односа. Нарочити значај у њиховом регулисању придаје се лицима која раде у јавној управи, како због њихове бројности и значаја надлежности које остварују у име и за рачун државе, тако и због уочене зависности између квалитета њиховог рада и могућности остварења постављених циљева за јавну управу. Да закључимо: регулисање статуса тих лица мора да одговара степену важности улоге коју имају и природи права и дужности који им припадају<sup>1</sup>.

У контексту напред изнетог, за наш предмет истраживања од значаја су питања регулисања и примене прописа на радни и службенички однос. Управноправна теорија код њиховог регулисања уочава два модела, и то: јединственог радног односа и подељеног радног односа, а у оквиру овог другог препознаје општи радни однос и специјални радни однос, својствен радно-службеничком положају<sup>2</sup>. Код примене прописа на предметне односе, општи прописи о раду примењују се на радне односе у приватном сектору. Посебни прописи о раду примењују се на радне односе у јавном сектору. Овај сектор обухвата државне органе, органе територијалне аутономије и локалне самоуправе, различите облике јавних служби, јавне агенције и посебне организације. Примењено на систем радноправних односа Србије, у њему је успостављено више режима ових односа. Осим општег режим радних односа, постоје и неколико посебних службеничких система (за државне органе, за органе територијалне аутономије и локалне самоуправе и за јавне службе), који су уређени посебним законима чији основни предмет уређивања чине организација и функционисање појединих државних органа, али уређују и неке аспекте радних односа у овим радним срединама<sup>3</sup>.

Општи режим радних односа у праву Србије је успостављен и почива на правним правилима Закона о раду<sup>4</sup>, који има својство општег закона, јер се примењује „у свим радним срединама, интегрално и супсидијарно“<sup>5</sup>. Супсидијарно се примењује и у јавном сектору. Други режим, режим за државне органе је успостављен Законом о државним

---

<sup>1</sup> I. Borković, *Službeničko pravo*, Zagreb, 1999, 3-4.

<sup>2</sup> З. Томић, *Опште управно право*, Београд, 2012, 98.

<sup>3</sup> Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *Радно право – Приручник за полагање правосудног испита*, Београд, 2019, 92.

<sup>4</sup> Закон о раду, „Сл. гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлук УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

<sup>5</sup> З. Ивошевић, „Закони и законски прописи о раду у јавном сектору“, у зборнику радова *Радни односи у јавном сектору* (редактор: З. Ивошевић), Београд, 2016, 7.

службеницима<sup>6</sup>. Трећи режим почива на посебном Закону о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе<sup>7</sup>. Четврти режим тиче се јавних служби, а заснива се на Закону о запосленима у јавним службама<sup>8</sup>. У односу на Закон о раду, Закон о државним службеницима је посебан закон (*lex specialis*). Међутим, у односу на њега, постоје специјални закони, нпр. Закон о полицији, Закон о Државној ревизорској институцији и др. Они садрже и одредбе о радним односима које се према Закону о државним службеницима односе као *lex specialis*, а према Закону о раду као *lex specialissimus*<sup>9</sup>.

Напред констатовано у погледу регулисања и примене прописа од значаја је и за врховне ревизорске институције (ВРИ) у упоредном праву. Применљиво је и на Државну ревизорску институцију Србије (ДРИ), основану посебним законом<sup>10</sup>. Управо је у том закону, у посебном поглављу, предмет уређења радноправни статус лица ангажованих за рад у ДРИ. У ова ангажована лица, али не и запослена, улазе функционери, и то: чланови савета ДРИ (председник, потпредседник и три члана), врховни државни ревизори и секретар ДРИ. А у ангажована, али и запослена лица, улазе: државни ревизори, овлашћени државни ревизори и запослени у стручним службама. Запослени у ДРИ су ангажовани за рад у државном органу на које се примењује Закону о државним службеницима и други прописи. Исти номотехнички приступ је примењен и у државама насталим на просторима бивше СФР Југославије. Изузетак представља Хрватска, која је само питање плата уредила посебним законом и само за овлашћене државне ревизоре. Бугарска има другачији номотехнички приступ, који произлази из чињенице да Законом о раду регулише на јединствен начин све радноправне односе<sup>11</sup>.

Полазећи од критеријума „врсте радних места“ јавне управе Србије, прави се разлика између положаја и извршилачких радних

---

<sup>6</sup> Закон о државним службеницима, „Сл. гласник РС“, бр. 75/2005, 81/2005 - испр., 83/2005, 64/2007, 67/2007 - испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017 и 95/2018.

<sup>7</sup> Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, „Сл. гласник РС“, бр. 21/2016, 113/2017, 113/2017 – др. закон и 95/2018.

<sup>8</sup> Закону о запосленима у јавним службама, „Сл. гласник РС“, бр. 113/2017 и 95/2018.

<sup>9</sup> З. Ивошевић, „Закони и законски прописи о раду у јавном сектору“, 9.

<sup>10</sup> Закон о Државној ревизорској институцији, „Сл. гласник РС“, бр. 101/2005, 54/2007, 36/2010 и 44/2018 – др. закон.

<sup>11</sup> Предмет Закона о раду је регулисање „јединственог радног односа“, јер се њиме регулишу „односи између радника или службеника и послодавца, као и други односи који су непосредно повезани са овим“. Кодекс на труд, донет 1986, са последњим изменама и допунама 2018, чл. 1. став 1. <http://www.noi.bg/images/bg/legislation/Codes/KT.pdf> 02.04.2019.

места<sup>12</sup>. Ова подела долази до изражаја и код ВРИ Србије, јер се у другом режиму налазе државни ревизори и овлашћени државни ревизори. Одатле, у сада важећем радноправном режиму лица ангажованих за рад у ДРИ издвајају се функционери, државни службеници и намештеници.

У наставку овог рада предмет истраживања биће радноправни положај функционера, државних службеника и намештеника у ВРИ. Сврха истраживања је да се анализира њихов радноправни статус у позитивном законодавству Србије. Такође, да се изврши компарација са правним решењима претежно земаља у окружењу. Даље, да се укаже на одређене специфичности њиховог радноправног положаја. Затим, да се отвори питање могућности и потребе да се послови одређене категорије ових лица професионализују, као и да се службенички однос државних ревизора трансформише у општи режим радног однос, а радноправни положај намештеника у потпуности уподоби положају запослених у општем режиму радних односа, који би се заснивали на одредбама Закона о раду.

## 2. ОПШТА РАЗМАТРАЊА РАДНОПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ЛИЦА АНГАЖОВАНИХ ЗА РАД У ВРХОВНИМ РЕВИЗОРСКИМ ИНСТИТУЦИЈАМА

За разматрање радноправног положаја лица ангажованих за рад у ВРИ у упоредном праву од значаја су, између осталог, два питања: спољашња организација и њено унутрашње функционисање.

У контексту међународног права државне ревизије, Мексичка декларација инсистира да применљив национални законски оквир дефинише „услове именовања, поновног именовања, запошљавања, разрешења и пензионисања чланова ВРИ и чланова колегијалног тела“, као и да ВРИ треба да има на располагању „неопходне и разумне људске ресурсе“<sup>13</sup>. Национални законодавци уређују, са мање или више детаља, питања положаја чланова органа и других лица ангажованих за рад у ВРИ. Примера ради, у Великој Британији национална ревизорска институција има посебан положај, а њени запослени немају статус државних службеника. Генералном контролору и ревизору дата су дискрециона права у запошљавању. На основу Закона о националној ревизији, њему су дата овлашћења „да запошљава лица за која сматра да су неопходна да

---

<sup>12</sup> Закон о државним службеницима, чл. 32-34.

<sup>13</sup> Mexico Declaration on SAI Independence, други и осми принцип. [http://www.issai.org/media/12922/issai\\_10\\_e.pdf](http://www.issai.org/media/12922/issai_10_e.pdf) 27.03.2019.



помогну у обављању послова и задатака ове институције<sup>14</sup>, уз накнаду и под условима које он одреди. Како је запажено у правној теорији, оваквим приступом постигнута је независност запослених у односу на извршну власт, јер они нису у статусу државних службеника. Због прешироко датих овлашћења генералном контролору и ревизору у запошљавању и напредовању, постављено је питање да ли би се могла постићи већа стабилност и бољи квалитет рада уколико би се запосленима дала погодност да имају положај државних службеника. Међутим, будући да у досадашњој пракси у вези са овим питањима није било видних проблема, сматра се да не постоји довољно оправданих разлога за промену њиховог садашњег положаја<sup>15</sup>. Решење исте садржине, као у Великој Британији, садржано је и у Закону о генералном ревизору и Националној ревизорској канцеларији Малте<sup>16</sup>.

Занимљиво је да је Босна и Херцеговина (БиХ) и Република Српска у потпуности реализовала концепт Велике Британије о радноправном положају лица ангажованих за рад у њиховим ВРИ. Успостављен је са два правила, и то: да се на запослене у ВРИ не примењују прописи о државним службеницима и да ће се на питања из радног односа запослених примењивати прописи о радним односима, ако нису регулисана посебним законом којим се уређује ВРИ. Главна служба за ревизију Републике Српске, а испред ње главни ревизор, има право и дужност да запошљава ревизоре, административно особље и остале запослене, који су способни за испуњавање задатака<sup>17</sup>.

У праву државне ревизије Србије је у посебном законском поглављу уређен, на сумаран начин, радноправни положај лица ангажованих за рад у ДРИ<sup>18</sup>. Законодавац Србије се у регулисању ових питања угледао на законодавца Словеније<sup>19</sup>. Исту правну технику су применили и законодавци БиХ<sup>20</sup>, Републике Српске<sup>21</sup> и Македоније<sup>22</sup>.

---

<sup>14</sup> National Audit Act 1983, чл. 3. ст. 2-3. [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/44/pdfs/ukpga\\_19830044\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/44/pdfs/ukpga_19830044_en.pdf) 27.03.2019.

<sup>15</sup> А. Рабреновић, „Статус и функције националне ревизорске институције Велике Британије“, *Страни правни живот*, бр. 3/2007, 118.

<sup>16</sup> Auditor General and National Audit Office Act, чл. 6. stav 1. <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8863&l=1> 08.04.2019.

<sup>17</sup> Вид. Закон о ревизији институција Босне и Херцеговине („Сл. гласник БиХ“, бр. 12/2006), чл. 28. и Закон о ревизији јавног сектора Републике Српске („Сл. гласник Републике Српске“, бр. 98/2005 и 20/2014), чл. 27. и 8.

<sup>18</sup> Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 53-56а.

<sup>19</sup> Zakon o računskem sodišču („Uradni list RS“, št. 11/2001 i 109/2012-neslužbeni prečišćeni tekst), чл. 33-37.

<sup>20</sup> Закон о ревизији институција Босне и Херцеговине, чл. 28-45.

Законодавство Црне Горе садржи само начелне и упућујуће одредбе<sup>23</sup>. Ово питање у праву Хрватске, најпре, није било предмет законског регулисања<sup>24</sup>, да би доношењем новог Закона о Државном уреду за ревизију (2019.) фрагментарно уређено, са упућивањем на примену законских одредаба којима се уређују државни службеници<sup>25</sup>. У Бугарској је на снази Закон о Државној ревизорској канцеларији (2015), којим је у четвртом поглављу детаљније уређен радноправни положај лица ангажованих за рад у овој институцији<sup>26</sup>.

У праву Србије, али и у другим истраживаним законодавствима, на основу посебног закона - закона о ДРИ, појединим лицима у ДРИ признат је положај функционера, а запослени су уподобљени са државним службеницима или намештеницима и имају положај који имају запослени у државним органима.

### 3. РАДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЛИЦА АНГАЖОВАНИХ ЗА РАД СА СТАТУСОМ ФУНКЦИОНЕРА

Функционери (јавни, државни) имају посебна овлашћења која су узрокована и произлазе из природе делатности, односно функција које врше, као и из правног облика такве делатности<sup>27</sup>. У праву Србије је уставом предвиђено да „грађани имају право да учествују у управљању јавним пословима и да под једнаким условима ступају у јавне службе и на јавне функције“<sup>28</sup>. Законом је одређено да у радноправном смислу „јавни функционери нису службеници“<sup>29</sup> и нису запослена лица. Јер се „јавна

---

<sup>21</sup> Закон о ревизији јавног сектора Републике Српске, чл. 27-38.

<sup>22</sup> Закон за државна ревизија („Службен весник на РМ“, бр. 66/2010, 145/2010, 12/2014, 43/2014, 154/2015, 192/2015 и 27/2016), чл. 13а-13в.

<sup>23</sup> Закон о Државној ревизорској институцији („Сл. лист РЦГ“, бр. 28/2004, 27/2006, 78/2006 и „Сл. лист ЦГ“, бр. 17/2007, 31/2014 и 70/2017), чл. 47-49.

<sup>24</sup> Закон о Државном уреду за ревизију, „Народне новине“, бр. 80/2011.

<sup>25</sup> Закон о Државном уреду за ревизију („Народне новине“, бр. 25/2019), чл. 18. став 5, 27. став 2 и 31. ст. 2-3.

<sup>26</sup> National Audit Office Act (Promulgated, SG No. 12/13.02.2015, amended, SG No. 98/9.12.2016, effective 1.01.2017, SG No. 96/1.12.2017, effective 1.01.2018, SG No. 99/12.12.2017, effective 1.01.2018, supplemented, SG No. 103/28.12.2017, effective 1.01.2018, amended, SG No. 7/19.01.2018), чл. 24-37. <http://www.bulnao.government.bg/en/articles/national-audit-office-act-1035> 02.04.2019.

<sup>27</sup> N. Tintiћ, *Radno i socijalno pravo, knjiga prva: radni odnosi (I)*, Zagreb, 1969, 565.

<sup>28</sup> Устав Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 98/2006 и 113/2006), чл. 53.

<sup>29</sup> Закон о државним службеницима, чл. 2. став 2.

функција (се) не уговара, нити се стиче. Она се поверава избором или именованом<sup>30</sup>.

У праву Србије, Законом о државним службеницима је одређено која лица „нису државни службеници“, укључујући и лица која према посебним прописима имају „положај функционера“,<sup>31</sup> а у радноправном смислу нису запослена лица. И Законом о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе се утврђује да јавни функционери нису службеници, али њих законодавац квалификује као запослене<sup>32</sup>. Реч је о атипичном законском решењу (које је вероватно изискивала пракса), у односу на друге посебне режиме радних односа, будући да у свим другим посебним режимима изабрана, именована и постављена лица којима је поверено вршење јавних овлашћења, с правом, не могу бити квалификована као запослени (јер код њих нема правне субординације), иако неспорно остварују одређена права по основу рада. Овакво решење било је предмет критике у литератури<sup>33</sup>.

Може се констатовати да у праву Србије постоје две врсте функционера: једни, који на функцију долазе избором, и други, које именује надлежни државни орган<sup>34</sup>. Прва врста функционера на функцију долази избором од стране Народне скупштине, осим ако за неке од њих посебним прописом није другачије одређено. Они нису државни службеници и нису у радном односу. Без обзира на ту чињеницу, остварују право на плату, право по основу социјалног осигурања и друга права. „Попут државних службеника, и функционери раде за државу и са њом се налазе у одређеном правном односу“<sup>35</sup>. Основно мерило за њихово разграничење је правна подређеност (субординација)<sup>36</sup>, као битно

<sup>30</sup> Z. Ivošević, „Pravni položaj javnih funkcionera“, *Pravni zapisi*, br. 1/2012, 90.

<sup>31</sup> Закон о државним службеницима, чл. 2. став 2.

<sup>32</sup> Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, чл. 3. ст. 1-2.

<sup>33</sup> Законодавац је у изменама и допунама предметног закона (2018) нашао за потребно да прецизира, да се под запосленима, у смислу предметног закона, сматрају „функционери који на основу законом или покрајинским прописом утврђене обавезе или овлашћења имају обавезу, односно користе право да буду на сталном раду ради вршења дужности“. Закон о изменама и допунама Закона о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, „Службени гласник РС“, бр. 95/2018), чл. 2.

<sup>34</sup> „Међу лицима, која врше службу уиме и за државу заузимају нарочито мјесто непосредно од народа бирани народни представници. Они се строго разликују - и с формалног гледишта – од осталих службених лица, а нарочито од државних службеника од каријере“. I. Krbek, *Lica u državnoj službi*, Zagreb, 1948, 8.

<sup>35</sup> Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, 95.

<sup>36</sup> Субординација у радном односу није прецизно дефинисана. Једни аутори искључиво или претежно дају тзв. номиналне дефиниције, нпр. да је субординација

обележје радног односа, која изостаје код правног положаја функционера<sup>37</sup>. Они нису у радном односу, јер је њихова функција политичка, односно управљачка, и претпоставља политичко-правну одговорност. Иако функционери нису у својству запослених, они су субјект радног и социјалног права, и то у мери у којој уживају социјална права (право на ограничено радно време, одмор, одсуства, годишњи одмор, право на плату, заштиту здравља и безбедност на раду и др.)<sup>38</sup>. Вршећи поверене функције, у границама повереног мандата, функционери се радно ангажују. Такође, њима је дато овлашћење да запошљавају одређена лица.

Друга врста функционера на функцију долази именовањем (постављењем) од стране Владе Републике Србије или другог државног органа или тела. И они нису државни службеници и запослена лица. Због свог положаја функционера, налазе се у надређеном положају у односу на државне службенике. Јавна управа не би могла да ангажује лица за рад уколико функционерима не би било поверено овлашћење за запошљавање службеника. Иако је послодавац државним службеницима и намештеницима Република Србија, ипак у њено име права и дужности послодавца врши руководилац државног органа. Значи, државни службеник је лице које за државу обавља послове из делокруга државних органа утврђене прописима, тј. послове у којима држава у односима према грађанима наступа као јавна власт, са становишта *imperium*-а, док према државним службеницима као запосленима иступа као неко ко организује послове и ангажује лица за њихово обављање. Због тога, државни службеници обављањем одређених послова стварају правне последице које се приписују држави.

Функционер, без обзира да ли је на функцију дошао избором или именовањем, има мандат да врши јавна овлашћења. Из датих овлашћења за њега произлазе и одређене обавезе. Његов радноправни положај одређен је мандатним периодом на који се бира или именује, правима и обавезама која има, али и заштитом његових права.

---

„однос правне неједнакости уговорних страна, која оправдава вршење послодавчеве власти“. Код других преовлађују тзв. описне дефиниције, нпр. субординација се одређује као „хијерархијски однос између послодавца и радника, у којем овај потоњи треба да се покорава наредбама послодавца у погледу начина обављања рада“. Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд, 2013, 34-37.

<sup>37</sup> Б. Лубарда, *Увод у радно право*, Београд, 2017, 26.

<sup>38</sup> Б. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд, 2012, 81.

Какав је радноправни положај функционера у ВРИ? Он је одређен посебним законом и грана се у две правца: први, када на функцију долазе избором од парламента на мандатни период, и други, када се именују од председника ВРИ. У праву државне ревизије Србије положај члана савета ДРИ је одређен на тај начин што је посебним законом проглашен за функционера. Исто решење је садржано и у праву Словеније, јер члан Рачунског суда има статус функционера тог суда<sup>39</sup>. Акт о стицању статуса члана савета ДРИ, односно члана Рачунског суда и о престанку њихових функција доноси парламент. И у праву Хрватске су главни државни ревизор и његов заменик проглашени за функционере, на основу посебног закона<sup>40</sup>. Именује их, разрешава и удаљава са дужности парламент. Иако у праву Бугарске чланови Националне ревизорске канцеларије (председник, два заменика председника и два члана) нису проглашени законом за функционере, они по свом положају то јесу, јер их бира бугарски парламент, а законодавац председника и његове заменике квалификује као „руководеће органе“<sup>41</sup>. На њихов избор примењују се одговарајуће одредбе Законика о раду<sup>42</sup>.

У праву државне ревизије Србије и Словеније и друга врста лица ангажованих за рад је посебним законом проглашена за функционере ВРИ. Реч је о врховним државним ревизорима и секретару ВРИ. Доношење одлуке о њиховом постављењу, односно ступању на функцију и престанку те функције стављена је у надлежност председника ВРИ. Њихов радноправни положај биће разматран у делу о разграничењу од државних службеника.

#### 4. РАДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЛИЦА АНГАЖОВАНИХ ЗА РАД СА СТАТУСОМ ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА

„Јавни службеник“ у јавној управи није јединствен појам у управној теорији, већ се употребљава у више значења. Под овим изразом крију се, често, различити правни појмови. Он упућује на уску повезаност са „јавном службом“, због чега се јавни службеник изводи из јавне службе<sup>43</sup>. Такође, израз „државни службеник“ се користи као синоним за израз „јавни службеник“. Међутим, ова два израза попримају различита

---

<sup>39</sup> Вид. Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 53. став 1. и *Zakon o računskom sodišču*, чл. 33. став 1.

<sup>40</sup> *Zakon o Državnom uredu za reviziju*, чл. 18. став 5.

<sup>41</sup> *National Audit Office Act*, чл. 12.

<sup>42</sup> Кодекс на труд, пето поглавље – Успостављање и промена радноправних односа, трећи и четврти одељак (чл. 83-97).

<sup>43</sup> I. Krbek, *Upravno pravo, II knjiga, Organizacija javne uprave*, Zagreb, 1932, 93-94.

значења, у зависности од тога да ли се у њиховом одређењу полази од формалног (органског) или садржајног (функционалног) критеријума. Мирење ова два критеријума води у мешовити начин одређивања појма јавног (државног) службеника, којег одликују организациона својства органа у којем службеник ради и природа службе коју обавља<sup>44</sup>. У праву Србије, државни службеник се законом дефинише као лице чије се радно место састоји из делокруга органа државне управе или са њима повезаних општих правних, информатичких, материјално-финансијских, рачуноводствених и административних послова<sup>45</sup>. Полазећи од изнете дефиниције, нужно је још једном нагласити да се под државним службеницима у праву Србије не подводе одређена лица, јер имају положај функционера.

Државни службеници ступају у службу (службенички однос) да би извршавали рад, тј. послове државне управе за потребе државе као послодавца. Они су у службеничком односу и имају статус запослених. У средишту службеничког односа налази се однос правне субординације, тј. хијерархијски однос између послодавца (државе) и запосленог (државног службеника), имајући у виду да су радна места државних службеника рангирана на принципу њихове надређености и подређености. Како запажа теорија, иако је субординација заједничко и битно обележје уговора о раду приватног и уговора о раду јавног права, са значајном разликом у томе, што је код првих уговора реч о субординацији која је у функцији задовољења приватног интереса послодавца, а код других о субординацији државе као послодавца која је у функцији задовољења јавног интереса<sup>46</sup>.

Шта је то службенички однос и које су његове карактеристике и својства? За разлику од радног односа који се успоставља по основу рада, службенички однос се успоставља поводом вршења власти. Радноправна теорија налази за потребно да потенцира ову чињеницу, уз истицање да службенички однос „треба да буде одраз специфичног положаја службеника у коме се он налази као носилац и извршилац одређених функција у државној служби“<sup>47</sup>. Према ставу управне теорије, службенички односи почивају на моделу подељеног радног односа. Овај модел полази од става да је рад службених лица у државним органима особен и по улози и по садржини, због чега има и нарочиту природу.

---

<sup>44</sup> I. Borković, *op. cit.*, 41. и даље.

<sup>45</sup> Закон о државним службеницима, чл. 2. став 1.

<sup>46</sup> Б. Лубарда, „Субординација као битно обележје уговора о раду“ у Зборник радова *Актуелна питања југословенског законодавства*, Београд, 1999, 322.

<sup>47</sup> А. Балтић, „Однос радног права према другим гранама нашег правног система“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, бр. 4/1952, 490.

Његова посебност се огледа у вршењу власти и као такав има шири утицај на друштвену заједницу. Одатле је и његов појачан и другачији значај. Због тога је нужно да права, дужности и одговорности вршилаца рада у државним органима буду посебно и различито нормирана у односу на радноправни положај запослених у приватном сектору<sup>48</sup>. Управна теорија полази од става да запослени у државној управи потпадају под радноправни режим запослених у државним органима. За ову врсту радног односа употребљава се још и израз „службенички однос“, а запослени у државним органима називају се „службеницима“. Одатле, службенички однос (рад у државним органима, у државној служби) представља вршење службених овлашћења која, између осталог, обухватају и могућност ауторитативног иступања, тј. вршења јавне власти. Државни службеник не врши службу као своје право, већ само као своју надлежност и дужност и не врши је у своје име, већ само као орган државе<sup>49</sup>. Због тога се констатује: „за разлику од радног односа, који је преваходно уговорни однос, службенички однос је јавноправни однос“<sup>50</sup>.

Послове из делокруга органа државне управе врше државни службеници, уз обавезно положен државни испит, осим ако су ослобођени из законом одређених случајева. Ова обавеза протеже се и на запослена лица у ДРИ у статусу државних службеника.

Која су извршилачка радна места у ДРИ? За разлику од положаја, то су сва која нису положаји, укључујући и радна места руководиоца ужих унутрашњих јединица у ДРИ. Разврставају се по звањима, у зависности од сложености и одговорности послова, потребних знања и способности и услова рада. Законодавац Бугарске прави разлику између руководећих органа (председник и његови заменици) и службеника Националне ревизорске канцеларије (директори дирекција, руководиоци структурних јединица, ревизори и административни службеници). Радноправни односи службеника се уређују сагласно јединственим одредбама Законика о раду<sup>51</sup>. Због посебног значаја за ВРИ, биће анализирани само државни ревизори.

---

<sup>48</sup> З. Томић, *op. cit.*, 99.

<sup>49</sup> „... Као правна личност, држава нема природних органа. Она се мора задовољити људима који играју улогу њених органа. У улози државног органа човек је дужан сузбијати своју личну заинтересованост, да би се само општим интересима руководио, - мора се са самим собом борити и себе сама побеђивати ...“. С. Јовановић, *О држави*, Београд, 1922, 142.

<sup>50</sup> Р. Марковић, *Управно право*, Београд, 2002, 170-171.

<sup>51</sup> National Audit Office Act, чл. 24. став 2. и 25. став 1.

У праву државне ревизије Србије уређен је радноправни положај државних ревизора. Постоје два звања за државне ревизоре као генусни појам: државни ревизор и овлашћени државни ревизор. Државни ревизори имају статус државних службеника на извршилачким радним местима<sup>52</sup>. Њихов број се одређује унутрашњим актом ДРИ. Свој радни (службенички) однос са ДРИ заснивају након спроведеног јавног конкурса, сагласно унутрашњем акту ДРИ. Одлуку о пријему на рад државног ревизора доноси председник ДРИ, која је коначна и против ње се не може изјавити жалба, али се може покренути управни спор. Њихово полагање заклетве не представља услов за стицање статуса државног службеника, јер се полаже после ступања у службу.

И у праву државне ревизије Хрватске је радноправни положај „овлашћени државни ревизор“ уређен посебним законом. Дефинише се као независно стручно лице које има сетификат овлашћеног државног ревизора. Кандидата за овлашћеног државног ревизора прима Државни уред за ревизију путем јавног конкурса, а одлуку о његовом пријему, распореду и престанку рада доноси главни државни ревизор. Није му допуштено да буде члан надзорног одбора или органа управљања субјекта ревизије. Право на плату остварује у складу са посебним законом којим се уређују њихове плате. Има положај државног службеника, на чија се права и обавезе примарно примењује Закон о државном уреду за ревизију, а супсидијарно прописи о раду који се односе на државне службенике. За радноправни положај запослених у својству помоћних ревизора постоји само једно законско решење. Они се као запослена лица у Државном уреду за ревизију могу наћи у статусу државног службеника или намештеника, а одлуку о њиховом пријему, распореду и престанку рада доноси главни државни ревизор.

Државни ревизори су професионални службеници и службеници од каријере. Они не врше своје послове и задатке узгредно, већ им се посвећују целим својим бићем. Штавише, они не могу обављати друге предузетничке послове, ни као споредне. Могу да обављају друге послове само ако не постоји сукоб са њиховим основним занимањем, односно ако их не ометају у вршењу њихових редовних дужности. Из обавезе државних ревизора да професионално врше послове и задатке за ВРИ, постоји обавеза државе, односно ВРИ да за њихов рад изврши накнаду. Правило је да државни ревизори у ВРИ имају своја професионална и стручна звања.

---

<sup>52</sup> „Државни службеник је само оно лице које врши државну службу од каријере, тј. као своје редовно занимање. Одатле, они не могу да истовремено да имају две сталне службе“. Ivo Krbek, *Lica u državnoj službi*, 8.



У чему се огледају основне разлике између статуса лица на положајима и извршилачким радним местима у ДРИ? Прва су у статусу функционера, а друга у статусу државних службеника. Положај се увек попуњава постављењем од председника ДРИ, а извршилачко радно место на више начина: премештањем унутар ДРИ, премештањем по основу споразума о преузимању, премештањем из другог државног органа по спроведеном интерном или јавном конкурс у заснивањем радног односа са ДРИ ако је на јавном конкурс у изабран кандидат који није државни службеник. И први и други су у радноправном положају ангажованих лица у ДРИ. Статус лица на положају претпоставља радно место на коме то лице има овлашћења и одговорности у вези са вођењем и усклађивањем рада у ДРИ, што није случај са запосленим на извршилачким радним местима. Извршилачка радна места у ДРИ су сва она која нису положаји, укључујући и радна места руководилаца ужих унутрашњих јединица у државним органима. Разврставају се по звањима (виши саветник, самостални саветник, саветник, млађи саветник, сарадник, млађи сарадник, референт, млађи референт), у зависности од сложености и одговорности послова, потребних знања и способности, као и услова рада.

## 5. РАДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЛИЦА АНГАЖОВАНИХ ЗА РАД СА СТАТУСОМ НАМЕШТЕНИКА

Појам „чиновник“ је у управној теорији такође релативно неодређен и несталан, као и појам „јавни службеник“. Он обухвата ужу категорију унутар ширег појма јавног службеника. Оба термина (службеник и чиновник) треба поимати у теоријскоправном и позитивноправном значењу<sup>53</sup>.

Намештеници (чиновници) су посебна врста запослених у јавној управи. Реч је о лицима „чије се радно место састоји од пратећих помоћно-техничких послова у државном органу“<sup>54</sup> и углавном потпадају под општи уговорни радноправни режим. Намештеници су лица која раде у органима јавне власти, а чији се статус у низу елемената разликује од правног положаја државних службеника<sup>55</sup>. Због њиховог особеног положаја, и законодавац Србије је нашао за потребно да их уреди у оквиру посебног законског поглавља, са неколико посебних одредаба<sup>56</sup>. Прво, радна места намештеника се разврставају подзаконским актом, који

---

<sup>53</sup> I. Krbeč, *Upravno pravo, II knjiga, Organizacija javne uprave*, 93-94.

<sup>54</sup> Закон о државним службеницима, чл. 2. став 3.

<sup>55</sup> I. Borković, *op. cit.*, 245.

<sup>56</sup> Закон о државним службеницима, чл. 170-172.

доноси Влада, у форми уредбе<sup>57</sup>. Друго, одредбе ове уредбе се примењују и на посебне организације, укључујући и ДРИ. Треће, радна места, услови за запослење на њима и број намештеника одређује се унутрашњим актом државног органа, односно посебне организације. Четврто, да би се попунило слободно радно место намештеника потребно је да је предвиђено правилником о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места и да се његово попуњавање уклапа у донесени кадровски план државног органа. Пето, законске одредбе о премештању и распоређивању државних службеника сходно се примењују и на намештенике.

За наш предмет истраживања од значаја је питање радноправног положаја намештеника. За разлику од државних службеника који заснивају радни (службенички) однос решењем надлежног органа, „намештеници заснивају радни однос уговором о раду“. Уговор о раду обавезно садржи одредбу према којој послодавац може решењем да промени оне елементе уговора чију једнострану промену закон допушта. О правима и дужностима намештеника решењем одлучује руководилац или државни службеник кога руководилац за то писаним путем овласти. Они се разликују од државних службеника првенствено по природи поверених послова, јер намештеници не одлучују о правима и обавезама грађана, већ искључиво обављају послове који су у функцији квалитетног и ефикасног обављања послова из делокруга државних органа. Намештеник има право на плату, накнаду и друга примања према закону којим се уређују плате у државним органима.

Поређења ради, Уставом Републике Хрватске је направљена разлика између „статуса државних службеника“ и „радноправног статуса намештеника“, с тим да је њихово уређење, укључујући и међусобне статусне разлике, препуштено закону и другим прописима<sup>58</sup>. Али, у оквиру посебних одредаба о намештеницима, Законом о државним службеницима је прописано да се „на права, обавезе и одговорности намештеника примењују општи прописи о раду“, ако одредбама Закона о државним службеницима није другачије одређено<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Уредба о разврставању радних места намештеника, „Сл. гласник РС“, бр. 5/2006 и 30/2006.

<sup>58</sup> Устав Републике Хрватске („Народне новине“, бр. 56/1990, 135/1997, 8/1998, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010 и 5/2014 – преčišћени текст), чл. 114. став 3.

<sup>59</sup> Закон о државним службеницима („Народне новине“, бр. 92/2005, 140/2005, 142/2006, 77/2007, 107/2007, 27/2008, 34/2011, 49/2011, 150/2011, 34/2012, 49/2012, 37/2013, 38/2013, 1/2015, 138/2015 и 61/2017), чл. 138.

Намештеници су стални персонални апарат унутар ВРИ. Они су од значаја за остваривање законских надлежности ВРИ. Реч је о прагматичним запосленим лицима од каријере. Њихов правни режим уређен је општим и апстрактним правним правилима кодификованим у општем закону којим се уређују државни службеници и намештеници. Уз овај општи закон, ВРИ примарно примењују посебна правила на положај својих намештеника, који се налазе у посебном закону о ВРИ и општим подзаконским актима, којима се употпуњују или разрађују опште законске одредбе.

И радноправни статус запослених у стручним службама ДРИ (службама Рачунског суда) је предмет регулације посебних закона. Сва лица која раде у стручним службама ДРИ (Рачунском суду) имају радноправни положај запослених, а радни однос заснивају на основу уговора о раду. Одлуку о заснивању и престанку њиховог радног односа доноси председник ДРИ (председник Рачунског суда). Систематизација радних места у стручним службама ДРИ и друга права и обавезе запослених у службама ДРИ ближе се уређују њеним унутрашњим општим актом<sup>60</sup>. Овај темељни принцип захтева да се утврди укупан број радних места у ДРИ, тачно по звањима и у одговарајућим групама, а да се појединац може запослити само на место које је унапред предвиђено и које је упражњено. Запослени у стручним службама ДРИ имају положај намештеника. У праву Хрватске за радноправни статус запослених у стручним службама постоји само једна законска одредба у посебном закону. Они се као запослена лица у Државном уреду за ревизију могу наћи у положају државног службеника и намештеника<sup>61</sup>, а одлуку о њиховом пријему, распореду и престанку рада доноси главни државни ревизор. У праву Македоније, примењују се општи прописи о радним односима на запослене у Државном заводу за ревизију, који се налазе у својству помоћно-техничког особља који врше послове одржавања, превоза и других помоћних и техничких послова<sup>62</sup>. Бугарски законодавац не познаје термин чиновник или намештеник, већ израз „административни службеници“, са положајем службеника, чији се радноправни односи уређују на основу одредаба Закона о раду.

---

<sup>60</sup> Закон о Државној ревизорској институцији, чл. 56 и Закон о računskom sodišču, чл. 36. ст. 1-3 и 5.

<sup>61</sup> Закон о Državnom uredu za reviziju, чл. 31. став 3.

<sup>62</sup> Закон за државна ревизија, чл. 13а. став 5.

## 6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У историјском контексту, полазећи од критеријума природе правне везе са државом и према свом положају у служби, у радноправној теорији је дата подела запослених у јавној управи у две основне категорије: на лица која се налазе према држави у јавноправном службеном односу, и на лица која се налазе према држави у приватноправном службеном односу<sup>63</sup>. Други аутори, у подели јавних службеника полазе од критеријума степена аутономије воље код стварања службеничког односа, односно код утврђивања услова за обављање службе (права и дужности). Унутар такве поделе од значаја су три врсте јавних службеника: прагматични, принудни и уговорни<sup>64</sup>. У контексту изнетих класификација, налазимо за потребно да изнесемо пример из српског позитивног законодавства. Наиме, половином 2010., на основу ревизије Закона о Народној банци Србије (НБС), у формалном и садржинском смислу је омогућена промена радноправног статуса гувернера НБС<sup>65</sup>. Да ли су ово биле промене концептуалне природе, поткрепљене теоријским разлозима, или су изазване политичким потребама везаним за конкретну личност у датом тренутку? Независно од одговора на постављена питања, гувернер НБС је из положаја лица радно ангажованог за рад, а незапосленог - функционера НБС, прешао у положај запосленог функционера, на основу закљученог уговора о раду, сагласно одредбама Закона о раду.

У контексту међународног права државне ревизије, Лимском декларацијом се захтева од чланова ВРИ и ревизорског кадра да поседују квалификације и морални интегритет потребан за извршавање њихових задатака. У поступку регрутовања кадра за ВРИ треба да се узму у обзир „натпросечно знање и вештине, као и адекватно професионално искуство“. Посебну пажњу треба посветити „унапређењу теоријског и практичног професионалног развоја“ свих чланова ВРИ и ревизорског кадра, кроз интерне, универзитетске и међународне програме. Такође, такав развој ВРИ треба да подстичу свим могућим финансијским и организационим средствима, а „да професионални развој сеже даље од традиционалног оквира“ (правног, економског и рачуноводственог знања)

---

<sup>63</sup> А. Балтић, *Опита теорија о појму јавног службеника*, (докторска расправа), Београд, 1939, 209.

<sup>64</sup> Детаљније вид. I. Borković, *op. cit.*, стр. 61-68 и I. Krbeč, *Upravno pravo, II knjiga, Organizacija javne uprave*, 107-109.

<sup>65</sup> Закон о Народној банци Србије („Сл. гласник РС“, бр. 72/2003, 55/2004, 85/2005 - други закон, 44/2010 (чл. 96-98. нису у пречишћеном тексту), 76/2012 (чл. 24-26. нису у пречишћеном тексту), 106/2012 (чл. 13-16. нису у пречишћеном тексту), 14/2015 (чл. 22-24. нису у пречишћеном тексту), 40/2015 – Одлука УС РС и 44/2018), чл. 19. став 4.

и обухвати друге технике пословног управљања, као што је нпр. електронска обрада података<sup>66</sup>. И у контексту упоредног права државне ревизије, напред изнете класификације и приступи у законодавству су од значаја и за запослене у ВРИ, јер су већ изнети примери националних ревизорских институција Велике Британије, Малте, БиХ и Републике Српске у којима се њени запослени са њом налазе у приватноправном радном односу. У савременим условима, ова питања су од значаја и за Србију, у поступку развоја њене ВРИ, професионализације послова и задатака запослених у ДРИ и њиховог преласка из режима службеничког односа у општи режим радног односа, сагласно одредбама Закона о раду.

За разлику од законске (комерцијалне) ревизије, чије се обављање у европско-континенталном систему права (романски и германски систем) традиционално третира као „слободна професија“, због низа својих посебности које су законом одређене, дотле се обављање државне ревизије мора квалификовати као „професионална делатност“, која у савременим условима поприма поједине елементе слободне професије. У сваком случају, реч је о стручним и професионалним пословима и задацима које ВРИ обавља на професионалан начин. Обавља их преко својих лица ангажованих за рад, који поседују професионална, односно стручна звања, али се налазе у различитом радноправном положају. Примера ради, ДРИ је у стратешком плану поставила за свој приоритет, између осталог, „даљи развој ДРИ као професионалне ревизорске институције“ и „што боље коришћење знања, вештина и стручности ДРИ“<sup>67</sup>.

У контексту будућих измена и допуна, односно доношења новог закона о ДРИ у Србији, треба у његовом концептуалном развоју отворити и размотрити и следећа питања: јачање и убрзање поступка професионализације у вршењу државне ревизије од стране ДРИ и професионалног статуса државних ревизора запослених у ДРИ; успостављање професионалног удружења за државне ревизоре<sup>68</sup>; организовање и полагање стручног испита, стицање звања „државни ревизор“ и „овлашћени државни ревизор“, вршења њихове континуиране

---

<sup>66</sup> Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts, Foreword, 14. одељак, тач. 1-3. <http://www1.worldbank.org/publicsector/pe/befa05/LimaDeclaration.pdf> 27.03.2019.

<sup>67</sup> Стратешки план Државне ревизорске институције за период 2016 – 2020. године, стр. 1. <https://www.dri.rs /dokumenti/strateški-plan.42.html> 15.03.2019.

<sup>68</sup> У појединим земљама дошло је до формирања посебних професионалних удружења за јавни сектор. Прву овакву струковну организацију образовала је Велика Британија, али постоје и у другим земљама. Б. Виторовић, „Ревизија јавних расхода у светској теорији и пракси и потреба за њеним увођењем у СР Југославији“, *Рачуновоство*, бр. 7-8/1998, 50.

обуке и успостављање регистра звања, треба изместити изван ДРИ и поверити професионалној организацији државних ревизора (или у прелазном периоду одговарајућој високошколској установи) и др.

Полазећи од нашег предмета истраживања и будуће ревизије закона о ДРИ, треба отворити и разматрати питање промене радноправног положаја појединих категорија лица ангажованих за рад у ДРИ. У сада важећем режиму ДРИ могу се идентификовати три категорије лица у погледу њиховог радноправног положаја. У прву улазе председник, чланови органа управљања, врховни државни ревизори и секретар ДРИ, који имају статус функционера. У другу улазе државни и овлашћени државни ревизори, који имају статус државних службеника на извршилачким радним местима. И у трећу улазе запослени у пратећим службама ДРИ, који имају положај намештеника. Мишљења смо да, првенствено, другу категорију запослених у ДРИ треба изместити из службеничког односа и превести их у положај запослених у општем режиму радних односа, на основу одредаба Закона о раду. Реч је о запосленима који су високо стручни и професионални у обављању послова и задатака испред ДРИ. Оваквим законским решењем остварио би се један од предуслова за даљу професионализацију њихових послова и задатака. Између осталог, државни ревизори, али и сви запослени на извршилачким радним местима, не би полагали државни стручни испит као предуслов за рад у државним органима. Такође, био би постигнут већи степен персоналне независности запослених у односу на извршну власт, јер они не би били у положају државних службеника. У прилог овог залагања иду већ извршена ревизија закона о НБС и наведена законска решења права државне ревизије БиХ и Републике Српске, а макар индиректно, и Бугарске, јер се радноправни односи службеника Националне ревизорске канцеларије уређују сагласно одредбама Законика о раду. Кад је реч о трећој категорији лица ангажованих за рад у ДРИ, залажемо се да се у будућности њихов радноправни статус у потпуности уподоби положају запослених у општем режиму радних односа, на основу одредаба Закона о раду. У прилог овог залагања иду и већ интерпретиране уставне и законске одредбе Хрватске.

И ДРИ је идентификовала одређене потребе за изменама закона о ДРИ, у функцији јачања персоналне независности, између осталог, у „побољшању радноправног положаја запослених“<sup>69</sup>. У годишњим извештајима о раду ДРИ, у одређеном периоду рада, констатовани су следећи проблеми: недовољни просторни капацитети; неуређен

---

<sup>69</sup> Стратешки план Државне ревизорске институције за период 2016 – 2020. године, 5.

радноправни положај државних ревизора као именованих лица; лица која конкуришу за рад на извршилачким радним местима претежно долазе из других државних органа, привредних друштава, банака и јавних служби и не поседују никаква знања из области ревизије, и то не само на практичном плану, већ ни на елементарном теоријском нивоу; мали одзив кандидата на конкурс због вишеструко нижих плата које се за обављање сличних послова могу добити у предузећима са сличном делатношћу, укључујући и друштва за ревизију; непопуњеност потребним бројем врховних државних ревизора, овлашћених ревизора и ревизора као и запослених у пратећим службама<sup>70</sup>.

На крају, са жаљењем се може констатовати да су у два SIGMA програма<sup>71</sup> анализирана питања односа између ВРИ и парламента и извршне власти, али не и питања радноправног положаја лица ангажованих за рад у ВРИ.

### Попис литературе

Балтић, А., „Однос радног права према другим гранама нашег правног система“, *Архив за правне и друштвене науке*, Орган Савеза удружења правника Југославије, Београд, бр. 4/1952.

Балтић, А., *Општа теорија о појму јавног службеника, с нарочитим обзиром на југословенско службеничко право и кривични законик* (докторска расправа), Београдски универзитет Правни факултет, Београд 1939.

Ivošević, Z., „Pravni položaj javnih funkcionera,“, *Pravni zapisi*, Pravni fakultet Univerziteta Union, br. 1/2012.

Ивошевић, З., „Закони и законски прописи о раду у јавном сектору“, у зборнику радова *Радни односи у јавном сектору* (редактор: З. Ивошевић), Београд 2016.

Јовановић, С., *О држави – основи једне правне теорије*, III издање, Издавачка књижница Геце Кона, Београд 1922.

---

<sup>70</sup> Вид. Годишњи извештај о раду Државне ревизорске институције за 2012. годину, 57 (ГИ ДРИ); „Повећањем плата државних ревизора отклоњен је један од најважнијих разлога који је успоравао регрутацију ревизорског кадра, па је од ступања на снагу овог закона до 31.12.2010. године, број запослених увећан за 35.“. ГИ ДРИ за 2010, 23; ГИ ДРИ за 2009, 18-19; ГИ ДРИ за 2008, 20-23; ГИ ДРИ за 2007, 14. <https://www.dri.rs/dokumenti/godisnji-izvestaji-o-radu.93.html> 19.04.2019.

<sup>71</sup> Вид. *Relations Between Supreme Audit Institutions and Parliamentary Committees*, Sigma Papers: No. 33, CCNM/GOV/SIGMA(2002) i *Developing effective working relationships between supreme audit institutions and parliaments*, Sigma paper No. 54, OECD 2017.

Ковачевић, Љ., *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.

Лубарда, Б., „Субординација као битно обележје уговора о раду“ у *Актуелна питања југословенског законодавства*, Зборник радова са Саветовања правника 4-8. септембра 1999, Будва, Савез удружења правника Србије, Београд, 1999.

Лубарда, Б., *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012.

Лубарда, Б., *Увод у радно право*, Универзитет у Београду Правни факултет, Београд 2017.

Марковић, Р., *Управно право*, Београд 2002

Рабреновић, А., „Статус и функције националне ревизорске институције Велике Британије“, *Страни правни живот*, Институт за упоредно право, Београд, бр. 3/2007.

Томић, З., *Опште управно право*, Београд 2012.

Виторовић, Б., „Ревизија јавних расхода у светској теорији и пракси и потреба за њеним увођењем у СР Југославији“, *Рачуноводство*, Београд, бр. 7-8/1998.

Шундерић, Б. - Ковачевић, Љ., *Радно право – Приручник за полагање правосудног испита, Друго измењено и допуњено издање*, Књига 11, ЈП Службени гласник, Београд 2019.

Borković, I., *Službeničko pravo*, Informator, Zagreb 1999.

Krbek, I., *Upravno pravo, II knjiga, Organizacija javne uprave*, Tisak i naklada Jugoslovenske štampe D.D., Zagreb 1932.

Krbek, I., *Lica u državnoj službi*, Izdavački zavod Jugoslovenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb 1948.

SIGMA - *Developing effective working relationships between supreme audit institutions and parliaments*, Sigma paper No. 54, OECD 2017.

SIGMA - *Relations Between Supreme Audit Institutions and Parliamentary Committees*, Sigma Papers: No. 33, CCNM/GOV/SIGMA(2002).

Tintiћ, N., *Radno i socijalno pravo, knjiga prva: radni odnosi (I)*, Narodne novine, Zagreb 1969.



**Ljubiša DABIĆ, Ph.D**

Retired full-time professor Faculty of Economics at University of Belgrade

## **LABOR-LEGAL STATUS OF EMPLOYEES IN THE STATE AUDITING INSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

The subject of the research is the labor-legal position of the persons engaged as functionaries, civil servants and employees in the State Audit Institution of Serbia (SAI).

The purpose of this paper is to analyze the labor-legal position of persons professionally engaged with the SAI in the positive legislation of Serbia, to make a comparison with the legal solutions of the predominantly countries in the region, to point out certain specificities of their labor-legal status, as well as to open the issues of opportunity and the need to professionalize work of civil servants in executive positions.

The results of the research should provide the scientific and professional public with answers to the basic questions about the labor-legal status of the persons employed for work in the SAI in Serbia. At the same time, they should also raise the issues of the possibilities and need of improving the labor-legal status of state auditors and servants in this institution. It is a matter of changing the labor-legal status of the first, from a special servant relationship to the general employment regime, based on the provisions of the Labor Law. And for the others, that their labor-legal status is fully reflected on the position of employees in the general regime of labor relations, based on the Labor Law.

**Key words:** *State Audit Institution, state auditors, functionaries, civil servants, employees.*



**Предраг ДИМИТРИЈЕВИЋ\***

Правни факултет Универзитета у Нишу

## ДЕЛОТВОРНОСТ АДМИНИСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУРА У ЈЕДИНИЦАМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

**Апстракт:** Почетком двадесетог века задатак управног права је био да се правно регулише поступање управе према грађанима и обезбеди начело законитости. Резултат тога је доношење закона о управном поступку. Почетком двадесет првог века управна наука је пред новим задатком а то је да се унапреди управна технологија, тако да се повећа ефикасност управних процедура како би се странкама једноставно и брзо пружиле административне услуге. То се најбоље може препознати у локалним самоуправама. Организовање и функционисање јединственог управног места има управо ту улогу.

**Кључне речи:** *административни поступак, делотворност, јединствено управно место.*

### УВОД

Крајем 19. и почетком 20. века основни задатак административног права био је правно регулисање поступања управе у односима са грађанима и странкама уопште. Административно право имало је функцију да правно нормира комуникацију грађана и управе и тиме увођење начела законитости као универзалног принципа у материји административне процедуре. У овој области управа је била потпуно слободна и сматрало се да свако нормирање њеног поступања у конкретним односима са грађанима само ограничава управу и омета је остваривању јавног интереса. У ово време појам странке и не постоји. Овођење правила игре у поступање управе у конкретним ситуацијама представља увођење начела законитости.

Ово је било неопходно не само за грађане већ и за управу, иако је управна бирократија традиционално пружала велики отпор, јер увођење правне регулативе даје грађанима правну сигурност, извесност и правну заштиту у комуникацији са државом, локалном самоуправом и њеном администрацијом. Истовремено начело законитости олакшава рад државној

---

\* Редовни професор

бијрокраџији, уводи ред и правилност и олакшава унутрашњу контролу самих службеника од стране виших административних органа.

Данас управно право је принцип законитости процедура већ уградило као неспоран и традиционални полазни стандард. Оно што је основни задатак у 21. веку, то је повећање ефикасности рада и усклађивање бројних административних процедура, унапређење ефикасности и увођења стандарда при спровођењу административних поступака и прелазак на е-административне процедуре у државној и локалној администрацији, где грађани најпре остварују своја права или задовољавају различите потребе пружањем услуга од стране управе (градске/општинске).

Циљ је стандардизација и уједначавање поступања надлежних организационих јединица, њихова боља комуникација, спровођење начела економичности у раду јавне управе, а све у сврху обезбеђења правне сигурности странака у поступку утврђивања њихових права и обавеза.

Претпоставка за то да се уреде међусобни односи организационих јединица градске/општинске управе, односно правила поступања и начина рада при: 1) пријему, протоку, решавању и архивирању предмета; 2) вођењу евиденција, извештавању, уједначавању управне праксе; 3) примени модела административних поступака и спровођењу административних поступака; 4) успостављању и управљању електронске базе административних поступака; 5) праћењу измена прописа и информисању странака о изменама прописа и правима.

## 1. ПОЛИТИКА УПРАВНОГ ПОЈЕДНОСТАВЉЕЊА (КОНЦЕПТ)

Темељна идеја полази од става да корисник административних услуга не мора знати нити се оптерећивати организацијом и начином рада јавне управе. Он треба добити тражену управну услугу брзо, ефикасно, квалитетно и јефтино.

Основни принцип ја да треба слушати своје клијенте, односно орјентисати се на кориснике административних сервиса. Стварањем кориснички односно на грађане оријентиране (*citizen-oriented, user-friendly*) јавне управе, традиционална организациона затвореност се замењују усклађеним и конкретним деловањем јавне управе с грађанима и предузетницима.

Управно поједностављење постало је важан циљ управних реформи у многим земљама, а јавља се у различитим облицима. Полази се од реаног стања, као претпоставке овог процеса, да је управа постала толико комплексна и непрегледна да је треба поједноставити и у организационом и у функционалном смислу. Управно поједностављење обухвата низ мера:

1. поједностављење управног законодавства и редукција броја прописа,
2. поједностављење управних поступака: уклањање непотребних и компликованих управних поступака који оптерећују, скраћивање рокова у којима управа даје одговоре и доноси одлуке, избегавање дуплирања поступака, редукција бирократизације, позитивни концепт „ћутања“ управе (прећутно одобравање), итд.
3. употреба ICT (е-Управа): електронски начин учествовања у поступцима и могућност да се поступци воде и завршавају електронским путем.
4. примена начела јединственог управног места (ЈУМ, *points of single contact*, PSC): стварање јединствених контактних места за грађане и предузетнике, публикација свих информација о надлежним органима и управним поступцима. Пружање административних услуга на јединственом управном месту је усмерено на потребе грађана, подузетника и других корисника јавних услуга. Људима дати већи избор и директну контролу услуга које користе. Ради се о концепту „no wrong door“ policy.
5. смањење броја управних органа који учествују у поједином управном поступку (укључујући смањење компетенцијских преклапања, надлежности и сл.),
6. поједностављење управног језика, итд.

## 2. ДЕЛОТВОРНОСТ АДМИНИСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУРА

Административни поступак је поступак решавања предмета од момента подношења поднеска странке до архивирања решеног предмета (адм. поступак у ужем смислу). Административни поступак је сваки поступак управе, који није само доношење управних аката, већ и предузимање управних радњи, закључивање управних уговора као и пружање јавних услуга.

Исход административног поступка у ужем смислу су сва решења, дозволе, одобрења, потврде, лиценце, овлашћења, процене, уступања, затим обавештења странака у организационим јединицима (одељење/одсек/група) која су потребна за обављање делатности односно за остварење њихових права, као и други поступци који се спроводе по поднеску странке или по службеној дужности. Према томе, административни поступак је и поступак који се води по службеној

дужности као и поступак који се води поводом правних лекова (редовних и ванредних).<sup>1</sup>

## 2.1. Рад на решавању предмета и рокови за решавање

У циљу бржег и економичнијег поступања са административним поступцима запослених у организационим јединицама локалне управе и органима управе уводе се стандардизовани обрасци. Обрасце генерише софтвер из електронске базе административних поступака, на основу података унетих у базу административних поступака.

Препорука је да запослени, који је задужан за предмет има обавезу да у року од 3 дана од пријема предмета у организациону јединицу,<sup>2</sup> изврши преглед предмета и уколико уочи недостатке (неуредан поднесак)<sup>3</sup> наложи странци да их у року од најмање 8 дана отклони. Наиме, орган у року од осам дана од пријема поднеска обавештава подносиоца на који начин да уреди поднесак и то у року који не може бити краћи од осам дана, уз упозорење на правне последице ако не уреди поднесак у року.

Обавештење о допуни или исправци предмета обавезно садржи упозорење да ће се у противном, поднесак странке решењем одбацити (чл. 59. ЗУП-а). Ако поднесак буде уређен у року, сматра се да је од почетка био уредан, ако законом није друкчије предвиђено.

У зависности од врсте административног поступка, фреквенције, броја запослених који раде на спровођењу и организационе јединице која га спроводи, рокове за решавање уредног предмета и рокове за преглед предмета утврђује функционер који руководи органом. Запослени, који је задужен за предмет, дужан је да уредан предмет решава у препорученом року, који је утврдио функционер органа.

У случају прекорачења законом прописаног рока, запослени који је поступао по предмету дужан је да достави писану изјаву о разлозима за прекорачење непосредном руководиоцу.

---

<sup>1</sup> Моделе административног поступка су у сарадњи са Министарством државне управе и локалне самоуправе припремила Стална конференција градова и општина – Савез градова и општина Србије (даље у тексту: СКГО) и који су усаглашени са министарствима из чије су надлежности прописи којима су уређени административни поступци.

<sup>2</sup> Инструкција за спровођење процедуре за унапређење ефикасности и увођење стандарда при спровођењу административних поступака у име ЈЛС / граду београду / градским општинама. [www.skgo.org/projekti/.../enhancing-good-governance-local-level](http://www.skgo.org/projekti/.../enhancing-good-governance-local-level).

У изузетним случајевима, запослени је дужан да одмах прегледа предмет.

<sup>3</sup> Поднесак је неуредан ако има недостатке који орган спречавају да поступа по њему, ако није разумљив или ако није потпун (чл. 59. ЗУП).

## 2.2. Решавање предмета, достављање странци и архивирање

Запослени који је задужен за рад на предмету, дужан је да предмет са предложеним решењем акта, достави непосредном руководиоцу најмање 3 радна дана пре дана када истиче препоручени рок за решавање предмета, на даље поступање (парафирање и потписивање).

Прибављање података електронским путем омогућено је преко информационог система на Порталу еУправа Републике Србије (информациони систем: еЗУП), односно путем електронских услуга за размену података у оквиру наведеног информационог система.

Странка, по чијем се предмету поступа, није у обавези да доставља документацију/податке који се могу прибавити по службеној дужности, у складу са ЗУП-ом.

У поступку решавања предмета, уже организационе јединице органа Управе су у обавези да међусобно непосредно сарађују и размењују документацију, акта, информације и податке којима располажу.

Непосредни руководиоца парафира предлог акта и доставља га на потписивање. Потписани акт са целокупним предметом, руководиоца организационе јединице која је решавала предмет, враћа писарници преко интерне доставне књиге.

Приликом враћања решеног предмета писарници, обрађивач предмета дужан је да издвоји део предмета (акт са прилозима уколико их има) који ће писарница отпремити, од предмета (омот списка са свим поднесцима, прилозима и једним примерком акта којим је решен предмет) који остаје у писарници и који ће се архивирати у складу са прописима.

Писарница доставља потписани акт, са прилозима уколико их има, подносиоцу поднеска.<sup>4</sup> Руководилац писарнице је одговоран да се сви предмети преузети у току радног дана до 12 часова отпреме истог дана. Предмети примљени после закључивања отпремних књига, ако нису хитни, отпремиће се наредног радног дана.

---

<sup>4</sup> У случају личног преузимања или преузимања акта преко услужног центра или преко јединственог управног места (ЈУМ), обрађивач предмета је дужан да акт који се доставља странци лично уручи или достави услужном центру, ЈУМ-у, односно организационој јединици која пружа информације странци у случају да ЈЛС нема услужни центар, односно ЈУМ. Услужни центар или ЈУМ је дужан да истог дана када је странка преузела акт, доказ о достављању акта странци достави писарници ради архивирања предмета.

## 2. 3. Модели административних поступака

У циљу стандардизације административних поступака који се спроводе у локалним самоуправама и подршке при идентификовању административног поступка, СКГО је припремила листу административних поступака.<sup>5</sup> Како би се обезбедило спровођење административних поступака у складу са моделима административних поступака, неопходно је да сви запослени у органу Управе, буду упознати са садржином модела, усклађивањем примене административних поступака у складу са моделима и листом административних поступака. Модели су само стандардне адм. процедуре које се конкретно спроводе али се радо заправо о једном истом управном поступку регулисаним ЗУП-ом. Изузетно неки од ових административних процедура могу бити регулисани *lex specialis*-ом као посебан управни поступак.<sup>6</sup>

Модели административних поступака су распоређени према следећим областима:

1. грађанска стања,
2. комунално-стамбени послови,
3. саобраћај,
4. заштита животне средине,
5. урбанизам и имовинско-правни послови,
6. друштвене делатности,
7. локални економски развој,
8. рурални развој и
9. локална пореска администрација.

Модел административног поступка, састоји се од описа и анализе административног поступка и садржи следеће: Податке о субјекту који покреће поступак и начину покретања поступка; Прилоге (доказе)

---

<sup>5</sup> СКГО је развила моделе за 188 поверених и изворних административних поступака, које у свом раду може спроводити Локална управа. Модели административних поступака се налазе на веб презентацији СКГО <http://www.skgo.org/modeli-administrativnih-procedura>. Сви модели административних поступка имају шифру, коју локалне самоуправе користе приликом електронског увида/размене/прибављања података, у складу са ЗУП-ом, Уредбом о прибављању и уступању података о чињеницама о којима се води службена евиденција и Упутством о примени Уредбе о прибављању и уступању података о чињеницама о којима се води службена евиденција.

<sup>6</sup> Стварање модела адм. поступака може да створи утисак о ретроградним процесима који разбијају идеју и општем управном поступку који генерално важи за све управне области и материје. Модели су заправо само конкретизација ЗУП-а у конкретним управним поступањима када се пружају разне административне услуге грађанима и правним лицима.



потребне за законито одлучивање у поступку који доставља странка; Податке потребне за законито одлучивање у поступку о којима се води службена евиденција; Поступак одлучивања у поступку; Правни основ; Акт којим се одлучује у поступку; Законски и препоручени рок за решавање предмета; Упутство о правном средству; Табеларни приказ фаза поступка спровођења административног поступка; Ходограм административног поступка и Образац захтева за странку.

Запослени у органу Управе су дужни да поверене административне поступке спроводе на начин и у складу са моделима административних поступака.<sup>7</sup> Руководиоци основних организационих јединица су одговорни за спровођење административних поступака у складу са моделима поверених административних поступака.<sup>8</sup>

Постоји обавеза усклађивања административних поступака са моделима. У том смислу, руководиоци основних организационих јединица су дужни да прате измене прописа/доношење нових прописа и у складу са тим и измена модела административних поступака. Та обавеза постоји и за све запослене, који су дужни да о томе обавештавају непосредног руководиоца.<sup>9</sup> Запослени прате измене модела, односно усвајање нових модела поверених административних поступака, из надлежности њихове организационе јединице, на веб презентацији СКГО <http://www.skgo.org/modeli-administrativnih-procedura>, на којој су објављени модели административних поступака и дужни су да о изменама одмах обавесте непосредног руководиоца.

---

<sup>7</sup> Поверени административни поступци се спроводе у складу са моделима административних поступака. Изворни административни послови се могу спроводити у складу са моделима уколико Локална управа измени прописе којима су уређени.

<sup>8</sup> Начелник градске/општинске управе/управе градске општине одредиће запосленог који ће вршити непосредни надзор (аналитичар) над спровођењем административних поступака у складу са моделима и на основу његовог извештаја, урадиће анализу о спровођењу административних поступака у складу са моделима. Начелник органа Управе одговоран је за спровођење административних поступака у складу са моделима. У локалним самоуправама са више управа, начелници сваке од управа одговорни су за спровођење административних поступака у складу са моделима.

<sup>9</sup> Прописи се могу пратити преко портала правно-информационог система Републике Србије у оквиру базе „Регистар и текстови важећих прописа и аката“ <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/reg/advancedSearchPOI>.

## 2.4. Вођење евиденција и извештавање

Орган управе је дужан да води евиденцију о предметима, актима, управној пракси, измени прописа и другим чињеницима потребним за извештавање руководиоца/функционера. Месечне извештаје запослени припремају на основу података који се воде у евиденцијама.

Евиденција о појединачним предметима садржи податке из којих се може утврдити где се предмет односно поднесак странке налази од момента подношења, у току његове обраде, решавања, другостепеног поступка, све до архивирања (статус предмета).

Евиденција о предметима, поднесцима и актима управног поступка садржи следеће податке о: обавештавању странке о допуни предмета; року решавања (да ли је предмет решен у року или није); прибављању података о којима се води службена евиденција, исходу решавања (усвојен, одбијен, одбачен захтев); уложеним правним средствима и одлуци поводом уложених правних средстава, као и друге неопходне податке значајне за праћење остваривања права, обавеза и на закону заснованих правних интереса грађана, предузетника, привредних друштава, других правних лица и осталих субјеката који могу имати својство странке у поступку. Евиденција се налази на веб презентацији локалне самоуправе.

Статус предмета води сваки запослени у документу „Евиденције о примљеним захтевима, решеним предметима и правним средствима“, који се води за сваку врсту административног поступка појединачно. У случају да запослени ради на спровођењу више административних поступака, дужан је да за сваку врсту административног поступка води евиденцију.

## 2.5. Уједначавање управне праксе

Послови уједначавања правне праксе спадају у надлежност организационе јединице која обавља нормативно-правне послове. Организациона јединица је дужна да, заједно да руководиоцима надлежних организационих јединица:

- заузима правне ставове, даје препоруке, стручна мишљења и смернице у циљу уједначавања праксе;
- тумачи правне прописе и разматра праксу локалне самоуправе као и праксу других јединица локалне самоуправе;
- припрема моделе аката који се доносе у поступцима органа Управе;
- подноси извештај о свом раду начелнику органа Управе, градоначелнику/председнику општине и градском/општинском већу.

Руководилац основне организационе јединице органа Управе је дужан да, сваког уторка, обавести организациону јединицу у чијој је надлежности уједначавање праксе да нема предлога за уједначавање правне праксе, односно да постоји предлог за уједначавање правне праксе.

Предлоге за уједначавање правне праксе могу дати градоначелник/председник општине, градско/општинско веће, начелник органа Управе и локални омбудсман. Мишљење се путем електронске поште прослеђују свим запосленима органа Управе.

Сваки службеник је дужан да, одмах по сазнању обавести непосредног руководиоца о ступању на снагу новог прописа или измени прописа, у року од два радна дана од дана ступања на снагу новог прописа или измене прописа.

Руководилац најмање организационе јединице у року од најкасније 24 часа обавештава непосредно вишег руководиоца о наведеним изменама, уз достављање предлога у погледу будућег поступања, који може бити идентичан иницијалном или може бити модификован.

Уједначавање правне праксе органа могу да затраже градоначелник/председник општине, градско/општинско веће, начелник органа Управе и локални омбудсман. У овим ситуацијама начелник градске управе у најкраћем року заказује састанак са руководиоцима највиших организационих јединица, као и са запосленим у нормативно-правној служби и предлагачем уједначавања правне праксе.

Сходно члану 141. ЗУП-а, образложење решења садржи и разлоге због којих је орган одступио од решења која је раније доносио у истим или сличним управним стварима. У оваквим ситуацијама службеник је дужан да о наведеном упозна непосредног руководиоца, о чему се обавештава начелник органа Управе, који даје коначно мишљење о предложеном решењу и образложењу правне ситуације.

Вођење евиденције и утврђивање праксе према ставовима другостепених органа, судова, регулаторних и контролних тела, као и ставовима по ванредним правним средствима подразумева формирање збирке података и кориговање и уједначавање правне праксе сходно решењима по приговору, сходно другостепеним одлукама, сходно ванредним правним средствима, сходно пресудама Управног суда, прекршајних судова, судова опште надлежности, сходно мишљењима и налазима управне инспекције, али и других инспекција, извештајима и налазима Државне ревизорске институције, Агенције за борбу против корупције, Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Заштитника грађана.

О свим решењима по приговорима, другостепеним решењима, као и пресудама одлукама судова посебне и опште надлежности које одступају у односу на дотадашњу праксу органа, службеник је дужан да

без одлагања обавести непосредног руководиоца, који је дужан у року од 3 дана да о истом обавести начелника органа Управе.

Начелник органа Управе је дужан да у најкраћем року закаже састанак са руководиоцима основних организационих јединица, као и запосленима у нормативно-правној служби.

## 2. 6. Управљање електронском базом административних поступака

Електронска база административних поступака је база свих података који се односе на административне поступке који се спроводе у организационим јединицама органа Управе, који су усклађени са моделима.<sup>10</sup> Сви административни поступци који се спроводе у органу Управе, а који проистичу из делокруга поверених или изворних послова, морају да буду у електронској бази административних поступака.

Елементи административног поступка садржани у електронској бази података су:

1. Назив административног поступка;
2. Регистрациони број административног поступка;
3. Назив организационе јединице која спроводи поступак и одлучује о административном поступку;
4. Адреса, број телефона/факса, електронска адреса или било који други начин на који заинтересовани субјекти могу доставити захтев за спровођење административног поступка или добити друге информације о административном поступку од овлашћене организационе јединице;
5. Област (делатност) на коју се административни поступак односи;
6. Сврха административног поступка;
7. Правни основ;
8. Износ таксе и/или накнаде које се плаћају приликом подношења захтева, у току поступка, односно након доношења одлуке, подаци о примаоцу таксе и/или накнаде, сврха уплате и број рачуна и позив на број на који се уплаћују средства;
9. Информације (подаци) које је странка дужна да достави приликом подношења захтева;
10. Документација коју је странка дужна да достави уз захтев;

---

<sup>10</sup> Електронска база се објављује на веб презентацији локалне самоуправе, <http://www.ime lokalne uprave.rs/>.

11. Рок за преглед предмета;
12. Рок за решавање потпуног предмета;
13. Образац захтева, уколико је прописан републичким актом, а остале обрасце захтева генерише софтвер за Регистар на основу података који се уносе у базу података;
14. Време важења акта који се доноси (уколико постоји временско ограничење).

Када сазна за промену прописа, сваки службеник је дужан да обавести непосредног руководиоца о ступању на снагу новог прописа или измени прописа. Руководилац најмање организационе јединице у дужан да у року од најкасније 24 часа од пријема обавештења, обавести непосредног руководиоца о наведеним изменама/доношењем новог прописа, уз достављање предлога у погледу будућег поступања.

### 3. ЈЕДИНСТВЕНО УПРАВНО МЕСТО

One-stop shop (single administrative point, points of single contact, single point of contact) као организацијску, комуникацијску, процедуралну и правну иновацију користе многе јавне управе у свету.

#### 3.1. Модели

У организационом и физичком смислу постоје три основна модела сарадње и службене помоћи органа према корисницима адм. услуга:

1. Основни модел сарадње: стандардизовани „Front office provider“ као „universal operator“ model (Albanian ADISA) где специјализоване агенције врше функцију „front office“ и пружају одређене административне услуге на основу стандардизованих форми процедура („минимални пакет услуга“).

2. Модел је „Sharing the space“ (Azerbaijan - ASAN Services) без универзалног оператора. Овде постоји централи офис који *прима* апликације грађана и *доставља* надлежним органима, агенцијама или министарствима на процесуирање, *прати поступак* и *обавештава грађане* онда када њихови документи су спремни за пеузимање. ASAN Services управља центром, контролише пружање услуга, даје предлоге заинтересованим, организује тренинге и утврђује правила за мобилно достављање и пружање услуга и предлаже поједностављења процедура пружања услуга.

3. Модел је ЈУМ који обавља *службу* за неколико органа које су укључене поступак пружања услуга, уместо да се захтева од корисника да иде од једног шалтера до другог. У Back office-у се сакупљају документи и размењују подаци.

ЈУМ може обухватити мањи или већи број јавних услуга које се пружају грађанима или предузетницима без обзира на надлежности и међусобне институционалне односе различитих органа јавне управе. У почетним фазама може се применити за неке посебне категорије корисника (млади, незапослени, социјално угрожени и сл.) или у појединим управним секторима или службама (порезна служба, железнице, царина, инспекција, и сл.).<sup>11</sup>

Има мишљења да је ЈУМ у ствари електронска писарница као информациони систем за управљање електронским документима, у циљу обављања послова пријема, отварања, прегледања и распоређивања поште, евидентирања предмета, здруживања аката, достављања предмета и аката унутрашњим организационим јединицама, отпремања поште, развођења предмета као и њихова чувања и архивирања.

У **Хрватској** ЈУМ је нека врста поштанског сандучића у који се „убацују“ различити захтеви, али се управни поступци и даље воде пред стварно и месно надлежним органима и организацијама. ЈУМ захтева (минималне претпоставке):

1. раздвајање одељења за комуникацију (*front office*) и одељења који обрађује захтеве и води адм. поступке (*back office*),
2. децентрализацију одлучивања како би се о захтевима могло одлучити у што већој мери у *front office* или *back office*,
3. оријентацију на резултат,
4. сигурност и поверење у ИСТ,
5. сређене базе података (регистре),
6. љубазност управног особља и
7. обрасце и формализам који следи логику пружања услуга.<sup>12</sup>

У **Грузији** грађани могу добити услуге лично или путем on line режима. Постоји јасно раздвајање *back i front office* у ланцу пружања услуге. На тај начин, грађанин, нема никаквих додирних тачака, са службеником који решава о његовом праву и обавези. То је омогућило елиминацију лоше праксе корумпираних пословних односа у вези са управом.

---

<sup>11</sup> Hendrik Scholta, Willem Mertens, Marek Kowalkiewicz, Jorg Becker, *From one-stop shop to no-stop shop: An e-government stage model*, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0740624X17304239> (25.04. 2019).

<sup>12</sup> Ivan Koprić, *Jedinstveno upravno mjesto (one-stop shop) u europskom i hrvatskom javnom upravljanju*, [https://www.academia.edu/31069260/Jedinstveno\\_upravno\\_mjesto\\_one-stop\\_shop\\_u\\_europskom\\_i\\_hrvatskom\\_javnom\\_upravljanju](https://www.academia.edu/31069260/Jedinstveno_upravno_mjesto_one-stop_shop_u_europskom_i_hrvatskom_javnom_upravljanju). (7 Apr 2019).

ИТ одељење развило је систем случајне доделе предмета службеницима у back office, тако да ни службеници из front office, не знају ко је, од службеника из back office, поступао у конкретном предмету.

Особље у front office, треба да има вештине корисничког сервиса, који обезбеђује да услуге дођу до клијената на благовремен и „пријатељски“ начин. Особље у back office решава о предметима и треба константно да унапређује знања и вештине у својој области.

И једни и други треба да буду обучени и способни да брзо користе променљиве софтверске и хардверске технологије.

Front office је подељен на различите шалтере, тако да постоји: самоуслужни шалтер, брзи шалтер и шалтер за дуже и компликованије услужне области.

1. У *самоуслужном шалтеру* корисници могу користити аутоматизоване услуге, као што је фотографисање за пасош или платити накнаду за услуге, итд.
2. *Шалтер за брзу услугу* је за оне услуге за које није потребно дуго времена, нпр. узимање потврде за већ припремљене документе.
3. *Шалтер за дуге услуге*, подразумева оне услуге, за које се мора водити поступак.

С тим у вези може се размишљати и о *шалтеру за жалбе и правна средства*, као и о шалтеру за коментаре и притужбе, on line анкете.<sup>13</sup>

У **Казахстану**, у моделу on stop shopa, развијено је електронско чекање. Нема чекања у реду, већ се све може заказати електронским путем. Апликација је тако направљана да су пописани сви могући административни поступци који се ту могу спроводити и потребно је да се клијент чекира приликом заказивања. Могућа је и резервација термина путем броја 1414. Постоји и посебан физички прилаз за особе са инвалидитетом, као и шалтер поште или банкомат банке у истом холу.

Министарство комуникације и информисања створило је и мобилне one stop shop-ove, који путују до клијената у складу са одабраним распоредом, како би се осигурао приступ јавним службама људима у удаљеним подручјима или непокретним лицима. Мобилни one stop shop-ove су посебна возила опремљена неопходном опремом, са приступом интернету и базама података. Данас у Казахстану ради 70 мобилних one stop shop-ova. Радно време front office продужено до 20 сати и суботом.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> One- Stop- Shop Public Service Delivery Model- the Case of Georgia, [https://www.researchgate.net/publication/312472054\\_httpwwwregionalhuborgwp-content/uploads/201701Georgia\\_case-study.pdf](https://www.researchgate.net/publication/312472054_httpwwwregionalhuborgwp-content/uploads/201701Georgia_case-study.pdf)

<sup>14</sup> One-Stop-Shop Public Service Delivery Model: the Case of Kazakhstan

### 3. 2. Правни оквир

У Србији јединствено управно место<sup>15</sup> је прописано у делу ЗУП-а (чл. 42, „Сарадња и службена помоћ“) тако што у случају да је за остваривање једног или више права потребно поступање једног или више органа, странка се обраћа јединственом управном месту.

Успостављањем јединственог управног места не утиче се на надлежност органа нити на право странке да се директно обраћа надлежном органу.

На јединственом управном месту врше се одређене управне радње, које се могу вршити електронским путем, путем поште, или на други погодан начин. То су три групе управних радњи, и то:

1) *поучавање подносиоца захтева*, на начин како би то чинио надлежни орган, о томе шта је све органима потребно да би поступили по захтеву;<sup>16</sup>

2) *примање захтева за признавање* права или друго поступање у управној ствари, мишљења, објашњења, коментара, као и докумената и правних средстава, сагласно пропису, и њихово достављање надлежним органима;

3) *обавештавање подносиоца захтева* о томе које је радње предузео надлежни орган и правним актима које је донео.

Овде се ради о *информацијама о статусу предмета*. Након што подносилац захтева приступи систему управљања документима на веб

---

[http://www.astanacivilservicehub.org/wp-content/uploads/2017/01/Kazakhstan\\_case-study\\_ENG.pdf](http://www.astanacivilservicehub.org/wp-content/uploads/2017/01/Kazakhstan_case-study_ENG.pdf).

<sup>15</sup> Ближе услове, критеријуме и мерила који се примењују у поступку одређивања јединственог управног места, као и начин сарадње надлежних органа у вези са поступањем и обављањем послова на јединственом управном месту прописује Влада.

<sup>16</sup> Пружање свеобухватних информација заинтересованом лицу ће омогућити лакшу припрему захтева и потребне документације, смањиће вишеструко обраћање службеницима за додатне информације, утицаће на редуковање броја неуредних захтева, повећање поверења у локалну управу, унапређење правне сигурности, транспарентности и квалитета услуга. Приликом обраћања заинтересованог лица органу Управе (лично, телефоном или путем електронске поште), неопходно је за сваки административни поступак обезбедити информације о: називу поступка; надлежној организационој јединици; правном основу поступка; потребној документацији (називу и форми докумената); новчаним издацима (таксама, накнадама) у оквиру поступка – висина издатка, детаљи уплате; обрасцу за подношење захтева (ако је утврђен); начину и месту подношења захтева; прописаном року за решавање захтева; времену важења издатог акта (ако је важење акта временски ограничено); доступним правним средствима, надлежним органима и прописаним роковима (приговор, жалба, управни спор). Ово су информације које се дају грађанима о адм. поступцима.



презентацији локалне самоуправе или се обрати локалној самоуправи (лично, телефоном или путем електронске поште), неопходно је обезбедити информације о: деловодном броју предмета и датуму пријема предмета; тренутном статусу предмета и податке о месту (организационој јединици или обрађивачу предмета) на коме се предмет тренутно налази и предузетим корацима у поступку (фаза, надлежна организациона јединица/службеник) и датумима њиховог окончања.<sup>17</sup>

У локалним самоуправама у којима постоји систем управљања документима, извор информација је веб презентација локалне самоуправе, којој подносилац приступа коришћењем одговарајућег налога и шифре, ради добијања података о статусу предмета.

*Рокови за одлучивање* о захтеву странке пред надлежним органима почињу да теку од када је поднет уредан захтев на јединственом управном месту.

### 3.3. Организациона питања и проблеми

Примена начела пружања јавних услуга на једном месту ако је спроведена у озбиљнијој мери унапређује управну технологију те води промени модела управне организације. То је концепт да управа треба да је окренута грађанима и да све што им треба могу добити на јединствено али не и једином управном месту. Јавна се управа треба организирати тако да са корисницима комуницира, на што једноставнији начин и на једном физичком или дигиталном месту. Постоји спољна јединица за пружање услуга (*front office*), док се остали потребни управни процеси одвијају у позадини, у интеракцији свих органа јавне управе: локалне, јавни сектор и државни органи.

ЈУМ се може организовати као тачка физичког или дигиталног контакта (облика) а могу и паралелно.

ЈУМ обухвата пружање административних услуга које се пружају грађанима или подузетницима без обзира на надлежности и међусобне институционалне односе различитих органа управе (државне и недржавне). ЈУМ обухвата локалне органе али и јавна предузећа и

---

<sup>17</sup> Након што грађанин/привредни субјекат поднесе захтев, неопходно је омогућити праћење статуса предмета у сваком тренутку. Поједине локалне самоуправе/градске општине имају успостављен електронски систем управљања документима (Document Management System), који у сваком тренутку омогућава праћење тока предмета на интернет страници локалне самоуправе/градске општине. Ипак, потребно је и у управама у којима још увек није успостављен електронски систем управљања документима успоставити систем праћења тока предмета и обавештавања подносиоца захтева о статусу предмета.

републичке органе који су функционално умрежени за постизање коначног циља а то је решење, уверење, јавни сервис, уговор, управна радња.

**Организационе претпоставке:** потребно је јасно лоцирати одговорности и задужења како би могли ефективно водити сложене поступке и потребно укључити више органа као најужу кооперативну мрежу за нови приступ пружању јавних услуга.

**Вишеканални приступ.** Треба створити више канала испоруке јавних услуга - лицем у лице, телефоном, факсом, online (редовно ажуриран web сајт), киосци. Постоји и посебан телефонски број (нпр. Њујорк 311) где становници могу позвати 3-1-1 у било које време и разговарати са агентом за корисничку подршку на 180 језика, како би им се помогло са великим бројем услуга. Да би могли да омогуће брзе одговоре, агенти пружања услуга корисницима имају приступ информација више од 6.000 аспеката владе Њујорка. У просеку бележи се 30.000 позива дневно а 10 милиона позива годишње.

**Локација.** ЈУМ не мора бити лоциран искључиво у просторијама општинске или градске управе. Оно може бити дислоцирано и на прометним местима у граду (нпр. Тржни центри и сл.) У Грузији Сала за јавне услуге, чак нуди јавне услуге у тзв. JUSTcaffе-у. Ради се о удобном кафићу, који се налази унутар Сале за јавне услуге у Тбилисију, где клијетни имају могућност добијања потешне јавне услуге уз уживање у кафи или локалној кухињи.

### 3.4. Кадровски проблеми и питања

За функционалност и делотворност ЈУМ важно је имати и добре кадрове, односно: образовано и проактивно особљене за комуникацију са грађанима. То значи да треба успоставити квалитетну организацијску културу у органима што је од критичне је важности.

Кадрови треба распоредити високо мотивисану, квалификовану и флексибилну радну снагу, која је спремна и способна да обезбеди високо квалитетне и персонализоване јавне услуге.

За такву кадровску потпору неопходна је посебна обука запослених. Обука за службенике у ЈУМ требало би да се састоје од теоријског дела и case study случајева. ЈУМ-треба одредити неку врсту „личног службеника“ који би се бринуо о свим захтевима грађанина или предузетника и читавом току свих његових поступака. Изузетно је важно комуницирање са запосленима који ће радити на ЈУМ, ширење промене културе у оквиру одељења. Одељење мора разумети зашто се праве промене и шта ће оне значити за њихову локалну самоуправу и грађане.

Могуће је распоређивање и неке врсте саветника клијената, како би врло брзо и ефикасно дали одговор, савет и упутили клијента о томе шта треба да ради, те би тај саветник требало да буде лице које има широко знање из различитих управних области, односно добар зналац локалне проблематике.

Службеник за комуникацију са странкама у ЈУМ-у може бити правник, економиста, јер је могуће да у директном контакту са клијентима буду и лица високе стручне спреме, те би тај саветник требало да је има. Међутим, то није неопходно. Много је важнија добра практична обука и стална едукација. У случају да се по одређеном захтеву решава одмах на шалтеру могу бити и оперативци који ће решавати захтеве без икаквог чекања.

**Језик** ЈУМ-а: Јединствена управна место могу се тако устројити да се функционише и на више језика за грађане и странце. У Казахстану у сваком stop shop-у запослено и једно лице које зна знаковни језик а у Њујорку може се разговарати са агентом за корисничку подршку на 180 језика.

### 3. 5. Функционална питања

Важна претпоставка доброг функционирања је поузданост е-комуникације и јасна идентификација субјеката који је користе. На ЈУМ-у грађани и предузетници могу добити све информације и савете, дозволе, исправе и друге управне услуге на једном месту. Ако је реч о дигиталној локацији, онда ти субјекти треба да могу једноставно али сигурно приступити, наћи обавештења, преузети службене документе, он лине поунити службене обрасце те учествовати у е-поступку (трансакцији) са органом и организацијама јавне управе. Претпоставке:

1. информатичко умрежење читаве јавне управе без обзира на то којем подсистему припадају конкретне управне организације,
2. међусобно кориштење података,
3. за то припремљени компатибилни софтвери,
4. уредно вођење е-пословања,
5. поуздани регистри података
6. благовремени унос података у јавне информацијске системе.

**Проблем „уског грла“.** Само стварање „јединствене тачке за комуникацију“, без осталих услова интегрисаног пружања јавних услуга, не може довести до позитивних резултата, него продужити време комуникације с управом, створити нови проблем између грађанина и органа, које је надлежан за пружање услуге и додатно бирократизирати управно деловање.

За функционалност ЈУМ-а потребно је провести низ организацијских, функционалних, технолошких и правних, али и образовних и информацијских активности (усклађено деловање).

Постоје **четири главна корака** у развоју ЈУМ-а у дигиталном облику (е-ЈУМ): Први је осигуравање информирања грађана о јавним услугама. Други је једносмерна комуникација с могућношћу преузимања образаца с интернетских страница органа. У трећем кораку омогућава се двосмерна интеракција кад се обрасци могу и попуњавати и процесуирати електронски. У четвртој је фази могућа пуна трансакција те се читави предмети воде електронски и издају е-решења и е-достава и врши плаћање такси.

### ЗАКЉУЧАК

Потребно донети подзаконски акт за успостављање стандарда функционисања ЈУМ-а. Међутим, не постоји један "исправан" приступ за предузимање трансформацију пружања услуга јавног сектора по моделу ЈУМ-а.

Иако постоји низ заједничких трендова, као и велики број изазова са којима се суочавају управе широм света, одговори ће се разликовати у зависности од индивидуалних контекста. Можемо утврдити минималне стандарде и критеријуме који се морају успоставити да би постојао ЈУМ.

У том смислу потребан је акциони план, који би садржао: кораке који се односе на *front office* и посебно за *back office*, функционисање адм. процедура у околностима прибављања података по службеној дужности, е-Регистра и е-ЗУП-а, важно је континуирано ажурирање база податак, и листе админ. процедура. Све то води припремама за поједностављене процедуре (поступак, рок, орган).

Свакако да је почетна фаза имплементације обухвата обуке запослених и фокусирање на основне концепте овог модела.

Ризици од увођења ЈУМ-а јесу страх од стварања уских грла јер се мисли да јединствено управно место јесте један шалтер за све. Међутим, јединствено управно место није само једно физико место већ више шалтера у згради локалне управе али и ван ње, то је и дигитално управно место на рачунарима грађанима па чек и на њиховим мобилним телефонима (моб. апликација ЈУМ-а). Друго, постоји и страх од електроничких трансакција из разлога електроничке сигурности, јер се задњих година подигла свест о ризицима, што је смањило кориштење електроничких јавних услуга. Овоме иде на руку и психолошки отпор запослених према променама.

**Predrag Dimitrijević, Ph.D**

Full Professor Faculty of Law University of Niš

**THE EFFECTIVENESS OF ADMINISTRATIVE PROCEDURES  
IN LOCAL SELF-GOVERNMENT**

**Summary**

At the beginning of the twentieth century, the aim of administrative law was to legally regulate the way the administration deals with citizens and to ensure the principle of legality. The result is the adoption of a new law on general administrative procedure. At the beginning of the twenty-first century, administrative science is facing a new challenge, which is to improve administrative technology, so as to increase the effectiveness of administrative procedures, in order to provide administrative services to customers, easily and quickly. It can best be recognized in local self-governments. The organization and functioning of one stop shop has exactly this role.

**Key words:** *administrative procedure, effectiveness, one stop shop.*



Слободан П. ОРЛОВИЋ<sup>°</sup>

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

## ТРИЈАНОНСКИ МИРОВНИ УГОВОР КАО ПРАВНИ ОСНОВ СЕВЕРНЕ СРПСКЕ ГРАНИЦЕ

**Апстракт:** Тријанонским уговором из 1920. године закључен је мир између Мађарске и држава победница у Првом светском рату. Потписник Уговора била је и Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца која је тада, између осталог, установила своју северну границу према Мађарској. Тријанонски уговор је имао тешке последице по појединце и мађарску нацију у целини па је готово читав век захтевана, директно и индиректно, његова ревизија. До тога правним путем није дошло те је северна граница данашње Србије, као даљег уставноправног следбеника Краљевине СХС, и сада, првенствено, гарантована тим уговором.

**Кључне речи:** *Тријанонски уговор, Мађарска, Србија, државна граница.*

### 1. УВОД

Мировни уговор (уговор о миру) је инструмент формалне изјаве којом се установљава трајни мир између уговорних страна, обично држава. У међународним ратовима где се сукобљава више од две државе један уговор може бити потписан од стране свих непријатељских страна; мада се, обично, склапа неколико уговора. Први светски рат је био глобални оружани сукоб који се састојао од 79 посебних (билатералних) ратова од којих је већина отпочела (иницирана) објавом рата или ултиматумом. Завршио се потписивањем пет мировних уговора, из 1919. и 1920. године у предграђима Париза, сила победница са Немачком у Версају, Аустријом у Сен Жермену, Мађарском у Тријанону (предграђе Версај), Бугарском у Нејиу и са Турском у Севру. Ступили су на снагу 1920. и 1921. године, осим уговора са Турском која је одбила да ратификује уговор после избијања Кемалистичке револуције.<sup>1</sup>

Конференција о миру у Паризу је отворена, симболично, на дан уједињења Немачке, 12. јануара 1919. године и на њој су државе

---

<sup>°</sup> Редовни професор, sorlovic@pf.uns.ac.rs

<sup>1</sup> Q. Wright, „How hostilities have ended: Peace treaties and alternatives“, 395 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1/1970, 51-61.

учеснице биле представљене преко председника влада, министара спољних послова и дипломата. Једини шеф државе који је учествовао био је председник САД, Вилсон (*Woodrow Wilson*, а касније и Масарик, *Tomáš Garrigue Masaryk*, председник Чехословачке).<sup>2</sup> 27 држава победница и пет британских доминиона је учествовало на конференцији, док су поражене државе биле само формално позиване да прихвате понуђене мировне услове. То је била јасна разлика између победника и поражених, мада ни победничке државе нису имале исту позицију, коју је било тешко уједначити због различитог броја жртава, величине трупa, разарања територије и др.<sup>3</sup>

Уговори о миру изгубили су некадашњи значај и у савремено доба они више нису правни и политички инструмент завршетка рата. У 311 ратова (у материјалном смислу – објављених и необјављених) у периоду од 1480-1970, мање од пола, 137, завршило се формално – потписивањем уговора о миру (свих 137 пре Првог светског рата).<sup>4</sup> Време после Другог светског рата пак карактеришу мање гаранције мира – ретки су мировни уговори па су се непријатељства чешће обнављала. Уместо мировних уговора склапана су примирја, договоран престанак ватре (оружаних дејстава), гушене су побуне, *de facto* се пристајало на територијалне промене, остајао је *status quo* па тако и разлози за обнављање рата.<sup>5</sup> Другим речима, без уговора о миру умањене су шансе за постизање трајног мира између зараћених страна.<sup>6</sup>

## 2. ТРИЈАНОНСКИ УГОВОР

### 2.1. Склапање Тријанонског уговора

Непосредан и општи узрок потребе за склапањем Тријанонског уговора је пораз Аустро-Угарске Монархије у Првом светском рату што је створило нужност да се уреде политички и правни односи са

---

<sup>2</sup> R. Petráš, „Organisational aspects of the Paris Peace Conference (1919–1920)“, *3 Central European Papers*, 2/2015, 34. Конференцију је отворио француски председник Поенкаре (*Raymond Poincaré*), али није учествовао у њеном даљем раду. Што се тиче Американаца, Сенат (горњи дом) Конгреса САД никад није ратификовао париске уговоре о миру па је тако практично поништио улогу председника САД на мировној конференцији.

<sup>3</sup> *Ibid*, 39.

<sup>4</sup> Q. Wright, *op. cit.* 52.

<sup>5</sup> *Ibid*, 61.

<sup>6</sup> Трајни мир – обично значи 20 година, ако се подсетимо Цеферсоновог (*Thomas Jefferson*) мишљења о нужности револуције сваких 20 година (односно да је свакој генерацији потребна револуција, *nap. C.O.*) *Ibid*, 52.



новонасталом државом Угарском (Мађарском).<sup>7</sup> Та држава је остала са мање од једне трећине територије коју је имала Краљевина Угарска у Аустро-Угарској Монархији,<sup>8</sup> а која се састојала од 64 жупаније и обухватала велики део послератне Краљевине СХС (делове данашње Србије, Хрватске и, у мањој мери, Словеније). Ради смањења напетости између Мађарске и околних држава било је неопходно закључити међународни уговор који ће гарантовати и велике државе, главне силе победнице.

Још један веома важан и конкретан разлог који је помогао склапању мировног уговора са Мађарском у „Тријанонским границама“ је чињеница да та држава више није могла да успостави власт на територијама које је до војног пораза држала. Још раније, пре закључења примирја а када је пораз Централних сила био неизбежан, у неким деловима Аустро-Угарске Монархије завладало је безвлашће, лична и имовинска угроженост. Ово није мимоишло ни наше војвођанске крајеве где су се покушавали успоставити какви-такви органи цивилне и полицијске власти, на бази добровољности.<sup>9</sup> Све то је указивало на чињеницу да немађарско словенско становништво више није хтело да живи под влашћу мађарске државе. Напротив, они су се држали Вилсоновог става (из „14 тачака“) да самоопредељење није проста фраза већ императивно начело којег ће се државници убудуће морати придржавати, што је и конкретизовано помињањем народâ Аустро-Угарске чија ће места међу нацијама (народима) бити сачувана и осигурана и којима треба омогућити слободу самосталног (аутономног) развоја.<sup>10</sup> Мада се показало да је његов идеалистички приступ - по коме су

---

<sup>7</sup> Мађарска Демократска Република (*Magyar Demokratikus Köztársaság*, 1918-19), Мађарска Совјетска Република (1919), Краљевина Мађарска (*Magyar Királyság*, 1920-44, све време без краља)

<sup>8</sup> Остала је без 72 посто територије на којој је живело око 3.425.000 Мађара.

<sup>9</sup> У Новом Саду се почетком новембра 1918. године распала градска полиција и почели су да харају наоружани пљачкаши. В. Hrabak, *Dezerterstvo, zeleni kadar i prevratna anarhija u jugoslovenskim zemljama 1914-1918*, Filozofski fakultet, Institut za istoriju, Novi Sad, 1990, 313. Петог новембра је пљачкање и безвлашће у Новом Саду достигло врхунац па је градска власт поделила оружје новосадским Србима организованим у Српску народну стражу, али је тек образовање наоружаног одреда од српских ратних заробљеника (под командом поручника Бошка Павловића) допринело смиривању ситуације у граду и његовој околини. С. Бјелица, *Ослобођење Новог Сада 1918. године – сведочанства и полемике*, Градска библиотека, Нови Сад, 2018, 11-12.

<sup>10</sup> Тачка X Адресе Вудроа Вилсона (обраћање Конгресу у 14 тачака). Вид. Woodrow Wilson, *Address of the President of the United States - delivered at a joint session of the two houses of Congress, January 8, 1918,*

колонијалистичко ривалство, моћна војска и равнотежа снага водили у рат, док национално самоопредељење, отворена дипломатија, демократија и економска независност воде ка миру – погрешан.<sup>11</sup>

И Беч је захтевао да се примирје склопи на основу „14 тачака“, али је председник Вилсон то одбио подвукавши да су САД признале у најширем обиму оправданост југословенских националних тежњи,<sup>12</sup> да би америчка валада тек 26. јуна 1918. године објавила да је њен циљ у рату да разбије „умјетну аустријску царевину“.<sup>13</sup> Готово пола године после тога на југословенским просторима те бише царевине основана је нова држава - Краљевство Срба, Хрвата и Словенаца.<sup>14</sup> Његова улога, као и других новостворених држава (Чехословачке, велике Румуније, Пољске), већ је раније одређена, да буде „непремостива препрека за германска настојања“ (амерички државни секретар Ленсинг, *Robert Lansing*).<sup>15</sup>

Губитак фактичке власти на претежном делу дотадашње територије, чињеница да су на тим просторима формиране нове или обновљене старе државе, што је потврђено Версајским мировним уговором, као и потпуна политичка нестабилност и несугурност, довело је Мађарску пред једну једину могућност - да као поражена страна у рату потпише мировни уговор са свим последицама које тај чин носи.

На мировну конференцију мађарска делегација је коначно стигла (након што је формирана конзервативна влада) 7. јануара 1920. године, али не да преговара – није било уступака нити озбиљније дебате, већ да једноставно прихвати донете одлуке.<sup>16</sup> Отуда су поразене стране

---

<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015074797914;view=1up;seq=3>, 3. јануар 2019.

<sup>11</sup> B. Küntay, „Peace through Institutions: Woodrow Wilson and the Paris Peace Conference“, 8 *Journal of Gazi Academic View*, 15/2014, 83.

<sup>12</sup> Ђ. Ђ. Stanković, *Nikola Pašić, saveznici i stvaranje Jugoslavije*, Nolit, Beograd, 1984, 241

<sup>13</sup> М. Екмечић, *Стварање Југославије 1790-1918*, 2, Просвета, Београд, 1989, 773-774.

<sup>14</sup> Чин оснивања нове државе различито правно и политички сагледавају стране учеснице: Краљевина Србија Прводецебарски акт уједињења није видела као уговор између две државе, док је у хрватској јавности преовладавао став да је то акт уједињења двеју држава – Државе Словенаца, Хрвата и Срба и Краљевине Србије. Опширније: М. Stefanovski, *Ideja hrvatskog prava i stvaranje Jugoslavije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008, 358-359.

<sup>15</sup> A. D. Low, „The Soviet Hungarian Republic and the Paris Peace Conference“, 53 *Transactions of the American Philosophical Society*, 10/1963, 9.

<sup>16</sup> C. Aylmer Macartney, *Hungary and her successors: The treaty of Trianon and its consequences, 1919-1937*, Oxford University Press, Oxford, 1937, 39.

конференцију називале „диктатом“.<sup>17</sup> Мађарска делегација је коначно, после одласка па повратка у Париз, 4. јуна потписала Тријанонски уговор, који је ратификован 13. новембра исте године. Комисија за разграничење је имала задатак да одреди нове границе Мађарске и у томе су јој помагали бројни стручњаци ангажовани од стране Савезничких и удружених сила. За повлачење граничне линије према СХС основана је комисија од седам чланова (од којих је један представник Мађарске). Пошто је у њеном раду представник Мађарске у мањини, предвиђена је могућност исправљања комисијских одлука ако би се утврдило да постоји општи интерес да се нека етничка или економска неправда исправи – слао би се извештај Друштву народа како би се направила промена по принципу „пријатељских исправки“ (било је само неколико безначајних промена).<sup>18</sup> Одбијање бројних мађарских приговора и доказа, објављених у тротомном штиву „Мађарски мировни преговори“, наводило је ауторе на закључак да истина није имала утицај на рад мировне конференције, а да је такво поступање својствено гангстерским методама.<sup>19</sup> Тиме је Мађарска, закључује се, као бранилац западне цивилизације и чувар хришћанства, унакажена.<sup>20</sup>

## 2.2. Садржај Тријанонског уговора

Уговор о миру са Угарском из 1920. године, познатији као Тријанонски уговор,<sup>21</sup> одредио је северну границу данашње Србије и тако постао њен први правни основ. Под Тријанонским уговором се заправо крије више правних аката (уговора, декларација, протокола, конвенција) који су закључени између Главних сила (Сједињених Америчких Држава, Британске Империје, Француске, Италије и Јапана) и других држава које су, заједно са Главним силама, чиниле уговорни страну као Савезничке и удружене силе (Белгија, Кина, Куба, Грчка, Никарагва, Панама, Пољска, Португалија, Румунија, Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца и Чехо-

---

<sup>17</sup> В. Е. Schmitt, „The Peace Treaties of 1919-1920“, *104 Proceedings of the American Philosophical Society*, 1/1960, 103. Замерало се што конференција није била доследна у оцени аргументације (поражене државе нису ни имале право на усмену дебату, за разлику од свих дотадашњих мировних конференција), већ у томе да други народи треба да се ослободе немачке и мађарске власти. *Ibid*, 105.

<sup>18</sup> С. А. Macartney, *op. cit.* 39-40.

<sup>19</sup> L. Kossuth Birinyi, *Why the Treaty of Trianon is Void*, V. L. R. Simmons, Grand Rapids 1938, 169.

<sup>20</sup> *Ibid*, 171.

<sup>21</sup> По дворцу Велики Трианон (*Le Grand Trianon*) где је уговор склопљен, који је део Версајског дворског комплекса у Паризу.

Словачка) са једне стране и Угарске, са друге стране. Угарска делегација није учествовала у преговорима већ је позвана да потпише уговор.<sup>22</sup>

Тријанонски уговор је имао основни циљ да правно престану непријатељства (примирје је већ наступило војном конвенцијом од 13. новембра 1918. године), односно да се заврши формално стање рата између Угарске и Савезничких и удружених сила и да се оствари чврст, праведан и трајан мир. Угарска није постојала као независна држава у време отпочињања непријатељстава на почетку Првог светског рата 1914. године, али је стекла статус уговорне стране у овом међународном уговору јер је некадашња Аустро-Угарска Монархија као држава поражена и престала да постоји 1918. године.<sup>23</sup>

Тријанонски уговор је по садржају сложен акт јер у њему, поред питања у вези са односом држава победница и Угарске, постоје и одредбе о новој међународној организацији, Друштву народа. Оно се образује у циљу „развоја сарадње између народа и да би им се гарантовао мир и безбедност (...)“.<sup>24</sup>

Други део Тријанонског уговора уређује границе Угарске са: Аустријом, државом Срба-Хрвата-Словенаца (Краљевином СХС), Румунијом и Чехо-Словачком. У другом одељку трећег дела Уговора, Угарска прихвата „политику европских клаузула“ према: Италији, држави Срба-Хрвата-Словенаца, Румунији, држави Чехо-Словачкој, Фијуми (Риједи); обавезује се на заштиту мањина, прихвата клаузуле о држављанству и политичке клаузуле о неким европским државама (Белгији, Луксембургу, Шлезвигу, Турској и Бугарској, Аустрији, Русији и руским државама), одриче се било каквих права на територијама изван

---

<sup>22</sup> Делегација је држана у кућном притвору тако да није ни могла учествовати у преговарању, вид. <https://dailynewshungary.com/95th-anniversary-of-the-treaty-of-trianon/>, 24. децембар 2018. Вођа делегације, гроф Алберт Апоњи (*Albert Apponyi de Nagyappony*) је био у потпуно црном оделу са цилиндром, као и остали чланови делегације, чиме је изражавана жалост због пропасти дотадашње велике Угарске која је потврђена потписом 4. јуна 1920. године (о мађарској делегацији вид. <http://trianon100.hu/blogpost/the-composition-of-the-hungarian-delegation-at-the-paris-peace-conference>, 24. децембар 2018). Постоје казивања да је мађарска делегација потом заплакала, отпевала химну и отишла.

<sup>23</sup> Са Аустријом је раније склопљен Сенжерменски уговор, 10. септембра 1919. године (*Le traité de Saint-Germain-en-Laye*) у истоименом париском дворцу, с тим да је наша делегација одбијала да потпише уговор све до 5. децембра 1918. године. Вид. А. Митровић, *Jugoslavija na konferenciji mira 1919-1920*, Zavod za izdavanje udžbenika, Beograd, 1969, 200-206.

<sup>24</sup> Преамбула Пакта Друштва народа, први део Тријанонског уговора. Коришћен текст: *Уговор о миру са Угарском (Тријанонски уговор)*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1927. Вид. и [https://wwi.lib.byu.edu/index.php/Treaty\\_of\\_Trianon](https://wwi.lib.byu.edu/index.php/Treaty_of_Trianon), 24. децембар 2018.

њених граница (утврђених чланом 27 Уговора). У четвртном делу Уговора уређују се угарски интереси изван Европе (у Мароку, Египту, Сијаму, Кини), док се пети део састоји од војних, поморских и ваздушних клаузула (чл. 102-143).

Потом Уговор садржи одредбе о ратним заробљеницима, гробовима, санкцијама, накнади штете, финансијске и економске клаузуле (од шестог до 10. дела уговора, чл. 140-259). Питања у вези са ваздухопловством, пристаништима, воденим путевима и железничким пругама уређена су у наредна два дела, док је оснивање организације рада предмет последњег тематског дела Уговора (13. део). Уговор завршава разним клаузулама (14. део), Протоколом (прелазним одредбама) и Декларацијом у којој се угарска влада обавезује да пружи податке о потапанним лађама и товарима.

Краљевина СХС и Угарска основале су и Избрани суд са седиштем у Хагу (на основу чл. 239 Уговора)<sup>25</sup> који суди спорове у вези са применом делова 3-5 и 7 Уговора, као и спорове у вези са приватно-правним уговорима приватних лица из страна уговорница, закљученим пре ступања на снагу Уговора, осим оних уговорних односа који су изузети.

### 3. ОДРЕДБЕ О ГРАНИЦАМА И ДРУГЕ КОЈЕ СЕ ТИЧУ ДРЖАВЕ СРБА-ХРВАТА-СЛОВЕНАЦА

Веома опширан правни акт, какав је Тријанонски уговор са 364 члана, само се малим делом директно односи на новоосновану Краљевину СХС. Уставноправни значај тих одредби је првенствено у томе што је њима установљена северна граница данашње Србије. Тај уговор правно обавезује савремену Мађарску, као и Србију без обзира на то што оне нису биле уговорна страна (нису тада ни постојале као државе). Правна снага овог уговора постоји у односу на Србију јер је она правни следбеник (сукцесор) треће (СР) Југославије (односно Државне заједнице Србија и Црна Гора), а друга (ДФР, ФНР и СФР) Југославија је следбеник Краљевине СХС односно Краљевине Југославије. Произлази да постојећа српска северна граница има највећу могућу међународноправну гаранцију јер је установљена мировним уговором који су потписале велике силе као њени гаранти. Оно што је практично било важно за утврђивање ових граница и претходило му, јесте дозвола комаданта савезничких армија на Солунском фронту, Франше Депереа (*Franchet d'Esperey*) да Српска војска заузме Темишвар на истоку, Суботицу на западу и Печуј на југу и

---

<sup>25</sup> Објављено као Обзнана Одељења за извршење међународних уговора Министарства Иностраних Дела, бр. 7312 од 31. октобра 1924. године.

на тај начин стекне што бољу позицију за повлачење границе будуће југословенске државе према Угарској. Али било је и другачијих намера – по Америчком обавештајном одсеку (*American Intelligence Department*) граница је требало да иде повољније за Угарску, јужније: изнад Бездана, Сомбора, Новог Врбаса, Старог Бечеја, Аде и Великог Семиклуша.<sup>26</sup> Са мађарске стране пак утврђене границе се критикују и због тога што нису поштовале етнички принцип, географски, хидрографски, природни (осим реке Драве), ни историјски.<sup>27</sup>

У члану 27 другог дела Уговора уређене су границе Угарске (географске карте су саставни део Уговора) према свим околним државама, укључујући и државу СХС. Један део овог члана обухвата границу између даншње Мађарске и Србије (укључујући и Барању која се заједно са Банатом и Бачком присајединила Краљевини Србији 25. новембра 1918. године). Граница између Барање - која је једним делом област у данашњој Хрватској, а другим, већим, у Мађарској - и Угарске одређује се: „од прилике на 9 километара источно од Михољацдољнија (Доњи Михољац, *нап. С.О*); Некадашња административна граница, између Угарске и Хрватске-Славоније, исправљена тако да оставља потпуно на угарском земљишту железничку пругу Ђекењеш – Барч заједно са станицом Гола; Одатле, ка истоку па до коте 93, од прилике на 3 километра југо-западно од Барањавара (Брањин Врх, *нап. С.О*); Линија, која ће се повући на терену тако да пролази северно од места Торјанц, Леч и Бенге (Шумарина, насеље у Белом Манастиру, *нап. С.О*) а јужно од Кашада, Беремнда са железничком станицом и Илочке; Одатле, ка северо-истоку па до тачке на току Дунава која ће се одредити на терену од прилике на 8 километара северно од коте 169 (Кишкесег) (Батина, *нап. С.О*); Линија, која ће се повући на терену тако да пролази западно од Барањавара, Фехерцеглака (Кнежево, *нап. С.О*) и да оставља Држави Срба-Хрвата-Словенаца железничку пругу, која спаја обадва места непосредно на распутници северно од Барањавара и од Даљока (Дубошевица, *нап. С.О*), а источно од Иван-Дарде (Иванда, *нап. С.О*), Шарока, Удвара и Изабелафелда (заједно са његовом железничком пругом); Одатле, ка истоку-северо-истоку па до тачке на току Киђоша (река Плазовић, *нап. С.О*) од прилике на 3 километра источно-југо-источно од станице Бачмадараш (Мадараш, *нап. С.О*); Линија, која ће се повући на терену, тако да пролази између места Херчегсанто (Сантово, *нап. С.О*) и Берг (Бачки Брег, *нап. С.О*), за тим иде у главном току Киђоша но обилазећи са севера Риђичу (Риђица, *нап. С.О*); Одатле ка

---

<sup>26</sup> С. А. Macartney, *op. cit.* 393.

<sup>27</sup> Е. Lőrinczné Bence, „Trianon és Magyarország déli határrégiói“, 3 *Közép-Európai Közlemények*, 4/2010, 74-75.

истоку-северо-истоку па до тачке која ће се одредити на рукавцу Тисе (Тајсе) од прилике на 5½ километара источно-северо-источно од станице Хоргош; Линија, која ће се повући на терену, тако да пролази јужно од Кун-Баје, да сече железничку пругу од Суботице до Бачалмаша од прилике на 1 километар 500 м. источно од станице Чикерије, да сече железничку пругу од Суботице до Кишкунхалаша од прилике на 5 километара јужно од станице Келебије и да пролази северно од Хоргоша и његове железничке станице а јужно од Рекес-Сентмихалитека (Реске, *нап. С.О*); Одатле, ка југо-истоку па до Тисе: Средња линија рукавца; Одатле, уз воду од прилике 5 километара па до тачке која ће се на терену одредити: ток Тисе: Одатле, у главноме ка истоку па до тачке, која ће одредити на терену од прилике на 4 километра југо-западно од станице Кишсомбора, од прилике источно-југо-источно од коте 84 и југо-југо-западно од коте 83, а која је заједничка трима границама Румуније, Угарске и Државе Срба-Хрвата-Словенаца; Линија, која ће се повући на терену и која пролази између места Ђала и Осентивана (Нови Сентиван, *нап. С.О*) и између Обеб-а (Стара Беба у данашњој Румунији, *нап. С.О*) и Кибеказе (Кибехказа, *нап. С.О*).<sup>28</sup>

У трећем делу уговора који је насловљен „Политика Европске Клаузуле“, Одељак други, чл. 41-44, говори се о политичким и правним односима Угарске и Државе Срба-Хрвата-Словенаца. „Угарска признаје, као што су то већ учиниле савезничке и удружене Силе, потпуну независност Државе Срба-Хрвата-Словенаца“ (чл. 41). У следећем члану разрађује се ово признање нове државе: „Угарска се одриче, у колико се ње тиче, у корист Државе Срба-Хрвата-Словенаца, свих права и правних основа на територије некадашње аустро-угарске монархије, које лежи изван граница Угарске, онако како их је описао у члану 27. Другог Дела (Границе Угарске) и признао овај Уговор или сваки други уговор закључен у циљу уређења садашњих питања, као саставни део Државе Срба-Хрвата-Словенаца“. У вези са конкретним повлачењем граничне линије образоваће се „једна комисија састављена од седам чланова, од којих ће пет поставити Главне Силе савезничке и удружене, једног Држава Срба-Хрвата-Словенаца и једног Угарска, образоваће се за петнаест дана од ступања у важност овога Уговора са задатком да на самоме месту утврди граничну линију, како је описао у члану 27. Другог Дела (Границе Угарске) (чл. 43). У каснијем члану (74) „Угарска изјављује, да признаје већ од сада и усваја границе“, између осталих, и Државе Срба-Хрвата-Словенаца, „онако како Главне Силе савезничке и удружене те границе буду утврдиле“.

---

<sup>28</sup> Чл. 27, Уговор о миру са Угарском (Тријанонски уговор), 24-25.

Како на територијама нове државе остаје да живи већи број становништва мађарске националности, „Држава Срба-Хрвата-Словенаца признаје и потрђује, према Угарској своју обавезу да усвоји, да се унесу у један уговор са Главним Силама савезничким и удруженим прописи које те Силе буду сматрале као потребне ради заштите у Држави Срба-Хрвата-Словенаца интереса оних становника, који се од већине становништва разликују по раси, по језику или по вери; као и ради заштите слободе транзита и једног правичног режима за трговину других Народа.“ Уз ово, у члану 76 се прописује да „ниједан становник са територија некадашње аустро-угарске монархије не може бити узнемираван или кињен, било због свога политичког држања од 28. јула 1914. па до коначног признања суверенства на тим територијама, било због регулисања његовог држављанства према овом Уговору“.

Нова територија доноси Држави СХС и финансијске обавезе па је и то уређено истим чланом: „Сразмера и природа финансијских терета Угарске, које ће Држава Срба-Хрвата-Словенаца имати да поднесе због територије која се ставља под њено суверенство, утврдиће се саобразно члану 186. Деветог Дела (Финансијске Клаузуле) овога Уговора. Доцније конвенције расправиће сва питања која овај Уговор не буде распрвио, а која би уступање речене територије могло изазвати“ (чл. 44).<sup>29</sup>

#### 4. ПОСЛЕДИЦЕ И ТРАЈНОСТ ТРИЈАНОНСКОГ УГОВОРА

Последице Тријанонског уговора по колективну и појединачну националну свест Мађара биле су тешке, описиване као малигна национална болест, „Тријанонски синдром“.<sup>30</sup> Лично су се осећали тако да никада неће повратити своју снагу (*Gyula Szekfű*), да су им опустошена памет и срца.<sup>31</sup> За потоњу државну политику се може рећи да су послетријанонски режим били десничарски и реваншистички настројени према суседима.<sup>32</sup> Али, правно Тријанонски уговор није отказан. Мађарска је практично отказала, односно стварно једнострано иступила из Тријанонског уговора у марту 1939. године када је припојила

---

<sup>29</sup> Чл. 41-44, *ibid*, 35-37 и 47-48.

<sup>30</sup> Вид. <https://foreignpolicy.com/2015/10/28/hungarys-500-year-old-victim-complex-nazis-habsburgs/>, 28. децембар 2018.

<sup>31</sup> S. Béla Várdy, „The Impact of Trianon upon Hungary and the Hungarian Mind: The Nature of Interwar Hungarian Irredentism”, *10 Hungarian Studies Review*, 1/1983, 22-23. О истраживачима, њиховим делима и ставовима у послетријанонском времену вид. I. Polgar, „Perceptions of Trianon during the Interwar Period”, *Analele Universității din Oradea*, Tom III, 2011, 7-12.

<sup>32</sup> С. Бабић, *Мађарска цивилизација*, Завод за културу војвођанских **Мађара**, Сента, 2009, 115.



(окупирала) Карпатску Украјину (Рутенија, највећим делом у данашњој Украјини) и када су мађарске трупе ушле у Пољску (22. септембра 1939). Исте године Мађарска је иступила из Друштва народа, нове међународне институције која је била део мировних уговора закључених после Првог светског рата па је и то био свејеврсни удар на Тријанонски уговор.

Свему овоме претходили су ставови да елиминисање Тријанонског уговора није само мађарски него и светски проблем и да треба да се учини без одлагања.<sup>33</sup> Истицан је, од присталица ревизионизма, недопустиво лош положај мађарске националне мањине у суседним државама, посебно у Румунији и Југославији.<sup>34</sup> Ипак, у отпочетом рату Мађарска се држала формално неутрално све до 1941. године (када јој је Уједињено Краљевство објавило рат). Њене су трупе учествовале у инвазији на Краљевину Југославију и Совјетски Савез (без објаве рата), али није било отказивања Тријанонског уговора пре свега због тога што је и Румунија била на истој ратној страни, са нацистичком Немачком.<sup>35</sup>

С друге стране, постоје и мишљења да у вези са Тријанонским уговором није све црно по мађарску нацију – њиме се утврђују принципи континенталног (европског) мира, а вишенационалне царевине које су се простирале од Балтика до Медитерана (Хабзбуршка и Отоманска) деле се по принципу самоопредељења народа и националних држава.<sup>36</sup> Такође, има оцена да су се успех париске мировне конференције и Тријанонски уговор показали и као неуспех Срба јер су створили државу препуну различитих религија, културних разлика и историје.<sup>37</sup>

Неуспех трајније промене Тријанонског уговора ратним путем у Другом светском рату, усмерило је размишљања на ревизију Тријанонског уговора мирним начином. Међутим, то без договора, прво, великих сила а

---

<sup>33</sup> L. K. Birinyi, *op. cit.* 226.

<sup>34</sup> Y. de Daruvar (на мађарском: *Imre Kacs Kovics Daruvári*), *The Tragic Fate of Hungary*, Munich, 1974, 111 и даље, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.733.2389&rep=rep1&type=pdf>, 4. јануар 2019. Наводи се и да је Југославија посебно била злогласна због „дивљега“ угњетавања свих расних мањина без изузетка, од стране Срба – Бугари, Македонци, Албанци, Хрвати и Мађари били су присиљени делити исту судбину. *Ibid*, 113.

<sup>35</sup> Вид. N. Dreisziger, „The Long Shadow of Trianon: Hungarian Alliance Policies during World War II“, *17 Hungarian Studies*, 1/2003, 43-45. Мађарска је радије била за арбитражу око територија, него за рат са Румунијом. *Ibid*, 41.

<sup>36</sup> Вид. F. Glatz, „Trianon-Past and Present“, 1997, 65, [http://real.mtak.hu/35057/1/1997\\_Glatz\\_Trianon\\_Past\\_and\\_Present\\_u.pdf](http://real.mtak.hu/35057/1/1997_Glatz_Trianon_Past_and_Present_u.pdf), 3. јануар 2019.

<sup>37</sup> E. L. Bencze, *op. cit.* 75.

потом и држава на које би се те промене односиле, није могуће.<sup>38</sup> Ипак, у савременој Мађарској, посебно крајем прошлог века, крајња политичка десница па и умерена десница, отворено говоре о промени граница по „неправедном“ Тријанонском уговору.<sup>39</sup> Тако се у периоду од 1990-2002. године у 443 говора, од укупно скоро 12.000, директно позивало на Тријанонски уговор, што ипак није превелики број. То су чинили посланици десног политичког крила (Јобик, *Jobbik Magyarországért Mozgalom*, и Фидес, *Fidesz – Magyar Polgári Szövetség*).<sup>40</sup>

До данас не постоји одлука о формалном поништењу Тријанонског уговора од стране Мађарске, али је мађарски Парламент на деведесетогодишњицу Тријанона донео (31. маја 2010. године) одлуку о проглашењу 4. јула Даном националног јединства, што је датум када је потписан Тријанонски уговор. Ово је од стране политичких званичника неких суседних држава проглашено поништавањем Тријанонског уговора,<sup>41</sup> иако се по међународном јавном праву таква одлука не може сматрати отказом међународног уговора. Стога је Тријанонски уговор најстарији и, још увек, важећи правни основ северне српске границе.

## ЛИТЕРАТУРА

Бабић, С., *Мађарска цивилизација*, Завод за културу војвођанских **Мађара**, Сента, 2009.

Бјелица, С., *Ослобођење Новог Сада 1918. године – сведоанства и полемике*, Градска библиотека, Нови Сад, 2018.

---

<sup>38</sup> Препреке на путу ревизије Тријанонског уговора су огромне: противљење оних држава које су имале корист од реорганизације централно-источне Европе 1919. године, антагонизам између великих сила и у вези са тим њихове симпатије или противљење таквим мађарским настојањима, релативна неважност Мађарске у економском, војном и дипломатском смислу. Е. S. Balogh, „Peaceful Revision: The Diplomatic Road to War”, *10 Hungarian Studies Review*, 1/1983, 43.

<sup>39</sup> L. Karsai, „The radical right in Hungary“, *The Radical Right in Central and Eastern Europe Since 1989* (ed. S. P. Ramet), *Pennsylvania State University Press, University Park, 1999, 135*. Критикована је тадашња (социјалистичко-либерална) влада што није искористила распад Југославије и Чехословачке, већ је потписала уговоре са државама сукцесорима.

<sup>40</sup> G. Gyáni, „The Memory of Trianon as a Political Instrument in Hungary Today“, *The Convolutions of Historical Politics* (eds. A. Miller, M. Lipman), *Central European University Press, Budapest, 2012, 103*.

<sup>41</sup> Вид. <http://www.kormany.hu/en/news/day-of-national-unity-commemorations-nationwide>, <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/11/region/719344/trijanon-svadja-madjarsku-i-cesku.html>, 28. децембар, 2018.

Екмечић, М., *Стварање Југославије 1790-1918*, 2, Просвета, Београд, 1989.đž

Mitrović, A., *Jugoslavija na konferenciji mira 1919-1920*, Zavod za izdavanje udžbenika, Beograd, 1969.

Hrabak, B., *Dezerterstvo, zeleni kadar i prevratna anarhija u jugoslovenskim zemljama 1914-1918*, Filozofski fakultet, Institut za istoriju, Novi Sad, 1990.

Stanković, Đ. Đ., *Nikola Pašić, saveznici i stvaranje Jugoslavije*, Nolit, Beograd, 1984.

Stefanovski, M., *Ideja hrvatskog prava i stvaranje Jugoslavije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu Beograd 2008.

*Уговор о миру са Угарском (Тријанонски уговор)*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1927.

Balogh, E. S., „Peaceful Revision: The Diplomatic Road to War”, *10 Hungarian Studies Review*, 1/1983.

Bencze Lőrinczné, E., „Trianon és Magyarország déli határrégiói“, *3 Közép-Európai Közlemények*, 4/2010.

Birinyi Kossuth, L., *Why the Treaty of Trianon is Void*, V. L. R. Simmons, Grand Rapids, 1938.

Daruvar, de Y., (Imre Kacs Kovics Daruvári), *The Tragic Fate of Hungary*, Munich, 1974,  
<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.733.2389&rep=rep1&type=pdf>.

Glatz, F., „Trianon-Past and Present”, 1997, 65,  
[http://real.mtak.hu/35057/1/1997\\_Glatz\\_Trianon\\_Past\\_and\\_Present\\_u.pdf](http://real.mtak.hu/35057/1/1997_Glatz_Trianon_Past_and_Present_u.pdf).

Gyáni, G., „The Memory of Trianon as a Political Instrument in Hungary Today“, *The Convolutions of Historical Politics* (eds. A. Miller, M. Lipman), Central European University Press, Budapest, 2012.

Karsai, L., „The radical right in Hungary“, *The Radical Right in Central and Eastern Europe Since 1989*, (ed. S. P. Ramet), Pennsylvania State University Press, University Park, 1999.

Küntay, B., „Peace through Institutions: Woodrow Wilson and the Paris Peace Conference“, *8 Journal of Gazi Academic View*, 15/2014.

Low, A. D., „The Soviet Hungarian Republic and the Paris Peace Conference“, *53 Transactions of the American Philosophical Society*, 10/1963.

Macartney, A. C., *Hungary and her successors: The treaty of Trianon and its consequences, 1919-1937*, Oxford University Press, Oxford, 1937.

Petráš, R., „Organisational aspects of the Paris Peace Conference (1919–1920)“, *3 Central European Papers*, 2/2015.

Polgar, I., „Perceptions of Trianon during the Interwar Period”, *Analele Universităţii din Oradea*, Tom III, 2011.

Schmitt, B. E., „The Peace Treaties of 1919-1920“, *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 104, No. 1, 1960.

Várdy, S. B., „The Impact of Trianon upon Hungary and the Hungarian Mind: The Nature of Interwar Hungarian Irredentism”, *10 Hungarian Studies Review*, 1/1983.

Wilson, W., *Address of the President of the United States - delivered at a joint session of the two houses of Congress*, January 8, 1918, <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015074797914;view=1up;seq=3>.

Wright, Q., „How hostilities have ended: Peace treaties and alternatives“, 392 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1/1970.

<https://dailynewshungary.com/95th-anniversary-of-the-treaty-of-trianon/>

<http://trianon100.hu/blogpost/the-composition-of-the-hungarian-delegation-at-the-paris-peace-conference>

[https://wwi.lib.byu.edu/index.php/Treaty\\_of\\_Trianon](https://wwi.lib.byu.edu/index.php/Treaty_of_Trianon)

<https://foreignpolicy.com/2015/10/28/hungarys-500-year-old-victim-complex-nazis-habsburgs/>

<http://www.kormany.hu/en/news/day-of-national-unity-commemorations-nationwide>

<http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/11/region/719344/trijanon-svadja-madjarsku-i-cesku.html>

**Slobodan P. ORLOVIĆ, Ph.D**<sup>o</sup>  
Faculty of Law University of Novi Sad

## **THE TREATY OF TRIANON AS A LEGAL BASIC OF THE NORTHERN SERBIAN BORDER**

### **Summary**

By the Treaty of Trianon 1920 the peace agreement was signed between Hungary and victorious states of the First World War. The signatory of the Treaty was the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenians too, which at that time, among other, established its northern border to Hungary. The Treaty of Trianon had heavy consequences to individuals and to the Hungarian nation as a whole, so almost the entire century Hungarians requested, directly and indirectly, its revision. The revision did not happen by a legal way, so the northern Serbian border of contemporary Serbia, as the further successor of the Kingdom of SHS is still, primarily, guaranteed by that treaty.

**Key words:** *the Treaty of Trianon, Hungary, Serbia, border of state.*

---

<sup>o</sup> Ph. D., Full Profesor, sorlovic@pf.uns.ac.rs



Дарко СИМОВИЋ\*

Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд

## УСТАВНА НАЧЕЛА ОСТВАРИВАЊА ЉУДСКИХ ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

**Апстракт:** Општеприхваћено је гледиште да је Уставом Републике Србије од 2006. године учињен значајан напредак у области конституционализације људских права. Каталог људских права је битно проширен, а механизми њихове заштите су учињени делотворнијим. Међутим, сагледано из номотехничке перспективе, део посвећен људским правима је најслабији део Устава, будући да је оптерећен бројним непрецизностима, противречностима и двосмисленостима. Такви недостаци могу да створе проблеме при остваривању људских права у пракси. Управо из тог разлога, овај рад има за циљ да анализира уставна начела остваривања људских права, јер ће њихово исправно разумевање допринети превазилажењу или бар ублажавању номотехничких недостатака уставних норми.

**Кључне речи:** *Устав Републике Србије, уставна начела, људска права, међународно право, Уставни суд, дискриминација.*

### 1. УВОД

Без обзира на већ увелико одмакао процес интернационализације људских права, значај уставног регулисања људских права на националном нивоу је несмањен.<sup>1</sup> Национални механизми заштите људских права и даље имају примарну улогу. Државе су те које иницијално штите људска права. Отуда, међународно право људских права и уставно право људских права не треба посматрати као ривалске нормативне поретке који се међусобно искључују. Њихов однос није

---

\* Редовни професор, [darko.simovic@kpu.edu.rs](mailto:darko.simovic@kpu.edu.rs)

\*\* Овај рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта које финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (бр. 179045).

<sup>1</sup> Д. Симовић, „Интернационализација уставног права – пример Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 81/2018, 15-30.

заснован на конфликту, већ на комплементарности.<sup>2</sup> Међународни механизам заштите људских права је супсидијарног карактера и активира се само у случајевима неделотворности националног механизма.

Према становишту Венецијанске комисије, „садржина основних права је уставна материја *par excellence*“<sup>3</sup>. Упркос све развијенијим међународним механизмима заштите људских права, Венецијанска комисија закључује да је сасвим разумљиво да грађани једне државе желе да имају сопствени каталог људских права који ће одражавати постигнути друштвени консензус при доношењу устава.<sup>4</sup> То није реч само о симболичној улози каталога људских права, будући да конституционализовање људских права има и практични значај њиховог позиционирања у (непосредну) надлежност Уставног суда. Ипак, Венецијанска комисија наглашава да национални устав не сме да противречи међународним конвенцијама о људским правима.<sup>5</sup> Уставотворци треба да обезбеде да национални ниво заштите људских права није испод међународних стандарда, а државе се охрабрују да предвиде виши ниво заштите људских права у својим уставима.<sup>6</sup>

Када је реч о Уставу Србије из 2006. године, зајемчени каталог људских права у великој мери је усаглашен са постојећим међународним стандардима у овој области. То није остало незапажено, имајући у виду да се Венецијанска комисија изразито афирмативно изразила о уставноправном регулисању материје људских права у Србији.<sup>7</sup> Међутим, правно-занатски сагледано, део Устава посвећен људским правима одликују битне номотехничке слабости. Како је то метафорично исказано у нашој уставноправној литератури, при уређивању материје људских права уставотворац је био непримерено „распеван“<sup>8</sup>. Непрецизност и неконзистентност уставних решења могу да изазову значајне проблеме при практичном остваривању људских права. Отуда, више пажње треба

---

<sup>2</sup> J. Valears, “Constitutional Versus International Protection of Human Rights: Added Value or Redundancy? The Belgian Case, in the light of the Advisory Practice of the Venice Commission”, *Revue Interdisciplinaire d’Etudes Juridiques*, 2/2016, 266.

<sup>3</sup> Venice Commission, *Opinion on the new Constitution of Hungary* (Venice, 17-18 June 2011), CDL-AD(2011)016.

<sup>4</sup> Venice Commission, *Preliminary opinion on the draft amendments to the Constitution of Bosnia and Herzegovina* (Venice, 7 April 2006), CDL(2006)027.

<sup>5</sup> Вид. J. Valears, 289-290.

<sup>6</sup> Venice Commission, *Opinion on the new Constitution of Finland* (Venice, 14-15 March 2008), CDL-AD(2008)010.

<sup>7</sup> Venice Commission, *Opinion on the Constitution of Serbia* (Venice, 17-18 March 2007), CDL-AD(2007)004.

<sup>8</sup> Р. Марковић, „Устав Републике Србије од 2006. – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2006, 42.



посветити начелима остваривања људских права које је сам уставотворац прокламовао као претходницу каталога људских права. Реч је о сегменту уставне материје који је неоправдано запостављен у научним и стручним расправама. Управо због тога, овај рад има за циљ да критички сагледа уставом прокламована начела остваривања људских права.

## 2. НАЧЕЛО НЕПОСРЕДНЕ ПРИМЕНЕ ЗАЈЕМЧЕНИХ ПРАВА

Устав прокламује непосредну примену Уставом зајемчених људских и мањинских права (члан 18. став 1). Ово начело подразумева да су прокламована уставна јемства довољна за остваривање зајемчених људских и мањинских права у пракси. Дакле, није неопходно да уставне норме буду операционализоване законом или неким другим правним прописом ради практичне остваривости уставних права. У том смислу, суд и сваки други орган који одлучује о праву појединца може непосредно применити уставно правило на конкретан случај. У складу са начелом непосредне примене Уставом зајемчених људских и мањинских права проширена је и надлежност Уставног суда. Наиме, Уставни суд, поред заштите уставности и законитости, штити људска и мањинска права и слободе (члан 166. став 1) непосредно путем уставне жалбе (члан 170).

Прецизирајмо да ово уставно начело нема подједнак правни домашај у односу на сва људска и мањинска права. Људска и мањинска права из уставног каталога могу бити разврстана у две категорије. Прву групу чине људска и мањинска права чија је садржина утврђена Уставом и која имају својство непосредне примењивости. Другу групу чине људска и мањинска права које Устав само јамчи, али не одређује њихову садржину, већ препушта законодавцу да их ближе одреди. Реч је о људским и мањинским правима које немају својство непосредне примењивости, јер их је Устав само прокламовао са резервом у корист законодавног органа. Да би се таква права остварила неопходно је њихово даље правно уобличавање. Отуда, таква уставна права стварају својеврсну обавезу за законодавни орган да уреди њихову садржину, јер без операционализације начелног уставног јемства не постоји могућност њиховог практичног остваривања. У таква људска и мањинска права спадају, примера ради, право на рад (члан 60), право на штрајк (члан 61), право наслеђивања (члан 59), право на правну помоћ (члан 67), право запосленог на накнаду зараде у случају привремене спречености за рад (члан 69. став 3) итд.

Поред непосредне примене Уставом зајемчених права, Устав јамчи и утврђује непосредну примену људских и мањинских права зајемчених општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима (члан 18. став 2). Две су правне

последнице ове уставне норме. Прво, Устав јамчи сва она људска и мањинска права која су зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. Друго, Устав утврђује њихову непосредну примену. Из ових констатација произлази да су људска права зајемчена поменутих међународним изворима „саставни (су) део правног поретка Републике Србије“, без обзира на то да ли их је Устав изричито предвидео или не. Дакле, реч је о самосталним правним изворима људских права који се такође непосредно примењују и то независно од тога да ли их је уставотворац уврстио у каталог људских и мањинских права. Непосредна примена људских права чији је извор међународноправног карактера подразумева да, као и у случају уставних права, закон није неопходан посредник за њихову практичну остваривост.

У овом контексту треба поменути да је, за разлику од потврђених међународних уговора, израз „општеприхваћена правила међународног права“ нејасне садржине. Првенствено, у питању је израз који међународно право формалноправно не познаје. Отуда, неколико непознаница се везује за овај израз, а најважнија је она која се односи на дилему како се утврђује да су поједина међународна правила општеприхваћена, односно како се манифестује њихова општа прихваћеност.<sup>9</sup> То је уосталом и претходно питање које мора бити разрешено при одређивању корпуса и садржине права зајемчених општеприхваћеним правилима међународног права. Дакле, реч је о неодређеној и екстензивно постављеној конструкцији која може да изазове проблеме у пракси.<sup>10</sup> С обзиром на нејасан и отворен карактер израза „општеприхваћена правила међународног права“, будући да садржина овог правног извора не може бити једном заувек фиксирана, задатак је Уставног суда да у поступку контроле уставности и законитости или непосредне заштите уставом зајемчених људских права у сваком конкретном случају одреди да ли се неко међународно правило може подвести под ову категорију.

Премда Устав није поуздан ослонац за одговор на питање о правном рангу општеприхваћених правила међународног права,<sup>11</sup> извесно је да она имају примат у односу на законе. Преовлађује становиште да су

---

<sup>9</sup> Т. Šurlan, „Revizija Ustava Republike Srbije u svetlosti internacionalizacije ustavnog prava“, Е. Šarčević, D. Simović (ur.), *Reviziona vlast u Srbiji*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2017, 182.

<sup>10</sup> Б. Милисављевић, М. Палевић, „Однос међународног и унутрашњег права према Уставу Републике Србије из 2006. године“, *Српска политичка мисао*, посебно издање бр. 1/2017, 33.

<sup>11</sup> Д. Симовић, В. Петров, *Уставно право*, Београд 2018, 10.

међународни извори по својој правној снази одмах иза Устава на хијерархијској лествици правних аката.<sup>12</sup> Дакле, права зајемчена међународним изворима су вишег правног ранга у односу на законска права. Према томе, однос законодавног органа према правима зајемченим међународним изворима треба да је истоветан односу који законодавни орган има према правима зајемченим Уставом.

Имајући у виду домаћај ове уставне норме закључујемо да је каталог људских и мањинских права отвореног карактера, будући да се може проширивати ратификовањем нових међународних уговора или доношењем закона којима се утврђују нова људска и мањинска права. Сагласно тој чињеници, може се упутити примедба уставотворцу да није било потребе да се поред конституционализације основних људских права прибегне „својеврсном `декорисању` Устава“<sup>13</sup> исцрпним и обимним каталогом људских и мањинских права, који је, поред прокламације о непосредној примени потврђених међународних уговора, непотребно прегломазан. Наиме, Устав предвиђа „детаљистичку и плагијаторско-компиљаторску, у односу на одговарајуће међународноправне акте, декларацију људских и мањинских права“<sup>14</sup>.

Устав прокламује да се законом може прописати начин остваривања зајемчених права само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права. Реч је о начелу везаности носиоца законодавне власти људским правима.<sup>15</sup> Будући да је установљено начело непосредне примене Уставом зајемчених људских и мањинских права, закон може прописати начин остваривања ових права само у два случаја: прво, уколико Устав изричито предвиђа такву обавезу за законодавца, и друго, уколико је то неопходно за остварење појединог права услед његове особене природе. Слобода законодавца зависи превасходно од тога у којој мери је Уставом или међународним изворима већ дефинисана садржина конкретног људског права. У погледу појединих уставом зајемчених права законодавцу је остављена могућност само да дефинише начин њиховог остваривања у пракси. Примера ради, приговор савести има јасно дефинисану садржину Уставом, а законодавцу је остављена могућност да одреди на који начин лице које се позове на приговор савести може бити

---

<sup>12</sup> И. Крстић, *Забрана дискриминације у међународном и домаћем праву*, Београд 2018, 196.

<sup>13</sup> Р. Марковић, 43.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 42.

<sup>15</sup> Б. Ненадић, „Основна начела остваривања и заштите људских права у Уставу Републике Србије“, *Правни информатор*, 1/2013, 6.

позвано да испуни војну обавезу без обавезе да носи оружје (члан 45). У таквим случајевима, Устав је обавезао законодавца да прописивањем начина остваривања не сме да утиче на суштину зајемченог права. С друге стране, Устав може само да зајемчи постојање одређеног права, уз потпуно препуштање законодавцу да дефинише његову садржину. Као пример таквог права може се навести посебна заштита породице, мајке, самохраног родитеља и детета (члан 66). Устав, дакле, само предвиђа постојање посебне заштите породице, мајке, самохраног родитеља и детета, али не одређује садржину тог права. Отуда, законодавац је потпуно слободан да одреди садржину, домашај, стицање, престанак, начин извршења и заштите права из те категорије. Таква права само по форми имају уставни ранг, али у садржинском смислу реч је о законским правима.

Устав предвиђа да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење (члан 18. став 3). Дакле, установљавају се интерпретативна правила за утврђивање садржине и домашаја уставних одредаба о људским правима. Ова правила обавезују како законодавни орган при операционализовању уставних одредаба, тако судове и друге органе, а посебно Уставни суд, приликом одлучивања о уставним правима појединаца. Премда је у посебном члану дефинисао сврху уставних јемстава (члан 19), уставотворац и у оквиру одредбе којом предвиђа интерпретативна правила указује на сврху уставних права. Наиме, у овој уставној норми је предвиђено да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва. Реч је о одредби програмског карактера која упућује на пожељан друштвени контекст у коме треба да се остварују људска и мањинска права.<sup>16</sup> Дакле, функција људских и мањинских права се не исцрпљује у заштити индивидуалних интереса појединаца, већ она имају и додатну, социјалну димензију која се огледа у унапређивању вредности демократског друштва. Та социјална димензија људских права треба да допринесе стварању погоднијег друштвеног амбијента у коме ће се унапређивати стандарди примене и заштите људских и мањинских права.

Ради тумачења уставних одредби о људским и мањинским правима Устав упућује на два извора и то на: 1) важеће међународне стандарде људских и мањинских права; и 2) праксу међународних институција које надзиру њихово спровођење. У овом контексту треба

---

<sup>16</sup> Вид. М. Пајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд 2009, 29.

указати на некозистентност уставних решења, будући да је уставотворац користио израз „важећи међународни стандарди људских и мањинских права“ који је екстензивнији од појмова „општеприхваћена правила међународног права“ и „потврђени међународни уговори“ (члан 16. став 2), јер се под њим могу подразумевати и међународни уговори које Србија није ратификовала. Такође, када је реч о пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење дилема је да ли се овај израз односи на све такве међународне институције или само на оне које се конституишу на основу ратификованих међународних уговора. Поменуте термилошке недоследности уставописца могу да имају далекосежне последице. Наиме, дилема је у следећем, „да ли су институције које одлучују о заштити људских права приликом поступања везане општом уставном одредбом из основних начела Устава, према којој су само потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права саставни део унутрашњег правног поретка и као такви се непосредно примењују, или оквир њиховог деловања дефинише уставна одредба из поглавља о људским и мањинским правима која се експлицитно односи на тумачење људских и мањинских права, а у којој Устав упућује на међународне стандарде људских и мањинских права независно од тога да ли су међународни уговори који их дефинишу ратификовани као и на друге међународне изворе, посебно на праксу међународних институција које надзиру спровођење људских и мањинских права?“<sup>17</sup>

Сагледано из перспективе европског правно-политичког контекста уставна одредба која упућује на праксу међународних институција које надзиру спровођење људских и мањинских права подразумева да је пракса Европског суда за људска права од суштинског значаја при тумачењу уставних одредби о људским и мањинским правима.

### 3. НАЧЕЛО ЗАБРАНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

Упоредноправно неуобичајено, Устав одређује сврху уставних јемстава (члан 19). Будући да Устав и у оквиру интерпретативних правила упућује на сврху уставних јемстава (члан 18. став 3) очигледно да је реч о неконзистентности уставотворца која се огледа у непотребном понављању при уређивању уставне материје, па донекле и у нескладу уставних решења.

---

<sup>17</sup> М. Пајванчић, „Контраверзе уставног оквира заштите људских права“, З. Радивојевић (ур.), *Уставне и међународноправне гаранције људских права*, Ниш 2008, 253.

Прокламовањем сврхе уставних јемстава, Устав указује на вредности због којих се установљавају људска и мањинска права. Тако, уставне гаранције људских и мањинских права служе очувању људског достојанства и остварењу пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву, заснованом на начелу владавине права. Неколико закључака произлази из ове уставне норме. Сврха уставних јемстава представља оријентир за одређивање садржине људских и мањинских права у поступку њихове примене у пракси. Обавеза, да следи циљ због којих су установљена, подједнако се односи на законодавну власт при операционализовању уставних права, али такође и на Уставни суд, судове и све друге јавне власти у поступку одлучивања о људским и мањинским правима. Сажетије исказано, „ови циљеви државну (јавну) власт превасходно и безрезервно везују“<sup>18</sup>.

Имајући у виду да је Устав већ установио интерпретативна правила за утврђивање садржине и домаћаја уставних одредаба о људским и мањинским правима уочава се њихов несклад са сврхом уставних јемстава. У интерпретативним правилима се указује на значај социолошке димензије људских и мањинских права, док је у сврси уставних јемстава фокус усмерен првенствено на либерални, индивидуални карактер људских права. Наиме, према члану 18. став 3. „одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва“, док члан 19. предвиђа да људска и мањинска права „служе очувању људског достојанства и остварењу пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву“. Дакле, Устав не пружа довољно поуздан ослонац за отклањање дилеме чему треба дати предност у случају конфликта социолошке и индивидуалне функције људских и мањинских права. Према гледишту изреченом у нашој теорији, „инструментална или функционална природа појединих људских права не може да угрози њихов либерални карактер у целини“<sup>19</sup>.

Забуну уноси и израз „неотуђива људска и мањинска права“, будући да се може поставити дилема да ли је уставотворац имао намеру да одвоји неотуђива људска и мањинска права од оних која то нису или је реч о недовољно промишљеном и непотребном усложњавању и „кићењу“ уставне норме програмског карактера. У том смислу, својство неотуђивих људских права би се везивало за основна, фундаментална, првенствено лична и политичка, права која би имала примат у односу на социолошку функцију унапређења вредности демократског друштва, док би се при

---

<sup>18</sup> Б. Ненадић, 7.

<sup>19</sup> Д. Стојановић, *Уставно право*, књига I, Ниш 2007, 322.

тумачењу садржине осталих људских и мањинских права, која немају својство „неотуђивости“, већи акценат стављао на њихову социолошку димензију. Несумњиво, уколико се у пракси појави потреба за разрешењем несклада између интерпретативних правила и сврхе уставних јемстава, задатак је Уставног суда да у конкретном случају отклони ову дилему.

С обзиром на то да је уставотворац изузетно детаљно уредио део посвећен људским и мањинским правима, изненађује изостанак забране злоупотребе људских права која је била изричито формулисана у Уставу Србије из 1990. године (члан 12. став 3). Но, имајући у виду чињеницу да се људска и мањинска права могу остваривати противно циљевима због којих се установљавају и штите, начело забране злоупотребе права може да се изведе из прокламоване сврхе уставних јемстава. Дакле, уколико се људска права остварују противно сврси њиховог јемства, може се говорити о постојању злоупотребе, односно недопуштеног вршења права, које правни поредак треба да санкционише. Осим тога, начело забране злоупотребе људских права произлази из ратификованих међународних уговора (члан 30. Универзалне декларације о људским правима, члан 5. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, члан 17. Европске конвенције о људским правима).<sup>20</sup>

Постоје различити видови злоупотребе, односно недопуштеног вршења права. Ти видови злоупотребе права јесу: *прво*, шиканозно вршење права постоји када се титулар права руководи намером да нашкоди другоме; *друго*, бескорисно вршење права постоји када се оно врши без икаквог оправданог или иоле значајног интереса; *треће*, несразмерно вршење права подразумева остваривање интереса који је несразмерно мање вредан од интереса другог коме се при томе шкоди; *четврто*, вршење права противно циљу постоји када се остварује интерес који није у складу са циљем права; *пето*, непримерено вршење права подразумева да се право врши на начин који је за другог непотребно тегобан; *шесто*, противречно вршење права постоји када се право врши на начин противречан другом титуларевом понашању; *седмо*, неморално вршење права подразумева вршење права у супротности са друштвеним моралом; *осмо*, неправично вршење права постоји када се право остварује на начин који се коси са правичношћу.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Б. Милосављевић, Д. Поповић, *Уставно право*, Београд 2008, 172.

<sup>21</sup> В. Водинелић, *Такозвана злоупотреба права*, Београд, 1997, 4–5.

#### 4. НАЧЕЛО ОГРАНИЧЕЊА ЉУДСКИХ ПРАВА

Људска и мањинска права подложна ограничењима су правило, док она апсолутног карактера представљају изузетак. Два су разлога због којих је нужно ограничавати људска и мањинска права. Прво, зајемчена права сваког појединца неминовно морају бити ограничена истоветним корпусом права других (вид. члан 23. став 2). Друго, људска и мањинска права појединаца се ограничавају легитимним вредностима и интересима друштвене заједнице као целине.

Устав предвиђа принципе на основу којих је могуће ограничење људских и мањинских права (члан 20. став 1). Прво, људска и мањинска права могу бити ограничена искључиво законом. Друго, законодавна власт може ограничити људска и мањинска права само уколико то ограничење допушта Устав. Треће, ограничење је могуће само уколико је предвиђено за сврхе за које то Устав допушта. Четврто, обим ограничења мора бити сведен на минимум који задовољава сврху због које је допуштена могућност ограничења права. Дакле, ограничење се предузима једино у најнужнијој мери која је потребна да се уставна сврха ограничења задовољила у демократском друштву и без задирања у суштину права.

У погледу формулације ове уставне норме Венецијанска комисија истиче да она „може да покрене тешка питања и изазове проблеме“.<sup>22</sup> Наиме, за разлику од решења које предвиђа Европска конвенција о људским правима, Устав не везује ограничења права за одређени легитимни циљ, већ у било које сврхе које Устав допушта, без навођења легитимних циљева. Ипак, имајући у виду уставну норму која предвиђа да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење (члан 18. став 3), судови су дужни да се, при одлучивању о томе да ли је неко ограничење људских и мањинских права Уставом допуштено, придржавају стандарда европског права људских права.

Према мишљењу Венецијанске комисије ова уставна норма је непотпуна, јер је уставописац требало јасно да каже да се нека права никада не могу ограничавати.<sup>23</sup> Ипак, имајући у виду да је предвиђено да се људска и мањинска права могу ограничити само ако то допушта Устав, необорива је претпоставка да сва она права за која то Уставом није изричито допуштено не подлежу законским ограничењима.

---

<sup>22</sup> Venice Commission, *Opinion on the Constitution of Serbia* (Venice, 17-18 March 2007), CDL-AD(2007)004.

<sup>23</sup> *Ibid.*



Поред ове уставне норме општег карактера о ограничењу људских и мањинских права, сам Устав је у погледу значајног броја установљених права предвидео посебне услове или начине њиховог ограничења. Дакле, реч је о ограничењима конкретних људских и мањинских права које је таксативно одредио Устав, без могућности законског установљавања нових разлога који могу бити основ за ограничење. По речима Венецијанске комисије, овај нормативни приступ „има за последицу коегзистирање општих и конкретних одредби: коегзистенцију система Европске конвенције о људским правима (конкретне одредбе) и систем Повеље Европске уније (једна општа одредба о ограничењу)“<sup>24</sup>. Постојање општег правног режима о ограничењу људских и мањинских права, комбинованог са посебним режимима ограничења појединих права, може да проузрокује проблеме у пракси. Конкретније исказано, уставотворац је општи режим ограничења људских и мањинских права недоследно конкретизовао при уређивању појединих права.<sup>25</sup> Тако се у појединим уставним одредбама говори да је ограничење конкретног уставног права могуће само ако је то неопходно у демократском друштву (чл. 43, 50), док се у погледу неких других уставних права говори само о неопходности ограничења (чл. 39, 40, 41, 46, 54). Поред морала, као једне од вредности коју треба да заштити, уставотворац је користио и израз „морал демократског друштва“ (чл. 32, 43, 46) чије угрожавање такође може бити један од разлога за ограничење уставних права. Остаје дилема да ли треба различито тумачити ова два појма, што може да створи основ за арбитарност при поступању. Такође, при прокламовању легитимних циљева због којих је могуће ограничити поједина уставна права уставотворац је недоследно и произвољно користио различите облике појма безбедности. Као вредност коју треба заштитити и због које је могуће ограничити поједина уставна права, наизменично се наводи безбедност (чл. 41, 42, 54, 83), национална безбедност (чл. 32, 46) и јавна безбедност (чл. 43, 44). Коришћењем различитих појмова, чија садржина није прецизна, само је отворен широк простор за арбитарност при њиховом тумачењу, па тако и за сужавање прокламованих права у пракси. Несумњиво, од највећег значаја ће бити улога Уставног суда који треба да обезбеди доследно тумачење уставних одредби ради делотворног остваривања људских и мањинских права.

У уставној норми о ограничењу људских и мањинских права се предвиђа да је ограничење могуће без задирања у суштину зајемченог

---

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Вид. Д. Симић, „Људска права у Уставу Србије од 2006 – критичка анализа“, З. Радивојевић (ур.), *Уставне и међународноправне гаранције људских права*, Ниш 2008, 346.

права. Међутим, и на овом месту је могуће указати на својеврсну неконзистентност у уставним решењима, будући да Устав предвиђа неколико одступања од овог општег режима. Наиме, Устав предвиђа апсолутну забрану коришћења појединих права у одређене циљеве, што за последицу има нарушавање општег режима да при ограничењу људских и мањинских права треба да буде очувана њихова суштина. Дакле, реч је о својеврсној уставној забрани која потпуно негира постојање одређеног права будући да је његово остваривање усмерено ка циљевима који противрече општим интересима друштвене заједнице. У ред таквих забрана спада формирања тајних и паравојних удружења (члан 55. став 3), могућност забране удружења (члан 55. став 4) и могућност забране верске заједнице (члан 44. став 3).<sup>26</sup>

Устав је предвидео критеријуме којима треба да се руководе сви државни органи, а посебно судови, при ограничавању људских и мањинских права (члан 20. став 3). Наиме, када одлучују о ограничењу људских и мањинских права, органи власти су дужни да воде рачуна о: 1) суштини права које се ограничава; 2) важности сврхе ограничења; 3) природи и обиму ограничења; 4) односу ограничења са сврхом ограничења; 5) сразмерности ограничења, односно о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права. Јасно је да је овом уставном нормом предвиђено начело сразмерности при ограничењу људских права. Стиче се утисак да је уставотворац на изразито рогобатан и невешт начин формулисао уставне норме које се односе на ограничење људских и мањинских права. Наиме, уставотворац је нагомилао одредбе које имају готово истоветан циљ. У том смислу, уочава се подударане између одредбе која се односи на примену људских права (члан 18. ст. 2 и 3) и одредбе у којој су установљени критеријуми којима треба да се руководе органи власти приликом одлучивања о ограничењу људских права. Та чињеница може да створи дилеме о томе чему треба дати примат приликом одлучивања у неком конкретном случају. Даље, уставна норма у којој су предвиђени критеријуми за ограничавање људских и мањинских права, непотребно је искомпликована да је постала готово неразумљива. Наиме, у тој уставној одредби реч „ограничење“ је поменуто осам пута, а несумњиво да је начело сразмерности при ограничењу људских и мањинских права могло бити јасније и једноставније формулисано. Отуда, конфузна уставна одредба може да створи проблеме у пракси, а задатак је Уставног суда да обезбеди доследно тумачење у складу са смерницама које је уставотворац такође поставио (члан 18. став 3).

---

<sup>26</sup> Више о томе вид. Б. Ненадић, 8.

## 5. НАЧЕЛО ЗАБРАНЕ СНИЖАВАЊА ДОСТИГНУТОГ НИВОА ЉУДСКИХ ПРАВА

Устав предвиђа да се достигнути ниво људских и мањинских права не може снижавати (члан 20. став 2). Премда је уставотворац ово јемство прокламовао у оквиру члана Устава који је посвећен ограничењу људских и мањинских права, реч је о самосталном начелу које јамчи очување оних људских и мањинских права која се већ ефективно уживају. Поменуто начело се назива и заштитном клаузулом<sup>27</sup>, а њен правни домашај још увек није одговарајуће сагледан у нашој уставноправној литератури.

Заштитна клаузула о забрани снижавања достигнутог нивоа права се подједнако односи на сва људска и мањинска права без обзира на њихов правни извор. Дакле, без обзира на то да ли је реч о уставу, међународном акту или закону као извору људског и мањинског права, већ достигнути ниво остваривања и заштите не може бити смањен.

Правно дејство заштитне клаузуле Устава о очувању достигнутог нивоа људских и мањинских права се може посматрати у три димензије и то у односу на: законодавну, ревизиону и уставотворну власт.

Прво, ово начело се примарно односи на законодавну власт, која својом нормативном активношћу не сме да снижава достигнути ниво људских и мањинских права. Уколико би се законодавац оглушио о то уставно начело, то би био довољан разлог да се утврди неуставност закона. Будући да законодавна власт не може да задире у садржину и обим људским и мањинских права које дефинише Устав, заштитна клаузула Устава се у односу на законодавну власт превасходно тиче оних људских и мањинских права чију садржину дефинише сам закон. Отуда, уколико би ово начело довели до крајњих консеквенци, то би значило да свако проширивање обима већ постојећих људских или мањинских права или установљавање нових законских права представља својеврсно самообавезивање законодавца да потоњим законима не сме да снижава већ досегнути ниво. С једне стране, будући да законским рестрикцијама по правилу подлежу економска и социјална права, ово уставно начело доприноси очувању социјалне сигурности појединаца. Међутим, с друге, друштвене и економске прилике, посебно у транзиционом периоду, могу да учине легитимним снижавање већ досегнутог нивоа економских или социјалних права. Према томе, ово уставно начело не треба схватити у апсолутном смислу ни у односу на законодавну власт. Илустративан

---

<sup>27</sup> М. Пајванчић (2009), 32.

пример је Закон о привременом уређивању начина исплате пензија из 2014. године.<sup>28</sup>

Друго, заштитна клаузула о очувању достигнутог нивоа људских и мањинских права може имати домашај и у односу на ревизиону власт. Наиме, ово начело може да представља уставни основ за заснивање доктрине о неуставности уставних амандмана. Имајући у виду да је Уставни суд рестриктивно тумачио своју надлежност, што је било видљиво при одбијању могућности да одлучује о уставности Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије<sup>29</sup>, извесно је да у пракси ово уставно начело не би производило правно дејство у односу на ревизиону власт. Отуда, реч је о норми искључиво морално-политичког карактера, будући да изузев теже процедуре за промену уставних одредби о људским и мањинским правима, која укључује и обавезан референдум (вид. члан 203), ревизиона власт нема ограничења правног карактера.

Треће, када је реч о домашају овог начела у односу на уставотворну власт извесно је да оно нема правно дејство, будући да сваки потоњи уставотворац има пуну слободу у нормирању материје људских и мањинских права.

## 6. НАЧЕЛО ЗАБРАНЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

Устав јамчи једнакост свих пред Уставом и законом (члан 21. став 1), као и право сваког на једнаку законску заштиту без дискриминације (члан 21. став 2). Дакле, из правне перспективе посматрано, начело једнакости се изражава на два начина, као једнакост пред законом и као једнакост пред судом. Реч је о начелу забране дискриминације или другачије исказано о начелу правне равноправности који је неопходна претпоставка за остваривање свих људских и мањинских права под једнаким условима. При томе, начело једнакости подједнако обавезује све три гране државне власти: законодавну, извршну и судску власт.

Треба прецизирати да Уставом зајемчена једнакост не подразумева апсолутну једнакост или истоветност. Сагласно гледишту Уставног суда начело забране дискриминације јамчи међусобну једнакост оним лицима која се налазе у истој правној ситуацији прописаној Уставом, односно законом (ИУз-263/09).<sup>30</sup> Када је реч о пракси Европског суда за људска

---

<sup>28</sup> Вид. Д. Симић, Р. Зекавица, „Уставносудско уобличавање права на пензију у Републици Србији“, *Српска политичка мисао*, 3/2016, 253-269.

<sup>29</sup> Закључак бр. IУз356/2009.

<sup>30</sup> Б. Ненадић, 10.

права потребно је да се разлика у третману лица јавља у тзв. упоредивим, односно релативно сличним ситуацијама.<sup>31</sup>

Према становишту Уставног суда, члан 21. Устава не јамчи ниједно посебно, самостално људско право, будући да је реч о једном од основних начела остваривања и заштите свих људских и мањинских права. Отуда, повреда начела једнакости је акцесорне природе и она се увек везује за истовремено учињену повреду конкретног људског или мањинског права (вид. Уж-1210/09, Уж-1929/09, Уж-4126/10, Уж-111/11 и др.).<sup>32</sup> Дакле, повреда начела забране дискриминације се санкционише искључиво уколико је до његове повреде дошло при остваривању неког конкретног људског права.

Поред позитивне гаранције начела једнакости, Устав забрањује сваку дискриминацију, непосредну или посредну, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета (члан 21. став 3). Неколико закључака може бити изведено на основу ове уставне норме.

Прво, Устав не дефинише појам дискриминације. Међутим, дискриминација је један од ређих појмова који у међународноправним изворима има јасно одређење. Сагласно постојећој међународноправној реуглативи четири кључна елемента одређују појам дискриминације. Дискриминација је (1) разликовање, искључење или ограничење; (2) на основу неког личног својства; (3) које доводи до угрожавања или онемогућавања; (4) стицања, остваривања или заштите људских права. Дакле, реч је о неједнаком третману лица или групе у било којој сфери живота, без обзира на то да ли долази од стране физичког или правног лица.

Друго, будући да нису сви облици дискриминације подједнако видљиви и лако препознатљиви Устав изричито забрањује њена оба вида: непосредну и посредну дискриминацију. Непосредна дискриминација је неповољније поступање у односу на неко друго лице у истој или сличној ситуацији. Уместо примене истих правила или праксе, што оправдава истоветност или сличност ситуације у којој се налазе, једно лице се неоправдано ставља у неповољнији положај у односу на друго.

Посредна дискриминација је прикривени, мање видљив облик дискриминације која се спроводи под видом примене једнаког третмана, иако је циљ стављање неког лица у неповољнији положај због његовог

---

<sup>31</sup> Вид. Д. Поповић, *Европско право људских права*, Београд 2012, 386.

<sup>32</sup> Б. Ненадић, 10.

личног својства. Дакле, на основу примене неког општег и објективног критеријума лица са одређеним личним својством се стављају у неповољнији положај у односу на неко друго лице у истој или сличној ситуацији. Поједностављено исказано, непосредна дискриминација је неједнако третирање једнаких, док је посредна дискриминација једнако третирање неједнаких.<sup>33</sup> Оба облика дискриминације су забрањена.

Треће, листа могућих основа дискриминације није затвореног карактера, већ су наведени само најчешћи основи дискриминације. У том смислу треба апострофирати да је забрањена дискриминација по било ком личном основу. Набрајање могућих основа дискриминације, изузев илустративног карактера, нема посебно правно дејство, будући да Устав изричито наводи да се забрањује свака дискриминација. Дакле, реч је о разлозима за дискриминацију који су наведени илустрације ради, као *exempli causa*.

Не сматрају се дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима (члан 21. став 4). Као последица дугих процеса дискриминације поједине друштвене групе су у инфериорнијој социјалној позицији. Иако сви људи номинално имају једнак правни положај, савремено друштво одликује фактичка неједнакост. Будући да општа забрана дискриминације није довољна, зарад исправљања неспорних историјских неправди према појединим друштвеним групама неопходно је предузимање мера које ће номиналну, правну једнакост преобразити у фактичку равноправност. Та фактичка равноправност заправо изједначава људе у стварним могућностима уживања свих права. Дакле, мере афирмативне акције не противрече начелу једнакости, јер је њихов циљ исправљање последица раније дискриминације, најчешће на основу пола или националне или етничке припадности ради постизање стварне једнакости. Отуда, будући да су људи у различитим животним ситуацијама, начела једнакости и недискриминације треба да воде стварању друштва једнаких социјалних могућности у коме ће успех сваког зависити од њега самог, а не од социјалних околности у којима је рођен и у којима живи.

У теорији је истакнута примедба да Устав не предвиђа временски оквир примене посебних мера.<sup>34</sup> Наиме, временски оквир је неопходна претпоставка за утврђивање сразмерности предузетих посебних мера. Треба имати у виду и то да се изразито тешке историјске неправде према појединим друштвеним групама, које су изазвале далекосежне последице

---

<sup>33</sup> Више о томе вид. И. Крстић, 34-39.

<sup>34</sup> М. Пајванчић (2009), 33.

по њихов социјални положај, не могу исправити на кратак рок. Примена посебних мера је оправдана само у случајевима очигледно неповољнијег положаја који их онемогућава да остварују своја људска и мањинска права. Имајући у виду да је предузимање посебних мера мотивисано настојањем да се постигне пуна равноправност лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима, јасно је да је њихово трајање оправдано само док не буде остварен тај циљ.

## 7. НАЧЕЛО ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

Начело заштите људских и мањинских права Устав поставља екстензивно, будући да се јамче два вида заштите: судска заштита у оквиру националног правног поретка и заштита пред међународним институцијама.

Право на судску заштиту је операционализовано већим бројем уставних одредби. У оквиру права на правично суђење, јамчи се право на независан, непристрасан и законом већ установљен суд (члан 32. став 1). Премда је у оквиру начелне одредбе то већ зајемчено, Устав понавља јемство једнаке заштите права пред судовима, али истовремено јамчи и једнаку заштиту права и пред другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе (члан 36. став 1). Дакле, поред примарне судске заштите, Устав предвиђа заштиту права и пред органима управе. Овај облик заштите људских и мањинских права је унеколико ужег домашаја јер акти органа управе подлежу судској контроли. Наиме, реч је о контроли законитости појединачних аката органа управе којима се одлучује о нечијем праву, обавези или на законом заснованом интересу (члан 198. став 2). Отуда, механизам управне заштите људских права није коначан, јер се у крајњој инстанци судски механизам заштите појављује као коректив. Ради делотворног остваривања права на судску заштиту Устав јамчи право на правну помоћ (члан 67).

Поред судске заштите Устав предвиђа непосредну заштиту људских и мањинских права пред Уставним судом. То унапређење механизма заштите зајемчених права логична је последица предвиђања начела непосредне примене Уставом зајемчених људских и мањинских права. Заштиту људских и мањинских права Уставни суд остварује на два начина.<sup>35</sup> Прво, посредно, остварујући своју основну функцију нормативне контроле права. Друго, непосредно, путем уставне жалбе, као супсидијарног средства заштите уставом зајемчених људских и мањинских права (члан 170).

---

<sup>35</sup> Више о томе вид. Б. Ненадић, 11-12.

Поред јемства права на судску заштиту, начело заштите људских и мањинских права обухвата право на уклањање последица које су повредом настале (члан 22. став 1). Реч је о начелу које је такође операционализовано у другим уставним одредбама. Тако, Устав јамчи право на рехабилитацију и накнаду штете (члан 35).

Национални механизми заштите људских и мањинских права се допуњују међународноправним механизмима заштите. Устав предвиђа да грађани имају право да се обрате међународним институцијама ради заштите својих слобода и права зајемчених Уставом (члан 22. став 2). Ова уставна норма заслужује неколико напомена.

Прво, примедба може бити упућена због чињенице да се само грађанима јамчи могућност обраћања међународним институцијама ради заштите Уставом зајемчених права. Отуда, своја права странци могу да заштите искључиво користећи се правним средствима у оквиру националног правног поретка.

Друго, Устав није предвидео услове под којима је грађанима омогућено да се обрате међународним институцијама ради заштите својих људских права. Сагласно ратификованим међународним уговорима који су саставни део правног поретка Републике Србије, грађанин се може обратити међународним институцијама искључиво после исцрпљивања свих правних средстава који су му на располагању у националном правном поретку. У контексту правног система Републике Србије изречено, Уставни суд је последња инстанца и после његове одлуке по уставној жалби, сматра се да је исцрпљена правна заштита пред националним институцијама.

Треће, одређене дилеме се појављују и у погледу домаћаја уставне одредбе којом се уређује заштита људских и мањинских права, будући да Устав упућује да се она односи на слободу и права „зајемчена Уставом“. Дакле, питање је да ли овој уставној формулацији треба приписати рестриктивније значење, према коме би се она односила искључиво на она људска и мањинска права која је Устав изричито предвидео, или екстензивније тумачење па израз „зајемчена Уставом“ треба да обухвати и она људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. Будући да су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и да се непосредно примењују (члан 16), дилеме нема да се грађани могу обратити међународним институцијама у случају повреде људских и мањинских права чији је правни извор међународноправног карактера.

Више недоумица може настати у погледу питања да ли се у случају повреде законских права грађани могу обратити међународним институцијама, будући да Устав јамчи њихову непосредну примену. Ово



питање је комплексније јер сва законска права нису једнообразна, будући да на нека од њих упућује Устав, а нека су самостална креација законодавне власти. Отуда, уколико је реч о Уставом зајемченом праву чију садржину одређује законодавац, грађани се ради њихове заштите могу обратити међународним институцијама, уз задршку да је неопходно да постоје међународни стандарди остваривања тих права. Реч је о, примера ради, праву наслеђивања (члан 59), праву на рад (члан 60), праву на пензијско осигурање (члан 70). Међутим, уколико је реч о законским правима на које Устав не упућује, дакле о оним законским правима који су чиста креација законодавне власти, у том случају грађанима су на располагању само правна средства у оквиру националног правног поретка. Овакав закључак неминовно произлази на основу чињенице да су међународне институције надлежне да штите искључиво међународна људска права, а не и она која се установљавају у оквиру националног правног система. Суверено право државе је да проширује општеприхваћено језгро људских права на међународном нивоу. Национални ниво заштите људских права не сме да буде испод међународних стандарда, а свака држава може да предвиди виши ниво заштите људских права. Отуда, за заштиту тог особеног делокруга људских и мањинских права који чини ексклузивно обележје једног правног система, надлежне су искључиво националне институције. Уосталом, међународни механизам заштите никада није иницијални, већ је увек супсидијарни механизам заштите људских права.

## 8. НАЧЕЛО ОДСТУПАЊА ОД ЉУДСКИХ ПРАВА

Нередовна стања и потреба за делотворним поступањем ради што бржег повратка у нормално функционисање правног система чине легитимним постојање режима одступања од људских и мањинских права.<sup>36</sup> Устав начелно потврђује важење људских и мањинских права у ванредном и ратном стању, али допушта одступање од појединих права у тим нередовним приликама. Наиме, допуштено је одступање од људских и мањинских права зајемчених Уставом, по проглашењу ванредног или ратног стања, и то само у обиму у којем је то неопходно (члан 202. став 1).

Посебан режим одступања од људских права могуће је установити само у неопходном обиму који налажу конкретне околности. Према томе, сагласно начелу сразмерности, мере одступања морају бити предвиђене у најнужнијем обиму. Ипак, формулација искоришћена у овој уставној норми могла је бити унеколико прецизнија, будући да израз „дозвољено само у обиму у којем је то неопходно“ допушта више простора за

---

<sup>36</sup> Д. Симовић, М. Станковић, В. Петров, *Људска права*, Београд 2018, 96-99.

дискреционо одлучивање. Уставотворац је могао да преузме рестриктивнију формулацију коју предвиђа Европска конвенција за заштиту људских права према којој је одступање од људских права могуће само „у најнужнијој мери коју изискује хитност ситуације“ (члан 15).<sup>37</sup> Несумњиво, смисао обе формулације је истоветан, али због могућности злоупотребе власти, уставотворац је требало да буде што прецизнији и рестриктивнији, да би носиоцима ванредних овлашћења оставио што ужи простор за арбитражност.

Устав предвиђа да мере одступања не смеју да доведу до разликовања на основу расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности или друштвеног порекла (члан 202. став 2). Ова уставна норма која забрањује дискриминацију и у режиму одступања од људских и мањинских права изазива велике недоумице и указује на озбиљан пропуст уставотворца.

Прво, Устав изричито и таксативно наводи основе дискриминације који су забрањени мерама одступања. Реч је о следећим личним својствима: раса, пол, језик, вероисповест, национална припадност и друштвено порекло. Дакле, уставотворац је пропустио да предвиди забрану сваког вида дискриминације, као што је то учинио у оквиру начела остваривања људских права (члан 21. став 3). Да ли то значи да је осим таксативно наведене листе, дискриминација допуштена у односу на лична својства која нису изричито наведена?

Друго, упоређујући општу норму о забрани дискриминације са уставном нормом посвећеној мерама одступања од људских и мањинских права за време ванредног и ратног стања уочава се неподударане у наведеним личним својствима као забрањеним основама дискриминације. Дакле, за разлику од листе забрањених основа за дискриминацију у члану 21. Устава, која је притом отвореног карактера, у овој уставној норми је изостало навођење рођења, политичког или другог уверења, имовинског стања, културе, старости, психичког или физичког инвалидитета. Да ли то значи да мере одступања могу да доведу до разликовања по свим овим ненаведеним основама?

Треће, у овој уставној норми се не прави разлика између непосредне и посредне дискриминације, као што је то учињено у оквиру члана 21. у одељку посвећеном начелима остваривања људских права. Дакле, недоследност уставотворца отвара дилему да ли је мерама одступања забрањен сваки вид дискриминације или је забрањена само непосредна дискриминација?

---

<sup>37</sup> Вид. Д. Поповић, Т. Маринковић, М. Радојевић (ур.), *Коментар Конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Београд, 2017, 376-391.

Четврто, да ли се због ненавођења забране дискриминације у круг апсолутно заштићених људских и мањинских права у време ванредног и ратног стања (члан 202. став 4), ова уставна норма треба тумачити као изузетак у односу на општи режим људских и мањинских права који се примењује за време ванредног и ратног стања?

Без обзира на то што је уставотворац морао да буде јаснији и конзистентнији при формулисању уставних норми и што ова уставна норма оставља простор за доношење закључака који би могли бити изузетно неповољни за режим људских и мањинских права, сагласно међународним стандардима, који морају бити узети у обзир при тумачењу свих нејасних уставних норми, забрањен је сваки вид дискриминације, по било ком личном основу, и у стањима државне нужде.

Мере одступања од људских и мањинских права престају да важе престанком ванредног или ратног стања (члан 202. став 3). Дакле, мере одступања су временски ограничене и њихово трајање се везује за трајање ванредног или ратног стања. При томе, треба имати у виду да мере одступања од људских и мањинских права не могу трајати дуже од трајања ванредног или ратног стања, али могу трајати краће. Заправо, мере одступања могу да се установе само у обиму у коме је то неопходно, а то значи да оне могу да престану или да буду предвиђене у мањем обиму и пре окончања стања државне нужде. Наиме, уколико протеком времена мере одступања од људских и мањинских права могу бити мањег обима од оног који је првобитно установљен, без обзира на то што је и даље на снази стање државне нужде, уколико овлашћени органи не коригују мере одступања то ће се сматрати злоупотребом ванредних овлашћења.

Устав предвиђа круг апсолутно заштићених људских и мањинских права која су изузета из режима одступања (члан 202. став 4). Дакле, за разлику од Устава Републике Србије из 1990. године који није познавао институт апсолутно заштићених људских права, актуелни устав таксативно наводи листу на коју се не примењују мере одступања у ванредном или ратном стању. Мере одступања ни у ком случају нису дозвољене у односу на право на достојанство и слободан развој личности (члан 23), право на живот (члан 24), неповредивост физичког и психичког интегритета (члан 25), забрану ропства, положаја сличног ропству и принудног рада (члан 26), поступање са лицем лишеним слободе (члан 28), право на правично суђење (члан 32), правну сигурност у кривичном праву (члан 34), право на правну личност (члан 37), право на држављанство (члан 38), слободу мисли, савести и вероисповести (члан 43), приговор савести (члан 45), слободу изражавања националне припадности (члан 47), забрану изазивања расне, националне и верске мржње (члан 49), право на закључење брака и равноправност супружника

(члан 62), слободу одлучивања о рађању (члан 63), права детета (члан 64) и забрану насилне асимилације (члан 78).

Уставом прокламован број апсолутно заштићених људских права јесте респектабилан, али се може закључити да је листу таквих права уставотворац засновао на нејасном и несумњиво неконзистентном критеријуму. Отуда, уколико је већ предвиђено да су мере одступања од људских права дозвољена само у обиму у којем је то неопходно (члан 202. став 1), тешко је замислити ситуацију у којој би било потребно одступити од слободе изражавања националне припадности (члан 47), права на закључење брака и равноправности супружника (члан 62) или слободе одлучивања о рађању (члан 63). Уставотворац је такође оставио дилему зашто се нека друга људска права нису нашла на листи апсолутно заштићених људских права, иако би то било потпуно оправдано. Првенствено, критика треба да буде упућена због изостављања са те листе посебних права окривљеног (члан 33). Такође, уколико је већ био екстензиван при навођењу апсолутно заштићених права, дилема је и зашто на том списку није било места за права и дужности родитеља (члан 65). Наиме, оправдано се поставља питање на који начин би то уопште било могуће и из којих разлога оправдано да се одступи од родитељских права зајемчених Уставом.

## 9. ЗАКЉУЧАК

Уставом Србије из 2006. године учињен је значајан напредак у области нормирања људских права. Похвале вредно је одређење уставотворца да предвиди начело непосредне примењивости, како Уставом тако и потврђеним међународним уговорима, зајемчених људских права, начело тумачења уставних одредаба о људским правима у складу са међународним стандардима, као и начело интернационализовања заштите људских права. Међутим, у настојању да што детаљније и исцрпније уреди људска права, уставотворац је предимензионирао део посвећен овом сегменту уставне материје.<sup>38</sup> Добрим познаваоцима међународног права људских права је јасно да је уставотворац саставио својеврсну компилацију из међународних уговора истргнутих норми. Управо због тога, уставни текст је оптерећен двосмисленостима, нејасноћама и термилошким недоследностима. Такође, значајан недостатак дела посвећеног људским и мањинским правима је често позивање на закон због чега се релативизује начело о непосредној примењивости уставом прокламованих права. На тај начин се људска права са нивоа устава, не само у погледу начина остваривања, већ неретко и у погледу садржине, преображавају у законска права. Те

---

<sup>38</sup> Д. Симовић (2008), 325-328.

слабости уставног нормирања каталога људских права чине посебно значајним уставна начела њиховог остваривања. Наиме, исправно разумевање уставних начела остваривања људских и мањинских права допринеће кориговању или бар ублажавању номотехничких недостатака уставних норми. Но, као што је претходна анализа указала, уставотворац је начинио низ пропуста и при дефинисању уставних начела остваривања људских и мањинских права. Отуда, сагласно начелу тумачења уставних норми о људским и мањинским правима у складу са међународним стандардима, улога Уставног суда је од кључног значаја за превазилажење номотехничких слабости уставног текста у пракси остваривања људских и мањинских права.

### ЛИТЕРАТУРА

- Водинелић Владимир, *Такозвана злоупотреба права*, Београд 1997.
- Крстић Ивана, *Забрана дискриминације у међународном и домаћем праву*, Београд 2018.
- Марковић Ратко, „Устав Републике Србије од 2006. – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2006, 5-46.
- Милосављевић Богољуб, Поповић Драгољуб, *Уставно право*, Београд 2008.
- Милосављевић Бојан, Палевић Милан, „Однос међународног и унутрашњег права према Уставу Републике Србије из 2006. године“, *Српска политичка мисао*, посебно издање бр. 1/2017, 29-46.
- Ненадић Боса, „Основна начела остваривања и заштите људских права у Уставу Републике Србије“, *Правни информатор*, 1/2013, 3-14.
- Пајванчић Маријана, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд 2009.
- Пајванчић Маријана, „Контраверзе уставног оквира заштите људских права“, З. Радивојевић (ур.), *Уставне и међународноправне гаранције људских права*, Ниш 2008, 245-260.
- Поповић Драгољуб, Маринковић Танасије, Радојевић Модраг (ур.), *Коментар Конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Београд 2017.
- Поповић Драгољуб, *Европско право људских права*, Београд 2012.
- Симовић Дарко, Петров Владан, *Уставно право*, Београд 2018.
- Симовић Дарко, Станковић Марко, Петров Владан, *Људска права*, Београд 2018.
- Симовић Дарко, „Интернационализација уставног права – пример Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 81/2018, 15-30.

Симовић Дарко, Зекавица Радомир, „Уставносудско уобличавање права на пензију у Републици Србији“, *Српска политичка мисао*, 3/2016, 253-269.

Симовић Дарко, „Људска права у Уставу Србије од 2006 – критичка анализа“, З. Радивојевић (ур.), *Уставне и међународноправне гаранције људских права*, Ниш 2008, 325-348.

Стојановић Драган, *Уставно право*, књига I, Ниш 2007.

Šurlan Тјана, „Revizija Ustava Republike Srbije u svetlosti internacionalizacije ustavnog prava“, Е. Šarčević, D. Simović (ur.), *Reviziona vlast u Srbiji*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2017, 165-195.

Valears Jan, “Constitutional Versus International Protection of Human Rights: Added Value or Redundancy? The Belgian Case, in the light of the Advisory Practice of the Venice Commission”, *Revue Interdisciplinaire d’Etudes Juridiques*. 2/2016, 265-295.

Venice Commission, *Opinion on the new Constitution of Hungary* (Venice, 17-18 June 2011), CDL-AD(2011)016.

Venice Commission, *Opinion on the new Constitution of Finland* (Venice, 14-15 March 2008), CDL-AD(2008)010.

Venice Commission, *Opinion on the Constitution of Serbia* (Venice, 17-18 March 2007), CDL-AD(2007)004.

Venice Commission, *Preliminary opinion on the draft amendments to the Constitution of Bosnia and Herzegovina* (Venice, 7 April 2006), CDL(2006)027.

**Darko SIMOVIC, Ph.D**

Full Professor University of Criminal Investigation and Police Studies,  
Belgrade, Serbia

## **THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES ON EXERCIZING HUMAN RIGHTS IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

There is a generally accepted opinion that with the 2006 Constitution of the Republic of Serbia significant progress was made in the constitutionalization of human and minority rights. The human rights catalogue was significantly broadened, further to which a more efficient mechanism for their protection was introduced. Nevertheless, the constitutional provisions that regulate human and minority rights are burdened by numerous nomotechnical weaknesses (vagueness, contradictoriness, ambiguity), which could cause serious problems in their interpretation. Precisely for this reason, this paper is aimed at analyzing the constitutional principles regarding the exercising of human rights, because their correct understanding shall contribute to overcoming the nomotechnical insufficiencies in constitutional provisions.

**Key words:** *Constitution of the Republic of Serbia, Constitutional principles, Human and minority rights, International law, Constitutional Court, Discrimination.*





**Дејан ВУЧЕТИЋ \***

Правни факултет Универзитет у Нишу

**Александар С. МОЈАШЕВИЋ \*\***

Правни факултет Универзитет у Нишу

## ПРАВНИ И ЕКОНОМСКИ ПОЛОЖАЈ ГРАДСКИХ ОПШТИНА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ<sup>1</sup>

**Апстракт:** Према Уставу Републике Србије из 2006. и Закону о локалној самоуправи из 2007. године градови у Републици Србији на својој територији могу формирати градске општине. Оба ова базична документа изричита су у ставу да градске општине немају статус јединица локалне самоуправе. Рад има за циљ да испита правну и економску целисходност таквог става. Позиција између класичних јединица локалне самоуправе и месних заједница чији је положај ојачан 2018. године, доводи до значајних ограничења у погледу унутрашње организације градских општина (нпр. да ли је потребно да имају скупштину градске општине и пратећа радна тела ако немају изворна овлашћења), могућности остваривања значајнијих изворних прихода, итд. Законска нерегулисаност и ерозија овлашћења указује на дугорочну неодрживост градских општина у тренутном нормативном и економском оквиру система српске локалне самоуправе.

**Кључне речи:** *Република Србија, локална самоуправа, градови, град Београд, градске општине, месне заједнице.*

### 1. УВОД

Градска општина као облик самоуправе, јединица локалне самоуправе и правна категорија у Србији није нова појава. У политипском систему локалне самоуправе, установљеном Законом о устројству општина из 1839. године, градске општине биле су основни облик јединица локалне самоуправе поред сеоских општина. Године 1934. (заједно са Законом о општинама) био је донет Закон о градским

---

\* Ванредни професор, [dvucetic@prafak.ni.ac.rs](mailto:dvucetic@prafak.ni.ac.rs)

\*\* Ванредни професор, [mojasevic@prafak.ni.ac.rs](mailto:mojasevic@prafak.ni.ac.rs)

<sup>1</sup> Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, финансираном од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

општинама које су по свом правном положају биле изједначене са обичним општинама и поседовале нешто више овлашћења, као што је право да дају мишљење о законским прописима и другим питањима, односно овлашћење да обављају поједине деконцентрисане послове државне управе у првом степену.<sup>2</sup>

Као врста одговора на проблеме организације великих градова, градске општине у правни систем улазе након Другог светског рата. У том периоду град Београд био је подељен на два округа који су обухватили приградска подручја и тзв. рејоне, да би 1955. године делови Земун, Врачара и Подунавља били укључени у тзв. округ Београд. Одредбе Устава из 1963. године пружале су могућност поделе градских подручја на градске општине што је у почетку искористило шест градова: Београд, Загреб, Сарајево, Скопље, Љубљана и Марибор.<sup>3</sup> Број београдских општина током времена даље је растао, практично потврђујући у пуној мери деловање тенденције диференцијације управних институција и организација. Године 1965. градских општина било је тринаест, а 1971. петнаест. Године 1974. Раковица, након издвајања из Чукарице постаје самостална шестаеста београдска општина, а 2003. општина Сурчин се осамостаљује у односу на Земун.<sup>4</sup>

С друге стране, када је град Нови Сад у питању може се установити постојање тенденције чвршћег, хијерархијског устројавања градске организације, јер је између 1980. и 1989. године Нови Сад био сачињен од седам градских општина: Стари град, Подунавље, Лиман, Славија, Петроварадин, Детелинара и Сремски Карловци, да би 1989. године настала јединствена градска општина Нови Сад и то спајањем шест градских општина, док је општина Сремски Карловци била издвојена из састава града и постала самостална јединица локалне самоуправе.

Након 1990. године и Закона о територијалној организацији Републике Србије и локалној самоуправи била је приметна тенденција вештачког креирања градских општина због тога што је то био обавезан услов за стицање статуса града. Од 2002. до 2008. године град Крагујевац био је подељен на пет градских општина, које су касније укинуте изменама градског статута. Град Нови Сад је од 2002. подељен на две

---

<sup>2</sup> **П. Димитријевић, Д. Вучетић.** *Систем локалне самоуправе.* Београд, Службени гласник. 2011, стр. 189.

<sup>3</sup> **М. Јовичић.** *Структура и територијална основа локалне самоуправе у европским земљама (Локална самоуправа: Изабрани списи Миодрага Јовичића, књ.2).* Београд, Службени гласник. 2006, стр. 79.

<sup>4</sup> **М. Вукотић-Лазар.** *Организација и финансирање града Београда, анализа и утицај на урбани развој.* Београд, Урбанистички завод Београда. 2008, стр. 7.

градске општине, а од 2019. године у потпуности је укинута подела на градске општине.<sup>5</sup>

Град Ниш прво је био подељен на две општине, а потом од 2002. на пет. У унутрашњој организацији града Пожаревца, градске општине су успостављене 2009. године, а града Враћа 2010. године.

## 2. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ГРАДСКИХ ОПШТИНА

Одредбом члана 12. Устава Републике Србије из 2006. године, право на локалну самоуправу дефинисано је као право грађана којим је ограничена државна власт. Системским правним прописима у овој области (Закон о локалној самоуправи, Закон о територијалној организацији и др.) територија Републике Србије децентрализована је на покрајине, град Београд, градове и општине. Монотипност и једноступеност постојећег система делимично је ублажена посебним овлашћењима градова и града Београда, чије градске општине иако *de iure* немају статус јединица децентрализације,<sup>6</sup> имају статус правног лица и одређени степен самоуправе. Закон о локалној самоуправи из 2007. године као облик јединице локалне самоуправе, поред општине, експлицитно дефинише и град. Не и градску општину! Према одредбама тог Закона општина је „основна територијална јединица у којој се остварује локална самоуправа, која је способна да преко својих органа самостално врши сва права и дужности из своје надлежности и која има најмање 10.000 становника“. Град је јединица локалне самоуправе уређена законом која представља економски, административни и културни центар ширег подручја и има више од 100.000 становника, с тим да се изузетно у случају постојања посебних економских, географских или историјских разлога статус града може дати јединици децентрализације која нема потребан број становника. Територија коју обухвата град мора бити природна географска целина, економски повезан простор који поседује изграђену комуникацију међу насељима са седиштем града као гравитационим центром. Закон о локалној самоуправи прописује да се све његове норме којима је регулисано функционисање општина примењују и на град.

Према одредби члана 189. ст. 4 Устава Републике Србије градским властима дато је дискреционо овлашћење да статутом формирају градске општине. Тиме је промењено решење које је до 2006. године било на

---

<sup>5</sup> Сл. лист Града Новог Сада, бр. 11/2019.

<sup>6</sup> Ово је потврдио и Уставни суд решењем ИУ–199/2004 у коме је навео да се својство јединице локалне самоуправе стиче на основу Устава и закона којим се уређује систем локалне самоуправе, те да то својство има град у чијем се саставу налазе градске општине.

снази, да је формирање најмање две градске општине неопходан предуслов за стицање статуса града. Градски статут постаје основни, конститутивни правни акт којим се градске општине оснивају, укидају, односно којим се одређује њихов делокруг, надлежност и организациона структура. Изузетак од овог правила јесте једноипомилионски главни град Републике Србије – град Београд, јер је у његовом случају, према одредби члана 6. Закона о главном граду, оснивање градских општина обавезно!

Градска општина у Републици Србији може се дефинисати као посебан облик унутарградске децентрализације са својством правног лица јавног права чији су органи изабрани од стране грађана, а који сходно статуту града обавља поверене послове из надлежности града. Без обзира на нејасан, декларативан став легислатуре да оне нису јединице локалне самоуправе, због чињенице да поседују сопствену самоуправу (представничко тело са од грађана изабраним члановима, своје управне и извршне органе) и својство правног лица, непобитно се може тврдити да се ради о једној посебној, делимично факултативној врсти унутарградских јединица децентрализације, са окрњеним правним статусом! У сваком случају, њихова позиција је слабија у односу на општине као основне јединице локалне самоуправе чије су надлежности и организација гарантоване Уставом, Законом о локалној самоуправи и Законом о територијалној организацији.

Пошто законским нормама из ове области није регулисано који су критеријуми за оснивање градских општина, нити њихова организациона и функционална структура, у наставку даћемо једну синтезу нормативних решења из, тренутно важећих, статута српских градова у којима су градске општине формиране (Београд, Ниш, Ужице, Лозница, Пожаревац и Врање), а која би требало да појасни карактеристике и организациону структуру постојећих српских градских општина.

Од укупно 24 српска града њих пет је нормирало, а четири основало градске општине. На подручју главног града функционише 17 градских општина (Барајево, Вождовац, Врачар, Гроцка, Звездара, Земун, Лазаревац, Младеновац, Нови Београд, Обреновац, Палилула, Раковица, Савски венац, Сопот, Стари град, Сурчин и Чукарица), на подручју Ниша пет градских општина (Медијана, Нишка бања, Палилула, Пантелеј и Црвени крст), Ужица две градске општине (Ужице и Севојно), Пожареваца две градске општине (Пожаревац и Костолац) и Врања две градске општине (Врање и Врањска бања). Лозница није искористила статутарну могућност да формира градске општине.

У Београду постоје три типа градских општина: градске (Стари град, Врачар, Савски венац и Нови Београд), мешовите (Земун, Чукарица,

Вождовац, Звездара, Палилула и Раковица) и приградске (Барајево, Гроцка, Лазаревац, Младеновац, Обреновац, Сопот и Сурчин),<sup>7</sup> од којих је њих шест по броју становника у рангу највећих српских градова (Нови Београд, Чукарица, Вождовац, Звездара, Палилула, Земун), због чега се јављају иницијативе за уостављањем нових градских општина на подручју главног града.<sup>8</sup>

Закон о главном граду у одредби члана 6. став 2. нормира када је опортуно приступити оснивању градских општина – када је то нужно ради економичнијег и ефикаснијег обављања одређених дужности града! Интересантно је то да законодавац у први план ставља принцип ефикасности, а не принцип супсидијарности и веће демократичности градског система као разлог формирања градских општина. Такође, одредбама чланова 20-24. Статута града Београда детаљно је нормиран поступак промене његове територијалне организације, што може послужити као својеврстан водич другим градовима чији статuti нису регулисали ову материју. Нарочито стога, што процедура оснивања и одређивања подручја градских општина није иста као када су у питању општине као јединице локалне самоуправе.

## 2.1. Специфичности одређивања надлежности градских општина

Када су у питању надлежности српских јединица децентрализације, примењен је систем двоструког колосека, при чему све надлежности јединица децентрализације улазе у круг послова обавезног делокруга што представља одступање од класичног централноевропског модела по коме се изворни послови деле на обавезне и факултативне.

Последица уставног решења по којем градске општине немају статус јединице локалне самоуправе јесте чињеница да оне немају своје изворне послове, већ да врше одређене изворне градске послове делегиране статутом. Поред поверених изворних послова града, поједине градске општине у Србији врше и субделегиране послове републичке управе (нпр. Нови Београд). Имајући у виду природу тих послова, градске општине не могу вршити њихову даљу субделегацију, а што је потврдио и Уставни суд Републике Србије 2009. године, када је прогласио неуставном одлуку Градске општине Палилула која је предвиђала пружање правне помоћи грађанима преко адвоката чланова Адвокатске коморе Београда.

---

<sup>7</sup> Слична подела градских општина се може направити и када су други градови у питању, нпр. Ниш, где је само једна градска општина – Медијана чисто градска.

<sup>8</sup> С. Орловић. *Подизање капацитета политичких институција града Београда*. Београд, Универзитет у Београду, Факултет политичких наука. 2010, стр. 71.

Друга последица окрњеног правног положаја градских општина у Србији јесте да је приликом одређивања њихових надлежности примењен номотехнички принцип који одудара од принципа субвенционости – принцип еnumerације. Градови у својим статутима детаљно набрајају послове градских општина како би се избегао сукоб надлежности. Сви статuti остављају резерву да градска општина може да „обавља и друге послове од непосредног интереса за грађане, у складу са законом, овим статутом и другим прописима града“.

## 2.2. Неадекватност организационе структуре

Иако из Закона о локалној самоуправи, а што је потврдио и Уставни суд произилази да се његове одредбе којима се уређују органи јединица локалне самоуправе не односе на органе градских општина већ да се њихова структура и организација уређују аутономно статутима сваког града понаособ, у већини градских општина непотребно је преликано организациона структура општина са својством јединица локалне самоуправе. Овакво решење је неефикасно и финансијски непотребно, те оптерећује рад градова.

Све градске општине имају следеће органе: скупштину градске општине, председника градске општине, веће градске општине и управу градске општине. У граду Врању органи града истовремено су и органи градске општине Врање, док градска општина Врањска Бања има своје органе идентичне напред наведеним, с тим да послове управе градске општине обавља општинска управна јединица.

Скупштине градских општина су формално, према одредбама одговарајућих статута, највише организационо позициониране у структури власти градских општина и сачињене су од одборника чији број варира, а које бирају грађани на непосредним изборима тајним гласањем. Одборници се бирају на четири године и не могу бити запослени у општинској управи и лица које именује односно поставља Скупштина. Надлежности скупштине градских општина могу се грубо поделити у три основне групе: квази-нормативне, оснивачко-организационе и предлагачко-иницијативне. Извршни органи градских општина у Републици Србији су: председник градске општине и веће градске општине.

Пошто не постоје изворна овлашћења чије би остваривање скупштине својим општим прописима и одлукама требало да уређују, поставља се питање сврсисходности постојања класичног преставничког тела, са свим пратећим комисијама и трошковима њиховог рада. У граду Нишу су 2004. године (између два Закона о локалној самоуправи)

непосредно бирани председници градских општина и чланови већа градских општина, а скупштине нису ни постојале!

Можда је то организациони модел који је примеренији тренутном правном положају градских општина.

### **2.3. Нерегулисан однос према месним заједницама**

Пре ступања на снагу измена Закона о локалној самоуправи 2018. године поједине градске општине прописале су својим статутима да је ради задовољавања потреба и интереса од непосредног значаја за грађане једног или више села, односно насељеног места са приближно истим бројем становника могуће оснивање месних заједница, па чак и други облици месне самоуправе. Тако су на пример, у оквиру градске општине Пантелеј града Ниша формиране месне заједнице.

Међутим, изменама Закона месне заједнице су додатно ојачане. Када су градови са градским општинама у питању - чини нам се на штету градских општина. Наиме, према одредби члана 72 Закона оснивање месних заједница постало је обавеза у селима, а ствар дискреционе процене градских власти када су градска насеља у питању. Према одредби наведеног члана Закона:

"...Ради задовољавања потреба и интереса локалног становништва у селима се оснивају месне заједнице и други облици месне самоуправе. Месне заједнице и други облици месне самоуправе могу се образовати и у градским насељима (кварт, четврт, рејон и сл)..."

Очито је да законодавац није дубље промислио све ситуације које ће се поводом оваквог решења појавити у пракси. Наиме, оваква одредба ће изазвати проблеме у оним градовима који су формирали градске општине које обухватају и градска и сеоска насеља. Те градске општине ће *de facto* "остати без дела своје територије", који ће сада бити враћен централним градским властима ради формирања месних заједница. Негативне стране оваквог решења ће доћи до изражаја нарочито на подручју града Ниша, од чијих пет градских општина, чак четири имају и села на свом подручју (Црвени Крст, Пантелеј, Палилула и Нишка Бања).

Поставља се питање да ли је формирање месних заједница потребно у градовима са градским општинама, јер се у таквој ситуацији број вертикалних линија међу нивоима градских власти додатно повећава и прелази европски стандард!

### 3. ФИНАНСИЈСКИ ПОЛОЖАЈ ГРАДСКИХ ОПШТИНА (пример града Ниша)

Нажалост, градске општине немају своје самосталне приходе, а, како ће показати пример који наводимо, не могу да рачунају на њихову сталност и одговарајући годишњи (гарантовани) износ. То их ставља у однос потпуне подређености и зависности од централних градских власти. Скупштина сваког од градова, једанпут годишње, својом одлуком одређује колико ће средстава издвојити за њихов рад у зависности од процене обима послова које градске општине треба да обављању. Грубо гледано приходи свих градских општина у Републици Србији су: уступљени приходи, изворни приходи, самодоприноси, трансфери, задуживање и други приходи утврђени законом. Ови извори прихода се разликују од статута до статута сваког од анализираних градова.

У наставку приказујемо структуру прихода које остварује Град Ниш и структуру прихода које остварују градске општине у Нишу. Будући да је Ниш трећи град по величини у Србији, и с обзиром на његов друштвено-економски и географски значај у Републици Србији, изабрали смо овај град као пример финансирања градских општина.<sup>9</sup> Иначе, упоредна анализа структура прихода треба да пружи јасну слику о доминацији прихода које остварује Град у односу на градске општине, али и јасан увид у то које приходе, и у којој мери, Град Ниш уступа градским општинама, као и тачан износ трансферисаних средстава. С тим у вези, вршимо и компарацију износа трансферисаних средстава у две (случајно изабране) године, како бисмо утврдили степен њихове (не)уједначености и тиме отворили одређена питања у вези са финансирањем градских општина која елаборирамо у закључку.

**Табела 1. Приходи које остварују Град Ниш и градске општине**

Град Ниш	Градске општине
1. Порез на зараде	1. Локалне комуналне таксе утврђене одлуком Скупштине Града Ниша које се остваре на територији градских општина <sup>10</sup>

<sup>9</sup> Пример који следи не може се генерализовати на друге градове у Србији, већ он служи само као илустрација финансирања градских општина. С обзиром на ограниченост самог рада, упоредна анализа (сличности и разлике) финансирања градских општина у Србији биће предмет неког будућег истраживања.

<sup>10</sup> У локалне комуналне таксе спадају: 1) комунална такса за држање средстава за игру; 2) комунална такса за истицање фирме ван пословних просторија; 3) комунална



2. Порез на доходак грађана <sup>11</sup>	2. Новчане казне изречене у прекршајном поступку за прекршаје прописане актом Скупштине општине, као и одузета имовинска корист у том поступку
3. Порез на имовину	3. Накнада за коришћење минералних сировина
4. Порез на наслеђе и поклон	4. Камата на средства општина депонована код банака
5. Порез на пренос апсолутних права	5. Приходи које својом делатношћу остварују општински органи, организације и службе
6. Средства за противпожарну заштиту	6. Приходи по основу донација општини
7. Комунална такса за држање моторних друмских и прикључних возила, осим пољопривредних возила и машина	7. Накнада за коришћење природног лековитог фактора
8. Комунална такса за коришћење простора за паркирање друмских моторних и прикључних возила на уређеним и обележеним местима	
9. Накнада за промену намене обрадивог пољопривредног земљишта	
10. Накнада за загађивање животне средине	
11. Накнада од емисије CO <sup>2</sup> , NO <sup>2</sup> прашкастих материја и	

такса за коришћење простора на јавним површинама или испред пословних просторија; 4) коришћење слободних површина за кампове или друге објекте привременог коришћења; 5) заузеће јавне површине грађевинским материјалом.

<sup>11</sup> У овај порез спадају: приходи од самосталних делатности; приходи од давања у закуп покретних ствари; порез на земљиште; порез на приходе од осигурања лица; порез на друге приходе; остали приходи у складу са Законом.

одложен отпад
<b>12.</b> Боравишна такса
<b>13.</b> Посебна накнада за заштиту и унапређење животне средине
<b>14.</b> Комунална такса за истицање фирме на пословном простору
<b>15.</b> Накнада за постављање објеката односно средстава за оглашавање и других објеката и средстава
<b>16.</b> Приходи по основу донација
<b>17.</b> Текући трансфери од других нивоа власти у корист нивоа градова
<b>18.</b> Капитални трансфери од других нивоа власти у корист нивоа градова
<b>19.</b> Камате на средства консолидованог рачуна трезора града
<b>20.</b> Дивиденде буџета градова
<b>21.</b> Туристичка накнада
<b>22.</b> Приходи од давања у закуп, односно на коришћење непокретности у државној својини које користе градови и индиректни корисници њиховог буџета
<b>23.</b> Приходи од закупнине за грађевинско земљиште у корист нивоа градова
<b>24.</b> Допринос за уређивање грађевинског земљишта
<b>25.</b> Накнада за уређивање грађевинског земљишта
<b>26.</b> Приходи које својом делатношћу остваре органи и организације градова

<b>27.</b> Приход од новчаних казни за прекршаје у корист нивоа градова
<b>28.</b> Текући добровољни трансфери од физичких и правних лица у корист нивоа градова
<b>29.</b> Мешовити и неодређени приходи
<b>30.</b> Приходи од новчаних казни за саобраћајне прекршаје
<b>31.</b> Остале локалне комуналне таксе
<b>32.</b> Накнада по основу конверзије права коришћења у право својине у корист Републике
<b>33.</b> Други приходи и примања града утврђени Законом

Извор: Одлука о утврђивању прихода који припадају граду, односно градским општинама и распореду трансферних средстава из буџета града Ниша градским општинама у 2017. години, Скупштина града Ниша, доступна на: <http://www.ni.rs/wp-content/uploads/Odluka-o-transfernim-sredstvima-GO-u-2017.pdf>

Из табеле 1. јасно се види доминација (броја) прихода који припадају Граду у односу на број прихода који припадају градским општинама (34 наспрам седам), самим тим и укупног обима прихода који захвата Град, односно градске општине. Ово нарочито долази до изражаја ако се узме у обзир чињеница да у структури прихода који Град остварује доминирају порези, а нарочито порез на доходак, добит и капиталне добитке (где спадају: порез на зараде, порез на приходе од самосталних делатности, порез на приходе од имовине и други порези).<sup>12</sup> Ово је донекле ублажено процентуално идентичним уступањем дела прихода Града од пореза на зараде, пореза на имовину и пореза на друге приходе градским општинама (табела 2).

#### **Табела 2. Уступљени приходи градским општинама**

<sup>12</sup> Вид. рецимо, последњу Одлуку о буџету Града Ниша за 2019. годину, доступна на: <http://www.ni.rs/wp-content/uploads/Odluka-o-bud%C5%BEtu-Grada-Ni%C5%A1a-za-2019.-godinu.pdf>

Градска општина	Порез на зараде	Порез на имовину	Порез на друге приходе
ПАНТЕЛЕЈ	0,90%	1,50%	0,60%
ЦРВЕНИ КРСТ	0,90%	1,50%	0,60%
ПАЛИЛУЛА	0,90%	1,50%	0,60%
МЕДИЈАНА	0,90%	1,50%	0,60%
НИШКА БАЊА	0,90%	1,50%	0,60%
Укупно:	4,5%	7,5%	3%

Извор: Одлука о утврђивању прихода који припадају граду, односно градским општинама и распореду трансферних средстава из буџета града Ниша градским општинама у 2017. години, Скупштина града Ниша, доступна на: <http://www.ni.rs/wp-content/uploads/Odluka-o-transfernim-sredstvima-GO-u-2017.pdf>

Процентуално гледано, највише прихода уступа се од пореза на имовину (1,5%), затим, од пореза на зараде (0,9%), и на крају од пореза на друге приходе (0,6%). Дакле, 15% од укупног износа наведених пореза Град Ниш уступа градским општинама.

Коначно, и трансферна средства, која се утврђују одлуком о буџету Града, расподеђују се градским општинама. Конкретно, за 2017. годину, трансферна средства расподељена су на следећи начин (табела 3):

**Табела 3. Распоред трансферних средстава за 2017.**

Градска општина	Трансферна средства
ПАНТЕЛЕЈ	42.704.000
ЦРВЕНИ КРСТ	33.960.000
ПАЛИЛУЛА	44.472.000
МЕДИЈАНА	29.299.000
НИШКА БАЊА	31.054.000

Извор: Одлука о утврђивању прихода који припадају граду, односно градским општинама и распореду трансферних средстава из буџета града Ниша градским општинама у 2017. години, Скупштина града Ниша, доступна на: <http://www.ni.rs/wp-content/uploads/Odluka-o-transfernim-sredstvima-GO-u-2017.pdf>

Укупан износ трансферних средстава за 2017. годину, који је распоређен градским општинама, био је **181.489.000 динара**. Елементи критеријума расподеле ових средстава јесу: 1) послови које обављају

градске општине утврђене Статутом Града Ниша,<sup>13</sup> 2) број становника, и 3) површина општина.

Очито је да оваква структура финансирања градских општина прати усвојена и актуелна решења о правном карактеру градских општина у Србији, које имају статус правних лица, али не и статус јединица локалне самоуправе са изворним приходима. То, донекле, уноси одређену нестабилност и неизвесност у систем финансирања градских општина, посебно узимајући у обзир чињеницу да се одлука о преносу средстава градским општинама доноси на годишњем нивоу. Рецимо, 2015. године, две године раније у односу на посматрану годину, укупан износ трансферних средстава који је распоређен градским општинама у Нишу био је **290.332.000 динара** (око 110.000.000 више).<sup>14</sup> Три елемента горе наведеног критеријума расподеле ових средстава идентична су, али је укупан износ другачији.<sup>15</sup> Не улазећи у могуће разлоге различитог укупног износа ових средстава, желимо само да укажемо на варијацију у њиховој расподели, која очито није мала. Та варијација присутна је и гледано појединачно по градским општинама (табела 4).

**Табела 4. Распоред трансферних средстава за 2015.**

Градска општина	Трансферна средства
ПАНТЕЛЕЈ	58.487.000
ЦРВЕНИ КРСТ	55.063.000
ПАЛИЛУЛА	60.769.000
МЕДИЈАНА	64.404.000
НИШКА БАЊА	51.609.000

Извор: Одлука о утврђивању прихода који припадају граду, односно градским општинама и распореду трансферних средстава из буџета града Ниша градским општинама у 2015. години, Скупштина града Ниша, доступна на: <http://www.ni.rs/wp-content/uploads/2015/02/141210-odluka.pdf>

Из табеле 4. види се да у распону од две године, рецимо, градска општина Медијана добија 2,1 пута мање трансферних средстава

<sup>13</sup> Вид. чл. 85. Статута Града Ниша.

<sup>14</sup> Вид. Одлуку о утврђивању прихода који припадају граду, односно градским општинама и распореду трансферних средстава из буџета града ниша градским општинама у 2015. години, доступну на: <http://www.ni.rs/wp-content/uploads/2015/02/141210-odluka.pdf>

<sup>15</sup> Интересантно је то да је обим трансферних средстава, која су припала градским општинама у 2015. години, номинално *исти* у односу на обим средстава распоређених у 2014. години. Вид. Образложење Одлуке из 2015. године.

од Града, док у истом периоду, Нишка Бања добија 1,6 пута мање средстава.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Иако правни режим српске локалне самоуправе градским општинама, као јединицама у оквиру градске децентрализације, не признаје то својство, оне због непосредног избора својих органа од стране грађана представљају једну врсту јединица децентрализације са окрњеним правним статусом.

Формирање, организациона и функционална структура градских општина остављене су у дискрецију градским властима (изузев када је у питању град Београд) које ова питања уређују својим статутима.

Градске општине немају изворне послове већ су јој сви послови статутом града и применом принципа енумерације поверени на обављање, што је директна последица противречног правног статуса. Послове који су јој поверени градска општина не може даље делегирати. Број и врста ових послова варира од града до града.

Када је у питању организација власти у градским општинама већина је непотребно пресликала организациону структуру општина са својством јединица локалне самоуправе. Овакво решење је неефикасно и финансијски непотребно оптерећује рад градова. Зато треба размотрити друге моделе или враћање оних модела који су већ постојали у организацији градске самоуправе. Нпр. у граду Нишу су 2004. године непосредно бирани председници градских општина и чланови већа градских општина, а скупштине нису постојале!

У раду сталних радних тела (различити одбори, савети и комисије) скупштина градских општина и већа градских општина примењен је данас углавном напуштен принцип кооптације. Без обзира на то, број ових тела је пренаглашено велик, а њихов фактички утицај миноран, те се може закључити да непотребно оптерећује функционисање градских општина и повећава трошкове њиховог функционисања.

Када је у питању финансирање градских општина њега карактерише нестабилност и неизвесност у систем финансирања градских општина, с обзиром да се одлука о преносу средстава градским општинама доноси на годишњем нивоу.

На крају, поставља се питање оправданости формирања месних заједница у оним градовима који су већ формирали градске општине, јер се у таквој ситуацији значајно компликује њихова организациона структура!

## ПОПИС ЛИТЕРАТУРЕ

**Димитријевић, П, Д. Вучетић.** *Систем локалне самоуправе.* Београд, Службени гласник. 2011.

**Јовичић, М.** *Структура и територијална основа локалне самоуправе у европским земљама (Локална самоуправа: Изабрани списи Миодрага Јовичића, књ.2).* Београд, Службени гласник. 2006.

**Орловић, С.** *Подизање капацитета политичких институција града Београда.* Београд, Универзитет у Београду, Факултет политичких наука. 2010.

**М. Вукотић-Лазар.** *Организација и финансирање града Београда, анализа и утицај на урбани развој.* Београд, Урбанистички завод Београда. 2008.

## ПРАВНИ ИЗВОРИ

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС.* Бр. 98/06

Закон о територијалној организацији Републике Србије. *Службени гласник РС.* Бр. 129/07

Закон о локалној самоуправи. *Службени гласник РС.* Бр. 129/07.

Закон о локалној самоуправи. *Службени гласник РС.* Бр. 9/02, 33/04, 135/04, 62/06.

Закон о главном граду. *Службени гласник РС.* Бр. 129/07.

Закон о финансирању локалне самоуправе. *Службени гласник РС.* Бр. 62/2006, 47/2011 и 93/2012.

Статут Града Београда. *Службени лист града Београда.* Бр. 39/08.

Одлука о промени статута Града Београда. *Службени лист града Београда.* Бр. 6/10.

Одлука о промени статута Града Београда. *Службени лист града Београда.* Бр. 23/2013.

12. Статут Града Лознице. *Службени лист града Лознице.* Бр. 1/2019 - пречишћен текст.

Статут Града Ниша. *Службени лист града Ниша.* Бр. 88/2008, 143/2016 и 18/2019.

Статут Града Новог Сада. *Службени лист града Новог Сада.* Бр. 11/2019.

Статут Града Пожаревца. *Службени гласник града Пожаревца.* Бр. 10/2018 и 12/2018-испр.

Статут Града Врања. *Службени гласник града Врања.* Бр. 37/2018.

Статут Града Ужица. *Службени гласник града Ужица.* Бр. 4/2019.

Одлука о утврђивању прихода који припадају граду, односно градским општинама и распореду трансферних средстава из буџета града

Ниша градским општинама у 2015. години (<http://www.ni.rs/wp-content/uploads/2015/02/141210-odluka.pdf>).

Одлука о утврђивању прихода који припадају граду, односно градским општинама и распореду трансферних средстава из буџета града Ниша градским општинама у 2017. години, Скупштина града Ниша (<http://www.ni.rs/wp-content/uploads/Odluka-o-transfernim-sredstvima-GO-u-2017.pdf>).

Одлука о буџету Града Ниша за 2019. годину (<http://www.ni.rs/wp-content/uploads/Odluka-o-bud%C5%BEtu-Grada-Ni%C5%A1a-za-2019.-godinu.pdf>).

Одлука Уставног суда ПУ број 45/2009. *Службени гласник РС*. Бр. 55 (2010)

Решење Уставног суда ПУ број 199/2004, *Билтен Уставног суда РС*. Бр. 1

Решење Уставног суда број IVл – 50/2009, *Службени лист града Ниша*. Бр. 61



**Dejan Vučetić, Ph.D**

Assistant Professor, Faculty of Law University of Nis

**Aleksandar S. Mojašević, Ph.D**

Assistant Professor, Faculty of Law University of Nis

**LEGAL AND ECONOMIC POSITION OF CITY MUNICIPALITIES IN  
REPUBLIC OF SERBIA**

**Summary**

In the paper, the authors provides a comprehensive analysis of city administration and competences of Serbian cities, which are internally divided into city units designated as city municipalities (*gradske opštine*). It can be concluded that neither Serbian local government regulations nor Serbian legal theory have sufficiently defined the legal nature and position of city municipalities. In Serbia, only six out of the twenty-four Serbian cities (including the Capital of Belgrade) have established city municipalities. Due to the lack of normative provisions within the Local Government Act 2007, this analysis focuses on the City Statutes. These Statutes do not regulate all the issues necessary for the successful operation of city municipalities; moreover, some city municipalities exist only in statutes rather than in reality. Bearing in mind the enacted legal provisions, city statutes and city municipalities' statutes, it is certain that the existing solutions can be improved and that there is a possibility to increase the role of city municipalities in the overall performance of the Serbian cities.

**Keywords:** *Republic of Serbia, local government, cities, City of Belgrade, city municipalities, communes.*



**Јелена ВУЧКОВИЋ\***

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

## ЉУДСКА ПРАВА И ЗАШТИТА ЛИЧНИХ ПОДАТАКА

**Апстракт:** Последњих година расте свест о значају личних података на интернету, размерама индустрије података и богатству глобалних корпорација стеченом на трговини личним подацима као и ризицима по приватност грађана. Заштита личних података произилази из заштите права на приватност, што је основно људско право. Европска регулатива поставила је основне принципе и нормативне стандарде заштите личних података. Реч је о општој уредби о заштити података о личности (GDPR) Европске уније (2016) а на основу ње донет је у Србији Закон о заштити података о личности. Нова правила подижу ниво заштите личних података. Оно што није довољно јасно нормативно постављено јесте механизам правне заштите, односно независност и ефикасност институција које треба да добро постављену регулативу практично имплементирају.

**Кључне речи:** *лични подаци, заштита личних података, принципи обраде личних података, правни основ обраде података, новинарски изузетак.*

### УВОД

Лични подаци грађана представљају зону њихове приватности и основно људско право које ужива потпуну правну заштиту. Међутим, ова „потпуна“ заштита је прилично релативно постављена, најпре нормативно (приличан број изузетака) а онда и фактички јер постоје бројне могућности неконтролисане употребе и злоупотребе личних података.

Европска регулатива поставила је стандарде заштите података у складу са новим друштвеним вредностима и очекивањима. Реч је о општој уредби о заштити података о личности (GDPR) Европске уније (2016). Примарни циљ европске регулативе је да се уреди проток података на интернету, односно лични подаци прикупљени из понашања корисника на интернету, као што су: посете одређеним сајтовима, интеракције (лајкови, шерови, врсте садржаја који се игноришу или коментаришу, итд).<sup>1</sup> На

---

\* Доцент

<sup>1</sup> Ј. Вучковић, *Медијско право*, Ниш, 2019, 146-159.

основу GDPR-а (2016) донет је у Србији Закон о заштити података о личности (ЗЗПЛ).<sup>2</sup>

У *Уставу Републике Србије* (2006),<sup>3</sup> чланом 48 зајамчена је заштита података о личности али се истовремено предвиђа да ће се прикупљање, држање, обрада и коришћење података о личности уредити посебним законом, што је и учињено Законом о заштити података о личности (2018). Устав забрањује и кажњива употреба података о личности изван сврхе за коју су прикупљени, осим за потребе вођења кривичног поступка или заштите безбедности државе, а на начин предвиђен законом. Устав ставља у први план право сваког да буде *обавештен* о прикупљеним подацима о својој личности, у складу са законом, и *право на судску заштиту* због њихове злоупотребе. Тиме се Устав определио за заштиту приватности грађана.

На основу Устава РС (2006) донет је *Закон о заштити података о личности* (2008).<sup>4</sup> За обављање послова заштите података о личности успостављен је специјални орган Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности,<sup>5</sup> као самосталан државни орган, независан у вршењу своје надлежности.<sup>6</sup>

## 1. ПОЈАМ ЗАШТИТЕ ЛИЧНИХ ПОДАТАКА

Заштита личних података произилази из права на приватност, које је основно људско право.<sup>7</sup> Смисао је да лични податак ужива пуну правну

---

<sup>2</sup> *Сл. гласник РС*, бр. 87/18. Овај закон је само „пресликана“ Општа уредба о заштити података (GDPR) која је 2016. године усвојена у Европској унији. ЗЗПЛ је дословни превод GDPR-а, па је тако формална усклађеност са регулативом ЕУ на највишем нивоу, али је сама примена у Србији упитна. Пропуштено је да се овим законом уреди област обраде података о личности путем видео надзора. Тако и даље нема контроле над камерама које се налазе на сваком кораку: у кафићима, ресторанима, продавницама, банкама. Не зна се где ти снимци завршавају, нити ко може да им приступи. Тако је пропуштена шанса да се спрече могуће злоупотребе ЈМБГ-а грађана и успостави ефикаснија заштита података у јавном сектору.

<sup>3</sup> *Устав Републике Србије*, Службени гласник РС, бр. 83/06.

<sup>4</sup> *Закон о заштити података о личности*, Службени лист РС, бр. 97/2008.

<sup>5</sup> Повереник за информације од јавног значаја, установљен *Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја* („Службени гласник РС”, бр. 120/04 и 54/07) наставља са радом под називом Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности.

<sup>6</sup> Повереник успоставља и води *Централни регистар збирки података*. То је евиденција коју чини *регистар збирки података* и *каталог збирки података* коју води Повереник. За вршење послова надзорног органа у Црној Гори оснива се Агенција за заштиту личних података као самостални и независни колегијални орган који има својство правног лица.

<sup>7</sup> Ј. Вучковић, *Медијско право*, Ниш, 2019, 146-159.

заштиту. Поступак прикупљања, држања, обраде<sup>8</sup> и коришћења података о личности уређују се посебним законом. Лични податак је „свака информација која се односи на идентификовано физичко лице или физичко лице које се може идентификовати” (чл. 4, ЗЗПЛ).<sup>9</sup>

ЗЗПЛ издваја посебно осетљиве податке које назива “посебне врсте података о личности“ за које уводи посебну рестрикцију: „Забрањена је обрада којом се открива расно или етничко порекло, политичко мишљење, верско или филозофско уверење или чланство у синдикату, као и обрада генетских података, биометријских података у циљу јединствене идентификације лица, података о здравственом стању или података о сексуалном животу или сексуалној оријентацији физичког лица.“ (чл. 17).

Ови се подаци могу обрађивати само у одређеним ситуацијама и под строго одређеним условима. Када се подаци односе на конкретне особе, реч је о обради података о личности. Корисник или прималац информација (података) јесу сва она лица (физичка или правна), којима су подаци учињени доступним.<sup>10</sup>

## 2. НАЧЕЛА ОБРАДЕ ЛИЧНИХ ПОДАТАКА

Закон прописује основна начела обраде личних података која обавезују сва она физичка и правна лица која обрађују податке. Постоји седам основних законских начела која се морају поштовати приликом обраде личних података (чл. 5, ЗЗПЛ) и то:

---

<sup>8</sup> Обрада је појам који покрива практично сваку активност са личним податком, од прикупљања, умножавања, претраживања, организације и складиштења, до измене, објаве или уништења и са свим могућим радњама између.

<sup>9</sup>Закон о заштити података о личности, *Сл. гласник РС*, бр. 87/18 (ЗЗПЛ, чл. 4), дефинише “податак о личности” као сваки податак који се односи на физичко лице чији је идентитет одређен или одредив, непосредно или посредно, посебно на основу ознаке идентитета, као што је име и идентификациони број, података о локацији, идентификатора у електронским комуникационим мрежама или једног, односно више обележја његовог физичког, физиолошког, генетског, менталног, економског, културног и друштвеног идентитета. Стога ће лични податак бити име и презиме, адреса, банковни рачун, отисак прста, здравствени картон, опис физичких или психолошких карактеристика, информације о понашању на интернету и лозинке и налози за поруке, мејл или друштвене мреже, историја активности на интернету (метаподаци, шероу, лајкови, кликови), историја претраге интернета, ИП адреса компјутера или смартфона, име и број уређаја којим се приступа мрежи и сл. *Заштита личних података и новинарски изузетак*, водич за медије, Нови Сад, 2018, 13.

<sup>10</sup> ЗЗПЛ (2018) руковаоца дефинише као „физичко или правно лице, односно орган који самостално или заједно са другима одређује сврху и начин обраде”.

## **2. 1. Начело законитости, правичности и транспарентности.**

Подаци треба да се обрађују законито, правично и на транспарентан начин. Обрада података је законита ако се обавља у складу са правним основом (чл. 12-14, ЗЗПЛ). Пристанак, уговорне и правне обавезе, јавни и легитимни интереси јесу услови законите обраде, али се ово начело односи на поштовање прописа у ширем смислу. Тако, пристанак на обраду неће покрити кршење закона о забрани дискриминације или закона о заштити ауторских права. Правичност или “поштење” подразумева поштовање друштвене вредности „уважавања туђих интереса“, па зато пристанак добијен обманом неће омогућити правичну обраду података.

GDPR а ни ЗЗПЛ не прописују обавезу руковалаца да имају политику приватности (*privacy policy*), односно документ (“изјава о приватности” - *privacy statement* или “обавештење о приватности” *privacy notice*), којим медијска организација јавно дефинише свој однос према приватности и личним подацима и обавештава грађане о њиховим правима. Међутим, оба ова прописа имају разрађене обавезе за руковоце којима је циљ поштовање начела транспарентности. Усвајање политике приватности се у пракси показало као добар алат за поштовање начела транспарентности и обавезе обавештавања лица чији се подаци прикупљају.<sup>11</sup>

Развој *on lajn* медија и њихова све бројнија публика отварају неслућене могућности за двосмерну комуникацију, информисање и образовање, као и за успостављање профитабилних модела пословања где се зарада мери бројем кликова. Приходи се најчешће генеришу путем таргетирања корисника уз помоћ колачича, односно трекера. *On lajn* медији користе колачиће да би мерили посету својим сајтовима и понашање посетилаца, за потребе анализе интернет саобраћаја али и за потребе маркетинга. Профит се углавном генерише уз помоћ реклама и колачића трећих страна, што значи да медији омогућавају трећој страни, по правилу великим компанијама које постављају колачиће, не само зараду већ и приступ подацима о корисницима. То значи да компаније које се не баве информисањем имају приступ личним подацима читалаца *on lajn* медија.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> За већину медија присутних на интернету, доступност оваквог документа представља пример добре праксе и већ успостављених стандарда. Свака медијска организација треба да изради документ о приватности који одговара њеном конкретном пословању. *Заштита личних података и новинарски изузетак*, водич за медије, Нови Сад, 2018, 31.

<sup>12</sup> *Исто*, 33.

Проблем је што ни читаоци ни медији који омогућавају постављање колачића трећих страна, по правилу немају контролу над обрадом личних података, нити имају увид у које се све сврхе ти подаци користе.<sup>13</sup> Количина и врста података који се прикупљају на овај начин представља нарушавање приватности, при чему је процес нетранспарентан.

Нова правила о заштити личних података (GDPR и ЗЗПЛ) обавезују медије да обрађују податке на законит начин, а да своје читаоце упознају са праксом обраде података које медијима и трећим странама доносе профит. У првом плану је питање транспарентности медија који користе колачиће и трекере на својим сајтовима, будући да се то може сматрати врстом обраде личних података на коју се примењују законска начела и правила. Што се тиче начела законитости и обавезе руковооца да личне податке обрађује само ако за ту обраду има ваљан правни основ, медијске организације које користе колачиће треба да утврде које колачиће имају на сајту и по ком основу обрађују податке преко сваког од њих. Неки колачићи се користе на основу легитимног и интереса, што ће бити колачићи који омогућавају функционалност сајта или за аналитичке и статистичке сврхе, док ће за друге колачиће бити неопходан пристанак, нека врста потврдне активности посетилаца сајта.

За непоштовање права корисника и за кршење начела транспарентности и законитости, односно за обраду података без одговарајућег правног основа, медијска организација сноси финансијску одговорност.

**2.2. Начело ограничења сврхе обраде** или начело конкретне, јасне, законите и примарне сврхе. Подаци о личности се прикупљају за конкретне, јасне и законите сврхе и не могу се даље обрађивати на начин који није усклађен са „примарном“ сврхом. То значи да треба прецизно дефинисати и објаснити због чега се подаци прикупљају. Тако прикупљени подаци се не могу обрађивати у друге сврхе без правног

---

<sup>13</sup> Нема тачних података колико се лични подаци грађана продају оглашивачима, компанијама. GDPR прописује да у случају компромитације података грађана, постоји обавеза да се о томе обавесте надлежни органи за заштиту података о личности у року од 72 сата уз достављање детаљног извештаја о случају. Новим правилима биће обухваћене бројне компаније у ИТ сектору у Србији, банкарски сектор, али и сви који на било који начин користе податке грађана. Ако је нека компанија из Србије, на пример, осмислила мобилну апликацију намењену и грађанима ЕУ, она готово сигурно прикупља неке податке о личности, а тренутно то прикупљање података нико не контролише у нашој земљи. Такође и сви они који имају сајт преко кога нуде било какве услуге, од продаје мајица, аутомобила или ако неко има друштвену мрежу која пружа услугу комуникације и повезивања, биће под "лупом" GDPR-а.

основа (нпр. контакти прикупљени за потребе репортаже, не могу се користити за маркетинг). Изузетно, даља обрада у друге сврхе, као што је архивирање у јавном интересу или у сврхе научног и историјског истраживања или у статистичке сврхе дозвољена је законом, односно не сматра се да је супротна овом начелу ако су испуњени законски услови. Реч је о тзв. „обради у друге сврхе“ коју закон дозвољава под одређеним условима (чл. 6, и чл. 7, ЗЗПЛ). Међутим, сваки изузетак ове врсте потенцијално угрожава личне податке њених власника а тиме и људска права генерално.

Приватни подаци поверени новинару као тајне, не објављују се, осим ако претеже интерес јавности да се за њих зна. Догађаји из даље прошлости лица постају део приватности, посебно ако би њихово објављивање нашкодило конкретном лицу.

Подаци о личности могу се преносити другим редакцијама или новинарима за новинарске сврхе, наглашавајући да се за друге сврхе не смеју употребљавати.

У том смислу, закон прописује забрану и кажњива употребу података о личности изван сврхе за коју су прикупљени, у складу са законом, осим за потребе вођења кривичног поступка или заштите државне безбедности, на начин предвиђен законом.

**2.3. Начело минимализације података** је начело одговарајућих, неопходних и довољних података. Прикупљају се само довољни, одговарајући и подаци који су неопходни. „Минимизација података“ значи да се обрада своди само на оне податке који се непосредно тичу сврхе за коју се прикупљају. Сваки податак без ког би се сврха обраде могла испунити, представља вишак и таква обрада јесте повреда закона.<sup>14</sup>

Један пример о томе да је потребно прикупљати само минималну количину података која је примерена средству комуникације јесте „директни маркетинг“ преко мејлинг листе. Познато је да је један од начина комуникације са постојећим или потенцијалним клијентима тзв. директно оглашавање, којим се промотивна порука усмерава директно на појединца (мејлом, конвенцијалном поштом, СМС порукама, телефонским позивима, итд.). Подаци потребни руковоцима који у својим маркетиншким стратегијама користе алате директног маркетинга, углавном су контакти: име, презиме, електронска или физичка адреса, број телефона. У сваком случају, потребно је да се прикупља само минимална количина података. Тако, уколико се промотивне активности спроводе мејлом, довољно је прикупљати само име и мејл, а не и број

---

<sup>14</sup> *Заштита личних података и новинарски изузетак*, водич за медије, Нови Сад, 2018, 20.



телефона. Правни основ у овим случајевима је најчешће пристанак (ради стицања нових корисника) или легитимни интерес (када је реч о већ постојећим корисницима).

Други пример су јавно доступне базе државних органа, као и базе које на различите начине постају доступне на интернету, које садрже велику количину података о личности. Лични подаци су и оне информације које за себе не упућују на конкретну особу, али у комбинацији са другим подацима могу довести до идентификације личности. Чак и када су подаци јавно доступни, могу се користити само за сврху због које су прикупљени, имајући у виду изузетак када се подаци обрађују у новинарске сврхе („новинарски изузетак“). Према томе, обиље информација у великим базама представља озбиљан изазов за новинаре приликом разликовања података потребних за истраживање и свих осталих. Нерелевантни подаци особа које су предмет истраживања или подаци особа које нису обухваћене истраживањем захтевају обазривост јер се ни они не смеју користити, делити, остављати незаштићеним, и слично јер и само задржавање или чување ових података представља обраду.

**2.4. Начело тачности и ажурности.** Прикупљени подаци о личности треба да буду тачни и ажурни. Значај овог начела очигледан је посебно у медијској сфери. Нетачни или застарели подаци треба да се бришу, односно исправе, сем уколико је потребно у одређеним ситуацијама да се сачува историја грешака или промена података (нпр. ревидирана пресуда, промена страначке афилијације и сл.).

Подаци о личности који се обрађују не смеју бити нетачни, непотпуни, застарели, ни искривљеног значења када се повежу са другим подацима.

**2.5. Начело ограниченог чувања података, односно начело сразмерности времена чувања података и сврхе.** Подаци се чувају онолико дуго колико је неопходно за сврху за коју се обрађују. Ово начело налаже да се након испуњења сврхе, подаци морају обрисати или анонимизовати. Међутим, под одређеним условима, ово начело се не односи на чување (архивирање) података у јавном интересу, за научно или историјско истраживање и потребе статистичке обраде. Обрађивани подаци о личности морају се чувати као редакцијска тајна.

**2.6. Начело интегритета и поверљивости (безбедности).** Обрада података о личности се обавља у безбедним техничким и организационим условима који омогућавају чување интегритета и поверљивости података (чл. 50, 51, ЗЗПЈ). Ово начело подразумева мере заштите од неовлашћене или незаконите обраде, од случајног губитка, од уништења или оштећења, и обухвата техничке и организационе мере. То значи да ће дигиталне базе бити заштићене енкрипцијом, на пример, подаци ће бити

маскирани или анонимизовани, приступ ће бити могућ само уз шифру одговарајућег нивоа ауторизације, уређаји ће бити физички заштићени од оштећења, итд.

**2.7. Начело одговорности.** Обрада података се мора вршити на одговоран начин. То је начело заштите података, које захтева од руковоаца подацима одговорност за испуњеност шест предходних основних принципа. Одговорност може бити грађанска (новчане казне и неновчана одговорност) и кривична одговорност.<sup>15</sup>

Иако прописи о заштити података о личности не намећу обавезу компанијама да имају интерне политике и процедуре којима је регулисано како ће поштовати прописе, у пракси руковоаци и обрађивачи треба да их имају, да би могли да у сваком тренутку понуде доказе да поштује правила закона.

Закон о заштити података о личности прописује обавезу вођења евиденције обраде која се односи на руковоаце и обрађиваче. ЗЗПЛ (2018) не предвиђа обавезу формалног пријављивања евиденција код повереника (као предходни закон) или неког другог органа, већ само о бавезу организација да их воде интерно и дају их на увид надлежном органу када је то од њих затражено.

Казне предвиђене GDPR-ом су изузетно високе, до 20 милиона евра или 4% глобалног годишњег промета организације. ЗЗПЛ прописује казне до два милиона динара за појединачни прекршај, што је мало у поређењу са европском регулативом али у контексту прилика у Србији и финансијских могућности медија, оне могу тешко угрозити рад медија. У том смислу, свака казна за повреду закона изазива “ефекат зебње” (chilling effect), односно самоцензуру.

### 3. ПРАВНИ ОСНОВ ОБРАДЕ ПОДАТАКА

ЗЗПЛ предвиђа шест правних основа на које се руковоаци могу позвати када обрађују личне податке. Одговарајући правни основ треба да буде саставни део информације о обради података. Промена правног основа у току обраде личних података је могућа али она захтева образложење.

У случају обраде посебних (осетљивих) података, поред правног основа потребно је испунити и посебне услове предвиђене за обраду ове врсте података.

---

<sup>15</sup> Док је у претходној верзији Закона о заштити података (Закон о заштити података о личности, *Сл. гласник РС*, бр. 97/08, 104/09 – др. закон, 68/12 – УС и 107/12), било предвиђено да су казне за злоупотребу података о личности 50.000 до милион динара, сада се казне крећу од 50.000 до два милиона динара.

**3.1. Пристанак** је најчешћи правни основ за обраду података. Међутим, ЗЗПЈ (2018) прописује строже квалификаторне критеријуме који могу да успоре проток информација по овом основу. Наиме, да би „пристанак“ био валидан, он мора бити информисан, недвосмислен и добровољан, што значи да власник података јасно разуме на шта пристаје и то чини јасном потврдном радњом, без принуде.<sup>16</sup>

Пристанак на обраду посебних, тзв. осетљивих података мора бити експлицитан. Све потребне информације за пристанак морају бити прилагођене узрасту корисника (чл. 15, ЗЗПЈ).

Друго, пристанак треба да се односи на конкретну сврху, без условљавања другим услугама, при чему промена сврхе захтева нови пристанак.

Коначно, пристанак мора бити документован да би се могао доказати. Веома је важно и да се власнику података мора омогућити лако и једноставно повлачење пристанка.

**3.2. Уговор** је чест правни основ за обраду података у пословним односима, када је обрада података неопходна за извршење уговора или када власник података захтева конкретне радње пре закључења уговора. Уговором се нормирају услови и режим обраде података. Уговорена обрада података је сам пословни однос а обрада података је предмет уговора.

**3.3. Закон** као правни основ обраде података се јавља у случају када су прописане одређене законске обавезе које има руковалац, а не односе се на обавезе из конкретног уговора, могу утицати на поједине аспекте обраде података. Тако нпр. дужина чувања података у складу са финансијским прописима или одредбе закона о раду и други прописи радног законодавства, које регулишу које све податке о личности послодавци морају да прикупљају и даље обрађују (радноправна регулатива, евиденције у области рада, прописи из области обавезних осигурања и порески прописи, регулатива о безбедности и заштита на раду).

У овим ситуацијама, нпр. медијске организације полазе од закона као правног основа за обраду личних података, па није потребно тражити пристанак запослених. Ово не важи уколико постоји закључен уговор о раду, у ком случају послодавац долази до одређених личних података по

---

<sup>16</sup> Законом је предвиђено да пристанак грађана на обраду података о личности мора бити недвосмислен, затим и да су компаније дужне да грађанима детаљно објасне како обрађују податке о личности.

том основу и тада је уговор правни основ за обраду тих личних података.<sup>17</sup>

Забрањена је обрада којом се открива расно или етничко порекло, политичко мишљење, верско или филозофско уверење или чланство у синдикату, као и обрада генетских података, биометријских података у циљу јединствене идентификације лица, података о здравственом стању или података о сексуалном животу или сексуалној оријентацији физичког лица. Међутим, закон предвиђа велики број изузетака када је обрада ових података ипак допуштена (чл. 17-20, ЗЗПЈ).

**3.4. Витални интереси** су животни интереси особе на коју се односе подаци и представљају правни основ, у случајевима када су угрожени живот или здравље те личности. Ово је фактички правни основ који је законом прописан.

**3.5. Јавни послови** представљају правни основ за обраду података током обављања послова у јавном интересу или извршења законских овлашћења руковоаца, и односе се пре свега на институције јавне управе.

**3.6. Легитимни интерес** је правни основ у случајевима када је обрада неопходна да би се остварили оправдани интереси руковоаца или треће стране, што је најфлексибилнији модус обраде у пословању. Њему су директно супротстављени лични интереси, права и слободе власника података, посебно када је реч о малолетним лицима.

Новинар посебно води рачуна о приватности и личним подацима деце, болесних, душевно оболелих, заосталих, немоћних, жртава, нарочито жртава сексуалног насиља и искоришћавања, лица у великој тузи, трауматизованих лица у шоку, тешко унакажених особа и сл. Ради се о томе да обрада, прикупљање и објављивање информација не нашкоди овој „осетљивој“ категорији лица. У њихову приватност може да се задре само када интерес јавности очигледно претеже. Стога овај основ (јавни послови, легитимни јавни интерес) повлачи и највећу одговорност руковалаца.

---

<sup>17</sup> За послодавце је од посебног значаја да воде рачуна о подацима о својим запосленима који се сврставају у категорију осетљивих података (посебне врсте података о личности), као што су подаци о здравственом стању, верском убеђењу или политичком опредељењу. Такву врсту података медијска организације ће моћи да обрађује само ако има законску обавезу или уколико се запослени изричито сагласио. У посебну категорију података се могу донекле сврстати и подаци о члановима породице запослених и подаци о бившим запосленим и пензионерима, који такође заслужују посебне мере заштите и по правилу се могу обрађивати само када постоји таква законска обавеза. Овде је важно напоменути да запослени не може дати пристанак у име чланова своје породице, у случају када је пристанак потребан.

#### 4. ПРАВА ЛИЦА НА КОЈЕ СЕ ПОДАЦИ ОДНОСЕ

Свако има право да буде информисан о томе да се његови подаци прикупљају и користе, као и за шта се користе, колико дуго се чувају, с ким се деле и под којим условима. Остваривање права грађана чији се лични подаци обрађују обавеза је руковоаца.

**4.1. Право на информисаност.** Свако има право да буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности, у складу са законом и право на судску заштиту због њихове злоупотребе.

Организације су у обавези да, јасно и разумљиво, објасне које податке о личности обрађују, по ком основу и за које сврхе, како их користе и с ким их деле. Таква обавештења морају бити сажета, транспарентна, доступна и бесплатна.

ЗЗПЈ прописује да је руковалац дужан да лицу на које се подаци односе, пружи информације о поступању на основу захтева за приступ информацијама које се односе на обраду његових података о личности<sup>18</sup> и то без одлагања, а најкасније у року од 30 дана од дана пријема захтева. Тај рок може бити продужен за још 60 дана ако је то неопходно, узимајући у обзир сложеност и број захтева. Чини се да су ови законски рокови јако дуги. О продужењу рока и разлозима за то продужење, руковалац је дужан да обавести лице на које се подаци односе у року од 30 дана од дана пријема захтева (чл. 21, ЗЗПЈ).<sup>19</sup>

**4.2. Право на приступ (увид)** је гарантовано право грађана као власника података, на потврду о томе да ли се, како и зашто њихови подаци обрађују, као и право приступа тим подацима.

На њихов захтев, организација је дужна да грађанима изда копију података који се о њима обрађује, бесплатно или само уз наплату техничких трошкова израде копије. Ово право може бити ограничено уколико издавање копије повређује права и слободе других (нпр. у случају пословне тајне или интелектуалне својине).

Ако податке о личности обрађују надлежни органи у посебне сврхе, право на приступ може се ограничити, у целини или делимично, у оној мери и у оном трајању у коме је такво (делимично или потпуно) ограничење неопходно и представља сразмерну меру у демократском

---

<sup>18</sup> Ова обавеза руковоаца да пружи информације о поступању на основу захтева важи не само када се тражи информација о постојању обраде из члана 26 ЗЗПЈ, већ и у свим случајевима обраде података, као што су исправка, допуна, брисање података, ограничене обраде или преношења података и приговора (чл. 29. до 31, члана 33. и чл. 36. до 38. ЗЗПЈ).

<sup>19</sup> Ако је лице на које се подаци односе поднело захтев електронским путем, информација се мора пружити електронским путем ако је то могуће, осим ако је то лице захтевало да се информација пружи на други начин.

друштву, уз поштовање основних права и легитимних интереса лица чији се подаци обрађују, како би се:

- 1) избегло ометање службеног или законом уређеног прикупљања информација, истраге или поступака;
- 2) омогућило спречавање, истрага и откривање кривичних дела, гоњење учинилаца кривичних дела или извршење кривичних санкција;
- 3) заштитила јавна безбедност;
- 4) заштитила национална безбедност и одбрана;
- 5) заштитила права и слободе других лица (чл. 28, ЗЗПЈ).

**4.3. Право на исправку и допуну** значи да сваки власник података има безусловно право на исправку нетачних и допуну непотпуних података.

**4.4. Право на брисање (заборав)** под условом да подаци више нису неопходни за сврхе у које су прикупљени; или је повучен пристанак, који је био основ за обраду; или је уложен приговор на обраду; или су подаци незаконито обрађени; или је брисање у складу са законском обавезом руковоаца; или су подаци прикупљени од детета у вези с понудом услуга информационог друштва.

Ако је организација јавно објавила податке, дужна је да обавести остале организације, које их обрађују како би били обрисани сви линкови до података. Изузеци од овог права постоји уколико у конкретној ствари преовлађује јавни интерес, укључујући слободу говора, архивирање, научне и статистичке сврхе, остваривање или одбрану од правних захтева, када организација не мора да поступи по захтеву.

**4.5. Право на обуставу обраде** је прекид готово свих активности у вези са личним подацима, у кључујући и забрану брисања јер “обрада” подразумева и брисање података. У овом случају једина могућа активност која се не сме прекинути јесте чување података.

Организација је дужна да обустави обраду када је оспорена њихова тачност; када је обрада незаконита, али се не тражи брисање; када организацији више нису потребни подаци, али власницима података јесу (за остваривање правних захтева); када је уложен приговор, а још није потврђено да ли легитимни разлози организације преовлађују над правима власника података.

Ако је организација прихватила захтев и ограничила обраду, тада се подаци смеју обрађивати само у јасно дефинисаним ситуацијама (уз пристанак, за остваривање правних захтева, за заштиту права другог физичког или правног лица).

**4.6. Право на преносивост података** је проширење права приступа, јер захтева од организација да на захтев обезбеде и доставе податке о личности у структурираном, уобичајеном и машински

читљивом формату, тако да се могу пренети другој организацији, без техничких сметњи.

Од организације се такође може захтевати да пренесе податке директно другој организацији, када је такав поступак технички изводљив. Закон посебно и детаљно регулише и пренос података другој држави и међународној организацији, као обавезу руковалаца и обрађивача да поступају у складу са условима прописаним законом (чл 63-72, ЗЗПЛ), чиме се додатно ограничава приватност грађана.

**4.7. Право на приговор** омогућава грађанима (власницима података) да оспоре правни основ за обраду. У случају приговора, организација је дужна да обустави обраду, осим ако може да покаже да легитимни разлози за обраду преовлађују над интересима, правима и слободама особе чије податке обрађује или да је обрада неопходна ради одбране правних захтева.<sup>20</sup>

У случају приговора директном маркетингу, тј. уколико грађанин усменим или писменим путем захтева да више не прима обавештења и рекламне поруке, организација мора обуставити обраду у ту сврху чим прими приговор, односно престати са даљим слањем порука или реклама.

Ово право обухвата одлуке донете коришћењем аутоматизованих механизма, када особе чији се подаци обрађују имају право на објашњење одлуке и људску ревизију аутоматизоване одлуке (човек врши преглед одлуке коју је донела машина).

## 5. НОВИНАРСКИ ИЗУЗЕТАК

Нови правни режим заштите личних података (ЗЗПЛ) предвиђа посебне сврхе обраде (нпр. заштита националне безбедности, кривична истрага и сл.) где су права грађана ограничена (чл. 40, ЗЗПЛ).

Слобода изражавања и информисања третира се као „посебан случај“ обраде (чл. 88, ЗЗПЛ) и ослобођено је свих одредби закона који се тичу наведених начела обраде података, права власника података и обавеза руковалаца и обрађивача.

Међутим, домаћи законодавац је, по узору на европски регулаторни оквир, предвидео изузетак од строгих правила заштите података. Имајући у виду однос („сукоб“) два фундаментална принципа:

---

<sup>20</sup> Грађанин добија телефонски позив на број мобилног телефона од интернет портала, са питањем да ли чита наведени портал. Како није сигуран да ли је дао број свог мобилног портала, поставио је питање одакле порталу његови подаци. Након разговора, послао је порталу захтев да се његов податак о личности (број мобилног), обрише из базе тог портала и да га више не контактирају. *Заштита личних података и новинарски изузетак*, водич за медије, Нови Сад, 2018, 25.

слободу изражавања и информисања с једне, и право на приватност, с друге стране, уведено је специјално правило о „новинарском изузетку“. Сваки пут када у овом односу претегне потреба за слободом говора и интерес јавности, новинарско истраживање и објављивање информација у медијима биће ослобођено обавеза заштите личних података.

„Новинарски изузетак“ важи за обављање новинарског посла, што уобичајено значи да је посао обављен када се резултат објави. Након тога би требало престати са обрадом података, дакле, треба их обрисати, анонимизовати или обезбедити правни основ за даљу обраду (чл. 88, ЗЗПЈ).<sup>21</sup>

Чини се да је једно од кључних питања вагање права, односно процењивање да ли у конкретној ситуацији право јавности да зна и слобода изражавања и информисања носе превагу над правом на заштиту података о личности. Треба имати на уму да обрада личних података у „посебном случају слободе изражавања и информисања“, не значи бланко изузетак од општих правила за обраду података о личности већ, само „ако су у конкретном случају ова ограничења неопходна у циљу заштите слободе изражавања и информисања“. Дакле, ако се обрада врши у склопу научног, уметничког, књижевног или новинарског истраживања и објављивања информација у медијима, а у конкретном случају треба заштитити слободу изражавања и информисања, онда се може ограничити заштита личних података (чл. 88, ЗЗПЈ). Слобода изражавања и информисања претеже над потребом да се заштите лични подаци и приватност грађана. То је заправо „новинарски изузетак“ и одговор на питање чему он служи. Дакле, објављивање информација мора бити у јавном интересу, који мора да оправда нарушавање приватности и суспензију заштите личних података, односно општег режима ЗЗПЈ: глава 2 до 6. и чл. 89 до 94. ЗЗПЈ.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> GDPR препушта чланицама ЕУ да својим националним законима ближе уреде тензије између заштите података о личности и слободе информисања, имајући у виду тумачење појмова: новинарство, новинар, медији, јавни интерес и сл. Са развојем дигиталних платформи и нових видова извештавања, потребно је редефинисати новинарство и новинарски чин.

<sup>22</sup> Постоје упозорења да је у текст Закона унета потенцијално неуставна одредба. Ради се о чл. 40. ЗЗПЈ који прописује ограничење права на приватност и заштиту података о личности у одређеним ситуацијама. У питању су ситуације у којим може бити ограничено право на приватност и заштиту података о личности, као што су заштита националне и јавне безбедности, одбране, заштита независности правосуђа, заштита права и слобода др. Наиме, подаци о томе да ли је неко на рођењу имао крива стопала, шта пише у нечијој радној књижици, зашто није служио војску или какав је чији социјални и материјални статус у Србији неретко заврше на друштвеним мрежама или насловним странама таблоида. Међутим, одговорни за



Значајан изазов примени „новинарског изузетка“ може бити новинарски рад у личном својству (freelancer) без подршке медијске организације. Наиме, медијским организацијама ће бити лакше да се позову на „изузетак“ ако могу да прикажу детаљне практичне политике и процедуре, усклађивање са кодексима, добру унутрашњу свест о улози Повереника за заштиту података о личности и адекватно вођење база података.<sup>23</sup>

## ЗАКЉУЧАК

Обрада података је битан део новинарског посла и положаја новинара. Практичне импликације може имати пренос терета на новинаре да утврде да ли легитимни интерес јавности превазилази право на приватност, посебно у контексту истраживачког новинарства.<sup>24</sup>

---

достављање ових података, пролазе без кривичне одговорности. Бројне кривичне пријаве које је Повереник поднео за неовлашћено прикупљање личних података и даље су без епилога. Још више забрињава чињеница да су све пријаве поднете због сумњи да су појединци у државним институцијама прекршили право грађана на приватност.

<sup>23</sup> Смернице британског Повереништва за примену старе европске Директиве о заштити података, су на располагању као прецизни критеријуми за анализу новинарског изузетка који се може разложити на четири: 1. подаци се обрађују само за новинарство, уметност или књижевност, 2. са циљем објаве одређеног материјала, 3. уз разумно веровање да је то објављивање у јавном интересу, и 4. уз разумно веровање да усклађивање није компатибилно са новинарством. Види: “Privatnost vs Sloboda izražavanja: Posledice evropske Uredbe na globalne medije”, CIMA: <https://www.cima.ned.org/blog/privacy-vs-free-expression-global-news-media-implications-eus-general-data-protection-regulation-gdpr/>.

<sup>24</sup> Један од случајева злоупотребе GDPR-а одиграо се у Румунији 2018. Истраживачки пројекат RICE из Румуније објавио је неколицину докумената који садрже личне податке познатог политичара и с њим повезаних особа. Одмах након објаве на Фејсбук страници истраживачког пројекта, реаговала је румунска служба за заштиту података о личности и издала налог пројекту да достави све информације у вези са овим случајем, укључујући и изворе, под претњом новчане казне од 650 евра за сваки дан кашњења у извршењу обавезе, до максималног износа од 20 милиона евра. Румунски закон о заштити података о личности садржи одредбу која се односи на обраду података о личности у новинарске сврхе („новинарски изузетак“), који би морао бити примењен у овом случају. Надлежна служба је, међутим, решила да другачије тумачи закон чиме је спровела притисак на истраживачке новинаре. О случају се огласила и Европска комисија да примена „општих прописа о заштити података“ која крши основна права, попут слободе говора и информисања, представља злоупотребу GDPR-а. Види: *Заштита личних података и новинарски изузетак*, водич за медије, Нови Сад, 2018, 29.

Треба имати у виду могуће злоупотребе при обради података, као и поступака заштите података о личности.<sup>25</sup> Интенција је да сви државни органи морају да имају особу која је задужена за заштиту података о личности.<sup>26</sup>

У циљу заштите основних права и слобода физичких лица у вези са обрадом, послове праћења примене закона врши Повереник, као независан државни орган (чл. 73- 87, ЗЗПЛ). Међутим, Повереник није надлежан да врши надзор над обрадом од стране судова. Положај Повереника није потпуно независтан и по томе јер постоје и право на притужбу Поверенику и право на судску заштиту против одлуке Повереника (чл. 82, 83, ЗЗПЛ).

#### ЛИТЕРАТУРА:

*Заштита личних података и новинарски изузетак* (2018), водич за медије, Нови Сад.

Закон о јавном информисању и медијима, *Сл. гласник РС* 83/ 14

Закон о заштити података о личности, *Сл. гласник РС*, бр. 87/18

Ј. Вучковић (2019), *Медијско право*, Медивест, Ниш.

М. Пешић (2015), *Пракса Европског суда за људска права која се односи на слободу изражавања*, мастер рад, Правни факултет у Нишу.

*Медији о малољетницима у сукобу са законом* (2005), Медија центар, Сарајево.

Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/ 2006.

---

<sup>25</sup> Иначе, према Закону, предвиђен је механизам да грађани реагују уколико неко злоупотреби њихове податке. Тај механизам је „притужба“. Појам „притужбе“ је стран нашем систему и постоји углавном као механизам заштите унутар неке организације – на пример притужба председнику суда на рад неког појединачног судије. Тако је притужба нови правни лек који се уводи по узору на Регулативу ЕУ. Повереник има две могућности – или да сам покрене поступак заштите, да оде у инспекцију, или да то учини по притужби неког лица.

<sup>26</sup> Ј. Вучковић, *Медијско право*, Ниш, 2019, 146-159.

Jelena VUČKOVIĆ, Ph.D

Assistant Professor, Faculty of Law University of Kragujevac

## HUMAN RIGHTS AND PROTECTION OF PERSONAL DATA

### Summary

In recent years, there is growing awareness of the importance of personal data on the Internet, the size of the data industry and the wealth of global corporations acquired through trade in personal data, as well as the risks to citizens' privacy. Protection of personal data stems from the protection of the right to privacy, which is a basic human right. European regulations set the basic principles and normative standards for the protection of personal data.

It is a General Data Protection Regulation of the European Union (2016), and based on it, the Law on Personal Data Protection was adopted in Serbia. The new rules raise the level of protection of personal data. What is not clear enough is the mechanism of legal protection, that is the independence and efficiency of institutions, which should practically implement well-established regulations.

**Keywords:** *personal data, protection of personal data, principles of processing personal data, legal basis of data processing, journalistic exception.*



Милош ПРИЦА<sup>1</sup>

Правни факултет Универзитета у Нишу

## УПРАВНА СТВАР И УПРАВНОСУДСКА СТВАР. ПРИЛОГ РЕФОРМИ СРПСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА И ПРАВОСУЂА

**Апстракт:** Рад представља системско-телеолошку анализу предмета управног поступка и управног спора у нашем правном поретку. У периоду од 1952. године до доношења важећег Закона о управним споровима Републике Србије (2009. године), у нашем законодавству, јудикатури и правној књижевности - уврежило се гледиште о управној ствари као предмету управног спора. Доношењем поменутога закона, дотично гледиште о управној ствари више не одговара законском одређењу предмета управног спора, имајући у виду да се сада у управном спору, осим управних аката донесених у управним стварима, оцењује и законитост других појединачних правних аката донесених у другим правним стварима. Уз то, наше мишљење је да постоје и други основи и аргументи у прилог тезе о потреби лучења управних ствари као предмета управног поступка и управносудских ствари као предмета управног спора, следствено чему би било исправно у наше законодавство и јудикатуру увести појам управносудске ствари као предмета управног спора. У следству системско-телеолошког поимања разматраних питања, у чланку смо изложили властито становиште о појму и правном карактеру управне ствари и управносудске ствари, а посебну пажњу посветили смо објашњењу разлике између правних ствари, правних ситуација, правних односа и правних института као правних облика. Теорија правних облика је наше оригинално гледиште.

**Кључне речи:** *управна ствар, управносудска ствар, правна ствар као правни облик, правне ситуације, правни институти, појединачни правни акт, управни акт, непосредна и сходна примена Закона о општем управном поступку.*

---

<sup>1</sup> Доцент, pricamilos@prafak.ni.ac.rs

Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја РС.

## **1. ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА: СИСТЕМСКО-ТЕЛЕОЛОШКА АНАЛИЗА УПРАВНЕ СТВАРИ КАО ЗАКОНСКОГ ПОЈМА**

Управна ствар као битно обележје управног акта и управног спора постаје део нашег законодавства и јудикатуре доношењем Закона о управним споровима ФНРЈ из 1952. године ("Службени лист ФНРЈ", бр. 23/52). Почев од поменутога закона па све до доношења сада важећег Закона о управним споровима Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 111/2009), управна ствар у системско-телеолошком смислу означава предмет појединачног правног акта донесеног у управном поступку који се могао побијати тужбом у управном спору. То значи да је управна ствар од увођења у наш правни поредак у ствари правни појам који означава предмет управног спора, следствено чему је управна ствар у правној књижевности стављена првенствено под окриље судске контроле законитости у управном спору, без потребне пажње која би била посвећена разматрању управне ствари наспрам свеколике управне делатности, односно системско-телеолошког поимања правног карактера предмета судске контроле законитости појединачних правних аката у тоталитету.

Системско-телеолошким тумачењем разлога за увођење управне ствари у законодавство и јудикатуру у нас, мишљења смо да је посреди било једно "лукавство ума", оличено у промишљеној правној политици озбиљних законописаца: да се под окриљем прокламоване судске контроле законитости управних аката постепено развија посебан правни режим појединачних правних аката ослобођених судског испитивања властите законитости. До таквога закључка долази се на основу чињенице да су сви наши закони о управним споровима у периоду о којем говоримо нормирали могућност: да се - осим правних ствари које по својој природи представљају предмет контроле у другом судском поступку управни спор може искључити и посебним законом, без обзира што је у питању појединачни правни акт донесен од стране органа управе на основу правила управног поступка. С тачке гледишта правне државе, посве је разумљива потреба да се у духовној делатности органа управе усредоточеној на решавање појединачних правних предмета, разлуче правне ствари у којима се може водити управни спор од правних ствари којима пристаје други облик судске заштите, дочим искључење судске контроле законитости појединачног правног акта, као израз фактичке самовоље, представља смртну болест правне државе. Да ли је у том смислу, управној ствари било намењено да у правном поретку послужи као барјак правне државе који ће вијорити над самовољом државних органа, остављајући ван домашаја судске контроле законитости појединачне правне акте са наглашеним јавним интересом?

Циљ Закона о управним споровима из 1952. године свакако је подразумевао утврђивање области правног поретка у којима је предвиђена другачија судска заштита, имајући у виду да је члан 69 закона у питању садржао општу клаузулу о судској заштити: "Даном ступања овога закона престају важити савезни и републички прописи који предвиђају надлежност редовних као грађанских судова у стварима које су предмет одлука органа државне управе, осим ако се ради: а) склапању брака, б) о усвојењу, ц) о односима родитеља и деце, д) о експропријацији изузев акта о експропријацији, е) о накнади штете и о другим грађанско-правним односима, ф) о радним и службеничким односима лица запослених изван државних надлештава и установа. У стварима које по претходном ставу остају у надлежности редовних као грађанских судова не може се водити управни спор по одредбама овог закона. Исто тако даном ступања на снагу овог закона престају важити прописи који предвиђају надлежност редовних као грађанских судова у стварима социјалног осигурања радника, службеника и њихових породица, и у тим стварима може се водити само управни спор по одредбама овог закона."<sup>2</sup> Поврх тога, чланом осмим дотичнога закона било је нормирано да се управни спор није могао водити: а) у стварима судске и арбитражне управе, изузев аката о службеничким и радним односима; б) у дисциплинским стварима државних службеника и радника, уколико законом није друкчије одређено; ц) у стварима прекршаја о којима по закону решава у другом степену судија за прекршаје или веће за прекршаје; д) у стварима о којима је решавала Савезна народна скупштина, народна скупштина народне републике, или њихова извршна већа; е) у стварима о којима се по изричној одредби закона не може водити управни спор.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> В. Иванчевић, М. Ивчић, А. Лалић, *Закон о управним споровима са судском праксом и коментаром*, Загреб, 1958, 297-298.

<sup>3</sup> С. Поповић, *Судска контрола законитости управних аката у ФНРЈ -управни спор у ФНРЈ*, Београд, 1953, стр. 25. Примера ради, у периоду непосредно након доношења Закона о управним споровима, управни спор је био искључен Законом о пољопривредном земљишном фонду општенородне имовине и додељивању земље пољопривредним организацијама од 27. 5. 1953. (чл. 26); Законом о промету земљишта и зграда од 15. 6. 1954; Законом о експропријацији из 1957. (чл. 17, 22, 42. и 63). В. Иванчевић, М. Ивчић, А. Лалић, *Закон о управним споровима са судском праксом и коментаром*, Загреб, 1958, 64-65. Саобразно новели ЗУС из 1965. године (Закон о изменама и допунама Закона о управним споровима, "Службени лист СФРЈ", бр. 16/65), управни спор се могао искључити: 1) против аката донесених у стварима у којима је судска заштита обезбеђена ван управног спора; 2) против аката донесених у стварима о којима је по изричитој одредби закона не може водити управни спор; 3) у стварима о којима непосредно на основу уставних овлашћења одлучује Скупштина СФРЈ или Председник Републике, односно Председништво

Анализовањем правних ставова судова у периоду непосредно после 1952. године, уочава се становиште врховних судова ондашње државе, према којем се карактер управне ствари одриче извесним правним стварима (правним стварима у којима се доноси општи правни акт, правним стварима које се уговорно уређују, као и у погледу решавања захтева за накнаду штете).<sup>4</sup> При томе, карактер управне ствари није био генерално искључен у погледу имовинскоправних питања, што је значило да су судови карактер управне ствари наспрам имовинскоправних питања просуђивали од случаја до случаја.<sup>5</sup> Уз то, веома је важно запазити знаковиту околност: да се у годинама непосредно после нормирања управне ствари као предмета управног спора везано за решавање имовинскоправних питања јављају примери законског искључивања

---

СФРЈ или одговарајући орган република или аутономних покрајина. М. Перовић, *Коментар закона о управним споровима*, треће измењено и допуњено издање, Београд, 1977, 111. Наведене формулације о искључењу управног спора, са незнатним језичким изменама, важиће у нашем законодавству све до доношења Устава Републике Србије из 2006. године.

<sup>4</sup> "Акт општег карактера, тј. онај који се односи на неограничен број особа, није управни акт" (У -885/52 од 28. 10. 1952.). "Управни орган у својству уговорне странке везан је уговором по грађанским прописима, те не може у својству управног органа уговор поништити" (Из образложења пресуде Врховног суда НР Словеније Уж. бр. 1475/52 од 23. 10. 1952. "Захтев за накнаду штете која није нанета извршењем управног акта представља грађанскоправни акт, који се може остварити тужбом против одговорних особа пред редовним као грађанским судом, али се због таквог захтева не може покренути управни спор." У -416/53 од 23. 5. 1953. С. Поповић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом и регистром појмова*, Београд, 1977, 84-85;89.

<sup>5</sup> "Ради се о управној ствари и онда, кад се управним актом решава о имовинском захтеву, јер се управним актом може одлучивати и о имовинским правима и интересима." (Решење Савезног врховног суда Уж. 14/52). "Акт донесен по предлогу обуставе продаје конфисциране имовине због покренутог поступка деконфискације те имовине је управни акт." (Уж -1775/53 од 8. 12. 1953.) "Решење којим орган управе изјављује да није спреман да имовину која му је као општенародна предата на управљање преда лицу од кога је та имовина била одузета као ратна добит за време окупације, јесте акт пословања а не управни акт, па се против акта не може водити управни спор." (Савезни врховни суд Уж 1529/55). "Решења о додељивању земљишта појединцима ради подизања кућа (чл. 43. и 46. Закона о промету земљишта и зграда) не представљају акте пословања, већ акте донесене у управном поступку, па се против њих може покренути управни спор (Пресуда Савезног врховног суда Уж. 6098/56)." "Акт министарства финансија, којим је одбијен захтев да се реализирано потраживање у иноземству исплати по вишем курсу, није управни акт против којег се може водити управни спор" (Решење Савезног врховног суда У. 1313/52). "Одлука, којом се одбија захтев за одгону продаје конфисковане некретнине, управни је акт" (Решење Савезног врховног суда Уж. 1775/53).



управнога спора, при чему је нарочито било знаковито настојање тадашњих врховних судова у правцу уобличавања доктрине о "актима пословања" и "актима располагања", као појединачним правним актима у погледу којих вођење управног спора није било допуштено. С тим у вези би посебно требало имати у виду да није била у питању доктрина настала у следству теоријског експериментисања, ако знамо у којој мери је у периоду након Другог светског рата било изражено задирање у приватну својину у нашем правном поретку. Посебно се у том погледу мора поменути доношење Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта из 1958. године ("Службени лист ФНРЈ", бр. 52/58, 3/59, 24/59, 24/61 и 1/63), и то из два разлога. Прво, поменути закон је нормирана национализација зграда и земљишта у приватној својини путем појединачних правних аката надлежних комисија за национализацију, без могућности да се остварује право на судску заштиту, како у погледу решавања о национализацији, тако и када је у питању решавање о накнади за национализовану имовину. Друго, овим законом је успостављен посебан административни модел управљања установљеном друштвеном својином, тако што се физичким лицима признавало право коришћења национализованих објеката и земљишта, а до тога признавања долазило је опет издавањем појединачних правних аката. На тај начин је створен широк простор за распрострањавање тзв. аката располагања и аката пословања у правном поретку, следствено чему на видело излази разлог наше упитаности о циљу установљавања управне ствари као законског појма, имајући у виду да се правоваљаност аката располагања није могла побијати у управном спору иако су дотични акти имали сва формална обележја управних аката противу којих је управни спор допуштен.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> "Закључак општинске скупштине којим се из поседа радне организације изузима зграда и додељује на коришћење месној заједници има својство управног акта против кога се може водити управни спор." Пресуда Врховног суда Србије, У -13164/70 од 13. априла 1971. "Решења којим народни одбор одлучује о додели национализованих пословних просторија привредних организација као основног средства нема карактер управног акта." (Уж -7860/62 од 17. 11. 1962.). "Ускрађивање сагласности даваоца стана на коришћење за размену стана није управни акт, већ акт пословања и противу таквог акта не може се водити управни спор." (Врховни суд Србије IV У. бр. 5290/65). "Решење скупштине општине, донесено на заједничкој седници оба већа, о преносу основних средстава на предузеће нема карактер управног акта па противу истога нема места покретању управног спора." (Уис 1554/66). "Акт о располагању који је донела скупштина општине не представља управни акт против којег је дозвољено вођење управног спора." (Врховни суд Србије, У. бр. 9656/67 од 26. 10. 1967.). "Не ради се о управном акту, већ о акту пословања, када се уређују односи између Скупштине југословенске заједнице социјалног осигурања или републичких

Осим аката располагања, развој управног спора у другој половини прошлога века у нас, обележило је искључивање управног спора и у многим другим правним стварима, чије је решавање подразумевало употребу политичке оцене целисходности и управне оцене целисходности надлежног одлучиоца, што је из угла правне државе неприхватљиво. Јер, према доктрини правне државе, у природи ствари је да судска контрола законитости спрам политичке оцене целисходности и управне оцене целисходности буде ограничена, али нипошто да буде искључена!<sup>7</sup> Овде

---

заједница социјалног осигурања као органа самоуправљања осигураника у области социјалног осигурања, а у вези с уређивањем материјалних односа између фонда инвалидско-пензијског реосигурања и фондова инвалидског и пензијског осигурања републичких заједница социјалног осигурања." (У 1188/67). "Решење скупштине општине којим се обавезује ранији власник национализованог грађевинског земљишта, које му је уступљено на коришћење у смислу чл. 40. Закона о нац. најамних зграда и грађевинског земљишта, да плати одређени износ на име трошкова за уређење земљишта (комунални допринос), нема карактер управног акта." (Врховни суд Србије, У. 1187/65 од 25. 3. 1966.). "Акт којим се одбија захтев да се исплати накнада за објекте које је бивши колонист изградио на колонијстичком земљишту, а потом напустио, није управни акт већ акт пословања, па против таквог акта није допуштен управни спор." (Уис. 3209/68). Вид. С. Поповић, Коментар закона о управним споровима са судском праксом и регистром појмова, Београд, 1977, 87-88; 92;97;99; 101). Доктрина о актима располагања и актима пословања укоренила се у нашој управно-судској јудикатури, што потврђују и судске одлуке у периоду после 1990. године. Поводом једног судског правног става из 2001. године ("Против решења комисије Владе Републике Србије о додели стана не може се водити управни спор јер је у питању акт располагања." Пресуда Врховног суда Србије У. бр. 3501/00 од 13. 6. 2001. године), Фатић закључује: "Како можемо да градимо правну државу са оваквим одбијањем да се призна нешто што је по природи ствари управна ствар, као да није управна ствар? Оваквим пресудама се неосновано одбија заштита права и законитости у важним управним стварима, а као управне ствари се прихватају маргиналне ствари, као што је рачун ПТТ услуга, итд, што није грешка, али је неупоредиво са овом која је напред наведена, а која је пресудна за законитост рада органа управе и владе." Б. Фатић, "Управно-судска заштита права и законитост", *Правни живот* бр. 9/2004, стр. 1238.

<sup>7</sup> Интересантно је приметити необјективност наших аутора у погледу разлога и домашаја законског искључења управног спора. Тако Перовић, везано за искључење управног спора, вели: "Неки пут ће бити у питању случај када је економичније, целисходније искључити него дозволити управни спор, други пут ће то бити неки други посебни разлози, треба конкретно и ценити." М. Перовић, *Коментар закона о управним споровима*, треће измењено и допуњено издање, Београд, 1977, 114. "Оваквих изузетних ситуација (законског искључивања управног спора М.П.) има у нашем законодавно-правном систему, али су оне сразмерно ипак сведене на изузетке од система, од правила. Овде их, наравно, не можемо побројати јер уосталом то није ни потребно." М. Перовић, *Теоријски и практични коментар закона о управним споровима*, Београд, 1966, стр. 106.

би свакако било важно узети у обзир околност да је функцију управне ствари на супротну страну од доктрине правне државе водило и наше "управно правосуђе" неконзистентном јудикатуром лишеном правних схватања у квалификацији предмета управног спора,<sup>8</sup> па се у целости посматрано основано има закључити да судска контрола законитости у нашем правном поретку везана погрешним трагањем за предметом и идентитетом управног спора није досегла лествицу која одговара доктрини о судској контроли законитости појединачног правног акта у поретку правне државе.

Премда је у нашем правном поретку прихваћено гледиште да управне спорове решава управно правосуђе, ни у ком случају се не би смело закључивати о сличностима са моделима управног судства у

---

<sup>8</sup> У том смислу су пажње заслужни неубедљиви и у системско-телеолошки неприхватљиви судски правни ставови којима се управни спор искључује у правним стварима избора, именована и разрешења јавних функционера. (Пресуда ВСС-а, Увп. I 154/08 од 23.4.2009; Пресуда Врховног суда Србије, Увп. I 10/2007 од 29. 1. 2009; Пресуда Врховног суда Србије Увж. И 404/04 од 15. 06. 2005. године. Пресуда Врховног суда Србије, У. 3102/05 од 01. 12. 2005. године. Решење Врховног суда Србије Увп. И 19/09 од 25. 06. 2009. године. Љ. Пљакић, *Практикум за управни спор: са коментаром, судском праксом и обрасцима за примену у пракси*, Београд, 2011, 124; 129, 144. З. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Београд, 2010, 258. Исто тако, веома је изражена неконзистентност судских правних ставова у погледу тога да ли акт поседује решавајући карактер. Врховни суд Србије, У-3261/70 од 6.5.1970; Врховни суд Србије, У. 3266/74 од 26.11.1975. године; Врховни суд Србије, У. 3531/02 од 6.2.2003; Врховни суд Србије, У. бр. 12540/70 од 1. 4. 1970; Пресуда Врховног суда Србије, Увп. И 135/04 од 08. 06. 2015. године. Врховни суд Србије. У. 13569/68 од 02.04.1969; Врховни суд Србије, У-3514/80 од 19. 11. 1980. Љ. Пљакић, *Практикум за управни спор: са коментаром, судском праксом и обрасцима за примену у пракси*, Београд, 2011, 100, 115-116. З. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Београд, 2010, 193, 228, 230, 245. Напоследку, неутемељеност судовања уочава се и на примеру квалификације обавештења, потврда и др. као управних аката и обратно. Вид. Врховни суд Србије Увп. 202/77 од 16. 11. 1978. године; Пресуда Врховног суда Србије, У. 5851/08 од 18. 12. 2008; Решење Врховног суда Србије, У. 1049/07 од 03. 04. 2008. године; Пресуда Врховног суда Србије У. 8694/08 од 15. 10. 2009. године, Пресуда Врховног суда Србије У. 1500/07 од 18. 03. 2009. године; Пресуда Врховног суда Србије У. 3752/09 од 19. 06. 2009; Решење Врховног суда Србије, У. бр. 5319/07 од 06. 02. 2008. године; Решење Врховног суда Србије У. 825/06 од 31. 10. 2007. године; Пресуда Врховног суда Србије У. 1500/07 од 18. 03. 2009. године; Пресуда Врховног суда Србије У. 6788/06 од 14. 02. 2007. године; Пресуда Врховног суда Србије У. 3777/07 од 23. 10. 2008. године; Решење Врховног суда Србије У. бр. 5319/09 од 06. 02. 2008. године; Решење ВСС-а, У. 7173/2008 од 27.11.2008. Љ. Пљакић, *Практикум за управни спор: са коментаром, судском праксом и обрасцима за примену у пракси*, Београд, 2011, 102, 110, 120, 126, 127, 128, 131, 141-144; 156-157; 168; 177.

другим државама, без улажења у испитивање квалитета управно-судске јудикатуре и јуриспруденције у државама у питању. У том смислу, разлике између управног правосуђа у нас и у Француској имају суштински карактер. Тако, у Француској постоји не само засебан режим административног права, него и стална органска и персонална повезаност органа управе и управног судства, и то двоје доприноси постојању „административног режима“, одељеног од грађанскоправног режима. Гледано у односу на саму делатност Државног савета, највишег управног суда у Француској, могли бисмо ставити три битне напомене о постојању „духа управног правосуђа“, што управно правосуђе у питању разликује од других. То су: његова саветодавна улога у погледу доношења општих правних аката, улога комесарâ закона у поступцима одлучивања те снажно изражена креативност приликом утврђивања правних ставова и правних схватања тзв. преторска јурисдикција Државног савета. Петровић у вези са казаним правослови: „...у француском праву уопште нису ретки случајеви да је управа правно везана и у присуству пуких норми о надлежности, а да је, напротив, слободна и у присуству релативно одређених правних бића. ...Таква преторска прераспорела правне везаности и оцене целисходности може се потпуно објаснити само функцијом Државног савета да брине о „доброј управи“ у двоструком смислу: да спречава екцесе административног режима с једне и чува независност и акциону способност управе с друге стране.“<sup>9</sup>

Уз то, у нашој правној књижевности уврежило се мишљење да је управна ствар куриозитет нашег права, имајући у виду да мали број законодавстава нормира и дефинише управну ствар као законски појам. Везано са наведеним требало би имати у виду, да се за упоредноправну анализу позитивноправних појмова не могу узимати у обзир само језички изрази законских текстова и судских одлука, већ би се морало приступити њиховој функционалној анализи. Када се, у назначеном смислу, приступи упоредној функционалној анализи предмета правних поступака, могло би се закључити да су управна ствар и управносудска ствар укореније у правном поретку Француске, много више него у правном поретку Србије, упркос томе што је управна ствар у нас законски појам, што није случај у Француској. Јер, на основу функционалне анализе долази се до закључка да у француском правном поретку важи посебан „административни режим“, одвојен строго од грађанскоправног режима, као и то да у француском праву важи доктрина о актима владе, у погледу којих је судска контрола сведена на формалноправни минимум. То значи да се с

---

<sup>9</sup> М. Петровић, *Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа*, Београд, 1981, 117.

тачке гледишта правног научника са нашег правног подручја може закључити: да управна ствар у Француској, као правни предмет припадајући административном правном режиму, представља кључ разликовања између административне, грађанске и политичке делатности у правном поретку.

Упркос постојању разлога за појмовно разликовање предмета управног спора и управне ствари, несумњиво је да се у периоду од 1952. године до доношења важећег Закона о управним споровима Републике Србије (2009. године), у нашем законодавству, јудикатури и правној књижевности уврежило гледиште о управној ствари као предмету управног спора, што је одговарало законском одређивању предмета управног спора. Доношењем важећег Закона о управним споровима, дотично гледиште о управној ствари више не одговара законском одређењу предмета управног спора, имајући у виду да се сада у управном спору, осим управних аката донесених у управним стварима, оцењује и законитост других појединачних правних аката донесених у другим правним стварима. Уз то, наше мишљење је да постоје и други основи и аргументи у прилог тезе о потреби лучења управних ствари као предмета управног поступка и управносудских ствари као предмета управног спора, следствено чему би било исправно у наше законодавство и јудикатуру увести појам управносудске ствари као предмета управног спора. Зато ће наше настојање бити да, у следству системско-телеолошког поимања разматраних питања, објаснимо правни карактер управне ствари и управносудске ствари као правних облика те и да утврдимо правце развијања правне мисли у појмовном одређивању управне ствари и управносудске ствари у нашој јудикатури и јуриспруденцији.

## **2. ПРАВНИ ОБЛИЦИ (ПРАВНЕ СТВАРИ, ПРАВНЕ СИТУАЦИЈЕ, ПРАВНИ ОДНОСИ И ПРАВНИ ИНСТИТУТИ). УПРАВНА СТВАР КАО ПРАВНИ ОБЛИК**

Управна ствар је типичан правни предмет у правном поретку који у смислу правног уређивања припада управноправном режиму, што значи да је постојање управне ствари у правном поретку опредељено природом ствари. Сва досадашња разматрања управне ствари у нашој правној књижевности полазила су од односа између општих правних норми и управног акта и других облика управне делатности, подразумевајући да правне ствари нужно представљају правне предмете (правна питања) који се правно уређују конкретизацијом општих правних норми појединачним правним актом или појединачном материјалним актом. Према нашем мишљењу, то није пут који може да доведе до расветљавања правног

карактера управне ствари нити било које друге правне ствари у правном поретку.

Да би се одредио појам о којем овде говоримо, мора се узети у обзир разлика између правних објеката, правних предмета и правних ствари, с тим да је веома важно имати у виду правотворачке изворе који сачињавају унутарњу концепцију правних аката и правних радњи.<sup>10</sup> Примерице, право на држављанство је правни објект који ужива правну заштиту у правном поретку, при чему је право на држављанство предмет правног уређивања путем општих и појединачних правних аката. Тако гледано, подношење захтева за стицање држављанства пријемом је правна чињеница (претпоставка за решавање правног предмета), стицање држављанства пријемом је један правни предмет који се решава доношењем управног акта (управна ствар) у следству разумске интерпретације уставних и законских норми и оцене целисходности (правотворачки извори). С друге стране, право на држављанство као правни објект је непосредно регулисано уставом, на начин да је уставним нормама прецизирана зајемчена суштина држављанства као субјективног права (правни предмет), што значи да је зајемчена суштина права на држављанство у ствари уставна ствар као једна врста правне ствари у правном поретку. Видећемо доцније да уставне норме о зајемченој суштини људских права по свом општем правном дејству представљају генералне правне ситуације, а будући да из њих непосредно произлазе субјективна права, у питању су уједно и индивидуалне правне ситуације,

---

<sup>10</sup> Научно посматрано, правни поредак садржи саставне градивне ентитете, без којих је незамислива продорност правнонаучне анализе стварања и конкретизације права. Наше мишљење је да правни поредак има следећу структуру: а) Основни (градивни) ентитети правног поретка: 1) правни субјект, 2) субјективно право, 3) правна дужност, 4) правни објект (предмет); 5) правни акт, 6) државна радња, 7) правна радња, 8) правне чињенице. У односу на правни поредак, сви поменути елементи имају једнак (конститутивни) значај, па би било посве погрешно поменуте елементе смештати у хијерархијску табелу јер би то било исто као када би се у смислу људскога организма оцењивало превасходство десне руке у односу на леву руку, онд. крвотока у односу на нервни систем и сл.; б) Материја правног уређивања: правна добра и правни интереси; в) Правотворачки извори: разумска интерпретација правних норми и правних принципа, политичка оцена целисходности, слободна воља и управна оцена целисходности; г) Облици правног уређивања: непосредни динамички: општи правни акти, индивидуални правни акти, државне и правне радње, непосредни статички: правни принципи, правне норме и правни стандарди и виши (правнонаучни) статички: правне ствари, правне ситуације и правни институти. Вид. М. Прица, *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Ниш, 2016, 20-82; М. Прица, "Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног правног поретка -Уједно излагање о унутрашњем правном систему", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 78/2018, 104-113.

без обзира на њихову даљу конкретизацију у правном поретку. Из наведеног примера белодано произлази да конкретизовано и прецизирано правно уређивање може уследити и путем општих правних норми као довршених и прецизираних правних бића у правном поретку, чиме се не доводи у питање разлика у правном дејству које дели општи правни акт од појединачног правног акта. Осим поменуте уставне ствари, у прилог изложене тезе, индикативно је поменути опште правне норме (заповести) кривичног законика, које представљају прецизирана и довршена бића (генералне правне ситуације) којима су прецизиране основне правне дужности (правни предмети/законске ствари) наспрам основних правних добара (правних објеката) у правном поретку. Код кривичних дела чињенично биће је садржано у правном бићу као довршеној духовној формацији (кривичном делу као правном појму), тако да правно правило кривичног законика јесте генерална правна ситуација из које непосредно произлазе правне дужности. Генералне правне ситуације кривичног законика произлазе из разумске интерпретације устава и политичке оцене целисходности (правотворачки извори) и представљају довршено правно биће чију садржину сачињавају примарно чињенично биће (негативне и позитивне дужности) и секундарно чињенично биће – недопуштено чињење или нечињење којим се проузрокује кривично дело. Следствено томе, предмет кривичног поступка је оцена правних чињеница наспрам примарног и секундарног бића (кривична ствар), а кривично дело је правна чињеница и не представља правотворачки извор. Пре ближих објашњења која ће даље уследити, важно је напоменути да заповести кривичног законика као прецизирана и довршена правна бића такође имају својство генералних правних ситуација, без обзира на то што важе за неодређени број случајева и неодређени број лица, при чему су уједно и индивидуалне правне ситуације, с обзиром на то да из ситуација у питању непосредно произлазе правне дужности субјеката правног поретка.

У правцу расветљавања правне ствари као правног облика, важно је у обзир узети природу односа између општих правних норми као регулативних правних ставова и правних објеката које опште правне норме уређују. Правна норма придев "општи" получује услед природе правног објекта који уређује, не и због садржине правног става којим се објект правно уређује. Правни карактер опште правне норме долази као последица околности да је општим правним нормама као регулативним правним ставовима исказана типичност лица, догађаја, радњи и односа као објеката правног уређивања те код општих правних норми долази до апстраховања правног објекта, док је њихова садржина конкретизована. У природи ствари је да општа правна норма у садржинском смислу буде конкретизовани регулативни правни став, чиме се не доводи у питање њено својство да производи опште правно дејство. То значи да су опште

правне норме у правно-логичком смислу конкретизовани правни ставови произашли из правних одредаба (уставних, законских и подзаконских), важећи за неодређени број случајева и неодређени број лица.<sup>11</sup> Смисао императива важења општих правних норми као регулативних правних ставова управо је у потреби заштите општег добра и јавног поретка са принципом законитости у ужем смислу код императивних норми и очувања правног поретка код диспозитивних норми, које, без обзира на секундарну примену, представљају примарну гаранцију јавног интереса као статичког израза општег добра. Отуда је неопходно да опште правне норме садржински буду конкретизовани регулативни правни ставови јер би у противном био обесмишљен разлог њиховог постојања у правном поретку. Уз то, осим у садржинском погледу, конкретизација опште правне норме односи се у одређеном степену и на објект који се њоме уређује па у зависности од степена конкретизације у питању зависи да ли ће општа правна норма као регулативни правни став представљати довршено и прецизирано правно биће. То што опште правне норме као регулативни правни ставови најчешће нису довршена и прецизирана правна бића, не значи да су у питању општи правни ставови.<sup>12</sup> То уистину

---

<sup>11</sup> Опште правно дејство је разлог што се у нашој правној књижевности највећи значај за разумевање права придаје општим правним актима као формалним изворима права. Марковић у вези са тим вели: "...само општи акти могу бити формални извори права, јер само из њих право може извирати без обзира на број случајева њихове примене. Појединачни акти, применом на конкретне случајеве, престају да постоје у правном смислу, јер се њихова обавезност, применом на случај који се односе, исцрпљује." Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 2008, 19-20.

<sup>12</sup> Карактер општих правних ставова имају правни принципи, с тим да се разумевање права не може постићи уколико се у обзир не узме разлика између телеолошких, системских и регулативних правних ставова у правном поретку. Телеолошки правни ставови изражавају основне правне идеје и усмеравају правну свест у поретку правне државе, опредељујући тиме правни основ правних норми као регулативних правних ставова и правни основ делатности субјеката правног поретка. Системски правни ставови уређују међусобни однос градивних ентитета правног поретка те правно уређују ток, обим и домаћај правног уређивања и делатности субјеката правног поретка, док регулативни правни ставови непосредно правно уређују субјективна права и правне дужности субјеката правног поретка. Следствено наведеном, правне норме и правни принципи по својој унутарњој (правнологичкој) структури јесу правни ставови, али правни ставови различитог својства. Правни принципи представљају зрачеће телеолошке правне ставове, док се правне норме јављају као системски и регулативни правни ставови. Системски правни ставови искључиво имају облик општих правних норми са општим правним дејством, док се регулативни правни ставови јављају као правне норме са дејством erga omnes и правне норме са дејством inter partes. Видећемо доцније да правне норме као регулативни правни ставови нужно представљају конкретизоване правне ставове, било да су у питању



значи да општу правну норму треба даље конкретизовати у делу правног објекта или да конкретизовани регулативни правни став опште правне норме треба даље прецизирати општом правном нормом и појединачним правним актом. Имајући наведено у виду, правне норме као регулативни правни ставови постоје као опште правне норме и као појединачна правна правила,<sup>13</sup> при чему опште правне норме као регулативни правни ставови у садржинском смислу јесу конкретизовани правни ставови са општим правним дејством.<sup>14</sup>

---

правне норме са дејством *erga omnes* или правне норме са дејством *inter partes*! Правни принципи као основни телеолошки правни ставови имају општи правни карактер, при чему системско-телеолошка конкретизација писаног права исходује да се правни принципи развију као снопови општих и конкретизованих телеолошких правних ставова. У том смислу, правни принципи као телеолошки правни ставови опредељују правни основ правних норми као регулативних и системских правних ставова. Вид. М. Прица, "Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и "унутрашњег правног система", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 80/2018, 135-180.

<sup>13</sup> У погледу разлике између општег и појединачног акта, Петровић у својој докторској расправи сасвим основано казује да појединачност и општост могу постојати како у погледу круга адресата, тако и у погледу предмета који се актом уређују: „...ако се акт односи на једно или више тачно одређених лица, што ће рећи, ако је круг његових адресата затворен, утврђен актом на искључив, дефинитиван начин, постојаће увек управни акт, без обзира на начин на који тај акт уређује безброј понашања једног јединог лица, тај акт је ипак појединачан акт. То стога што сингуларност лица представља један тако снажан елемент индивидуализације да он нужно читавој ситуацији даје сасвим појединачна обележја. ...Код отвореног круга адресата, постојаће појединачан правни акт ако је њиме уређено једно једино понашање, „ако је његова садржина сасвим сингуларна, без обзира на отвореност или затвореност круга адресата дотичног акта. На пример, ако се актом забрани одржавање једног јавног скупа, заказаног, рецимо, за сутра у подне на том и том месту, то је онда управни акт, без обзира на то што је круг адресата акта неодређен; исти би случај био и код забране цепања једног одређеног плаката, код наредбе свим имаоцима воћки да их окрече одређеног дана и тсл. Не би, напротив, био управни акт онај акт којим се забрањује купање у једној реци, прелажење преко једног моста и тсл., него нормативна мера, премда је и овде садржина акта конкретна. Но овог пута конкретне су само околности које су акту унапред дате и које изазивају његово доношење; тако, загађеност реке изазвала је забрану купања у њој, трошност моста представља разлог забране прелажења преко њега; али, понашања регулисана актом могу да се понављају у безброј наврата, док је код прве врсте аката предмет акта само једно једино понашање.“ М. Петровић, *Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа*, Београд, 1981, 135-136.

<sup>14</sup> М. Прица, "Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и "унутрашњег правног система", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 80/2018, 135-180.

Саобразно току мисли који следимо, постоје правни објекти у погледу којих се опште правне норме јављају као довршено и прецизирано правно биће, тако да субјективна права и правне дужности непосредно из општих правних норми произлазе (то су генералне правне ситуације и уједно правни предмети које називамо законским или уставним правним стварима). С друге стране, већи је број правних објеката у правном поретку у погледу којих опште правне норме не представљају довршено и потпуно прецизирано правно биће, следствено чему се према начину правног уређивања објеката у питању нужно јављају правни предмети који се правно уређују одговарајућим појединачним актима и на тај начин настају правне ствари у правном поретку (уговорне, управне, судске и др.). Из наведеног произлази да правно правило као прецизирани конкретизовани правни став у односу на правни предмет може произлазити из општег правног акта и индивидуалног правног акта, што је основа за откривање и уобличавање правних ствари и правних ситуација као правних облика који изражавају прецизирана и довршена правна бића у правном поретку.

Правне ситуације су правни облици засновани на правним правилима као прецизираним и довршеним правним бићима, из којих непосредно произлазе субјективна права, правне дужности те овлашћења субјеката правног поретка. Правне ситуације се, према садржини, деле на генералне, посебне и индивидуалне правне ситуације. Садржина генералне правне ситуације је уређена општим правним актом, као израз правног прецизирања субјективних права, правних дужности или овлашћења правног поретка, са непосредним правним учинцима и општим правним дејством. Генералне правне ситуације су опште и трајне и у свему стоје под владом општег правног акта којим су установљене.

Посебне правне ситуације допуштају да се на њих могу позвати само једна или више особа које су индивидуално одређене и које могу бити супротстављене само једној или већем броју особа које су такође индивидуално одређене. Посебне правне ситуације се јављају као привремене (нпр. извршењем пореског решења посебна правна ситуација ишчезава из правног поретка) и као трајне (нпр. закуп као правни институт). Суштина је да се посебне правне ситуације успостављају између одређених субјеката правног поретка с циљем правног уређивања правног предмета. У том смислу, посебне правне ситуације обухватају правни однос заснован између одређених субјеката, опште правне норме које као системски правни ставови нормирају ток, обим, домаћај правног уређивања и овлашћења субјеката правног поретка, правне принципе као телеолошке правне ставове, а правни режим посебне правне ситуације нужно подразумева укрштање генералних и индивидуалних правних

ситуација (нпр. зајемчена суштина уставом гарантованих људских права, корисник експропријације, порески обвезник и др.).

Индивидуалне правне ситуације подразумевају правне статусе субјекта правног поретка са припадујућим субјективним правима или правним дужностима.

Наша разматрања довели смо до тачке са које је важно уочити да је за одређивање појма управне ствари или било које друге правне ствари важно следити кружни ток односа између општих правних аката као формалних извора права и појединачних правних и материјалних аката, имајући у виду да индивидуалне правне ситуације могу произлазити из општег и појединачног правног акта, с тим да правно уређивање у режиму посебних правних ситуација неминовно подразумева укрштање генералних и индивидуалних правних ситуација. Према току мисли који смо до сада следили, покретањем управног поступка заснива се један облик посебне правне ситуације. Јер, покретањем управног поступка успоставља се правни однос<sup>15</sup> између одређених субјеката ради решавања правног предмета (управне ствари), издавањем појединачног правног акта (управног акта). На решавање у питању примењују се опште правне норме као системски правни ставови (правна правила управног поступка), правни принципи као телеолошки правни ставови (општа правна начела општег управног поступка) те горе поменуте генералне и индивидуалне правне ситуације (зајемчена суштина субјективних права, правни статуси и др.). У овом примеру, посебне правне ситуације по правилу су привремене јер је у њиховој природи да ишчезавају из правног поретка извршењем управног акта којим је уређен предмет посебне правне ситуације.<sup>16</sup> Међутим, основаност постојања правних ситуација као

---

<sup>15</sup> Посебна правна ситуација није исто што и правни однос који се успоставља ради правног уређивања правног предмета, имајући у виду да посебна правна ситуација, осим правног односа, обухвата опште правне норме као системске правне ставове, правне принципе те и генералне и индивидуалне правне ситуације. Правни однос као правни облик има секундаран карактер када је његово успостављање усмерено на правно уређивање правног предмета. Правни однос као правни облик је примаран само ако чини циљ правног уређивања (брак) те и када се закључује у односу на лична својства, са намером да дуже траје (нпр. код уговора о доживотном издржавању и сл.).

<sup>16</sup> Важно је имати у виду да посебна правна ситуација не мора ишчезнути из правног поретка окончањем редовног правног пута, стицањем правноснажности појединачног правног акта, знајући за постојање могућности употребе ванредних правних средстава (нпр. понављање управног поступка у објективном року од 5 година). Поврх тога, постоје посебне правне ситуације које се по природи ствари, по окончању редовног правног пута, налазе у стању мировања (нпр. деекспропријација

правних облика потврђује моменат успостављања индивидуалних правних ситуација у управном поступку као једном облику посебне правне ситуације, што значи да индивидуалне правне ситуације у погледу свог успостављања и трајања не морају нужно бити везане окончањем редовног пута правне заштите (другостепени управни поступак и управни спор). Суштина је у томе да се упркос томе што се посебна правна ситуација успоставља покретањем управног поступка, индивидуална правна ситуација се по правилу успоставља пре окончања редовног правног пута, саобразно правилу да коначна решења стичу својство извршности, иако се противу коначних решења може покренути управни спор као део редовног правног пута. Поврх тога, индивидуална правна ситуација у управном поступку може настати и пре коначности управног акта, у случајевима када својство извршности наступа пре својства коначности (несуспензивно дејство жалбе). Дакле, индивидуална правна ситуација у управном поступку може бити успостављена у различитим етапама редовног правног пута, али по правилу пре окончања редовног правног пута, из чега излази на видело потреба разликовања правног предмета (управне ствари), управног акта и индивидуалне правне ситуације.<sup>17</sup>

Премда се управни поступак окончава доношењем појединачног правног акта и посебна правна ситуација у питању по правилу ишчежава из правног поретка, веома је важно имати у виду да решење предмета управног поступка може исходovati постанак индивидуалне правне ситуације, генералне правне ситуације или правног института (облик непосредне систематизације у правном поретку) као снопа правних

---

непокретности уколико у року од 3 године нису извршени знатнији радови на експроприсаној непокретности).

<sup>17</sup> У складу са казаним, важно је закључити да и посебне и индивидуалне правне ситуације имају карактер засебних (самосталних) правних ситуација, а то би требало да определи ограничавање непосредног дејства закона на режим посебних правних ситуација, тако што ће у погледу успостављених правних ситуација трајно важити законски режим важећи у моменту њиховога успостављања. Ограничавање непосредног дејства закона свакако важи и у погледу постојања индивидуалних правних ситуација, без обзира на правно дејство ситуација у питању. При свему томе, управо могућност успостављања индивидуалних правних ситуација са општим правним дејством путем појединачног правног акта, најбољи је доказ неодрживости нормативистичког поимања које право види као стварање и примену општих правних норми као формалних извора права. Јер, ако и индивидуалне правне ситуације приватног права могу производити опште правно дејство (нпр. *habitatio*), то значи да је правни поредак налик једном великом мноштву водотокова потеклих са различитих извора, у сталном току укрштања и везивања генералних, специјалних и индивидуалних правних ситуација. М. Прица, Експропријација као правни институт, Ниш, 2016, 66-78.

ситуација у питању. Наведимо неколико примера. (1) Доношењем пореског решења настаје индивидуална правна ситуација пореског обвезника, али ситуација у питању ишчезава извршењем решења или окончањем редовног правног пута; (2) Признавањем права на боравак странцу такође настаје индивидуална правна ситуација, при чему је трајање ситуације о којој говоримо временски ограничено; (3) Усвајањем захтева за издавање возачке дозволе настаје правни статус као индивидуална правна ситуација. Али, возачи путничких аутомобила налазе се у генералној правној ситуацији, имајући у виду да њихова субјективна права и правне дужности произилазе непосредно из закона, а на полицији је да путем материјалних аката проверава понашање возача путничких аутомобила спрам ситуације у питању; (4) Решавање по захтеву за пријем у држављанство Републике Србије подразумева доношење конститутивног појединачног правног акта, на основу разумске интерпретације законских норми и управне оцене целисходности као правотворачких извора. Уколико надлежни одлучилац донесе позитиван управни акт, најпре настаје индивидуална правна ситуација, а у погледу садржине држављанство као правни институт<sup>18</sup> представља мноштво генералних правних ситуација, не само једну генералну правну ситуацију.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Постоје два облика правног института у правном поретку: непосредни и виши. Првопоменутих је одлика мноштво правних ситуација повезаних у систем, тако да непосредно правно уређивање једног правног предмета наткриљује правни институт као целина правних ситуација у нареченом смислу. Такво стање ствари постоји код брака, наслеђивања, држављанства, својине на непокретности, управног уговора, напосе код експропријације. Другопоменути облик се називље вишим, имајући у виду његово својство да представља целину правних појмова, следствено чему је његово место поглавито у правној свести припадника правничког сталежа и правних научника. Као примере бисмо могли навести управни акт, кривично дело, застарелост и др. Вид. М. Прица, *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Ниш, 2016, 78-82.

<sup>19</sup> Исто тако у грађанскоправној материји, основна својинска овлашћења и основна стварноправна овлашћења представљају генералну правну ситуацију, али право својине на непокретности Петра Петровића, проистекло из уговора о купопродаји, представља индивидуалну правну ситуацију, при чему правни режим својине на одређеној непокретности подразумева читав сноп генералних и индивидуалних правних ситуација. С тим у вези, *habitatio* (лична службеност) установљена на основу уговора о купопродаји, доводи уживаоца у индивидуалну правну ситуацију, при чему је садржина ситуације у питању регулисана законом и представља генералну правну ситуацију. Титулар службености у овоме случају своју ситуацију супротставља свима (опште правно дејство), закон може да промени садржину дотичне ситуације, али закон ситуацију не може да укине, што је доказ њеног индивидуалног карактера. Осим тога, промена права својине на непокретности неће утицати на промену

У правној књижевности су заступљена гледишта о актима-условима, на начин да извесне генералне правне ситуације, мада проиходе из закона који опредељује њихов обим и домаћај, настају под условом да су предузети појединачни правни акти.<sup>20</sup> Неоснованост гледишта о актима-условима је у неувиђању правних института као целина састављених од генералних и индивидуалних правних ситуација. Није основано рећи да конститутивни појединачни правни акт представља услов за ступање у једну генералну правну ситуацију, имајући у виду да се дотичним актом заснива правни институт као сноп индивидуалних и генералних правних ситуација. Притом, и у случају индивидуализације генералне правне ситуације на конкретан случај, доношењем декларативног управног акта (нпр. поводом одрицања од држављанства Републике Србије), настаје индивидуална правна ситуација, само што ситуација у питању подразумева индивидуализацију генералне правне ситуације. Када се пак доноси конститутивни појединачни правни акт, на основу законских норми као регулативних правних ставова, не долази до индивидуализације генералне правне ситуације, већ на основу законских норми као недовршених регулативних правних ставова бива конституисана индивидуална правна ситуација, која у погледу садржине може стајати под владом законских норми (генерална правна ситуација).

Овде је важно истаћи још једну карактеристику правних ситуација, а наиме да се једино полазећи од генералних и индивидуалних правних ситуација као прецизираних и довршених правних бића може разумети однос примарних и секундарних правних облика у правном поретку. У том смислу и примера ради, генералне правне ситуације о апсолутним правним дужностима су примарне, кривична ствар као предмет кривичног поступка је секундарна, али су норме законика о кривичном поступку од примарног значаја за постојање правног поретка. Исто тако, посебне правне ситуације грађанског (приватног) права су примарне, парнична ствар је секундарна, али су диспозитивне норме облигационог законодавства од примарне важности за постојање правног поретка итд. То значи да у правном поретку постоје редовне (примарне) правне ствари и секундарне правне ствари. Тако, за разлику од кривичних и парничних ствари као секундарних правних ствари, управне ствари су примарне, што важи и за ванпарничне ствари, о чему више нешто ниже.

Из досадашњих разматрања може се закључити да конкретизовано правно уређивање има у виду правни предмет (правно питање у

---

ситуације о којој говоримо, али право допушта да титулар права својине и уживалац службености углаве престанак дотичне службености, што значи да је у описаном случају на делу једна посебна правна ситуација.

<sup>20</sup>L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I, 3-e éd., Paris, 308.

материјалном смислу) и правну ствар (правно питање у формалном смислу) – као израз припадања правног предмета одговарајућем режиму правног уређивања, иманентног субјекту, делатности његовој, те правотворачким изворима који изражавају унутарњу концепцију правних аката. Правне ствари представљају слагање правног предмета (правног питања у материјалном смислу) са начином његовог правног уређивања (правног питања у формалном смислу). Правно уређивање једног правног предмета може подразумевати смењивање форми његовог правног уређивања, али се из тог таласа померања формалних обележја може уочити његов збиљски правни карактер. Правне ствари у наведеном значењу очитују анатомију правног поретка и унутардржавног права.<sup>21</sup>

Суштина је у томе да постоје правна питања која могу да буду предмет уређивања у једном или у другом правном поступку, путем једног или другог правног акта, али би та могућност требало да буде одређена „природом ствари“ па се пред „природом ствари“ зауставља и моћ законодавца. „Природа ствари“ очитује идентитет између правног предмета и правне ствари као облика уређивања правног предмета. Утврђивање „природе ствари“ стога би требало да представља приоритетни задатак правне мисли, како судске тако и академско-научне јуриспруденције. Радбрух у вези са тим вели: „Ипак, та пракса ме није могла задовољити. Тада ме није интересовао поједини случај, него опште, не конкретно, него апстракција... Нисам био довољно зрео да тражим ум у стварима, да појмим идеју као значење и душу стварности, да тражим поредак у животним односима који људи зову „природа ствари“.<sup>22</sup> Наше је полазиште да постоји „ум у правним стварима“, као темељ на којем израста подела власти у правном поретку, следствено чему је подела власти више последица постојања различитих правних ствари и области

---

<sup>21</sup> Спознаја анатомије правног поретка везана је "типом" као методолошком категоријом, оличеном у синтези посебног и општег односно – како је Дилтај казивао – у "регуларном повезивању индивидуално различитих црта у основне форме душевног живота". Дилтај закључује: "У једном таквом типу на регуларан начин је међусобно повезано више обележја, делова или функција. Те црте, чије повезивање чини тип, стоје једне према другима у једној таквој узајамној релацији да присуство једне црте допушта да се закључи о другима, варијација у једној о варијацији у другој. И та типична повезивања обележја јачају у универзуму у успињућем реду форми живота, и достижу у органском и онда у психичком животу своју највишу тачку." W. Dilthey, *Beiträge zum Studium der Individualität*, in: *Die geistige Welt, Gesammelte Schriften*, V, 1924, 240;271.

<sup>22</sup> G. Radbruch, *Der innere Weg, herausg.* Von L. Radbruch, Stuttgart 1951, 71. Наведено према: М. Петровић, *Правна везаности и оцена целисходности државних власти и органа*, Београд, 1981, стр. 14. Видети: Г. Радбрух, "Природа ствари као облик правног мишљења", *Зборник за теорију права*, св. 1, Београд, 1991, стр. 217-237.

правног поретка, него обратно: да су различите правне ствари резултат поделе власти као прокламованог циља у правном поретку.

Према нашем гледишту, правна ствар означава правни предмет чије правно уређивање правним правилима као довршеним и прецизираним бићима одговара правном режиму владајућем у одређеној области правног поретка. Ако се сагледа тоталитет правног уређивања у правном поретку, могу се издвојити следеће правне ствари: (1) грађанске (уговорне и др.), (2) политичке (акти владе као појединачни правни акти донесени на основу политичке оцене целисходности), (3) уставне, (4) законске, (5) управне и (6) судске (кривичне, парничне, ванпарничне, прекршајне, привредносудске, управносудске, уставносудске).

Поводом истог правног објекта, из идентичног склопа правних чињеница, може произаћи више правних предмета и различитих правних ствари. Примера ради, људска радња која проузрокује кривично дело представља кривичну ствар као предмет кривичног поступка, а оштећени коме је кривичним делом штета проузрокована припада право на накнаду штете, што је парнична ствар (предмет парничног поступка); ако је у прекршајном поступку утврђена прекршајна одговорност за извршени прекршај (прекршајна ствар) то није сметња да се поводом истог правног предмета води и кривични поступак (кривична ствар). Код правних института који по природи својој имају трајан карактер или сложену структуру, настаје мноштво правних предмета са различитим начинима њиховог правног уређивања (правним стварима). Тако, примера ради, брак, својина на непокретности и експропријација уистину јесу велика мноштва правних ствари припадајућих различитим режимима правног уређивања. У том смислу, нигде се у правном поретку не показује сложеност правног уређивања као у случају правног режима експропријације. На делу је снажно померање обележја правног уређивања експропријације: од управне ствари (у поступку поводом утврђивања јавног интереса и доношења решења о експропријацији), уговорне ствари (у погледу накнаде за експроприсану непокретност), судске ствари: ванпарничне (спрам накнаде за експроприсану непокретност) и парничне (у погледу спорних питања правног односа између експропријанта и експропријата), опет управне или уговорне и парничне у поступку деекспропријације.

Поврх тога, када се поводом уређивања једног правног питања иницира правни пут, у етапама отвореног правног пута, предмет правног уређивања се развија и мења, образујући тако један ланац правних питања као предмет оцена надлежних одлучилаца. У том смислу, предмет решавања првостепеног органа по захтеву за признавање субјективног права разликује се од решавања другостепеног органа поводом истога питања (првостепена и другостепена управна ствар), као што се поводом



тог питања даље разликује и предмет оцене у управном спору (управносудска ствар) те тако и у поступку по уставној жалби (уставносудска ствар). Осим сукцесивног смењивања правних ствари у наведеном примеру, одређени правни предмети могу алтернативно имати карактер једне или друге правне ствари (нпр. одређивање накнаде за експроприсану непокретност може бити уговорна ствар или ванпарнична ствар). При томе, правно уређивање одређених правних предмета у истој материји правног уређивања може бити израз подељене надлежности и самим тим различитих правних ствари.<sup>23</sup>

Ако се питање сагледава из дубине правног поретка, правне ствари, како је већ поменуто, постоје као редовне (примарне) и као секундарне. У ред редовних правних ствари спадају: уставне ствари, законске ствари, управне ствари, грађанске ствари и ванпарничне ствари, док све остале - горе наведене правне ствари - у нареченом смислу имају секундарни карактер у правном поретку. Да би се разумела разлика између примарних и секундарних правних ствари, ваљало би најпре истаћи да се функционисање правног поретка не може зајазити пирамидалним током стварања и примене општих правних норми као "формалних извора права", имајући у виду да принцип законитости у материјалном смислу не важи у свим областима правног поретка. Материјално право се ствара и ван институционалног поретка јавне власти, као делатност која не представља конкретизацију законских норми као регулативних правних ставова – у подручју слободне воље и приватног интереса у апсолутном смислу (грађанске ствари). С друге стране, институционални поредак државне власти је нужно шири у односу на материјално (законско) право, имајући у виду политичку делатност државних органа која може да буде и изнад закона (нпр. закључивање међународног уговора). Сагласно предоченом, принцип законитости се у областима правног поретка испољава у различитим видовима, од законитости у ужем смислу (придржај законских норми као регулативних правних ставова код управних ствари), преко забране противзаконитог дејства код правних послова грађанског права (грађанске ствари), до политичке оцене целисходности највиших државних органа која може да

---

<sup>23</sup>"За оцену законитости коначних управних аката којима је одлучено о праву на здравствено осигурање је надлежан Врховни суд Србије, осим аката завода који се доносе на основу 34-46. Закона о здравственом осигурању за које се судска заштита обезбеђује у парничном поступку пред надлежним судом. (Пресуда ВСС-а бр. 6577/06 од 30.05.2007).Билтен судске праксе Управног суда бр. 1/2010, стр. 113-114. Стављање ван снаге акта располагања о додели запосленом у органу управе стана у закуп је управни акт, али заштита (спор) поводом доношења дотичнога акта остварује се у парничном поступку. (Решење ВСС-а, У. 3475/06 од 6.6.2007).

буде и изнад закона. При томе, у свим областима правног поретка важе правни принципи као основни телеолошки правни ставови и опште правне норме као системски правни ставови.

Узимајући у обзир наведено, у погледу правног уређивања типичних грађанских ствари не важи принцип законитости у материјалном смислу, јер се грађанске ствари уређују на основу слободне воље (правотворачки извор) са забраном повреде императивних норми, добрих обичаја и јавног поретка, следствено чему уређивање грађанских ствари није прецизирање општих правних норми. То значи да су грађанске ствари, не само редовне, него су по правилу и самосталне у правном поретку. Насупрот грађанским стварима, у погледу решавања управних ствари важи принцип законитости у материјалном смислу, имајући у виду да уређивање управних ствари подразумева прецизирање општих правних норми као недовршених и непрецизираних правних бића. Управне ствари стога по правилу нису самосталне, али јесу редовне (примарне) у правном поретку јер природа ствари захтева да се опште правне норме као недовршена правна бића прецизирају доношењем управног акта.

Према томе, разлика између основних правних принципа владајућих у областима правног поретка нужно исходује разлику између одређених правних ствари, без обзира на сличности које се уочавају у формалним обележјима ствари у питању одн. сличностима у формалним обележјима правног уређивања правних предмета у питању. Ако бисмо упоредили ванпарничне ствари и управне ствари, никако се не би могло закључити да су у питању блиске правне ствари, имајући у виду разлику у њиховом правном основу - детерминисаном различитим духом области правних поредака којима припадају. Јер, управне ствари припадају језгру општег добра, док су ванпарничне ствари заступљене као као облик редовне правне делатности са наглашеним јавним интересом у области грађанског права. За разлику од разумске интерпретације императивних норми и управне оцене целисходности као правотворачких извора код решавања управних ствари, уређивање ванпарничних ствари, осим разумске интерпретације императивних норми, по правилу подразумева слободну вољу странака ванпарничног поступка (нпр. слободна воља наследника да ће се прихватити или одрећи наследства, закључивање уговора о доживотном издржавању у ванпарничном поступку и др.). Као што се оцена целисходности не може замислити у ванпарничном поступку, тако се слободна воља као правотворачки извор не може замислити у управном поступку, и то је довољан одговор на питање зашто се ствари у питању не могу доводити у везу.

Сагледавање правне ствари чисто по начину правног уређивања, заступљено је у правној књижевности и наспрам „спорности“ и

„неспорности“ као карактеристика правних ствари, што је поглед усмерен на правни поступак, а не на правни предмет у материјалном смислу. Управна ствар, у следству дотичног правничког резонувања, била би „неспорна ствар“, док би парнична ствар била „спорна“.<sup>24</sup> У нашем важећем законодавству, управна ствар је дефинисана као „неспорна ситуација“. Пљакићу, будући да је цео век провео са судским списима, није било тешко да закључи: „Чини се да је требало пронаћи неки адекватнији термин ... будући да појам неспорног у поступању судова има јасно значење па се може поставити питање о чему треба расправљати при неспорној ситуацији и за кога је она неспорна.“<sup>25</sup> Зашто би кривична ствар била спорна више него што је управна ствар, ако знамо да решавање кривичне ствари не представља прецизирање општих правних норми, при чему је законитост у материјалном смислу најзаступљенија код решавања кривичних ствари. Као што се утврђују правне чињенице у кривичном поступку, тако исто се утврђују и поводом решавања управних ствари, што значи да се спор о законитости јавља као карактеристика решавања и кривичних и управних ствари. Штавише, спор о законитости ће се изразити и јаче код управне ствари, знајући да решавање ствари у питању подразумева конкретизацију општих правних норми као недовршених регулативних правних ставова. Разлика је у томе што се спор у кривичном поступку види у првом степену решавања кроз однос између овлашћеног тужиоца и окривљеног, док ће спор о законитости код управне ствари на видело доћи у другом степену - као спор о законитости између надлежног првостепеног одлучиоца и странке. Дакле, никако се у материјалном смислу не би могло казати да је управна ствар „неспорна“, али решавање у управном поступку због природе императивних законских норми налаже једнострано правно уређивање, чиме се ствара привид једностраначке управне ствари као неспорне ствари.

Имајући у виду наведено, за одређивање правних ствари као правних појмова ваљало би поћи од разлике која важи у погледу духа (правних добара, правних интереса, правотворачких извора и основних правних принципа) владајућих у различитим областима правног поретка, следствено чему би се, према карактеристикама правних питања у материјалном смислу, за означавање разлике у питању могао користити израз "материја правног уређивања" у областима правног поретка (управноправна материја, грађанскоправна материја, кривичноправна материја и др.). То значи да сва правна добра и правни интереси имају

---

<sup>24</sup> З. Томић, "Решавање у управним стварима, домашај Закона о општем управном поступку", *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 4/1984, 507-520.

<sup>25</sup> Љ.Пљакић, *Практикум за управни спор, са коментаром, судском праксом и обрасцима за примену у пракси*, Београд, 2011, 174-175.

различиту заступљеност у различитим областима правног поретка па је и оправдано узимати у обзир "материју правног уређивања" као један критеријум за сагледавање правних ствари и правног карактера правних делатности у областима правног поретка. С друге стране, када се узме у обзир кауза делатности субјеката у одређеној области правног поретка, при чему је одлучујући значај правотворачких извора као унутарње концепције правних и материјалних аката, запажа се особитост правног режима делатности субјеката у одређеној области правног поретка. Наш задатак овде је да одредимо подручје правног поретка које по свом правном карактеру представља управну материју.

Према нашем мишљењу, управном материјом оправдано је означити подручје језгра (најужег подручја) општег добра у којем влада превасходство општих правних интереса као динамичких израза општег добра. Зато је нужно постојање органа државне управе у институционалном поретку државне власти, а делатност органа државне управе превасходно је усмерена на заштиту општег добра, правног поретка и јавног поретка, што је основни циљ управне делатности. За утврђивање и разумевање облика и каузе управне делатности, неопходно је поћи од својстава управне материје и циља делатности органа државне управе. Основно својство управне материје састоји се у примату општих интереса у језгру општег добра државе као правно-политичке заједнице, с тим да општи интерес не би требало поистовећивати са јавним интересом. Наше је мишљење да општи интереси представљају динамичке изразе општег добра, док под приватним интересима подразумевамо динамичке изразе индивидуалних правних добара грађана као имаоникâ слободе и субјеката правног поретка. Јавни интерес представља регулативну детерминанту правног поретка и статички израз општег добра. Јавни интерес је у поретку правне државе укотвљен између: општих и приватних интереса, јавности и приватности, интервенционизма државне власти и грађанског друштва, институционалног поретка јавне власти и институционалног поретка просторне заједнице, с циљем успостављања равнотеже између различитих правних добара, правних интереса и циљева правног поретка.<sup>26</sup>

Императивне законске норме управо представљају израз јавног интереса као регулативне детерминанте у правном поретку, што значи да се императивним нормама поставља статичка равнотежа између правних добара и правних интереса у правном поретку, при чему домашај примене императивних правних норми није исти у свим областима правног

---

<sup>26</sup> Вид. М. Прица, *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Ниш, 2016, 211-229; 269-281.

поретка одн. у материјама правног уређивања. Узмимо на пример, област наслеђивања у којој су и те како заступљене императивне законске норме, с циљем заштите породице засноване на крвном сродству правног добра на којем почива наслеђивање у нашем правном поретку. Присуство императивних правних норми у области наслеђивања битно ограничава слободну вољу као правотворачки извор али императивне норме слободну вољу никако не могу искључити. Зашто? Зато што у овој грађанскоправној (аутономној) материји императивне правне норме представљају регулативну детерминанту између приватних интереса и њихова равнотежа наспрам поменутог правног добра оличава јавни интерес као регулативну детерминанту. Узмимо даље као пример област социјалног осигурања, која је ближа ужем подручју општег добра, с тим да не припада његовом језгру. Социјално осигурање је нормирано императивним законским нормама у целости, без слободне воље и управне оцене целисходности као правотворачких извора, што значи да се правни предмети у овој материји уређују једностраним прецирањем општих правних норми од стране надлежног одлучиоца. При томе, у области социјалног осигурања претежу приватни интереси као динамички изрази индивидуалних правних добара, следствено чему се субјективна права у овој области остварају саобразно циљевима социјалног осигурања у правном поретку, без непосредне детерминисаности општим интересима као динамичким изразима општег добра.

У управној материји, императивним правним нормама је такође утврђен статички однос између различитих правних добара и правних интереса у најужем подручју општег добра, а на органу државне управе је да једнострано уреди правни предмет разумском интерпретацијом норми о којима говоримо. Међутим, за разлику од двају горе наведених примера, у управној материји постоји превасходство општих интереса приликом одређивања односа између општег добра наспрам других правних добара и приватних интереса. Уз то, у најужем подручју општег добра није могуће императивним законским нормама у статичком (правновезаном) смислу регулисати испољавање општих интереса јер сфера ирационалног и непредвидљивог у животу једне правно-политичке заједнице означава латентно присуство општих интереса и чини нужним постојање посебних овлашћења органа државне управе, следствено чему управно-правни режим у правном поретку оличавају посебна овлашћења органа државне управе поводом заштите општег добра, јавног поретка и правног поретка. Статички посматрано, управној материји припадају области правног поретка у најужем подручју општег добра, и то: унутрашњи послови, одбрана, спољни послови и финансије. Поврх тога, у динамичком смислу, сталну могућност испољавања општих интереса у језгру општег добра изражавају генералне клаузуле општег добра (јавни поредак, јавни ред и

мир, јавна безбедност и др.), што значи да позивање на поменуте клаузуле у ствари значи испољавање општег интереса као динамичког израза општег добра, пред којим имају уступнути друга правна добра и правни интереси (нпр. признавање субјективног права или потреба његовог ограничавања). Зато у подручју језгра општег добра, које називамо управном материјом, нужно мора постојати управно-правни режим, а делатност органа државне управе усмерена на заштиту општег добра, јавног поретка и правног поретка, испољава се тројако, као: (1) управно-регулативна делатност, (2) управно-контролна делатност и (3) старатељско-управна делатност, при чему се у управној материји, поред управних ствари, јављају се и друге правне ствари (грађанске и прекршајне ствари). Одавде произлази потреба разликовања између управне материје, управне делатности и управне ствари, као трију битних појмова управног права.

Старатељско-управна управна делатност испољава се у правном поретку као материјална (физичка) делатност полиције усмерена на одржавање јавног поретка (јавног реда и мира, јавне безбедности и др.), с тим да старатељско-управна делатност као редовна и примарна делатност у правном поретку стоји ван принципа законитости у материјалном смислу. Јер, законске норме важе као системски правни ставови који одређују ток и границе физичке делатности полиције (старатељско-управне делатности), али се ток делатности у питању законским нормама не може зауставити јер је посреди физичка делатност оснажена претпоставком легалности и оценом целисходности, са могућношћу непосредног извршења. Но овде примарно важе правни принципи као основни телеолошки правни ставови<sup>27</sup> а законске норме као системски правни ставови<sup>28</sup> онемогућавају самовољу полиције, чиме се одржава правни поредак. То значи да физичка делатност полиције као редовна и примарна делатност у правном поретку – садржински не може бити уређена законским нормама као регулативним правним ставовима, већ су правно уређени услови и границе распрострањања дотичне делатности, као

---

<sup>27</sup> Чл. 31 Закона о полицији ("Сл. гласник РС" бр. 6/2016 и 18/2018): "Полиција обавља полицијске послове с циљем и на начин да свакоме обезбеди једнаку заштиту безбедности, права и слобода, примењујући закон и уставно начело владавине права. На основу овог општег телеолошког правног става, у чл. 32 истога закона предвиђени су правни принципи обављања полицијских послова (професионализам, деполитизација, ефикасност, економичност, законитост и сразмерност).

<sup>28</sup> Законодавство о полицији је једно велико мноштво системских правних ставова који полицију и ограничавају и не ограничавају, што је последица физичке делатности полиције као примарне и редовне функције у правном поретку. Видети члл. 65-128 Закона о полицији ("Сл. гласник РС" бр. 6/2016 и 18/2018).

и последице предузимања делатности, што све треба да обезбеди очување правног поретка.

Управно-контролна управна делатност састоји се у контроли органа државне управе над одређеним субјектима у погледу извршавања правних дужности одређених императивним законским нормама, с циљем очувања и заштите правног поретка (инспекцијски надзор, надзор над радом локалне самоуправе). Уз то, гледано према закону, предмет инспекцијског поступка су генералне правне ситуације као довршена и прецизирана правна бића, из којих непосредно произлазе правне дужности, па се у инспекцијском поступку испитује поштовање правних дужности са овлашћењем непосредног изрицања санкције или овлашћењем покретања казненог поступка. Зато се по природи ствари инспекцијски поступак проводи као физичка делатност органа државне управе или другог органа, а тек пошто се установи повреда генералних правних ситуација настаје одговарајућа правна ствар (прекршајна, кривична и др.).

Управно-регулативна делатност у правном поретку подразумева правно уређивање правних предмета у управној материји доношењем појединачних правних аката саобразно управно-правном режиму. Решавање управне ствари доношењем решења у управном поступку израз је разумске интелектуације општих правних норми и управне оцене целисходности као правотворачких извора, при чему је решавање у питању детерминисано правним принципима Закона о општем управном поступку и правним принципима меродавног материјалноправног закона.

Правни предмети који се решавају у управној материји издавањем управних аката у управноправном режиму представљају управне ствари. У питању је духовна делатност органа државне управе, имајући у виду да производи непосредно правотворачко дејство у свету субјективних права и правних дужности, стварајући одговарајуће правне ситуације. Наше мишљење је да се управном ствари могу назвати само правни предмети који се правно уређују управно-регулативном делатношћу као духовном делатношћу у правном поретку, дочим старатељско-управна делатност, као и управно-контролна делатност, као физичке делатности у правном поретку, не могу имати карактер управних ствари као правног облика. Делатности у питању припадају управној материји и управноправном режиму али нису управне ствари, с обзиром на то да се њима примарно не уређују правни предмети, при чему као резултат дотичних делатности може уследити постанак прекршајне ствари (изрицање санкције од стране органа државне управе или могућност за постанак грађанске ствари (нпр. захтев за накнаду штете проузроковане незаконитом управном радњом) и управне ствари (поводом вршења или пропуштања управне радње и вршења јавних услуга). Стога је важно закључити да управна ствар по

природи ствари припада искључиво управно-регулативној делатности, чиме се не доводи у питању припадност старатељско-управне делатности и управно-контролне делатности управној материји и управно-правном режиму.<sup>29</sup>

Имајући то у виду, приговор као правно средство у важећем Закону о општем управном поступку не може да буде делотворно правно средство јер не може да заустави ток делатности у питању нити може да у целости обухвати правни режим делатности о којима говоримо. Зато се не би могло прихватити да су сви облици управне делатности сада стављени под окриље управне ствари, иако је у формалноправном смислу сада повећан простор за испољавање управно-регулативне делатности, решавањем управне ствари у управном поступку.

У том смислу, дефинисање управне ствари у нашем Закону о општем управном поступку је ствар чистог теоријског експериментисања. Прво, дефиниција управне ствари је научно неоснована јер не полази од разлике између правне ствари и правне ситуације, јавног и општег интереса, одређујући притом управну ствар као "неспорну ситуацију" што је научно и позитивноправно неприхватљиво. Друго, осим научно неоснованог сагледавања управне ствари у материјалном смислу, не види се уопште у чему је практични значај дотичне дефиниције, посебно што дефиниција у питању садржи и формулацију да ће карактер управне ствари имати свака правна ствар која се управном ствари именује посебним законом.

Основна карактеристика правног уређивања управних ствари је чињеница да правно уређивање о којем говоримо представља конкретизацију општих правних норми<sup>30</sup> као недовршених и непрецизираних правних бића у управно-правном режиму. Гледано према формалним обележјима, правно уређивање управних ствари подразумева да се уређивање проводи једнострано, разумском интерпретацијом законских норми и управном оценом целисходности као правотворачким изворима. Колико су правотворачки извори важни, говори чињеница да поравнање закључено у управном поступку нема карактер управне ствари, већ посебне уговорне ствари, што значи да уређивање правне ствари

---

<sup>29</sup> "Када управа, најчешће као полиција, решава о повреди права, њу води идеја превенције и повраћаја у пређашње стање (*restitutio in integrum*), идеја „заштитне правде“ (*iustitia tutatrix*). Када полиција примени физичку принуду против нарушиоца јавног реда и мира, онда то није казна, већ заштита слична крајњој нужди и нужној одбрани, то јест таква принуда која није противправна." М. Петровић у сарадњи са М. Прицом, *Увод у велике правне и управне системе данашњице*, Ниш, 2015, 372.

<sup>30</sup> Вид. Д. Милков, "Управна ствар", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5/1986, 490-504.



путем слободне воље нема карактер управне ствари. Орган државне управе нема слободну вољу нити аутономију, чак и када се јавља као уговорна страна јер орган државне управе и приликом закључивања уговора поступа са разумском интерпретацијом законских норми и управном оценом целисходности. Разуме се, орган државне управе не може имати "јачу вољу" у односу на странку у управном поступку јер је његова дужност да управну ствар реши разумском интерпретацијом законских норми и оценом целисходности општег и јавног интереса.

За решавање управне ствари карактеристичан је придражај законских норми у правном бићу управне ствари. Придржај законских норми потпун је код тзв. правновезаних управних аката, док због управне оцене целисходности, придржај законских норми обликује само један део правног бића дискреционих управних аката. Код декларативних управних аката није реч о придржају законских норми у правном бићу акта у питању, имајући у виду да се декларативним управним актом само индивидуализује генерална правна ситуација, што значи да је у питању законска ствар и само формално управна ствар. Придржај законских императивних норми не постоји поводом доношења усмених решења, што значи да се може говорити о самосталној управној ствари насталој у следству старатељско-управне делатности. Усмена решења у ствари представљају средство за остваривање циљева старатељско-управне делатности у правном поретку. У чл. 143 Закона о општем управном поступку ("Сл. гласник РС" бр. 18/2016), нормирано је: (1) Усмено решење доноси се кад се предузимају хитне мере у јавном интересу, да би се обезбедио јавни ред и мир и јавна безбедност или отклонила непосредна опасност по живот или здравље људи или имовину. (2) На захтев странке, ако је поднет у року од 60 дана од доношења усменог решења, орган мора да изради и достави странци писмено решење у року од осам дана од постављања захтева.

Међутим, орган државне управе, приликом провођења старатељске и регулативне управне делатности, поседује посебна овлашћења иманентна управно-правном режиму а та овлашћења су израз потребе да орган државне управе стално и у континуитету буде субјект заштите јавног поретка, општег добра и правног поретка. С једне стране, управно-правни режим је израз сталне органске и функционалне повезаности органа државне управе – оличење идеје државног јединства („статичне идеје државе“). Та веза се не успоставља правом и право не може у целости да одреди њен ток. Овде се може говорити о институционалном поретку државне власти и држави као органском систему. Општост и надлични карактер државне службе очитује идеју државног јединства. У функционалном смислу, у питању је регулативна и старатељска делатност државне управе, и ток делатности у питању, духовне и физичке, не може

се правом у целости зауздати. Оцена целисходности лежи у бићу те власти, као одраз потребе реаговања на ирационално и непредвидљиво у животу државе и просторне заједнице.<sup>31</sup> Премда се делатност у питању испољава у погледу свих циљева правнога поретка, нарочити нагласак ставља се на заштиту територијалне целовитости, јавног реда и мира и јавне безбедности, што је прворедни државни циљ и разлог постојања управно-правног режима (бића државне власти). Мото централистичке детерминације је јединство власти, у органској равни, и *ius inspectionis*, у функционалној. Овде је нужно испољавање државне власти, са посебним овлашћењима органа државне управе код регулативне делатности, а особито у погледу физичке делатности – када важи претпоставка легалности, оцена целисходности и непосредна извршивост предузетих управних радњи.<sup>32</sup> Судска контрола управне делатности нужно је ограничена, што значи да подела власти долази као последица природе ствари више него као прокламовани циљ у правном поретку.

Управна ствар стога представља слагање правног предмета из управне материје (најужег подручја општег добра) и управно-правног режима уређивања предмета у питању издавањем управнога акта.<sup>33</sup> Осим управне оцене целисходности као правотворачких извора код дискреционих управних аката, управно-правни режим се код потпуно правновезаних управних аката изражава у посебним овлашћењима органа државне управе - да употребе посебна правна средства у управном поступку. У питању су поништавање и укидање решења на основу службеног надзора и ванредно укидање решења јер се поменута правна средства могу применити само код решавања управних ствари у режиму непосредне примене Закона о општем управном поступку, дочим је употреба ових правних средстава по природи ствари искључена поводом решавања правних ствари у режиму сходне примене Закона о општем управном поступку.

---

<sup>31</sup> М. Петровић, *Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа*, Београд, 1981, 49-99.

<sup>32</sup> К. Шмит, *Легалност и легитимност*, Карл Шмит и његови критичари, Београд, 2001, 307; 322.

<sup>33</sup> Важно је нагласити да су управна материја и управно-правни режим, као критеријуми за одређивање управне делатности и управне ствари, заступљени и код појединих општих правних аката које доносе органи државне управе (нпр. наредба). Будући да наредба представља генералну правну ситуацију из које непосредно произлазе правне дужности, несумњиво се правном предмету у питању може признати карактер управне ствари. Јер, у питању је генерална правна ситуација као прецизирано и довршено правно биће, без обзира што акт у питању производи опште правно дејство.

Мишљења смо да примена одредаба Закона о општем управном поступку није одлучујућа за одређивање управно-правног режима и управне ствари. Пролиферација прописа у поретку наше данашње државе довела је до тога да постоји преко две стотине (материјално-процесних) закона у којима постоји упућивање на примену Закона о општем управном поступку, а у нашој јудикатури и законодавству нису изграђени јасни критеријуми за лучење непосредне од сходне примене Закона о општем управном поступку. У другим областима правног поретка, постављени проблем се решава као однос између системских, општих и посебних закона. Системски закони су они закони који на целовит начин уређују једну област правног поретка, док посебни закони то не чине. Потреба очувања правног поретка чини нужном везу која се успоставља између системских закона из различитих области правног поретка, што је једна ситуација, док се друга ситуација очитује као однос између системског и посебног закона у истој области правног поретка. Тиме се успоставља однос између општих и посебних закона у правном поретку. Посебан закон према општем закону може стајати у режиму правне подређености али и у режиму правне упућености, из чега произлази разлика између непосредне и сходне примене општег закона. Када је реч о односу општег и посебног закона у истој области правног поретка, Уставни суд Републике Србије, у следству јединства правног поретка као уставног принципа, касира регулативне правне ставове посебног закона када утврди да вређају правне принципе системског закона<sup>34</sup>, чиме на видело излази правна подређеност посебног закона према системском закону у једној области правног поретка, из чега у ствари произлази закључак о надређености правних принципа (телеолошких правних ставова) над правним нормама (системским и регулативним правним ставовима) у области правног поретка. С друге стране, један системски закон према другом системском закону може стајати у односу посебног закона према општем закону али само у смислу правне упућености, нипошто у режиму правне подређености. То значи да правни принципи установљени системским законом у једној области правног поретка не могу бити надређени правним принципима установљеним системским законом у другој области правног поретка. Такав пример представља сходна примена Закона о парничном поступку у управном поступку и управном спору.<sup>35</sup> Немогућност да један системски закон према другом

---

<sup>34</sup> М. Прица, "Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка -Уједно излагање о унутрашњем правном систему", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 78/2018, 113-123.

<sup>35</sup> Странка у управном спору није овлашћена за подношење захтева за заштиту законитости против правноснажне одлуке Врховног суда Србије сходном применом

системском закону буде у режиму правне подређености на највернији начин потврђује разлику између правног поретка и различитих система законског права под окриљем правног поретка, при чему је надређеност уставних принципа и уставности наспрам свих области правног поретка у ствари гаранција очувања правног поретка у назначеном смислу.

Поврх свега наведеног, у једној области правног поретка општи закон може предвидети властиту непосредну примену у уређивању појединачних правних предмета чиме се у одређеној мери успоставља превасходство општег закона у односу на посебне законе наспрам правног уређивања појединачних правних питања. Такав пример управо налазимо у Закону о општем управном поступку – општем процесном закону са непосредном применом у свим управним стварима – у делу закона у којем се прецизира основ за доношење посебних закона: „(1) Овај закон примењује се на поступање у свим управним стварима. (2) Поједина питања управног поступка могу посебним законом да се уреде само ако је то у појединим управним областима неопходно, ако је то у сагласности са основним начелима одређеним овим законом (подвукао М.П.) и не смањује ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених овим законом.“ (чл. 3 Закона о општем управном поступку – „Сл. гласник РС“ бр. 18/2016). То значи да у овом примеру важи режим правне надређености општег закона над посебним законима, али се поставља питање домашаја примене цитираних законских одредби.

Наше гледиште је да је непосредна примена Закона о општем управном поступку оправдана само у управној материји, особито имајући у виду да у управној материји постоји мноштво посебних (материјално-процесних) закона којима су уређене поједине области управне материје (полиција, држављанство, странци, порези, експропријација и др.). Ствар је управо у томе да закони у областима управне материје одговарају управно-правном режиму, у материјалном, органском и процесном смислу, следствено чему Закон о општем управном поступку важи као системски процесни закон за управну материју у целости. Откривање управне ствари подразумева слагање правних предмета у материјалном смислу са режимом правног уређивања (управно-правним режимом), а то свакако значи могућност непосредне примене Закона о општем управном поступку у целости. Притом, посебни закони из области управне материје могу придвести и правила која Закон о општем управном поступку не садржи, али не могу предвидети правила несагласна Закону о општем

---

члана 418. ЗПП. Пресуда Врховног суда Србије Узз. 34/07 од 22.11.2007. године, Билтен судске праксе Управног суда бр. 1/2010, стр. 126-127.

управном поступку као системском процесном закону за управну материју у целисти.

Ван управне материје данас постоји мноштво области правног поретка у којима се правни предмети решавају једнострано -применом императивних законских норми од стране ималаца јавних овлашћења, са упућивањем на правила Закона о општем управном поступку. Поменуте области припадају институционалном поретку просторне заједнице и уређене су системским (материјално-процесним) законима, а Закон о општем управном поступку наспрам системских закона стоји као општи процесни закон, без могућности непосредне целовите примене. Јер, у питању се области са материјом правног уређивања различитом од управне материје, следствено чему се разликују и правни принципи материјалног права између материја у питању. У процесном смислу, примена Закона о општем управном поступку оправдана је због технике правног уређивања - прецизирања општих правних норми као недовршених правних бића издавањем појединачног правног акта -у мери у којој примену допушта материја правног уређивања. То значи да је у овим областима правног поретка исправна и једино могућа сходна примена Закона о општем управном поступку, што је у ствари примена општег процесног закона саобразно природи ствари. Сходна примена није исто што и супсидијарна примена општег закона. Јер, сходна примена означава примену општег закона саобразно природи односа између правила правног поступка и материје правног уређивања, док би супсидијарна примена подразумевала примену општег закона у свим питањима која нису уређена посебним законом. Суштина је у томе да природа правних предмета у материјалном смислу, не допушта да се поводом решавања правних предмета у областима правног поретка које у органском смислу припадају институционалном поретку просторне заједнице, примени управно-правни режим у целисти, па самим тим није могуће непосредно применити правила Закона о општем управном поступку. Следствено произлази да је правоваљано једино упућивање на сходну примену Закона о општем управном поступку, дочим је искључена могућност супсидијарне примене општег процесног закона. Узмимо као пример сложено правно уређивање у области високог образовања, изражено као суделовање више органа факултета и универзитета приликом правног уређивања правних предмета из материје високог образовања. Правно уређивање у питању не одговара тзв. збирном акту заступљеном у управној материји, при чему у материји високог образовања уређивање правних предмета карактерише мишљење чланова колегијалних органа о целисходности у сфери рационалног и предвидљивог, за разлику од управне материје у којој је заступљена управна оцена целисходности у сфери ирационалног и непредвидљивог.

Аутономија универзитета као субјекта просторне заједнице један је од основних правних принципа високог образовања, следствено чему нужно произлази особеност материје правног уређивања и припадајућег режима правног уређивања правних предмета. Имајући то у виду, у области високог образовања правоваљано је искључити непосредну и целовиту примену Закона о општем управном поступку, па у обзир долази само сходна примена.

Овде би ипак било важно подвући значај основних правних начела Закона о општем управном поступку у смислу очувања правног поретка, што спрам питања које разматрамо утеловљује два правна режима за регулисање односа између Закона о општем управном поступку и системских закона из области ван управне материје. Прва ситуација подразумева сходну примену Закона о општем управном поступку са обавезом да правила посебног закона не дирају у основне правне принципе управног поступка. То би подразумевало утврђивање свих системских правних ставова Закона о општем управном поступку који непосредно изражавају правне принципе као телеолошке правне ставове закона у питању. Разлог томе је потреба спречавања да "федерализација" државне власти путем јавних овлашћења не доведе и до феудализације режима правног уређивања правних предмета, чиме ми наступила разградња правног поретка. Међутим, осим сходне примене Закона о општем управном поступку са обавезом поштовања правних принципа управног поступка (нпр. социјално осигурање, високо образовање и др.), постоје области правног поретка у којима је према материји и техници правног уређивања правоваљано прописати само сходну примену Закона о општем управном поступку (нпр. дисциплински поступци, поступци јавних набавки и сл.).

Да закључимо: правац развијања правне мисли у одређивању појма управне ствари сада се помера на расветљавање односа између непосредне и сходне примене Закона о општем управном поступку, док је под окриљем судске контроле законитости појединачног правног акта, правну мисао неопходно усредсредити на утврђивање и развијање управносудске ствари као предмета управног спора.

### **3. УПРАВНА СТВАР И УПРАВНОСУДСКА СТВАР**

Уставом Републике Србије зајемчена је судска контрола законитости појединачног правног акта.<sup>36</sup> У следству уставне гаранције о

---

<sup>36</sup> Чл. 98. ст. 2 Устава Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 98/2006): "Законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону

безизузетном судском испитивању законитости појединачних правних аката, године 2009. је ступио на правну снагу Закон о управним споровима ("Сл. гласник РС", бр. 111/2009), којим је (чл. 3) проширен предмет управног спора, тако што се сада у управном спору, осим законитости управних аката донесених у управним стварима, испитује и законитост других појединачних правних аката донесених у другим правним стварима. Имајући наведено у виду, неопходно је померити правац појмовног развијања предмета управног спора, од управне ствари у правцу одређивања управносудске ствари као предмета управног спора. Јер, управна ствар је једна поред других правних ствари које долазе под окриље судске контроле законитости у управном спору, следствено чему је за означавање предмета управног спора сада исправно употребљавати израз: "управносудска ствар".

Законско одређивање управносудске ствари (предмета управног спора) сада намеће потребу утврђивања основног критеријума који оправдава да се појединачни правни акти из бројних материја правног уређивања и различитих правних режима ставе под окриље судског испитивања законитости у управном спору. Системско-телеолошким тумачењем горе цитиране уставне гаранције о обавезном судском испитивању законитости појединачног правног акта, јасан је закључак да управни спор представља основни облик судске контроле законитости појединачног правног акта, осим када је по природи ствари предвиђена другачија судска заштита.<sup>37</sup> Осим овог формалног критеријума, да је управни спор искључен у правним стварима које су у надлежности суда у другом правном поступку (нпр. парнична ствар, ванпарнична ствар и

---

заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита."

<sup>37</sup> Уставна гаранција о управном спору као основном облику судског испитивања законитости појединачног правног акта важна је као основ за прихватање надлежности суда када посебним законом није предвиђен облик судске заштите или је посебним законом искључен управни спор а није нормиран други облик судског испитивања законитости, што је и потврђено у јудикатури Управног суда: "Против коначне одлуке надлежног старешине о изрицању дисциплинске мере за почињену дисциплинску грешку може се водити управни спор. Како у конкретном случају Закон о Војсци Републике Србије, није предвидео вођење управног спора против коначних одлука надлежног старешине о изрицању дисциплинске мере за почињене дисциплинске грешке, а тужилац не ужива судску заштиту пред било којим другим судом, то је, по оцени овог суда, а имајући у виду да се ради о појединачном правном акту из члана 3. Закона о управним споровима („Службени гласник РС", бр.111/09), судска заштита обезбеђена пред Управним судом. *Пресуда Управног суда, У. 24783/10 од 08.12.2011. године.*

др.)<sup>38</sup>, материјални критеријум за одређивање предмета управног спора (управносудске ствари) води нас до технике правног уређивања правних ствари, које у смислу судске заштите потпадају под контролу законитости у управном спору. Техника правног уређивања у питању подразумева решавање правних предмета издавањем појединачних правних аката разумском интерпретацијом императивних законских норми као непрецизираних и недовршених правних бића. При томе, постоје правне ствари које се, поред разумске интерпретације императивних правних норми, могу правно уређивати и на основу оцене целисходности, али је код свих правних ствари које су предмет управног спора искључена слободна воља као правотворачки извор, што је веома важан елемент за откривање управносудске ствари и њенога одвајања од парничне и ванпарничне ствари. Осим тога, битно обележје правних ствари које су предмет управног спора изражава околност да се њихово правно уређивање проводи као вид редовне делатности у правном поретку, једностраним решавањем од стране државног органа или имаоца јавних овлашћења. Техника правног уређивања као критеријум за одређивање предмета управног спора по себи наглашава јачину јавног интереса заступљеног код решавања правних ствари које припадају управном спору, што је једна страна појавности, док с друге стране, правне ствари у питању дели разлика у материји правног уређивања и правноме режиму иманентном за сваку област правног поретка. Управо би поменута разлика требало да подстакне доктринарно развијање управносудске

---

<sup>38</sup> Осим појединачних правних аката чија се законитост испитује у другом судском поступку, управни спор се не може водити против општег правног акта. "Упутство Републичке изборне комисије за спровођење Закона о избору народних посланика је општи подзаконски акт, а не појединачни, па се не може оспоравати у поступку код Републичке изборне комисије." Пресуда Врховног суда Србије, Уж. 269/06 од 20. 11. 2006. године." У погледу појединачних правних аката, предмет оцене управног спора неће бити акт који не поседује самосталан и решавајући правни карактер (нпр. "Писмено мишљење грађевинског инспектора дато Влади Републике Србије, нема карактер управног акта." (ВСС, У. 3648/2001 од 20.03.2002), као ни акт који је донесен од субјекта који није имаоца јавних овлашћења ("Спортске организације не спадају у круг организација које у име друштвене заједнице врше јавна овлашћења па њихова акта не могу имати карактер управних аката против којих се може водити управни спор." Врховни суд Србије, У. 205/72 од 31.03.1972. године. У одређеним материјама правног уређивања, заступљена је подељена надлежност судова везано за испитивање законитости појединачних правних аката. Тако, против коначних правних аката Републичког завода за здравствено осигурање о остваривању одређених права на здравствену заштиту предвиђена је судска заштита у управном спору и парничном поступку, у зависности од правних ствари које се уређују актима у питању. З. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Београд, 2010, 162.



ствари као правног облика, како у научно-академској тако и у судској јуриспруденцији.

Судска контрола законитости у управном спору не може обухватити управну материју у целости нити може у свим управним стварима у целости обухватити управно-правни режим уређивања управне ствари. Прво, у управној материји су заступљене правне ствари које не могу бити предмет судске контроле законитости у управном спору. У питању су правне ствари у чијем је правном уређивању заступљена слободна воља као правотворачки извор (поравнање у управном поступку и пред органом управе уопште)<sup>39</sup>, при чему постоје и различити имовинскоправни предмети који се уређују од стране органа управе појединачним правним актима у погледу којих је предвиђена судска заштита у парничном поступку.<sup>40</sup> Друго, предмет управног спора нису материјални акти органа управе,<sup>41</sup> а материјални акти у управној материји

---

<sup>39</sup> "Поравнање које Закон о општем управном поступку предвиђа као могуће под одређеним условима у управном поступку не представља решавање о правима и обавезама странака, већ уређивање спорног односа споразумом између странака, стога се оно може побијати одговарајућим правним средством само код надлежног суда." Врховни суд Србије, Увп -129/82 од 12. 10. 1982. З. Томић, В. Бачић, *Коментар Закона о општем управном поступку са судском праксом и регистром појмова (пречишћени текст)*, Београд, 1986, стр. 183. "Поравнање закључено код органа управе не може се оспоравати редовним и ванредним правним средствима ЗУП-а, већ у парници код опште надлежности." Пресуда Врховног суда Србије У. 5720/05 од 31. 05. 2006. године.

<sup>40</sup> На седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 26. маја 2003. године, усвојено је правно схватање према којем суд опште надлежности суди у споровима за исплату неизмерених новчаних потраживања по тужбама корисника чија су права утврђена одлуком органа управе. В. Тамаш, "Грађанскоправна заштита новчаних потраживања утврђених одлукама управних органа", Билтен судске праксе Врховног суда Србије бр. 3/2003, 117. С друге стране наводимо једна пример имовинскоправног предмета који подлеже судској контроли у управном спору: "Захтев за ванредно усклађивање војне пензије представља имовински захтев па су законски наследници корисника пензије овлашћени на подношење захтева и жалбе у управном поступку и тужбе у управном спору." (*Правни став утврђен на седници свих судија 20.04.2015. године*). Билтен судске праксе Управног суда бр. 5/2015, стр. 95-96.

<sup>41</sup> Управни спор се једино може водити поводом негативног решавања по захтеву за издавање уверења: "Ако управни орган одбије да изда уверење зато што сматра да није дужан да изда уверење јер се не ради о ствари о којој он води службену евиденцију нити о ствари за коју је прописано издавање уверења у смислу члана 171. ЗУП-а такво решење представља управни акт у смислу члана 6. ЗУС-а. Друга је ситуација, када орган одбије захтев за издавање уверења зато што су чињенице другачије него што их представља странка, јер такво решење има карактер негативног уверења. Врховни суд Југославије, Уж. 10165/61 од 12. 01. 1962. године.

имају исти значај колико и правни акти. Напоследку, у управним стварима које се решавају на основу управне оцене целисходности, судска контрола законитости је по природи ствари ограничена немогућношћу контроле целисходности која обликује правно биће управних аката донесених на основу управне оцене целисходности (дискреционих управних аката). Уз то, спор пуне јурисдикције је искључен када се као предмет управног спора јави управни акт донесен на основу управне оцене целисходности (чл. 43 ст. 2 Закона о управним споровима), што јасно потврђује немогућност да судско испитивање у управном спору захвати управно-правни режим у целости. Овде никако није реч о остваривању поделе власти као прокламованог циља у правном поретку, већ је реч о томе да поделу власти оваплоћује немогућност да се судским испитивањем обухвати управно-правни режим у целости, посебно када је у питању претпоставка легалности, управна оцена целисходности и непосредно извршење. Јер, тада се ток управне делатности се правом не може зауставити нити је могуће враћање у пређашње стање. Одавде белодано произлази разлог појмовног разликовања управне ствари и управносудске ствари, са веома важном напоменом да је за доктрину о правној држави веома важна судска јуриспруденција о циљу закона и прекорачењу овлашћења поводом управне оцене целисходности, што значи да ће се однос између управне ствари и управносудске ствари појмовно развити у мери у којој наше управно правосуђе буде развијало јуриспруденцију (правна схватања и доктрине) о циљу закона као елементу материјалне законитости наспрам управне оцене целисходности.

Поврх тога, требало би имати у виду да се оцена целисходности као правотворачки извор јавља и у другим материјама које долазе под окриље управног спора. Прво, постоје појединачни правни акти које највиши државни органи доносе путем политичке оцене целисходности ("акти владе"), следствено чему је судска контрола законитости у управном спору битно ограничена или је сведена на формалноправни минимум (нпр. избор, именовање и постављање јавних функционера и сл.). У питању су политичке ствари настале саображавањем правних предмета из политичке материје у материјалном смислу са високополитичком оценом целисходности као правотворачким извором. Иако је у овим политичким стварима судска контрола законитости битно ограничена, њено постојање оправдано је због чињенице да правно биће аката у питању једним делом може бити регулисано императивним законским нормама. Политичке ствари су самосталне када правно биће појединачног правног акта обликује искључиво политичка оцена целисходности (нпр. именовање амбасадора), дочим правно уређивање политичких ствари може подразумевати и придржај императивних законских норми у правном бићу појединачног правног акта (политичка

оцена целисходности и разумска интерпретација императивних законских норми.<sup>42</sup>

Друго, постоје појединачни правни акти који се доносе на основу оцене целисходности у сфери рационалног и предвидљивога, за разлику од дискреционих управних аката који се доносе у сфери ирационалног и непредвидљивога у правном поретку. У ред таквих појединачних правних аката спадају: решење Владе Републике Србије о утврђивању јавног интереса за експропријацију, појединачни правни акт о избору наставника факултета, одређене врсте урбанистичких планова и др. Примерице, приликом утврђивања јавног интереса за експропријацију, Влада као надлежни одлучилац би требало да оцени предложени начин остваривања сврхе експропријације (општи интерес) наспрам правних добара у правном поретку (нпр. животне средине, културних добара и др.), имајући у виду својство јавног интереса као регулативне детерминанте правног поретка. Оцена законитости у управном спору у овоме случају подразумевала би испитивање односа између правног основа експропријације као правног института, циља меродавног закона о експропријацији и оцене целисходности у сфери рационалног и предвидљивога у правном поретку.

За одређивање идентитета управног судске ствари од великог значаја биће и испитивање домаћаја сходне примене Закона о општем управном поступку у правним стварима ван управне материје, о чему смо већ говорили.<sup>43</sup> Сходна примена о којој говоримо не може се испољити на исти начин у свим материјама у којима постоји упућивање на правила Закона о општем управном поступку, као што уосталом ни правни режим управног спора није исти код свих појединачних правних аката који представљају предмет управног спора.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> У погледу појединачних правних аката који се доносе путем политичке оцене целисходности и разумске интерпретације императивних законских норми, поставља се питање субјеката власних да покрену управни спор, имајући у виду да у овим правним стварима често не постоји странка о чијим се правима и правним интересима решава појединачним правним актима. Вид. Ј. Јеринић, "Шта би рекао судија Кук? О правним средствима у случају кршења прописа од стране највиших органа Републике Србије", Правни записи, 2/2015, 279-282.

<sup>43</sup> Управни суд је у неколико наврата испитивао однос између општих и посебних закона, само без изграђеног и образложеног начелног становишта о овом великом изазову са којим се данас суочава доктрина о правној држави. Вид. *Пресуда Управног суда, I-3 У. 17685/10 од 03.11.2011. године, Билтен судске праксе Управног суда бр. 3/2012, 45-46*; *Пресуда Врховног суда Србије У. 4825/07 од 12.02.2009*; *Пресуда Врховног суда Србије У. 787/08 од 16.04.2009. године.*

<sup>44</sup> Примерице, у погледу судске контроле законитости појединачних правних аката из изборне материје (Закон о избору народних посланика и Закон о локалним изборима)

Напоследку, у правним стварима чије решавање карактерише режим потпуне правне везаности, идентитет управног спора и управносудске ствари није могућ без озбиљне заступљености спора пуне јурисдикције у поступању Управног суда. Јер, легитимитет управног правосуђа да буде чувар законитости и субјективних права -обликује се у правној свести субјеката правног поретка, нарочито у мери у којој управно правосуђе својом јудикатуром и јуриспруденцијом усмерава поступање овлашћених субјеката поводом једностраног прецизирања императивних правних норми. Усмеравање у питању није могуће остварити без преовлађујуће заступљености спора пуне јурисдикције у стварима у којима је спор пуне јурисдикције допуштен, а свакако да не постоји теоријско упориште да се тас судског испитивања увек превагне на страну одлучивања у режиму ограничене јурисдикције.<sup>45</sup>

Да закључимо: веома је важно и посве основано управносудску ствар као законски појам увести у наш правни поредак и јудикатуру. Управна ствар и управносудска ствар су две засебне правне ствари у правном поретку. Појмовно одређивање управносудске ствари у правном поретку требало би преваходно да се испољи као развијање доктрине о законитости у материјалном смислу, а појмовно развијање управносудске ствари неопходно је и за обезбеђивање легитимитета управног правосуђа. Легитимитет управног правосуђа није могуће обезбедити без правоваљане и зрачеће јуриспруденције оличене у правним ставовима праћеним образложеним правним схватањима. Крајње је време да наше управно правосуђе одистински задобије својство чувара и градитеља законитости и владавине права.

---

не могу се користити ванредна правна средства предвиђена Законом о управним споровима.

<sup>45</sup> Подаци о заступљености спора пуне јурисдикције су поражавајући: "Иако је од свог оснивања 2010. године решио чак 86.448 предмета, Управни суд Србије је одлучио у пуној јурисдикцији у свега 26 случајева. Од тог броја, 16 пресуда се тиче изборне материје, уређене посебним законом, који има одредбу чији је циљ подстицање одлучивања у пуној јурисдикцији у тој области (чл. 55, ст. 1 Закона о локалним изборима). ...Ако се изузму изборни спорови, статистика је још поразнија - тек један случај у свих 8.500 предмета." В. Цуцић, Управни спор пуне јурисдикције - модели и врсте, Београд, 2016, 261-262. Неразумевање да спор пуне јурисдикције у системско-телеолошком смислу нема оправдање у подели власти, заступљено је нажалост у нашој правној књижевности: "При томе, треба имати у виду да је у систему поделе власти битно да се органима управе, по правилу, препусти мериторно решавање управних ствари, а да се улога суда ограничи на контролу законитости коначних управних аката." Д. Васиљевић, "Спор за поништај управног акта и спор пуне јурисдикције по новом ЗУС Србије", *Правни живот*, бр. 10/2010, 363.

Правна књижевност:

L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I, 3-e éd., Paris, 308.

W. Dilthey, Beiträge zum Studium der Individualität, in: *Die geistige Welt, Gesammelte Schriften*, V, 1924.

В. Иванчевић, М. Ивчић, А. Лалић, *Закон о управним споровима са судском праксом и коментаром*, Загреб, 1958.

Ј. Јеринић, "Шта би рекао судија Кук? О правним средствима у случају кршења прописа од стране највиших органа Републике Србије", *Правни записи*, 2/2015, стр. 261-283.

Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 2008.

Д. Милков, "Управна ствар", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5/1986, 490-504.

М. Перовић, *Теоријски и практични коментар закона о управним споровима*, Београд, 1966.

М. Перовић, *Коментар закона о управним споровима*, треће измењено и допуњено издање, Београд, 1977.

М. Петровић, *Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа*, Београд, 1981.

М. Петровић у сарадњи са М. Прицом, *Увод у велике правне и управне системе данашњице*, Ниш, 2015.

Љ. Пљакић, *Практикум за управни спор: са коментаром, судском праксом и обрасцима за примену у пракси*, Београд, 2011.

С. Поповић, *Судска контрола законитости управних аката у ФНРЈ -управни спор у ФНРЈ*, Београд, 1953.

С. Поповић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом и регистром појмова*, Београд, 1977.

М. Прица, *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Ниш, 2016.

М. Прица, "Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка -Уједно излагање о унутрашњем правном систему", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 78/2018, 103-126.

М. Прица, "Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и "унутрашњег правног система", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 80/2018, 135-180.

G. Radbruch, *Der innere Weg, herausg. Von L. Radbruch*, Stuttgart 1951.

Г. Радбрух, "Природа ствари као облик правног мишљења", *Зборник за теорију права*, св. 1, Београд, 1991, 217-237.

В. Тамаш, "Грађанскоправна заштита новчаних потраживања утврђених одлукама управних органа", *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3/2003, 116-123.

З. Томић, В. Бачић, *Коментар Закона о општем управном поступку са судском праксом и регистром појмова (пречишћени текст)*, Београд, 1986.

З. Томић, "Решавање у управним стварима, домашај Закона о општем управном поступку", *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 4/1984, стр. 507-520.

З. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Београд, 2010.

Б. Фатић, "Управно-судска заштита права и законитост", *Правни живот*, бр. 9/2004, 1233-1245.

В. Цуцић, *Управни спор пуне јурисдикције - модели и врсте*, Београд, 2016, 261-262.

К. Шмит, *Легалност и легитимност*, Карл Шмит и његови критичари, Београд, 2001.

**Miloš PRICA, Ph.D**

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

**THE ADMINISTRATIVE MATTER AND THE ADMINISTRATIVE-COURT MATTER:  
A CONTRIBUTION TO THE REFORM OF THE SERBIAN  
LEGISLATION AND JUDICATURE**

**Summary**

The paper presents a systemic-teleological analysis of the subject matter of administrative dispute in Serbian legal order. In the period from 1952 until the adoption of the current Administrative Disputes Act of the Republic of Serbia (2009), there was a predominant standpoint in Serbian legislation, judicature and legal literature that the administrative matter is the subject of the administrative dispute. Upon the adoption of the aforementioned Act, this point of view no longer corresponds to the legal definition of the subject matter of the administrative dispute, particularly bearing in mind the type of acts which are subject to assessment. Namely, the assessment in administrative disputes now covers not only the administrative acts adopted in administrative matters but also the legality of other individual legal acts adopted in other legal matters. In the author's opinion, there are other grounds and arguments that may support the thesis on the need to make a clear distinction between the administrative matters as the subject of administrative procedure and the administrative-court matters as the subject of administrative dispute. Consequently, it would be appropriate to introduce the notion of administrative-court\_matter as the subject of administrative dispute into Serbian legislation and judicature. In the context of the author's systemic-teleological consideration of the discussed issues, the article presents the scientific criticism on the definition of the administrative matter in our current administrative legislation, with specific reference to explaining the difference between administrative matters, legal situations, legal relations, and legal institutes. In addition, the author has also endeavoured to determine the courses in the development of legal thought regarding the conceptual definition of the administrative matter and the administrative-court matter in our judicature and jurisprudence.

**Key words:** *administrative matter, administrative-court matter, legal matter as a legal form, legal situations, legal institutes, individual legal act, administrative act, direct and subsidiary application of the General Administrative Procedure Act.*





**Милан РАПАЈИЋ\***

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

## РЕДОВНА ПРАВНА СРЕДСТВА У ЗАКОНУ О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ ИЗ 2016.ГОДИНЕ

**Апстракт:** У раду је приказан систем редовних правних средстава према Закону о општем управном поступку из 2016.године, за који је у управноправној теорији примећено да је увео важне новине у погледу средстава правне заштите странака. Извршена је анализа како поступка по редовним правним средствима тако и најважнијих законских новела у погледу правне заштите странака. Критикована су поједина решења новелираног система редовне правне заштите у општем управном поступку Србије.

**Кључне речи:** *управни поступак; редовна правна средства; приговор; жалба.*

### 1. УМЕСТО УВОДА – ПРИГОВОР КАО НОВО РЕДОВНО И РЕМОНСТРАТИВНО ПРАВНО СРЕДСТВО У ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Квантитативно гледано, систем редовних правних средстава управном поступку Србије<sup>1</sup> обogaћен је<sup>2</sup> за још један правни лек а то је

---

\* Доцент, mrapajic@jura.kg.ac.rs

<sup>1</sup> Приговор као редовно правно средство предвиђен је и Законом о општем управном поступку Хрватске („*Narodne novine*“ бр.47/2009), чланком 122 у коме се наводи: „(1) Приговор се изјављује челнику тијела, ако овим Законом није друкчије прописано. (2) Одредбе о облику, садржају и предаји жалбе на одговарајући се начин примјењују и на приговор. (3) Челник тијела одлучује о приговору рјешењем у року од осам дана од дана изјављивања приговора. (4) Против рјешења првоступањског тијела о приговору може се изјавити жалба, а против рјешења другоступањског тијела о приговору може се покренути управни спор. Ако нема другоступањског тијела, против рјешења тијела о приговору може се покренути управни спор.“ У Седмом делу Закона о општем управном поступку Хрватске који носи назив: „Правна заштита од поступања јавноправних тијела и поступања пружатеља јавних услуга“ (чланак 155-158) регулисан је приговор као редовно правно средство код обавештавања о условима остваривања и заштите права, заштите од других облика поступања јавноправних тела, као и код заштите од поступања давалаца јавних услуга. Приговор као и у српском ЗОУП 2016, који се нормативно наслања на хрватски (у неким

приговор<sup>3</sup>, доношењем Закона о општем управном поступку Србије 2016.године<sup>4</sup> (у даљем тексту ЗОУП 2016). Имајући у виду да су су ступањем на снагу ЗОУП 2016 уведене нове делатности управе, као што су склапање управних уговора и пружање јавних услуга, законодавац је сматрао да се увођењем новог (додуше ремонстративног правног лека) правног средства, проширује а тиме и појачава управноправна заштита. Тако се у образложењу ЗОУП 2016 наводи: „Приговор има за циљ да се управна поступања која не представљају управни акт – управне радње, управни уговори, пружање јавних услуга – уведу у постојећи систем управноправне заштите, тако што се приговор изјављује против ових управних поступања ради добијања управног акта којим се одлучује о

---

деловима му је „близанац“) је могуће изјавити и против управног уговора (ту су приметне одређене разлике у односу на српско решење) Тако је чланком 154 предвиђено следеће: „1) Због неиспуњивања уговорних обвеза јавноправног тијела странка може изјавити приговор. Приговором се може тражити и накнада штете настале неиспуњивањем уговора. (2) Приговор се изјављује и предаје тијелу које на темељу закона обавља надзор над јавноправним тијелом с којим је странка склопила управни уговор. (3) О приговору се одлучује рјешењем против којег се може покренути управни спор.“

<sup>2</sup> „Приговор је ново правно средство у ЗУП-у. Приговор се као правно средство не јавља ни у посебним управним областима (приговор је био предвиђен у чл. 54 и 62 Закона о радиодифузији, али је тај закон престао да важи, а и ту се приговор, за разлику од овог предвиђеног ЗУП-ом, изјављивао против управног акта, а не других врста управног поступања). Управо зато, како би олакшао примену одредаба о овом новом правном институту, законодавац је занемарио једно од основних правила номотехнике и поновио на још једном месту у закону против којих тачно врста управних активности, односно каквог чињења и/или нечињења управе се приговор може изјавити.“ – З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Министарство државне управе и локалне самоуправе и Ј.П. Службени гласник, Београд, 2017, 206.

<sup>3</sup> Професор др Никола Стјепановић у свом (како наслов каже) кратком уџбенику за студенте права: „Управно право у СФРЈ – општи део, књига II из 1973.године указује: „ЗУП од 1930.године и неки наши прописи донети пре ЗУП-а 1956.године предвиђали су приговор као једно, и то редовно правно средство у управном поступку. Стари ЗУП га је предвидео у вези са скраћеним, мандатним испитним поступком, тј. у случају кад се решење доносило без учешћа странак.“ N. Stjepanović, *Upravno pravo u SFRJ – opšti deo, Kratki udžbenik za studente prava, knjga II, NIP »Privredni pregled«*, Beograd, 1973,162.

Чланом 293 став 3 Закона о општем управном поступку „Службени лист СФРЈ“, бр.24/65 било је предвиђено да уколико општински орган управе, коме се организација која врши јавна овлашћења обратила са захтевом да примени принудну меру или изрекне казну, не донесе у року од осам дана закључак о томе и не донесе обавештење о томе, организација може поднети **приговор** надлежном среском органу.

<sup>4</sup> Закон о општем управном поступку, „Службени гласник РС“, бр.18/2016

њиховој законитости или целисходности. Једном издати управни акт даје странци могућност да користи редовне путеве управноправне заштите, тако што против одлуке о приговору може да изјави жалбу у управном поступку или тужбу у управном спору, зависно од положаја субјекта који је предузео управно поступање у управној хијерархији. Значај приговора се састоји управо у томе што обезбеђује управноправни пут заштите од неправилности у њиховом предузимању, тамо где он досад није постојао.“ Пракса показује и тек ће у будућности показати колико је приговор истински ефикасно правно средство.<sup>5</sup> Иначе приговор је могуће изјавити у три ситуације: 1) када није испуњена обавеза из управног уговора (члан 25 ЗОУП 2016); 2) због управне радње (члан 28 ЗОУП 2016) и 3) због начина на који су пружене јавне услуге (члан 32 ЗОУП 2016). Приговор се може активирати само ако незадовољна странка односно корисник услуга нема други правни пут – коришћење другог правног средства у управном поступку. Дакле, по среди је негативан услов за изјављивање приговора. Рокови за изјављивање приговора се по својој дужини разликују и износе 15 дана и шест месеци. У два случаја рок износи 15 дана и то кад су у питању управне радње односно пружање јавних услуга. Тако, рок за приговор износи 15 дана од предузимања управне радње или од пропуштања да се управна радња предузме. Исти је рок и од кад се јавна услуга не пружа тако да се обезбеди уредно и квалитетно, под једнаким условима, остваривање права и задовољавање потреба корисника. Знатно је дужи рок, и то од шест месеци, од пропуштања органа да испуни обавезу из управног уговора. „Разлог за то лежи у чињеници да код управног уговора треба оставити простора уговорним странама да покушају да саме реше проблеме који су настали у извршењу уговора, без покретања поступка по приговору, који би изазвао трошкове за обе стране, а могао би да буде избегнут.“<sup>6</sup> Законски је прописано да о приговору одлучује руководиоца оног органа (већ је

---

<sup>5</sup> Примера ради, странка која је незадовољна пружањем услуге централног грејања треба прво да се путем приговора обрати руководиоцу органа (односно јавне службе), па исти о приговору да одлучи. Наиме руководиоца може о приговору позитивно да одлучи, и тада би приговор могли перцепирати као ефикасан („промптни“) правни лек. Међутим у другој ситуацији када руководиоца јавне службе – даљинског централног грејања не одлучи позитивно, односно одбије приговор као неоснован, странци следи жалба, која такође може бити одбијена као неоснована по мишљењу другостепеног управног органа. Тада незадовољна странка из овог управног поступка може бити тужилац у управном спору усмеравајући тужбу на туженог – наведену јавну службу, а тада већ може бити касно, ако грејање није уопште или је неадекватно испоручено у грејној сезони! Зар није боље да се странка одмах обрати суду са захтевом за привременом мером?

<sup>6</sup> З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, *op.cit.* 207.

поменуто да је реч о реконструктивном правном средству) на чије се поступање приговор предметно односи, који је у обавези да утврди чињенично стање и да испита законитост и правилност свог органа. На облик и садржину приговора, сходно се примењују законске одредбе о жалби. Решењем се одлучује о приговору, које се доноси најкасније у року од 30 дана од када је приговор примљен. По примању приговора, руководиоца ће испитати његову формалну страну, односно процесне претпоставке: благовременост, дозвољеност и изјављеност од овлашћеног лица. Ако постоје процесне препреке (све или неке од набројаних), приговор ће бити одбачен од стране руководиоца органа. Индентично ће се поступити ако руководиоца органа подносиоцу приговора наложи да недостатке у приговору уклони у одређеном року (па је због тих недостатака приговор враћен на уређење његовом подносиоцу), а то не буде учињено. Руководиочево мериторно разматрање садржине приговора је наредна и најбитнија фаза поступка по приговору, јер се у њој одлучује о основаности истог. Решење о одбијању приговора биће донето,<sup>7</sup> ако руководиоца органа закључи да је приговор неоснован.<sup>8</sup> У случају основаности приговора, доноси се решење о његовом усвајању, којим се истовремено одлучује и о његовим последицама, које су различите и зависне од основа за његово изјављивање.

Тако се решењем у првом случају (члан 25 ЗОУП 2016) одређује начин испуњења обавеза органа из управног уговора и одлучује о захтеву за накнаду штете, уколико је приговор изјављен због управног уговора.<sup>9</sup> У другом случају (члан 28 ЗОУП 2016) приговор се може изјавити и због чињења и због нечињења када су у питању управне радње а које нису (у оба случаја) повезане са доношењем или недоношењем управног акта. У

---

<sup>7</sup> О приговору се одлучује решењем, и оно је управни акт, који се даље може оспоравати редовним и ванредним управним правним средствима, као и у управном спору пред судским форумом – Управним судом.

<sup>8</sup> Приговор, уосталом као и жалба иницира контролни процес о коме се ради. Међутим, приговор тај поступак и усмерава. Испитујући наводе приговора, који је: допуштен, благовремен и изјављен од овлашћеног лица, руководиоца органа на крају долази до закључка о његовој основаности или неоснованости у конкретном случају. Руководилац органа превасходно дела у оквирима захтева из приговора.

<sup>9</sup> Странка нема право на раскид управног уговора, ако орган не испуњава уговорне обавезе, већ само да изјави приговор (члан 25 ЗОУП 2016), што реперкутује да се приговор не изјављује против управног уговора, већ једино због неадекватног испуњења или неиспуњења обавеза које су јавноправног карактера од стране органа. „На овај начин предност се даје јавном интересу а страначка добит је у другом плану, што је прописано по узору на француски модел управног уговора.“ – Д. Миљић, „Управни уговори према Закону о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2017, 533.

првом случају орган је предузео управну радњу, али по мишљењу подносиоца приговора она није требала да буде предузета или је предузета непримерено, неадекватно. У другој ситуацији десило се пропуштање да се управна радња предузме. Дакле реч је о негативној радњи, којом се унапред зацртана правна дужност не испуњава. Све у зависности да ли је предузета управна радња или до тога није дошло, решењем ће се обуставити њено извршење и начин уклањања штетних последица, односно наложиће се предузимање управне радње.

Када је приговор изјављен због начина пружања јавних услуга, тада се решењем налаже предузимање законом одређених мера, ради отклањања недостатака у пружању јавне услуге. Незадовољна странка може да изјави жалбу против решења о приговору. Као и орган који одлучивао о приговору, тако и орган који одлучује о решењу о приговору има иста овлашћења, а у вези са предметом приговора. Дакле и другостепеним решењем могуће је наметнути идентичне последице оним које је могао да учини и првостепени орган.

## 2. ЖАЛБА

Против свих првостепених решења која су донета у управном поступку, може да се изјави жалба као редовно правно средство. Жалба је уставна категорија<sup>10</sup>, а право на правни лек је једно од основних права човека и грађанина, загарантована и највишим српским општим правним актом. Како у управном поступку, тако и у већини правних поступака предвиђено је право жалбе као редовно правно средство. Жалба је веома

---

<sup>10</sup> „Јемчи се једнака заштита права пред судовима и другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе. Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу.“ – члан 36 Устава Републике Србије („Службени гласник РС“ бр.98/06) – „*Право на једнаку заштиту права и правно средство*“. У Коментару Устава Републике Србије професорка Маријана Пајванчић указује да „међу уставним гаранцијама правне сигурности у казненом праву су и јемства права на једнаку заштиту права и право на правно средство. Устав гарантује (ст. 1) сваком лицу једнаку заштиту права која се остварује пред: судовима; другим државним органима; носиоцима јавних овлашћења; органима аутономне покрајине; органима општина и градова (јединице локалне самоуправе) ..... Право на заштиту права пред судом гарантује се и у неким другим одредбама Устава (чл. 22 ст. 1). Заштиту пред судом употпуњује судска контрола законитости појединачних аката органа управе којима се одлучује о нечијем праву, обавези или на закону заснованом интересу (чл. 198 ст. 2).“ М. Рајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Фондација Konrad Adenauer, Београд, 2009, 50-51. Уставну гаранцију правне сигурности треба шире посматрати, дакле не само у сфери казног права већ у свим областима права, сходно томе и у управном праву.

значајна за остваривање права и правних интереса физичких и правних лица, али и за заштиту законитости. Жалба представља средство управне контроле управе, јер омогућава да тој контролној делатности буду подвргнуте све одлуке донете у управном поступку. „Темељ редовне управне контроле управних аката састоји се из *права на жалбу*. Жалба је правни лек предвиђен у сваком демократском правном систему. Коришћење права на жалбу, омогућава се покретање механизма преиспитивања одлуке којим жалилац није задовољан, па жели њено уклањање односно измену у своју корист. Право на жалбу спада у основна уставом зајемчена права грађана; истовремено оно је битан елемент уставности и законитости ... У нашем важећем ЗУП-у (*професор др Зоран Томић, се позива на Закон о општем управном поступку из 1956.године, који је претрпео измене: 1965., а након доношења Устава из 1963., 1977.,године, после Устава из 1974., и последње1986., у некадашњој СФРЈ – напомена М.Р.*), право на жалбу има ранг начела (члан 11). Тиме су постављене основе *начела двостепености* у управном поступку. Оно је изражено правилом по којем овлашћено лице има право да уложи жалбу против сваког првостепеног решења донесеног у управном поступку. Начело двостепености се може посматрати у два основна правца: развијањем његовог »позитивног« одређења и анализом његовог »негативног« значења. У *позитивном одређењу* (дефинисању), начело двостепености нас обавештава да је управни поступак организован у два редовна »нивоа«, повезана жалбом као редовним правним средством. То значи да се процес уобличавања појединачног правила понашања садржаног у управном акту одвија у две сукцесивне фазе. Једна је *обавезна* – »првостепени поступак«, а друга (»другостепени поступак«) факултативна, јер зависи искључиво од воље легитимисаног жалиоца. Тако када жалилац не покаже интерес да се спроведе друга фаза рада на коначном завршавању управног акта – поступак бива окончан већ у »првом степену«. Међутим буде ли жалба изјављена (уз придржавање законом постављених формално-процесних услова) спровођење другостепеног поступка се показује као обавеза надлежног органа (коме је жалба и изјављена). Истовремено, тај орган се појављује као контролор према издаваоцу првостепеног акта. У свом *негативном одређењу*, начело двостепености изражава идеју процесног ограничења у погледу одлучивања о правима, обавезама и правним интересима странака у управном поступку. Са становишта правне сигурности као и потребе за ефикасношћу рада на примени права, неопходно је да се унапред предвиди број »степени« (нивоа) редовног решавања у конкретним случајевима. При одређивању броја степени решавања управних ствари, води се рачуна о помирењу три битна момента: (1) потребом за пуном заштитом законитости с једне, и индивидуалних правних ситуација

странака с друге стране; (2) потреби ефикасног одлучивања (тј. да се поступак прекомерно не одуговлачи); (3) потреби начелног изузимања, или бар непреоптерећивања највиших органа управе (односно органа »најшире« друштвено-политичке заједнице код одлучивања у управном поступку). У највећем броју савремених правних система, управни предмети се окончавају у другом степену, *изрицањем забране тростепености*. Начело двостепености се тиме показује као довршено, односно заокружено и на негативан начин.<sup>11</sup>

То што у нашем управном систему постоји редовна судска контрола законитости свих управних аката, а путем управносудског поступка, није умањило значај жалбе! Коришћење жалбе је позитивна процесна претпоставка да се води управни спор. Наиме, ако је жалба била дозвољена, а странка је пропустила да је изјави, у таквој ситуацији се неће моћи водити управни спор.<sup>12</sup> Законитост или целисходност управних акта донетих у првом степену су предмет жалбе. Иначе, у ЗОУП 2016, нормативно је регулисана жалба против решења, а нигде се не говори о жалби против управног акта. Међутим, решење не представља једину форму за доношење управног акта. Такође ако управни акт није донет у форми решења, жалба у таквом случају не би могла да буде одбачена. Претпостављамо да је опредељење аутора новог Закона да говоре само о жалби против решења исходовано због тога што је сада и закључак именован као управни акт, а треба имати у виду да против овог појединачног правног акта није дозвољена жалба. Без обзира на ову околност, жалба мора да буде дозвољена ако се главни акт у управном поступку не зове решење, већ је реч о дозволи, наређењу, односно одобрењу. Главни акти у појединим посебним управним поступцима се тако називају.

Предмет жалбе може да буде и ћутање управе, с обзиром да тада није донет никакав акт. Када је предмет жалбе повреда законитости, то значи да се такав предмет жалбе односи на било коју повреду формалног или материјалног закона. Када је предмет жалбе повреда целисходности, то значи да се она односи на управне акте дискреционог карактера у њиховом слободном делу и процењивање да ли је јавни интерес на најбољи начин заштићен. Право жалбе сем тога што је уставна категорија,

---

<sup>11</sup> Z. Tomić, *Upravno pravo – upravna kontrola uprave, II prošireno izdanje*, Savremena administracija, Beograd, 1990. 306.-307.

<sup>12</sup> „Наиме управни спор се не може водити против првостепених управних аката против којих допуштена жалба није уопште или није благовремено изјављена, јер такви акти – истеком рока за жалбу, постају коначни и правноснажни истовремено.“ Н. Бачанин, *Управно право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2000, 598.

предвиђено је основним начелима управног поступка<sup>13</sup> и нормирано је као право које се може употребити против свих првостепених решења. Само када је то законом изричито предвиђено, право жалбе може бити искључено. Дакле, овде је приметан другачији начин регулисања искључења права на жалбу у садашњем законском решењу, у односу на претходно, по коме је право жалбе могло да буде искључено једино ако је загарантован други вид заштите права и законитости. У садашњем Закону (што није добро) оваквог ограничења нема. Ипак у ЗОУП 2016. предвиђена је ситуација у којој начелно није дозвољена жалба. Ту је у ствари реч о једном случају. На основу члана 151 став 2 ЗОУП 2016. изричито је предвиђено да против решења Владе никад не може да се поднесе жалба. Ratio legis за овакву одредбу, налази се у чињеници да Влада представља врх извршне власти и управе и да изнад ње нема вишег истоврсног органа који би се појавио као контролор њених управних аката и сходно томе решавао по жалби. Међутим, на основу члана 59 став 3 Закона о државној управи, предвиђена је могућност изјављивања жалбе против првостепеног решења министарства и посебне организације само кад је то законом изричито одређено. У том случају о жалби одлучује Влада. Као што је већ поменуто регулисана је ситуација да се поводом ћутања управе може изјавити жалба, дакле установљава се право странке на жалбу ако решење није издато у законом одређеном року. Према ЗОУП 2016, ако је посебним законом регулисано да се неиздавање решења у законом одређеном року сматра усвајањем захтева странке, странка нема право на жалбу. Поставља се питање да ли је ово логична одредба новог Закона? Ако је захтев странке усвојен, странка нема разлог за незадовољство па тиме ни за активирање жалбе. Само кад је захтев странке у потпуности неусвојен, или парцијално усвојен, странка има правни интерес да се жали. Дакле, логика новог Закона не прати логику странке, јер она ако је остварила одређено право, сигурно неће изјавити жалбу. Такође, „странка има право на жалбу и у другим случајевима који су законом прописани“. „Нејасно је шта су аутори новог ЗУП-а под овим мислили. Ако жалба може да се изјави против свих првостепених решења, који су она други случајеви? Чини нам се да изван свих првостепених решења не постоје други случајеви? Можда су мислили на првостепене акте који немају назив решења? (Закон о општем управном поступку је процесна кичма читаве државне управе и апсолутно је недоговорно доносити прописе са оваквим логичким бесмислицама!) Субјекти овлашћени на подношење жалбе су, пре свега странке, које су у том својству учествовале у управном поступку и које сматрају да им је

---

<sup>13</sup> Вид. члан 13 ЗОУП 2016



првостепеним решењем повређено неко право или правни интерес. Поред тога, у ЗУП-у је предвиђено да право жалбе има и свако лице на чија права, обавезе или правне интересе може да утиче исход управног поступка у истом року у коме жалбу може да поднесе странка. Но и у овом случају је проблематично на која се лица то односи. Наиме, према члану 44 став 1 „странка у управном поступку јесте физичко или правно лице чија је управна ствар предмет управног поступка и **свако друго физичко или правно лице на чија права, обавезе или правне интересе може да утиче исход управног поступка.** (подвукао Д.М.). Према томе, та друга лица, на чија права обавезе или правне интересе може да утиче на исход управног поступка су у ствари **странке** па произилази да осим странке нико други нема право на жалбу. У сваком случају поред странке која је учествовала у управном поступку,<sup>14</sup> исход поступка може да утиче и на лице које није учествовало у поступку, али које је могло да има статус странке. Према томе, и та лица којима је требало да буде признато својство странке могу да изјаве жалбу, али претходно морају да докажу своју легитимисаност, то јест да исход поступка може да утиче на њихова права обавезе или правне интересе. Када им се накнадно призна својство странке и они могу да изјаве жалбу.“<sup>15</sup> Орган има одређене обавезе према лицу коме је одбио да призна својство странке. Тако је чланом 152 став 1 ЗОУП 2016. прописано да је орган : „дужан да лице коме је одбијен захтев за признавање својства странке обавести о решењу које је донео“. Дословним тумачењем овакве одредбе Закона долази се до закључка да се

<sup>14</sup> Странка која није учествовала у управном поступку може изјавити жалбу у року који важи за странку која је учесовала, а у супротном може тражити понављање поступка. Из образложења: „Правилно је поступио тужени орган када је одбио, као неосновану, жалбу тужиоца изјављену против закључка првостепеног органа, налазећи да је исти правилан и на закону заснован. Ово с тога што је одредбом члана 213. став 1 Закона о општем управном поступку (даље: ЗУП) прописано да против решења донесеног у првом степену странка има право на жалбу, а чланом 220 ЗУП прописано је да се жалба подноси у року од 15 дана од дана достављања решења, ако законом није другачије одређено. Када се из списка предмета утврђује да тужиље нису биле странке у поступку, то је правилно схватање туженог органа да рок за жалбу тече од дана уручења решења странци Г.П. „З.Ј.“, те да жалба тужиље није благовремена. Уколико сматрају да је решењем првостепеног органа којим се даје одобрење за изградњу наведеном инвеститору повређено њихово право, тужиље могу тражити понављање поступка у смислу члана 239. став 1. тачка 9 ЗУП.“ - Пресуда Врховног суда Србије, У. 4638/2005 од. 28.6.2006.године, наведено према: Ј. Вајић, Урошевић, Н. Урошевић, *Zbirka upravnosudske prakse prema Zakonu o opštem upravnom postupku* („Sl. list SRJ“ br.33/97 i 31/2001 i „Sl.glasnik RS“ br.30/2010), Paragraf, Beograd, 2017, 368.

<sup>15</sup> Д. Милков, *Управно право II – управна делатност*, Универзитет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2017, 231-232.

оваквим лицима не доставља само решење, већ се искључиво шаље обавештење о одбијању захтева. Оваква формулација је недовољно јасна пошто је терминологија контрадикторна, када је реч само о обавештавању, а када о достављању? Даље је у Закону наведено да „обавештење садржи број решења и назив органа који га је донео, које су странке учествовале у поступку, текст диспозитива решења и поуку о правном средству против решења“. У овој одредби је учињен један невероватан пропуст! Наиме, аутори Закона пренебрегнули су да се задњи део решења не зове поука, већ упутство о правном средству. Још једна нелогичност је исказана у ставу 3 члана 152, у коме се наводи да „се лице обавештава према одредбама овог Закона о достављању“. Овако нешто се могло избећи да је једноставно писало да се обавештење доставља лицу. У Закону је такође на жалост изостало да се наведе, да жалбу осим странке могу да изјаве сведоци, тумачи, вештаци, дакле други учесници поступка. Ова лица свакако имају право да изјаве жалбу, јер исход управног поступка утиче на поједина њихова права, обавезе односно правне интересе. Такође, присутна је још једна нејасност, а тиче се одредбе члана 151 став 7 Закона, у коме је наведено да жалбу могу да изјаве и други органи организације ако су на то овлашћени законом. Поставља се питање ко су онда први органи и организације, ако се у Закону наводи да жалбу могу да изјаве и други органи и организације? Претпостављамо да се оваква одредба односи на јавног тужиоца и надлежног правобраниоца. Када је реч о другим органима, то је могуће само ако су они на подношење жалбе посебним законима изричито овлашћени. Друге организације, би могле да буду синдикати и одређена удружења, а сматрамо да је то требало законски регулисати.

## 2.1. Надлежност за решавање по жалби

Питање надлежности за решавање по жалби односно практично остваривање начела двостепености,<sup>16</sup> релевантно је за првостепена решења општинских, односно градских управа и несамосталних републичких органа, с обзиром да је жалба искључена против првостепених решења министарстава и републичких посебних

---

<sup>16</sup> „Начело двостепености, или двају институција, које код нас има своју дугу историју, значи да о једном управном предмету могу решавати две инстанције, две управне власти које су у директном односу подређености и претпостављености (непосредно виша и нижа). Ако првостепена власт доноси заиста одлуку у првом степену, могућа је само жалба на другостепену власт.“ – Л.М. Костић, *Административно право Краљевине Југославије – Друга књига, делатност управе*, Издавачко и књижевско предузеће Геца Кон А.Д., Београд, 1936, 212.

организација. Влада Републике Србије би ипак одлучивала о жалби ако би неким законом она била предвиђена против првостепеног решења министарства, или републичке посебне организације. Министар решава по жалби против првостепених решења органа који врше поверене послове државне управе, а који су у надлежности републике. Ту се мисли на општинску, градску и покрајинску управу. Међутим, могући је изузетак од овог правила, ако је Законом другачије прописано. Наиме, законом се може предвидети надлежност округа за решавање по жалби, када је органима општинама, предузећима, установама и другим организацијама, законом поверено као управно решавање у првом степену. На републичком нивоу законом је могуће поверити другостепено решавање и покрајинским органима, а правна пракса о томе сведочи. Министар решава по жалби против првостепених решења подручне јединице органа државне управе. Такође, по жалби решава директор органа у саставу у управним стварима из делокруга органа у саставу, а то исто чини и директор посебне организације у управним стварима из њеног делокруга. Као шеф надлежног управног ресора министар решава о жалби на првостепено решење органа у саставу његовог министарства. Исто лице се појављује као надлежно за решавање по жалби против првостепених решења имаоца јавних овлашћења, донетим у повереним пословима државне управе. То исто чини и директор органа у саставу у управним стварима из делокруга органа у саставу, а у истој улози се појављује директор посебне организације, ако законом није другачије одређено.

## 2.2. Рок за жалбу

Петнаест дана износи општи рок за жалбу и то од обавештавања странке о решењу, ако законом није другачије одређено. (члан 153 став 1). Посебним прописима може да се одступи од овог рока, а то значи да одступање иде у два правца: рок може бити дужи или краћи од стандардног петнаестодневног рока. Пропуштањем рока за жалбу, странка губи право на њено изјављивање. То значи да је овај рок преклузивног карактера. Решење ће постати коначно извршно, ако се жалба не изјави у прописаном року. Коначно, оно стиче својство и правноснажности, с обзиром да се не може водити управни спор ако није изјављена жалба која је била дозвољена. Странка додуше може тражити враћање у пређашње стање, ако је из објективних разлога пропустила рок за жалбу. Овај рок од 15 дана нормиран је за жалбу против решења које је донето у првом степену. Рок је пак дилаторан, ако се ради о ћутању управе, то јест када није донето никакво решење поводом захтева странке. То за последицу има да жалба не може да се изјави пре его што прође рок за доношење решења. Новина у садашњем законском тексту је регулисање крајњег рока

за изјављивање жалбе против ћутања управе, ако износи годину дана од истека рока за доношење решења и он је преклузиван, с обзиром да његовим протеком странка губи право на жалбу. Ипак, странка у материјалноправном смислу не губи право да поднесе у истој ствари захтев првостепеном органу.

### 2.3. Деволутивно и суспензивно дејство жалбе

По правилу, жалба која је прописно изјављена има деволутивно или преваљујуће дејство,<sup>17</sup> као и суспензивно, односно одложено дејство. Када је реч о деволутивном дејству, то значи да решење о управној ствари прелази на виши управни орган, односно о жалби не одлучује орган који је донео решење против којег се жалба улаже. Ипак постоје оређене обавезе првостепеног органа да у вези жалбе предузима неке радње као надлежан орган, а не виши орган управе. Првостепени орган, с обзиром на деволутивно дејство жалбе када га прими обавезан је заједно са списима предмета пошаље другостепеном органу којем је жалба изјављена и ко је надлежан за решавање. Првостепени орган је у одређеним случајевима овлашћен да сам реши по жалби и да је самим тим не достави органу којем је жалба изјављена. То су изузеци од деволутивног дејства жалбе и ради се о четири ситуације: 1) Првостепени орган ће закључком одбацити недопуштену, неблаговремену или жалбу изјављену од стране неовлашћеног лица; 2) Исти орган ће новим решењем у случају када нађе да је жалба основана заменити првостепено решење; 3) Такође новим решењем након допуњавања поступка замениће се решење које се жалбом побија; 4) Првостепени орган ће уважити жалбени захтев и донети ново решење након спроведеног испитног поступка, односно након давања могућности странци да се изјасни о чињеницама и околностима које су од важности за доношење решења.

---

<sup>17</sup> О деволутивном карактеру жалбе проф. др Лазо Костић вели: „ Жалба се редовно подноси непосредно претпостављеној власти органа који је првобитну (нападнуту, ожалбену) одлуку донео, подноси се непосредно вишој инстанцији, па се зато зове инстанциона жалба ... Рекуррирана инстанција добива пуну власт решавања о нападнутом акту чим јој је стигла правилна (благовремена итд.) жалба. Сва моћ првостепене прелази на другостепену инстанцију (*деволутивни ефекат*). Ова се просто ставља у позицију подређеног органа и доноси одлуку као да је сам тај орган у питању. Она цени и сва питања која сматра потребним да цени, и правна и фактична; њена је улога *реекзамирајућа*. Дела по истим принципима и руководи се обзирима као и првостепена инстанција. И кад решава по жалбама, управна власт остаје управна инстанција а не претвара се у суд.“ Л.М. Костић, *Административно право Краљевине Југославије – трећа књига, надзирање управе*, Издавачко и књијарско предузеће Геца Кон А.Д. Београд, 1939, 13-14.

У току рока за жалбу, дакле када је она прописно изјављена, решење не може да се изврши све док се другостепено решење не донесе и не достави странци. На то се своди суштина сунспензивног дејства жалбе. У ситуацији када је управни поступак двостраначки или вишестраначки, али да у њему те странке учествују са истим захтевима, жалба једне странке имаће дејство и на друге, тако што ће бити одложено извршење решења. Правило о сунспензивном дејству жалбе није апсолутног карактера. Особени су усмени управни акти, односно усмена решења, јер жалба против усменог решења нема сунспензивно дејство, то значи да ово решење може да се изврши и пре истека рока за жалбу као и после пондошења жалбе. У случају заштите јавног интереса односно спречавање ненадокнадиве штете странци, такође је могуће изузетно одступање од сунспензивног дејства жалбе у одређеним ситуацијама. Наиме, решење може да се изврши пре истека рока за жалбу, као и када је жалба изјављена, ако би одлагање извршења странци нанело ненадокнадиву штету или теже угрозило јавни интерес.

#### 2.4. Одрицање и одустанак од жалбе

За разлику од претходног Закона о општем управном поступку који није садржао одредбе о одрицању од права на жалбу и о одустанку од жалбе, у ЗОУП 2016 се те норме налазе. С тога „новоуведено је и право на одрицање од жалбе (члан 156). Странка може да се одрекне права на жалбу од када је обавештена о решењу, до истека рока за жалбу. Одрицање од права на жалбу не може да се опозове. Решење постаје *коначно* и *правноснажно* једино ако се све странке, као и лице коме је одбијен захтев за признавање својства странке у првостепеном поступку одрекну права на жалбу.“<sup>18</sup> Када се странка одрекне права на жалбу, у неким ситуацијама, она није у обавези чекања на истек рока за жалбу да би решење добило својство коначности и правноснажности. Странци може бити у интересу да коначност и правноснажност наступе одмах, а не протекне рок од петнаест дана од достављања решења. Као изричито, такође је нормирано право на одустанак од већ изјављене жалбе. То је она ситуација када је странка започела изјављивањем жалбе другостепени поступак, па је у међувремену дошла до закључка да нема интерес да даље учествује у том поступку. Странка тим својим правом може да диспонира, док јој не буде достављено другостепено решење којим је одлучено о жалби. У Закону се наводи као тренутак до којег жалилац

---

<sup>18</sup> З. Томић, *Управно право*, седмо измењено издање, Приручници за полагање правосудног испита, Књига 9, Ј.П. Службени гласник, Београд, 2017, 192.

може да одустане од жалбе је „док не буде обавештен о решењу“. Међутим другостепено решење на основу истог Закона мора лично да се достави. Одустајак од жалбе, као правну последицу по другостепени поступак, има да се исти обуставља. О одустанку од жалбе се доноси решење. Против тог решења, такође, је могуће изјавити жалбу, а оно садржи и трошкове поступка по жалби.

## 2.5. Разлози за побијање решења

Претходним Законом о општем управном поступку било је предвиђено да жалба може да се изјави због било ког материјалног или формалног недостатка, као и повреде целисходности када је реч о дискреционим управним актима. ЗУП-ом из 2016. године су таксативно побројани разлози због којих се може изјавити жалба против решења. Њих има осам. Тако се решење може побијати : 1) због тога што у њему није уопште или није правилно примењен закон, други пропис или општи акт; 2) због тога што га је донео ненадлежан орган; 3) због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања; 4) због тога што је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак о чињеничном стању; 5) због повреде правила поступка; 6) због тога што су прекорачене границе овлашћења при одлучивању по слободној оцени или због тога што решење није донето сагласно циљу због кога је то овлашћење дато, 7) због тога што није правилно примењено овлашћење за одлучивање по слободној оцени. Као разлог због којег се жалба може изјавити по новом ЗУП-у (с обзиром да је уведен гарантни акт као нови акт управе) је онај када се решење побија због тога што оно није донето сагласно гарантном акту.

## 2.6. Садржина жалбе

Жалба против решења је (можемо користити и терминологију из парнично-процесне литературе) „универзални редовни правни лек“<sup>19</sup> којим овлашћени субјекти – жалиоци оспоравају законитост односно правилност неправноснажног првостепеног решења. Поред писмене форме, оно може имати и усмену форму. Тада се код надлежне управне власти жалба изјављује на записник. Неопходно је да жалба садржи одређени број прописаних елемената, да би се по њој могло поступати. У случају усменог подношења, о томе да ли жалба има прописану садржину води рачуна орган код кога се жалба на тај начин изјављује. Када се жалба

---

<sup>19</sup> Д. Палачковић, *Парнично процесно право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2004, 255.

подноси писмено, а притом није потпуна, истоветан је начин поступања са жалбом као и са другим непотпуним поднесцима. У ЗОУП 2016 је предвиђен минимум обавезне садржине жалбе. „Тако се у жалби мора навести решење које се побија и означити назив органа који га је донео, као и број и датум решења. При томе се жалба не мора посебно образлагати. Довољно је да жалилац изложи у жалби у ком је погледу незадовољан првостепеним решењем, жалбу *не мора посебно образложити*.“<sup>20</sup> Тако је омогућено свим субјектима да на једноставан начин изразе своје незадовољство првостепеним решењем без потребе ангажмана на њиховој страни стручних лица (мислимо на адвокате пре свега). Надлежни орган је дужан да води рачуна о правној квалификацији која је изнесена у жалби. Жалилац је у обавези да стави свој потпис на жалбу. Могуће је у жалби поред обавезних елемената, изнети нове чињенице и доказе (*beneficium novorum*).<sup>21</sup> Тада жалилац мора да образложи зашто те нове чињенице и доказе није изнео у поступку који се водио у првом степену.<sup>22</sup> Ratio legis оваквог решења огледа се у спречавању могућих злоупотреба да се не би одуговлачио поступак. „Ако је у питању поступак у коме учествују две или више странака са супротним интересима, а износе се у жалби нове чињенице или докази, осталим странкама се мора омогућити да се са новим чињеницама и

---

<sup>20</sup> П. Димитријевић, *Управно право, процесни део*, Правни факултет у Источном Сарајеву, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2012, 106.

<sup>21</sup> „Ако жалилац поднесе нов доказ уз жалбу, пропутивши да наведе разлоге због којих тај доказ није изнео у првостепеном поступку, орган је дужан да жалиоца упозори да тај недостатак отклони“ (Врховни суд Србије, У.440/68 од 21.05.1968.) **Александар Дончић**, *Актуелна судска пракса у области управног права*, Београд, 1996, 24. Наведено према: П. Димитријевић, *Управно право, процесни део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2012, 106.

<sup>22</sup> „Имајући у виду чињеницу да се управни поступак пред првостепеним и другостепеним органом сматра јединственим, законом је дата могућност жалиоцу да у жалби изнесе и нове чињенице и нове доказе, али је ту могућност условио давањем образложења због чега те чињенице и доказе није изнео у првостепеном поступку. Међутим, законом нису прописане правне последице у случају да такво образложење у жалби изостане. Стога је ово спорно питање разрешила судска пракса износећи став да другостепени орган не може да одбије да оцени нове чињенице и доказе само због чињенице да су изнети у жалби, а жалилац је пропустио да образложи зашто их није изнео у првостепеном поступку. Ако су чињенице и докази такви да могу утицати на решење управне ствари, орган ће затражити од жалиоца да у одређеном року допуни жалбу давањем одговарајућег образложења. Ако жалилац не поступи по налогу органа, орган с правом не би узео у обзир нове чињенице и доказе приликом доношења одлуке по жалби.“ Z. Urošević, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, PARAGRAF LEX d.o.o., Beograd, 2017, 179.

доказима упознају. Тада је жалилац дужан да уз жалбу приложи још и онолико преписа колико има странака. Свакој странци се доставља препис жалбе и оставља рок који не може бити краћи од осам ни дужи од петнаест дана, да се о новим чињеницама и доказима изјасни.<sup>23</sup> Природа односно карактер жалбе одређује се узимајући у обзир саму садржину одређеног поднеска, то из разлога јер се на основу ЗОУП 2016. не захтева (као што је већ речено) да жалба и буде тако названа. И у време важења претходног ЗУП-а Врховни суд Србије је поводом овога заузео у једној својој пресуди следећи став: „Врста поднесака у управном поступку одређује се према његовој садржини, а не према називу којим га је странка означила, па Врховни суд Србије налази да је тужени орган био у обавези да, полазећи од садржине поднеска заинтересованог лица означеног као „жалба“, позове ово лице у смислу члана 58 Закона о општем управном поступку, да свој поднесак уреди тако што ће се прецизно изјаснити да ли поднеском тражи доношење решења по жалби против првостепеног решења, предочавајући му последице пропуштања рока за жалбу, или тражи понављање поступка из разлога прописаних чланом 239. тачка 9) Закона о општем управном поступку, јер му није дата могућност да учествује у првостепеном поступку у коме је требало да учествује у својству странке.“<sup>24</sup>

## 2.7. Рад првостепеног органа по жалби

И ако не може да одбије жалбу као неосновану, с обзиром да је то официјелни задатак другостепеног органа, првостепени орган, има незанемарљива овлашћења поводом правне судбине овог правног лека у распону од формалних до мериторних. Наиме, првостепени орган по примању жалбе, прво мора да испита формалности: дозвољеност, да ли је благовремена и да ли је изјављена од овлашћеног лица. Недостатак појединог или свих наведених елемената за формално-правну исправност жалбе за последицу има њено одбацивање. Такође, ако је жалба враћена зато што је непотпуна или неразумљива, а у остављеном року није уређена, у складу са општим правилима о поднесцима, она ће бити одбачена. Овакво законско решење (одредба члана 162, став 1 ЗОУП 2016) је непотребно из разлога што се већ чланом 59 став 1 и 2 регулише односна материја неуредних поднесака. Та одредба гласи: „Поднесак је неуредан ако има недостатке који орган спречавају да поступа по њему, ако није разумљив или ако није потпун. У том случају орган у року од

---

<sup>23</sup> D. Milkov, *Upravno pravo, upravna delatnost*, IRO Naučna knjiga, Beograd, 1988, 193-194.

<sup>24</sup> Пресуда Врховног суда Србије, У. 165/2004 од 30.04.2004.



осам дана од пријема поднеска обавештава подносиоца на који начин да уреди поднесак и то у року који не може бити краћи од осам дана, уз упозорење на правне последице ако не уреди поднесак у року. Ако поднесак не буде уређен у року, орган решењем одбацује поднесак.“

„Поднесак је генерички законски назив за различите облике саопштења које поједини правни субјекти упућују органима. Они се могу звати захтевима, предлозима, обрасцима, пријавама, молбама, жалбама, представкама, приговорима, обавештењима, саопштењима, а могу имати и други назив.“<sup>25</sup> У сваком случају, одредба о неуредности поднеска се односи и на жалбу. Коначно и унутар одредбе о одбацивању жалве се врши упућивање на примену члана 59, став 2. Тај се члан свакако примењује на жалбу, па је упућивање на његову примену излишно. Иначе, за разлику од претходног законског решења, у новом је експлицитно регулисано да жалба не може бити одбачена, зато што не садржи разлоге због којих се може побијати решење. Странка није у обавези да наведе разлоге који се у Закону наводе из којих побија решење, већ само треба у жалби да укаже основ свог незадовољства. Како према одредбама Закона о општем управном поступку, тако и према правилима посебних закона има се ценити дозвољеност жалбе. Осим у законски стриктно прописаним случајевима када је жалба искључена она је по правилу увек дозвољена. Благовременост жалбе се цени према томе да ли је она изјављена у општем року од 15 дана од дана када је решење достављено. У ситуацији када је дошло до чутања управе треба разкивати два момента, односно ситуације: 1) када је жалба изјављена поводом ћутања управе, али пре истека рока за доношење решења – ради се о преурањеној жалби; 2) када је жалба изјављена против ћутања управе али истеком рока од годину дана од доношење решења. Када жалбу изјави странка, лице које има правни интерес учествовања у поступку, законски овлашћени органи и организације, или на пример сведок, вештак – дакле други учесници у оној деоници поступка у којој његов резултат може бити од утицаја на њихова права, обавезе или правне интересе. Вођење другостепеног, жалбеног поступка обуставља се у моменту када је жалба решењем одбачена. И против овог решења могуће је изјавити жалбу, само сада у краћем року који износи осам дана од „обавештавања странке о решењу.“<sup>26</sup> Логичким тумачењем да се закључити да и ово решење мора да буде достављено странци. Достављањем она се обавештава! Уколико орган који сад решава по овако изјављеној жалби нађе да се решење о одбачају жалбе не заснива на законским разлозима, уједно ће донети

---

<sup>25</sup> З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, *op.cit.* 98.

<sup>26</sup> Члан 162 став 3 ЗОУП 2016

решење по одбаченој жалби. Када првостепена управна власт не одбаци жалбу она може да се упусти у скоро све њене наводе. Међутим, првостепени орган а због деволутивног дејства жалбе није у могућности да исту као неосновану одбије, већ само може да грешке које су последица његовог поступања у првостепеном поступку отклони. Поништај или измена решења од стране истоврсног органа који га је донео а у поступку по жалби увидео да је било пропуста које приписује себи и које сада исправља, има позитиван ефекат по остваривање начела делотворности и економичности поступка.<sup>27</sup> „Ако је првостепени орган већ свестан да је учинио пропуст и да ће му другостепени орган због тога поништити решење, економичније и ефикасније је да то сам учини, него да чека на исход другостепеног поступка.“<sup>28</sup> Даље првостепени орган има право да поништи првостепено решење применом одредбе члана 183 став 1 тачка 1-6. И то решење је првостепено, подобно да се и против њега изјави жалба, наравно ако странка сматра да њени интереси нису ни тим решењем испуњени, с тим (приметна разлика у односу на случај када се жалба први пут подноси против решења које је касније и поништено од стране првостепеног органа) што се сад изјављује непосредно другостепеном органу који ће о њој одлучити. Овакав новум ЗОУП 2016 теорија управног права критикује се с обзиром да према том мишљењу „у пракси изазива противречне исходе, јер са једне стране, поништавање решења у овим ситуацијама није непосредно везано за жалбу, а са друге, то значи да првостепени орган сам поништава своје решење. Нејасно је шта се хтело постићи овом одредбом (конкретно у односу на жалбу).“<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> „Делотворност и економичност поступка спојени су у једно начело са две компоненте које ваља комбиновати, равнотежно примењивати. Једна се тиче успешности и целовитости процесног одлучивања – његовог резултата, у смислу успешног и целовитог остваривања и заштите права и интереса странака. То је делотворност. Друга компонента истог начела је економичност. За разлику од судског поступка, у коме по правилу доминира расправно начело – што га чини релативно дужим и скупљим – управни поступак се традиционално сматра бржим, мање формализованим, јефтинијим, економичнијим. Економичност се састоји се у брзини (неодуговлачењу) вођења поступка и уз што мање трошкова по учеснике, али тако да се изведу сви докази потребни за правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања. У односу на делотворност, код које се потенцирају резултати појединих процесних радњи, односно поступка у целини – економичност се испољава у експедитивности и штедњи при вођењу поступка. Разрађујући принцип економичности, ЗУП је поставио низ правила у вези са надлежношћу, начинима и роковима за обављање процесних радњи, трошковима и другим питањима.“ - З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, *op.cit.* 29-30.

<sup>28</sup> Д. Милков, (2017) *op.cit.* 239-240.

<sup>29</sup> S. Lilić, *Upravno pravo, Priručnik za pripremanje pravosudnog ispita*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 160.

Као друга солуција суштинског одлучивања првостепеног органа јавља се његово активирање права замени првостепено решење, дакле да поступи по захтеву из жалбе. „Новим решењем се побијано решење поништава, ако законом није друкчије прописано,<sup>30</sup> уз право првостепеног органа да допуни поступак. Такво решење које се сматра новим може такође бити побијано жалбом и она се исто директно предаје другостепеном органу.<sup>31</sup>

Првостепени орган доставиће жалбу противној странци на одговор, уз услов да је вођен управни поступак у коме је таква странка учествовала, у следећим ситуацијама: 1) када жалба није одбачена с обзиром да је дозвољена, благовремена и изјављена од овлашћеног лица и 2) када није дошло до поништаја побијаног решења. Законски је предвиђен рок за одговор противне странке на жалбу, који одређује орган и он не може бити краћи од 8 а ни дужи од 15 дана. Жалба ће бити прослеђена другостепеном органу од стране првостепеног ако овај не одбаци жалбу, не поништи побијано решење нити удовољи жалбеном захтеву. Рок за прослеђивање жалбе другостепеном органу може бити 15 дана од њеног пријема (првостепеном органу) или 30 дана од пријема жалбе ако је она послата на одговор противној странци (такође у ситуацији њеног постојања). Уз жалбу првостепени орган приложиће и списе предмета, свој одговор на жалбу<sup>32</sup> и ако је било противне странке - њен одговор.

---

<sup>30</sup> члан 165 став 1 ЗОУП 2016

<sup>31</sup> И у претходном Закону о општем управном поступку постојале су одредбе о овлашћењу првостепеног органа да учествује у отклањању неправилности односно недостатака, само детаљније. Тако је чланом 235 и 236 Закона о општем управном поступку било прописано: „(1) Ако орган који је донео првостепено решење нађе да је жалба основана, а није потребно спроводити нов посебни испитни поступак, може ствар решити друкчије и новим решењем заменити решење које се жалбом побија. (2) Против новог решења странка има право жалбе. (члан 235) (1) Ако орган који је донео првостепено решење нађе поводом жалбе да је спроведени поступак био непотпун, а да је то могло бити од утицаја на решавање управне ствари, он може поступак допунити сагласно одредбама овог закона. (2) Орган који је донео првостепено решење допуниће поступак и онда кад жалилац изнесе у жалби чињенице и доказе који би могли бити од утицаја за друкчије решење управне ствари, ако је жалиоцу морала бити дата могућност да учествује у поступку који је претходно доношењу решења, а та му могућност није била дата, или му је била дата а он је пропустио да је користи, али је у жалби оправдао то пропуштање. (3) Према резултату допуњеног поступка, орган који је донео првостепено решење може у границама захтева странке управну ствар решити друкчије и новим решењем заменити решење које се жалбом побија. (4) Против новог решења странка има право на жалбу. (члан 236)“

<sup>32</sup> Достављање одговора на жалбу је новина ЗОУП 2016. У одговору на жалбу првостепени орган је у обавези да оцени све наводе жалбе. И овакво решење подлеже

## 2.8. Рад другостепеног органа по жалби

Мериторно разматрајући жалбу, другостепени орган испитује у ствари законитост и правилност првостепеног решења. Главна одлука о правној судбини решења нападнутог жалбом у надлежности је другостепеног органа. Првостепени орган, у преиспитивању законитости и правилности првостепеног решења има споредну улогу. Она се своди на питање да ли има формалних недостатака жалбе, као и на уклањање грешака учињених у првостепеном поступку. Када је пак, реч о иницијалној радњи коју спроводи другостепени орган, она је такође формално-процесне природе тј. своди се на испитивање: да ли је жалба дозвољена, благовремена и изјављена од овлашћеног лица.<sup>33</sup> Другостепени орган ће одбацити жалбу (ако је то пропустио да учини првостепени орган) када утврди да у погледу формалних елемената постоји недостатак (да је жалба недозвољена, неблаговремена и да је жалбу изјавило неовлашћено лице). Нова законска норма, исто као и за првостепени орган је овлашћење више управне власти, да одбаци жалбу ако није уређена у року који је орган уредио, а сагласно општим правилима о одбацивању неуредног поднеска.<sup>34</sup> Наглашавамо поново (а то је прво учињено у вези са индентичним случајем код првостепеног органа) да је непотребна одредба о одбацивању жалбе која није уређена у року који је орган уредио, а сагласно општим правилима о одбацивању неуредног поднеска, с обзиром да је поступање са неуредним поднесцима већ нормирано одредбом члана 59 став 2 ЗОУП 2016

Суштинско преиспитивање навода жалбе и утврђивање да ли је побијано решење законито и правилно, настаје у оном моменту када другостепени орган не одбаци жалбу и узме предмет у решавање. Испитивање побијаног решења од стране другостепеног органа врши се у границама жалбеног захтева. Другостепени орган прво треба да утврди да ли се захтев из жалбе односи на то да се побијано решење измени,

---

критици: „Као образложење за увођење обавезе првостепеног органа да другостепеном достави и свој одговор на жалбу наводи се да ће то „убрзати целокупан управни поступак тако што ће се олакшати посао другостепеном органу, који уз образложење првостепеног решења добија и правну анализу навода жалбе од првостепеног органа.“ Међутим ова обавеза није логична и заправо оптерећује ефикасност поступка, јер све што је првостепени орган имао да каже о предмету већ је садржано у образложењу његовог решења против којег је странка поднела жалбу.“ S.Lilić, *op.cit.* 160.

<sup>33</sup> „Жалба адвоката је изјављена од неовлашћеног лица ако је поднета без уредног пуномоћја, односно ако је пуномоћје издато после доношења одлуке првостепеног органа по жалби.“ - Пресуда Управног суда, 3 У 593/2011 од 7.9.2011.

<sup>34</sup> Члан 167 став 1 ЗОУП 2016

односно да се поништи у целини или делимично или да се поништи у целини или делимично уз доношење новог решења којим се другачије одлучује у управној ствари.<sup>35</sup> Другостепени орган прво испитује постојање разлога за побијање решења који су наведени у жалби. По службеној дужности овај ће орган прво испитати, да ли има разлога за ванредно правно средство поништавање коначног решења из члана 183 став 1 тачка 1-6 Закона. Ради се о ништавом решењу. Као следеће, другостепени орган испитује надлежност првостепеног органа. Када је реч о утврђивању ненадлежности органа управе у теорији се примећује а судска пракса има различита становишта: „Иако се на први поглед чини једноставним, утврђивање апсолутне ненадлежности органа управе да одлучује о конкретној управној ствари може бити веома спорно. У судској пракси је било случајева да је другостепени орган огласио ништавим првостепено решење у поступку по жалби, иако је првостепени орган био и стварно и месно надлежан да одлучује. Управни суд је тужбу уважио и решење другостепеног органа поништио као незаконито из следећих разлога: *„Основано се, по оцени Управног суда, тужбом указује да су приликом доношења оспореног решења повређена правила поступка прописана Законом о општем управном поступку, а тиме и закон на штету тужиоца. Наиме, тужени орган је у поступку по жалби тужиоца изјављеној против решења В.П. 9858 Б. инт. бр.60/2016-2 од 25.02.2008.године, применом одредбе члана 231. Закона о општем управном поступку, огласио ништавим ожалбено решење на основу одредби члана 257. став 1. истог закона, јер је донето у ствари у којој се уопште не може решавати у управном поступку. Овлашћење туженог органа да у поступку по жалби огласи ништавим решење ако утврди да је у поступку његовог доношења учињена неправилност која решење чини ништавим, није спорно. Међутим, основ ништавости не представља разлог предвиђен одредбом члана 257. став 1. Закона о општем управном поступку, будући да она има у виду ствари које су у надлежности судова, а о којима се не може решавати ни у општем, ни у посебном управном поступку. Како се у конкретном случају ради о разрешењу од професионалне војне службе, у смислу члана 113. Закона о Војсци Југославије, који је био на снази у време доношења Наредбе о престанку професионалне војне службе тужиоца, то је првостепени орган био овлашћен да одлучује о овој управној ствари у управном поступку, и то применом Закона о Војсци Југославије, јер се ради о разрешењу, као правној последици акта о престанку службе донетог применом тог закона, па нису били испуњени законом прописани услови за оглашавање*

---

<sup>35</sup> Члан 168 став 1 ЗОУП 2016

решења ништавим.<sup>36</sup> Судска пракса бележи и случајеве који су супротни претходно изнетом када је, примера ради, другостепени орган одбио жалбу изјављену против првостепеног решења које је донео орган који је био апсолутно ненадлежан да поступа у тој правној ствари: „Како је првостепени орган одлучио мериторно о исплати потраживања тужиоца које је утврђено правноснажном судском одлуком у оставинском поступку пред Општинским судом дакле, то је првостепени орган поступао у правној ствари из извршне судске надлежности, па тужени орган није могао оспореним решењем да одбије жалбу, већ је морао да огласи ништавим решење првостепеног органа од 18.09.2006. године, на основу члана 231. став 2. Закона о општем управном поступку, а у вези са чланом 257. став 1. тачка 1. истог Закона, којим је прописано да се ништавим оглашава решење које је у управном поступку донето у ствари из судске надлежности.“<sup>37</sup> Битно је другачија ситуација у којој другостепени орган утврди да је решење донео ненадлежни орган управе, и да је за решавање надлежан други орган управе (релативна ненадлежност), односно да се о ствари која је предмет поступка решава у управном поступку, али пред другим-надлежним органом. Тада ће другостепени орган, по службеној дужности, независно од навода жалбе, поништити решење првостепеног органа. Поред тога, другостепени орган ће предмет упутити надлежном органу ради решавања, а првостепени орган ће обавестити о донетој одлуци.<sup>38</sup>

И из разлога који нису наведени у жалби, могуће је усвојити жалбени захтев од стране другостепеног органа. Другостепеном органу приликом одлучивања на основу чињеничног стања на располагању су две опције: донети одлуку на бази чињеничног стања које је претходно утврдио орган који је поступао у првом степену или донети одлуку на основу тога што је он сам утврдио чињенично стање. После оцене навода жалбе, другостепени орган има три алтернативна пута за одлучивање: 1) одбијање жалбе; 2) поништавање решења у целости или делимично; 3) измена побијаног решења. У случају поништаја решења другостепени орган може оптирати: 1) да предмет врати првостепеном органу на поновно одлучивање и 2) да сам измени првостепено решење.

---

<sup>36</sup> Пресуда Управног суда, У. 4384/2010 (2008) од 29.4.2010.

<sup>37</sup> Пресуда Врховног суда Србије, У. 1838/2007 од 12.3. 2009.

<sup>38</sup> Z. Urošević, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, PARAGRAF LEX d.o.o., Beograd, 2017, 189.

### **2.8.1. Прва солуција у поступању другостепеног органа по жалби – њено одбијање**

Другостепени орган је у обавези да одбије жалбу у овим ситуацијама : 1) „кад утврди да је поступак који је претходио решењу правилно спроведен и да је решење правилно и на закону основано, а жалба неоснована. Према томе, другостепени орган у овом случају одбија жалбу зато што је утврдио да не постоји повреда ни формално-правних ни материјално-правних прописа.“<sup>39</sup> Овде је реч о једном од најубичајенијих и веома честих разлога због којих се жалба одбија, с обзиром на факт непостојања ни формалних ни материјалних повреда закона, као ни грешке у оцени целисходности. 2) ако се утврди да је у првостепеном поступку било мањих недостатака, да су они небитни и да не могу да утичу на правилност и законитост решења. „У ЗУП-у нису санкционисане све повреде процедуре, јер би се тада решење могло поништити и због најобичнијих грешака у поступку, које уопште не морају да буду битне за саму суштину ствари. Због тога другостепени орган треба да процењује о каквој процедуралној повреди је реч и да ли је могла да има утицаја на решење ствари;“<sup>40</sup> 3) када се утврди да се првостепено решење заснива на закону и то не из оних разлога који су наведени у решењу (који су погрешни) већ других. То значи да је дошло до грешака у образложењу решења, те да је управна ствар ипак правилно мериторно решена, а сам диспозитив је законит односно правилан.

У образложењу другостепеног решења, у ситуацији када другостепени орган одбије жалбу, није неопходно износити целокупну правну аргументацију, већ се у једном делу тог образложења другостепени орган може позвати на наводе првостепеног органа у образложењу његовог решења. С обзиром да странка може да у жалби наведе и друге разлоге за које држи да су значајни и који представљају разлог оспоравања законитости првостепеног решења, дужност је другостепеног органа испитивање и оцењивање и тих навода жалбе. Другостепени орган у својој оцени треба да наведе потпуне и законски засноване разлоге. Жалилац може указати односно изнети евентуално нове чињенице тј. околности због којих би управну ствар требало другачије решити у односу на то како је одлучено у првостепеном решењу, а притом су постојали оправдани разлози да се те чињенице или околности не изнесу током првостепеног поступка. Тада је дужност другостепеног органа да приликом образложења решења оцени нове

---

<sup>39</sup> С. Поповић, М. Петровић, М. Прица, *Управно право, општи део, ново измењено издање*, Свен Ниш, Ниш, 2011, 379.

<sup>40</sup> Д. Милков, *op.cit.* 242.

чињенице, које утичу на решавање управне ствари. Тако, Управни суд у једној од својих пресуда износи став да површно закључивање другостепеног органа да је оценио наводе жалбе а да исти немају утицај на законитост жалбом оспореног решења, без навођења и оцене било ког од њих у образложењу другостепеног решења, не представља законом прописану оцену навода жалбе: „Међутим, испитујући законитост оспореног решења, Управни суд је нашао да се основано наводима тужбе указује да је њиме повређен закон на штету тужиоца. Ово стога, што је оспорено решење донето уз повреду одредбе члана 235. став 2. Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“, бр.33/97 и 31/01 и „Службени гласник РС“, бр.30/10)“

### **2.8.2 Друга солуција у поступању другостепеног органа по жалби – њено усвајање и поништавање решења**

Када другостепени орган уважи жалбу, односно поступи по жалбеном захтеву својим ће решењем поништити првостепено решење. Овај орган ће поништити првостепено решење и о управној ствари која је била предмет првостепеног поступка само донети одлуку. То ће учинити ако установи да су приликом доношења (побијаног) решења учињене повреде материјалног права – тако што је оно погрешно примењено, односно да су докази погрешно оцењени или да је из утврђених чињеница изведен погрешан закључак о чињеничном стању или пак да је неправилно примењено овлашћење за одлучивање по слободној оцени. Другостепени орган је овлашћен да изврши допуну поступка (то чини сам, односно преко првостепеног или замољеног органа) уколико утврди да је чињенични супстрат погрешно или непотпуно утврђен. Овај орган поновиће цео поступак или једну његову деоницу ако констатује да је учињена повреда правила поступка а која је имала утицај на законитост и правилност побијаног решења. Другостепени орган ће тада поништити решење и сам одлучити о управној ствари, уколико закључи да у току допуњеног поступка а на основу у њему утврђених чињеница мора да реши другачије него што је учињено првостепеним решењем. Уколико процени да је то брже и економичније другостепени орган ће првостепеном органу вратити предмет. То чини тако што поништава првостепено решење и враћа предмет првостепеном органу на поновни поступак зато што је проценио да ћи првостепена инстанца поступит ефикасније у решавању управне ствари. Другостепени орган ће онда првостепеном решењем указати у ком правцу се поступак допуњује. Првостепеном органу овде остаје мали маневарски простор за слободно одлучивање јер је у обавези да у свему поступи онако како је наведено у другостепеном решењу. Ново решење се доноси без одлагања, а



најкасније у року од 30 дана од пријема предмета. Странка има право на жалбу и против тог новог решења. Само ако је неопходно да се у датој управној ствари донесе ново решење, предмет ће на нови поступак бити преслеђен првостепеном органу од стране другостепеног. Уколико је решење донео стварно ненадлежан орган, другостепени орган ће поништити побијано решење и проследити га надлежном органу.

### **2.8.3. Трећа солуција у поступању другостепеног органа по жалби – њено усвајање и измена решења**

Другостепени орган може да донесе позитиван закључак о законитости и правилности побијаног решења али да се циљ због кога је оно донето може постићи и другим средствима која су по странку повољнија, па ће у том правцу изменити првостепено решење. Закон такође предвиђа као посебну ситуацију да другостепени орган може да измени решење у корист жалиоца (*Reformatio in melius*) мимо захтева који је жалилац поставио у жалби, али у оквиру постављеног захтева у првостепеном поступку уз услов да се тиме не вређа право трећих лица. И на послетку могуће је изменити побијано решење на штету жалиоца (*Reformatio in peius*) од стране другостепеног органа, међутим једино из разлога за поништавање или укидање решења (члан 183 – 184 ЗОУП 2016)

### **2.8.4. Жалба у случају „ћутања управе“**

Разлог за изјављивање жалбе постоји и ако првостепени орган није издао решење у законом одређеном року, дакле кад је реч о ситуацији која се назива „ћутање управе“. Када у законом одређеном року првостепени орган није издао решење, тада ће од њега другостепени орган захтевати да му буде саопштено зашто решење није благовремено издато. Ако је реч о оправданом разлогу, другостепени орган ће првостепеном органу продужити рок за издавање решења, за онолико колико је трајао оправдан разлог, али не дуже од 30 дана. Када нема оправданог разлога зашто у предвиђеном року није издато решење по мишљењу другостепеног органа, он ће сам одлучити о управној ствари или ће првостепеном органу наложити да у року не дужем од 15 дана изда решење. Могућа је поновна пасивност првостепеног органа, па ће у том случају другостепени орган о управној ствари сам да одлучи.

Иначе решење којим се одлучује о жалби, по правилу, издаје се без одлагања, а најкасније у року од 60 дана од када је предата уредна жалба, сем када је законски прописан краћи рок.

### 3. Уместо закључка

У овом раду приказан је углавном са једне да тако констатујемо убеничке стране систем редовних правних средстава на основу Закона о општем управном поступку из 2016.године. Овај позитивно важећи законски текст, иначе приметно је другачији у односу на свог претходника кад су у питању новине које се односе и на редовна и ванредна правна средства, а ипак се може поставити питање да ли ће суштински бити подигнут ниво правне заштите у управном поступку у односу на пређашња законска решења?

Приговор као ново редовно ремонстративно правно средство које се може користити код нових видова управног поступања а у одсуству другог правног средства у управном поступку је у једном делу наше управоправне теорије окарактерисан као додатно и позитивно-ефикасно средство управноправне заштите странака тако што ће бити смањене неправилности код извршења управних уговора, вршења управних радњи или пружања јавних услуга. Међутим могуће је и другачије запажање. Начин на који је приговор нормиран у ЗОУП 2016, наводи на закључак да није толико велики правни значај овог новог правног лека, а посебно ако се узму у обзир досадашња искуства из праксе.

Без обзира на увођење приговора као новог редовног правног средства и „радикалну“ реформу ванредних правних средстава, чврсто стојимо при мишљењу да жалба представља свакако базичн и суштински најважнији правне заштите странака од неправилног управног рада односно доношења: незаконитих и нецелисходних аката. Мора се признати да је правни режим жалбе у ЗОУП 2016 донекле унапређен.<sup>41</sup> Дакле законодавац је ишао у позитивном смеру унапређења правног положаја странака. Тај режим унапређења односи се на следеће одредбе: уведена је могућност да се странка или правни интересент (као и друга лица односно организације) одрекну од права на жалбу (члан 156) и да одустану од већ изјављене жалбе (члан 157); могуће је износити нове чињенице и доказе у жалбеним наводима, али постоји и дужност навести зашто те чињенице и докази нису у првостепеном поступку наведени (члан 159 став 2). Добро је што је због интереса странкака предвиђено да код ћутања управе, неиздавања у року уверења или других исправа о чињеницама о којима се води службена евиденција као и неодлучивања о захтеву за разгледање списка предмета (члан 161 став 2) уведена могућност предаје жалбе непосредно другостепеном органу. На подизање квалитета

---

<sup>41</sup> У раду је указано на поједине законске одредбе које карактеришемо као мањкавости.

поступка по жалби али и његову укупну ефикасност утиче и следећа одредба ЗОУП 2016: „(2) Уз жалбу се прилажу списи, одговор противне странке на жалбу и одговор првостепеног органа на жалбу. (3) Првостепени орган је дужан да у одговору на жалбу оцени све наводе жалбе.“ (члан 166 став 2 и 3). Да ова одредба не би остала само мртво слово на папиру чланом 208 је регулисано следеће: „Новчаном казном од 5.000 динара до 50.000 динара казниће се за прекршај овлашћено службено лице, у смислу овог закона, које не проследи жалбу са одговором првостепеног органа на жалбу и списима другостепеном органу у року утврђеном овим законом (члан 166. ст. (1) и (2) овог закона), односно које не води службену евиденцију о решавању у управним стварима (члан 211. овог закона).“

Уведена је обавеза за другостепени орган да сам мериторно реши управну ствар у случају ћутања управе, када је то поново пропустио да учини првостепени орган у року од 15 дана од налога другостепеног органа (члан 173 став 2), што по нашем мишљењу утиче на учвршћивање процесне дисциплине. И у Образложењу Предлога Закона о општем управном поступку се наводи: „У том случају ће другостепени орган сам одлучити о управној ствари, чиме се спречава "пинг-понг" ефекат између првостепеног и другостепеног органа, без мериторног одлучивања и једног и другог (члан 173. став 3).“ После прекршајне (чл. 207 и 208) и опште одговорности за законито, делотворно и економично вођење поступка (члан 210 став 1), одређена је и дисциплинска одговорност овлашћених службених лица у члану 210 став 2 ЗОУП 2016: „Министарство надлежно за послове државне управе у вршењу надзора над применом овог закона и други органи управе у обавези су да захтевају покретање дисциплинског поступка против овлашћеног службеног лица, односно одговорног лица које по службеној дужности не изврши увид у чињенице о којима се води службена евиденција, које на захтев органа који води поступак бесплатно не уступи податке о којима води службену евиденцију у року утврђеном законом, не изда решење у року утврђеном законом или не достави списе другостепеном органу или суду надлежном за управне спорове у роковима утврђеним законом.“ што такође по нашем мишљењу подиже ниво процесне културе у управном поступку.

На почетку овог завршног излагања запитали смо се: да ли ће суштински бити подигнут ниво правне заштите у управном поступку у односу на пређашња законска решења? Чини нам се, да се не може бити децидан у констатцији да је стварни ниво правне заштите странака у управном поступку знатније побољшан у поређењу са решењима из претходног Закона.

ПОПИС ЛИТЕРАТУРЕ:

Вајић, Урошевић, Ј., Урошевић, Н., *Zbirka upravnosudske prakse prema Zakonu o opštem upravnom postupku* („Sl. list SRJ“ br.33/97 i 31/2001 i „Sl. glasnik RS“ br.30/2010), Параграф, Београд, 2017

Бачанин, Н., *Управно право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2000.

Димитријевић, П., *Управно право, процесни део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2012.

Закон о општем управном поступку, „*Narodne novine*“ br.47/2009

Закон о општем управном поступку, „Службени лист СРЈ“, бр.33/1997, 31/2001 и 30/2010

Закон о општем управном поступку, „Службени гласник РС“, бр.18/2016

Костић, Ј.М.. *Административно право Краљевине Југославије – Друга књига, делатност управе*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон А.Д., Београд, 1936.

Костић, Ј.М. *Административно право Краљевине Југославије – Трећа књига, надзирање управе*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон А.Д. Београд, 1939.

Лилић, С., *Управно право, Priručnik za pripremanje правосудног испита*, *Službeni glasnik*, Београд, 2018

Milkov, D., *Управно право, управна делатност*, ИРО Научна књига, Београд, 1988.

Милков, Д. *Управно право II – управна делатност*, Универзитет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2017.

Миљевић, Д., „Управни уговори према Закону о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр.2/2017, 521-539.

Рајванчић, М., *Komentar Ustava Republike Srbije*, Фондација Конрад Аденауер, Београд, 2009.

Палачковић, Д. *Парнично процесно право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2004

Поповић, С., Петровић, М., Прица, М., *Управно право, општи део*, ново измењено издање, Свен Ниш, Ниш, 2011

Пресуда Врховног суда Србије, У. 165/2004 од 30.04.2004.

Пресуда Врховног суда Србије, У. 1838/2007 од 12.3. 2009.

Пресуда Управног суда, У. 4384/2010 (2008) од 29.4.2010.

Пресуда Управног суда, 3 У 593/2011 од 7.9.2011.

Stjepanović, N. *Управно право у СФРЈ – општи део, Kratki udžbenik za studente prava, књига II*, НИП »Privredni pregled«, Београд, 1973.

Tomić, Z. *Upravno pravo – upravna kontrola uprave, II prošireno izdanje*, Savremena administracija, Beograd, 1990.

Томић, З., *Управно право*, седмо измењено издање, Приручници за полагање правосудног испита, Књига 9, Ј.П. Службени гласник, Београд, 2017.

Томић, З. Миловановић, Д., Цуцић, В., *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Министарство државне управе и локалне самоуправе и Ј.П. Службени гласник, Београд, 2017.

Urošević, Z. *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, PARAGRAF LEX d.o.o., Beograd, 2017

**Milan RAPAJIĆ, Ph.D**

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

## **REGULAR LEGAL REMEDIES IN THE LAW ON GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE FROM 2016**

### **Summary**

The paper presents a system of regular remedies under the General Administrative Procedure Act of 2016, for which it was noted in the administrative law theory that it introduced important changes regarding the means of legal protection of parties. An analysis has been made of both the procedure for regular remedies and the most important legal innovations regarding the legal protection of the parties. Some solutions of the revised system of regular legal protection in the general administrative procedure of Serbia were criticized.

**Keywords:** *administrative procedure; regular remedies; objection; appeal;*

**Бојан БОЈАНИЋ<sup>1</sup>**

Правни факултет Приштина – Косовска Митровица

## **ПОЛОЖАЈ НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ ПРЕМА УСТАВУ КЊАЖЕВСТВА СРБИЈЕ ИЗ 1869 – ПОВОДОМ 150 ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА**

**Апстракт.** Намеснички устав је први устав која је Србија донела самостално и он представља крупан корак у процесу стицања државно-правне самосталности. У нашој уставној теорији нема спора о томе да је Устав из 1888. године поставио темеље парламентаризма у Србији, али је на том плану, такође, неспоран значај Намесничког устава (1869) којим је Народна скупштина реконституционализована и од тада она представља трајну уставну категорију. Народна скупштина Уставом из 1869. године, уз кнеза, постаје орган законодавне власти, али јој је било ускраћено право законодавне иницијативе. У раду ћемо покушати да критички анализирамо поједина уставна решења којим је одређен положај Народне скупштине у систему власти успостављеном Намесничким уставом.

**Кључне речи:** *Намеснички устав, Народна скупштина, Законодавна власт, Кнез, Министарска одговорност.*

### 1. УВОД

Без обзира на амбицију сваког уставотворца да он буде последњи, а његово дело вечито, досадашња уставна историја нас учи да то није случај и да, уз пар изузетака који потврђују правило, нити је било таквих уставотвораца нити непроменљивог устава. У неком тренутку, онда када раскорак између нормативног и стварног буде толико велики да он представља извор тензија и кризе у једном друштву или препрека његовом даљем развоју, тада је једино решење да се постојећи устав, уколико је то могуће, измени или да се приступи доношењу новог устава, по мери новог времена.

За тридесет година, колико је био на снази наш најдуговечнији – Турски устав (1838), друштвена структура је у потпуности измењена, што је за последицу имало и сасвим измењену уставну ситуацију, најпре фактички обликовану краткотрајном другом владавином кнеза Милоша, а

---

<sup>1</sup> Доцент, bojan.bojanic@pr.ac.rs

потом мењану уставним законодавством кнеза Михаила. У оба случаја то је чињено противно одредбама Устава који је формално био на снази.<sup>2</sup> Након трагичне смрти кнеза Михаила и државног удара његовог министра војног Миливоја Блазнавца, који је на престо довео унука Милошевог брата Јеврема, малолетног Милана Обреновића, Велика народна скупштина је стављена пред свршен чин и учинила је једино што је могла у том тренутку, прогласила га је за кнеза и изабрала његове намеснике.<sup>3</sup>

Намесништво је веома брзо донело одлуку да приступи промени Устава,<sup>4</sup> а номинално још постојећи вазални положај Србије, нити забрана промене Устава за време кнежевог малолетства, прописана Законом о Народној скупштини из 1861. (§ 14), нису представљали препреку за остварење ове њихове намере.<sup>5</sup> Они су у том послу имали подршку либерала, који су још на Петровској скупштини 1848. године посејали семе либерализма, које се веома брзо примило и проклијало, што се најбоље видело на представљају константу у политичком животу Србије све до потоње Велике народне скупштине.<sup>6</sup>

Намесништво је процес израде устава започело формирањем одбора од 76 чланова, познатог као „Никољски одбор“, по датуму њиховог првог састанка који је одржан на Св. Николу, 6. децембра 1868. године.<sup>7</sup> Велика народна скупштина отворена је престоном беседом 12. јуна 1869. године. Пред посланицима се нашао Владин предлог устава, у чијој је изради највећу улогу одиграо Јован Ристић. Уставни нацрт је најпре прочитан посланицима, а потом је формиран одбор који је извршио неколике измене у односу на владин предлог, да би га посланици потом усвојили. Овим уставом, који је био резултат компромиса конзервативаца

---

<sup>2</sup> Д. К. Николић, „Начин и околности доношења српских устава“, М. Јовичић (ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд 1990, 95.

<sup>3</sup> За намеснике су изабрани Миливоје Блазнавац, Јован Ристић и Јован Гавриловић. Скупштина је, поред тога, донела још неколико одлука које је 'скромно назвала својим жељама'. У њима је тражила проширење скупштинске власти, министарску одговорност, слободу штампе, поротно суђење. С. Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада (1838–1858)*, Сабрана дела Слободана Јовановића, Београд, 1990, 62.

<sup>4</sup> Детаљније о доношењу Намесничког устава вид. М. Стефановски, *Постанак Намесничког устава*, Београд, 2016.

<sup>5</sup> М. Јовичић, *Устав и уставност*, Изабрани списи, књига 3, Београд, 2006, 681; С. Јовановић, *op. cit.*, 68–69.

<sup>6</sup> Б. Бојанић, *Парламент у уставном развоју Србије*, Докторска дисертација, Косовска Митровица, 2016, 133.

<sup>7</sup> Одбор је радио 13 дана и расправио главна питања уставне реформе, али она нису послужила као основ новом уставу. Штавише, многа усвојена решења била су у супротности са словом и духом предлога усвојених на Одбору.



и либерала, нису били задовољни ни једни ни други, а ни њега није мимоишло оно што ни већину наших устава – био је жестоко критикован и оспораван све време свог постојања.<sup>8</sup>

Уставом из 1869. Србија је дефинисана као наследна уставна монархија са Народним представништвом. Многим својим одредбама, Намеснички устав је оснажио уставне законе о положају врховне власти, посебно законе који уређују положај кнеза и Савета.<sup>9</sup> Кнез је имао доминантно место у систему власти, с обзиром на то да је законодавну власт делио са Скупштином, при чему је он располагао правом законодавне иницијативе, као и правом потврђивања и проглашавања закона, именовано је четвртину посланика, а био је и шеф извршне власти.<sup>10</sup> Државни савет представља скуп обичних чиновника и истовремено једну врсту административног суда. Скупштина је Намесничким уставом коначно „освојила“ законодавну власт, која је, истини за вољу, била окрњена пошто није располагала правом законодавне иницијативе, а потврђена је и њена улога уставотворца. Намесничким уставом заведен је представнички систем, али без парламентарне владавине.<sup>11</sup> Тако је створена једна уставна монархија немачког типа.<sup>12</sup> Изостала је министарска одговорност пред Народном скупштином, као основно обележје парламентарног система, што је било у супротности са предлозима „Никољског одбора“.

---

<sup>8</sup> Ч. Попов, „Друштвено-политичке прилике у Србији у време доношења Устава од 1869“, М. Јовичић (ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд, 1990, 87.

<sup>9</sup> Љ. Кандић, „Уставноправни развој Кнежевине и Краљевине Србије (до 1918. године)“, М. Јовичић (ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд, 1990, 21.

<sup>10</sup> О положају монарха у теорији права вид. С. Аксић, „Монархија или република“, *Зборник радова Правног факултета У Нишу*, 2015, бр. 69, 153-163.

<sup>11</sup> Р. Марковић, „Питање државности Србије током њеног уставног развитка“, М. Јовичић (ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд 1990, 52. Има, међутим, и супротних гледишта.

<sup>12</sup> „Јелинек ће нам казати да такав државни облик има неколико особених црта. Међу овима су одсуство законодавне иницијативе скупштине и непостојање њеног буџетског права, као и политичке одговорности министара пред Скупштином. Министри под оваквим режимом одговарају само за повреду устава“. G. Jellinek, *Regierung und Parlament in Deutschland*, Leipzig 1909, 89. Наведено према: Д. М. Поповић, „Упоредни поглед на српске уставе“, *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд, 1990, 41. Насупрот овом, стоји гледиште М. Ђ. Миловановића који сматра да је Намесничким уставом Србија постала уставна парламентарна монархија енглеског типа. „Уставност Србијина“, *Државно право и друге уставноправне студије*, Београд, 1997, 305.

## 2. ОСНОВНИ ЕЛЕМЕНТИ ПОЛОЖАЈА НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ

Народна скупштина, као обичајна установа, све док није „призната“ Законом (1858), била је главарска, а не народна у правом смислу речи. За Милошеве владе, оне су биле „Милошеве“, пошто је кнез био слободан да у њих позове кога је хтео пошто га у погледу њиховог састава нису обавезивала никаква правила, па су тако, поред народних старешина и црквених великодостојника, у нарочито свечаним приликама, били „довођени“ и најугледнији људи из народа. С временом, народ почиње да бира одређени број депутата, а они полако постају већина у народним скупштинама. Закон о Народној скупштини од 1858. трајно је отворио врата народним представницима, а Народна скупштина постаје Народно представништво од доношења Намесничког устава, чиме се стварају услови да вршећи функције које су јој следовале почне да остварује и ону најважнију – функцију представљања.

Већ је наслов III главе Устава – О народном представништву, наговештавао нов карактер ове установе. У члану 41. Народна скупштина је одређена као Народно представништво. Но, да би она то заиста и била, нужно је да постоје одређени механизми којима се ово прокламовано начело спроводи у дело. Опште је место у теорији уставног права да је једна од нужних претпоставки функције репрезентације право грађана да бирају своје представнике. У том смислу Намеснички устав прописује да народ бира три четвртине посланика, док је једну четвртину бирао кнез. Осим што је ово право било окрњено установом именованих посланика, који су били замена за други дом, оно је трпело још једно ограничење, а тицало се начина избора народних посланика.<sup>13</sup> Наиме, народни посланици бирани су непосредно једино у варошима, док су у срезовима бирани посредно, а гласање је било јавно, па је полиција имала знатну улогу у изборима, утичући на поверенике преко којих су вршени избори у срезовима. Пракса је показала да је владалац био спреман и на предузимање других, најблаже речено, крајње нелегитимних мера, како би „прекројио“ народну вољу у погледу изабраних посланика, када је била противна његовим интересима, што је доводило до апсолутне деформације представничке функције.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Д. Стојановић каже да је „посматрано у целини, прокламованим изборним принципима, постављеним условима за уживање бирачког права, овлашћењима народног представништва и статусом његових чланова, бирачко право Намесничким уставом далекосежно обезвређено“. „Права грађана у уставима Србије“, М. Јовичић (ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд, 1990, 170.

<sup>14</sup> У марту 1882. године 53 посланика (од тога 51 радикал), незадовољни судбином своје интерпелације, подносе оставке и Скупштина тако остаје без кворума.

Овим Уставом био је прокламован слободан посланички мандат. „Народни посланици нису представници само оних који су их изабрали, већ целог народа: и по томе, њима се не може дати никакво обавезно настављење од избирача, већ они по свом увиђењу и савести представљају и решавају народне потребе“ (члан 51 Устава). Ово је веома битан елемент за остваривање представничке функције јер даје слободу народним представницима да у складу са својом савешћу и знањем којим располажу, слободно учествују у вршењу скупштинских послова: учешћу у расправи, гласању за одређени предлог, вршењу изборне и других функција које су им додељене.<sup>15</sup>

Парламент је орган државне власти који је поново нашао место у уставној материји и од Намесничког устава он ће трајно бити уставна категорија. Посебно значајно је то што Народна скупштина, за разлику од претходног периода, када је, у најбољем случају, располагала законодавним овлашћењима у области фискалне материје, а у осталим гранама законодавства имала саветодавну функцију, тако да се морала или могла саслушати и давати предлоге како да се каква народна тегоба

---

Скупштина је супротно очекивањима радикала прихватила њихове оставке и расписала изборе за попуну упражњених места. На овим изборима напредњаци доживљавају пораз - освојили су само пет а радикали 45 посланичких места. Радикали су поново дали оставку, а потом је оставку поднела и Пироћанчева влада, коју краљ Милан није прихватио. Поново су одржани допунски избори, али је било одлучено да ако бирачи поново дају глас онима који су поднели оставке, мандати се додељују следећем кандидату са највише гласова. Тако се десило да поједини кандидати који су добили по два гласа уђу у скупштину, па су прозвани „двогласцима“. Занимљиво је да је и, поред тога, десетак радикала било изабрано јер њихови противници нису добили ниједан глас. Влада је поново покушала да „одступи“, али је по наговору аустријског посланика и краља Милана ипак остала на дужности. А. Драгнић, *Развој парламентаризма у Србији у XIX веку*, Горњи Милановац, 1989, 88–89.

<sup>15</sup> У том погледу Намеснички устав је корак испред актуелног Митровданског устава који садржи норму о „императивном страначком мандату“ (Ратко Марковић), а према којој „народни посланик је слободан, да под условима оређеним законом, неопозиво стави на располагање свој мандат политичкој странци на чији предлог је изабран за народног посланика“ (члан 102 став 2 Устава Републике Србије). Дакле, док су по слову Намесничког устава посланици били слободни и заштићени од „обавезног настављења од избирача, митровдански уставотворац их обавезује на послушност странкама, а уколико се у Народној скупштини не понашају у складу са њиховим „очекивањима“, они могу остати без мандаат који су добили не од политичких странака, већ од (из)бирача.

реши, у овом периоду уставног развоја коначно постаје орган законодавне власти.<sup>16</sup>

Нико од релевантних друштвених чинилаца није оспоравао јачање улоге Скупштине и њено, у почетку прилично стидљиво, освајање законодавне функције, када је (у периоду важења Намесничког устава) законодавна функција била непотпуна<sup>17</sup> јер је изостајала надлежност Скупштине у једној веома важној фази законодавног рада, у фази подношења законског предлога.

Народна скупштина по Намесничком уставу законодавну функцију врши са кнезом,<sup>18</sup> али је њен удео још увек знатно мањи, пошто Устав није успоставио равнотежу између ова два законодавна чиниоца. Скупштина може поднети предлог кнезу, као и кнез Скупштини, да се донесе нов или постојећи закон измени и допуни, али формални законски предлог подноси кнез (члан 58). Скупштина, дакле, располаже само правом законске „прединицијативе“. Нису, међутим, постојали никакви рокови који би обавезивали владу, која је у том случају била надлежна за израду законског пројекта, тако да је она скупштинску жељу могла у потпуности игнорисати.<sup>19</sup> У модерним парламентарним системима 90 одсто законских предлога долази од владе, она је орган који иницира, а парламент реагује на њену иницијативу. Дакле, законодавни поступак у парламентарним демократијама у највећој мери представља резултат владине активности, док је по Намесничком уставу то била једина могућност.

Без пристанка Народне скупштине ниједан закон није могао бити издат, укинут, измењен, ни протумачен, а приликом његовог обнародовања мора се нагласити да је Народна скупштина дала свој пристанак (члан 55.). Но, пристанак Скупштине не значи да закон може ступити на снагу, већ је било потребно да га кнез обнародује и прогласи (члан 5). То значи да кнез располаже апсолутним ветом, мада се у пракси

---

<sup>16</sup> Д. Микавица, „О уставима Србије – од војда Карађорђа до Митровданског устава Републике Србије“, *Истраживања, часопис за историју*, бр. 17/2006, 57.

<sup>17</sup> Премда се не може оспорити изузетан допринос Намесничког устава за развој српске уставности, који је, по Стојану Протићу, направио највећи корак уносећи Народну скупштину у организацију државне власти „одшкринувши врата народу да уђе у државне послове“. С. Протић, *Прва година Новог Устава у Србији, од једног радикалца*, Београд 1889, 6, Наведено према: С. Орловић, *Начело поделе власти у уставном развоју Србије*, Београд, 2008, 86.

<sup>18</sup> Члан 54. Устава за Књажество Србију од 1869. године, М. Радојевић (ур.), *Српски уставни од 1835. до 1990. године са уставима Краљевине СХС и Краљевине Југославије*, Београд 2004

<sup>19</sup> С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића*, Књига прва, Сабрана дела Слободана Јовановића, Београд, 1990, 75.

није често дешавало да ово право буде коришћено, пошто је влада знала какав је став кнеза о одређеним питањима, па му није противречила.<sup>20</sup> Истини за вољу, чини се да је овај механизам конципиран тако да „заштити“ кнеза од евентуалних законских предлога који су резултат скупштинских „жеља“. То значи да би у случају да влада приступи изради таквог скупштинског пројекта и он се, уз кнежеву „помоћ“, нађе у процедури, кнез имао могућност да се предомисли чак и након усвајања закона и тада му ускрати санкцију.

Додатно ограничење законодавне функције Народне скупштине налазимо у члану 56 Устава, који прописује изузетак у односу на претходни члан, па се „у случају када је земаљска безбедност, било споља било изнутра, у великој опасности, а скупштина није сакупљена, Књаз може што је нужно, мада би за то потребовала садејстава скупштинског, сам на предлог министарског савета наредити, што ће силу закона имати, а кад се права скупштина састане, њој ће се овако ванредно издани закон поднети на одобрење“. Формулација „у великој опасности“ крајње је уопштена, јер је реч је о типиној „каучук-норми“ која пружа неограничене могућности за злоупотребу од стране органа који доминира у систему власти. Влада је предлог закона који се налази у скупштинској процедури у сваком тренутку могла да повуче (члан 60), а располагала је и могућношћу да од Скупштине захтева усвајање закона у целости, без амандирања, или његово одбацивање, уколико јој скупштинска „дорادا“ не би била по вољи (члан 61). Неизмењен пројекат који није усвојен, влада је могла поднети наредној скупштини, а измењен актуелном сазиву (члан 62). Сви ови механизми обезбеђују кнезу и влади доминантан положај, док је Скупштина трећеразредни орган у законодавству.

Постоји неколико механизма путем којих парламент врши контролу над радом владе, а један од најделотворнијих је буџетско право, као моћно средство притиска у рукама представничког тела и оно као крајњу консеквенцу може имати оставку владе. Буџетско право, као средство контроле парламента над владом, добија прави смисао када је праћено контролом извршења буџета, тј. усвајањем завршног рачуна. У супротном, буџетско право представничког тела било би илузорно.<sup>21</sup>

Карактер буџетског права умногоме нам открива стварни положај и улогу представничког тела у систему власти, што је случај и са Намесничким уставом. Буџетско право Народне скупштине било је крајње

---

<sup>20</sup> Краљ Милан је 1884. године одбио да потпише Закон о општинама. М. Радојевић, „Један оглед о развоју српске уставности – Намеснички устав“, *Политичка ревија*, 1/2010, 475.

<sup>21</sup> М. Павловић, „Народна скупштина у уставима Кнежевине и Краљевине Србије“, А. Фира, Р. Марковић (ур.), *Два века српске уставности*, Београд 2010, 108.

ограничено. Она није могла одбацити буџет у целини, а одредба по којој „Скупштина не може условљавати одобрење буџета предметима, који не би са истим у вези стајали“ (члан 64), у ствари значи да није могла условљавати усвајање буџета претходном оставком владе, вели С. Јовановић.<sup>22</sup> Скупштина је била дужна да одмах узме у разматрање владине законске предлоге, „а нарочито буџет“, па је тиме била искључена могућност која је практикована у развијеним европским демократијама тог доба, да се буџет разматра на крају заседања како би до тада Скупштина била у прилици да се избори за усвајање њој битних закона или неких других повластица.<sup>23</sup> Светозар Милетић, велики поборник парламентарне владавине, сматрао је да Народној скупштини треба дати параво да „гласањем против буџета може исказати влади неповерење и оборити је не само за рад против устава и закона, него уопште за рђав рад“.<sup>24</sup>

Уколико би Скупштина имала примедбе на предложени буџет, она је свој образложени предлог за измене појединих ставки слала влади, па уколико влада не би била задовољна предложеним мерама, тј. „уколико их без штете за државне потребе“ није било могуће уважити, а Скупштина по други пут не одобри предлог, као и у случају да буде распуштена пре усвајања буџета, имао би да и за наредну годину важи постојећи буџет. Како је кнез у сваком тренутку могао распустити Скупштину, ово је био могући извор злоупотреба и погодан механизам за слабљење буџетског права Народног представништва до те мере да оно није могло имати никакав политички значај.<sup>25</sup> Уколико имамо на уму и друга уставна решења у погледу међуодноса носилаца извршне и законодавне власти, јасна је намера уставотворца да учини превагу у корист органа извршне власти, кнеза и владе.

Министарска одговорност Намесничким уставом била је ограничена на правну (кривичну) одговорност, док политичка одговорност као *conditio sine qua non* парламентарне владе, није била препозната. Формулација члана 100. Устава по којој су „министри одговорни Краљу и народној скупштини за званична дела“ могла је бити протумачена као начелно успостављање политичке одговорности, али је

---

<sup>22</sup> С. Јовановић (1990 б), 74.

<sup>23</sup> С. Стојичић, „Елементи уставног карактера у органским законима из 1870“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. XLIX/2007, 11; С. Стојичић, „Законодавна власт Народне скупштине по Уставу Србије из 1869. године“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 8/1969, 262–263.

<sup>24</sup> Ј. М. Продановић, „Уставни развитак и уставне борбе у Србији“, С. Станојевић (ур.), *Српски народ у XIX веку, Књига 4–6*, Београд, 1936, 219.

<sup>25</sup> М. Павловић, *Правна европеизација Србије 1804–1914*, Крагујевац, 2008, 126.

даља разрада уставних одредаба о министарској одговорности недвосмислено показала да то није била намера уставотворца. Ако би министри учинили велеиздају, повредили Устав, примили мито или би пак оштетили државу из користољубља, Скупштина их је могла оптужити пред државним судом, а за кривицу из кривичног закона, министре је државни суд предавао редовном суду. За ову врсту правне одговорности могло би се рећи да је изведена до краја, пошто кнез, који по Уставу поставља и отпушта министре, осуђеног министра није могао помиловати без пристанка Народне скупштине.

Уколико министри „не би учинили ниједну од тих кривица“, парламент их није могао позвати на одговорност због вођења политике за коју немају његову подршку, те није имао право да их „за те чисто политичке погрешке обори с власти“.<sup>26</sup> Непостојање политичке одговорности министара једна је од слабијих тачака Намесничког устава, па је то питање било често изложено критици. Стојан Бошковић у својим чланцима *Законотворна скупштина* није непосредно критиковао Устав, али се залагао за парламентарну владавину, што подразумева право Народне скупштине да може оборити владу, као и да владалац располаже правом распуштања Скупштине.<sup>27</sup> Светозар Милетић залагао се, поред осталог, и за то да „сама Скупштина бира и збацује министре, јер она може боље од кнеза оценити њихову стручну спрему и способност“.<sup>28</sup>

Доказ да је веома брзо сазрела свест о значају овог проблема и потреби увођења министарске одговорности јесте и монархова Престона беседа којом је отворио редовну Народну скупштину за 1874. годину. Поред осталог, рекао је и следеће: „Говорећи о питањима која ће вас занимати, жао ми је, што не могу уврстити у тај ред и закон о већој одговорности министарској, за који се уосталом и прошла скупштина

---

<sup>26</sup> С. Јовановић (1990 б), 74–75.

<sup>27</sup> Он је ове ставове износио 1870. године, да би 1881, као позитивне стране Намесничког устава, између осталог, наводио и то што су њиме остварени идеали Светоандрејске скупштине – да народ са књазом врши законодавну и контролну функцију. Занимљива је и његова критика на поступак доношења Устава, пошто су готово идентичне замерке, с правом, стављане и уставима Србије из 1990, као и актуелном Митровданском уставу.. Наиме, његова основна примедба састоји се у томе што је приликом писања Устава јавно мњење било слабо обавештено, а Устав је прављен у „најужем владином кругу, без претходне критике других стручних људи из интелигенције“, те уставни пројекат није обављен пре скупштинског састанка. Стојан Бошковић, *Нови век*, април 1881, бр. 36. Наведено према: Ј. М. Продановић, *op. cit.*, 220–223.

<sup>28</sup> *Исто*, 217.

изјаснила, и који Ја сматрам за неопходно нуждан.<sup>29</sup> Али како је то било немогуће учинити без промене Устава, кнез је препустио посланицима да сами процене „да ли не би добро и корисно било да учините употребу од права, које вам даје члан 131. Земалског устава“.<sup>30</sup> У оба предлога адресе, скупштинске већине и мањине, посланици су изразили задовољство због овог кнежевог предлога, али како нису успели да усагласе текст адресе, кнезу је пре привременог распуштања изазваног падом владе, прочитан само поздрав.<sup>31</sup> До промене Устава дошло је тек након тринаест година.

Овај период обележио је важан догађај из парламентарне праксе који је поставио темеље политичке министарске одговорности која још увек није била конституционализована. Наиме, Јован Мариновић поставио је питање поверења своје владе на састанку Скупштине који је одржан јануара 1874. године и тада му је указано поверење. Како су либерали били у већини, он је покушао да на изборима одржаним у октобру обезбеди победу конзервативаца, што му није пошло за руком. Да би проверио однос снага у Скупштини, он је поново поставио питање поверења влади а овог пута остварио је тесну победу (61 према 58 гласова, док су три посланика била уздржана), коју је доживео као пораз. Већина од три гласа није му уливала наду да може успешно да води владу, па је сматрао својом дужношћу да поднесе оставку.<sup>32</sup> Овај поступак председника владе има посебан значај за развој парламентаризма, односно политичке одговорности владе која је у Србији тог доба, у којој је уставна и политичка култура била на прилично ниском нивоу, представљала једну имагинарну категорију о чијој важности није постојала свест ни код већине политичара, а камоли код њеног неписменог становништва. Посебно је значајно да је уобличавању овог института главни допринос дала парламентарна пракса, што је учињено на „типично британски начин“, решавајући конкретан проблем који се појавио у пракси, без неког унапред припремљеног плана, идући корак испред нормативних решења.<sup>33</sup>

Већ је следећа влада на чијем је челу био Аћим Чумић примењивала овај институт, али га је она користила како би се изборила са блокадом рада са којом је била суочена услед великог броја

---

<sup>29</sup> Д. М. Ковачевић, М. Самарцић (ур.), *Скупштинске беседе краља Милана*, Нови Сад 2005, 36.

<sup>30</sup> *Исто*, 36.

<sup>31</sup> *Исто*, 40, фн. 16.

<sup>32</sup> А. Драгнић, 69.

<sup>33</sup> Ваља имати на уму чињеницу да је парламентаризам, како вели М. Јовичић, један флексибилан систем који никада не може да буде у потпуности регулисан, већ у доброј мери зависи од примене уставног обичаја и праксе. М. Јовичић, *op. cit.*, 610.



интерпелација. Наиме, уместо да одговори на интерпелације, Чумић је претходно постављао питање поверења, што је наилазило на отпор појединих министара, а на крају је, и поред чињенице да је сваки пут приликом гласања добијао већину, резултирало признавањем колективне одговорности владе, тј. оставком Аћима Чумића у име целе владе.<sup>34</sup> Јован Ристић је врло лепо образложио значај парламентарне владавине својим говором у Скупштини, новембра 1879. године. „Не плаши ме недостатак поверења. Оно не може да науди мојој прошлости и није нимало нечасно пасти у скупштини. У уставним државама владе и падају само у парламенту. Није добро када се то догоди на другом месту...“ Након тога предложио је да се спроведе јавно гласање о поверењу, на коме је влада добила убедљиву већину.<sup>35</sup>

Приликом доношења Устава из 1869. године и оног из 1888. године вођена је озбиљна расправа на тему увођења другог дома. Светоникољски одбор је донео одлуку о успостављању дводомости, али се она није нашла у уставном нацрту који је послат пред Велику народну скупштину. У другом случају вођена је расправа, али је одлука Великог уставотворног одбора била да Народно представништво буде једнодомо. Оба пута створени су одређени механизми који је требало да буду сурогат другом дому.

У Намесничком уставу замена за други дом пронађена је у постављеним посланицима – посланицима које је бирао краљ (члан 42). Дакле, поред посланика који су бирани у срезовима и окружним варошима, на сваке три хиљаде пореских глава по једног и два која је бирала варош Београд (члан 44), књаз је бирао на свака три од народа изабрана посланика по једног из реда људи који се одликују науком или искуством у народним пословима, при чему тај број не мора бити потпун (члан 45). Народна скупштина, према томе, могла је да се састоји из највише једне четвртине кнежевских и најмање три четвртине народних посланика. Уколико кнез не би изабрао потпун број посланика на који је имао право, тада би однос у корист народних посланика био повољнији. Пристајући на кнежеве посланике као на супститут за други дом, Намесништво је у Скупштини добило интелигенцију по својој мери – потпуно зависну од кнеза (влада), јер „чиновници, и они, који у чиновнички ред спадају“, не могу бити бирани за посланике, али су могли бити именовани од стране кнеза (члан 48). Слободан Јовановић критикујући овакво решење, свестан свих његових слабости и опасности које собом носи, критиковао је и оно чега, чини се, у Уставу није било.

---

<sup>34</sup> Више о раду Чумићеве владе: Ж. Живановић, *Политичка историја Србије у другој половини XIX века*, Књига прва, Београд, 1923, 299–305.

<sup>35</sup> А. Драгнић, 70–71.

Наиме, образлажући положај кнежевих посланика, односно степен њихове зависности од владе, он вели да је свака промена њиховог положаја, а то је неспорно зависило од владе, повлачила за собом губитак мандата.<sup>36</sup> Са оваквом његовом констатацијом ипак се ни бисмо могли сложити, нарочито ако имамо на уму уставне одредбе садржане у наведеним чл. 45. и 48, јер „квалификације“ потребне да би кнез некога могао именовати за посланика јесу да се он одликује „науком или искуством у народним пословима“, а то није нешто што нестаје са губитком чиновничког положаја.<sup>37</sup>

### 3. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Намеснички устав имао је изузетно важну и позитивну улогу у уставној историји Србије. Донет као устав самосталне државе, иако ће Србија формалну самосталност стећи тек након једне деценије, утро је пут наставку демократизације и развоју уставности у правцу доследне примене начела поделе власти, које у овом уставу постоји тек у назнакама, као и успостављању парламентарне владе.<sup>38</sup> Народна скупштина поново добија своје место у уставу, постајући орган законодавне власти коју, истини за вољу, није поседовала у пуном капацитету, већ је била у сенци државног поглавара, који осим што је располагао правом законодавне санкције имао је и ексклузивитет у погледу законодавне иницијативе. Сматрамо да је веома важно истаћи и значај парламентарне праксе која је у периоду важења Намесничког устава одиграла веома важну улогу у погледу развоја института политичке одговорности владе. Демократизација коју доноси овај Устав најочитије се испољава у оснивању политичких странака и преношењу политичког живота у Народну скупштину, која се борила да задобије *пуну* законодавну власт и контролише краља и министре (курзив, Б. Б.).<sup>39</sup>

Приликом оцене Намесничког устава не смемо, међутим, сметнути с ума ни његов „други живот“, након државног удара из 1894. којим је суспендован Радикалски устав, а Устав из 1869. васпостављен. За разлику од његовог прогресивног карактера у првих двадесет година

---

<sup>36</sup> С. Јовановић (1990 б), 74.

<sup>37</sup> Б. Бојанић, *op. cit.*, 168.

<sup>38</sup> С. Орловић, *op. cit.*, 78. Супротно, П. Николић, „Идеја поделе власти у српским уставима“, М. Јовичић (ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд 1990, 107.

<sup>39</sup> М. Радојевић, „Српски уставни развој уставности“, М. Радојевић (ур.), *Српски уставни од 1835. до 1990. године са уставима Краљевине СХС и Краљевине Југославије*, Београд 2004, 14.

постојања, његово поновно враћање у живот представља израз регресивних тенденција – био је то корак назад у уставном развоју Србије, која је клизила са, Уставом из 1888, трасираног пута парламентаризма.

## ЛИТЕРАТУРА

**Аксић С.**, „Монархија или република“, *Зборник радова Правног факултета У Нишу*, 2015, бр. 69.

**Бојанић Б.**, *Парламент у уставном развоју Србије*, Докторска дисертација, Косовска Митровица, 2016;

**Драгнић, А.**, *Развој парламентаризма у Србији у XIX веку*, Горњи Милановац, 1989;

**Живановић Ж.**, *Политичка историја Србије у другој половини XIX века*, Књига прва, Београд, 1923;

**Јовановић С.**, *Уставобранитељи и њихова влада (1838–1858)*, Сабрана дела Слободана Јовановића, Том 3, Београд, 1990;

**Јовановић С.**, *Влада Милана Обреновића*, Књига прва, Сабрана дела Слободана Јовановића, Београд, 1990;

**Јовичић М.**, *Устав и уставност*, Изабрани списи, Књига 3, Београд, 2006

**Кандић Љ.**, „Уставноправни развој Кнежевине и Краљевине Србије (до 1918. године)“, М. Јовичић (ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд, 1990;

**Ковачевић М. Д.**, Самарцић М. (ур.), *Скупштинске беседе краља Милана*, Нови Сад 2005;

**Марковић Р.**, „Питање државности Србије током њеног уставног развитка“, М. Јовичић (ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд 1990;

**Микавица Д.**, „О уставима Србије – од војда Карађорђа до Митровданског устава Републике Србије“, *Истраживања, часопис за историју*, бр. 17/2006;

**Миловановић Ђ . М.**, „Уставност Србијина“, *Државно право и друге уставноправне студије*, Београд, 1997;

**Николић К. Д.**, „Начин и околности доношења српских устава“, М. Јовичић (ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд 1990;

**Николић П.**, „Идеја поделе власти у српским уставима“, М. Јовичић (ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд 1990

**Орловић П. С.**, *Начело поделе власти у уставном развоју Србије*, Београд, 2008;

**Павловић** М., *Правна европеизација Србије 1804–1914*, Крагујевац, 2008;.

**Павловић** М., „Народна скупштина у уставима Кнежевине и Краљевине Србије“, А. Фира, Р. Марковић (ур.), *Два века српске уставности*, Београд 2010;

**Попов** Ч., „Друштвено-политичке прилике у Србији у време доношења Устава од 1869“, М. Јовичић (ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд, 1990;

**Поповић** М. Д., „Упоредни поглед на српске уставе“, М. Јовичић (ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд, 1990;

**Продановић** М. Ј., „Уставни развитак и уставне борбе у Србији“, *Српски народ у XIX веку, Књига 4–6*, (Станоје Станојевић, ур.), Београд, 1936;

**Радојевић** М., „Један оглед о развоју српске уставности – Намеснички устав“, *Политичка ревија*, 1/2010;

**Радојевић** М., „Српски устав и развој уставности“, М. Радојевић (ур.), *Српски устав од 1835. до 1990. године са уставима Краљевине СХС и Краљевине Југославије*, Београд 2004;

**Радојевић** М. (ур.), *Српски устав од 1835. до 1990. године са уставима Краљевине СХС и Краљевине Југославије*, Београд 2004;

**Стефановски** М., *Постанак Намесничког устава*, Београд, 2016.

**Стојановић** Д., „Права грађана у уставима Србије“, М. Јовичић (ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд, 1990;

**Стојичић** С., „Елементи уставног карактера у органским законима из 1870“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. XLIX/2007;

**Стојичић** С., „Законодавна власт Народне скупштине по Уставу Србије из 1869. године“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 8/1969.

**Bojan BOJANIĆ, PhD**

Assistant Professor, Faculty of Law Priština - Kosovska Mitrovica

**THE STATUS OF THE NATIONAL ASSEMBLY PROVIDED BY THE  
CONSTITUTION OF THE PRINCIPALITY OF SERBIA FROM 1869  
– REGARDING 150TH ANNIVERSARY OF ADMISSION -**

**Summary**

The Constitution from 1869 is the first constitution that Serbia has adopted on its own capacity and it represents a major step in the process of establishment of state-legal autonomy. In our constitutional theory there is consent that the Constitution from 1888 laid the foundations of parliamentarism in Serbia, but also that there is a special importance of the Constitution from 1869 which reconstituted the National Assembly and since then it has been a permanent constitutional category. The National Assembly by the Constitution from 1869, with the prince, became a body of legislative power, but deprived of the right of a legislative initiative. In this paper we try to critically analyze some constitutional aspects which determined the position of the National Assembly in the system of authorities established by the Constitution of the Principality of Serbia from 1869.

**Key words:** *Constitution of the Principality of Serbia from 1869, National Assembly, Legislative Power, Prince, Ministerial Responsibility.*



**Ружица КИЈЕВЧАНИН<sup>1</sup>**

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

## НАДЛЕЖНОСТ УСТАВНОГ СУДА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

**Апстракт:** Тежња сваке цивилизоване, демократске и правне државе јесте обезбеђивање погодног, стабилног и безбедног тла за живот њеног становништва. На том путу су од пресудног значаја државне институције организоване зарад очувања и заштите основних људских права и слобода. У овом раду ћемо нарочиту пажњу посветити Уставном суду као независном и самосталном државном органу којег карактерише мноштво надлежности усмерених на остваривање јединственог циља: општег задовољства грађана и уређеног правног система. Правна историја није сагласна по питању појаве уставног судства у свету, као ни органа коме би вршење ове функције припало. Код нас је ситуација другачија и влада једногласје када говоримо о увођењу институције уставног судства на просторе Републике Србије. Уставом Југославије од 1963. године је у наш правни систем први пут уведено уставно судство, односно уставни судови надлежни за контролу уставности и законитости, али и друге послове који улазе у домен ове функције.

**Кључне речи:** *Уставни суд, уставна жалба, нормативна контрола, сукоб надлежности.*

### 1. УВОД

Друштво је одувек тежило безбедном и уређеном животу, па је у том смислу од самог настанка почивало на бројним правилима различите природе. Развој цивилизације је условио замену моралних, верских, вредносних принципа правним правилима којима се првенствено настојала ограничити владарева злоупотреба власти и самовоља. Ова правила се временом множе, регулишући различите сфере живота, па се јавља потреба за њиховом кодификацијом услед чега настају први уставни у формалном смислу, али и закони и други правни акти. Унапређена држава, са уставом на челу, имплицирала је увођење у државни систем бројних органа на којима почива државна творевина и који су јемци успешног функционисања начела као услова за развој, напредак и

---

<sup>1</sup> Студент докторских академских студија, сарадник у настави, [ruzicakijevcanin@yahoo.com](mailto:ruzicakijevcanin@yahoo.com)

благостање друштва. Њима се настојала заштитити уставност као основни принцип правилног функционисања целокупног правног поретка једне државе. Без поштовања хијерархијске лествице, места и положаја сваког правног акта на њој, не може се замислити ни уређено, функционално друштво којем је једини ауторитет устав као највиши правни акт у ком су садржани основи организације једне државе и друштва у њој. Кроз историју и државе, разликовали су се органи којима је ова надлежност била поверена као примарна, али је на крају преовладала пракса да су уставни судови најкомпетентнији за заступање људских интереса и њихову заштиту. Данас Уставни суд представља орган без чијег би постојања било незамисливо одржање реда, мира и дисциплине, поштовање основних државних правила, слобода и права мањина и појединаца, односно заштита уставности.

## 2. УСТАВНИ СУД

Први Уставни суд је основан у Аустрији, 1. октобра 1920. године. Његовим творац сматра се Ханс Келзен који је, заједно са Мерклом, развио познату теорију степена у стварању и примени права (*stoffentheorie*).<sup>2</sup> Стваралачко надахнуће и инспирацију ова два позната правника нашла су у природноправном учењу немачких филозофа из 17. и 18. века, Пуфендорфа и Волфа.<sup>3</sup> Устав Аустрије из 1919. године, чији је главни редактор био Келзен, је као једно од основних начела предвидео теорију степена. Она правни поредак сагледава као степенаст систем правних норми у којем свака норма има место, односно положај одређен према њеној правној снази. Исто тако, сваки правни акт има двојаку улогу у правном систему која се огледа кроз његово стварање, а истовремено и примену права. Закон у односу на Устав примењује право, јер полази од апстрактних правила која конкретизује и подводи под одређени случај, али у односу на уредбу или друге подзаконске акте, закон ствара право. Сви нижи правни акти морају бити у сагласности са вишим и кретати се у њиховим оквирима. Устав је на челу сваке државе, и представља највиши правни акт који садржи основна, општа правила на којима почива друштвено и државно уређење једне земље. У том смислу, он се мора поштовати, а његови прописи конкретизовати нижим правним нормама.

<sup>2</sup> С., Булајић, „Уставно судство-нужност модерне правне државе“, *Актуелна уставна и друга питања конституисања правне државе* (ур. др С. Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1994., 73-86.

<sup>3</sup> Б., Кошуткић, „Границе уставног суда у остваривању владавине права“, *Улога и значај уставног суда у очувању владавине права* (ур. др Б. Ненадић), Уставни суд, Београд, 2013., 33-54.



Да би се овакво стање одржало, било је неопходно увести институцију која ће бити чувар реда и гарант правне државе која, између осталог, почива на хијерархији правних норми. Уставни суд је уведен у државни систем као самосталан и независан орган чија ће основна надлежност бити нормативна контрола, а временом се шири и на остале функције, попут надзора примена начела поделе власти, суђења у разумном року и бројних других којима се чувају основа права грађана и њихова постојбина.

У наш правни систем институција уставног судства је први пут уведена Уставом Југославије од 1963. године је. Уставни суд Србије је основан 26. јуна 1963. године Одлуком Народне скупштине о избору председника и судија, донете на темељу одредбе члана 171. став 1. тачка 8. Устава Социјалистичке Републике Србије од 1963. године.<sup>4</sup> Уставни судови република и Уставни суд Југославије су били самостални и (међусобно) независни органи чија се основна функција огледала у заштити уставности и законитости републичких закона и устава, односно Устава из 1963. и савезних закона. Удруженима снагама, најпре на микро, а затим на макро нивоу се чувало благостање и дисциплина на територији читаве Југославије. Наредни устав, познат као Устав СР Србије из 1974. године, није донео већих промена по питању организације и функционисања уставног судства, док се то не може рећи за Устав Републике Србије од 28. септембра 1990. године.<sup>5</sup> Овим се уставом мења правни положај аутономних покрајина и укида се њихова законодавна и уставотворна делатност. Уставни суд Републике Србије постаје једини орган оваквог карактера, па му се ранији назив, „Уставни суд Србије“, формулише у Уставни суд због сувишног истицања о ком уставном суду је реч. Поред ових, наступиле се и друге бројне промене, али је суштина овог органа задржана. Развој цивилизације, мењање територијалних граница и положаја наше државе, као и прилагођавање објективној стварности, условило је доношење новог устава који је до данас остао на снази. Актуелни Устав Републике Србије, донет на Митровдан, 8. новембра 2006. године посвећује шести део регулисању питања уставног судства у нашем систему. У чл. 166. се наводи да је Уставни суд самосталан и независан државни орган који штити уставност и законитост, као и људска и мањинска права и слободе.<sup>6</sup> Важна новина која је уведена постојећим Уставом се односи на институт уставне жалбе, а

<sup>4</sup> Д., Слијепчевић, „Положај и перспектива уставног судства“, *Службени гласник* (ур. др Д. Слијепчевић), Уставни суд Републике Србије, Београд, 2014., 15-20.

<sup>5</sup> А., Фира, *Уставно право Републике Србије – I том*, Правни факултет Крагујевац, Крагујевац, 2007., 271.

<sup>6</sup> Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006

самим тим и на још једну надлежност Уставног суда. Поред основне надлежности оличене у директној или апстрактној контроли уставности и законитости нормативних аката, Уставни суд наше државе је задужен и за заштиту основних људских и мањинских права и слобода, кроз институт уставне жалбе. Ова надлежност је у наш правни поредак уведена по узору на немачко уставно судство. Ово нису једине функције које улазе у опсег надлежности овог органа, али су свакако најважније.

Закључујемо да Уставни суд у нашој, али и у свим државама чији га правни системи предвиђају, представља специфичан, јединствен, посебан, самосталан, независан, једном речју *sui generis* орган државне власти. Као орган који чува устав, демократију и начело владавине права, он је незаменљив фактор без чијег је постојања незамисливо постојање једне цивилизоване, савремене државе.

### 3. НАДЛЕЖНОСТ УСТАВНОГ СУДА

Уставни суд је независан и самосталан орган државне власти који штити устав, основна људска права и слободе, демократски поредак и владавину права у једној земљи.<sup>7</sup> Он то чини обављајући мноштво функција које су се временом мењале. Данас, Уставни суд у Републици Србији располаже са највећим бројем надлежности у односу на уставно судску историју своје државе. Оне су одређене Уставом Републике Србије из 2006. године, методом позитивне енумерације. Ипак, уставна норма која се налази на крају листе надлежности Уставног суда прописује да он „врши и друге послове одређене Уставом и законом“ и уједно изазива дилему.<sup>8</sup> Према једном мишљењу, проширење надлежности би могло да се изврши само Законом о Уставном суду, док према другом у обзир долази било који закон. Тако је у Закону о удружењима грађана, чланом 2, предвиђено да Уставни суд одлучује о забрани деловања нерегистрованих удружења грађана. На основу ове одредбе су покренути поступци поводом забране екстремних навијачких група и нерегистроване политичке организације „Национални stroj“.<sup>9</sup> Уставни суд је поступао и донео одлуку, не постављајући питање уставности овог закона. Тиме је проширио домен следећих својих надлежности, утврђених Уставом: нормативна контрола права, решавање сукоба надлежности, решавање изборних спорова, одлучивање о уставним жалбама, одлучивање по

---

<sup>7</sup> Р., Кијевчанин, *Уставно судство у Републици Србији*, Крагујевац, 2018., 31.

<sup>8</sup> Д., Стојановић, *Уставно правосудје*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2016., 50.

<sup>9</sup> В., Петров, „Забрана политичких странака и удружења“, *Улога и значај уставног суда у очувању владавине права* (ур. др Б. Ненадић), Уставни суд, Београд, 2013., 211-223.

оптужби против председника Републике, одлучивање о забрани политичке странке и удружења, одлучивање о жалбама судија и јавних тужилаца, посебна заштита аутономије и локалне самоуправе. У упоредном праву институције уставног судства у неким државама врше и федералне спорове, одузимају уставна права, дају правна мишљења и тумаче устав. Наш уставотворац заиста није штедео Уставни суд, па је питање да ли ће моћи да задржи ову ширину послова, а сачува поузданост и ефикасност у раду.

Контрола уставности и законитости је примарна надлежност уставних судова и подразумева универзалну контролу уставности нормативних аката, што значи да су сви општи правни акти подложни контроли. У већини држава, у које се убраја и наша, правни прописи који имају уставну снагу и налазе се на врху хијерархије правних аката, нису предмет контроле. Временом су се модификовали различити облици нормативне контроле (контроле уставности и законитости), па тако разликујемо:

а) судска и вансудска. Основ ове поделе јесте орган који врши нормативну контролу. Уколико заштиту нормативних аката врше органи који не припадају правосудном систему, онда је реч о вансудској или политичкој контроли уставности. Супротно, уколико контролу уставности врше органи из правосудног система, говоримо о судској нормативној контроли. Ова контрола се врши у интересу грађана и на тај начин им се обезбеђује заштита, али и правна сигурност. У оквиру ње се диференцирају контрола уставности редовних судова и уставносудска контрола. Прву врше редовни, а другу уставни судови. Контрола уставности редовних судова је старији облик контроле који је настао у САД, а другачије га називамо децентрализованим системом контроле. Други облик судске контроле уставности називамо централизованим системом контроле и он је поверен уставним судовима, као самосталним, независним и политички непристрасним органима. Заступљен је у Републици Србији и другим европским државама.<sup>10</sup>

б) репресивна (накнадна) и превентивна (претходна). Чланом 169. Устава Републике Србије у наш уставносудски систем уведена је превентивна контрола уставности закона.<sup>11</sup> Она подразумева надлежност Уставног суда да оцени сагласност између Устава и закона који је изгласан, али председничким указом још није проглашен. Уставном суду је остављено седам дана за обављање ове дужности. Ово је једини случај у нормативној контроли да се његово деловање временски ограничава.

---

<sup>10</sup> Р., Кијевчанин, *op. cit.* 41.

<sup>11</sup> Д., Стојановић, *op. cit.* 57.

Захтев Уставном суду за спровођење контроле уставности закона који није проглашен подноси најмање једна трећина народних посланика. С обзиром на обавезност иницирања контроле уставности од стране народних посланика, закључујемо да је претходна контрола факултативног карактера. Уставни суд ће приступити оцени уставности конкретног предлога закона, па уколико закон буде проглашен пре доношења одлуке, Суд ће наставити да поступа по захтеву у складу са правилима редовног поступка, односно поступка накнадне контроле уставности. Уколико, пак, Уставни суд донесе одлуку о уставности у поступку претходне контроле, она ће ступити на снагу даном проглашења закона. Значајно је истаћи да спровођење превентивне контроле, искључује покретање поступка репресивне контроле уставности закона за који се оценило да је усклађен са Уставом, и то пре његовог проглашења. Наш Уставни суд се још увек није сусрео са практичним примером из ове области своје надлежности.

Уставом је предвиђен још један облик претходне нормативне контроле. Под њим подразумевамо контролу уставности и законитости нормативних аката, односно одлука органа аутономне покрајине.<sup>12</sup> Поступак претходне нормативне контроле одлуке органа аутономне покрајине покреће Влада, и то пре њеног ступања на снагу. Уставни суд у току поступка може донети решење којим ће одложити ступање на снагу оспорене одлуке пре доношења коначне одлуке о уставности покрајинског акта. Поступак је хитан. Овако се остварује смисао и циљ спровођења превентивне нормативне контроле и одлаже ступање на снагу акта чија је уставност доведена у питање. Ово питање је, такође, изостало из богате праксе нашег Уставног суда.

Накнадна контрола уставности нормативних аката се врши након ступања на снагу конкретног правног прописа.

в) апстрактна (непосредна) и конкретна (инцидентна). Главна надлежност Уставног суда јесте апстрактна нормативна контрола која се састоји из оцене уставности и законитости свих општих правних аката у правном поретку, како државних прописа, тако и општих аката субјеката који се не сматрају делом државног организма.<sup>13</sup> Вршећи апстрактну нормативну контролу закона, Уставни суд заправо цени његову сагласност са Уставом у материјалном, али и у формалном смислу. Да би један закон био уставан, није довољно да само његова садржина буде у оквирима уставних правила. Потребно је и да буде донет по прописаним процедуралним правилима, од стране овлашћеног органа. Уколико се у

---

<sup>12</sup> *Ibid*, 60.

<sup>13</sup> *Ibid*, 52.

иницијативи или предлогу за покретање поступка контроле закона постави захтев да се провери сагласност оспореног закона са међународним уговором, Уставни суд ће приступити овој оцени, али уз проверу сагласности закона и са Уставом. Међународни уговор се не може јавити као самостално мерило контроле закона ни у случају да се сумња у њихову међусобну сагласност.<sup>14</sup> Устав Републике Србије од 2006. године предвиђа могућност оцене уставности и потврђених међународних уговара, али у накнадној нормативној контроли. У акте изузете апстрактне контроле уставности и законитости спадају: појединачни правни акти (оснивачки акти предузећа, одлуке о издавању деоника, и сл.), политички и програмски акти државних органа (декларације, препоруке, резолуције, закључци, итд.), нормативни акти који су по правној снази изједначени са Уставом (уставни закони, уставни амандмани, уставни анекси).

Устав Републике Србије од 2006. године прописује веома значајан изузетак од правила да су предмет контроле уставности и законитости позитивни правни акти. Тако, Уставни суд може подвргнути непосредној нормативној контроли закон или други општи правни акт који је престао да важи. Услов је да поступак буде покренут најкасније у року од 6 месеци од престанка важења оспореног акта, али и да је њиме проузрокована штетна последица.

Конкретна (инцидентна) контрола подразумева контролу уставности закона коју спроводи Уставни суд на захтев редовних судова, а поводом конкретног спора који се пред њима води и на који је потребно применити закон у чију се уставност сумња. Након поднетог предлога, судови ће зауставити поступак све до доношења уставносудске одлуке о уставности оспореног закона. Редовни судови немају право екцепције неуставности које би им омогућило изузимање од примене законске норме чија је уставност доведена у питање.<sup>15</sup> Поступак пред Уставним судом је хитан, јер од одлуке Суда, зависи решење главног спора. На овај начин се води рачуна о учесницима поступка и њиховом праву на суђење у разумном року.

Устав на посредан начин прописује могућност спровођења инцидентне контроле уставности. Ова надлежност Уставног суда се закључује на основу опште уставне норме којом се признаје овлашћење свим државним органима (самим тим и судовима) да покрену поступак оцене уставности и законитости нормативних аката. Закон о Уставном суду конкретизује ову уставносудску функцију, али не уређује питање

<sup>14</sup> *Ibid*, 53.

<sup>15</sup> Н., Рајић, „Проблеми у покретању поступка оцене уставности закона“, *Журнал за криминалистику и право* (ур. др Саша Мијалковић), Криминалистичко-полицијски факултет Универзитета у Београду, Београд, 3/2013., 151-160.

када настаје дужност суда да прекине поступак и захтева одлуку Уставног суда.

Уставни суд у Републици Србији одлучује о сагласности закона и других општих аката са Уставом, али и са општеприхваћеним правилима међународног права и ратификованим међународним уговорима. Уставни суд одлучује и о сагласности потврђених међународних уговора са Уставом. Он врши контролу како уставности закона и других општих аката, тако и законитости подзаконских општих аката, конкретно одлучујући о: 1) сагласности других општих аката са законом; 2) сагласности статута и општих аката аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе са Уставом и законом; 3) сагласности општих аката организација којима су поверена јавна овлашћења, политичких странака, синдиката, удружења грађана и колективних уговора са Уставом и законом.<sup>16</sup> Такође, Устав Републике Србије од 2006. године прописује репресивну контролу као правило, али и два случаја која су изузетак од овог правила. Први случај се односи на контролу уставности закона који је изгласан у Народној скупштини, а указом председника још није проглашен, док је други случај контроле уставности или законитости одлука органа аутономне покрајине који покреће Влада.

Заштита уставних права повређених појединачним актима. Устав Републике Србије од 2006. године је у наш правни систем први пут непосредно увео институт уставне жалбе. Реч је правном средством које је Уставни суд претворило у суд „обичних људи“, доступан сваком појединцу под одређеним условима. Уставна жалба 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, под условом да су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.<sup>17</sup> Она је механизам заштите најважнијих људских права, а самим тим и устава.

Уставну жалбу може поднети сваки носилац уставом зајемчених права. Овај институт је доступан домаћим и страним држављанима, физичким и правним лицима.<sup>18</sup> У име лица које сматра да су му актом или радњом органа државне власти или организација којима су поверена јавна

---

<sup>16</sup> Р., Марковић, *Уставно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2017., 553.

<sup>17</sup> Устав Републике Србије из 2006. године, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 169.

<sup>18</sup> Д., Симовић, „Уставна жалба у бившим југословенским републикама“, *Начела и вриједности правног система – норма и пракса* (ур. М. Томић), Правни факултет Универзитет у Источном Сарајеву, Сарајево, 2012., 401-418.

овлашћења, жалбу може изјавити и друго физичко лице, односно државни или други орган надлежан за праћење и остваривање људских и мањинских права и слобода, али на основу његовог писменог овлашћења. Дакле, уставну жалбу могу поднети: лице које сматра да су му уставна права ускраћена или повређена, а по његовом овлашћењу и, нпр., Заштитник грађана, Повереник за заштиту равноправности, Повереник за информације од јавног значаја, и др.<sup>19</sup> Уколико је појединачним актом или радњом повређено или ускраћено Уставом прописано људско или мањинско право или слобода више лица, а само су нека од њих поднела жалбу, дејство одлуке Уставног суда ће обухватити и лица која се нису жалила, али се налазе у истој правној ситуацији.<sup>20</sup> Рок за изјављивање уставне жалбе износи 30 дана од дана достављања појединачног акта, односно предузимања радње која је њен предмет.<sup>21</sup> Међутим, он није апсолутан, јер Уставни суд може дозволити повраћај у пређашње стање уколико лице из оправданих разлога пропусти рок предвиђен за подношење жалбе. Неопходно је да лице, у том случају, поднесе предлог за повраћај у пређашње стање и то у року од 15 дана од дана престанка разлога који је изазвао пропуштање. Овај предлог се подноси уз уставну жалбу. Закон о Уставном суду одређује и објективни рок који износи три месеца и који се рачуна од пропуштања рока. Након његовог истека се не може поднети предлог за повраћај у пређашње стање. Уставна жалба нема суспензивно дејство. Она не спречава извршење појединачног акта или радње које су њен предмет. Ипак, Уставни суд може, на предлог подносиоца жалбе, одложити њихово извршење, како би се спречила ненадокнадива штета, под условом да одлагање не угрожава јавни интерес, нити наноси већу штету трећем лицу. Уставну жалбу карактерише и супсидијарност која се огледа у правилу да се она може изјавити тек по исцрпљењу свих расположивих правних путева. Под претпоставком исцрпљивања правног пута се подразумева немогућност истицања правних средстава.<sup>22</sup> Закон о Уставном суду у члану 82. ст. 2. предвиђа изузетак, па прописује да се уставна жалба може изјавити, иако претходно нису исцрпљена сва правна средства, а то у случају да је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року. Ова одредба је уведена као последица ратификације Европске конвенције за

<sup>19</sup> Д., Стојановић, *op. cit.* 67.

<sup>20</sup> Ј., Вучковић, „ Жалба уставном суду и уставна жалба“, *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права* (ур. др Милан Петровић), Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010., 399-417.

<sup>21</sup> Д., Симовић, *op. cit.* 401-418.

<sup>22</sup> В., Ђурић, *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000., 123.

заштиту људских права и основних слобода 2003. године.<sup>23</sup> Односним међународним документом грађанима Републике Србије је омогућено да своја основна, уставом зајемчена права остварују пред Европским судом за људска права у Стразбуру. Како у нашем правном систему није постојао адекватан механизам заштите права на суђење у разумном року, то је законодавца подстакло на модификацију уставне жалбе, односно услова за њену употребу.

Решавање сукоба надлежности или спорови о компетенцијама највиших државних органа је надлежност уставних судова многих држава, па и наше. Свака држава која почива на начелу поделе власти, налази да је Уставни суд најкомпетентнији за решавање спорова ове врсте, јер је реч о непристрасном, политички неутралном органу који ће најправичније поступати у оваквим ситуацијама. Посматрано са правног аспекта, питање надлежности јесте претходно питање за одлучивање о неком праву или обавези. Уставни суд у овим споровима поступа као конфликтни суд. Он не решава постојећи спор, већ утврђује који је од два сукобљена органа надлежан у спорној ствари, односно чијом је радњом или пропуштањем повређено уставно право другог органа. Зависно од нивоа власти који су у сукобу, разликујемо вертикалне и хоризонталне спорове о надлежности. Вертикални спорови о надлежности настају између носилаца власти који се налазе на различитом степену хијерархије, док се хоризонтални спорови јављају између органа који се налазе на истом хијерархијском нивоу.<sup>24</sup> Правна теорија познаје и позитиван, односно негативан сукоб надлежности.<sup>25</sup> Позитиван сукоб надлежности јесте ситуација у којој два различита органа решавају идентично питање, што даље значи постојање две одлуке у истој ствари. На овај начин се ствара правна несигурност, али се и крши једно од основних процесних начела, *res iudicata*. Негативан сукоб надлежности, пак, подразумева постојање два или више органа који се одричу предмета истичући своју ненадлежност. Последица је, такође, негативна, јер заинтересована странка не може остварити своје право, чиме се у питање доводи загарантована правна заштита. Према Уставу Републике Србије из 2006. године, Уставни суд је надлежан у следећим споровима: 1) између судова и других државних органа; 2) између републичких органа и покрајинских органа или органа јединице локалне самоуправе; 3) између покрајинских органа или органа јединице локалне самоуправе; 4) између органа различитих аутономних покрајина

<sup>23</sup> Ј., Вучковић, *op. cit.* 399-417.

<sup>24</sup> Р., Кијевчанин, *op. cit.* 33.

<sup>25</sup> Љ., Славнић, „Решавање спорова о надлежности – традиционална уставносудска надлежност“, *Правни живот* (ур. др С. Перовић), Удружење правника Србије, Београд, 12/2005., 1163-1195.



или различитих јединица локалне самоуправе.<sup>26</sup> Ова надлежност је била установљена у измењеном облику и Уставом из 1963. године, а задржана је и у Уставу из 1974. године и Уставу из 1990. године.

Решавање изборних спорова је супсидијарна надлежност, што значи да ће Уставни суд одлучивати у изборним споровима у случајевима када они нису у надлежности судова или неких других државних органа. Изборни спор јесте спор око стицања и престанка представничког мандата који је добијен од грађана путем непосредног гласања. Његовим решавањем се остварује двострука заштита изборног права.<sup>27</sup> Са једне стране, уставни судови обављајући ову надлежност, штите демократски систем у својој држави, контролишући регуларност спровођења изборног поступка и закониту примену изборних правила. Овај начин уставосудске заштите би се могао назвати *непосредом* заштитом. Са друге стране, Уставни суд штити субјективна права грађана, вреднујући њихово учешће у избору политичких лидера, као и њихов глас. Тада говоримо о *посредној* уставосудској заштити изборних права. Обављајући ову надлежност, Уставни суд, доприноси законитом спровођењу изборног поступка, а самим тим и очувању начела владавине права и демократије који подразумевају да се на челу државе налазе представници којима је народ поклатио своје поверење и вољу да заступају њихове интересе. Ова надлежност Уставног суда је у наш уставноправни систем уведена Уставом Републике Србије из 1990. године (члан 125.)<sup>28</sup>, а задржана је до данас.

Одлучивање по оптужби против председника Републике јесте нова надлежност нашег Уставног суда, уведена Уставом Републике Србије из 2006. године (чл. 118, ст. 3). Уставни суд учествује у поступку по оптужби против председника Републике који се покреће на предлог 1/3 народних посланика. Он ће у року од 45 дана од покретања поступка испитати случај и донети одлуку о постојању, односно непостојању председникове одговорности. Уколико је у одлуци проглашен кривим, Народна скупштина га може разрешити гласовима најмање 2/3 народних посланика. Ова одлука обавезује Народну скупштину само у мери да до разрешења председника не може доћи уколико његова одговорност није претходно утврђена. Санкција је политичка, јер се њоме функционер разрешава положаја како би му имунитет, који је дотад уживао, био

<sup>26</sup> Љ., Славнић, „Решавање сукоба надлежности – традиционални домен Уставног суда Србије“, *Улога и значај уставног суда у очувању владавине права* (ур. др Б. Ненадић), Уставни суд, Београд, 2013., 224-241.

<sup>27</sup> З., Ђукић-Вељовић, „Уставно-судска заштита изборног права“, *Правни живот* (ур. др С. Перовић), Удружење правника Србије, Београд, 12/1995, 217-232.

<sup>28</sup> А., Фира, *op. cit.* 272.

одузет, а он доступан редовном кривичном гоњењу. Устав не прецизира правни основ одговорности председника. Он прописује његову одговораност уколико прекрши норме највишег правног акта, не прецизирајући интезитет повреде, врсту дела, и слично. У поступку одлучивања о повреди Устава је обавезно спровођење јавне расправе на коју се позивају председник Републике и председник Народне скупштине. Закон о Уставном суду уређује покретање и ток овог поступка.<sup>29</sup>

Одлучивање о забрани политичке странке и удружења је надлежност Уставног суда која је уведена у наш правни систем Уставом Републике Србије из 1990. године и уз одређене промене, задржана до данас. Уставом РС из 2006. године је прописано да је Уставни суд надлежан да забрани рад политичких странака или других политичких организација, удружења грађана, синдикалних организација и верских заједнице које делују у супротности са уставним поретком државе у којој су основане. Међутим, Закон о удружењима грађана од 2010. године одлази корак даље, прописујући да ће се одредбе о забрани удружења примењивати и на удружења која нису регистрована, као и на неформалне групе грађана- навијачке групе. Овај спор се јавља првенствено као нормативни спор. Уставни суд најпре проверава сагласност статута, програма и других аката политичких организација и удружења са законима и Уставом наше државе. Потом, он утврђује релевантне чињенице које му указују на постојање/непостојање високог степена опасности деловања конкретних организација. Да би политичке странке или удружења грађана могла бити забрањена, поред неусклађених правних аката са највишим правним прописима државе, потребно је постојање конкретних последица која су у Уставу наведена и не могу се допуњавати законима. Говоримо о: насилном рушењу уставног поретка, кршењу зајемчених људских или мањинских права или изазивању расне, националне или верске мржње.<sup>30</sup> Устав предвиђа и разлоге за забрану деловања верских заједница који су нешто другачији и односе се на: угрожавање права на живот, права на психичко и физичко здравље, права деце, права на лични и породични интегритет, права на имовину, јавну безбедност и јавни ред или изазивање и подстицање верске, националне или расне нетрпељивости.<sup>31</sup> Уставни суд у поступку испитује постојање чињеница које указују да политичке странке, удружења грађана или верске заједнице систематски, трајно и озбиљно нарушавају демократски поредак државе. Поступак за забрану политичке партије или удружења грађана је контрадикторан, па је одржавање јавне расправе пред Уставним

<sup>29</sup> Р., Кијевчанин, *op. cit.* 36.

<sup>30</sup> Д., Стојановић, *op. cit.* 72.

<sup>31</sup> *Ibid.*

судом обавезно. Одлука која се по окончању поступка доноси, а којом се удружења забрањују, садржи наредбу о њиховом брисању из одговарајућег регистра. Ова одлука производи правно дејство од дана достављања надлежном органу.

Посебна заштита аутономије и локалне самоуправе је још једна новоустановљена надлежност Уставног суда наше државе. Она се може остваривати на два начина: непосредно и посредно. Први начин подразумева покретање поступка пред Уставним судом путем жалбе, у случају да се појединачним актом или радњом државних органа или органа јединица локалне самоуправе онемогући вршење надлежности аутономне покрајине, односно општине.<sup>32</sup> Ова жалба представља посебан тип уставне жалбе коју подноси орган одређен статутом аутономне покрајине, односно општине или града. Уколико Уставни суд у поступку утврди да је појединачним актом или радњом онемогућено обављање надлежности аутономних покрајина или локалне самоуправе, поништиће тај акт, тј. забраниће даље вршење или наредити обављање радње којом ће се уклонити штетне последице.<sup>33</sup> Одлука Уставног суда производи дејство од дана достављања учесницима поступка. Други начин заштите аутономије и локалне самоуправе се остварује у поступку пред Уставним судом који се покреће предлогом за оцену уставности и законитости када је право на покрајинску аутономију или локалну самоуправу повређено општим актом Републике, јединице локалне самоуправе или аутономне покрајине. Овлашћени орган који подноси предлог се одређује статутом аутономне покрајине, односно општине или града.

Одлучивање о жалбама судија и јавних тужилаца јесте нова надлежност уставног судства Републике Србије коју упоредне државе не познају. Уставом из 2006. године је прописана функција Уставног суда да одлучује о жалбама судија, јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца којима се оспорава одлука о престанку судијске, односно тужилачке функције. Одлуку доноси Високи савет судства, односно Народна скупштина када је реч о јавним тужиоцима, тј. Државно веће тужилаца у случају заменика јавних тужилаца. Судије, јавни тужиоци, као и заменици јавних тужилаца имају права на изјављивање жалбе Уставном суду којом се уједно искључује могућност подношења уставне жалбе. Уставни суд је богат праксом по овом питању. Наиме, 2009. године је у Србији извршена реформа правосуђа у којој је велики број судија, јавних тужиоца и заменика јавних тужилаца остао без посла. Наредних година су уложена

---

<sup>32</sup> *Ibid*, 76.

<sup>33</sup> *Ibid*, 77.

жалбе, па је Уставни суд донео око 808 пресуда на основу којих су се жалиоци вратили на своја радна места.<sup>34</sup>

Прешироко уређена надлежност Уставног суда наше државе доводи у питање квалитет рада овог непроцењивог органа чиме се узрокују даљи, већи, фатални проблеми у целокупном правном поретку. Реформа актуелног Устава РС из 2006. године је у припреми и највећим делом ће захватити правосуђе, па би било погодно искористити близак моменат и решити једно од најзначајних питања које се тиче не само државне, већ и друштвене организације.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

На основу свега изреченог, примећујемо да је од увођења Уставног суда у правни систем наше земље до данас, овај орган претрпео знатне промене, а нарочито оне које се односе на питање његове надлежности. У жељи да створи што ефикаснију и уређену државу, као и задовољно, сигурно и безбедно друштво, законодавац је временом почео оптерећивати све више овај орган новим обавезама, док га није довео до данашњег стања које се карактерише преотерећењем, неефикасним и неажурним радом, као и опадањем квалитета његових одлука. Прешироко постављена надлежност је Уставни суд почела гушити, а основна државна начела чији је јемац, одведена су у супротну крајност. Бројни примери из праксе у виду нерешених, нагомиланих предмета, али и жалби грађана Европском суду у Стразбуру, показатељи су алармантне ситуације која се мора што пре поправити. Имајући у виду да је обим посла Уставног суда драстично повећан увођењем у правни систем уставне жалбе, потребно је размислити о променама у том смеру, било прописивањем другачијих услова за њено изјављивање или пребацивањем послова у надлежност другом органу који би компетентно поступао по њој. Не треба искључити ни могућност разматрања осталих послова Уставног суда чија би корекција допринела побољшању рада овог незаменљивог органа. Сигурно је да је функционисање савремене државе без Уставног суда незамисливо и да је, како је износио Марсело Прело, судска контрола уставности у области организације државе највећи допринос човечанству после енглеског парламентаризма, а Уставни суд најјача брана тираније владајућег слоја, па се следствено томе морају уложити велики напори за отклањање препрека које постоје у овој области.

---

<sup>34</sup> Д., Слијепчевић, *op. cit.* 15-20.

## Литература

Булајић, С., „ Уставно судство-необходност модерне правне државе“, *Актуелна уставна и друга питања конституисања правне државе* (ур. др С. Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1994., 73-86.

Вучковић, Ј., „ Жалба уставном суду и уставна жалба“, *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права* (ур. др Милан Петровић), Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010., 399-417.

Ђурић, В., *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000.

Ђукић-Вељковић, З., „ Уставно-судска заштита изборног права“, *Правни живот* (ур. др С. Перовић), Удружење правника Србије, Београд, 12/1995, 217-232.

Коштутић, Б., „ Границе уставног суда у остваривању владавине права“, *Улога и значај уставног суда у очувању владавине права* (ур. др Б. Ненадић), Уставни суд, Београд, 2013., 33-54.

Кијевчанин, Р., *Уставно судство у Републици Србији*, Крагујевац, 2018.

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

Петров, В., „ Забрана политичких странака и удружења“, *Улога и значај уставног суда у очувању владавине права* (ур. др Б. Ненадић), Уставни суд, Београд, 2013., 211-223.

Рајић, Н., „ Проблеми у покретању поступка оцене уставности закона“, *Журнал за криминалистику и право* (ур. др Саша Мијалковић), Криминалистичко-полицијски факултет Универзитета у Београду, Београд, 3/2013., 151-160.

Симовић, Д., „ Уставна жалба у бившим југословенским републикама“, *Начела и вриједности правног система – норма и пракса* (ур. М. Томић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Сарајево, 2012., 401-418.

Стојановић, Д., *Уставно правосуђе*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2016.

Слијепчевић, Д., „ Положај и перспектива уставног судства“, *Службени гласник* (ур. др Д. Слијепчевић), Уставни суд Републике Србије, Београд, 2014., 15-20.

Славнић, Љ., „ Решавање спорова о надлежности – традиционална уставносудска надлежност“, *Правни живот* (ур. др С. Перовић), Удружење правника Србије, Београд, 12/2005., 1163-1195.

Славнић, Љ., „ Решавање сукоба надлежности – традиционални домен Уставног суда Србије“, *Улога и значај уставног суда у очувању владавине права* (ур. др Б. Ненадић), Уставни суд, Београд, 2013., 224-241.

Фира, А., *Уставно право Републике Србије – I том*, Правни факултет Крагујевац, Крагујевац, 2007.

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006

**Ružica KIJEVČANIN**

PhD student, teaching associate, Law Faculty University of Kragujevac

## **JURISDICTION OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

The goal of every civilized, democratic and legal state is to provide a suitable, stable and safe ground for the life of its population. On this path, state institutions are crucial for the preservation and protection of basic human rights and freedoms. In this paper, we will pay particular attention to the Constitutional Court as an independent and independent state body characterized by a multitude of competencies aimed at achieving a single goal: general satisfaction of citizens and regulated legal system. Legal history does not agree with the question of the emergence of the constitutional judiciary in the world, nor the body to whom this function would be exercised. In our country, the situation is different and unanimous is when we are talking about introducing the institution of the constitutional judiciary into the territory of the Republic of Serbia. With the Constitution of Yugoslavia since 1963, the constitutional judiciary, that is, the constitutional courts responsible for the control of constitutionality and legality, was introduced into our legal system, as well as other tasks that come into the domain of this function.

**Key words:** Constitutional Court, constitutional complaint, normative control, conflict of jurisdiction.





**Јована МИСАИЛОВИЋ \***

Истраживач приправник на Институту за упоредно право у Београду

## ЗАШТИТА ЖЕНА ОД ОТКАЗА УГОВОРА О РАДУ

**Апстракт:** Заштита жена од отказа уговора о раду значајна је како са аспекта заштите од отказа уговора о раду, тако и у светлу посебне заштите жена на раду. Ово, имајући у виду да жене од самог ступања на тржиште рада нису биле у једнаком положају као и мушкарци а да посебна репродуктивна функција који жена током радног века остварује, оправдано намеће потребу да се запосленој омогући сигурност запослења у одређеним посебним случајевима. Тако, у раду се анализира најпре нормативни оквир заштите жена од отказа уговора о раду који постављају ратификоване конвенције Међнародне организације рада, регионални инструменти и домаћа легислатива, а потом и садржина права жена на заштиту од отказа уговора о раду у одређеним случајевима.

**Кључне речи:** *отказ, материнство, дискриминација, заштита жена.*

### 1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Уређење престанка радног односа једно је од најзначајнијих питања радног права. Ово, имајући у виду да је правно и фактичко стање у области отказивања важан чинилац сигурности запослења и квалитета услова рада у једној земљи.<sup>2</sup>

Одредбе о посебној заштити од отказа уговора о раду, додатно су осетљиве и истанчане природе с обзиром на положај у којем се лица која су субјекти права на посебну заштиту од отказа уговора о раду налазе и њихову потребу да буду сврстани у категорију запослених којима се гарантује посебан вид заштите од отказа уговора о раду. Заштита жена од отказа, у светлу *посебне* заштите од отказа уговора о раду, подразумева да запосленој у одређеном временском периоду током трудноће, као и одређено време након рођења детета не може бити отказан уговор о раду. Овакав вид посебне заштите запослених од отказа уговора о раду оправдан је, имајући у виду да се радом у највећем броју случајева,

---

<sup>1</sup> Email: [j.misailovic@iup.rs](mailto:j.misailovic@iup.rs).

<sup>2</sup> Више о заштити од отказа вид.: С. Јашаревић, „Заштита од отказа у Србији у светлу међународних стандарда и упоредне праксе“, *Радно право и социјално осигурање*, 1/2018.

обезбеђују егзистенцијални услови за живот а да је финансијска подршка важан предуслов за одгајање детета и стварање породице. У том смислу и схватања да се посебном заштитом жена од отказа уговора о раду, не штите само мајке као запослене, већ и деца и породица.

Закон о раду Републике Србије, изменама из 2013. године предвиђа посебан вид заштите од отказа запосленима током трудноће, породилског, одсуства ради неге детета и одсуства ради посебне неге детета који проширује и на запослене на одређено време. Овим се, сматрамо потребно и оправдано, ојачава заштита жена од отказа уговора о раду и обезбеђује сигурност запослења трудница, дојиља и младих мајки, као једно од најважнијих постулата радног права.<sup>3</sup>

Додатно, овако уређена посебна заштита од отказа уговора о раду значајна је имајући у виду изазове које поставља честа дискриминација жена на раду по основу пола, брачног или породичног статуса, трудноће, како у самом поступку запошљавања тако и током трајања радног односа. Стога, заштита жена од отказа уговора о раду, оправдано се може сагледати и у циљу спречавања дискриминације жена на раду.

## 2. НОРМАТИВНИ ОКВИР ЗАШТИТЕ ЖЕНА ОД ОТКАЗА УГОВОРА О РАДУ

Посебна заштита жена на раду постављена је као уставна гаранција у праву Републике Србије.<sup>4</sup> Сврставањем права жена на посебну заштиту на раду у корпус Уставом зајамчених права, утрт је пут женама у простор правно неједнаке заштите на раду у односу на мушкарце. Ово, с обзиром на то да домаће законодавство не предвиђа и посебну заштиту мушкараца на раду. Посебна заштита жена на раду неопходна је имајући у виду потребу да се женама као теже запошљивој групи лица обезбеди једнако као и мушкарцима приступ тржишту рада.

Оправданост потребе за посебном заштитом жена на раду и у вези са радом није, и не би требало да буде спорна. Оваква констатација заснована је на чињеници да репродуктивна улога коју жена, а касније мајка, има за развој друштва, неприкосновена је основа за законско уређивање изузетног обима заштите жена на раду. Пре свега, имајући у

---

<sup>3</sup> Прве радноправне заштитне норме односиле на побољшање услова рада, бољу заштиту на раду, заштиту учесника у привреди, скраћивање радног времена и заштиту трудних радница и мајки дојиља. Д. Симоновић, *Путеви и странпутице нашег радног законодавства*, Глосаријум, Београд, 1997, 14.

<sup>4</sup> Уставом Републике Србије прописано је да се женама, омладини и инвалидима гарантује посебна заштита на раду. Устав Републике Србије - УС, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/2006, чл. 60, ст. 5.

виду материнство као основ посебног вида заштита жена на раду којим се омогућава запосленима да првенствено не буду дискриминисане на раду услед своје репродуктивне функције али и у циљу обезбеђивања сигурности запослења током трудноће, породилског као и одсуства са рада ради неге детета.

Када је реч о међународним актима донетим у циљу успостављања међународне заштите жена у случају престанка радног односа, ратификоване конвенције Међународне организације рада имале су изузетно важну улогу у признавању права жена у вези са материнством на посебну заштиту на раду, и успостављању једнаког нивоа радноправне заштите материнства у државама широм света. Данас, једна од конвенција Међународне организације рада коју је Република Србија ратификовала, значајна за питање заштите жена на раду и тиме, између осталог, заштите жена у случају престанка радног односа јесте Конвенција број 183 о заштити материнства<sup>5</sup> којом је ревидирана истоимена - Конвенција број 103 о заштити материнства.<sup>6</sup> Овом конвенцијом уређује се незаконитост отказа уговора о раду у случају када је отказ уговора о раду запосленој уследио за време трудноће, одсуства пре или после породилског одсуства у случају болести, компликација или опасности од компликација у вези трудноће или порођаја или у периоду након повратка запослене на посао, осим из разлога који немају везе са трудноћом, порођајем и дојењем као његовом последицом. Терет доказивања да разлози за отпуштање немају везе са трудноћом, порођајем и дојењем сноси послодавац. Као једна од изузетно важних гаранција сигурности запослења запосленим женама јесте и одредба конвенције којом се запосленој гарантује да, по истеку породилског одсуства, има право да се врати на исто радно место или на одговарајуће радно место са истом зарадом.<sup>7</sup>

Осим Конвенције број 183, Конвенција Међународне организације рада бр.158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца такође је од значаја за уређивање посебне заштите жена од отказа уговора о раду имајући у виду одредбу конвенције којом је предвиђено да се неће сматрати ваљаним, отказ уговора о раду дат запосленој, услед породичних

---

<sup>5</sup> Конвенција број 183 о заштити материнства - Конвенција број 183, „Службени гласник Републике Србије - Међународни уговори“, бр. 1/2010.

<sup>6</sup> Конвенција број 103 о заштити материнства - Конвенција број 103, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 9/55.

<sup>7</sup> Конвенција број 183, чл. 8.

обавеза, трудноће или одсуствовања са посла за време породилског одсуства.<sup>8</sup>

Такође, требало би издвојити и Конвенцију број 156 о једнакој могућности за раднике и раднице са породичним обавезама, којом је предвиђено да породичне обавезе не смеју, као такве, да представљају ваљан разлог за престанак радног односа. Такође, државе потписнице ове конвенције се обавезују да предузму све потребне мере како би се радницама са породичним обавезама омогућило да постану и остану саставни део радне снаге, као и то да се поново укључе у рад после одсуства због тих обавеза.<sup>9</sup> Наведеним одредбама уређује се, сматрамо оправдано, потреба да се заштите *родитељи*, односно лица са породичним дужностима на раду, независно од тога да ли је реч о мушкарцима или женама.

Од ратификованих регионалних инструмената значајних за заштиту материнства издваја се Ревидирана европска социјална повеља усвојена 1996. године,<sup>10</sup> којом се уговорнице обавезују да у циљу обезбеђивања и ефективног остваривања права запослених жена на заштиту материнства, сматрају незаконитим ако послодавац жени уручи обавештење о отказу у периоду од тренутка када је обавестила свог послодавца да је у другом стању до истека породилског одсуства или, уколико јој уручи обавештење о отказу уз отказни рок који истиче за време таквог одсуства. Наведена гаранција Ревидиране европске социјалне повеље значајно доприноси заштити жена од отказа уговору о раду услед трудноће, с обзиром на решење које садржи Европска социјална повеља. Наиме, Европском социјалном повељом је као битан елемент права на заштиту материнства забрањено отпуштање запослених током породилског одсуства, односно отпуштање уколико би отказни рок истекао за време док запослена користи право на ово одсуство. Важно је напоменути да проширење периода заштите од отказа уговора о раду које чини Ревидирана европска социјална повеља значајно доприноси заштити

---

<sup>8</sup>Конвенција Међународне организације рада бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца - Конвенција бр. 158, „Службени лист СФРЈ-Међународни уговори“, бр. 4/84, 7/91, чл. 5,6.

<sup>9</sup> Конвенција број 156 о једнакој могућности за раднике и раднице са породичним обавезама, „Службени лист СФРЈ-Међународни уговори“, бр. 7/87, чл. 7, 8.

<sup>10</sup>Ревидирана европска социјална повеља наглашава потребу дужег трајања одсуства због трудноће у времену пре и након рођења детета, уређујући да уместо 12 недеља колико је било прописано Европском социјалном повељом из 1961. године, жена има право да користи одсуство са рада пре и после рођења детета у укупном трајању од 14 недеља, успостављајући тиме стандард у погледу дужине одсуства са рада жена поводом трудноће. Ревидирана европска социјална повеља, „Службени гласник РС - Међународни уговори“, бр. 42/09, чл. 8, ст. 1.

запослене од негативних последица отказа уговора о раду.<sup>11</sup> Незаконито отпуштена радница стога, мора бити враћена на рад а, само у ретким случајевима оствариће уместо враћања на рад, право на накнаду, чија висина мора бити одређена тако да одвраћа послодавце од отказивања уговора о раду али уједно пружа и довољну компензацију.<sup>12</sup>

Осим наведеног, издајамо и одредбу којом се уговорнице Ревидиране европске социјалне повеље обавезују да обезбеде да мајке које негују своју децу имају право на довољно слободног времена за те сврхе, да регулишу запошљавање трудница, жена које су недавно родиле дете и оних које негују своје дете, за рад у ноћној смени, да забране запошљавање трудних жена, жена које су недавно родиле дете или оних које негују своју децу, у подземним рудницима и на свим другим радним местима која за њих нису адекватна а из разлога што су опасна, нездрава или исцрпљујућа, и да предузму одговарајуће мере да заштите право ових жена на запошљавање. С обзиром на овакав текст Ревидиране европске социјалне повеље, не би требало губити из вида да је заштита жена на раду и у вези са радом потребна не само када је реч о заштити у случају престанка радног односа, већ и када је реч о самом поступку запошљавања.<sup>13</sup> Повељом Европске уније о основним правима, предвиђено је да у циљу усклађавања породичног и професионалног живота, свако има право на заштиту од отказа из разлога који су у вези са материнством и право на плаћено трудничко и породилско одуство, као и право на родитељско одсуство после рођења или усвајања детета.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Љ. Ковачевић, У. Новаковић, „Мирно решавање спорова поводом дискриминације запослених по основу породичних дужности“, *Право и привреда*, 7/9 2018, 440.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Један од фактора и/или препрека формалног запошљавања жена, а затим и детерминанта положаја жена на тржишту рада јесте и степен присутности тзв. политика усклађивања професионалних и породичних обавеза, као сегмент општих политичко-социјалних делатности. Н. Перишић, „Положај жена на тржишту рада - родна перспектива „државе благостање““, *Социјална мисао*, 1/2010, 128.

<sup>14</sup> Повеља Европске уније о основним правима, чл. 33, ст. 2.; Када је реч о комунитарном европском праву, од значаја је Директива Савета 92/85/ЕЕЗ која уводи правило о привременој обустави вршења послодавчевог права на отказ у циљу заштите здравља трудница, породилја и дојилја због штетних последица које ризик од отказа може имати по психичко и физичко здравље. Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding - tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC/, Official Journal L 348, 28/11/1992.

Закон о раду Републике Србије као општи закон којим се уређују права, обавезе и одговорности из радног односа, односно по основу рада, настоји да примени одредбе ратификованих међународних инструмената. Тако, основне одредбе Закона о раду од значаја за заштиту жена у случају престанка радног односа, јесу пре свега оне које се односе на посебну заштиту од отказа уговора о раду које подразумевају да за време трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду.<sup>15</sup>

### 3. ТРУДНОЋА, ПОРОДИЛСКО ОДСУСТВО И ОДСУСТВО РАДИ НЕГЕ ДЕТЕТА КАО НЕОПРАВДАНИ ОТКАЗНИ РАЗЛОЗИ

Поред листе оправданих отказних разлога, Закон о раду у посебном члану предвиђа таксативно набројане разлоге због којих послодавац не може остварити своје право на отказ уговора о раду,<sup>16</sup> у којима је, између осталог, предвиђено коришћење породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета.<sup>17</sup>

Листа разлога који се не сматрају оправданим разлогом за отказ вероватно је подстакнута садржајем Конвенције бр. 158<sup>18</sup> а није страна ни

---

<sup>15</sup> Закон о раду - ЗР, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 и 113/2017, чл. 187, ст. 1.

<sup>16</sup> Постоји мишљење у теорији да је набрајање неоправданих разлога за отказ непотребно, и шта више непримерено јер оправдани разлози за отказ су већ адекватно, системом еnumerације, садржани у Закону о раду. Сходно томе, свака подела на оправдане и неоправдане отказне разлоге сувишна је јер отказни разлог који није наведен у закону не може бити основ за престанак радног односа, макар био оправдан. Стога, неоправдани отказни разлози некада се тумаче тако да заправо уопште „не представљају отказни разлог нити се узимају у обзир приликом утврђивања чињеница које тај разлог образују“. З. Ивошевић, М. Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, треће измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2016, 423.

<sup>17</sup> Неоправдани разлози за отказ су још и привремена спреченост за рад услед болести, несреће на раду или професионалног обољења, одслужење војног рока, чланство у политичкој организацији, синдикату, пол, језик, национална припадност, социјално порекло, вероисповест, политичко или друго уверење или неко друго лично својство запосленог, деловање у својству представника запослених, обраћање запосленог синдикату или органима надлежним за заштиту права из радног односа у складу са законом, општим актом и уговором о раду, не сматрају оправданим отказним разлозима. ЗР, чл. 183.

<sup>18</sup> Конвенција бр. 158 у чл. 5 наводи који се разлози не сматрају ваљаним за отказ уговора о раду: чланство у синдикату или учешће у активностима синдиката ван

другим националним законодавствима,<sup>19</sup> јер негативно ограничење права на отказ има за циљ да се спречи престанак радног односа запосленог „супротно интересима друштва”.<sup>20</sup>

Када су наведени у закону, неоправдани разлози се тумаче у светлу веће сигурности за запослене, што посебно важи у оним системима где не постоји основни систем заштите од неоправданог отказа. У том смислу, неоправдани разлози за отказ имају за циљ да се послодавац спречи да даје отказ супротно правилима јавног поретка, основним слободама и људским правима, при чему, није на одмет нагласити да су негативно одређени разлози за отказ уговора о раду у неким системима постојали пре него што је уведена листа оправданих разлога.<sup>21</sup>

Поред наизглед оправданог постојања листе неоправданих разлога за отказ уговора о раду у законском тексту, одређене недоумице у погледу њене сврсисходности нису неупитне. Наиме, наш законодавац је прописао посебну заштиту од отказа појединим запосленима у одређеним случајевима који се подударају са разлозима за отказ наведеним као неоправданим. Када је реч о забрани послодавцу да отпусти запослену услед постојања одређених околности законодавац, чини се, није доследно усагласио законски текст. Наиме, иако је реч о готово идентичном законском тексту,<sup>22</sup> законодавац приликом уређивања

---

радног времена, или, уз сагласност послодавца, за време радног времена; тражење функције радничког представника, односно садашње или раније иступање у том својству; подношење жалбе или учешће у поступку против послодавца због наводног кршења закона или прописа или обраћање надлежним административним органима власти; раса, боја, пол, брачно стање, породичне обавезе, трудноћа, вероисповест, политичко мишљење, национална припадност или социјално порекло; одсуствовање са посла за време породилског одсуства.

<sup>19</sup>Тако на пример, у Аустрији листа разлога који за последицу имају незаконит отказ обухвата: учешће у штрајку представника запослених, припадност одређеној раси, полу, сексуална опредељеност, боја коже, политичко опредељење, порекло односно националност запосленог, одсуство поводом служења војне односно грађанске дужности, чланство у одбору у поступку медијације, активност представника запослених одговорних за безбедност и заштиту здравља на раду, напуштање радног места услед постојања изненадне и озбиљне опасности по здравље и живот запослених. Слично вреди и у Белгији која познаје „листу забрањених разлога за отказ“ док Немачка и Данска уређују „основе по којима уговор о раду не може бити отказан“. *Termination of employment relationships. Legal situation in the Member States of the European Union*, European Commission, 2006, 47-48.

<sup>20</sup>Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 491.

<sup>21</sup>ILC, 82<sup>nd</sup> Session, *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Office, Geneva, 1995, 41.

<sup>22</sup>Упор. ЗР, чл. 187 и ЗР, чл. 183.

посебне заштите прописује ништавост решења о отказу, док у делу посвећеном неоправданим разлозима за отказ то не чини. Тако, за време трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета, запосленом не може престати радни однос, а решење о отказу је у том случају ништаво, уколико је на дан доношења решења отказа уговора о раду послодавцу било познато постојање неког од наведених стања или, уколико је запослени у року од 30 дана од дана престанка радног односа обавестио послодавца о постајању неког од наведених стања и о томе доставио адекватну потврду.<sup>23</sup>

Несигурност у текст закона могла би се отклонити уколико би јединствена одредба закона, уместо одредаба које наводе неоправдане разлоге за отказ и уређују посебну заштиту од отказа, уредила листу забрањених разлога за отказ који би као такви водили ништавости решења о отказу, попут решења које познају упоредна законодавства.<sup>24</sup> У том случају када би се поједини разлози за отказ јасно прописали као забрањени, олакшао би се поступак тумачења закона и остварила већа сигурност јер овако, оправдано је запитати се зашто је на пример, одсуство запослене услед неге детета уређено и као неоправдан разлог за отказ и у оквиру посебне заштите од отказа. Ово тим пре, што је једино у потоњем случају јасно прописано да је такав отказ ништав.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup>ЗР, чл. 187; Додатно ствара проблеме приликом тумачења закона и то што конзистентност не постоји ни у оквиру уређивања саме посебне заштите од отказа. Ово из разлога што иако у оквиру посебне заштите отказ уговора о раду не може уследити као последица статуса запосленог или његове активности као представника запослених или чланства у синдикату, ништавост решења о отказу није предвиђена. ЗР, чл. 188.

<sup>24</sup>У Великој Британији отказ због трудноће је аутоматски незаконит. Вид.: S. Hardy, M. Butler, *European Employment Laws a comparative guide*, Second edition, Spiramus Press, London, 2011, 255-262.

<sup>25</sup>Упоредноправна решења дефинисањем листе апсолутно забрањених разлога за отказ, олакшавају тумачење закона али и поступање суда поводом радног спора јер, у случају када је неки од забрањених разлога наведен као разлог за отказ, суд не мора да се упушта у процену да ли се отказ који је послодавац дао запосленом може сматрати оправданим одговором на понашање запосленог. Такав отказ је аутоматски ништав и за последицу има реинтеграцију запосленог као најделотворнију санкцију у случају повреда основних права запослених. *Protection against unjustified dismissal*, 87; Када је реч о реинтеграцији услед незаконитог отказа уговора о раду, она се обавезно досуђује када су у питању запослени који уживају посебну заштиту од отказа - запослена за време трудноће, запослени за време породилског одсуства, одсуства ради неге детета и одсуства ради посебне неге детета, представник запослених. Б. Лубарда, „Закон о раду и европски радни стандарди“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, 3/2006, 186.



О неадекватности и неусклађености законске заштите у случају неоправданог престанка радног односа запосленој од стране послодавца, у прилог иду и мишљења у теорији да одредбе Закона о раду о посебној заштити од отказа уговора о раду заправо ограничавају примену члана 4 Конвенције број 158. Ово из разлога што се текстом Конвенције број 158 предвиђа да „радни однос радника неће престати ако за такав престанак не постоји ваљани разлог везан за способност или понашање радника или за оперативне потребе предузећа, установе или службе“, док се одредбама Закона о раду које се односе на посебну заштиту од отказа заправо привремено дерогирају ваљани разлози док траје одређено стање и рестриктивније постављају правила о отказу уговора о раду.<sup>26</sup>

У домаћој судској пракси наилазимо на неједнак приступ тумачењу гаранције права запосленој да неће бити отпуштена по основу и у вези са трудноћом, узимајући као одлучујући фактор сазнање послодавца за трудноћу запослене. Тако, примера ради, у случају када је програмом решавања вишка утврђено да је престала потреба за радом запослене која одсуствује са рада ради неге детета, чиме је само одложено доношење решења о отказу уговора о раду до њеног повратка, суд је заузео став да је послодавац несумњиво повредио законске одредбе у вези са посебном заштитом појединих категорија лица од престанка радног односа.<sup>27</sup>

Додатно, у једном случају Врховни касациони суд заузео је став да чињеница да послодавац није био обавештен о другом стању запослене у моменту доношења решења о отказу, укључујући и законски предвиђен период након доношења решења, не утиче на законитост отказа уговора о раду.<sup>28</sup> Дакле, чињеница да је запослена у другом стању, што чини основу права на посебну заштиту материнства, нема никаквог значаја за остваривање права на забрану отпуштања запослене, уколико послодавац за трудноћу није знао. Са друге стране, суд је и мишљења да кршење радне обавезе запослене, као законског разлога за отказ уговора о раду, услед трудноће, чини решење отказа уговора о раду незаконитим, уколико послодавац након уручења отказа сазна да је запослена изостајала са рада због потреба лекарских прегледа ради одржавања трудноће. У потоњем случају, занемарује се субјективни елемент права на забрану отпуштања трудница - знање послодавца за трудноћу запослене у тренутку постојања објективног и законитог разлога за отказ, и омогућава се запосленој да се

---

<sup>26</sup> С. Ковачевић - Перић, „Посебна заштита од отказа уговора о раду - *de iure i de facto*“, *Правни живот* 11/2017, 298.

<sup>27</sup> Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 1639/2014 од 30.9.2015. год.

<sup>28</sup> Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 2458/2015 од 14.4. 2016. год; Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 584/2016 од 1.2.2017. год.

након истека породилског, односно одсуства ради неге детета врати на рад.<sup>29</sup>

Потреба за заштитом жена од отказа уговора о раду која је тесно повезана са заштитом материнства, потребна је и ако се узме у обзир да послодавци свесно избегавају запошљавање жена услед бојазни да ће оне у неком тренутку током радног стажа остати у другом стању и одсуствовати са рада. Стога, не изненађује чињеница да се трудноћа запослене појављује не само као узрок губитка запослења већ и спречавања жена да се првобитно запосле,<sup>30</sup> што се може сматрати дискриминацијом жена због њиховог извесног биолошког стања у будућности.<sup>31</sup> Дакле, у циљу омогућавања сигурности запослења женама, потребно да се пре свега спречи полна дискриминација у поступку запошљавања. Тако, примера ради, забраном послодавцима да приликом запошљавања захтевају од кандидаткиње да се подвргне тесту трудноће и постављају питања везана за трудноћу и заснивање породице, чини се велики корак ка објективној селекцији кандидата за запослење.<sup>32</sup> Ово, из разлога што трудноћа и намера запослене да заснује породицу не смеју бити критеријум приликом запошљавања, осим када је реч о пословима са повећаним ризиком односно, пословима штетним по здравље жене и детета, који су женама оправдано недопуштени. Додатно, питања везана за трудноћу у поступку запослења представљају пример непосредне дискриминације жена по основу пола јер, истоветна питања о планирању трудноће се никада не постављају мушким кандидатима.

Поред забране појединих питања кандидатима за запослење, заштити жена на раду допринела би законска заштита од губитка запослења у случају нетачног одговора кандидаткиње за запослење на недопуштено питање послодавца везано за трудноћу, односно правом да на такав вид недопуштеног питања не одговори.<sup>33</sup> Оваква гаранција потребна је уколико би се, сматрамо неоправдано, послодавац позвао на

<sup>29</sup> Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2580/2016 од 16.6.2017. год.

<sup>30</sup> ILO, *Maternity protection resource package: From aspiration to reality for all. Part two – Employment protection and non-discrimination*, International Labour Office, Geneva, 2012, 14.

<sup>31</sup> Примери дискриминације жена у вези са материнством јеси и кажњавање или узнемиравање трудница или запослених које доје децу за одлазак у тоалет или конзумирања воде чешће од других, или за тражење медицинске помоћи или пажње када је то потребно. J. Paul, *Healthy beginnings: Guidance on safe maternity at work*, International Labour Organization, Geneva, 2004, 89.

<sup>32</sup> ЗР, чл. 26, ст. 2, 3.

<sup>33</sup> Љ. Ковачевић, „Равноправност мушкарца и жена као битан елемент равноправног запошљавања: прилог дискусији о нацрту Закона о родној равноправности“, *Родно и социјално право*, 1/2018, 127.

своју заблуду о другом стању кандидаткиње приликом запослења, и услед тога јој отказао уговор о раду. Полно неутрални услови за запослење стога су кључни за поштовање начела недискриминације и родне равноправности приликом запослења али, и поштовања начела сигурности запослења. У том правцу, и стандарди Међународне организације рада забрањују послодавцима да захтевају од запослених подвргавање тесту трудноће или доказ о стерилизацији, једнако као и питања везана за трудноћу.<sup>34</sup>

Заштита запослених од отказа уговора о раду могла би бити ојачана гаранцијом да остваривање права на породилско одсуство недуго након заснивања радног односа неће утицати на оцену способности жене за обављање посла. Тако, заштита запослених трудница и младих мајки од отказа уговора и раду услед трудноће, породилског одсуства или одсуства ради неге детета, од посебног је значаја, у циљу спречавања да материнство буде основ дискриминације жена на раду, укључујући и могућност напредовања након повратка са породилског одсуства.<sup>35</sup> Међутим, како гаранција на посебну заштиту жена намеће обавезу послодавцима да другачије третирају жене у односу на мушкараце у законом уређеном временском периоду у вези са трудноћом, један од циљева заштите материнства могао би се усмерити у правцу одређивања обима права на посебну заштиту материнства у оквиру права на заштиту жена.<sup>36</sup> Ово тим пре, ако се узме у обзир да се посебан вид заштите материнства везује и за потребу да се заштите и негују деца.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> *Maternity and paternity at work - law and practice across the world*, International Labour Organisation, Geneva, 2012, 83.

<sup>35</sup> *Safe maternity and the world of work*, International Labour Organization, Geneva, 2007, 7.

<sup>36</sup> Јовановић наводи да „пошто постоје ситуације када се мајка не може старати о детету, онда та иста права из радног односа (на породилско одсуство и одсуство са рада ради неге детета (за прво и друго дете - у трајању од 365 дана, за треће дете и свако наредно две године); на одсуство са рада ради посебне неге детета или друге особе; на одсуство ради неге детета до његове треће године живота и рад са скраћеним радним временом ради неге детета оштећеног неком врстом парализе.) може да користи и отац детета, а уколико и отац није у прилици да их користи, тада наведена права користи усвојилац, хранитељ, односно старатељ детета. Дакле, овде није реч искључиво о заштити жене“. П. Јовановић, „Посебна радноправна заштита поједних категорија радника, категорија“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2015, 1466.

<sup>37</sup> П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2018, 293.

#### 4. ПРАВО НА ВРАЋАЊЕ НА РАД ПО ИСТЕКУ ОДСУСТВА СА РАДА УСЛЕД РОЂЕЊА ДЕТЕТА

Осим суспензије права на отказ уговора о раду запосленој услед рођења детета, у циљу заштите жена на раду, као и сигурности запослења, стандарди Међународне организације рада запосленој гарантују и право да ће се по истеку породилског, односно одсуства са рада ради неге детета вратити на исто или радно место еквивалентно оном које је имала пре одсуства. Међутим, иако супротно одредбама Конвенције број 183, наше законодавство не проширује и заштиту запослених од отказа уговора о раду и одређено време по повратку на рад након истека одсуства са рада ради неге детета, нити експлицитно гарантује запосленој враћање на исто или еквивалентно радно место оном које је имала пре одсуства.

У пракси се наилазило на случајеве да су женама након повратка са породилског одсуства зараде биле смањене по основу „губитка капацитета за рад“ који би задржале и прошириле да нису биле одсутне са рада. На овакву праксу је у 2014. години у допису Међународној организацији рада указао Савез независних синдиката Србије наводећи да је клаузула у којој је женама након повратка са породилског одсуства смањена плата по наведеном основу, присутна у уговорима, чиме се директно крше одредбе Конвенције број 183.<sup>38</sup>

Право на повратак на рад након породилског одсуства требало би да буде обухваћено законом гарантованим правом запослене на одлазак на породилско одсуство с обзиром на то да је породилско одсуство тренутни прекид запослења. Међутим, и у земљама широм света, право на повратак на рад након породилског одсуства се различито посматра. Тако на пример, жена *има право* да задржи исти положај који је имала пре одласка на породилско одсуство у Русији, Молдавији, Новом Зеланду, Узбекистану, Мексику. Са друге стране, у Аустралији, Хрватској, Монголији, Исланду и Италији, предвиђено је да би, радно место које ће жена заузети након повратка са породилског одсуства, *требало да буде исто или еквивалентно* оном које је заузимала пре одласка на породилско одсуство. Пример врло повољног решења по запослене можемо пронаћи у Јапану где постоје одредбе којима су послодавци у обавези да дају предност бившим запосленима приликом запошљавања у случају када су напустили посао због трудноће, одсуства ради неге деце или породичних обавеза.<sup>39</sup> Овде је потребно нагласити да, иако се гарантује повратак на

---

<sup>38</sup> *Maternity and paternity at work - law and practice across the world*, 81.

<sup>39</sup> *Maternity at work: a review of national legislation, Findings from the ILO Database of conditions of work and employment laws*, Second edition, International Labour Office, Geneva, 2010, 68-69.

исто или еквивалентно радно место, закони наведених држава не препознају и потребу да се предвиди и право на исту или еквивалентну зараду која је претходила одласку на породилско одсуство. На тај начин, отвара се простор да, иако је гарантовано право на исту радну позицију, оно није праћено и правом на исту зараду.

Заштита запослења мајкама у смислу права на повратак на исте послове након истека породилског одсуства може се сматрати оправданом, ако се узме у обзир и чињеница да политика запошљавања жена<sup>40</sup> указује на мањи проценат заступљености жена на тржишту рада у односу на мушкарце. Указујемо да Национални акциони план запошљавања за 2018. годину сврстава жене у теже запошљива лица из категорије посебно осетљивих незапослених, не одређујући никакве критеријуме по основу којих би жене оправдано биле сврстане у категорију теже запошљивих лица заједно са избеглим и расељеним лицима, повратницима према споразуму о реадмисији, самохраним родитељима, супружницима из породице у којој су оба супружника незапослена, родитељима деце са сметњама у развоју, бившим извршиоцима кривичних дела.<sup>41</sup>

Један од разлога гаранције враћања на исто или еквивалентно радно место јесте онемогућавање да жена буде санкционисана због чињенице да реализује своју репродуктивну функцију.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Основни циљ заштите жена од отказа уговора о раду може се посматрати у светлу обезбеђивања сигурности запослења као и спречавања дискриминације жена на раду у вези са трудноћом. Додатно имајући у виду да се заштита жена на раду од отказа уговора о раду чврсто везује за потребу да се запослене заштите на раду услед остваривања своје репродуктивне функције то је од значаја истаћи да би

---

<sup>40</sup> Национални акциони план запошљавања за 2018. годину, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 120/2017, одељак 9.

<sup>41</sup> Стопа запослености жена износи 38,1%, што је за 14,7 мање од стопе запослености мушкараца (52,8%), док је највећи родни јаз на тржишту рада, када је реч о запослености, забележен је у категорији лица 55–64 године старости, где је стопа запослености жена 32,5% а стопа запослености мушкараца 52,8%. Са друге стране, када је реч о проценту запослености мушкараца и жена истог нивоа знања, значајно је приметити да у оквиру категорије високо образованог становништва процентуални јаз између мушкараца и жена готово и да не постоји - 70,9% жена, односно 69,5% мушкараца. *Жене и мушкарци у Републици Србији*, Републички завод за статистику, Београд, 2017, 62.

се заштита од отказа уговора о раду требало посматрати и у светлу заштите деце, односно породице.

Један од могућих *de lege ferenda* предлога, којима би се заштита жена од отказа уговора о раду ојачала јесте гаранција запосленој да ће се по истеку породилског, односно одсуства ради неге детета, вратити на исто радно место или радно место еквивалентно оном на којем је радила пре одласка на одсуство, укључујући и право на исту или еквивалентно исту зараду.

Будућим изменама и допунама Закона о раду у правцу проширења законске заштите од отказа уговора о раду запослених допринело би се јачању положаја жена на тржишту рада, лакшем приступу и задржавању на тржишту рада, али би се уједно и пружила подршка породици и охрабрили запослени да се без бојазни од недостатка финансијских средстава које рад подразумева, остваре у улози родитеља.

## ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ ПРАВА

Закон о раду, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 и 113/2017.

Конвенција број 103 о заштити материнства, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 9/55.

Конвенција број 156 о једнакој могућности за раднике и раднице са породичним обавезама, „Службени лист СФРЈ-Међународни уговори“, бр. 7/87.

Конвенција Међународне организације рада бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, „Службени лист СФРЈ-Међународни уговори“, бр. 4/84, 7/91.

Конвенција број 183 о заштити материнства, „Службени гласник Републике Србије - Међународни уговори“, бр. 1/2010.

Ревидирана европска социјална повеља, „Службени гласник РС - Међународни уговори“, бр. 42/09.

Национални акциони план запошљавања за 2018. годину, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 120/2017.

Устав Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/2006.

Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 1639/2014 од 30.9.2015. год.

Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 2458/2015 од 14.4.2016. год;

Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 584/2016 од 1.2.2017. год.

Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2580/2016 од 16.6.2017. год.

Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding - tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC /Official Journal L 348, 28/11/1992.

\* *Жене и мушкарци у Републици Србији*, Републички завод за статистику, Београд, 2017.

Ивошевић, З., Ивошевић, М., *Коментар Закона о раду*, треће измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2016.

Јашаревић, С., „Заштита од отказа у Србији у светлу међународних стандарда и упоредне праксе“, *Радно право и социјално осигурање*, 1/2018.  
Јовановић, П., „Посебна радноправна заштита поједних категорија радника, категорија“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2015.

Јовановић, П., *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2018.

Ковачевић - Перић, С., „Посебна заштита од отказа уговора о раду - *de iure i de facto*“, *Правни живот*, 11/2017.

Ковачевић, Љ., Ваљани разлози за отказ уговора о раду, Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2016.

Ковачевић, Љ., „Равноправност мушкарца и жена као битан елемент равноправног запошљавања: прилог дискусији о нацрту Закона о родној равноправности“, *Радно и социјално право*, 1/2018.

Ковачевић, Љ., Новаковић, У., „Мирно решавање спорова поводом дискриминације запослених по основу породичних дужности“, *Право и привреда*, 7/9 2018.

Лубарда, Б., „Закон о раду и европски радни стандарди“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, 3/2006.

Перишић, Н., „Положај жена на тржишту рада - родна перспектива „државе благостања““, *Социјална мисао*, 1/2010.

Симоновић, Д., *Путеви и странпутице нашег радног законодавства*, Глосаријум, Београд, 1997.

Hardy, S., Butler, M., *European Employment Laws a comparative guide*, Second edition, Spiramus Press, London, 2011.

ILC, 82<sup>nd</sup> Session, *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Office, Geneva, 1995.

ILO, *Maternity protection resource package: From aspiration to reality for all. Part two – Employment protection and non-discrimination*, International Labour Office, Geneva, 2012.

*Maternity at work: a review of national legislation, Findings from the ILO Database of conditions of work and employment laws*, Second edition, International Labour Office, Geneva, 2010.

*Maternity and paternity at work - law and practice across the world*, International Labour Organisation, Geneva, 2012.

Paul, J., *Healthy beginnings: Guidance on safe maternity at work*, International Labour Organization, Geneva, 2004.

*Termination of employment relationships. Legal situation in the Member States of the European Union*, European Commission, 2006.



**Jovana MISAILOVIĆ**

Research associate at Institute of Comparative Law in Belgrade

## **PROTECTION OF WOMEN AGAINST DISMISSAL**

### *Summary*

The protection of women from a dismissal is extremely important guarantee to all working women. Provisions of the International Labour Organization's convention which set the fundamental standards of protection of working women from a dismissal mean that the special protection of this specific group of women is needed, especially the protection of working women relating motherhood. This is important, having in mind the negative consequences of a dismissal, especially the ones that can have a negative impact on pregnant women, lactating women or new mothers. Hence, the protection of this specific group of women is closely related with a need to protect working women's reproductive rights, but also preventing that pregnancy and maternity become grounds for discrimination at work.

However, one of the main deficiencies in regulation of protection against dismissal in domestic legislation is that this protection is not extended to a certain period of time after woman's return to work and both her maternity leave and nursing leave had expired, as well as a non-existing guarantee that when her parental leave expires, she will be returned to the same or equivalent position to the one she had before the leave.

Adoption of the Amendments to the Labour Law with the intention of expanding legal protection against dismissal would contribute to the strengthening of the position of women in the labour market, easier access and remain on the labour market, but also give support to the family and encourage workers to become parents without the fear of losing a source of income.

**Key words:** *dismissal, motherhood, discrimination, protection of women.*

CIP - Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

34(082)

НАУЧНИ скуп са међународним учешћем Право у функцији развоја друштва (2019 ;  
Косовска Митровица)

Право у функцији развоја друштва : зборник радова = The Role of Law in Social  
Development : collection of papers. Том 1 / [главни и одговорни уредник Дејан  
Мировић]. - Приштина [тј.] Косовска Митровица : Правни факултет Универзитета,  
2019 (Краљево : Кварк). - 721 стр. ; 25 cm

"Научни скуп са међународним учешћем одржан је 24. маја 2019. године на Правном  
факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској  
Митровици" --> насл. стр. - Тираж 100. - Напомене и библиографске референце уз  
текст. - Библиографија уз сваки рад.

ISBN 978-86-6083-059-5

1. Уп. ств. насл.

а) Право -- Зборници

COBISS.SR-ID 276474892