



# АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

---

# ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Драгор Хибер, Промена повериоца или новација и застарелост-----	5
Жика Бујуклић, Вишезначност термина <i>ius</i> и <i>lex</i> и њихов међусобни однос-----	21
Саша Б. Бован, Природа јуристичког закључка-----	43
Бранко М. Ракић, О смислу „сарадње“ или „дијалога“ између суда правде ЕУ и судова држава чланица ---	69
Ивана Крстић, Принудно исељење – универзални међународни стандарди-----	92
Татјана Јевремовић Петровић, Појам и правна природа прекограничне конверзије-----	110
Никола Бодирога, Понављање парничног поступка због одлуке Уставног суда-----	131
Марко Давинић, Принудно исељење и расељавање – управно-правни аспекти-----	149
Горан Дајовић, Природа правне теорије Роналда Дворкина –	166
Татјана Јованић, Управноправна заштита потрошача ----	180
Милош Јовановић, Француска, НАТО и „Европа одбране“ –	197
Андреја Катанчевић, <i>Vis maior</i> и <i>locatio conductio fundi</i> ----	215
Нина Кршљанин, Мере против корупције у српском средњовековном праву-----	230

---

## ЗАКОНОДАВНА И СУДСКА ПРАКСА

Марија Драшкић, Повреда права на живот: прва одлука Уставног суда-----	245
Миодраг Јовановић, О правној природи националних савета националних мањина -----	261
Владан Петров, Статут АП Војводине од 2009. пред Уставним судом – последњи чин? -----	266
Наташа Делић, Нова решења у глави кривичних дела против јавног реда и мира (XXXI) -----	278
Миљивој А. Лазић, Неки проблеми у вези с кривичним делима злоупотребе опојних дрога -----	295

## ЈУБИЛЕЈ

Ратко Марковић, Понос српске уставности – 125 година од доношења Устава Краљевине Србије од 1888. ---	315
--	-----

## БИБЛИОГРАФИЈА

Добрило Аранитовић, Његош и право Прилог библиографији (1842–2007) -----	320
---	-----

## ПРИКАЗИ

Robert J. Shiller, <i>Finance and the Good Society</i> , Princeton University Press, Princeton and Oxford 2012, 288. (Борис Беговић) -----	333
Andrej Savin, <i>EU Internet Law</i> , Elgar European Law, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2013, 266. (Драгор Хибер)-----	338
<i>Ко бира судије уставног суда?</i> , Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2012, стр. 286. (Ђорђе Марковић) -----	344

---

**НЕКРОЛОЗИ**

Миодраг Орлић, *Радомир Ђуровић* (1926–2013) ----- 348

Емилија Вукадин, *Владета Станковић* (1932–2013)----- 352

Милован Митровић, *Владимир Б. Милић* (1938–2013) ----- 355

**ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА** ----- 357

**Упутство за ауторе** ----- 362

Др Драгор Хибер\*

## ПРОМЕНА ПОВЕРИОЦА ИЛИ НОВАЦИЈА И ЗАСТАРЕЛОСТ

*Примена опитних и на изглед стабилних установа грађанског права с времена на време (ипак) доведе до нових и озбиљних контроверзи у примени права. Такав случај често бива када старе установе треба применити на односе накнадно преуређене специјалним законима донетим за неку посебну ситуацију. Недовољна усклађеност посебних и опитних норми тада може довести до одступања од општеу својених принципа грађанског права и спорне праксе која проузрокује правну несигурност.*

*Такав случај је настао након што је држава (Србија односно СР Југославија) споразумом са страним повериоцима окупљеним у тзв. Лондонски и Париски клуб поверилаца преузела и почела да измирује дугове домаћих банака за које је била гарант. По општим правилима облигационог права то је довело до суброгације државе у потраживања страних поверилаца према тим банкама, а по посебним законима тим поводом донетим и до и конверзије тако стечених потраживања државе у капитал банака чије је дугове платила, а затим, нарочито с обзиром на њихов стечај, и до настојања да се законом успостави директна правну веза са крајњим дужницима, којима су банке даље пласирале средства у питању.*

*Када су доцније ова потраживања (према корисницима) утужена, дужници су се позвали на застарелост. Привредни судови су најчешће у том смислу је њихова пракса практично јединствена одбијали овај приговор, позивајући се на различите, међусобно искључујуће разлоге: да је плаћањем страном повериоцу од стране државе настала сасвим нова облигација, да је то облигација из правно неоснованог обогаћења и да она није застарела, да је плаћањем дошло до новације, да је наступио прекид (првобитног) тока за старелости, да је у питању законска облигација. Истоврсне мериторне одлуке и потпуно различити основи за њихово доношење показују да је јединственост привидна и да судови лутају у примени тако старе установе као што је застарелост. У тексту су, из угла облигационог права коме установа застарелости припада, критикована решења односно разлози на које су се судови позивали,*

---

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [hiber@ius.bg.ac.rs](mailto:hiber@ius.bg.ac.rs).

*показана је њихова незаконитост, истовремено и подржан став Врховног касационог суда који је (у мањем броју одлука) нашао да установи застарелости има места, јер промена повериоца, сама по себи, не може утицати на застарелост потраживања.*

Кључне речи: *Застарелост. Персонална суброгација. Утицај суброгације на потраживања према дужниковим дужницима. Новација. Плаћање туђе обавезе. Прекид рока или наступање застарелости.*

## 1. ПОВОД: ЈЕДНО ПРАВНО ПИТАЊЕ И ОДГОВОРИ У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Творци права, они на којима је надлежност да усвајају прописе, реагујући правом на одређења, конкретна животна догађања, *праксу*, стварају понекад правне норме које истина нису у формалном смислу појединачне, јер се имају применити на све случајеве, све односе произашле из тих догађања, дакле на низ, мноштво односа, али се од других општих норми разликују јер су намењене да регулишу *само* односе везане за тај догађај, повод, односно тај тип догађаја. Искрпљењем тог ипак ограниченог броја случајева престаје и потреба за њиховим постојањем. Отуда често немају једноставност и непосредност које имају појединачне норме, али их исто тако често и не краси утканост у логичан, целовит правни систем какав би сваки морао бити, и која је карактеристична за опште норме. Отуда противуречности и нејасноће у примени права, нарочито када треба повезати такве норме и оне опште у правом смислу, традиционалне, свуда и увек присутне правне установе.

Последица таквог нормирања је да се у примени права доводе у питање иначе стабилна и општеприхваћена правила. Судови лутају, доносе нејасне, противуречне и понекад отворено незаконите одлуке у примени иначе добропознате и неконтроверзне установе, када је доведу у везу са новим решењима.

Тако су последњих година у пракси привредних судова доведена у питање правила о застарелости потраживања. Шта ако је по општим правилима облигационог права, примењеним на начин на који се иначе примењују, једно потраживање, иначе уређено и посебним законима, и то управом типом закона споменутих на почетку, застарело, а нови закон застарелост није имао у виду? У споровима значајне економске, али и правне вредности – јер ради се о правној установи битној за правну сигурност – судови су тражили начин да приговор застарелости одбију, олако напуштајући до тада неспорна решења. Извод из једне одлуке, објављене у часопису који има за циљ да обавести привреднике о ставовима судова, то добро илуструје:

„Застарелост потраживања чији је поверилац Република Србија, по основу Закона о регулисању односа Републике Србије и банака у стечају, по основу преузетих иностраних кредита, односно зајмова и Закона о регулисању односа између СРЈ и правних лица и банака са територије СРЈ који су првобитни дужници или гаранти према повериоцима Париског и Лондонског клуба, почиње да тече тек од момента када је Република Србија постала поверилац, јер је доношењем ових закона између Републике Србије и првобитних дужника заснован нов, самосталан облигациони однос“.<sup>1</sup>

Ова одлука само је једна од више донетих на основу истих или сличних, мање-више неспорних чињеница. Спорови су покретани тужбом банака против „крајњих“, „оригиналних“<sup>2</sup> дужника из уговора о кредиту, зајмопримаца код којих су кредитне партије за извор средстава имале зајмове које су од иностраних поверилаца добили њихови кредитори, па су ти зајмови били обухваћени споразумима са Париским, односно Лондонским клубом<sup>3</sup>, као и Међународним монетарним фондом и другим међународним финансијским институцијама. Дакле, у „кредитном ланцу“ тужени су били коначни дужници, наспрам њих су стајале банке – кредитори, понекад су те банке средства обезбедиле од других домаћих банака, позајмљена средства су, даље, добијена од ино-поверилаца, а држава (која је најчешће била гарант тих кредита) се са „крајњим“, ино-кредиторима споразумела о преузимању и исплати дугова, уз значајан дисконт. Специфичност ових (у односу на крајње дужнике најчешће наменских) кредита била је, дакле, у томе што су средства која су била предмет кредита обезбеђена тако што је изворни зајмодавац био неки од страних поверилаца обухваћених Париским, односно Лондонским клубом, који је кредит одобравао или (а) правном лицу – крајњем кориснику у Србији (СР Југославији, односно некадашњој СФРЈ), уз гаранцију неке банке са територије Србије (СР Југославије) која се у тренутку консолидације налазила у положају дужника према том страном повериоцу, или (б) банци са седиштем на територији Србије (СР Југославије, односно некадашње СФРЈ), која је даље закључила уговор о кредиту са крајњим корисником, или (в) банци са седиштем

<sup>1</sup> Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 721/2010, од 25.2.2010. године, *Билтен судске праксе привредних судова, Привредни саветник*, бр. 1/2010, 32.

<sup>2</sup> Израз „оригинални дужник“ у нешто другачијем значењу (за банке које су биле дужници страних кредитора, у овим споровима тужиоци или правни претходници тужилаца) користи и Закон о регулисању односа између СРЈ и правних лица и банака са територије СРЈ који су првобитни дужници или гаранти према повериоцима Париског и Лондонског клуба, *Службени лист СРЈ*, бр. 36/02, чл. 3, ст. 2.

<sup>3</sup> Вид. Закон о потврђивању Усаглашеног записника о консолидацији дуга Савезне Републике Југославије, *Службени лист СРЈ Међународни уговори*, бр. 2/02.

на територији Србије (СР Југославије, односно некадашње СФРЈ), која је средства пренела другој банци, која је даље закључила уговор о кредиту са крајњим корисником, или (г) правном лицу – крајњем кориснику у Србији (СР Југославији, односно некадашњој СФРЈ)<sup>4</sup>, уз гаранцију неке банке која није са територије Србије (СР Југославије), односно која је за његов рачун са страним повериоцем уговор закључила.

У свим наведеним случајевима је *дуг* домаће банке којој је кредит одобрен или која је издала гаранцију за домаће правно лице престао у односу на страног кредитора, потписивањем споразума између СР Југославије и синдикализованих страних поверилаца. Споразуми су имали карактеристике преузимања дуга<sup>5</sup> (с обзиром на то да је уз сагласност повериоца држава ступила на место дужника), али само по ефекту. Недостаје уговор између банака и државе, као инструмент преузимања дуга (уз сагласност повериоца). Више аргумената има да се операција квалификује као исплата туђег дуга, јер су у сложеном репрограму страни повериоци у односу на првобитни дуг били кроз споразум намирени, тако што су истовремено прихватили да испуњење буде у оброцима (и уз дисконт). Примена обе установе доводи до престанка обавезе домаћих банака према страним повериоцима. Да су страни кредитори и држава имали у виду другу установу (тј. исплату туђег дуга) произлази из чињенице да су сви учесници у правном односу подразумевали да је држава суброгира-ла у права страних поверилаца, а посебним законима уређивана су специфична питања те суброгације. Потраживање је, дакле, прешло на државу као исплатиоца. То је правна последица која произлази из општих правила облигационог права. По члану 300 Закона о облигационим односима, „кад обавезу испуни лице које има неки правни интерес у томе, на њега прелази по сâмом закону у часу испуњења повериочево потраживање са свим споредним правима.“<sup>6</sup> *Правно питање на које суд одговора у пресуди је како је то утицало на потраживање које је банка имала према сопственим дужницима, ако је зајам или кредит одобрила из средстава добијених од тог страног повериоца.*

<sup>4</sup> У даљем тексту имаће се у виду само банке и крајњи корисници – правна лица која имају „националну припадност“ Републике Србије. Вид. о овоме: Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2001, 279-283.

<sup>5</sup> Вид. чл. 446 Закона о облигационим односима.

<sup>6</sup> У кредитима о којима је реч држава је (по правилима о сукцесији од СФРЈ до Србије) као гарант, својеврстан јемац, несумњиво овакав интерес имала.



## 2. ПОНУЂЕНИ РАЗЛОЗИ ЗА ОДБИЈАЊЕ ПРИГОВОРА ЗАСТАРЕЛОСТИ И ЊИХОВА КРИТИКА

Прва правна претпоставка од које ваља поћи у анализи већ цитиране пресуде, односно одговора који је суд дао на приговор крајњег дужника да је његов дуг застарео је, дакле, да је држава (Савезна Република Југославија или република чланица у моменту поравнања, односно Република Србија за анализирани случајеви, применом правила о сукцесији у сваком случају), закључењем уговора и ратификацијом кроз *Закон о потврђивању Усаглашеног записника о консолидацији дуга Савезне Републике Југославије*, суброгирала у права страног повериоца у односу на банке које су према њему биле у дугу. (Ако би се претпоставило да је споразум са страним повериоцима значио „само“ преузимање дуга, банке би биле ослобођене својих дуговања, а на однос банке и примаоца кредита не би било никаквог утицаја, па ни на примену установе застарелости.)

Наредна претпоставка је да би потраживање банке према крајњем кориснику кредита било застарело (то је тврдња туженог у спору у коме је одлука донета) да није било околности везаних за чињеницу да се држава с иновериоцима споразумела, да се дужник на приговор застарелости позвао, а да је суд приговор одбио прихвативши управо тврдњу да је поменута суброгација, исплата дуга страном повериоцу од стране државе, застарелост спречила, јер – како стоји у пресуди – застарелост „почиње да тече тек од момента када је Република Србија постала поверилац.“ Суд је вероватно мислио „поново да тече“, мада није немогуће да је сматрао да се ради о новој облигацији и новом року.

Оно што у односу на ове претпоставке на сâмом почетку треба нагласити је да правно посматрано персонална суброгација (промена повериоца) не дира у предмет и садржину, па ни правни режим облигације настале између првобитног повериоца и дужника, дакле корисника кредита и кредитора – банака, чији је дуг држава платила. Ипак, посебним законима, Законом о регулисању односа Републике Србије и банака у стечају, по основу преузетих иностраних кредита, односно зајмова<sup>7</sup> и Законом о регулисању односа између СРЈ и правних лица и банака са територије СРЈ који су првобитни дужници или гаранتي према повериоцима Париског и Лондонског клуба – на то упућују сâми називи ових закона – посебно се уређују односи тих „првобитних“ банака– дужника (а не дужника из кредита којима су позајмљена средства даље пласирана) према повериоцима Париског (Лондонског) клуба, односно другим обухваћеним међународним повериоцима, а делом и односи тих поверилаца и државе. Посебно

<sup>7</sup> *Службени гласник Републике Србије*, бр. 45/05.

уређивање састоји се у томе што се ови дужници ослобађају обавезе према страним повериоцима, држава ступа на место повериоца, па обавеза дужника сада постоји према држави. У крајњој линији, закон потврђује суброгацију до које по општим правилима облигационог права долази. Још једном треба нагласити: по општим правилима облигационог права, при томе, ништа се у обавезама дужника, када дође до промене повериоца (било да је до те промене дошло на основу уговора /цесија/, било на основу чињеница које је закон предвидео /законска цесија, персонална суброгација/), не мења: ни садржина, ни предмет, ни основ, ни услови, ни рокови дужникове обавезе. Промена субјекта не доводи ни до новације,<sup>8</sup> а ни до прекида,<sup>9</sup> ни до застоја рока застарелости, изузев ако у односу на новог повериоца не постоји посебан разлог за застој.<sup>10</sup> (Непромењени) односи између државе и банака тим пре нимало не утичу на правни положај банчиних дужника. Нарочито: *поставиши суброгацијом поверилац банке, држава није постала поверилац њених дужника.*

Ипак, посебна правна ситуација настаје ако је дужник или гарант према страном повериоцу била банка у односу на коју је отворен стечај, и то на основу Закона о регулисању односа Републике Србије и банака у стечају.<sup>11</sup> Тај закон предвиђа да се правна лица – крајњи корисници кредита и њихове пословне банке које су у скицираном кредитном ланцу били њихови гаранتي код уговарања спорних кредита са банкама (сада) у стечају, па тиме и дужници према њима – ослобађају обавеза према тим повериоцима и постају дужници државе (која је суброгирала у потраживања која су страни повериоци имали према банкама стечају). Закон је дакле успоставио директну правну везу између државе и крајњих корисника кредита, пошто је претходно предвидео да се потраживање државе настало плаћањем према иноповериоцима конвертује у капитал државе у тим банкама<sup>12</sup> по основу плаћања према иноповериоцима. И ова законска цесија (сукцесија или конверзија, чија правна природа заслужује да буде предмет посебног текста) не мења ништа (сем евентуално по-

<sup>8</sup> Вид. чл. 348 Закона о облигационим односима.

<sup>9</sup> Вид. чл. 387–388 Закона о облигационим односима.

<sup>10</sup> Вид. чл. 383 Закона о облигационим односима (несавладиве препреке). Вид. за идентитет тражбине, особине субјекта преносиоца и стицаоца и утицај на застарелост Ненад Тешић, *Продаја и пренос потраживања*, Београд, 2012, 228.

<sup>11</sup> Вид. чл. 3–64 Закона о регулисању односа Републике Србије и банака у стечају.

<sup>12</sup> По Закону о регулисању односа између СРЈ и правних лица и банака са територије СРЈ који су првобитни дужници или гаранти према повериоцима Париског и Лондонског клуба, чл. 3 и 4, банке чије је дугове држава платила биле су дужне да емитују акције, које је држава стекла конвертујући потраживање стечено плаћањем према иноповериоцима.

вериоца) у положају крајњих дужника. Тако, по општим правилима облигационог права, али и по тексту посебних закона на које се суд у анализираној пресуди позива, према новом повериоцу (или банкама које је држава овластила да „управљају“ тим потраживањима) крајњи дужници дугују исто и под истим условима;<sup>13</sup> са гледишта начела уговорног права нарочито је незамисливо да због промене повериоца положај дужника буде погоршан,<sup>14</sup> па и тиме што би без постојања разлога законом предвиђених дошло до прекида тока рока застарелости.

Како су иницијални кредити реализовани давно, пре распада СФРЈ, дакле пре више деценија, када су се банке – повериоци, држава или банке које је она овластила обратили крајњим корисницима за наплату, тражећи онолико колико дуг са каматом износи<sup>15</sup>, ови су се, поред осталог, позвали на застарелост. Судови су, позивајући се на различите установе<sup>16</sup> облигационог права, ове приговоре одбијали, па је формирана по исходу јединствена, по разлозима различита – па већ стога не увек разумљива пракса, коју и пресуда наведена на почетку овог текста репрезентује.

У коментарисаној одлуци, Привредни апелациони суд се, тражећи основ да одбије приговор застарелости, позвао на установу стицања без основа, уже – на издатак за другог.<sup>17</sup> Склопивши споразум са повериоцима Париског или Лондонског клуба и ММФ и доневши цитиране законе, држава је, по схватању суда, учинила издатак за другог. Тиме је и стекла право да захтева *накнаду* од њега. Са уговорним пореклом обавезе коју је дужник имао према банци

<sup>13</sup> „Персонална суброгација је замена субјекта новим, без замене права односно обавеза, уз даљу примену истог правног режима“ вид. Владимир Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, 2012, 288.

<sup>14</sup> Промена повериоца...“ни на који начин не сме да погорша правни положај дужника!“ Оливер Антић, *Облигационо право*, 2007, 126. Ипак је на Седници одељења Привредног апелационог суда одржаној 23.10.2012, позивом на члан 300 Закона о облигационим односима, рок почео да тече од доношења закона на основу ког је држава исплатила обавезу банака према страним повериоцима, дакле супротно слову закона и и јединственом ставу доктрине. Вид. „Судска пракса привредних судова“, *Билтен*, бр. 3/2012. Суброгација у ранију обавезу тако што настаје нова није објашњења,

<sup>15</sup> Важно је истаћи, не (сразмерно) онолико колико је држава страним повериоцима платила, и не са каматом од момента плаћања од стране државе, већ од доспелости потраживања.

<sup>16</sup> Између осталог, на основу става да уговор о кредиту не спада у промет роба и услуга, закључено је да је рок за потраживања из овог уговора општи, дакле 10 година. Тиме је суд заправо потврдио да се ради о уговору о кредиту, а затим се у одлуци позивао на одредбе Закона о облигационим односима које се примењују на вануговорну облигацију. Ова конфузија не заслужује коментар.

<sup>17</sup> Вид. чл. 218 Закона о облигационим односима.

је дефинитивно прекинуто. Облигација из новог, независног извора, стицања без основа, у којој је поверилац држава, настаје, зависно од савесности стицаоца,<sup>18</sup> у моменту када је издатак учињен или захтев за повраћајем поднет. Како је у питању нова облигација, како „право тужиоца да потражује утужени износ има самостални облигационоправни извор, ... застарелост права да захтева исплату доспелих кредитних обавеза ... није могла да почне да тече према роковима из основних уговора о кредиту... Дакле, застарелост права да захтева исплату утуженог потраживања за тужиоца је могла да почне да тече у смислу чл. 361 Закона о облигационим односима тек од момента када је тужилац преузео на себе обавезе према инокредиторима, односно од момента када је поједине доспеле транше уговора измирио према иностранству...(па имајући у виду да)...од доношења већ помнутих закона и потписивања међународних споразума који се односе на овде утужене обавезе, па до дана утужења није протекао рок застарелости од 10 година следи да је првостепени суд правилно одбио истакнути приговор застарелости“ – наводи суд у образложењу ове одлуке, коју је због необичне аргументације било неопходно шире цитирати.

Изнето схватање суда је неприхватљиво, па и тешко разумљиво, из више разлога.

Нелогичност става суда за основни (и довољан) извор има то да се на описану ситуацију не могу применити правила о стицању без основа, односно издатку за другога. Суд налази да је плаћање туђег дуга издатак за другога јер је „тужени по закону био дужан да измирује обавезе“, па се и позива на одредбе Закона о облигационим односима (чл. 17, 262 и 1065). Између опште обавезе утврђене законом (да се облигационе обавезе морају измирити) и законске обавезе у односу на коју је настао издатак који даје право на накнаду, постоји несумњиво одлучујућа разлика. Законска обавеза је она која свој извор (основ) има у сâмом закону, односно чињеницама које је законска одредба утврдила (на пример, обавеза на законско издржавање, или обавеза на плаћање пореза)<sup>19</sup>. Закон обавезује, наравно, и да се извршавају обавезе из других извора: уговора, једно-

<sup>18</sup> Вид. чл. 214 Закона о облигационим односима.

<sup>19</sup> Вид. за закон као извор права у нашем и упоредном праву О. Антић, 117-119. Упор. за законске облигације у ужем смислу Јаков Радишић, *Облигационо право, општи део*, 2004, 69. Вид. критички у односу на овај појам Слободан Перовић, *Облигационо право, књига прва*, 1990, 144. На члан 218 Закона о облигационим односима позива се на Седница одељења Привредног апелационог суда одржана 23.10. 2012, истовременом са позивом на члан 300 Закона. По томе овде је у питању истовремено и суброгација и издатак за другога, што је правно немогуће и конфузију насталу настојањем да се негира застарелост чини очигледном. . Вид. „Судска пракса привредних судова“, *Билтен*, бр. 3/2012.

стране изјаве воље, деликта, али то наравно *нису* по свом извору *законске* обавезе, него уговорне, обавезе на накнаду штете и др. Када неко изврши туђу законску обавезу, може доћи до примене члана 218 Закона о облигационим односима. Када неко, међутим, испуни обавезу из постојећег облигационог односа, ради се о *начину престанка облигације испуњењем од стране трећег лица*, уз уговорени<sup>20</sup> или законски прелазак права на испуниоца.<sup>21</sup> Не може једна обавеза истовремено бити и уговорна и вануговорна. У питању су битно различите установе. Евентуална сличност животне ситуације не дозвољава избор у примени једне од њих. То следи из начела *lex specialis derogat legi generali*: примена правила изричито утврђених законом о исплати туђе обавезе искључује примену општег правила о накнади издатка за другога. И правне последице су битно дугачије. Код издатка за другога, лице чија је имовина без основа умањена учињеним издатком има право да тражи онолико колико издатак износи. Онај ко је платио туђ дуг стиче право повериоца, онакво и онолико какво је постојало у моменту у коме је дуг исплаћен са свим акцесорним обавезама. Примени члана 218 Закона о облигационим односима у описаном чињеничном стању никако нема места, па анализирана одлука већ на основу тога представља пресуду засновану на погрешној примени материјалног права.

Неутемељеност анализиране пресуде показују и друге погрешке које је следствено суд морао да учини, пошавши од непримењиве квалификације да дужник, након што је држава регулисала банчин дуг, дугује не више по основу уговора о кредиту, већ на основу издатка за другога. Суд тако расправља о потраживању обавеза из уговора о кредиту, на њих се позива, а утврђује да није застарело потраживање издатка за другога. Ово друго потраживање, да га има, могло би да износи само онолико колико је и издатак износио. На основу правно неоснованог обогаћења (стицања без основа) поверилац може да тражи само онолико колико је његова имовина умањена, колико је „издао“, колико је из његове имовине прешло у имовину обогаћеног.<sup>22</sup> У овом и сличним предметима, тражећи исплату, банка, односно држава потражују онолико колико је оригинално дуг износио, увећано за камату, а не онолико колико је држава прихватила да плати страним повериоцима. Код суброгације, укључив и ону до које је дошло цесијом, нови поверилац потражује од дужника све

<sup>20</sup> Вид. чл. 299 Закона о облигационим односима.

<sup>21</sup> Вид. чл. 300 Закона о облигационим односима. О суштински јединственом правном режиму персоналне суброгације у ужем смислу или законске цесије (вид. за *cessio legis* Ј. Радишић, 379) и цесије, уговорног преноса потраживања (вид. В. Водинелић, 288).

<sup>22</sup> Вид. чл. 210 Закона о облигационим односима.

шта је потраживао стари, па и ако је овај прихватио да прими мање. Управо је тако у коментарисаним случајевима. Несумњиво да се може закључити да би, када би стајало да је у питању настанак нове облигације, настале издатком за другог, *држава могла да претендује на онај износ, тј. проценат из првобитног дуга, колико се обавезала да исплати повериоцима Париског (Лондонског) клуба и ММФ, а не на износ по кредитним партијама.*

Правна неутемељеност оваквог резона суда рађа и проблем у идентификацији дужника обавезе. Држава није, по правилу ни у коментарисаним случајевима, исплатила дуг крајњих дужника, који су они, уосталом, имали према домаћим банкама, већ дуг домаћих банака. „Законска обавеза“ која је наводно у основи издатка за другог није законска обавеза оног ко се на застарелост позива. И када би се ова установа могла применити на однос државе и пословних банака – а не може – њој нема места у односу државе и дужника тих банака. Ако је учињен издатак за једно лице, не може се тражити накнада од његових дужника!

Само ради додатне илустрације правне неутемељености решења из пресуде, може се разматрати сценарио у коме је, у моменту који суд наводи као почетак тока застарелости из члана 361 Закона о облигационим односима, дуг дужника који се на застарелост позива већ био застарео. Позивање сада на правила о застарелости обавезе из издатка за другог значило би да је држава инопOVERиоцима платила већ застарелу обавезу, па се морало применити правило члана 213 Закона о облигационим односима. Суд би морао да констатује да је, прво, та застарела обавеза природна обавеза, а затим да то искључује захтев због стицања без основа. (Наравно, обавеза банке која је вукла кредит од страног кредитора није морала истовремено бити застарела, на пример из разлога што се на њу примењивало страно право са дужим роком застарелости.)

Заправо, када би се прихватио став суда, установа застарелости би била потпуно дезавуисана. Свака исплата дуга од стране трећег, без обзира на вољу дужника, значила би нов рок застарелости. Такав режим је противан и начелима уговорног права и слову закона. Уз промену повериоца персоналном суброгацијом, застарелост би била „укинута“ сталним обнављањем фингираног плаћања за другог.

Као закључак би се могло рећи, најкраће, да се на описану ситуацију не може применити, као што је то суд учинио, члан 218 Закона о облигационим односима и да суд на основу њега није могао закључити да је приговор застарелости неоснован. Супротно, држава је евентуално могла да суброгира у права повериоца, онаква каква су била у моменту суброгације. Промена повериоца је без утицаја на ток застарелости, па ако је он, макар и применом установе урачунавања

рока претходника,<sup>23</sup> односно прирачунавањем рока који је протекао у односу на цедента и цесионара, истекао, суд је приговор морао да прихвати и тужбени захтев одбије.

Суд се на то није позвао, али треба отклонити идеју да је сâмим доношењем цитираних закона настала нова (самостална, независна) обавеза крајњег дужника према држави. То не стоји у законима којима се уређују последице споразума са Париским и Лондонским клубом, а такво законско решење би вероватно било супротно Уставу: креирањем нове обавезе законом, а да се не ради о фискалној, било би очигледно повређено право на имовину из члана 58 Устава Републике Србије. Чињеница да је раније постојала обавеза према другом субјекту па је застарела, без значаја је за овакву правну оцену.

Расправљајући о истом, образлажући одбијање приговора застарелости, Суд се позивао и на установу *прекида рока застарелости*. Пре даље анализе, треба истаћи да је овакво образложење у основи супротно ставу који је суд заузео у претходно коментарисаној одлуци. Док се одлука заснива на концепту да је потраживање државе, односно банке коју је она овластила да управља потраживањем заправо ново потраживање, које за извор има стицања без основа,<sup>24</sup> образложење у којем се суд позива на прекид рока застарелости не доводи у питање идентитет потраживања, па ни почетак рока застарелости, већ подразумева наступање чињенице коју је закон предвидео као чињеницу која доводи до прекида.

Позивање на прекид рока застарелости захтева да суд утврди да постоји законом предвиђен разлог прекида: тужба која је резултирала кондемпнаторном пресудом или признање дуга. У једном другом случају, суд је само констатовао да је Споразум између СРЈ и Међународне банке разлог за примену члана 387 Закона о облигационим односима.<sup>25</sup> Оваква конотација није брањена даљим чињеничним или правним тврдњама, па остаје нејасно како споразум два субјекта може да значи изјаву воље, признање дуга од стране трећег, коначног дужника. Воља да се дуг призна мора имати све особине које се за пословну изјаву траже. Дакле, мора да буде дата од стане пословно

<sup>23</sup> Вид. чл. 363 Закона о облигационим односима.

<sup>24</sup> Треба нагласити да се не ради о установи новације и примени члана 393 Закона о облигационим односима. Пренов (новација) подразумева уговор између повериоца и дужника, у нашем случају крајњег корисника кредита (чл. 348, ст. 1 Закона о облигационим односима); овде су уговор, без елемената који су услов за новацију, закључили поверилац и треће лице, па се ради о уговору којим је уређена исплата од стране трећег.

<sup>25</sup> Вид. пресуду Привредног апелационог суда 5 Пж 1721/10, од 27.5.2010. У питању је исти суд који је донео одлуку наведену у белешци бр.1 и мора се приметити да битне разлике у приступу, нејединство праксе, указују на лутање у битном питању и споровима велике вредности.

способног лица (код правног лица изјавилац мора бити његов заступник, лице које је овлашћено да изјављује вољу у име правног лица), било изричито било конклюдентно, што закон посебно уређује.<sup>26</sup> Изузев што се дужник позвао на застарелост, другу изјаву воље није дао, иначе би се суд на њу позвао. Потпуно је неприхватљиво импутирати дејство признања уговору у коме дужник није учествовао, па је ова одлука не само правно, већ и чињенично неутемељена.

Изричито, сличан резон примењује у једној пресуди и Трговински суд у Београду.<sup>27</sup> Суд наводи да је споразумом између СРЈ и Међународне банке држава „признала зајмове који су одобрени пре санкција, те је у конкретном случају извршено признање дуга у смислу чл. 371, ст. 1 Закона о облигационим односима“. Држава није овлашћена да призна дуг правних лица која имају седиште на њеној територији. Такво признање, и да га је било, а није (јер је држава прихватила да намири дугове банака, а не крајњих корисника кредита), не би обавезивало. Право *никада и без изузетка* не прихвата да се изјавом воље једног лица датом без овлашћења ствара обавеза за друго, а признање дуга јесте креирање обавезе. Овакав став суда води таквој произвољности какву право не познаје, па га готово и не треба коментарисати.

У једној пресуди, суд је, чини се, нашао да застарелост није наступила због новације.<sup>28</sup> Полазећи од сличних чињеница, суд се позива на обавезу корисника кредита, предвиђену Законом о регулисању односа Републике Србије и банака у стечају, да са Агенцијом за осигурање депозита, санацију, стечај и ликвидацију банака закључе уговор којим ће регулисати своје обавезе према Републици Србији.<sup>29</sup> Суд је у образложењу утврдио да је Агенција више пута позивала дужника на закључење овог уговора, што значи да он није закључен. Како се суд на обавезу на закључење уговора ипак позива, произлази да је новација ипак наступила; у противном би закључак био да је нова обавеза корисника дужника креирана сâмим законом, чему противречи позивање на обавезу уговарања. Аргументација суда не делује убедљиво: за новацију је потребан *animus novandi*, воља да се једна облигација угаси и друга креира. Ту вољу дужник није показао. Тешко и да би тада било новине у предмету или каузи који су даљи услов за новацију.<sup>30</sup> Али се може прихватити да би, да је на осно-

<sup>26</sup> Вид. чл. 387, ст. 2 Закона о облигационим односима.

<sup>27</sup> Вид. пресуду Трговинског суда у Београду, VI П 5549/08.

<sup>28</sup> Вид. пресуду Привредног апелационог суда Пж. Бр 870/12.

<sup>29</sup> Вид. чл. 6 Закона о регулисању односа Републике Србије и банака у стечају.

<sup>30</sup> Вид. чл. 348 и 349 Закона о облигационим односима.



ву законске обавезе такав уговор закључен и да испуњава услове за новацију, почео тећи нови рок застарелости.

У вези са последњим, може бити корисна напомена о правном дејству испуњења обавезе из чл. 5 Закона о регулисању односа Републике Србије и банака у стечају. Може се, наиме, бранити став да чињеница да је дужник – корисник кредита, поступајући у складу са законом, променио стање у својим књигама у вези са променом повериоца, не значи признање дуга. Ова радња по својој природи не значи изјаву воље (о признању дуга), већ вођење књиговодства у складу са законом, у противном би дужник био својеврсном правном изнудом стављен пред алтернативу: или „признај“ дуг, или сноси правне последице незаконитог вођења књиговодствене евиденције.

Одредбе члана 5 Закона о регулисању односа између СРЈ и правних лица и банака са територије СРЈ који су првобитни дужници или гаранти према повериоцима Париског и Лондонског клуба и одредбе чл. 3–6 Закона о регулисању односа Републике Србије и банака у стечају, по којима су крајњи дужници обавезни да у законском року закључе уговором са Народном банком (по првом) односно Агенцијом (по другом закону), односно чињеница да су на основу тих одредби уговори и закључени (исто важи и за промене у пословним књигама које закон налаже) сâмо по себи не претпоставља новацију. У оба закона та обавеза је лоцирана у оквиру одредби о *промени повериоца*; језичко тумачење не указује на новацију, а системско сугерише да се ради о документовању остварене промене, по којој суброгација на месту повериоца доводи и до промене повериоца дужниковом дужнику. У питању је, вероватно, изнуђена „законска конверзија“, коју је стандардним инструментима облигационог права тешко објаснити и која је била могућа само захваљујући томе што је нови поверилац, држава, располагао империјумом. Али га он није користио тако да каже да ће се стара облигација угасити а настати нова, већ само да се дужници „ослобађају обавеза према ранијим и ступају у обавезе према новом повериоцу“, дугујући исти износ и по истом основу. Нити закон може да креира вољу дужника за новацијом, нити дозвољава могућност постојања новог уговора. Да је нова обавеза креирана за дужника само законом, ако није у питању преображај раније уговорне обавезе променом повериоца, онда ће се поставити питање права на мирно уживање имовине.<sup>31</sup> Остаје увек могућност

<sup>31</sup> Потпуно је без утицаја на спорове у питању чињеница да је држава акције стечене описаном конверзијом у једном броју случајева отуђила у процесу приватизације банака и може бити на неки начин гарантовала купцима за наплативост кредита које је она исплатила ино повериоцима од коначних дужника. То је питање односа купаца, односно банака – сукцесора и државе, и без утицаја је на правни положај крајњих дужника, а посебно без утицаја на питање застарелости.

да конкретан уговор садржи потребне елементе за новацију, али је то нужно у сваком конкретном случају и утврдити.

### 3. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Уместо закључка, може се констатовати: држава је имала ваљане разлоге да споразумом регулише дугове банака и других правних лица према повериоцима Париског и Лондонског клуба и ММФ, односно другим међународним институцијама. Прихвативши да их исплати, уз повољне услове и значајан дисконт, држава је суброгирала у права тих поверилаца. Тиме се није могло ништа правно променити у погледу дугова крајњих (оригиналних) дужника према банкама чије је обавезе држава исплатила. Дужници банкама, или држави – ако је на њу (кроз законску конверзију потраживања стечених плаћањем туђег дуга у акције, када су у питању банке у стечају) потраживање прешло – дугују исто што су дуговали и до тада, и под истим условима. Уосталом, нови поверилац, држава или банке на које су потраживања пренета – а то су потврдили и судови у анализираним одлукама, није дужницима признао чак ни право на дисконт који је држава, преузимајући и плаћајући обавезе, остварила. Управо зато што је у питању персонална суброгација – промена повериоца а не нова обавеза, нови поверилац то и није био дужан да уради. Није, дакле (аутоматски), дошло до новације, још мање је настала нова, одвојена, независна облигација, на основу правно неоснованог обогаћења, или непосредно из закона. Промена повериоца не утиче на положај дужника. Рок застарелости наставља да тече, протекло време се урачунава према новом повериоцу.<sup>32</sup> Разлози за прекид могу евентуално постојати само независно од промене повериоца. У анализираним случајевима такви разлози – признање дуга од стране дужника у односу на чију обавезу застарелост тече или тужба повериоца – не постоје. Према томе, нашавши да је приговор застарелости неоправдан, суд не само да је погрешно пресудио, већ се позвао на установе које се ту не могу применити, на начин који уноси огромну правну несигурност.<sup>33</sup> Оваква пракса, мада раширена, на срећу није јединствена; супротан став заузимао је Врховни и доцније

<sup>32</sup> Вид. чл. 363 Закона о облигационим односима.

<sup>33</sup> Правила о застарелости нису установљена само у корист дужника. Томе сведочи и њихова императивност. Вид. за забрану промене рока застарелости чл. 364 Закона о облигационим односима. Захтев за правном сигурношћу, који је у основи појма застарелости, чини да се она третира као „јавни поредак“. Вид. нпр. P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel Munck, *Droit civil, Les Obligations*, 4.ed, Paris, 2009, 675 676.

Врховни касациони суд.<sup>34</sup> Да ли ће највиши суд остати доследан и тако довести до промене претежне праксе привредних судова, време ће показати. Било би добро да тако буде.

Dr. Dragor Hiber

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## PERSONAL SUBROGATION OR NOVATIO AND STATUTE OF LIMITATIONS

### *Summary*

Application of general and seemingly well-established institutes of civil law is bound to provoke a controversy at some point in time. This is often so when the old institutes are to be applied to relationships which have been regulated by subsequently enacted special legislation. Lack of coordination and harmonization between the general and the special rules might result in departure from the generally accepted principle and bring about controversial practice, eroding legal certainty.

One of such cases arose after Serbia (i.e. FR Yugoslavia) reached agreements with so-called Paris and London creditors' clubs and took over debts of the domestic banks, the very debts it has guaranteed for. Pursuant to the general rules of the contract law this brought about subrogation of the State into the claims of the foreign banks vis-a-vis the banks. Pursuant to the legislation enacted subsequently and dealing specifically with this matter, the amount of the assumed debts was converted into shares of the State in the banks it has shielded from their creditors. Furthermore, given that the banks have ended in bankruptcy, the State has attempted to establish a direct legal link to the end users of the credits that the banks drew from the foreign creditors.

---

<sup>34</sup> Вид. пресуду Врховног суда Србије бр. 200/2009. Одлучујући о ревизији, практично при истом чињеничном стању као у претходно цитираној одлуци, дакле имајући у виду и обавезу на закључење уговора с Агенцијом и промене у књигама, Врховни суд налази да нема нове облигације, односно новог рока застарелости, ни прекида старог, прихвата приговор и пресуђује да је застарелост наступила. Сличан став је потврђен у време завршетка рада на овом тексту од стране Врховног касационог суда, пресуда Прев. бр. 75/2013. У међувремену, исти суд је бранио и супротан став, у Пресуди Врховног касационог суда Прев. 318/10, нада да ће Врховни касациони суд уједначити праксу, тако да ставове судова саобрази закону, није до краја утемељена.

When these claims were brought before the courts, the debtors invoked statute of limitations which has time-barred the original claims. Commercial courts were – on most occasions, and almost uniformly – quick to reject such objection, offering widely different, and even contradictory, explanations: that payment to the foreign creditors resulted in a completely new obligation, that the obligation in question stems from unjust enrichment and is thus not time-barred, that the payment resulted in *novatio*, that the run of the original period of the statute of limitations was interrupted and paused, that the obligation in question stems from the statute itself. The discrepancy among the explanations shows that the uniformity of the final holdings (operative parts of the judgments) is deceptive and that the courts are at a loss when having to apply a well-known and established institute of statute of limitations. This paper offers detailed analysis of the case law and critique of the reasonings offered by the courts. At the same time, the paper offers reasons why a somewhat smaller number of decisions of the Supreme Court of Cassation arrived to a correct conclusion that the claims were time-barred, since the change of creditors cannot affect the run of the statute of limitations.

Key words: *Statute of limitations. – Time-barred. – Personal subrogation. – Novatio.*

Др Жика Бујуклић\*

## ВИШЕЗНАЧНОСТ ТЕРМИНА *IUS* И *LEX* И ЊИХОВ МЕЋУСОБНИ ОДНОС

Аутор у овом раду испитује значење појмова „*ius*“ и „*lex*“ током развоја римске државе, дајући широку историјску генезу односа ова два феномена. Најчешће се они схватају као две уско повезане категорије, од којих је закон виђен као један од извора који формира правни поредак у целини. Међутим, управо тако схваћена њихова блискост, намеће проблем разликовања саме садржине и дефинисања њихових међусобних односа. Полазећи од резултата изложених у студији Б. Бјондија, аутор полемише са ставовима овог италијанског романисте. Замера му што предност даје нормативном методу, занемарујући историјски, социолошки, па и политички аспект ових правних феномена. Управо узимајући ове факторе у обзир, аутор даје широку панораму развоја ове две установе, почев од архаичног периода, доба републике, класичне и пост класичне епохе, све до времена Јустинијана. Аутор закључује да анализом историјских околности и социополитичких противречности које су утицале на уобличавање правних феномена, постаје јасније како су „*ius*“ и „*lex*“ настајали, мењали се и добијали одговарајућу нормативну садржину од антике, па преко средњовековне рецепције, све до наших дана.

Кључне речи: *Ius. Lex. Leges duodecim tabularum. De legibus. Corpus iuris civilis.*

Термини *право* и *закон* означавају феномене који се с одређеним специфичностима појављују у различитим историјским епохама и код народа с различитим културним коренима и традицијом.<sup>1</sup>

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [bujuklic@ius.bg.ac.rs](mailto:bujuklic@ius.bg.ac.rs).

<sup>1</sup> В. Landsberger, *Die babylonischen Termini für Gesetz und Recht*, у: *Symbolae ad iura orientis antiqui pertinentes* Paulo Koschaker, Leiden, 1939, 219-234; Szlechter, *La „loi“ dans Mesopotamie ancienne*, RIDA, 12(1965), стр. 55-77; Т. Tsien, *Le concept de „loi“ en Chine*, Archives de philosophie du droit, 25(1980), 231-248; D. S. Constantopoulos, *L'autonomie du droit et la loi dans la Grèce des cités (5e siècle avant J. C)*, Archiv für Rechts und Socialphilosophie, 45(1959), 55-80; М. Ostwald, *Nomos and the Beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford, 1969; J. de Romilly, *La loi dans*

Најчешће се они схватају као две уско повезане категорије, од којих је *закон* виђен као један од извора који формира правни поредак у целини. Међутим, управо тако схваћена њихова блискост, намеће проблем разликовања саме садржине и дефинисања њихових међусобних односа, поготово у оним правним срединама где су се ови појмови поступно тек уобличавали.

У Риму су ови феномени означавани терминима *ius* и *lex*.<sup>2</sup>

У романистичкој литератури овој проблематици није посвећена довољна пажња, јер су се правни историчари тим питањем бавили углавном узгредно, разматрајући друге правне изворе и институције, или у оквиру уџбеничке литературе.<sup>3</sup> Чланак Бјондија,<sup>4</sup> објављен пре скоро пола века, један је од ретких радова у коме се однос између категорија *ius* и *lex* обухвата на целовитији начин и у широком временском опсегу. Други аутори тежиште свога интересовања стављају или на најстарији период римске правне историје или на сам њен крај.<sup>5</sup> Бјонди је веома згуснутим и концизним излагањем – што није увек врлина италијанских романиста – дао широку историјску генезу односа ова два феномена, покрећући при том низ појединачних проблема чије решавање суштински одређује представу о целини овога питања. Неке од њих је неопходно овде шире размотрити.

## 1. АРХАИЧНИ ПЕРИОД

Бјонди полази од претпоставке да су у најстаријем периоду римске историје *lex* и *ius* представљали аутономне правне творевине које су имале сасвим различито порекло, обележје и садржину.

---

*pensée grecque. Des origines à Aristote*, Paris, 1971; F. Gschnitzer, „Zur Terminologie von ‘Gesetz’ und ‘Recht’ im frühen Griechisch“, у: Symposion, 1995, Weimar Wien, 1997, 1 10; G. Astuti, „La nozione di legge nell’esperienza storico giuridica“, *Annali di storia del diritto*, 1966 67, 38 53. Biscardi, „Sul concetto romano di ‘lex’“, у: *Estudios J. Iglesias*, I, Madrid, 1988, 157 и даље. За упоредноправни преглед посебно је користан зборник радова: *La Formazione del diritto nel Vicino Oriente Antico*, Roma, 1988 (за *Egunam*: A. Theodorides; за *Meconomamujy*: C. Zaccagnini; за *Acupujy*: G. Car dascia; за *Xetumte*: A. Archi; за *Јевреје*: R. Yaron).

<sup>2</sup> Расправе о етимологији термина *ius* нису довеле до јединственог става. Упор. P. de Francisci, *Storia del diritto romano*, Roma 1926, I, 276 и даље.

<sup>3</sup> Међу најновијим делима упор. F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte, Erster Abschnitt, Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik*, München 1988, 267 и даље (§ 13: *Ius und lex*), и тамо нав. литература.

<sup>4</sup> B. Biondi, „Lex“ e „ius“, Bruxeles, RIDA 13/1965, 169 203 (BIDR 67/1964, 39 70).

<sup>5</sup> F. Wieacker, *Ius e lex in Roma arcaica*, Napoli, Sodalitas 1984, 3105 3123; J. Gaudemet, „*Ius et leges*“, IVRA, 1/1950, 223 252.

Древни комицијални *lex* је настао као свесна творевина органа јавне власти, док се *ius* формирао мимо институција *civitas*-а, премда је од стране њих био признат. Отуда *lex* има наредбодавни карактер, док *ius* своју снагу црпи из обичаја, традиције, као и *opinio necessitatis*, тј. из свести да одговарајућа норма не може бити другачија. Појму *ius* стран је концепт *iussum (consensus) populi* који је карактеристичан за *lex*. Основа његове обавезности није у вољи неког човека или људске скупине која га доноси, већ у сагласју *ius*-а са самом природом ствари (*ratio naturalis*), чије санкционисање уз то подржава и снажно религијско веровање. *Lex* настаје вођењем рачуна о захтевима опортуности, који су казуистички и пригодни – те отуда промењиви, насупротив којег стоје континуитет и традиционализам *ius*-а. Процедура доношења *lex*-а је строга и прецизна и зна се име његовог предлагача, док је *ius* анониман и његово порекло се губи у тами времена. *Lex* представља извор норме која се углавном односи на *res publica* (тј. *crimina, ambitus, repetundae, actiones* итд.), док је *ius* био, напротив, везан за односе међу појединцима. Отуда се уз *ius* од почетка додаје квалификатив *privatum* или још чешће *civile*, тако да се првобитна супротстављеност *lex-ius* изражавала кроз двојство *lex publica-ius civile*. *Ius* се употпуњује и развија путем *interpretatio* која се схвата не у спознајном смислу, већ као креирање права, што ученом правнику даје квалификатив *iuris auctor*, а не *legis auctor*. Чак и када учени римски правник сугерише законе, он ипак остаје изван поступка свечаног настанка *lex*-а. Премда је *ius* био дело правних znalaca, он није представљао *Juristenrecht* или *Professorenrecht*, који би се као некаква доктрина стављало уз постојеће право или понекад изнад њега. Тек када би се могућности које пружа *interpretatio* показале као недовољне, интервенисало се путем *lex*-а, мада је у принципу формирање *ius*-а задуго остајало изван активности комиција.

Међутим, када централизована држава више не буде толерисала формирање права изван њених сопствених активности, *lex* ће, обухватајући сада *senatus consulta* и *constitutio principis*, дефинитивно постати извор *ius*-а. Тада се говори о *ius legitimum* као праву које је проистекло из законодавног извора, али је *lex* тада постао далеко шири појам него што је то било раније.<sup>6</sup> С друге стране и садржина *ius*-а се проширује. Он више не обухвата само право које је везано за *civis*, тј. појединца као таквог, нити целокупно важеће право у римској *civitas*, већ представља право које стоји насупротив категорије *ius honorarium*. Тако схваћен *ius* обухвата право *quod ex*

<sup>6</sup> Ж. Бујуклић, „О садржини појма ‘lex’ у римском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, 4 6/1996, 60 и даље; Исти, *Закон као извор права у античком Риму (настанак и најранији почеци)*, Београд, 2012; L. Winkel, „The Roman Notion of lex“, у: *Leges publicae – La legge nell’esperienza giuridica romana*, Pavia, 2012, 239 255.

*legibus, plebiscitis, decretis principum, auctoritate prudentium venit* (Pap. D.1,1,7,1). Уместо древне подвојености између *lex* и *ius* долази подела *ius scriptum – ius non scriptum*, која има у виду не различит начин преношења права, већ сам начин његовог настанка. Такође, с обзиром на садржину права, настаје дистинкција *ius publicum – ius privatum*, схваћена као *duae positiones* у односу на *studium iuris* (Ulp. D.1,1,1,2). *Ius publicum* при том обухвата чак и оно право које, мада се везује за односе са појединцима, има као основу колективни интерес који преовлађује над оним појединачним. То је заправо онај исти интерес који је покретао комиције да интервенишу путем *lex*-а. Различити карактер садржине *lex*-а у односу на *ius* присутан је и у познијој историји: *ius publicum* (који одговара древном *lex*-у) трансформише се и његов значај континуирано опада, док ће *ius privatum* (који одговара древном *ius*-у) кроз идеју јединственог, свеобухватног правног поретка – преживети до модерних времена.<sup>7</sup>

Темељна поставка овог аутора је, дакле, да Римљани крећу од подвојености између сфере јавног и приватног и да поступно иду ка појмовном јединству између *ius* и *lex*. По њему, кохерентност правног поретка не представља полазиште, већ крајње одредиште тог процеса. Бјонди историју римског права види као процес сталног *надограђивања* или *стратификовања* правних поредака. Они се континуирано успостављају један изнад другог и заједнички егзистирају унутар исте епохе, јер је римском духу био ближи плуралитет различитих *iura* него елиминисање до тада постојећих. То, по њему, објашњава због чега правници и у класично доба говоре о постојању *iura* (у множини) која су била толико неједнака по садржини и начину свога манифестовања да је уздизање до јединственог појма *ius* било не само тешко, него се чак и избегавало, пошто би то доводило до конфузије: „Са становишта које ми називамо субјективним, говори се о *ius*-у, али са становишта које ми квалификујемо објективним, говори се напротив о *iura*“.<sup>8</sup> Снажан аргумент у том правцу види се већ и у самој римској правној терминологији. Гај започиње свој трактат говорећи о *iura populi romani*, а и чувена дефиниција појма *obligatio* код Јустинијана (*Inst.* 3,13) каже да она представља *vinculum iuris secundum nostrae civitatis iura*. И многи други класични правници пре говоре о *iura* него о *ius* када желе да искажу комплексност правног поретка, за који нису имали одговарајући термин ни појам.

Очигледно да антички извори потврђују веома неуједначену примену термина *ius* и *lex*, и да управо тај плурализам формира прилично разнолику слику у којој не постоји одређени ред, ни догматски

<sup>7</sup> В. Biondi, *passim*.

<sup>8</sup> В. Biondi, 172.



ни историјски. То ипак није спречавало правне мислиоце, од Рима па до данас, да ту животну разноликост упорно подвргавају крутим правилима, домишљатим концепцијама и бројним класификацијама, покушавајући на тај начин да наметну логику тамо где је у стварности често нема. Та усклађена слика реалности бивала је детерминисана, у мањој или већој мери, одређеним филозофским, идеолошким или политичким ставовима, али је првенствено била плод самосталног спекулативног размишљања правних зналаца, који по природи ствари теже систематичности у свом раду.<sup>9</sup> Међутим, проблеми неизбежно настају уколико се желе правни појмови и концепти модерног доба „накалемити“ на епохе са сасвим различитим социјалним и духовним амбијентом. Није спорно да су многи римски правни термини имали веома неуједначену примену, па самим тим и значење (нпр. *causa*, *culpa*, *bona fides* и др.), због чега се вековима покушавало различитим методолошким приступима (сколастичким, историјским, нормативним, компаративним и др.) открити њихова конкретна садржина.

Чини се да је основна врлина теоретског концепта Бјондија управо у томе што је одбацио визуру модерног доба о јединствености правног поретка (без обзира на то који је његов извор) и супротставио се бројним романистима који инсистирају на томе да римско цивилно право има јединствен карактер, исте функције и исти основ. Уместо таквог унитарног концепта, чије је полазиште *reductio ad unum*, он је понудио идеју о плуралитету правних поредака, који паралелно егзистирају, имају различите карактеристике, основ настанка и специфично терминолошко обележје.<sup>10</sup> То не значи да они немају заједничке елементе и заједничку сврху постојања – установљавање права грађана који чине римску *civitas* – али је специфичност правних феномена који Римљани означавају терминима *ius* и *lex* ипак неупитна.

## 2. ВИШЕЗНАЧНОСТ ТЕРМИНА „IUS“

Овим термином се означавало „право“, како у *објективном смислу*, као скуп важећих (позитивних) норми које чине одређени правни поредак (нпр. *ius civile*), тако и у *субјективном смислу*, као конкретно овлашћење које појединац црпи на основу норми постојећег поретка (нпр. *ius utendi* – право коришћења ствари). У римском праву ова реч је коришћена и у другим значењима, па је *ius* место где се судило на Форуму (*in ius vocatio* – позвати на суђење), а означава и одређену правну ситуацију (*successio in ius* – бити правни

<sup>9</sup> Упор. Bretonne, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1971, 22.

<sup>10</sup> В. Biondi, 169.

следбеник, наследити). Од *ius* потиче израз *iustus* (нпр. *iustus titulus* – ваљан правни основ), од кога настају појмови супротног значења *iniustus*, односно *iniuria*, којима се у најширем значењу означава све оно што је супротно праву, противправна радња уопште (*non iure fit*), али и посебан деликт цивилног права (повреда личног интегритета изазвана физичким или вербалним путем). Од *ius* је изведен и израз *iustitia*, у значењу „правда“ и „правичност“, коју правник Улпијан карактерише као „непрекидно и трајно настојање да се свакоме призна право које му припада“ (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*), а истоветна максима нашла се и уводном делу Јустинијанових Институција. Римљани су именом *Iustitia* назвали и богињу која је представљала персонификацију тих узвишених етичких вредности.<sup>11</sup>

Несумњиво да су рани Римљани своје друштвене сукобе решавали под значајним утицајем религије. У прво време је управо свештенство тежило да сукобљене стране наведе на превазилажење разлика које их деле и да саме реше међусобне спорове, а ауторитет божанског веровања обезбеђивало је поштовање постојећих обичајних норми. Разумљиво да је њихово санкционисање тражило потпору баш у религијском веровању. Отуда и тумачење које је изнео још Ђан Батиста Вико, по коме *ius* потиче од *Iovis*.<sup>12</sup> Ову тезу прихвата велики број романиста, углавном уз позивање на најстарији римски натпис *Lapis niger*, настао с краја VI или почетком V века п. н. е.<sup>13</sup> У њему је наведен термину *iovestod*, који по лингвистима представља древни облик латинског *iustus*. Отуда је термин *ious* (= *ius*) повезан са *ioves*, а овај је близак древном називу *Iovis*, који потом постаје генитив од *Iuppiter*.<sup>14</sup> То указује на порекло древних норми, које су и за најстарије Римљане израз божанске, а не људске воље. Тек ће касније настати термин *fas*, којим ће се означавати скуп обичајноправних правила намењених регулисању првенствено религијских односа.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> M. Kaser, *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, 29; A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, 525–526.

<sup>12</sup> G. Vico, *Principi di scienza nova*, 1774 (*Načela nove znanosti*, Zagreb, 1982), 429 и даље. Упор. G. Baviera, *Giambattista Vico e la storia del diritto romano*, Palermo 1912, *passim*.

<sup>13</sup> О читању и могућим тумачењима овог епиграфског споменика вид. R. E. A. Palmer, *The King and the Comitium. A Study of Rome's Oldest Public Document*, Wiesbaden 1969, 51 и даље; G. Dumézil, *A propos de l'inscription du Lapis Niger*, Latomus 29 /1970, 1039–1045.

<sup>14</sup> О етимологији назива Јупитер G. Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*, Munich 1912, 100.

<sup>15</sup> О томе P. de Francisci, *Storia del diritto romano*, 280; R. Orestano, *Dal ius al fas*, BIDR 46/1939, 194–273; Ž. Bujuklić, *Forum romanum. Rimska država, pravo religija i mitovi*, Beograd 2012, 404.

Мада ће још дуго потом правила друштвеног понашања имати сакрални карактер, ипак је очигледно да су се у одређеном тренутку регуле религијског и профаног карактера међусобно раздвојиле. Када је код Римљана до тога дошло тешко је утврдити, али овако јасно успостављена дихотомија између *ius* и *fas* упућује на закључак да су они веома рано створили свест о праву као световном феномену, увиђајући да је оно намењено не само људима, већ и да оно само по себи представља резултат човекове активности.<sup>16</sup> Овај рационалистички приступ, који инсистира на томе да се до права долази разумом, а не само санкционисањем неких од природе или богова задатих норми, карактерише и сам њихов однос према поштовању таквих регула. Он се јасно огледа у Цицероновој ставу да се у свакој донетој норми не мора препознати правна заповест. „Када би право имало свој основ у одлукама народа, декретима принцепса, пресудама судија, требало би сматрати правом и пљачку, фалсификат, прељубу, уколико су такве активности потврђене гласањем или одлуком маса“.<sup>17</sup> На основу раздвајања правила понашања која потичу од самих људи и оних која одређују богови, настаће касније и подела на *ius divinum* и *ius humanum*.<sup>18</sup>

Тиме су Римљани дошли до јасне представе о праву као посебној врсти правила понашања, дакле, праву схваћеном у објективном смислу, и то много пре од већине других античких народа. Поједини романисти сматрају да је то резултат посебне правне надарености Римљана, али се ипак не може оспорити да је томе највише допринео општи цивилизацијски напредак овог медитеранског народа. До представе о праву у субјективном смислу доћи ће нешто касније, када се архаична заједница једнаких појединаца, почиње делити на патриције и плебејце, богате и сиромашне, тј. на оне којима је дотадашњи *ius* нешто давао а другима ускраћивао. Ту прекретницу јасно означава Закон XII таблица, који четвртину својих одредби посвећује легисакцијама, судској процедури кроз коју се појединац, који сматра да му неко право припада, обраћа правосудном органу.

Међутим, тврдња Тит Ливија да Закон XII таблица представља *fons omnis publici privatique iuris* (3,34,6) свакако је претерана, јер се

<sup>16</sup> F. Sini, *Fas et iura sinunt* (Virg., Georg. 1, 169). *Contributo allo studio della nozione romana di fas*, Torino 1984, 22 и даље.

<sup>17</sup> Cic. de leg. I,43 44: *Quodsi populorum iussis, si principum decretis, si sententiis iudicum iura constituerentur, ius esset latrocinari, ius adulterare, ius testamenta falsa supponere, si haec suffragis aut scitis multitudinis probarentur*. О томе: А. Маленица, *Римско право*, Нови Сад 1995, 102.

<sup>18</sup> Норме укључене у *ius divinum* регулишу однос човека према боговима, њихов култ и правни режим ствари које припадају тој сфери живота (*res divini iuris*). Слично значење имаће и термини *ius sacrum*, *ius pontificium* и *ius fetiale*. А. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 527, 677.

ради само о *делимичној* кодификацији постојећег обичајног права, зборнику који својом садржином не покрива целокупни правни живот Римљана, већ углавном регулише оне односе који изазивају одређене спорове у пракси. До њих је долазило онда када су нека обичајна правила својом садржином била већ увелико превазиђена и различитим тумачењима доводила појединце или одређене друштвене групе у неравноправан положај, или када је постало неопходно увести у живот неке сасвим нове норме понашања које дотадашње обичајно право није познавало. Правила која су била општеприхваћена, јер су одговарала потребама живота тога времена, децемвири помињу само узгредно или их нису уопште уносили. Закон полази од тога да су она била позната свима и њихово санкционисање је и даље било препуштено древном обичајном праву.<sup>19</sup>

Отуда децемвирско законодавство није резултат само захтева плебејаца, већ је израз *друштвеног компромиса* и логична последица целокупног тока догађаја, а нарочито потребе учвршћења елемената тек успостављеног републиканског поретка.<sup>20</sup> У заједничком интересу је било да се право наслеђено из предржавног периода ослободи онога што више није одговарало свакодневним потребама и да се унесу норме које ће убрзати одумирање преживелих и подстаћи развитак нових правних односа. У појединим одредбама се одлучно раскида са традицијом и окреће се будућности (нпр. забрањује се луксуз при сахрањивању, укидају се обичај гребња лица и нарицања и посипања пепелом и сл.). Мада је значај религије и даље веома важан у животу Римљана, у поступку доношења кодификације не само да нису учествовале свештеничке колегије, већ је до њеног настанка и публиковања дошло упркос њима. После плебејских сецесија и успостављања одређеног баланса политичких снага, патрицији су заострени сталешки сукоб (сада већ прерастао у класни) морали свести одговарајућим прописима у подношљиве оквире. То се постизало уношењем, бар у начелу, принципа правне сигурности и формалне једнакости свих пуноправних римских грађана пред законом.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Због тога нигде нису регулисана широка овлашћења старешине породице (*patria potestas*), нити описани строго формални акти којима су Римљани обављали правне послове (*sponsio, mancipatio, in iure cessio* итд.), или наведене свечане речи и гестови који су предузимани приликом покретања судског спора. О тим кључним римским установама ми сазнајемо нешто више из сасвим других извора, правних и ванправних, а највише из Гајевих Институција.

<sup>20</sup> У историографској литератури се упорно ова кодификација представља кроз две крајности: као „велика победа плебејаца“ (Н.Н. Scullard, *History of the Roman World 753 146 BC*, London, New York 2002, 89), или као „израз превласти патрицијске аристократије“ (W. Eder, „The Political Significance of the Codification of Law in Archaic Societies: An Unconventional Hypothesis“, у: *Social Struggles in Archaic Rome*, Oxford 2005, 239–267).

<sup>21</sup> Ж. Бујуклић. *Римско приватно право*, 64 и даље.

Управо је овај социјални аспект у Бјондијевој анализи појмова *ius* и *lex* скоро потпуно занемарен, а одговарајући извори анализирани као егзегетичко штиво, издвојено из друштвеног амбијента у коме су текстови настали. Бјонди их логички складно уклапа, дајући примамљиву слику генезе ових појмова кроз различите етапе римске историје. Међутим, у њој не видимо зашто до тих промена долази, који су социјални слојеви учествовали у стварању одређених регула, нити који су разлози довели током времена до њиховог трансформисања. Сматрамо да правни феномени не могу бити одраз некаквих идеја које егзистирају сасвим независно и одвојено, већ напротив, норме људског понашања су одраз одређене друштвене реалности.<sup>22</sup>

### 3. МЕТОДОЛОШКИ ПРОБЛЕМИ

Када се у романистичкој литератури *lex* сврстава међу изворе права, најчешће се указује и на одговарајуће начине његовог формирања, сходно различитим историјским епохама. Управо ту и долази до кључних размимоилажења међу појединим ауторима, првенствено због различитих методолошких полазишта.

На пример, према Момзену, *lex* и *ius* „се односе као пропис и право“ (*verhalten sich wie Satzung und Recht*), па отуда *lex* представља одредбу која садржи *Recht setzen*.<sup>23</sup> Митајс истиче да је објективно право код Римљана означаavano час као *ius*, а час као *lex* (*bald als ius bald als lex bezeichnet*) и придодаје да *lex* представља антички патрицијски елемент, док је *ius* напротив плебејски елемент.<sup>24</sup> Ротонди каже да *lex* означава било коју позитивну норму која регулише људско делање на обвезујући начин.<sup>25</sup> Кларк схвата *ius* као *common moral approval*, коришћен да означи *customary or common law*, одвојен од *lex*-а, схваћеног као *statute or ordinance* који датира још од *leges regiae*.<sup>26</sup> При том, за већину аутора *lex* представља извор који је секундаран и ванредан у односу на *ius*.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> Чудно је да Бјонди у свом обимном чланку, од чак тридесетак страница, ниједном не помиње термине „патрицији“ и „плебејци“. Сличне методолошке при медбе изнели смо и на тумачење појма *lex* који је Андре Магделен изложио у својој капиталној студији *La loi à Rome Histoire d'un concept*, Paris 1978; Ж. Бујуклић, „On Magdelain's Concept of 'lex' in Roman Law“, *BIDR* 42 43/2000 2001, 173 183.

<sup>23</sup> Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, vol. III/1, Leipzig 1889, 310.

<sup>24</sup> L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, 30.

<sup>25</sup> G. Rotondi, *Leges publicae populi romani*, Milano 1912, 6.

<sup>26</sup> E.C. Clark, „Ius and lex“, *Mèlanges Fitting*, I, Montpellier 1908, 243 и даље.

<sup>27</sup> G. Rotondi, *Osservazioni sulla legislazione comiziale di diritto privato*, *Scritti giuridici*, I, Milano 1922, 31; P. de Francisci, *Storia del diritto romano*, II/ 1, Roma 1929, 228 и даље.

Несумњиво да је функција нормативног поретка (у најширем смислу те речи) да обезбеди елементарну кохезију заједнице, спречи тешке конфликте који би њену егзистенцију довели у питање и да успостави друштвену структуру која се може ефикасно носити са својим окружењем. Да је римска заједница то успешно остварила, најбоље показује њено вишевековно опстојавање. Свакако да је један од најважнијих догађаја у њеној раној историји, настанак Закона XII таблица. То је преломни тренутак, у коме се одлучивала даља судбина ове заједнице и тај правни споменик најбоље одражава дубоке противречности, социјалне и политичке, које су изнедриле ову кодификацију.

Међутим, римски правни поредак не започиње са децемвирским законодавством, већ он постоји и пре њега: *ius (antiquum)* јавља се као претходно успостављен систем у који се путем *leges* само спорадично захватало. *Ius* није систем у модерном смислу те речи, али је представљао сложени комплекс норми и установа различитог порекла, које су у својој целовитости формирале жив правни поредак, подложен мењању и прилагођавању. У том поретку су *leges*, када се то сматрало неопходним, неке односе појединачно фиксирани или постојећу праксу другачије регулисали. *Lex* је сам по себи нова творевина, која се придодaje дотадашњем „правном поретку“, али у истом тренутку када се почне примењивати, он сам већ постаје саставни део постојећег нормативног система. *Lex* бива у њега укључен обрадом од стране правника и обликован у један мање или више органски елемент *ius*-а. Нужно одређење *lex*-а је да се утапа у *ius*. Та међусобна повезаност најбоље се изражава у биному *ius lexque*.<sup>28</sup> Описујући овај однос, Казер се послужио zgodном и необично сликовитим метафором: „*Ius* је налик широкој и ограниченој површини звезданог неба у односу на које се *leges* само тачкасто издвајају као звезде. Мудрост правника се побринула за то да површина правничког права не буде тамна ноћ, него да сија, мање или више јасном светлошћу; ипак, број *leges*-а је бескрајно мањи од броја светлих звезда на небу. (...) Законодавство XII таблица је захватало у егзистенцију *ius*-а само путем појединачних тачкастих нормирања – разјашњавајући га и фиксирајући. Да се задржимо при већ поменутој слици: и прописи XII таблица су на правном небу само гомилање појединачних звезда, звездани скуп, попут Плејада, а не централно Сунце које би апсорбовало светлост и супстанцу других звезда“. Остајући доследан овом сасвим необичном начину изражавања, поготово за једног немачког романисту, Казер римском законодавству придаје, како сам каже,

<sup>28</sup> О термилошкој конфузији сведочи и чињеница да Помпоније, када говори основу ревиндикационе тужбе, помиње *lex Quiritium* уместо *ius Quiritium* (D.6,1,1,2: „...*Pomponius consentire recte enim egiisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.*“).

„пунктуални“, односно „поинтилистички“ карактер – термин који се везује за технику сликања француских импресиониста – имајући при том у виду првенствено област приватног права.<sup>29</sup>

Отуда, корпус децемвирског законодавства није пружао некакво заокружено правно регулисање ширег обима, него је, напротив, само омогућавао прецизирање појединачних спорних питања из области приватног, кривичног, процесног и сакралног права. Очигледно да су XII таблица претпостављале некакав већ успостављени нормативни поредак, који је почивао на неписаном обичајном праву и принципима које су уобличили *pontifices*, тада једини зналци и тумачи права. Децемвири су били далеко од идеје да правила и институције које су свештеници обрађивали и скупљали у генерацијама дугом искуству, сада преточе у законску форму. Та правна материја је већ важила као датост и отуда није постојала потреба да се она генерално прогласи обавезном у форми некаквог закона. На бронзаним плочама биће исписани само они прописи којима су се регулисали спорни односи или се успостављали неки сасвим нови. Додуше, када Ливије за XII таблица каже да представљају „извор целокупног јавног и приватног права“, могло би нас то навести на помисао да се заиста радило о законодавном подухвату који је имао за сврху да обезбеди завршни и заокружен приказ целокупног правног поретка. Међутим, уколико се има на уму историјски амбијент, околности под којима је донет, његов обим и садржај, неспорно је да такав подухват није могао бити остварен духовним потенцијалима онога времена.

Дакле, *leges duodecim tabularum*, као и бројни потоњи римски закони, не служе некаквом општем апстрактном регулисању, чија би функција била свесно планирање или успостављање хомогеног правног поретка. Римски традиционализам није био погодно тле на коме би се стварало некакво свеобухватно реформско законодавство усмерено према будућности. Одбојност према новинама видљива је и из језичке форме којом се изражавало неприхватање закона на народним скупштинама: *antiquo legem* (или *antiquo probo*) представља правнотехнички термин који значи *одбијам закон*, али је сама реч *antiquare* изворно значила „остати по старом“. Реформски закони тежили су да промене важећи *ius* и отуда су се суочавали с активним или пасивним отпором магистрата и сената. У таквој ситуацији његови предлагачи (најчешће плебејски трибуни) тежили су да изразито реформске законе окруже разним врстама заштите, уносећи у њихове одредбе бројне клаузуле, понекад бескорисне и претеране, чија је сврха била да гарантује саму примену закона (нпр. *si quid ius non esset rogariet, eius hac lege nihilum rogatur*).

<sup>29</sup> М. Kaser, „Lex und ius civile“, у: *Rabels Zeitschrift*, Berlin, Tübingen 1967, 19.

Када се пође од претпоставке да римски правни поредак не започиње са децемвирским законодавством, намеће се питање које су то норме претходно формирале древни *ius*? Несумњиво да су обичаји (*consuetudo, mores maiorum*) задуго били основни регулатор друштвеног живота најстарије римске заједница. Ова неписана правила су вековима, заједно са религијским и моралним нормама, чинила део колективног народног памћења. Тек касније се јављају зачеци древног „законодавства“ у виду *leges regiae* и *leges sacratae*.

Мишљења романиста о правној природи „краљевских закона“ веома су подељена, чак дотле да се негира и њихово постојање. Чини се да су такве тврдње неодрживе, јер је тешко замислити период од преко два века римске монархије без било какве нормативне активности рекса. Такви архаични „закони“ вероватно су пролазили кроз потврду куријатских скупштина, а каснији назив „краљевски“, добили само због тога што су настали иницијативом рекса. На тај закључак упућује и тврдња Помпонија, у спису где обрађује најстарију историју римског права (*Enchiridion*).<sup>30</sup> Уосталом, усмено обраћање предводника заједнице окупљеном народу, ради његовог изјашњавања поводом неког питања од интереса за целокупну заједницу, среће се и код других античких народа на почецима њихове историје. Полазећи од садржине тог најстаријег римског законодавства, може се закључити да децемвирске таблице нису аутоматски поништавале *leges regiae*, већ су поједине од тих регула чак биле инкорпорисане у њихову садржину.<sup>31</sup>

С друге стране, постојале су и древне *leges sacratae*, норме којима је требало обезбедити основне претпоставке за успешност политичке борбе плебејаца: кохезију њихове заједнице, обавезност свих чланова на поштовање заједничких одлука, неприкосновеност њихових вођа, јасну представу о циљевима борбе, итд. Значај сакралних закона је далеко већи него што се то уобичајено приказује у романистичкој литератури. Могло би се закључити да је чак постојао изванредан, мање или више кохерентан, *corpus* сакралних закона који је као целина имао задатак да штити интересе плебејаца и који је можда био редигован на сличан начин као и *XII таблица*. Сведочења традиције наводе на закључак да су ови правни извори представљали два темељна „блока“ најранијег римског законодавства V и IV века п. н. е. Они су у одређеном периоду упоредо постојали и крајњој линији служили остварењу истог циља – изједначавању правног статуса патриција и плебејаца.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Он каже да је већ Ромул „неке законе и сам поднео народу у куријама, а да су то чинили и каснији краљеви“ (D.1,2,2,2: *leges quasdam et ipse curiatis ad populum tulit; tulerunt et aequentes reges*).

<sup>31</sup> Ž. Вујуклић, „Leges Regiae: Pro et Contra“, RIDA 45/1998, 89–142.

<sup>32</sup> Ж. Вујуклић, „Leges sacratae plebiscita Leges XII tabularum“, у: *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ (прилози пројекту 2012)*, Београд 2013, 504–523.



Том циљу тежили су и плебисцити, па би се могло претпо- ставити да су управо они били значајни законодавни извори *ius*-а.<sup>33</sup> Највероватније да се процес изједначавања са законима (*exequatio*) морао односити на *plebiscita* којима су регулисана питања из обла- сти приватног права, јер би било апсурдно замислити да су плебејци, као део римске популације, могли у почетку остваривати право на изгласавање закона који би били насупрот целокупног *populus*-а. Тако се се постепено долази до спознаје да је продукт *lex*-а увек *ius* и то је први корак ка унификацији ова два појма. Терминолош- ка неусклађеност, која се огледа кроз бином *ius lexque*, указује на потешкоће у том процесу. Чињеница да се он појављује само у за- конским изворима из времена републике, а да ишчезава у следећем периоду, то најбоље потврђује.<sup>34</sup> Формирању *ius*-а доприносила је касније и нормативна делатност правосудних магистрата, али се пре- торски едикти никада неће означавати као *lex*.<sup>35</sup>

#### 4. ОД ЗАКОНА XII ТАБЛИЦА ДО КРАЈА РЕПУБЛИКЕ

Постоје три децемвирске одредбе које су директно везане за *ius* и *lex*, од којих се две односе на приватно право, а трећа на јавно:

Tab. V,3: *Uti legassit suae rei, ita ius esto*

Tab. VI,1: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*

Tab. XII,5: *Quodcumque postremum populus iusserit, id ius ratumque esto.*<sup>36</sup>

Свакако није случајно што се у све три помиње фраза *ita ius esto*, и то у случајевима у којима се установљава могућност да воља одређених субјеката може да ствара право. Намеће се питање зашто се каже *ita ius esto* а не *ita lex esto*? Могуће да је средином V века *ius* још увек доминантан, пошто своју снагу црпи из древних обичаја. Отуда се поменути прописима жели установити нови извор права,

<sup>33</sup> B. Donati, „I plebisciti fonte di diritto privato secondo la dottrina del Vico“, у: *Scritti varii dedicati a C. Arnò*, Modena, 1928; M. Humbert, „I ‘plebiscita’ prima del’equiparazione alle leggi (con la lex Hortensia del 287 ca.)“, у: *Leges publicae – La legge nell’esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, 307 337.

<sup>34</sup> G. Brogгинi, „Ius lexque esto“, у: *Ius et lex, Festgabe zum 70. Geburtstag M.Gutzwiller*, Basel 1959, 23 44;

<sup>35</sup> A. d’Ors, „La ley romana, acto de magistrado“, *Emerita* 37/1969, 144; Шире о томе G. Gioffredi, „Ius, Lex, Pretor – Forme storiche e valori domatici“, *SDHI* 13 14/1947 48, 6 140.

<sup>36</sup> G. Brogгинi, 42. фн. 69, сматра да је у изворном тексту и овде стајала типична формула *ita ius esto*.

који попут *mores*, ствара *ius*. Он се огледа кроз вољу тестатора (V,3), или двеју страна код манципације (VI,1), као и у вољи окупљеног народа у комицијама (XII,5).

Остављајући по страни прве две одредбе (јер би њихова анализа далеко превазишла потребе овога рада), задржаћемо се на последњој од њих. Она утврђује правило: „нека оно што народ касније изгласа, буде право“ (или: „нека има снагу закона“). Тиме се *populus* овлашћује да буде стваралац правних норми, које иновирају дотадашњи правни поредак – обухваћен појмом *ius (antiquum)*. То потврђује да је његово формирање до тада било изван активности *comitia*.

Међутим, када се говори о укључивању „народа“ у процедуру доношења законских одлука, под тим појмом се не може подразумевати статична категорија која означава безличну хомогену скупину појединаца, већ се њиме обухватају различити социјални слојеви који су у појединим историјским тренуцима имали неједнаке компетенције и утицај приликом одлучивања у скупштинама – наравно, уколико су у њима уопште и могли да учествују, имајући у виду различите врсте римских комиција (*curiata, centuriata, tributa, concilia plebis*). Код Бјондија, па и многих других романиста, тај социјално политички аспект је, зачудо, потпуно заобиђен.

Шта означава *populus* у цитираној децемвирској одредби? После пада краљевства требало је успоставити нови друштвени поредак, који се током V и IV века п. н. е. уобличавао кроз сукоб два оштро супротстављена социјална слоја – патриција и плебејца. Управо ће се кроз дијалектику тог сукоба, с почетка републике оформити два нормативна извора, која јасно одражавају биполарну структуру тога друштва. На једној страни су регуле обухваћене термином *ius*, потекле од *mores*, тумачења свештеника и древних *leges regiae*. Оне су везане за патриције, онај друштвени слој који је збацио *regnum*. Насупрот њих су *leges*, норме које су израз воље народа на комицијама и чији је носилац *populus*. Тиме је народу признат „суверенитет“ и формално омогућено да креира *ius*. Тако су успостављени темељи римске *civitas* – „отвореног друштва“ у коме потенцијално сваки слободни грађанин може учествовати у власти. Управо у чињеници да воља народа (*iussum populi*) постаје креативни извор правног поретка, и да се кроз *plebiscita* и *leges sacratae* плебејци могу супротставити доминацији патриција, наводи неке романисте да у томе препознају зачетке демократске идеје код Римљана.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> F. Serrao, „Ius e lex nella dialettica costituzionale della prima Repubblica“, у: *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne*, II, Napoli, 1977, 279-317. Серао тврди да су за ране демократске процесе у Риму најзаслужнији управо плебејци. Овај аутор сматра да је још у доба краљева, свака ко под етрурским утицајем, дошло до дубоких промена унутар социјалне структуре римског друштва. Древна заједница федеративног карактера (сачињена од *familiae* и

Извори из периода републике су оскудни, и ће тек Цицерон, крајем те епохе, оставити драгоцене податке за разумевање појмова *ius* и *lex*. У свом спису *De republica*, а поготово у *De legibus*, он поменути термине веома често користи и пружа нам шансу да из доступних текстова покушамо допрети до значења које им он даје.<sup>38</sup> Промишљајући о идеално уређеној *civitas*, имајући Платона за узор, Цицерон помиње термине *ius* и *lex*, и о њима расправља. По њему је „врхунски разум и у човеку и у богу“ (*ratione melius eaque est et in homine et in deo*), а да заједнички и правилан разум управо представља *lex*, па су људска бића преко закона удружена с боговима. Отуда *civitas* окупља људе „међу којима постоји заједништво закона и заједништво права“ (*inter quos porro est communio legis, inter eos communio iuris est*).<sup>39</sup> Онима којима је од природе дат разум, поседују „прави разум“ (*recta ratio*), па дакле и сам закон, који се огледа у наређивању и забрањивању; где је закон ту је и право, а разум је дат свима, па је и право дато свима (*ergo et lex, quae est recta ratio in iubendo et vetando; si lex, ius quoque; et omnibus ratio*).<sup>40</sup> Цицерон жели да спозна „основе права“ (*iuris principia*), па чак и дефинише закон као „највиши разум усађен у природу, који налаже шта треба чинити, а забрањује оно што је противно томе“ (*lex est ratio summa insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt prohibetque contraria*).<sup>41</sup> На другом месту Цицерон каже, да је „закон разликовање праведног од неправедног, у складу с оном најстаријом природом, која влада свим стварима и њој се прилагођавају људски закони, који оно што је лоше кажњавају, а добро штите и бране“.<sup>42</sup> Отуда је право тамо где је и праведност (*quodsi ius, etiam iustitia*).<sup>43</sup>

*gentes*) постепено се замењује једном унитарном друштвеном структуром која почива на идеји једнаких и слободних појединаца, тј. на категорији *populus Romanus*. Отуда долази до превласти идеологије унитарне заједнице за коју се залажу они њени припадници (*plebs*) којима није одговарала доминација моћних гентилских породица (*patres*) у чијим рукама је до тада била концентрисана политичка, војна и религијска власт. F. Serraо, *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa 1974, 17 21.

<sup>38</sup> Једини превод на српски језик објавила је Б. Шијачки Маневић (уз стручну консултацију и напомене Ж. Бујуклића), Цицерон, *Држава, Закони*, I II, Београд 2002.

<sup>39</sup> Cic. *De leg.* I, 23.

<sup>40</sup> Cic. *De leg.* I, 33. Скоро исто *De leg.* I, 42: *Est enim unum ius quo deuinctum est hominum societas et quod lex constituit una, quae lex est recta ratio imperandi atque prohibendi.*

<sup>41</sup> Cic. *De leg.* I, 18.

<sup>42</sup> Cic. *De leg.* II, 13: *...ergo est lex iustorum iniustorumque distinctio ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum deriguntur, quae supplicio improbos adficiunt, defendunt ac tuentur bonos.* Сличне ставове излаже и у неким другим списима, упор. *De off.* III, 23 и 31.

<sup>43</sup> Cic. *De leg.* I, 48.

Очито је да Цицерон верно следи своје грчке узоре и да, као њихов епигон, понавља већ познате идеје о постојању природног права да тог људима од богова.<sup>44</sup> Он у *De legibus* не расправља о некаквом појму „закона“ утемељеног у правном искуству Римљана, већ излаже филозофски, апстрактни појам закона, схваћен као *ratio summa* који, „када је чврсто обликован у људском духу, представља закон“ (*cum est in hominis mente confirmata et confecta, lex est*).<sup>45</sup>

Међутим, Цицерон није учени правник, један од славних *veteres*, већ вешт оратор, који своје говорничко умеће користи у практичне сврхе. Убеђивањем оних који пресуђују у исправност ставова које брани, Цицерон не преза од прагматичног прилагођавања потребама конкретне ситуације. Ставови које износи у једној одбрани, не морају га нужно обавезивати у некој од следећих парници. Отуда, када се Цицерон суочи са свакодневним животом, и спусти се са филозофских висина до постојећег правног поретка римске *civitas*, он сагледава реалност као и сваки просечан грађанин – па тада *lex* чини *scitum populi*, одлука народа донета на комицијама. *Lex* није више природни закон, проистекао из свести божанства и усађен у свест људи, већ писана норма којом римски грађани нешто санкционишу.<sup>46</sup> Та подвојеност у Цицероновом делању огледа се и у његовим списима, па ће, у зависности од тога да ли у њему проговара практичар или правни мислилац, зависити његови ставови, као и терминологија коју користи. Када није филозоф, онда нема „природних“ и „људских“ закона, него само овоземаљских одлука изгласаних на скупштинама, а *lex* и *ius* постају скоро синоними (*lex ius est*).<sup>47</sup>

У другој половини републике из темеља ће се променити однос снага и друштвени слојеви ће се формирати на новој основи. Унутрашњим раслојавањем патриција и плебејаца временом настаје моћан олигархијски савез између најбогатијих с обе стране – оличен у нобилима. Они преузимају полуге власти и путем веште политичке мимикрије прикривају да *res publica* није више *res populi*. Постепено ће се сужавати основа учешћа „обичног“ народа у одлучивању, тако што се комиције трансформишу у бастион најбогатијих, док ће *concilia plebis* изгубити своју првобитну функцију. Почетком принципата оне ће постати сувишан баласт у процесу изградње аутори-

<sup>44</sup> О Цицероновим филозофским ставовима: М. Lauria, *Ius, visioni romane e moderne (Lezioni)*, Napoli, 1962, 61 и даље.

<sup>45</sup> Cic. *De leg.* I, 18.

<sup>46</sup> Cic. *de inv.* II, 54,56: *lex ius est, quod in eo scripto quod populo expositum est ut observet continetur*; Cic. *auct. ad Her.* II, 13: *lege ius est quod populi iussu sanctum est*.

<sup>47</sup> *Ibid.*

тативне власти једног човека. Ускоро ће комиције престати да се састају, па ће *iussum populi* неповратно прерасти у *iussum Augusti*.<sup>48</sup>

## 5. КЛАСИЧНО И ПОСТКЛАСИЧНО ПРАВО

Бјонди сасвим оправдано истиче да је током целокупне класичне епохе коегзистирао плуралитет *iura*, које се комплетирају и координирају узајамно: *ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium*. Међутим, почетак кретања према формалној унификацији потврђује се с увођењем царске власти, када *constitutio principis* постаје једини правни извор, коме се даје узвишено и свечано име *lex*, искључујући могућност да га могу и други извори креирати.<sup>49</sup>

Временом ће се, отуда, термином *leges* означавају наредбе које је владар доносио по свом дискреционом праву, обезбеђујући им законску снагу на основу начела *quidquid principi placuit habet legis vigorem*.<sup>50</sup> Чак и одлуке које ће владар доносити поводом конкретних случајева (*decreta*, *rescripta*), задобиће обавезујућу снагу, и то не само за стране у спору, већ ће представљати „закон“ за судије у свим будућим сличним случајевима. Све конституције императора се зато деле на оне које садрже општу норму (*leges generales*, *edictales*), од оних које садрже појединачну заповест (*leges speciales*, *personales*). Међутим, почев од Константина започиње процес потискивања царских наредби које су по свом карактеру *lex specialis*, у корист оних које начелно решавају одређено питање и стварају општу норму. Тиме се *leges generales* заправо приближавају данашњем схватању закона.<sup>51</sup> Сматра се да праксу напуштања казуистичког прилаза праву, које је доминирало у претходним епохама, не треба тражити само у новоуспостављеном апсолутистичком карактеру власти, већ и у томе што се јуриспруденција (под утицајем грчког начина размишљања) све више окреће компилацијама и систематизацији права, покушавајући да на основу постојећег врло хетерогеног правног материјала изврши одређена уопштавања. Тиме посткласично право признаје карактер извора права само општој норми, што је преовлађујуће схватање и савремене доктрине.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Ж. Бујуклић, *Закон као извор права у античком Риму (настанак и најранији почеци)*, Београд 2012, 151.

<sup>49</sup> В. Biondi, 200 и даље.

<sup>50</sup> R. Orestano, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, Roma 1937 (rist. 1962), *passim*.

<sup>51</sup> M. Bianchini, *Caso concreto e lex generalis: per lo studio della tecnica e della politica normativa da Costantino a Teodosio II*, Milano 1979, *passim*.

<sup>52</sup> S. Šarkiћ, A. Malenica, *Pravne teorije i institucije antike*, Novi Sad 1994, 114.

Император се сада појављује као једини и аутентични тумач постојећих норми, јер је „једино творац закона у стању да одгонетне његове енигме и да их свима разјасни“ (CJ.1,14,12,4). Он сам је био ослобођен обавезе поштовања закона: *princeps legibus solutus est* (D.1,3,31). Јустинијан истиче да је император изнад закона због божанског карактера своје личности и због тога што је он сам представљао „живи закон послат људима“ (Nov. 105,2,4).<sup>53</sup>

Тиме се окончава еволуција концепта „закон“ у римском праву: његова обавезност сада не проистиче чак ни формално из народног суверенитета, већ почива искључиво на апсолутној власти оличеној у личности императора. Комиције су тада само далеко историјско сећање, али ће још задуго опстати њихова фиктивна важност као законодавног органа. Један посткласичар, вероватно крајем IV века, и даље ће спекулисати идејом по којој *leges nulla alia ex causa nos teneant quam quod iudicio populi receptae sunt...*, а још касније, св. Исидор (*etym.* 5,10–11) нам представља законе и плебисците као *constitutiones* донете на скупштинама: *lex est constitutio populi... scita sunt quae plebes tantum constituunt*. Ни Јустинијанови компилатори неће одустати од укоренење идеолошке традиције да су закони обавезујући јер почивају на вољи народа (D.1,3,32,1).<sup>54</sup>

А шта се дешава са појмом *ius*?

У посткласичном периоду овај термин добија сасвим ново значење. *Ius* сада обухвата право садржано у делима класичних римских правника (тзв. правничко право). Овај необични историјски парадокс, да се ауторитет извора права приписује мишљењима јуриспрудената из претходних векова, а не делима савременика, могуће је објаснити потребом друштва да се у временима опште кризе враћа провереним вредностима из прошлости. Међутим, разлог је и сасвим практичне природе. Посткласични правници су централизацијом и бирократизацијом државе сведени на правне техничаре, чиновнике самог цара, који је формално једини стваралац права. Константин је то потврдио конституцијом из 316. године, којом проглашава да је само он овлашћен да креира правна решења заснована на правичности.<sup>55</sup>

Док се царско законодавство првенствено бавило проблемима јавноправне природе (интервенционизмом у привреди, фискалним проблемима, наплатом пореза и сл.), у области приватног права њихова нормативна делатност није оставила дубљи траг. Ипак, свакодневни живот је изискивао решавање бројних спорова међу грађанима, па су судије биле принуђене да се окрену „старом праву“

<sup>53</sup> V. Casavola, „Legislatore interprete“, *Labeo* 41/1995, 91.

<sup>54</sup> Ж. Бујуклић, *Закон као извор права у античком Риму*, цит. 175.

<sup>55</sup> J. Gaudemet, „‘Ius’ et ‘leges’“, *IVRA* 1/1950, 223–252.

(*ius vetus*). Управо су у списима класичних јуриспрудената до савршенства развијена бројна техничка решења везана за установе приватног права. Додуше, међу њима су постојала различита мишљења о истом питању, а сналажење међу бројним непоузданим преписима био је огроман проблем. Изворни списи били су реткост, тако да је утврђивање аутентичног мишљења класичног правника зависило углавном од способности странака, односно њихових адвоката, да допру до њих. То је давало могућност и судијама да самовољним избором појединих књига пристрасно пресуде у корист једне од странака. Веома раширена корупција у тим кризним временима, још је више отежавала овај проблем.

Отуда су цареви били приморани да интервенишу и да у „правничком праву“ уведу ред. Прво је *Законом о касирању* (321. године) Константин забранио судијама да користе Улпијанове и Паулове коментаре Папинијанових дела, чије оригиналне правне списе проглашава обавезујућим, а век касније ће Теодосије II и Валентинијан III (426. године) *Законом о цитирању* одредити петорицу класичних правника („сенат мртвих“) чија мишљења једино обавезују суд. Дакле, за разлику од царских наредби које чине динамични део права, *ius* представља непромењив, статичан део који обухвата изворе из класичног периода.

## 6. ЈУСТИНИЈАНОВО ПРАВО

Мада је у доминату процес унификације правног поретка већ увелико био у току, ипак је и Јустинијанова компилација поштовала вековну правну стратификацију, по којој се нови извори придодату и комплетирају претходне. Управо је Фридрих Блуме, са својом *Massentheorie*, указао на чињеницу да су у изради Дигеста компилатори били раздвојени на оне које су уносили фрагмете из цивилног права (*libri ad Sabinum*) и оне који су се бавили хонорарним правом (*libri ad edictum*). Њихов задатак је био изузетно тежак, јер није било лако снаћи се у правним регулама које су створане вековима и на разне начине. Ту су били коментари Закона XII таблица (које Римљани никада нису у целости укинули), закони из доба републике, преторски едикти, сенатске одлуке и мишљења учених правника, која су била обавезна за судове. Али, уз компилацију правничког права (*codex legum*), они су прикупили и царске конституције од Августа до Јустинијана (*codex iuris*). Тиме су дотадашње правно наслеђе уобличио кроз *Digesta* и *Codex Iustinianus*, следећи управо дихотомију: *iura – leges*.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> P. Bianchi, *Iura Leges, una apparente questione terminologica della tarda antichità*, Milano 2007, 177 и даље. Према овој ауторки, поменута дихотомија се по

Ипак, може се рећи да се унификација формално догодила самом чињеницом да су појединачне Јустинијанове конституције дале законску снагу целокупној хетерогеној правној материји, која се сачувала посредством вишевековне римске традиције. Право је сада само једно, и потиче искључиво од *leges*, тј. царских наредби које постају једини живи и реални извор права. Сви претходни *fontes iuris* преузимају правну снагу од „закона“ које је прогласио Јустинијан. Кроз његову кодификацију не обраћају нам се учени римски правници или вешти претори, нити су они сами заслужни што су нам се древни правни принципи сачували – већ је то управо Јустинијан. Стари извори су наведени не само због поштовања према античком свету, већ и да би се учинио разумљивијим сложени законодавни подухват овог цара. Уз помоћ премудрог Трибонијана, Јустинијан је желео да својом кодификацијом обухвати целокупно позитивно право, у тој мери да је и сам поверовао у илузију да је створио законодавно дело које је комплетно и дефинитивно. Зато је и забранио каснији развој права деловањем учених правника.

Идеју да различите делове Јустинијанове кодификације (Дигеста, Институције, Кодекс и Новеле) треба схватити као нормативну целину, установиће у средњем веку Ирнерије, оснивач глосаторске школе. Он је желео да превазиђе очигледну неподударност у садржини и карактеру делова овог кодекса, употребивши термин *corpus* у намери да укаже на њихову повезаност и нормативно јединство.<sup>57</sup> На тој основи настао је и назив *Corpus iuris civilis*, који се узредно помиње већ у коментарима појединих глосатора (Ацо, Хуголинус, Акурсије), али не и као званични назив за зборник Јустинијановог права.<sup>58</sup> То ће учинити тек Дионисије Готофредус, у првом штампаном издању овог кодекса (1583. године), као пандан називу *Corpus iuris canonici*. Тако се четири дела Јустинијанове кодификације појављују као јединствени зборник (отуда: *corpus*), који обухвата целокупно позитивно право (отуда: *iuris*) и који је на снази на целокупној територији римске државе (отуда: *civilis*). Наравно да се назив *civis* овде не користи у древном значењу тог термина, јер те државе више нема, а *Свето римско царство* ће представљати само тежњу да се империјална власт старог Рима пренесе на Немачку (*translatio imperii*). Такође и идеја о јединственом корпусу права, није ништа друго до покушај

чев од Савињија налази у свим уџбеницима, али се бином *iura leges* ипак веома ретко среће у позноримским изворима. О томе L. Winkel, *The Roman Notion of lex*, цит., 254.

<sup>57</sup> Римски правници су тај термин користили за ствари које су сачињене од више елемената, али које спаја њихова заједничка природа (Pomp. D. 41,3,30 pr.: *quod pluribus inter se coharentibus constat*).

<sup>58</sup> K. F. von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Darmstadt 1956, III, 516 и даље.



преношења на нормативни план идеје о јединственом идеалном праву, које прати јединствени поредак у друштву: *unum sit ius cum unum sit imperium*.<sup>59</sup> Када је 800. године Карло Велики крунисан за „цара Римљана“, његова држава обухватиће знатан део Европе, а кодификација цара Јустинијана почиње да бива основа за стварање универзалног права старог континента. У крајњој линији, пандектно право и *ius commune* у свом великом делу нису ништа друго до римска правна традиција, која нам се путем средњовековне рецепције сачувала до данас.<sup>60</sup>

Управо анализом историјских околности и социополитичких противречности које су утицале на уобличавање правних феномена, постаје нам јасније како су *ius* и *lex* настајали, мењали се и добијали одговарајућу нормативну садржину – од антике па до наших дана.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> А. Маленица, *Историјски поглед на систематизацију права у европском континенталном праву и на развој појма „приватно право“*, Нови Сад 2010, 30.

<sup>60</sup> Ж. Бујуклић, „Три епохе, један правни концепт: *ius civile*, *ius commune*, *ius Europaicum*“, *Зборник Матице српске за класичне студије*, 14 /2012, 213 230.

<sup>61</sup> Термини којима се у савременим романским језицима означава појам „закон“ изведени су од латинског *lex*: италијанско *legge*, француско *loi*, шпанско *ley*, португалско *lei*, румунско *legea*, итд. С друге стране, *ius* је као правнотехнички термин потпуно ишчезао, па се за означавање „права“ користе термини сасвим друге етимологије: *diritto*, *droit*, *derecho*, *direito*, *dreapta*, а сличан корен има и немачко *Recht*. Од *ius* су ипак проистекли поједине именице и прилози, попут италијанског *giusto*, *giurisprudenza*, *giurista*, *giuriconsulto*, што је случај и у другим романским језицима. Чудно је да се у земљама англосаксонског система, чија је традиција мање заснована на закону као извору права, термин *law* схвата и као *закон* и као *право*. Док се на континенту каже *diritto civile*, *droit civil*, *bürgerliches Recht* итд., Енглези говоре: *civil law*, *common law*, *roman law* итд. Користи се и синтагма *customary law* или *legal custom* у значењу обичаја који има законску снагу или је еквивалентан закону. Отуда се у енглеском језику „закон“ далеко чешће означава термином *statute*. Упор. А. С. Johnson, *Ancient Roman Statutes*, Austin, 1961; М. Н. Crawford., *Roman Statutes*, London, 1996. Постоји и мишљење да *law* уопште не потиче од латинског *lex*. Упор. В. Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford, 1969, 14, фн.1. О лингвистичком аспектима овог проблема: Ж. Бујуклић, „О садржини појма ‘lex’ у римском праву“, цит, 53 57.

Dr. Žika Bujuklić

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## MULTIPLE MEANINGS OF TERMS “IUS” AND “LEX” AND THEIR RELATIONSHIP

### *Summary*

In this paper the author examines the meaning of terms “ius” and “lex” during the development of the Roman state, giving a broad historical genesis of the relationship between these two concepts. They are often perceived as two closely related categories. It is clear that from the closeness of these concepts arises the problem of differentiating the content and defining their relationships. Starting from the results set forth in the study of B. Biondi, the author argues with the attitudes of this famous Italian romanist, reproaches him for favoring the normative method, and ignoring the historical, sociological and political aspects of these legal phenomena. Just taking these factors into account, the author gives a broad panorama of the development of these two institutions, ranging from archaic times, the period of the Republic, classical and post-classical era, up to the time of Justinian. The author concludes that an analysis of historical circumstances and socio-political contradictions that have influenced the shaping of legal phenomena, it becomes clear in which way “ius” and “lex” emerged, changed and given appropriate normative contents – from ancient times, through the medieval reception until modern times.

Key words: *Ius. – Lex. – Leges duodecim tabularum. – De legibus. – Corpus iuris civilis.*

Др Саша Б. Бован\*

## ПРИРОДА ЈУРИСТИЧКОГ ЗАКЉУЧКА

*У раду се разматра проблем природе јуристичког закључка полазећи од гледишта која истичу значај премисе чињеничног стања (мале премисе) за сагледавање ове проблематике. Основна хипотеза овог истраживања указује да је структура мале премисе сложенија него што се мисли, односно да она под разумева утврђивање и квалификацију чињеница, али и објашњење чињеница, које следи након њиховог утврђивања и описа и које претходи квалификацији чињеница. Ову димензију мале премисе превиђају чак и гледишта која потенцирају значај чињеничних питања за разумевање јуристичког расуђивања. Објашњење чињеница је димензија мале премисе која битно одређује природу јуристичког закључка, односно показује да правно расуђивање има у исто време логичку, аксиолошку али и каузалну природу (јуристичко резоновање као *telos*, *phronesis*, али и као *episteme*).*

*У наставку ове хипотезе изводи се тврдња да каузална природа правног закључка заправо значи да ово расуђивање поприма, између осталог, облик једне развијене социолошке анализе, и по том основу, пре свега облик индуктивног закључивања. Правно расуђивање, по овом приступу, добија силогистички облик накнадно и небитно за разумевање његове суштине.*

*У изложеном правцу, подвргавају се критици постојећа гледишта о природи правног закључивања: модел силогистичке интерпретације, модел херменеутичке циркуларности, модел дијалектичког расуђивања и модел постмодернистичке реконструкције. Критика ових гледишта не заснива се са позиције њихове искључивости већ комплементарности, где социолошки угао посматрања отвара простор како за дубље разумевање правног расуђивања, тако и за синтезу постојећих гледишта о природи јуристичког закључка.*

**Кључне речи:** *Правна херменеутика. Природа јуристичког закључка. Механичка и стваралачка јуриспруденција. Социолошки метод у тумачењу и примени права.*

---

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [bovan@ius.bg.ac.rs](mailto:bovan@ius.bg.ac.rs).

## 1. УВОД

Значај чињеничних питања за објашњење природе јуристичког закључка већ је уочен у литератури из правне методике.<sup>1</sup> Међу ауторима који су указивали на овај приступ нарочито истичемо Бернда Ритерса и Арни Упмајера. Б. Ритерс упозорава да се у поступку изрицања правде превиђа значај чињеничних питања иако судије највише времена потроше на њихово утврђивање и анализу.<sup>2</sup> У истом правцу крећу се и размишљања А. Упмајера. Он каже да се „у квантитативном смислу далеко највећи део посла, нарочито нижестепених судова састоји у образлагању емпиријских поставки“,<sup>3</sup> тако да теорија мале премисе мора бити „интегрални део сваке филозофије права која тежи ка потпуности“.<sup>4</sup> Проблематика утврђивања чињеничних питања систематски је можда најопсежније изложена код Ханс-Јоакима Коха и Хелмута Рисмана, али без извођења свих могућих консеквенци ове тематике на питање природе јуристичког закључивања.<sup>5</sup>

Независно од појединих аутора, ова проблематика је једна од централних тема филозофије где се расправља унутар дилеме о односу фактичког и нормативног. Тада, у логици и епистемологији,

<sup>1</sup> У области правне методологије, и методологије иначе, влада својеврсна појмовно термилошка конфузија, заправо, слободно се може рећи, права подивљалост језика: Hubert Rottleuthner, *Richterliches Handeln Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, Frankfurt/Main 1973, 1 3, Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 13 21. У овом раду се употребљавају као синоними термини правна методика, правна методологија и правна херменеутика који се, логиком издвајања материјала, односе на јуристички начин рада те обухватају проблематику канона тумачења права и природу јуристичког закључка, док методи спознаје права спадају у општу методологију и гранају се на методе научног и филозофског сазнања права. Такође, гледиште које се овде заступа успоставља знак једнакости између правне методике и правне догматике: Н. Rottleuthner, 2; Жорж Гурвич, *Социологија права*, Подгорица 1997, 26. Још једно отворено питање јесте однос правне методологије и јуриспруденције. По једним гледиштима (Ц. Остин, Ж. Гурвич) јуриспруденција се донекле изједначава са правном методологијом јер представља вештину погодну искључиво за практичне циљеве: Ж. Гурвич, 26. Друга гледишта (М. Фриман, Н. Симондс, код нас Б. Кошутић) изједначавају јуриспруденцију с општом теоријом права: Будимир Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица 2008, 11 14. Трећа опет (А. Рос), истичу непрецизност термина јуриспруденција јер обухвата разнолика општа учења о праву (делом и методолошка), па га са резервом употребљавају: Алф Рос, *Право и правда*, Подгорица 1996, 23.

<sup>2</sup> В. Rütters, *Rechtstheorie*, München 1999, 377.

<sup>3</sup> А. Upmeyer, „Der Sachverhalt im juristischen Streit“, *Der juristische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik* (hrsg. G. Kreuzbauer, S. Augeneder), Stuttgart 2004, 124.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 133.

<sup>5</sup> Н. J. Koch, Н. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, 271 345.

ова се антиномија испољава као питање о поузданости индуктивног закључивања,<sup>6</sup> док се у етици антиномија фактичко/нормативно испољава као питање о могућности индуктивног заснивања морала.<sup>7</sup> Унутар моралне филозофије, етички реализам је правац који представља покушај разрешења ове антиномије хипостазирајући њен фактички пол. У теорији тумачења овај приступ проналазимо у концепцијама херменеутичке логике, где се истиче значај искуства за логичко мишљење, односно да логичка истина проистиче из животне истине (фактичности, људске егзистенције).<sup>8</sup> Индуктивистичка традиција у изложеном смислу снажно је присутна и у литератури која инклинира ка јуристичкој херменеутици. Подсетимо се на пример Перелмановог покушаја индуктивног заснивања морала полазећи од Леви-Брила. Перелманово настојање да изгради логику вредносних судова није успело да моралну филозофију спасе усуда арбитрности. Ипак, иако се не могу доказивати, вредности се могу рационално оправдавати.<sup>9</sup> Тада, у духу практичке филозофије, Перелман указује да критеријум њиховог образлагања јесте пре свега појединачни контекст (искуство) неког појединца,<sup>10</sup> што значи да се вредности могу изводити из искуства, да је људска пракса најпоузданији критеријум вредновања.

Перелманов индуктивизам – који отвара простор за одговарајуће позиционирање фактицитета у разрешење антиномије чињенично/нормативно, а у контексту циљева овог рада, омогућава дубље разумевање природе правног расуђивања – остао је тајна за тумаче његовог дела. Међутим, његови ставови на које се позивамо, и његово позивање на индуктивну теорију морала Леви-Брила, довољан су разлог да се Перелманов опус посматра и из ове перспективе. Додуше, овом прикривању индуктивизма кумовао је и сам Перелман. Песимизам у погледу изградње логике вредносних

<sup>6</sup> У овој области преовладава Хјумов песимизам који је у најоштријој форми изразио Џ. Мур који покушај извођења вредносних исказа из чињеница проглашава натуралистичком грешком: Џорџ Е. Мур, *Принципи етике*, Београд 1964, 14.

<sup>7</sup> У моралној филозофији могућност преласка од фактичког ка нормативном допушта тзв. етички реализам. Међу ауторима који имају разрађене концепције на ову тему помињемо пре свега П. Рејлтона: Peter Railton, „Moral realism“, *The Philosophical Review* 2/1986, 163 207.

<sup>8</sup> С обзиром на то да се посредовање између искуства и логике одвија путем језика, ова логика се означава као херменеутичка логика. Њена заснованост на искуству и индуктивни карактер проистиче из значаја појмова као што су „предметност исказа“ код Миша: Георг Мисцх, „Евоцирајући израз и херменеутичка обликовања“, *Филозофјска херменеутика* (ур. Ж. Павић), Загреб 1998, 101, 110 113, и „ситуационо мишљење“ код Липса: Ханс Липс, „Формална и херменеутичка логика“, *Филозофјска херменеутика* (ур. Ж. Павић), 145, 149.

<sup>9</sup> Х. Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983, 41.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 87.

судова навео је Перелмана на закључак да ни искуство ни логичко извођење не омогућавају прелаз са „јесте“ на „треба“, већ да се до садржине моралних императива или до правичне пресуде долази одговарајућим техникама аргументовања, тј. дијалектичким и реторичким расуђивањем (нова реторика). Напросто, Перелманов индуктивизам је остао прикривен и теоријски неискоришћен јер ни он сам није успео да формулише теорију преласка од чињеница ка вредностима.

Изложени закључак може се применити и на топичку јуриспруденцију, за коју такође сматрамо да се напросто нуди за једну индуктивистичку интерпретацију, поготово у контексту циљева овог рада. Другим речима, сматрамо да новим читањем топике, она може послужити као основа за изградњу одговарајуће теорије мале премисе, а све у правцу комплекснијег сагледавања процеса тумачења и природе јуристичког расуђивања.

Топичкој традиција као облик проблемског резоновања, утемељена је на случају (проблему) тумачења, што значи да је превасходно окренута садржини а не форми мишљења. Посматрано на равни правне херменеутике то неминовно подразумева фокусирање на малу премису јуристичког закључка. Задржаћемо се на овој констатацији.

Када се ради о суштини топичког учења, најчешће се истиче, полазећи од Фивега, да је она облик дијалектичког а не аподиктичког мишљења,<sup>11</sup> да је вештина разговарања (аргументовања код Цицерона),<sup>12</sup> односно вештина налажења аргумената за неко поступање или непоступање.<sup>13</sup> Међутим, сматрамо да ако је топика вештина налажења, онда је она првенствено вештина налажења премиса (топоса, тачки гледишта), као што истиче и сам Фивег.<sup>14</sup> Тада се као кључно, поставља питање како се проналазе премисе. Фивег у одговору на ово питање остаје недоречен и конфузан. Иако на једном месту истиче везаност премиса за проблем,<sup>15</sup> а на другом говори о стању ствари (чињеницама неког случаја тумачења) којем је потребна правна обрада,<sup>16</sup> он, сва је прилика, није до краја сагледао релацију премисе – проблем, увидео индуктивистичку позадину топичког закључивања, те извео одговарајуће консеквенце у односу на питање природе јуристичког закључка. Чини се да је то због тога што под проблемом резоновања Фивег подразумева, сасвим неодређено, питање које допушта више од једног одговора, а не искуствени оп-

<sup>11</sup> Т. Фивег, *Топика и јуриспруденција*, Београд 1987, 26.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 36.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 40.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 49.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 54.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 105.

сег неког случаја тумачења, како чини нам се, треба протумачити и појам *ендоха* код Аристотела (истинитост према уваженом мњењу = истинитост полазећи од искуства које је неспорно свима, или већини, или најпознатијима и највиђенијима).

Када топички поступак посматрамо као трагање за премисама полазећи од чињеница неког случаја који се налази пред судијом, те као облик индуктивног закључивања, топка се у највећој мери приближава интересној јуриспруденцији, а у контексту циљева овог рада, она се посматра као метод. Међутим, топика тада није метод откривања аргумента или метод образлагања, већ пре свега поступак који има обележја каузалне (социолошке) анализе, када се полазећи од проблема (чињеница које творе случај тумачења) трага за вредностима које треба остварити, или се те вредности испуњавају садржином у конкретном случају изрицања правде.<sup>17</sup>

Можда се чини да је изложена интерпретација топичког учења исувише смела, и изведена како би се по сваку цену оснажила основна хипотеза овог рада. Међутим, чињеница да је обнова топике пре свега покушај супротстављања тиранији аподиктичког (системског, силогистичког) мишљења, чини сасвим легитимном интерпретацију по којој је топика учење које истиче значај премисе чињеничног стања и индуктивни карактер, те каузалну природу правног расуђивања (стога је указивање на дијалектичку природу топичког мишљења можда чак сувишно јер не погађа његову суштину, мада признајемо, позивање на дијалектику увек звучи убедљиво).

Топичка реконструкција је изложена у једном провокативном облику, између осталог и стога што је пример како се унутар покрета стваралачке јуриспруденције истиче улога вредновања у примени права, односно да правни закључак има не само логичку већ и аксиолошку структуру, али се превиђа значај мале премисе за разумевање тог проблема.

Осим аутора и школа које истичу непосредно значај чињеничних питања за разумевање природе правног закључивања, или оних који то раде посредно, указивањем на значај антиномије фактичко/нормативно за јуристичку херменутуку, уз све заблуде и недостатке у том правцу, и поједине гране права или проблеми у примени појединих њихових института такође указују на потребу проблематизовања постојећих концепција о природи правног закључка. Овде пре свега мислимо на процесно законодавство, где у много израженијем облику него у материјалном праву долази до изражаја проблематика

<sup>17</sup> Ауторитет за област топичке јуриспруденције у нашој литератури је Ј. Хасанбеговић. Међутим, чини се да у својим разматрањима, пре свега понављајући Фивегове идеје, она није успела да открије шире методске потенцијале топичког приступа (топичка анализа као облик социолошке анализе): Јасминка Хасанбеговић, *Топика и право*, Београд 2005, 315 329, 402 419.

чињеничних и правних питања. На пример у парници, овлашћења суда, положај странака, могућност предузимања, појединих парничних радњи, подизање правних лекова (посебно ревизије), у великој мери зависи од оцене да ли се ради о чињеничним или правним питањима.<sup>18</sup> У кривичнопроцесном законодавству, примена принципа *Ne bis in idem* зависи у великој мери од тога да ли ћемо идентитет дела везати за правну квалификацију или чињенице неког случаја, итд.<sup>19</sup> Сијасет дилема у овим или сличним случајевима одражавају се мање или више посредно и на питање о природи јуристичког закључивања.

Полазећи од изложеног, можемо извући одговарајуће закључке о постојећим схватањима природе правног расуђивања који ће бити детаљније тестирани излагањем појединих модела изрицања правде. Најважнији је тај да практично све теорије које припадају табору стваралачке јуриспруденције снажно и аргументовано указују на вредносну димензију правног расуђивања.<sup>20</sup> Међутим, еманципација ових гледишта спрема силогистичке логике није потпуна и одвија се само на аксиолошкој равни. Садржина норме повезује се са структуром стварности посредно, путем дилеме о улози вредновања у примени права. Другим речима, и даље је у фокусу истраживања велика премиса правног закључка, само, сада не са становишта својих формалних својстава него из угла свог аксиолошког садржаја. Мала премиса правног закључка и даље је је потцењена, што значи да аксиологизација правног расуђивања није пропраћена и социологизацијом процеса изрицања правде, зашта се залажемо у овом раду. Ево још неколико примера у том правцу.

Тако поступа познати аутор из ове области Р. Алекси. Иако припада антидедуктивистичкој традицији у правној херменеутици он ипак настоји да свој модел правног расуђивања уподоби дедуктивном извођењу.<sup>21</sup> Овај приступ смо пронашли и у радовима К. Бекера, афирмисаног припадника млађе генерације правних херменеутичара у Немачкој, иначе заговорника теорије аргументације, који не негира значај мале премисе (премисе чињеничног стања), али

<sup>18</sup> В. Ракић Водинелић, *Ревизија против пресуде*, Нови Сад 1995, 177, Никола Бодирога, „Чињенично и правно питање у ревизији“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2005, 132-150.

<sup>19</sup> Извесно лутање у том погледу показало се и у пракси Европског суда за људска права. Док је у једном случају (*Oliviera v. Switzerland*, No. 84/1997/868/1080 од 30. 7.1998) истоветност ценила полазећи од правне квалификације, у новијим одлукама почев од 2009. године (*Zolotukhin v. Russia*, No. 14939/03 од 10. 2.2009) идентичност се оцењује полазећи од чињеничног стања случајева у питању.

<sup>20</sup> Исцрпан преглед ових схватања у нашој литератури код: Јасминка Хасан беговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд 2006, 17-23.

<sup>21</sup> R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main 2001, 20-23.



ипак истиче како је са становишта правне теорије њен значај минималан, односно да се тиче пре свега емпиријске спознаје а не теорије права.<sup>22</sup> Исти је случај у нашој литератури са Ј. Хасанбеговић, када фаворизује квалификацију чињеница у односу на њихово утврђивање и објашњење.<sup>23</sup>

Све ово указује да наслеђе механичке јуриспруденције и даље жилаво опстаје у јуристичкој херменеутици. Наиме, продор социолошке парадигме у теорију права донео је два велика удара на тврђаву нормативизма (позитивизма) – антиетатизам (теорија друштвеног права) и антиформализам (интегрална теорија права и теорија о функцијама права).<sup>24</sup> Правни позитивизам се повлачи на терен правне праксе, али и одатле бива потиснут из сфере законодавства (стварања права), да би се коначно ушанчио у области примене права.<sup>25</sup> И оно што је фасцинантно, без обзира на све критике правног (законског) позитивизма, нарочито из табора стваралачке јуриспруденције, у области примене права, тј. у правној херменеутици и даље опстају топос силогистичке интерпретације,<sup>26</sup> тј. топос логичко-механичке функције правосуђа.<sup>27</sup>

*У овом раду, поновимо још једном, природа јуристичког закључка изводи се пре свега полазећи од премисе чињеничног стања, али имајући у виду, односно третирајући равноправно и у једном синтетичком обухвату и вредносну те логичку компоненту правног резонувања. То се постиже идејом о комплексној структури мале премисе где се између утврђивања и квалификације чињеница умеће њихово објашњење, што је околност која правном резонувању даје димензију развијене социолошке анализе и индуктивног закључивања. Овај приступ омогућава синтетичко сагледавање природе јуристичког закључка јер на оптималан начин изражава дијалектичко јединство велике и мале премисе (сврха и чињеница). У исто време, овим приступом се и на терену правне херменеутике потврђује комплексна (фактичко-аксиолошко-нормативна) природа правног феномена.*

<sup>22</sup> C. Bäcker, „Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründes?“, *Rechtstheorie* 3/2009, 411.

<sup>23</sup> Ј. Хасанбеговић, 188.

<sup>24</sup> Н. Бобио, „О функционалној анализи права“, *Есеји из теорије права*, Сплит 1988, 76.

<sup>25</sup> М. Ивовић, „Право и логика“, *Основни проблеми филозофије права* (ур. М. Шуковић), 147 148.

<sup>26</sup> А. Кауфман, *Право и разумевање права*, Београд Ваљево 1998, 51.

<sup>27</sup> R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/Main 1986, 366.

## 2. МОДЕЛ ЛОГИЧКЕ ПРИРОДЕ ЈУРИСТИЧКОГ ЗАКЉУЧИВАЊА

Овај приступ проблему природе јуристичког закључивања темељи се на моделу најстаријег облика правног позитивизма – правног легализма, који на супстанцијалној равни право своди на позитивно-правне норме, или правног формализма, који на методској равни правно расуђивање посматра као форму силогистичког закључивања.<sup>28</sup> У области изрицања правде модел силогистичке интерпретације артикулише се као становиште механичке јуриспруденције,<sup>29</sup> које на судију гледа као на слугу закона односно као на логички аутомат који подводи дати случај под општу норму и путем силогизма из ове две премисе извучи одговарајући закључак (пресуду).

Модел силогистичке интерпретације почива на наивној претпоставци да се неизвесност и несигурност правног закључивања може отклонити на логичкој равни, односно да ваљани логички облик може да буде гаранција исправне садржине. Као манифестација правног позитивизма, тј. правног формализма, овај приступ се заправо темељи на идеји о логичкој и садржинској заокружености, целовитости и самодовољности правног система (позитивног права) коју су до крајњих консеквенци извели школа егзегезе и концептуална (пандектистичка) јуриспруденција.<sup>30</sup> Међутим, корени идеје о логичкој потпуности и затворености правног система сежу и дубље од правног позитивизма. Иза и пре позитивизма овај приступ се наслања на традицију филозофије права и социјалне филозофије која однос друштва и права посматра кроз оптику склада и хармоније који се нису доводили у питање.<sup>31</sup> Другим речима, односно како истиче Р. Паунд, идеју механичке примене права можемо утемељити у насушној потреби човека за општом сигурношћу односно вери „да се може изнаћи вечити, непроменљиви правни оквир у којем можемо бити мирни, и који би нам омогућио да успоставимо савршени закон који би за сва времена уредио све људске односе без неизвесности и без икакве потребе за било каквом променом“.<sup>32</sup>

Посебно бизаран облик механичке јуриспруденције никнуо је у америчкој правној теорији у делу првог и дугогодишњег декана

<sup>28</sup> Н. Висковић, *Појам права*, Сплит 1980, 11 12.

<sup>29</sup> Овај термин први је употребио Р. Паунд како би означио гледишта која примену права посматрају као дедуктивно извођење из априори концепција: Rosco Pound, „Mechanical jurisprudence“ *Columbia Law Review* 8/1908, 605 625.

<sup>30</sup> Вид: Б. Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица 2008, 269 271, Ј. Хасанбеговић, *Топика и право*, 394 397, Р. Васић, К. Чавошки, *Увод у право II*, Београд 1997, 241 245.

<sup>31</sup> А. Молнар, *Друштво и право I*, Нови Сад 1994, 28 30.

<sup>32</sup> Р. Паунд, *Увод у филозофију права*, Подгорица 1996, 40.

Правног факултета у Харварду К. Ленгдала. То је нека врста „научне јуриспруденције“ у којој се главна улога у примени права не приписује закону или судији већ науци.<sup>33</sup>

Ипак, треба истаћи да се овај модел правног расуђивања у новијој литератури из правне методологије не среће у чистом, односно у тако поједностављеном облику, као на пример код У. Клуга који правно расуђивање третира као категорички силогизам (модус *Barbara*), или код Ж. Перића који силогистичку структуру правног резонувања изводи из принципа заокружености и логичке потпуности правног система.<sup>34</sup> Већина аутора, попут К. Ларенца и К. Енгиша, знаменитих заступника становишта о силогистичкој природи јуристичког закључка, истичу да је изрицање правде много комплекснији процес који превазилази чисто супсумирање чињеница под општу норму.<sup>35</sup> Када се ради о Енгишу, може се чак рећи да његова крилатица о лутајућем погледу између норме и стварног животног стања (*ein Hin and Herwaidern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt*) изражава идеју херменеутичке циркуларности и приближавање теорији аргументације.<sup>36</sup> Осим тога, наместо о супсумпцији он говори о изједначавању између случаја и закона,<sup>37</sup> и придаје велики значај премиси чињеничног стања,<sup>38</sup> па се тиме заправо заговара идеја о мешовитој, дедуктивно – индуктивној природи правног закључка.

У нашој литератури, један облик овог становишта проналазимо код Р. Лукића који сматра да правни силогизам, као строго логички поступак, обезбеђује тачну примену права, али наравно „услов

<sup>33</sup> Критика овог приступа код: Jerome Frank, *Courts on Trial Myth and Reality in American Justice*, Princeton New Jersey 1973, 225 226. Када смо већ код американаца, треба поменути и знаменитог представника филозофије прагматизма Џона Дјуна који је у једном раду на тему правног расуђивања изложио оштрој критици силогистичко закључивање у примени права (правно расуђивање може *a posteriori* добити дедуктивну форму, али његова специфичност потиче од чинилаца који нису везани за његову формалну структуру) уз став који кореспондира са теоријом аргументације да проблем правног расуђивања није у извођењу закључка из одговарајућих премиса већ у проналажењу ставова који могу послужити као премисе: John Dewey, „Logical Method and Law“, *The Collected Works of John Dewey, The Middle Works 1899 1924, vol. 15* (ed J. A. Boydston), Carbondale 1969 1990, 71 72.

<sup>34</sup> U. Klug, *Juristische Logik*, Berlin Heidelberg New York 1982, 48, Живојин Перић, *О школама у праву*, Београд 1921, 25.

<sup>35</sup> K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin Göttingen Heidelberg 1960, 149 160, 261 269.

<sup>36</sup> K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg 1963, 14 15, 19.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 26.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 19.

за то је да су претходно решена одговарајућа правна и чињенична питања“.<sup>39</sup>

Посматрано на строго логичкој равни може се поставити питање да ли схема правног силогизма (ако Р, онда Q, имамо Р, дакле Q – *modus ponendo ponens*) уопште представља силогистичку структуру с обзиром на то да се чист силогизам састоји од три сложене реченице а у наведеној схеми друга премиса и конклузија се састоје од сингуларних реченица.<sup>40</sup> Најзад, изложена схема нам говори да правни силогизам није облик категоричког већ хипотетичког силогизма, прво, стога што у првом случају оперишемо са судовима рашчлањеним на појмове, а у другом случају са судовима као целинама,<sup>41</sup> што се дешава приликом правног закључивања, друго, схема правног силогизма не изражава однос нужности (логичка импликација) већ условљавања између премиса (материјална импликација),<sup>42</sup> што значи да закључак није аподиктичан него вероватан.

Међутим, независно од тога да ли се правни силогизам посматра као категорички (*modus Barbara*) или хипотетички силогизам (*modus ponendo ponens*) остаје проблем силогистике као такве, с обзиром да се она бави образлагањем истине (*ars demonstrandi*) а не изналажењем истине (*ars inveniendi*), а правно закључивање спада у ово друго. Другим речима, силогистика се фокусира на извођење (форму) закључивања а не на садржину закључивања (квалитет премиса), а како истиче Ј. Хасанбеговић: „Оно што је у праву битно и што је ново, не налази се у закључку дијалектичког силогизма, већ у његовим премисама. Инсистирање на силогистичкој форми само потискује та сазнања, остављајући привид логичке утемељености и исправности“.<sup>43</sup> На овој линији размишљања је и У. Нојман који такође оспорава значај силогистике у процесу правног закључивања,<sup>44</sup> те каже да „закључак који се означава као правни силогизам има супстанцијални, неаналитички карактер“.<sup>45</sup> Поменимо још Х. Перелмана који на ову тему, можда најубедљивије, истиче: „Оно што је специфично правно у расуђивању судије, то никако није формал-

<sup>39</sup> Р. Лукић, 233.

<sup>40</sup> Н. Joachim Koch, Н. Ruessmann, 6.

<sup>41</sup> Г. Петровић, *Логика*, Нови Сад Београд 1998, 109,

<sup>42</sup> Е. Тугендхат, Урсула Волф, *Логичко семантичка пропедеутика*, Врњачка Бања 2000, 85, Морис Коен, Ернест Нејгел, *Увод у логику и научни метод*, Београд 1982, 122 123, Михаило Марковић, *Логика*, Београд 1956, 111, Богдан Шешвић, *Основи логике*, Београд 1974, 273 274.

<sup>43</sup> Ј. Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, 197.

<sup>44</sup> U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986, 19 28.

<sup>45</sup> *Ibid.*, 24.

но исправно извођење неког закључка полазећи од премиса – по томе извођење у праву није ништа посебно – већ су то расуђивања која доводе до утврђивања тих премиса у оквиру важећег правног система“.<sup>46</sup>

Однос између образлагања истине и изналагања истине у процесу правног расуђивања у правној методологији је адекватно изразио Р. Алекси разликовањем интерног од екстерног оправдања пресуде,<sup>47</sup> где интерно оправдање пресуде говори о исправном извођењу пресуде (закључка) из премиса независно од тога да ли су премисе исправне, док екстерно оправдање пресуде говори о исправности премиса из којих се изводи пресуда. По овој терминологији, задатак судије није да на основу било каквих премиса дође до логички ваљане пресуде, већ да на основу адекватно утврђених премиса изрекне исправну пресуду.<sup>48</sup>

Ипак, иако занемарује стваралачки аспект изрицања правде и не изражава на прави начин суштину тог поступка, силогистичка форма правног расуђивања није без икаквог значаја. Напротив, она је битна за функционисање правног система јер омогућава укључивање и препознавање судских пресуда у правном поретку, и још важније, њихово функционисање јер само ако се „јасно препознају премисе неке пресуде могуће је да се та пресуда испита у погледу своје исправности“.<sup>49</sup>

Према томе, претходна излагања недвосмислено указују да природа правног расуђивања потиче од чинилаца који нису везани за његову формалну структуру. Теорија аргументације је понудила убедљивији одговор на питање који су то чиниоци.

### 3. МОДЕЛ ТЕЛЕОЛОШКЕ ПРИРОДЕ ЈУРИСТИЧКОГ ЗАКЉУЧИВАЊА

Овај модел објашњења природе правног расуђивања можда се може најбоље изразити метафором „судија као мудрац“, а највише долази до изражаја у школи слободног права, теорији вредносне јуриспруденције (претходно интересне и циљне јуриспруденције) и теорији аргументације која је заправо један изданак овог правца. Опет, у оквиру теорије аргументације посебно долазе до изражаја покушаји обнове топичког мишљења.<sup>50</sup> Истакнимо да је трајна те-

<sup>46</sup> Х. Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983, 95.

<sup>47</sup> Robert Alexy, 273.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 274 275.

<sup>49</sup> С. Väcker, 424.

<sup>50</sup> Ј. Хасанбеговић, *Топика и право*, 402 419, Б. Кошутић, 272 275.

ковина овог правца увођење циљног тумачења као посебног канона интерпретације и схватање о правном расуђивању као телеолошко-нормативном поступку (нарочито почев од Х. Канторовича). Када се вредносна јуриспруденција и теорија аргументације поставе у међусобан однос, видимо да обе хипостазирају аксиолошку димензију правног расуђивања, али из различите перспективе: интересна јуриспруденције полазећи од истраживања функција права, а теорија аргументације полазећи од покушаја изградње логике вредносних судова.

Теорија аргументације понавља став о хипотетичком карактеру правног расуђивања, само што овај закључак не изводи полазећи од логичког односа премиса и закључка већ од квалитета, тј. садржине горње премисе.<sup>51</sup> Ова теорија указује на аксиолошку природу горње премисе правног закључка, јер се нормом увек изражавају циљеви (вредности) које треба остварити. Тада, међу осталима, највећи значај има вредност правде, с обзиром на то да „сваки правни поредак – створен било како, где и када – у сваком случају мора наступити с претензијом да буде праведан.”<sup>52</sup>

Почев од Т. Фивега и Х. Перелмана, теорија аргументације се јавља у разним облицима (дискурзивна етика Хабермаса и Апела, Алексијева теорија дискурса, Тамелова правна логика, Тулминова теорија аргументације), где поједини аутори придају мањи или већи значај логичкој структури правног расуђивања, на пример Р. Алекси који велики значај придаје питању формализације интерног оправдања пресуде.<sup>53</sup> Сматрамо да су тачке везивања свих правца теорије аргументације следеће: 1. правно расуђивање је дијалектичког а не аподиктичког карактера што значи да је правни закључак вероватан а не нужан; 2. природа правног закључка се одређује пре свега полазећи од садржаја горње (законске, велике) премисе; 3. правно расуђивање има аксиолошку (телеолошку) природу; 4. телеолошка природа правног закључка (уз доминацију објективно – телеолошког метода) намеће питање слободе као методе јуристичког рада и начина на који се та слобода може или треба методизовати.

Аксиолошки приступ проблематици правног расуђивања наметнуо је питање о томе да ли вредности могу бити предмет раци-

<sup>51</sup> Т. Фивег, 1987, 28, Ј. Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, 59, С. Bäckert, 408 409.

<sup>52</sup> Т. Фивег, 114. Правда је централна правна вредност и код Х. Перелмана, који управо на примеру правде поставља питање да ли вредности и норме могу бити предмет рационалног испитивања: Х. Перелман, 3. И за Н. Висковића правда (праведност) је врховно начело (топос) правног поретка, поготово посматрано с етичког а не позитивноправног гледишта: Никола Висковић, *Аргументација и право*, Београд 2004, 62 64.

<sup>53</sup> R. Alexy, 274 275.

оналног испитивања. Како смо већ истакли, по истраживањима Х. Перелмана на тему изградње логике вредносних судова која ће ове учинити независним од произвољности појединаца, произлази да нема специфичне логике вредносних судова,<sup>54</sup> али, иако се вредносни судови не могу доказивати, могу се рационално оправдавати, што је централна теза Перелманове практичне филозофије.<sup>55</sup>

Овај моменат правног резонувања битан је у покушају да одговоримо на питање како умањити неизвесност и несигурност јуристичког резонувања, тј. како увећати објективност и рационалност а потиснути субјективност и произвољност у закључивању, имајући у виду да су премисе правног закључивања аксиолошког карактера и да се тумачење састоји у вредновању (конструктивна теорија тумачења).

Одговор теорије аргументације на ово питање је дијалог, аргументовање, убеђивање, што нас доводи до топике, која је *tehne* проблемског мишљења,<sup>56</sup> и која омогућава да се изгради теорија средстава убеђивања (теорија праксе аргументовања).<sup>57</sup>

Но, поставља се питање да ли овај приступ носи неку новину у односу на постојећу теорију канона тумачења, односно да ли топика има карактер метода, и ако га има, на који начин топички метод омогућава сузбијање арбитрерности у правном расуђивању. У односу на ову дилему нећемо се ближе одређивати јер предмет овог рада није технологија извођења већ природа јуристичког закључка. Ипак, треба указати да један од првих обновитеља топике у XX веку и сигурно један од највећих ауторитет у овој области Т. Фивег, сматра да топика нема карактер метода и да представља један стил мишљења односно вештину налажења аргумената за ситуације које допуштају више одговора.<sup>58</sup> Истицање да је топика стил мишљења а не метод, по нама, заправо је посредно признање топике да не успева да се суочи на одговарајући начин са проблемом арбитрерности у судијском раду, када се већ прихвати да је правно расуђивање телеолошко-нормативни поступак.

То значи да доприноси топике правној херменеутици сами по себи нису у тој мери оригинални нити велики како би се могло наслутити из таласа топичких истраживања у последњих четрдесетак година.<sup>59</sup> Све се то можда најбоље види на језичкој равни, где топи-

<sup>54</sup> Х. Перелман, 39 40.

<sup>55</sup> *Ibid.*, 41 52.

<sup>56</sup> Т. Фивег, 18, 39 44, 113.

<sup>57</sup> Ј. Хасанбеговић, 409.

<sup>58</sup> Т. Фивег, 39 41.

<sup>59</sup> Критички у том правцу вид. Ф. Бидлински, 62.

чари једном особеном терминологијом ипак само замењују постојећи појмовни апарат у правној методологији. На пример, оно што су у правној теорији општа правна начела топичари означавају топосима или општим местима у праву. У контрасту са правном логиком, топос је синоним за велику премису, а аргумент синоним за малу премису. У топици се велика и мала премиса означавају као аргументативна средства, док аргументативне технике говоре о томе како се повезују велика и мала премиса итд.<sup>60</sup>

Међутим, у једном ширем смислу, као даље развијање интересне, тј. вредносне јуриспруденције,<sup>61</sup> значај топике за јуристичку херменеутику је изузетно велики. Наиме, она доноси неке нове идеје али пре свега нову енергију потребну за суочавање са законским позитивизмом, тј. механичком јуриспруденцијом која и даље жилаво опстаје у правној методологији и правној пракси (судници). У том правцу, на пример, сматрамо нарочито инспиративним Фивегова разматрања о односу топике и аксиоматике где се говори о томе како аксиоматизација није довољна да би се схватила структура правног резонувања и каква је улога топике у томе.<sup>62</sup>

Полазећи од метафоре „судија као мудрац“ под модел телеолошке природе правног закључка обухватамо још једну оријентацију у правној херменеутици, особену јер се директно наслања на херменеутичке идеје Х. Г. Гадамера, а оличену, на пример, у радовима А. Кауфмана. Овог аутора сврставамо у изложени модел природе правног закључка стога што у својим анализама језика изричито стоји на позицији тумачења као вредновања (оцењивања),<sup>63</sup> док уз помоћ појма изједначавања говори о судској одлуци као креативном чину чиме се супсумпција потискује у други план.<sup>64</sup>

Гадамерова филозофска херменеутика почива на принципи-ма темпоралности и језичности битка, а коначно се испољава као став да разумевање није репродуктивна већ увек продуктивна делатност (свака претпостављена рекогниција текста је нова и друкчија когниција, нема бољег него само другачијег тумачења).<sup>65</sup> На овај начин Гадамерове идеје кореспондирају са значајем који се у модерној правној херменеутици придаје објективно-телеолошком тумачењу. А. Кауфман преводи Гадамерову херменеутику на терен правне

<sup>60</sup> Ј. Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, 58 62, 70, 114.

<sup>61</sup> Ј. Хасанбеговић, *Топика и право*, 415.

<sup>62</sup> Т. Фивег, 95 109.

<sup>63</sup> А. Кауфман, *Право и разумевање права*, 29 30.

<sup>64</sup> А. Kaufmann, „Das hermeneutische Verstandis der juristischen Methode“, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1996, 998 999.

<sup>65</sup> Х. Георг Гадамер, *Истина и метода*, Сарајево 1978, 324, 329, 330, 358.



методологије посредством појма „херменеутичка повесност права“, где истиче проблем и значај језика за право, односно где право посматра као језик (теорија права као језичка теорија права – херменеутичка јуриспруденција).<sup>66</sup>

У крајњој линији, А. Кауфман користи идеју херменеутичке циркуларности како би указао на дијалектику норме и факта,<sup>67</sup> из чега извлачи закључак о стваралачкој димензији судијске делатности, односно о ограниченим димензијама дедуктивне логике.<sup>68</sup> Појмови путем којих овај аутор уобличава идеју херменеутичке циркуларности за потребе правне методологије су: изједначавање, уобличавање и урачунавање, где се говори о норми обогашеној емпиријом и случају обогашеном нормативношћу, или о уобличавању законске норме на случају и уобличавању случаја на законској норми,<sup>69</sup> односно о паралелном вредновању које се врши у самом судији где се језик почињоца мора идеализовати а језик закона нормализовати.<sup>70</sup>

Ипак, ни Кауфман није успео да изрази на одговарајући начин дијалектику односа између фактичког и нормативног, и још важније, што је заједничко за све ауторе који припадају овој струји мишљења, није понудио одговарајући модел методизације судијске слободе.

#### 4. МОДЕЛ ДЕЦИЗИОНИСТИЧКЕ (ВОЛУНТАРИСТИЧКЕ) ПРИРОДЕ ЈУРИСТИЧКОГ ЗАКЉУЧИВАЊА

Полазећи од поделе теорија о природи јуристичког закључка коју предлаже Р. Паунд, овде можемо сврстати сва она гледишта која доказују да суштина правног резонавања није у прилагођавању случаја норми, већ управо обрнуто, у прилагођавању норме датом случају.<sup>71</sup> То у крајњој линији значи да судија у изрицању правде није вођен нормом већ пре свега чињеницама конкретног случаја, практичним обзирима које проистичу из тог случаја и одговарајућим друштвеним вредновањима.<sup>72</sup> Овде се, како видимо, најшире отварају врата слободи судијског одлучивања. Становиште о слободи као методи јуристичког рада артикулисано је још на почетку XX у радови-

<sup>66</sup> А. Кауфман, *Право и разумевање права*, 12.

<sup>67</sup> Кауфман се у том правцу изричито позива на Гадамерову идеју херменеутичког круга. Видети код: Данило Баста, „Правна херменеутика Артура Кауфмана“, *Основни проблеми филозофије права* (ур. М. Шуковић), Подгорица 1994, 210.

<sup>68</sup> А. Кауфман, 83.

<sup>69</sup> А. Kaufmann, *Das hermeneutische Verstandis der juristischen Methode*, 998.

<sup>70</sup> А. Кауфман, *Право и разумевање права*, 46 47.

<sup>71</sup> Р. Паунд, 107.

<sup>72</sup> А. Рос, 166, 171.

ма Е. Ерлиха који је био заговорник идеје да у примени права логичку дедукцију треба заменити индукцијом.<sup>73</sup>

Изложена гледишта у највећој могућој мери кореспондирају с оним које ће бити изложено у последњем одељку овог рада, што значи да се процес правног резонувања посматра полазећи од мале премисе. Ипак, основна замерка концепцији које се сада излаже иста је као у случају теорија о телеолошкој природи правног расуђивања, чији је она радикални изданак. Наиме, и овде се превиђа сложена структура мале премисе и један аспект третирања чињеница који правном закључивању даје димензију каузалне анализе. Овај момент је битан, јер управо инсистирање на објашњењу чињеница по логици каузалне анализе представља одговор на питање како методизовати судијску слободу, када смо већ одагнали заблуде механичке јуриспруденције о поузданости силогистичке логике у изрицању правде.

У волунтаристичка гледишта о природи правног резонувања убрајамо схватања која, полазећи из различитих перспектива, изводе исти закључак – да је правно закључивање волунтаристичког карактера, да је то простор неограничене слободе судијског делања. У том правцу, указујемо прво на полазиште А. Роса које је психологистичко јер сматра да, иако је изрицање правде припремљено одговарајућим когнитивним процесима (анализа чињеница и садржина правне норме), у крајњој линији оно је одлука, акт воље који припада судији и никоме више.<sup>74</sup> Он каже да је тумачење закона од стране судије у тој мери конструктивно да позивање на традиционалне каноне тумачења права представља само аргументативну фасаду којом се „ствара привид да се његова одлука може дедуковати из исправног тумачења закона“.<sup>75</sup> Заправо, и суштински, судија у процесу изрицања правде све оно што сматра исправним „љубазно приписује стварној или хипотетичкој вољи законодавца“.<sup>76</sup>

Своје резерве према традиционалним канонима тумачења права А. Рос убедљиво излаже поређењем аналогичке и *argumentum a contrario* где се главни проблем крије у чињеници да не постоји критеријум који би указао када користити један или други метод тумачења, односно да се на исти случај могу применити оба канона.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> E. Erlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New York 1975, 9.

<sup>74</sup> А. Рос, 162.

<sup>75</sup> *Ibid.*, 165.

<sup>76</sup> *Ibid.*, 175.

<sup>77</sup> *Ibid.*, 179.

Рос се залаже за концепцију тзв. прагматског тумачења које за основу има телеолошко тумачење али је много шире од овог и представља интеграцију многоструких вредновања,<sup>78</sup> што је кључни доказ да је суштина прагматског тумачења (али и објективно-телеолошког као ужег у односу на прагматско) у судијској слободи која је кључни метод примене права.

Најзад, читава ову концепцију он заокружује ставом да функција канона тумачења није конститутивна за судску одлуку, евентуално је хеуристичка, али је пре свега контролна – они служе само да поставе границе слободи судије у доношењу одлуке.<sup>79</sup>

С друге стране, у немачкој правној херменеутици која фаворизује објективно-телеолошко тумачење, уз ослона на филозофску традицију Х. Г. Гадамера, изводи се до краја идеја о судијској везаности за закон као једном наивном миту. Тако поступа В. Хасемер позивајући се на Д. Симона и Г. Хирша.<sup>80</sup> Он заострава овај приступ до границе провокације када каже да се кључни критеријум изрицања правде крије у глави судије, односно да је то судијска слобода у пуном капацитету.<sup>81</sup>

Социјалне корене овог схватања сигурно треба тражити у чињеници да је Немачка у периоду од 1914. до 1989/1990. године доживела више тектонских измена друштвеног-политичког поретка, али, без већих измена правног система.<sup>82</sup> У том смислу она је прави пример замене циљева правног поретка, односно превладавања вредносних противречности по моделу функционалних промена.<sup>83</sup> То је потврда значаја и доминације објективно-телеолошког метода у тумачењу и примени права. Пракса и начелни ставови немачког Савезног уставног суда то прегнантно потврђују.<sup>84</sup> Изјава Волфганга Зедлера, председника Савезног уставног суда Немачке у периоду од 1983. до 1987. године, да у Савезном уставном суду сваки случај има сопствену методу,<sup>85</sup> само је отворено признање овакве праксе у тумачењу,<sup>86</sup> што истовремено значи да се објективно-телеолошки ме-

<sup>78</sup> *Ibid.*, 173.

<sup>79</sup> *Ibid.*, 180.

<sup>80</sup> W. Hasemmer, „Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik“, *Rechts theorie* 1/2008, 6.

<sup>81</sup> *Ibid.*, 10 11.

<sup>82</sup> B. Ruthers, „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie* 3/2009, 258.

<sup>83</sup> Ф. Бидлински, 106.

<sup>84</sup> Одлука Савезног уставног суда од 21. маја 1952, *Bverf* 1, 299 (312).

<sup>85</sup> B. Rütters, 276 277.

<sup>86</sup> Ово схватање иронизује Ф. Хек својом метафором о објективно телеолошком тумачењу као балону који једном пуштен, прати ветар одређеног времена. Код: B. Rütters, 261.

тод третира као метод слободног одлучивања полазећи пре свега од мале премисе (околности конкретног случаја).<sup>87</sup>

Другим речима, како сумира и критикује ово гледиште Б. Ритерс, у правном расуђивању „судија најпре тражи жељени резултат одлуке за његов спорни случај, а онда бира методе које су подобне за образложење те одлуке“.<sup>88</sup> Коначно, иако се и у овом раду залажемо за слободу као метод рада судије, ипак је неспорно да се овде у једном постмодернистичком маниру који подсећа на Деридин деконструкционизам излаже идеја објективно-телеолошког тумачења који је субјективнији од субјективног (историјског) тумачења.<sup>89</sup>

Духовни близанац овог волунтаризма, само на другим теоријским поставкама, оличен је у америчком правном реализму. Правни реализам је пример наивног покушаја да се на оскудним темељима емпиризма и индукције изгради објективна правна наука и заснује иста таква правна херменеутика. Попут Келзена, који је, хотећи да заснује чисту правну науку, завршио у метафизици (основна норма, методски дуализам), представници овог гледишта заступају натуралистички бихевиоризам,<sup>90</sup> како би право очистили од вредносно-морализаторских наслага, да би се на крају крајева, на супстанцијалној равни уплели у крајности социологизма (К. Н. Левелин) и психологизма (Ц. Френк), а на плану примене права у крајности волунтаризма и децизионизма.

Бихевиоризам ових гледишта, односно свођење права на понашање, пре свега судија (и њихове одлуке),<sup>91</sup> подразумева да се из права искључују нормативни и аксиолошки елементи, што се на терену примене права испољава као слобода одлучивања која није спутана било којим канонима. Тако К. Левелин каже да су животне ситуације из којих проистичу спорови толико сложене да је у њиховом разрешавању судија углавном препуштен сам себи,<sup>92</sup> а Ц. Френк, полазећи од одговарајућих судских статистика за поједина

<sup>87</sup> У овом правцу иде и дефиниција објективно телеолошког метода као тумачења норме у контексту садашњих односа (*Das Denken in konkreten Ordnungen*): Ф. Бидлински, 32, К. Larenz, 253 257. Слично, при чему се неки актуелни друштвени интерес узима као темељ овог канона код: Драган М. Митровић, *Увод у право*, Београд 2011, 287 288. Указујемо на доминантна одређења телеолошког тумачења у нашој уџбеничкој литератури која не успевају ни у најмањој мери да захвате суштину овог канона тумачења: Б. Кошутин, 294 295, Р. Васић К. Чавошки, 270 271.

<sup>88</sup> В. Rütters, 276.

<sup>89</sup> *Ibid.*, 275. Тако и А. Рос: 147, 168.

<sup>90</sup> Ж. Гурвич, 164.

<sup>91</sup> К. N. Llewellyn, „A Realistic Jurisprudence: The Next Step“, *Jurisprudence: Realism in the Theory and Practice*, Chicago 1962, 16, 21 J. Frank, *Law and the Modern Mind*, New York 1930, 46, 167.

<sup>92</sup> К. N. Llewellyn, 17.

кривична дела, закључује да изрицање правде зависи више од тога ко је судија у спору а не од правних правила.<sup>93</sup>

Најзад, долазимо до модела правног расуђивања којем ћемо посветити највећу пажњу, када се заправо тестирају основне хипотезе овог рада.

## 5. МОДЕЛ КАУЗАЛНЕ ПРИРОДЕ ЈУРИСТИЧКОГ ЗАКЉУЧКА

Претходно изложени модели природе јуристичког расуђивања представљени су кроз низ метафора: судија као слуга закона (модел логичке природе правног закључка), судија као мудрац (модел телеолошке природе правног закључка), судија као уметник (модел волунтаристичке природе правног закључка). Овима додајемо још једну метафору која чини се понајбоље изражава суштину модела правног резоновања који ће бити разматран у овом одељку – судија као научник (социолог).

Истакнимо на почетку да овај приступ има димензију јереси па и субверзивности у односу на главне токове јуристичке херменеутике. Наиме, значајне вредносне компоненте велике и мале премисе, односно посматрање процеса примене права из аксиолошке перспективе, почев од интересне јуриспруденције, унело је велике промене у правну херменеутику. Међутим, без обзира на то, правна херменеутика и даље остаје бастион формализма где влада топос логичко-механичке функције правосуђа. Осим тога, уплив аксиолошке перспективе у правну херменеутику ипак је био лакши задатак јер је терен за тај „упад“ припремила филозофија права, која још од петог века п. н. е. кроз радове грчких софиста и природноправне теорије, тематизује аксиолошка питања. Међутим, такав случај није са социологијом права. Иако већ увелико етаблирана, из разних разлога она изазива неразумевање и отпор, како међу правницима, тако и међу социолозима.<sup>94</sup> Ово се посебно односи на област правне херменеутике која одбија да своје проблеме пропусти кроз оптику социолошке перспективе.

Наше је дубоко уверење да социологија има шта да каже и на терену правне херменеутике, а овај одељак и идеје које се ту излажу требало би да послуже као доказ и скромни прилог у том правцу.

Социолошки приступ природи правног расуђивања, без дилеме и како је изложено на самом почетку рада, подразумева фокусирање на премису чињеничног стања, тј. малу премису јуристичког закључка.

---

<sup>93</sup> J. Frank, 112.

<sup>94</sup> Ж. Гурвич, 19 52.

Наравно, као што смо и показали напред, указивање на значај мале премисе за разумевање јуристичког закључивања не представља неку новину у правној методологији. Уобичајено је гледиште да чињенице конкретног случаја, тј. правне чињенице представљају оне које су релевантне с гледишта права јер за њих објективно право везује неко правно дејство, које се огледа у промени, настанку или нестанку неког правног односа.<sup>95</sup> У појединим гранама права, пре свега процесним дисциплинама, велика пажња се посвећује селекцији чињеница (одлучне чињенице или не), утврђивању, тј. доказивању чињеница са низом принципа којима се омеђује ова област (терет доказивања, слободна оцена доказа – законска теорија доказа, правила о општепознатим чињеницама, фикције, претпоставке, итд.).<sup>96</sup> Најзад, поставља се питање квалификације чињеница, које се у литератури најчешће посматра кроз оптику логике, односно као супсумирање чињеница под општу правну норму или, ређе, мада исправније, као одређивање места једне чињенице у неком систему вредности.<sup>97</sup>

Сматрамо да презентована и слична гледишта испољавају следеће недостатке: 1. квантитативно, тематика мале премисе се упадљиво мање обрађује у односу на велику премису и извођење закључка; 2. изостаје свест о значају овог питања за објашњење природе правног закључка; 3. структура мале премисе се ипак третира пре свега кроз питање утврђивања и квалификације чињеница, а не и објашњења чињеница; 4. квалификација чињеница се посматра као превасходно дедуктивна логичка операција а не као облик индуктивног закључивања.

*Гледиште које се заступа у овом раду истиче да мала премиса има сложенију структуру него што правна херменеутика исказује, односно да се након утврђивања чињеница, а пре њихове квалификације намеће обавеза објашњења чињеница што је околност која у великој мери одређује природу правног расуђивања. Објашњење чињеница, осим што чини сложенијом структуру мале премисе, значи и то да квалификација чињеница није подвођење чињеница под општу правну норму или одређивање места једне чињенице у неком систему вредности, него и пре свега, трагање за вредностима које треба остварити и њихово испуњавање садржином полазећи од чињеница конкретног случаја.*

У наставку ћемо одговорити на питања у чему се састоји објашњење чињеница неког конкретног случаја као сегмента мале

<sup>95</sup> О дилемама везаним за ово одређење правних чињеница и неким другим отвореним питањима на ову тему код: Ј. Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, 183-184.

<sup>96</sup> Б. Кошуткић, 249-252.

<sup>97</sup> В. Ракић Водинелић, 214.

премисе правног закључка који се налази између њиховог утврђивања и квалификације и *зашто* је то питање битно за правно расуђивање и за правну херменеутику генерално.

Објашњење чињеница неког конкретног случаја састоји се у откривању односа који између њих постоји.<sup>98</sup> Као што смо видели освртом на Перелмана и друге ауторе, што је опет ноторна ствар, чињенице свакодневног живота никада не егзистирају самостално, тј. изоловано. Оне се увек налазе у одговарајућем међусобном односу и у одређеном контексту, ужем или ширем. Наравно, није нам потребна наука, правна нити било која друга, како би потврдили ове закључке – напосто, здрав разум, свакодневно искуство, и у нашем случају правна пракса, то непрестано и прегнантно потврђују.

Но, поставља се питање како методолошки изразити ово стање ствари, у нашем случају, за потребе разумевања природе правног расуђивања.

Социолошка наука је у том правцу формулисала свој епистемолошки програм утемељен на холистичком принципу (уз остале парадигме на којима се заснивају све науке – пре свега позитивизам и еволуционизам). На неки начин, посматрано из угла теорије тумачења, тај програм се може посматрати као социолошка интерпретација проблема херменеутичке циркуларности (херменеутичког круга). У сваком случају сазнајни (холистички) програм социологије може се применити и на правно расуђивање. Тачка везивања социолошког приступа и правног расуђивања, по нама неспорна, садржана је у околности да чињенични склоп неког конкретног случаја који се налази пред судијом представља једну микросоцијалну целину кроз коју се испољавају особености, начин функционисања и правилности глобалног друштва. Стога, успостављање односа између социјалних чињеница у поступку примене права има карактер једне развијене социолошке анализе. Та анализа, управо зато што је социолошка (холистичка, синтетичка) подразумева пре свега закључивање на основу једног сложеног детерминистичког модела који треба да захвати сложеност друштвених односа и на макро и на микроплану, а испољава се кроз идентификацију кључних фактора који детерминишу људско понашање, уз свест да они увек делују кумулативно и то уз динамичку равнотежу у том дејству (различит релативни детерминистички значај тих фактора од случаја до случаја).<sup>99</sup>

<sup>98</sup> У нашем случају није битно да ли чињенице третирамо као стварне податке искуства (оно што јесте или што се збива), или као суд о спољној стварности који садржи у себи и вредносну процену. Детаљније о појму чињенице код: Ј. Хасанбеговић, 182 183.

<sup>99</sup> Наравно „листа“ тих фактора је добро позната у хуманистичким наукама друштвени (економски, политички, културолошки), психолошки (свест, под свест), биолошки (анатомско физиолошки, генетски), природни (физичко хемијски,

Наравно, циљ судије није да дође до научне истине односно научног закључка. Његов задатак је вредновање према околности-ма случаја (херменеутички прагматизам), а тек онда објективан суд (колико-толико), заснован на доказима и одређеним процедурама њиховог прибављања. Међутим, без обзира на другачије циљеве научног и правничког расуђивања, објашњење чињеница на основу којих треба донети одлуку судију ставља у позицију да примењује изложени сазнајни програм, хтео то он или не, био свестан тога или не, и независно од тога што научен да барата више логичким средствима, напосто није едукован у том смислу. Њему у том правцу помаже здраворазумско сазнање, животно и професионално искуство, осећај одговорности и осећај за правду који развија, постојећа судска пракса итд. Али, остаје чињеница да стога што конкретан случај представља пресликано глобално друштво у својим најважнијим аспектима, судија примењује, сналазећи се на поменуте начине, мање или више успешно, хтео то он или не, био тога свестан или не, сазнајни програм социолошке науке.

Према томе, у својим битним аспектима, приликом објашњења чињеница неког конкретног случаја, правно расуђивање се ослања на научно расуђивање, те има каузалну природу.<sup>100</sup> Наравно, то не значи да јуристички закључак нема и телеолошку, тј. дијалектичку природу. Напротив, управо се у поступку квалификације чињеница, који није подвођење под општу правну норму (формални аспект подвођења, тачан али небитан), већ првенствено и суштински трагање за циљевима (прецизирање и формулисање циљева за потребе неког конкретног случаја, избор између различитих циљева, решавање конфликта између циљева, проширивање циљева на сличне чињенице), и то полазећи од објашњења чињеница, каузална анализа преображава у телеолошку, првенствено по логици индуктивног закључивања.<sup>101</sup> И коначно, накнадно и најмање битно за природу правног закључка, са позивом на неку општу правну норму и како би пресуда могла да се укључи, препозна и функционише у правном поретку (као прецедент или у поступку по правним лековима), правно закључивање добија и силогистичку интерпретацију, тј. логичку природу.

Један једноставан пример, који нема карактер тешког или деликатног случаја, нити представља правну празнину, може убедљиво

демографски, географски, климатски), као и све тешкоће у њиховом откривању и доказивању.

<sup>100</sup> Супротно, управо јер се превиђа значај и начин објашњења чињеница мале премисе у поступку правног расуђивања, код: Ј. Хасанбеговић, 101-102.

<sup>101</sup> Преображење каузалне анализе у телеолошку, односно посматрање правне квалификације као индуктивног закључивања подразумева одговарајући модел разрешења антиномије фактичко/нормативно. Један такав покушај у нашој монографији: Саша Б. Бован, *Случај тумачења као утемељење херменеутичког постојања*, Београд 2013, 112-118.



поткрепити изложене закључке. Закон о наслеђивању Републике Србије предвиђа у чл. 84 институт својеручног тестаментa. С обзиром на то да за његову пуноважност није потребно присуство сведока предвиђена је строга форма како би се избегле евентуалне злоупотребе овог облика завештања. Та форма предвиђа да тестамент мора бити написан и потписан лично (својеручно) од стране тeстатора. Међутим, шта када се деси да је тестамент потписан речима „Ваш отац“. У овом случају долази до сукоба два принципа (циља) регулисања ове материје – принципа слободe тестирања и строгости форме, и потребе њиховог одмеравања ради доношења одлуке о пуноважности завештања.<sup>102</sup> То „одмеравање принципа“ увек се заснива на одговарајућим чињеницама, што подразумева да чињенице треба довести у међусобни однос. Поред услова предвиђеног законом, у овом случају то би, на пример, биле следеће чињенице: садржина тестаментa која не буди сумњу у погледу последње воље завештаоца; он се тестаментом обраћа својој деци; завешталац је имао навику да се у кругу породице тако потписује, или неке друге чињенице, које треба довести у међусобни однос ради коначне одлуке о пуноважности тестаментa, тј. одлуке о томе којем принципу регулисања дати предност у конкретном случају.

Ова „логика“ поступања нарочито нарочито долази до изражаја у тешким или деликатним случајевима и приликом попуњавања правних празнина, што је уобичајена односно најчешћа ситуација у примени права. На пример, у кривичној материји, када треба одлучити у неком случају да ли се ради о убиству на мах (чл. 115. Кривичног законика РС), нужној одбрани (чл. 19, ст. 1 КЗ) или прекорачењу нужне одбране (чл. 19, ст. 3 КЗ). Или, у приватном праву, у случају института накнаде штете када је законодавац установио одговорност по основу правичност (чл. 169. Закона о облигационим односима), или када је законодавац упутио судију да одлуку донесе по правичности (чл. 133 ЗОО), итд.

*Као што можемо закључити из нашег једноставног примера, одмеравање принципа (слобода тестирања или строгост форме) заснива се на одмеравању чињеница, а то „одмеравање чињеница“ заправо подразумева да их доводимо у међусобни однос формирањем једног микрокаузалног контекста по горе изложеном моделу (моделу социолошке анализе). Тако поступамо у свакодневном животу (здраворазумско сазнање), у поступку научног објашњења стварности, на наравно и у процесу правног расуђивања. На крају, неизоставни део овог методског пакета је сазнање да након објашњења чињеница следи њихова квалификација, која се испољава пре свега као облик индуктивног закључивања, када се полазећи од чињеница неког кон-*

<sup>102</sup> Ф. Бидлински, 67.

*кретног случаја испуњава садржином требање у норми, или се, по истој логици, решава конфликт циљева или избор циљева које треба остварити.*

На самом крају, нека нам буде дозвољено да се осврнемо још једном на допринос Х. Канторовича процесу социологизације правне херменеутике у управо изложеном смислу. Посебно издвајамо овог аутора стога што је, по нама, још на почетку овог века изложио програм сарадње социологије и правне науке нарочито плодотворан за јуристичку херменутику.<sup>103</sup> Он на упечатљив начин указује на значај мале премисе, а везано с тим и на потребу социолошког приступа у примени права када каже да само увидом у чињенице социјалног живота можемо открити сврхе закона.<sup>104</sup> Да под „увидом у чињенице социјалног живота“ Канторович не подразумева пуко утврђивање чињеница већ и њихово објашњење (откривање односа између друштвених чињеница) видимо из његових речи где каже да је *стварно разумевање* чињеница социјалног живота претпоставка њихове правне обраде (квалификације),<sup>105</sup> и да је то један „на каузалне везе усмерен задатак, који треба решити средствима различитих наука о социјалном животу“.<sup>106</sup> Његов коначан закључак на ову тему истиче да социологија има сасвим пресудан значај за чињенично питање, да је судија пре свега специјалиста чињеничног стања,<sup>107</sup> те да је у поступку примене права догматика без социологије празна, а социологија без догматике слепа.<sup>108</sup>

## 6. ЗАКЉУЧАК

На основу свега, што би била нека врста закључка, можемо одговорити и на питање које су евентуалне предности изложеног приступа проблематици правног расуђивања.

1. Објашњење чињеница које чине спор постављен пред судију је онај аспект мале премисе који, као што смо видели, заправо *одређује природу правног расуђивања* у једном битном, односно по-

<sup>103</sup> У овом смислу сличан закључак изводи и Р. Лаутман како је код припадника слободноправног покрета правно резонување један социјално вреднујући поступак: Rudiger Lautmann, *Freie Rechtsfindung und Methodik der Rechtsanwendung*, Munchen 1967, 66.

<sup>104</sup> Х. Канторович, 85.

<sup>105</sup> *Ibid.*, 94.

<sup>106</sup> *Ibid.*, 93.

<sup>107</sup> *Ibid.*, 38.

<sup>108</sup> *Ibid.*, 109.

четном сегменту судијског рада и то тако што правном расуђивању даје (између осталог) каузални карактер (другим речима, правно расуђивање је много више упућено на модел научног неголи здраво-разумског или дијалектичког расуђивања).

2. Објашњење чињеница конкретног случаја у изложеном смислу је онај аспект мале премисе који *одређује и природу тумачења права* јер му даје контекстуални и конструктивни (прагматички) карактер.

3. Објашњење чињеница по моделу каузалне анализе искршава као кључни механизам методизације судијске слободе, наравно ако и када признамо чињеницу да је изрицање правде конструктивна делатност (тумачење као вредновање, формирање значења, тј. најпрецизније, довршавање значења садржаног у великој премиси).

4. Објашњење чињеница као аспект мале премисе указује на индуктивну природу правног расуђивања и представља основу за извесно разрешење антиномије фактичко/нормативно.

5. Објашњење чињеница правног спора је онај аспект премисе чињеничног стања који омогућава *адекватно разумевање природе објективно-телеолошког тумачења* (и других канона попуњавања правних празнина заснованих на матрици објективно-телеолошког тумачења попут аналогije, закључивања по природи ствари, итд.) и за постављање граница у примени овог канона тумачења.

6. Најзад, фокусирање на малу премису правног закључка и њену сложену структуру омогућава да се и на равни правне херменеутике на одговарајући начин изрази сложеност правног феномена, односно јединство фактичке, аксиолошке и формалне димензије права.

Dr. Saša B. Bovan

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## THE NATURE OF JUDICIAL CONCLUSION

### *Summary*

The paper examines the problem of the nature of judicial conclusion, starting from the premise of the factual position. Therein, the hypothesis is tested which underlines that the smaller premise has a more complex structure than it seems at a glance, i.e. apart from asserting and qualifying the facts, its structure embodies an explanation of facts which link these two aspects of the premise of factual situation. The explanation of facts is a dimension of the small premise which fundamentally determines the nature of the judicial conclusion, i.e. points to the fact that legal reasoning has at the same time a logical, theological but also a causal nature (legal reasoning as *tehne*, *phronesis* and *episteme*). As a consequence of this approach follows a conclusion that the procedure of qualifying the facts has predominantly an inductive character, meaning that the substance of a general legal norm is „filled“ starting from the factual situation. This view corresponds with the constructive theory of interpretation which stresses that interpretation is not only revealing but also forming the meaning (valuation on the basis of a relevant context).

Key words: *Legal hermeneutics. – Nature of the judicial conclusion. – Mechanical and creative jurisprudence. – Sociological method in application of law.*

Др Бранко М. Ракић\*

## О СМИСЛУ „САРАДЊЕ“ ИЛИ „ДИЈАЛОГА“ ИЗМЕЂУ СУДА ПРАВДЕ ЕУ И СУДОВА ДРЖАВА ЧЛАНИЦА<sup>1</sup>

*У оквиру система правних средстава и поступака пред Судом правде ЕУ, поступак решавања о претходном питању има посебно место, како због своје атипичности, тако и због изузетног доприноса униформном тумачењу и примени и развоју комунитарног права. У одсуству хијерархијске надређености Суда правде ЕУ, а с циљем обезбеђења униформног тумачења и примене комунитарног права у свим државама чланицама, путем овог поступка успоставља се „сарадња“ или „дијалог“ између националних и европских судија. Атипичност овог поступка резултат је атипичних својстава комунитарног правног поретка и, посебно, интегрисаности комунитарног правног поретка у правне поретке држава чланица. Упркос путању судске праксе Суда правде ЕУ код успостављања ваљаних оквира и правила свог поступања код ове врсте поступка, поступак одлучивања о претходном питању пред Судом правде ЕУ је широко прихваћен од националних судова, а велики број најзначајнијих пресуда Суда правде донет је управо у том поступку.*

Кључне речи: *Претходно питање. Судски дијалог. Судска сарадња. Директно дејство. Супериорност. Одговорност држава. Тумачење права. Оцена ваљаности аката: Комунитарно право. Право ЕУ.*

### 1. СУДСКА САРАДЊА И СУДСКИ ДИЈАЛОГ

Један од централних кохезионих елемената који, на широком простору ЕУ, омогућује јединствено функционисање јединственог правног система сачињеног од 28 националних права, са свим

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [branko@ius.bg.ac.rs](mailto:branko@ius.bg.ac.rs)

<sup>1</sup> Рад је написан у оквиру пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ“, Правног факултета Универзитета у Београду, који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

њиховим сложеностима и различитостима, и европског права које их наткриљује, повезује и продире у њих, је систем „сарадње“ између националних судова држава чланица и Суда правде ЕУ. Овај систем се често назива и „дијалогом између националних и европских судија“, што је израз који је још шездесетих година прошлог века користио рецимо Робер Лекур (Robert Lecourt), четврти по реду председник Суда правде ЕЗ,<sup>2</sup> али који се у литератури углавном приписује, неоправдано, ранијем владином комесару у Државном савету Француске Бруну Женевоау (Bruno Genevois), који је у својим закључцима у пресуди из 1978. године, у предмету „Министарство унутрашњих послова против Данијела Кон-Бендита“,<sup>3</sup> написао следеће: „На нивоу Европске заједнице не сме да постоји ни владавина судија ни рат судија. Ту треба да се одвија дијалог између судија.“<sup>4</sup>

Наравно да у сваком правосудном систему или у групи правосудних система треба да постоји сарадња међу судовима и судијама. Она се може одвијати како у институцијализованим и одговарајућим процедуралним прописима регулисаним оквирима и облицима, попут разних видова унутрашње или међународне правне помоћи, тако и у неформалнијим облицима, попут судијских саветовања и других облика размене искустава. Сваки од ових видова сарадње се одвија, између осталог, и пре свега кроз неку врсту дијалога. Међутим, ти облици сарадње, из обе наведене групе, имају пратећи, секундарни и помоћни карактер, и свакако не заузимају централно место у тим правосудним системима и групама правосудних система.

Чињеница да судијска сарадња (или судијски дијалог) између националних и комунитарних судија има, по општем ставу, једну од централних позиција у правосудном систему на простору ЕУ, већ сама по себи је показатељ у најмању руку значајне атипичности, па и мањкавости тог система. Јер карактеристика савремених правосудних система је независност судства, као и хијерархијски однос одговарајућих судских инстанци, при чему су судови који међусобно нису у законом утврђеном односу хијерархије независни и једни од других у обављању судијске функције, а не само од других грана власти. А између судова који се налазе у хијерархијском односу нема сарадње и дијалога, већ надређености виших судова нижима (формална комуникација која се ту остварује израз је и саставни део тог односа субординације), док сарадња и дијалог међу судовима који

<sup>2</sup> „Allocution prononcée par le président de la Cour, M. Robert Lecourt, à l'audience solennelle à l'occasion du dixième anniversaire de la Cour de justice des Communautés européennes“, у публикацији *Cour de justice des Communautés européennes, Dixième anniversaire, 1958-1968*, Luxembourg, 1968, 20.

<sup>3</sup> L'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat de France du 22 décembre 1978, dans l'affaire 11604, *Ministre de l'intérieur c. Cohn Bendit*.

<sup>4</sup> B. Genevois, *Conclusions sur CE Ass.*, 22 décembre 1978, Cohn Bendit.

нису у међусобном хијерархијском односу могу да имају, као што смо рекли, једино пратећи, секундарни и помоћни карактер и значај. Наведена својства савремених правосудних система, посматрана из угла грађана, дигнута су на ниво основних људских права, као саставни део права на правично суђење<sup>5</sup> и права на делотворни правни лек.<sup>6</sup>

Мањкавост правосудног система који постоји на простору ЕУ састоји се у томе што је на том простору формиран јединствени правни систем, с одговарајућом хијерархијом прописа, који није праћен у традиционалном, уобичајеном смислу јединственим правосудним системом који би се старао о поштовању и примени тих прописа, а такав систем би подразумевао хијерархијску надређеност Суда правде ЕУ националним судовима свих нивоа. Иако је основним уговорима предвиђен широк круг поступака пред Судом правде ЕУ, у којима Суд даје тумачење и контролише поштовање комунитарног права, пре свега самих основних уговора, али и општих правних начела и аката секундарног законодавства, како од стране држава чланица, тако и од стране институција ЕУ, и упркос констатацији самог Суда да је основним уговорима, које је разрадила и доградила његова судска пракса, успостављен један „потпун систем правних средстава и поступака“,<sup>7</sup> ни приликом оснивања Европских заједница ни током њихове еволуције није постојала спремност држава чланица на ту меру одрицања од дела националних суверенитета какву би подразумевало давање овлашћења Суду правде ЕУ да одлучује као последња инстанца по правним лековима против одлука националних судова, као што је то случај са врховним судовима у федерацијама, а и државама уопште. Како је у тим правним, односно правосудним системима управо одлучивање од стране заједничке највише судске инстанце начин да се обезбеди јединствено тумачење права, аутори Оснивачких уговора су били приморани да осмисле начин спречавања диспаритета, односно обезбеђења униформности у тумачењу заједничког, комунитарног права на простору свих држава чланица (тада само шест, али сада 28 држава чланица, са тенденцијом да се тај број и повећа) и од стране свих националних судова који су дужни да примењују комунитарно право, као и од других органа у државама

<sup>5</sup> Чл. 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, чл. 6 Европске конвенције о људским правима; чл. 47 Повеље основних права Европске уније.

<sup>6</sup> Чл. 2, ст. 3 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, чл. 13 Европске конвенције о људским правима; чл. 47 Повеље основних права Европске уније.

<sup>7</sup> Према констатацији Суда правде Европских заједница из пресуде од 23. априла 1986, у предмету 294/83, *Les Verts c/ le Parlement*, Recueil de jurisprudence 1986, стр. 1339.

чланицама и у самим ЕЗ, односно сада ЕУ. Тај начин обезбеђења униформности у тумачењу европског права превиђен је, у оквиру наведеног „потпуног система правних средстава и поступака“, у члану 267. Уговора о функционисању ЕУ (до Уговора из Лисабона то је био члан 234. УЕЗ, односно, до Уговора из Амстердама, члан 177. УЕЗ), као поступак одлучивања Суда правде ЕУ о претходним питањима тумачења или оцене валидности норми комунитарног права која би се поставила у поступцима који се воде пред националним судовима држава чланица.<sup>8</sup> Та одредба, у постлисабонској верзији (која се нешто разликује од раније верзије, али та разлика не мења њену суштину), гласи:

„Члан 267.

Суд правде Европске уније има надлежност за одлучивање о претходном питању у вези са:

(а) тумачењем уговора;

(б) ваљаности и тумачењем аката институција, органа, бироа или агенција Уније;

Када је такво питање постављено пред било којим судом државе чланице, тај суд може, ако сматра да му је одлука о том питању неопходна да би могао да донесе пресуду, затражити од Суда да донесе такву одлуку.

Када је било које такво питање постављено у предмету пред судом државе чланице против чије одлуке у националном праву не постоји правни лек, тај суд ће то питање изнети пред Суд.

Ако је такво питање постављено у предмету пред судом државе чланице који се односи на лица у притвору, Суд правде Европске уније поступа хитно.“<sup>9</sup>

Судија Суда правде ЕУ Кун Ленартс (*Koen Lenaerts*) је, између осталог и цитирајући пресуде Суда правде ЕЗ из 1990. године у случају *Busseni* и из 1974. године у случају *Rheinmühlen-Düsseldorf*, на следећи начин истакао централни значај који у целом комунитар-

<sup>8</sup> Jean Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Paris 2009, 725.

<sup>9</sup> Док у верзији на француском језику став 2 почиње речима: „Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres...“ а став 3 речима: „Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne...“, докле у верзији на енглеском језику став 2 почиње речима: „Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State...“, а став 3 речима: „Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law“. Ми речи „une juridiction“ и „a court or tribunal“ преводимо речју „суд“.



ном судском систему има прејудицијелни поступак, превасходно због своје улоге остварења сарадње између националних судова и Суда правде ЕУ у циљу обезбеђења јединства европског права:

„(...) јединство европског права и систем одлучивања о претходном питању нераскидиво су повезани. Често се може чути да је члан 234. ЕЗ најзначајнија процедурална одредба Уговора о успостављању ЕЗ. То је због тога што систем одлучивања о претходном питању који он предвиђа обезбеђује кохерентну и делотворну судску заштиту права европских грађана које предвиђа комунитарно право. То је такође због тога што он служи остварењу следеће ‘двоструке потребе: да обезбеди највећу могућу униформност у примени комунитарног права и да у ту сврху успостави делотворну сарадњу између Суда правде и националних судова’ (фуснота: Case C-221/88 *Busseni* [1990] E.C.R. I-495, para. 13).

(...) члан 234. ЕЗ је ‘од суштинског значаја за очување комунитарног карактера права успостављеног Уговором и циљу му је да обезбеди да у свим околностима то право буде исто у свим државама Заједнице’ (фуснота: Case 166/73 *Rheinmühlen Düsseldorf* [1974] E.C.R. 33, para. 2). Посебно када се ради о контроли ваљаности, разлике у погледима националних судова о ваљаности неког комунитарног акта угрозиле би јединство европског права. У том смислу, постоји такође конституционални аспект функције коју Европски суд правде врши (...) утолико што би различитост тумачења комунитарног права ометала остварење циљева које је поставио Уговор.“<sup>10</sup>

Сарадња између националних судова и Суда правде ЕУ одвија се као саставни део остварења начела искрене сарадње између ЕУ и држава чланица, садржаног у садашњем чл. 4 ст. 3 Уговора о Европској унији (ово начело је, у нешто друкчијем тексту, до Уговора из Лисабона било садржано у чл. 10 Уговора о оснивању Европске заједнице, а до Уговора из Амстердама у чл. 5 УЕЗ), који гласи:

„3. У складу са начелом искрене сарадње, Унија и државе чланице ће, уз пуно узајамно поштовање, помагати једни другима у остварењу задатака који проистичу из Уговора.

Државе чланице ће предузимати све одговарајуће мере, опште или посебне, да би обезбедиле испуњење обавеза које произлазе из Уговора или које резултирају из аката институција Уније.

<sup>10</sup> Koen Lenaerts, „The Unity of European Law and the Overload of the ECJ – The System of Preliminary Rulings Revisited“, *The future of the European judicial system in a comparative perspective: 6th International ECLN Colloquium/ACL round table*, (eds. Ingolf Pernice, Patricia Stöbener, Juliane Kokott, Julia Mall, Cheryl Saunders), Berlin, 2-4 November 2005, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2006, 211-212.

Државе чланице ће олакшавати остварење задатака Уније и уздржаваће се од било које мере која би могла да угрози остварење циљева Уније.“

## 2. СПЕЦИФИЧАН ПОСТУПАК ПРОИСТЕКАО ИЗ СПЕЦИФИЧНОСТИ КОМУНИТАРНОГ ПРАВА

Постојање наведеног система судске сарадње, система различитог од система класичне правосудне субординације карактеристичног за правосудне системе у државама, укључујући и оне сложене (мада ово не значи да Суд правде ЕУ, када се ради о примени, тумачењу и поштовању права ЕУ, нема позицију правосудног тела вишег ранга у односу на националне судове, чак и оне највише), проистиче из специфичности ЕУ (раније ЕЗ) и европског права. Он је истовремено специфично својство правног система ЕУ и у поређењу са међународним правом и са односом између других судских тела успостављених на међународном нивоу и националних правосудних институција.

Ланац повезаности циљева и својстава ЕЗ и комунитарног правног поретка и потребе за јединственим тумачењем комунитарног права на следећи начин је описао Робер Лекур, у говору на прослави прве десетогодишњице рада Суда:

„Постоји дакле ланчана повезаност правних начела на којима почива заједничко тржиште: нема тржишног заједништва без заједничког права, нема заједничког права без униформног тумачења, нема униформног тумачења без примата таквог права“.<sup>11</sup>

Наведене специфичности је Суд правде ЕЗ констатовао и дефинисао их као основна начела која карактеришу комунитарни правни поредак у својим раним пресудама, пре свега у онима из предмета *Van Gend en Loos*, из 1963. године,<sup>12</sup> и *Costa/ENEL*, из 1964. године.<sup>13</sup> Прва од тих специфичности, чији је основ у члану 189 Уговора о оснивању ЕЕЗ,<sup>14</sup> али и ширем кругу одредби Оснивачких уговора,

---

<sup>11</sup> „Allocution prononcée par le président de la Cour, M. Robert Lecourt, à l'audience solennelle à l'occasion du dixième anniversaire de la Cour de justice des Communautés européennes“, у публикацији *Cour de justice des Communautés européennes, Dixième anniversaire, 1958 1968*, Luxembourg, 1968,

<sup>12</sup> Пресуда Суда правде ЕЗ од 5. фебруара 1963, у предмету 26 62, *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, Recueil de jurisprudence 1963, 3.

<sup>13</sup> Пресуда Суда правде ЕЗ од 15. јула 1964, у предмету 6 64, *Flaminio Costa contre E.N.E.L. (Ente Nazionale Energia Elettrica)*, Recueil de jurisprudence 1964, 1149.

<sup>14</sup> Од Уговора из Лисабона то је члан 288 УФЕУ, од Уговора из Амстердама до Уговора из Лисабона то је био члан 249 УЕЗ. Реч је о члану којим су дефинисани

је директно дејство комунитарног права, које је по ставу Суда, за разлику од међународног права, инхерентно својство комунитарног правног поретка. За међународно право је карактеристично то да по правилу не садржи норме које директно стварају права и обавезе за појединце, али и да постоји могућност да се у међународном уговору предвиди да његове одредбе имају такво дејство. Тако је Стални суд међународне правде у случају Данциг из 1928. године констатовао:

„Може се лако прихватити да, према једном добро утврђеном принципу међународног права, *Beamtenabkommen*, међународни уговор, не може, као такав, да ствара директно права и обавезе за појединце. Али се не би могло оспорити да сам циљ неког међународног уговора, према намери уговорних страна, може бити усвајање, од стране уговорних страна, утврђених правила којима се стварају права и обавезе појединаца, подобних да буду примењивана од стране националних судова.“<sup>15</sup>

Треба приметити да је таквих уговора о којима је говорио Стални суд међународне правде у данашње време све више, али ипак цитирана констатација важи и данас када је однос између наведеног правила и изузетка у пракси померен у одређеној мери у корист изузетка. Супротно наведеној констатацији Сталног суда међународне правде која се односи на међународне уговоре уопште, Суд правде ЕЗ је, у пресуди у предмету *Van Gend en Loos*, на следећи начин, одредивши правну природу комунитарног правног поретка, начело директног дејства прогласио за инхерентно својство комунитарног права:

„Заједница представља нови правни поредак међународног права, у корист кога су државе ограничиле, мада у ограниченим доменима, своја суверена права, и чији су субјекти не само државе чланице већ такође и њихови држављани. (...) Комунитарно право, независно од законодавства држава чланица, једнако као што ствара обавезе за појединце, такође им даје и права која постају саставни део њихове правне баштине.“<sup>16</sup>

У пресуди у предмету *Costa/ENEL*, чији је кључни допринос тумачењу и изградњи комунитарног права у томе што је у тој пресу-

акти секундарног законодавства ЕУ. Други став тог члана, који се односи на уредбе, гласи: „Уредба има опште дејство. Она је у целости обавезујућа и директно примењива у свим државама чланицама.“

<sup>15</sup> Cour Permanente de Justice Internationale, Avis consultatif n° 15, du 3 mars 1928, dans l'affaire „Compétence des tribunaux de Danzig“, 17 18.

<sup>16</sup> Пресуда у предмету *Van Gend & Loos*, Rec. 1963, 23.

ди Суд констатовао да је једно од кључних начела тог правног поретка начело примата (супериорности) комунитарног над националним правима,<sup>17</sup> Суд је дао нову квалификацију комунитарног правног система, настојећи да додатно истакне његову посебност, у којој је подвукао и обавезу националних судова да примењују норме тог правног система: „За разлику од обичних међународних уговора, Уговор о оснивању ЕЕЗ је створио особени правни систем, интегрисан у правне системе држава чланица од самог ступања на снагу Уговора, и који су њихови судови обавезни да примењују.“<sup>18</sup> Наведена два начела комунитарног права Суд правде ЕЗ (ЕУ) је даље разрађивао и ширио им домаћај у каснијој судској пракси, којом се овде нећемо бавити.

Улогу националног судије у остварењу начела директног дејства и супериорности комунитарног права Робер Лекур је истакао у следећој дефиницији начела директног дејства (којом је обухваћено и начело супериорности): „То је право сваког појединца да захтева од свог судије да примени уговоре, уредбе, директиве или одлуке Заједнице. То је обавеза судије да примени те текстове, какви год били прописи његове матичне државе.“<sup>19</sup>

А у пресуди из 1978. године у предмету *Simmenthal*, пресуди у којој је потврдио и додатно разјаснио начело супериорности комунитарног права, Суд правде ЕЗ је на следећи начин истакао комунитарну мисију националног судије: „Сваки судија пред ким је, у оквиру његових надлежности, покренут поступак, има, као орган државе чланице, за мисију да штити права која је комунитарно право доделило појединцима.“<sup>20</sup>

Тако је национални судија стекао статус, како у доктрини кажу, „комунитарног судије опште надлежности“,<sup>21</sup> што је „израз који је

<sup>17</sup> Једна од кључних реченица из пресуде у предмету *Costa/ENEL* којима је изражено начело примата (супериорности) комунитарног над националним правима гласи: „Та интегрисаност у право сваке државе чланице одредби које проистичу из комунитарног извора или, уопштеније, текст и дух Уговора, чине немогућим да државе дају предност некој једностраној каснијој мери у односу на правни поредак који су прихватиле на бази реципроцитета, што значи да таква мера не би смела да буде у супротности са тим правним поретком.“ (Пресуда у предмету *Costa/ENEL*, Rec. 1964, стр. 1159)

<sup>18</sup> Пресуда у предмету *Costa/ENEL*, Rec. 1964, 1158.

<sup>19</sup> Robert Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles 1976, 248.

<sup>20</sup> Пресуда Суда правде ЕЗ од 9. марта 1978, у случају 106/77, *Simmenthal*, Recueil de jurisprudence 1978, 643, attendu 16.

<sup>21</sup> Denys Simon, „La contribution de la Cour de cassation à la construction juridique européenne: Europe du droit, Europe des juges“, Avant propos de l'étude: *La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, Rapport annuel 2006, Publications de la Cour.

већ постао уобичајена фраза<sup>22</sup>,<sup>22</sup> који је из доктрине пренет и у судску праксу Суда правде ЕЗ.<sup>23</sup>

А девети по реду председник Суда правде ЕЗ Хил Карлос Родригез Иглесиас (*Gil Carlos Rodríguez Iglesias*), истичући „централну улогу“ националних судова у обезбеђењу функционисања комунитарног права, основу за такву улогу види у основним начелима на којима је заснован комунитарни правни систем, наводећи ту, поред директног дејства и супериорности комунитарног права и начело одговорности држава за штету нанету појединцима услед непоштовања комунитарног права:

„(...) национални судија је такође задужен за примену начела одговорности држава за штету нанету појединцима услед непоштовања комунитарног права... Према овом начелу, оштећени појединци имају право на накнаду уколико им прекршено правило комунитарног права даје неко право, уколико се ради о довољно озбиљном кршењу и уколико постоји директна узрочно-последична веза између тог кршења и штете коју су претрпели појединци. На националном је судији да провери да ли су се сви ти услови стекли.“<sup>24</sup>

Међутим, како констатује Родригез Иглесиас, постоји једно начело које се налази у основи сва три наведена начела и у основи потребе да се националном судији да суштинска улога у њиховом спровођењу у дело, а то је „начело делотворне судске заштите права појединаца“: „У основи судске праксе која се односи на наведена начела налази се, на мање или више експлицитан начин у зависности од случаја, начело делотворне судске заштите права појединаца, заштите која је била један од стубова резонавања које је навело Суд да призна директно дејство у пресуди *Van Gend en Loos*, супериорност у пресудама *Costa* и *Simmenthal*, а затим и одговорност државе у пресуди *Frankovich*, као што је то експлицитно подвучено у пресуди *Brasserie du pêcheur*.“<sup>25</sup>

Однос између комунитарног права и националних права држава чланица је тако достигао ниво који Родригез Иглесиас описује на следећи начин: „Начела о којима је реч подразумевају такво узајамно прожимање комунитарног и националног права које достиже степен

<sup>22</sup> Guy Canivet, „Le droit communautaire et l’office du juge national“, *Droit et Société*, n° 20 21/1992, 144.

<sup>23</sup> „...le juge national agit en qualité de juge communautaire de droit commun“ пресуда Првостепеног суда од 10. јула 1990, у предмету T 51/89, *Tetra Pak Rausing SA contre Commission des Communautés européennes*, Recueil de jurisprudence 1990, II 00364, параграф 42.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 51-52.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 52.

интензитета без преседана у односима између међународног права и унутрашњих права држава.<sup>26</sup>

Обавеза држава чланица, односно њихових органа, да поштују и примењују комунитарно право, и да буду ефикасни у томе, као и шира обавеза искрене сарадње држава чланица са Заједницама/ Унијом и лојалности према њима, није задрла у унутрашње институционално и процедурално устројство држава чланица, које је остало недирнути сегмент њиховог националног суверенитета и уставног поретка. Стога је и сама судска пракса Суда правде ЕЗ, још у раном периоду развоја Заједница, прокламовала начело „институционалне и процедуралне аутономије држава чланица“. Најпре је у пресуди Суда правде из 1971. године, у предмету *International Fruit Company*, Суд констатовао важење овог начела за све националне органе:

„...ако су, у складу са чланом 5. Уговора, државе чланице обавезне да предузимају све опште и посебне мере потребне да би се обезбедило извршење обавеза које проистичу из Уговора, на њима је да одреде институције које ће, на унутрашњем плану, бити надлежне да предузимају те мере; (...) када одредбе Уговора и уредби дају овлашћења државама чланицама или им намећу обавезе у циљу примене комунитарног права, питање на који начин државе чланице могу вршење тих овлашћења и извршење тих обавеза да повере одређеним унутрашњим органима потпада искључиво под уставни систем сваке државе.“<sup>27</sup>

Исти принцип је констатован, специфично у погледу надлежности националних судова и поступака пред њима код примене директно примењивих комунитарних норми, у идентичним параграфима садржаним у пресудама из 1976. године у предметима *Rewe Zentral* и *Comet*:

„(...) Тако, применом начела сарадње из члана 5. Уговора, националним судовима је поверено старање о обезбеђењу правне заштите за грађане, која произлази из непосредног дејства одредби комунитарног права. (...) Стога, у одсуству комунитарних прописа на овом плану, унутрашњи правни поредак сваке државе чланице треба да одреди надлежне судове и да регулише процедуралне модалитете у погледу правних средстава која би требало да осигурају очување права грађана која произлазе из непосредног дејства комунитарног права, с

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Пресуда Суда правде од 15. децембра 1971, у здруженим предметима 51 до 54 71, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor groenten en fruit*, Recueil de jurisprudence 1971, стр. 01116, пар. 3 и 4.

тим што ти модалитети не смеју да буду неповољнији од оних који се односе на слична унутрашња правна средства. „<sup>28</sup>

Начело институционалне и процедуралне аутономије саставни је део и предуслов очувања националног конституционалног идентитета европских народа и њихових држава, заштићеног широм обавезом поштовања националних идентитета из чл. 4, ст. 2 Уговора о ЕУ, који гласи: „Унија ће поштовати једнакост држава чланица као и њихове националне идентитете, садржане у њиховим основним структурама, политичким и уставним, укључујући и регионалну и локалну самоуправу. Она ће поштовати њихове основне државне функције, укључујући обезбеђење територијалног интегритета државе, поштовање права и одржавање реда и заштиту националне безбедности. Посебно, национална безбедност остаје искључива одговорност сваке државе чланице.“ За тај конституционални идентитет се у новије време сматра да представља границу преко које не може да пређе, односно зону у коју не може да продре принцип супрематије комунитарног над националним правима.

### 3. НЕОПХОДНОСТ ЈЕДНООБРАЗНОГ ТУМАЧЕЊА ПРАВА ЕУ НА ЦЕЛОМ ЊЕНОМ ПРОСТОРУ

У стању прожимања комунитарног и националног права, у складу са наведеним начелима, и при улози националног судије као „комунитарног судије опште надлежности“, те у условима институционалне и процедуралне аутономије држава чланица, остварење јединства тумачења комунитарног права на простору и од стране националних судских инстанци изворно 6, а сада 28 држава чланица, постало је предуслов опстанка читаве интеграционе конструкције, чији правни систем не би могао да функционише на начин на који функционише класично међународно право, које је и само изложено релативизацији значаја и смисла услед неуниформности код примене у оквиру држава. О тој потреби јединственог тумачења у оквиру овог, не више само „новог правног система међународног права“, већ „особеног правног система интегрисаног у правне системе држава чланица“, Робер Лекур је рекао следеће:

„Све је међутим проистекло из тога што државе намеравају да изграде заједничко тржиште, што развијају један правни корпус примењив како на њих саме тако и на њихове

---

<sup>28</sup> Пресуде Суда правде од 16. децембра 1976. године у: предмету 33/76, *Rewe Zentralfinanz eG et Rewe Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Recueil de jurisprudence 1976, 01998, и предмету 45/76, *Comet BV contre Produktschap voor Siergewassen*, Recueil de jurisprudence 1976, 02052-02053.

држављане, што су створиле један суд који треба да пресуђује по том праву.

Ту најпре постоји неопходност да се обезбеди идентична примена заједничког права од једног до другог краја заједничке територије.

Јединствено тржиште не би могло дуго да издржи пред разилажењима у судској пракси националних судских тела. Веома брзо би дошло до тога да јединствени текст, сачињен као резултат великог заједничког труда, постане предмет шест различитих националних тумачења, а да јединствено тржиште почне у пракси да функционише на шест различитих начина. Таква авантура стално постоји у класичном међународном праву. Треба само посматрати шта се дешава са многим међународним конвенцијама – попут оних које се односе на меницу или чек – чија примена је разбијена судским праксама које иду у различитим правцима и одсуством заједничке судске интерпретације. То је, авај, неминовна и брза судбина сваке конвенције коју примењују судска тела, уколико не постоји никакав поступак који би обезбедио хомогеност њеног тумачења.<sup>29</sup>

А у наведеној пресуди у случају *Simmenthal*, Суд правде је, како смо већ навели, униформност примене навео као саставни део директне примењивости (директног дејства) комунитарног права, која „(...) значи да правила комунитарног права морају да у потпуности произведу дејство, на униформан начин у свим државама чланицама, почев од свог ступања на снагу и током читавог трајања њихове важности“.<sup>30</sup>

Иако, као што смо рекли, код стварања и даље изградње ЕЗ и ЕУ није било воље да се европском судском телу, Суду правде ЕУ (ЕЗ), да статус највише инстанце у хијерархији судова који функционишу на простору свих држава чланица, којој би учесници у поступцима пред националним судовима могли под одређеним условима да подносе правне лекове против одлука тих националних судова, у оквиру оног „потпуног система правних средстава и поступака“ пред Судом правде ЕУ, постоји и механизам контроле поштовања европског права од стране држава чланица, независно од тога који су од органа тих држава, дакле могуће и национални судови, прекршили европско право. Реч је о поступку у случају пропуста државе чла-

---

<sup>29</sup> „Allocution prononcée par le président de la Cour, M. Robert Lecourt, à l'audience solennelle à l'occasion du dixième anniversaire de la Cour de justice des Communautés européennes“, у публикацији *Cour de justice des Communautés européennes, Dixième anniversaire, 1958 1968*, Luxembourg, 1968, 20.

<sup>30</sup> Пресуда Суда правде ЕЗ од 9. марта 1978, у случају 106/77, *Simmenthal*, Recueil de jurisprudence 1978, 643, attendu 14.



нице да испуни обавезу успостављену Уговором или на основу њега предвиђеном чл. 258–260 УФЕУ.<sup>31</sup> Међутим, овај поступак не само да не подразумева могућност учесника у поступцима пред националним судовима да поднесу Суду правде ЕУ правни лек против одлука националних судова, будући да њега могу да покрену само Европска комисија или друге државе чланице, већ и Комисија и државе чланице имају могућност дискреционе оцене да ли ће покренути поступак или не. Поред овог кључног недостатка, поступак због пропуста државе има и још неких мана у поређењу са поступком одлучивања о претходном питању из напред цитираног члана 267 Уговора о функционисању ЕУ, на шта на следећи начин указује Жан-Пол Жаке (*Jean-Paul Jacqué*), говорећи о другим начинима, поред одлучивања о претходном питању, да се избегне диспарат у тумачењу европског права од стране националних судова различитих држава чланица: „Свакако, такво стање може бити кориговано *a posteriori* путем поступка због пропуста државе чланице, али примена тог поступка зависи од добре воље Комисије или држава чланица. Осим тога, он би био мање ефикасан од поступка о претходном питању који дозвољава да се Суд правде изјасни пре него што је национални судија донео мериторну одлуку. Такође, осуда од стране Суда правде због судског пропуста могла би да изазове реакцију одбацивања од стране националних власти. У оквиру поступка о претходном питању, национални судија се обраћа Суду правде, а затим примењује комунитарно право. Тако се избегава драматизација која неизбежно иде уз сваку осуду од стране Суда правде.“<sup>32</sup> На предност благовременог давања тумачења од стране Суда правде и избегавања *a posteriori* отклањања тешко отклоњиве неусклађености судске праксе националних судова, указао је и Робер Лекур:

„Тако, што се раније судови обратe Суду када се појави сумња у погледу тумачења неког текста, то ће брже то тумачење, када буде донето, да разреши проблем за читаву Заједницу, пре него што би опасне поделе, које је касније тешко превазићи, имале времена да се испоље, да се структуришу и да се учврсте између националних судских пракси које се разилазе. Уговори су настојали да не резервишу привилегију учесћа у комунитарном поступку само за оне заинтересоване субјекте који би били довољно растерећени и довољно истрајни да би исцрпили сва национална правна средства, да би тако нашли, тек на највишем судском нивоу, гаранцију поштовања уговора.

<sup>31</sup> *Recours en manquement*; Failure of a Member State to fulfill an obligation under the Treaties; до Лисабона то су били чл. 226-228 УЕЗ, а до Амстердама 169-171 УЕЗ/до Мадрихта УЕЕЗ.

<sup>32</sup> J. P. Jacqué (2009), 725-726.

Колико би уосталом било непријатније за Суд, а и опасније за националне осетљивости, када би он морао да решава сукобе између националних судских пракси које би претходно имале времена да се учврсте, него када би давао тумачење неког текста на први захтев неког суда, макар и првостепеног.<sup>33</sup>

Када би постојала могућност да се саме странке у поступцима пред националним судовима обраћају, жалећи се на одлуке националних судова, Суду правде ЕУ, онда би гаранцију да ће до тог обраћања доћи представљала мотивисаност странака у поступцима да остваре правду и заштите своје интересе. Та мотивисаност би као индиректну последицу имала и успостављање јединственог тумачења датих правних норми и јединствене судске праксе на простору читаве ЕУ. Како се аутори Уговора, због недостатка воље у државама чланицама, нису определили за тај, иначе стандардни начин успостављања хијерархије судских органа и обезбеђења униформности у тумачењу права, морали су, ради обезбеђења такве униформности, да предвиде гаранцију да ће се национални судови заиста и обраћати Суду правде ЕУ (ЕЗ) за одлучивање о претходним питањима. Јер за разлику од странака у поступцима пред националним судовима које би имале мотив да правду, на коју мисле да имају право и до које нису дошли у тим поступцима пред националним судовима, потраже пред Судом правде ЕУ, саме националне судије не само да немају такав мотив, већ је врло вероватно да би из разлога професионалне сујете, убеђености да су у праву и слично, код националних судија постојао и отпор према обраћању Суду правде ЕУ ради решавања питања како тумачити европско право у конкретним случајевима. У члану 267. УФЕУ садржано је решење по коме је пред националне судове који у датом случају не одлучују у последњем степену стављена могућност да се, уколико се пред њима постави претходно питање тумачења уговора или тумачења и валидности неке норме секундарног права ЕУ, обратe Суду правде ЕУ ради одлучивања о том претходном питању (чл. 267, ст. 2), док су национални судови који у датом случају одлучују у последњем степену обавезни да се у таквој ситуацији обратe Суду правде ЕУ (чл. 267, ст. 3).

#### 4. ПОСТУПАК ОД СУДИЈЕ КА СУДИЈИ

Иако се на први поглед чини да чл. 267 УФЕУ даје учесницима у поступцима пред националним судовима могућност да

---

<sup>33</sup> „Allocation prononcée par le président de la Cour, M. Robert Lecourt, à l'audience solennelle à l'occasion du dixième anniversaire de la Cour de justice des Communautés européennes“, у публикацији *Cour de justice des Communautés européennes, Dixième anniversaire, 1958 1968*, Luxembourg, 1968, 20.

постављањем питања тумачења или валидности комунитарног права доведу до покретања поступка пред Судом правде, посебно када такво питање поставе пред судом последњег степена у датом поступку, сам Суд правде је у својој пракси констатовао да то није тако, те да су национални судови господари одлуке да ли ће се тражити одлука о претходном питању или не, а не и странке које учествују у поступцима пред њима. Ово чак и ако се ради о поступцима пред националним судовима последње инстанце, дакле у ситуацији из чл. 267, ст. 3 УФЕУ. Наиме, иако разлика између текста чл. 267, ст. 2, који се односи на националне судове који у конкретном случају не одлучују у последњем степену (у том ставу пише: „тај суд може, ако сматра да му је одлука о том питању неопходна да би могао да донесе пресуду, затражити од Суда да донесе такву одлуку“) и чл. 267, ст. 3, који се односи на националне судове последње инстанце у конкретном случају (где стоји: „тај суд ће то питање изнети пред Суд“), указује на то да национални суд последње инстанце у датом случају мора да се обрати Суду правде ЕУ са захтевом за одлуку о сваком претходном питању тумачења уговора или тумачења или валидности свих других аката комунитарног права, уколико такво питање у поступку пред тим националним судом постави нека од странака, Суд правде ЕЗ је, у пресуди из 1982. године у случају *CILFIT*, из истих одредби извео супротан закључак:

„9. (...) мора се најпре истаћи да члан 177. не успоставља корективно средство које би било на располагању странкама у случају који се води пред националним судом. Стога проста чињеница да нека странка тврди да спор отвара питање које се односи на тумачење комунитарног права не значи да је тај суд дужан да сматра да је постављено питање у смислу члана 177. С друге стране, национални суд би могао, у одговарајућем случају, да упути одређено питање Суду правде на властиту иницијативу.

10. Друго, из односа између другог и трећег става члана 177. проистиче да судови на које се односи трећи параграф имају исто дискреционо право као и било који други национални суд да утврђују да ли је одлука о питању које се односи на комунитарно право неопходна да би му омогућила да донесе пресуду. Према томе, судови нису обавезни да упуте Суду правде пред њима покренуто питање које се односи на тумачење комунитарног права ако то питање није релевантно, што значи ако одговор на то питање, какав год да је, не би могао ни на који начин да утиче на исход случаја.“<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Пресуда од 6. октобра 1982. у случају 283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health*. European Court reports 1982, стр. 03415, Grounds, пар. 8-10.

Наравно, по ставу Суда правде, у супротном случају национални судови последње инстанце имају обавезу да питање упуте Суду правде на одлучивање. Треба приметити да код ове констатације, која је садржана у параграфу 11 пресуде у случају *CILFIT*, Суд правде као да је у одређеној мери померио критеријум за оцену националног суда да ли ће покренути прејудицијелни поступак о питању које је нека од странака покренула пред њим у односу на онај из цитираног параграфа 10. Од у параграфу 10 тражене неопходности одлуке о питању које се односи на комунитарно право за доношење пресуде у главном спору, која се цени према релевантности претходног питања, односно према томе да ли је одговор на њега од било каквог утицаја на одлуку о главном спору, он је у параграфу 11 прешао на тражење неопходности примене комунитарног права ради доношења одлуке у главном спору, у ком случају би национални суд о сваком питању тумачења тог права које би се појавило<sup>35</sup> био дужан да покрене прејудицијелни поступак пред Судом правде. Параграф 11 пресуде у случају *CILFIT* гласи: „Ако, међутим, ти судови сматрају да је прибегавање комунитарном праву неопходно да би могли да одлуче у спору који се води пред њима, члан 177 им намеће обавезу да упуте Суду правде свако питање тумачења које се постави.“<sup>36</sup>

На наведен начин Суд правде ЕЗ/ЕУ је сузио пут комуникације између странака у поступцима пред националним судовима и њега, Суда правде, тј. могућност да странке у националним поступцима имају моћ да одлучујуће утичу на то да ли ће прејудицијелни поступци пред Судом правде бити покретани или не. Тиме је Суд правде потврдио да је ова врста поступка, којом се успоставља „сарадња“ или „дијалог“ између националних суда и Суда правде ЕУ, међусудијски поступак, односно, како Жан-Пол Жаке констатује: „Поступак одлучивања о претходном питању је поступак од судије ка судији.“<sup>37</sup>

Овај став Суда правде из пресуде у предмету *CILFIT* представља пример онога што се назива „активизмом“ луксембуршког суда,<sup>38</sup> мада иста та пресуда садржи и много изразитији пример ове врсте, који

---

<sup>35</sup> „Toute question d'interprétation qui se pose“; „any question of interpretation which may arise“

<sup>36</sup> Пресуда од 6. октобра 1982. у случају 283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health*. European Court reports 1982, стр. 03415, Grounds, параграф 11.

<sup>37</sup> „La procédure préjudicielle est une procédure de juge à juge“, J. P. Jacqué (2009), 728.

<sup>38</sup> О „активизму“ Суда правде ЕУ, тј. његовој склоности ка томе да широко тумачи Основне уговоре и друге акте комунитарног права, па чак и да излази из оквира њиховог значења, да би допринео што чвршћем интегрисању држава чланица у оквиру Уније, постоји вома обимна литература, попут нпр.:

се састоји у прихватању „доктрине јасног акта“ (*la doctrine de l'acte clair*), као специфичног израза максиме *in claris non fit interpretatio*. И код наведеног тумачења ст. 2 и 3 члана 267 УФЕУ (члана 234/177. УЕЗ), као и код увођења доктрине јасног акта, судије Суда правде су код излагања из значења и смисла наведених одредби, које је за резултат имало ограничење утицаја странака у поступку пред националним судовима на то да ли ће бити покренут поступак пред Судом правде за одлучивање о претходном питању и стављање одлуке о томе у највећој мери у руке самих националних судија, биле мотивисане жељом да се избегне ризик од затрпавања и преоптерећења Суда правде претходним питањима, чије постављање би странке у поступцима у државама чланицама могле са лакоћом да наметну националним судовима последње инстанце, простим покретањем тих питања у тим поступцима. Суд правде је заправо у решавању питања везаних за различите аспекте прејудицијелног поступка који се пред њим може водити у складу са чланом 267 УФЕУ (234/177 УЕЗ) био руковођен тежњом да обезбеди баланс између потребе униформног тумачења и кохерентне примене комунитарног права у државама чланицама и потребе спречавања властитог преоптерећења. О потреби обезбеђења таквог баланса су очигледно и аутори Уговора водили рачуна када су само пред националне судове последњег степена у конкретним случајевима ставили обавезу постављања Суду правде претходног питања које се појавило у поступку пред њима, док су пред друге националне судове ставили само могућност, а не и обавезу обраћања Суду правде у тим ситуацијама. Судије Суда правде су у својој судској пракси у том балансираном односу према две наведене преокупације дале мало више тежине тежњи да се спречи прекомерно и непотребно обраћање Суду правде, па чак и могућа злоупотреба те могућности (која би била готово извесна када би одлука о томе да ли ће се покренути процедура за одлучивање о претходном питању зависила у потпуности од воље странака у националним поступцима), што ипак није спречило да дође до покретања толиког броја поступака за давање претходног мишљења који је превазилазио физичке капацитете Суда правде.<sup>39</sup> Овај наглашено велики број посту-

S. Patrick Neill, *The European Court of Justice: A Case Study in Judicial Activism*, European Policy Forum, London 1995;

D. Edward, „Judicial Activism Myth or Reality?“, *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law (Essays in honour of Lord Mackenzie Stuart)*, (eds. Campbell and Voyatzki), Trenton Publishing, 1996, 29-67;

A. Arnall, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2006, 639-667;

G. Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 2012; итд.

<sup>39</sup> Прејудицијелни поступак пред Судом правде ЕУ/ЕЗ прошао је и пролази кроз феномен који је у литератури назван изразом „парадокс успеха“ (*paradox*)

пака за одлучивање о претходном питању резултат је најпре велике спремности националних судова који нису највиша инстанца у датом поступку да, упркос одсуству обавезе, ипак траже од Суда правде одговор на претходна питања са којима би се суочавали (што се мора сматрати резултатом зрелости и одговорности националних судија), затим и ширења надлежности ЕЗ/ЕУ, па самим тим и ширења круга комунитарних норми у погледу којих се могу поставити претходна питања (чак и тамо где се ради о старим надлежностима ЕЗ/ЕУ, стално комплетирање и дорађивање комунитарних норми у њиховом оквиру доводи до ширег простора и ширих потреба за решавањем претходних питања), и коначно и повећања броја држава чланица и самим тим и броја националних судова који су у игри и броја предмета пред тим националним судовима у којима питања тумачења и ваљаности комунитарног права могу да буду постављена. Овај велики прилив захтева за одлучивање о претходном питању утицао је на то да се Уговором из Нице предвиди да део предмета по оваквим захтевима буде стављен у надлежност Првостепеног суда (који се од Уговора из Лисабона зове Општи суд).<sup>40</sup>

Ипак, иако је Суд правде, у односу на смисао самог текста одредби чл. 267 ст. 2 и 3 УФЕУ, тежиште утицаја на то да ли ће му прејудицијелно питање бити постављено померио, о одређеној мери, ка националним судовима, измакавши га у истој тој мери од утицаја странака у поступку пред националним судовима, и иако, по цитираном ставу Суда, национални суд може да тражи одлуку о претходном питању и *proprio motu*, дакле када такво питање није у поступку пред њим покренула ниједна странка, то питање ипак мора да буде у вези са суштином или предметом конкретног спора пред националним судом или, боље речено, не сме да буде такво да сасвим очигледно нема никакве везе са њима. А како је предмет спора пред националним судом у рукама странака, пре свега оне од стра-

*of success*), а који судија Суда правде ЕУ Кун Ленартс описује на следећи начин: „С обзиром на његов огроман значај за правни поредак Уније, већ дуго времена се сматра да поступак одлучивања о претходном питању карактерише ‘парадокс успеха’: што се он више користи, то је ЕСП изложен већем терету, што за последицу има то да је сам систем доведен у опасност. До данас, опасност од реоптерећења ЕСП а веома се одражава на европски судски пејсаж. Просечно трајање поступка скраћено је за два месеца са око 25,5 на 23,5 месеци прошле године; ипак време чекања од скоро две године није нешто због чега би требало славити, посебно ако се очекује повећање количине нових захева, што ствара сумњу у погледу тога да ли се даље значајније скраћење трајања може очекивати на дужи рок. Судска реоптерећеност представља претњу квалитету резоновања у пресудама и брзини њиховог доношења. Такве претње задиру у срце делотворности правосудне сарадње на којој се заснива систем одлучивања о претходним питањима. Зато се чини да је размишљање о функционисању овог система од виталног значаја у овом тренутку.“ К. Lenaerts (2006), 212.

<sup>40</sup> J. P. Jacqué (2009), 737-738.

нака која је покренула спор на националном нивоу, у складу са начелом диспозиције странака, онда је слобода националног суда да цени да ли има места постављању претходног питања Суду правде ипак омеђена оквиром који странке постављају одређујући суштину и предмет главног спора, јер претходно питање мора у односу на њих да буде релевантно.<sup>41</sup>

## 5. ЗАКЉУЧАК „ДРАГУЉ У КРУНИ“ СУДСКОГ СИСТЕМА СУДА ПРАВДЕ ЕУ

Да су атипична правна природа поступка за давање претходног мишљења предвиђеног чланом 267 УФЕУ и његова јединственост у међународној и упоредној правној регулативи и пракси нешто што збуњује и отвара простор за различите погледе и разумевања (односно неразумевања) ствари, најбоље говори то што је и сам Суд правде лутао, током свих 60 година свог постојања, све до данашњих дана, у успостављању ваљаних оквира и правила свог поступања код ове врсте поступка. Један од кључних елемената тог „лутања“ у судској пракси, којим у овом раду немамо простора да се бавимо, је стално присутна тенденција Суда правде да успостави своју хијерархијску надређеност националним судовима уместо односа сарадње и дијалога, али и обуздавање те тенденције од стране самог Суда правде, под ударом критике доктрине и услед отпора у државама чланицама.

И у теорији је ова атипична врста поступка различито квалификована и описивана.

Тако Мортен Броберг (*Morten Broberg*) и Нилс Фенгер (*Niels Fenger*) између осталог кажу: „(...) поступак о претходном питању је правни лек за националне судове, а не за странке...“.<sup>42</sup> Ова констатација, изнета у једној од на светском нивоу најзначајнијих новијих књига које се баве прејудицијелним поступком пред Судом правде ЕУ, показатељ је несклапања ове врсте поступка, са свим његовим својствима која је успоставио Уговор а надградила стандардно смела пракса Суда правде, у класичне појмове и моделе који постоје у судским системима у државама и на међународном нивоу или у односима између тих система. Јер нису судови ти који могу и треба да имају на располагању правне лекове, већ су они средство

<sup>41</sup> Пресуда Суда правде ЕЗ од 16. јуна 1981, у предмету 126/80, *Maria Salonia v Giorgio Poidomani and Franca Baglieri, née Giglio*, European Court reports 1981, страна 01563, Grounds, пар. 6.

<sup>42</sup> М. Р. Broberg, Niels Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2010, 206.

на које право треба да имају странке. Осим тога, смисао правних лекова је, као што им само име каже, у томе да се створи могућност исправљања грешака судова или других органа када су већ донели мериторну или процесну одлуку која се напада. Њихов смисао свакако није то да се кроз тражење претходног изјашњавања судског тела које није хијерархијски надређено и нема право контроле, као виша инстанца, над радом и одлукама суда који то изјашњавање тражи, добије правилно тумачење права које треба применити и, што је можда још важније, тумачење које ће стајати на располагању и обавезивати и друге судове и омогућити униформну примену права на целом широком простору Уније, од стране свих националних судова и других органа у свим државама чланицама. Захтев за такво претходно изјашњавање свакако није правни лек, већ би се пре могао назвати правном превентивом. И за разлику од правних лекова којима располажу странке, овакво превентивно средство може да буде на располагању судском телу. Наравно, улога странака у главном спору је веома битна, иако они не могу сами да траже одлуку о претходном питању нити да постављањем у главном спору питања тумачења или ваљаности неке комунитарне норме натерају национални суд да то уради (што је констатовао сам Суд правде у својој судској пракси, констатујући такође да национални суд може да тражи од Суда правде одлуку о претходном питању које нису поставиле странке, већ по сопственој иницијативи), јер они су ти који покрећу главни спор, без кога нема ни претходног питања ни могућности тражења одлуке о њему, а и национални суд се код постављања питања мора држати оквира који су странке поставиле одређујући, у складу са начелом диспозиције странака, оквире главног спора, јер Суд правде може да одбије да одговори на претходно питање које му је поставио национални суд „ако је сасвим очигледно да тумачење комунитарног права или испитивање валидности неког правила комунитарног права које је тражио тај суд нема везе са суштином или предметом главног спора“.<sup>43</sup>

Жак Пертек (*Jacques Pertek*), у покушају да на сликовит начин приближи читаоцу овај атипични и нови тип поступка, прави следеће поређење: „У овој директној сарадњи између судија којима је прејудицијелни механизам инструмент, однос који се успоставља између две категорије судија може да се упореди са односом који постоји, у здравственој области, између лекара опште праксе и лекара специјалисте. Судија опште праксе, а то је национални судија, је онај коме се нормално и на првом месту обраћа; судија специјалиста, а то је Суд правде, је онај који је позван да интервенише у неким

<sup>43</sup> Пресуда Суда правде ЕЗ од 16. јуна 1981, у предмету 126/80, *Maria Salonia v Giorgio Poidomani and Franca Baglieri, née Giglio*, European Court reports 1981, страна 01563, Grounds, пар. 6.



случајевима и посредством судије опште праксе.<sup>44</sup> Ово поређење карактерише сликовитост и тачност у погледу две ствари: чињенице да су судије Суда правде ЕУ специјализоване за комунитарно право, па тиме и по правилу стручније за њега од националних судија, као и чињенице да странке по право долазе код националних судова, да би тек затим специфично питање комунитарног права било трансферисано као претходно питање пред Суд правде ЕУ. Али се вредност и домет тог поређења ту завршавају, а остају разлике суштинског карактера и значаја. Пре свега, за разлику од односа између лекара опште праксе и лекара специјалисте, где овај први упућује пацијента другоме ради целовитог третмана у оквиру дате специјализације, код прејудицијелног поступка се случај, чак ни у делу где се ради о примени комунитарног права, ако се тај део уопште може издвојити из целине случаја, не преноси у пуну јурисдикцију Суда правде, већ Суд правде само инструкује национални суд, додуше путем обавезујућег упутства, у погледу тумачења или ваљаности дате норме комунитарног права, коју даље национални суд примењује на конкретан случај (што би одговарало примени терапије на пацијента). Јер не треба заборавити да је национални судија „комунитарни судија опште надлежности“, што је квалификација која је прихваћена и у судској пракси самог Суда правде,<sup>45</sup> да је судска пракса Суда правде још много раније, већ на почетку своје изградње, констатовала да је комунитарни правни систем „особени правни систем, интегрисан у правне системе држава чланица од самог ступања на снагу Уговора, и који су њихови судови обавезни да примењују“,<sup>46</sup> те да и за националне судове и судије важе два својства инхерентна сваком савременом судском систему: да судија познаје право (*iura novit curia*) и да је суд дужан да одлучи у складу са важећим правом у поступку који је на правно ваљан начин покренут пред њим, јер би у противном дошло до ускраћивања правде (*déni de justice*) као облика кршења права на правичан судски поступак које је једно од основних људских права. Суштине прејудицијелног поступка пред Судом правде ЕУ није у томе да одлучивање пређе у руке онога ко има одговарајућу квалификацију из руку онога који је нема у довољној мери (као што рецимо лекар опште праксе не би смео да се упушта у кардиохируршки захват, јер нема довољно знања и искуства за тако нешто), већ да се обезбеди униформна примена комунитарног права од стране свих

<sup>44</sup> J. Pertek, „Renvoi préjudiciel“, у: Ami Barav, Christian Philip (sous la direction de), Dictionnaire juridique des Communautés européennes, доступно 15. октобра 2013. на следећој интернет адреси: [http://fdv.univ lyon3.fr/mini site/cee/Dico/RENVOI PREJUDICIEL.pdf](http://fdv.univ lyon3.fr/mini_site/cee/Dico/RENVOI_PREJUDICIEL.pdf)

<sup>45</sup> Пресуда Првостепеног суда од 10. јула 1990, у предмету T 51/89, *Tetra Pak Rausing SA contre Commission des Communautés européennes*, Recueil de jurisprudence 1990, страна II 00364, пар. 42.

<sup>46</sup> Arrêt Costa/ENEL, Rec. 1963, p. 1158.

националних судова у свим државама чланицама (наравно, стоји и то да би судије Суда правде ЕУ требало по природи ствари да буду квалификованији за тумачење комунитарног права од националних судија, па уз униформност иде и већа гаранција квалитета тумачења и оцене ваљаности комунитарног права, али у томе није централни смисао прејудицијелног поступка). Уосталом, најбољи показатељ да је то тако је чињеница да чл. 267, ст. 2 УФЕУ не предвиђа обавезу, већ само могућност да национални суд који не суди у последњем степену у конкретном случају тражи одлуку о претходном питању тумачења или ваљаности (по судској пракси из предмета *Foto Frost*<sup>47</sup> само за случај да сматра да ваљаност постоји) комунитарног права које се појави пред њим, док таква обавеза, према чл. 267, ст. 2 УФЕУ, постоји за националне судове који поступају у највишем степену, и чије би судије, већ према условима за избор на функцију, требало да поседују веће знање и искуство, између осталог и у погледу комунитарног права, од својих колега из нижих националних судова.

Ипак, упркос својој атипичности и наведеним лутањима судске праксе, поступак одлучивања о претходном питању пред Судом правде ЕУ одиграо је централну улогу у дефинисању, обликовању, разјашњењу, употпуњавању, доградњи и надградњи комунитарног правног система. Често критикована спремност и решеност Суда правде да активно и смело учествује у преамбулама Оснивачких уговора најављеном „процесу стварања све тешње уније међу народима Европе“, неретко смело излазећи из оквира језичког значења одредби Уговора и других комунитарних норми, додатно је допринела значајним резултатима које је прејудицијелни поступак постигао у изградњи комунитарног правног система. Већина кључних, класичних одлука Суда правде, попут оних из предмета *Van Gend en Loos*, *Costa/ENEL*, *Cassis de Dijon*<sup>48</sup> итд, управо је донета у прејудицијелном поступку. Стога је недвосмислено исправна следећа квалификација Пола Крејга (*Paul Craig*) и Грање де Бурке (*Gráinne de Búrca*): „Члан 267 УФЕУ, који регулише поступак одлучивања о претходном питању, једна је од најзанимљивијих одредби Уговора. Мало ко је, у време када је Уговор тек настао, могао да претпостави значај те одредбе за обликовање права ЕУ и односа између националних правних система и европског правног система. Члан 267. УФЕУ је у великој мери ‘драгуљ у круни’ судског система ЕСП.“<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Пресуда Суда правде од 22. октобра 1987. у случају 314/85, *Foto Frost contre Hauptzollamt Lübeck Ost*, Recueil de jurisprudence 1987, стр. 04199.

<sup>48</sup> Пресуда Суда правде ЕЗ од 16. децембра 1976, у предмету 33 76, *Rewe Zentralfinanz eG et Rewe Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Recueil de jurisprudence 1976, стр. 01989.

<sup>49</sup> P. P. Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2011, 442.

Dr. Branko M. Rakić

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

THE MEANING OF “COOPERATION” OR “DIALOGUE”  
BETWEEN THE COURT OF JUSTICE OF THE EU AND  
NATIONAL COURTS OF THE EU MEMBER STATES

*Summary*

Within the system of legal proceedings before the Court of Justice of the EU, the preliminary ruling procedure has a special place because of its atypical nature and because of its exceptional contribution to uniform interpretation and application as well as to development of the EU law. In the absence of hierarchical superiority of the Court of Justice of the EU over the national courts, this procedure establishes “cooperation” or “dialogue” between national judges on one side and European judges on the other in order to ensure uniform interpretation and application of Community law in all Member States. Atypical character of this procedure is the result of atypical characteristics of the EU legal system and, in particular, of the fact that that legal system is an integral part of the legal system of the Member States. Despite some apparent ramblings and inconsistencies of the case law of the Court of Justice of the EU in establishing valid framework and rules of conduct in this type of procedure, the preliminary ruling procedure before the Court of Justice of the EU has been widely accepted by national courts and a large number of the most important judgments of the Court of Justice was adopted precisely in this type of procedure.

Key words: *Preliminary ruling. – Judicial dialogue. – Judicial cooperation. – Direct effect. – Supremacy. – State responsibility. – Uniformity. – Interpretation of law. – Assessment of validity. – Community law. – EU law.*

Др Ивана Крстић\*

## ПРИНУДНО ИСЕЉЕЊЕ УНИВЕРЗАЛНИ МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ

*Овај рад бави се универзалним међународним стандардима који се примењују у случају принудних исељења. У раду се наводе релевантни УН инструменти којима се гарантује право на становање, а потом се анализира пракса УН комитета у овој области. Из ове праксе произлази да орган који одлучује о принудном исељењу треба да цени да ли су у сваком конкретном случају задовољени принципи законитости и пропорционалности. Док законитост значи поступање у складу са законом, пропорционалност подразумева поштовање низа процесних претпоставки које се огледају у благовременом обавештењу о планираним мерама, држању консултација са становништвом које је погођено мером, обезбеђењу адекватног правног лека којим се може пре испитати мера, обештећењу уништене имовине и обезбеђењу алтернативног смештаја. Такође, мора се водити посебна пажња о најугроженијим друштвеним групама, што захтева брижљиво планирање мера и поштовање њихових људских права.*

*Након анализе праксе у Републици Србији намеће се закључак да при мери принудног исељења из неформалних ромских насеља нису у складу са наведеним стандардима. Разлоге треба тражити у неразумевању специфичног положаја ромске популације, коју махом чине интерно расељена лица са Косова и Метохије и којима је држава дужна да обезбеди адекватан смештај. Разлоге треба тражити и у недовољном познавању релевантних међународних стандарда у овој области, као и у несагласности државних органа да директно примене међународну норму у недостатку адекватног законског оквира којим се уређује област принудног исељења.*

Кључне речи: *Право на становање. Принудно исељење. Комитети УН. Законитост. Пропорционалност.*

---

\* Ауторка је доценткиња Правног факултета Универзитета у Београду, [ikrstic@ius.bg.ac.rs](mailto:ikrstic@ius.bg.ac.rs).

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У теорији људских права инсистира се на постојању међузависности људских права, која подразумева да се сва права из поменутог корпуса третирају на једнак начин.<sup>1</sup> Разлоге овом инсистирању треба тражити у још увек доминантном ставу да су грађанска и политичка права значајнија у односу на економска, социјална и културна права, која су се дуго налазила на маргинама међународне заштите.<sup>2</sup> Међутим, данас се све више наглашава да поред обезбеђења грађанских и политичких права, појединци морају имати право на адекватне минималне приходе, становање, образовање и здравствену заштиту уколико желе да буду аутономни и да достигну благостање.<sup>3</sup> С тим у вези, може се поставити питање колико појединцу значе бирачко право, слобода изражавања, право приватности или нека друга права уколико нема обезбеђен „кров над главом“? Управо из тих разлога, ово право заокупља све више пажње, заједно са правом на одговарајућу исхрану и правом на социјално обезбеђење<sup>4</sup>, при чему се наглашава да су у питању људска права.<sup>5</sup>

Право на становање гарантовано је први пут у Универзалној декларацији о људским правима из 1948, која је донета у форми резолуције Генералне скупштине, али се данас сматра извором обичајног права.<sup>6</sup> У члану 25, ст. 1 Универзалне декларације наводи се да свако лице „има право на стандард живота који обезбеђује здравље и благостање, његово и његове породице, укључујући ... стан ...“ Иако није у питању утуживо право, оно свакако значи

<sup>1</sup> Вид.: D. J. Whelan, *Indivisible Human Rights – a History*, University of Pennsylvania Press, 2010; JW Nickel, *Rethinking Indivisibility: Towards a Theory of Supporting Relations Between Human Rights*, *Human Rights Quarterly*, vol. 30, 2008, 984 1001; M. SSenyonjo, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Hart Publishing, 2009, 4 5, 11, 15, 32.

<sup>2</sup> Више о класификацији људских права вид.: М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, 25 27.

<sup>3</sup> C. Fabre, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Clarendon Press, Oxford, 2000, 183.

<sup>4</sup> Вид.: ME Stone, C. Hartman (eds.), *A Right to Housing: Foundation for a New Social Agenda*, Temple University Press, 2006; L. Chenwi, *Putting Flesh on the Skeleton: South African Judicial Enforcement of the Right to Adequate Housing of Those Subject to Evictions*, *Human Rights Law Review*, vol. 8, no. 1, 105 137; MA Baderin, R. McCorquodale (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, 2007.

<sup>5</sup> Вид.: M. Gómez, B. Thiele, *Housing Rights are Human Rights*, *Human Rights*, vol. 32, no. 2, 2005.

<sup>6</sup> Универзална декларација је усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 (III) од 10. децембра 1948.

право на достојан животни стандард који подразумева и адекватно решавање стамбеног питања.<sup>7</sup> Ипак, са развојем друштва и све већим инсистирањем на очувању и поштовању људског достојанства, улажу се напори да се јасно дефинишу обавезе држава у овом домену и да ово право постане утуживо. У неким државама домаћи судови признају право на минимум егзистенције као део права на поштовање људског достојанства, чиме отварају могућност да се економска и социјална права тумаче у оквиру већ постојећих уставних одредби.<sup>8</sup>

Овај рад подељен је у два дела. У првом делу анализирају се стандарди успостављени у раду УН комитета у области права на становање и принудних исељења, док је други део рада посвећен анализи домаће праксе у овој области и разматрању њене усаглашености са представљеним стандардима који обавезују Републику Србију.

## 2. УНИВЕРЗАЛНИ СТАНДАРДИ И ПРИНУДНА ИСЕЉЕЊА

### 2.1. Релевантни уговори донети под окриљем УН

До данас је под окриљем УН донето укупно девет конвенција које се баве људским правима.<sup>9</sup> Готово све оне имају одредбу којом се гарантује право на становање или се посредно може пружити заштита од принудних исељења.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, један од првих међународних инструмената из 1966, у члану 17, став 1 посебно наглашава да „Нико не може бити предмет самовољних или незаконитих мешања у његов приватни животи, у његову породицу, у његов стан или његову преписку, нити незаконитих повреда нане-

---

<sup>7</sup> О делотворним начинима за решавање бескућништва вид.: Т. Вупе, D. P. Culhane, *The Right to Housing: An Effective Means for Addressing Homelessness*, *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, vol. 14, 2011, 379-390.

<sup>8</sup> Вид. пресуду Федералног уставног суда Немачке о минимуму егзистенције и одредбама о додељивању новчане социјалне помоћи азилантима, бр. 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, 18. јул 2012. Више о улози судова у стварању утуживог права на становање у Европи вид.: К. Олдс, *The Role of Courts in Making the Right to Housing a Reality Throughout Europe: Lessons from France and the Netherlands*, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 28, no. 1, 2010-2011, 170-198.

<sup>9</sup> У питању су Пакт о грађанским и политичким правима, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Конвенција о елиминацији свих облика расне дискриминације, Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена, Конвенција о правима детета, Конвенција против тортуре и других сурових, нечовечних и понижавајућих поступања и кажњавања, Конвенција о правима особа са инвалидитетом, Конвенција о правима радника миграната и чланова њихове породице и Конвенција о заштити свих лица од присилних нестанака.

сених његовој части или његовом угледу.<sup>10</sup> У ставу два истоименог члана гарантује се право појединцу на законску заштиту од оваквих мешања или повреда. У општем коментару број 16 Комитета за људска права, којим се ближе тумачи поменута одредба, наводи се да термин „незаконит подразумева да до мешања може доћи само у ситуацијама које су предвиђене законом, а који мора бити у „складу са одредбама, циљевима и сврхом Пакта.“<sup>11</sup> Да би се ово обезбедило, уводи се термин „самовољно мешање“ које подразумева да чак и законито мешање може бити недозвољено и да у сваком случају мора бити оправдано,<sup>12</sup> чиме се постављају одређени стандарди који морају бити испоштовани у сваком конкретном случају. Комитет за људска права разматрао је и случајеве принудног иселења, где је нагласио да су они већ на први поглед несагласни са сврхом Пакта, те да амо изузетно могу бити оправдани.

Најзначајнији документ Уједињених нација којим се гарантује право на становање јесте Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима.<sup>13</sup> У члану 11, став 1 овог међународног инструмента истиче се обавеза признања права „сваком лицу на животни стандард довољан за њега самог и његову породицу, убрајајући ту и довољну храну, одећу и смештај, као и стално побољшање његових услова живота.“ Даље се наводи да се државе обавезују да обезбеде остварење наведеног права и да ће то чинити самостално, али и у сарадњи са другим државама. Међутим, није прецизирано шта се сматра под смештајем у контексту члана 11, став 1, док припремни радови (*travaux preparatoires*) не указују на нешто друго осим права на просто склониште.<sup>14</sup>

Како је у питању широко постављено право, Комитет за економска, социјална и културна права донео је два општа коментара којима се оно ближе одређују. Тако се у Општем коментару број 4<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Пакт о грађанским и политичким правима усвојен је резолуцијом Генералне скупштине УН 2200 А(XXI) од 16. децембра 1966. *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 7/71; *Службени лист СРЈ Међународни уговори*, бр. 4/01.

<sup>11</sup> *Исто*, пар. 3.

<sup>12</sup> *Исто*, пар. 4.

<sup>13</sup> Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима усвојен је резолуцијом Генералне скупштине УН 2200 А(XXI) од 16. децембра 1966. *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 7/1971; *Службени лист СРЈ Међународни уговори*, бр. 4/01.

<sup>14</sup> Више о дебати која се водила приликом усвајања овог члана вид.: А. Devereux, Australia and the Right to Adequate Housing, *Federal Law Review*, vol. 20, 1991, 223–239.

<sup>15</sup> The Right to Adequate Housing (Article 11(1)), CESCR General Comment 4, 13 December 1991.

Комитет бави правом на адекватно становање и даје његово ближе тумачење ослањајући се на бројне међународне извештаје, документа и сопствена разматрања периодичних извештаја које подносе државе уговорнице. Тако Комитет истиче постојање неколико важних принципа: да се право на адекватно становање примењује на свако лице,<sup>16</sup> да право на становање не сме бити уско тумачено и да оно подразумева право да се живи у сигурности, миру и достојанству,<sup>17</sup> као и да право на становање мора да се обезбедити свима без обзира на примања и економско стање земље.<sup>18</sup> Комитет даље наглашава да адекватан смештај подразумева „адекватну приватност, адекватан простор, адекватну сигурност, адекватно осветљење и вентилацију, адекватну основну инфраструктуру и локацију за обављање радних активности и основних потреба – све у оквиру разумне цене.“<sup>19</sup>

Ово право даље је елаборирано у општем коментару број 7 који се бави управо принудним исељењима.<sup>20</sup> Посебно је указано на разлоге који чине проблематичним употребу израза „принудно исељење“, које се дефинише као „стално или привремено премештање противно вољи појединаца, породица и/или заједница, из домова или са земље на којој су настањени, без приступа одговарајућем облику правне или неке друге заштите“.<sup>21</sup> Комитет констатује да је принудно исељење веома распрострањено и присутно у свим земљама, од мање развијених до оних најразвијенијих, као и да доводи до кршења многих права, нарочито права на живот, права приватности, злостављања и права на безбедност личности. Посебно се указује на обавезу државе да обезбеди ово право употребом свих расположивих средстава (чл. 2, ст. 1), као и да заштити појединца од арбитарног и незаконитог ометања права на дом (чл. 17, ст. 1). Из наведених разлога, Комитет инсистира на успостављању стандарда који морају бити испуњени у сваком случају у којем долази до исељења лица. Те процесне гаранције огледају се у следећем:<sup>22</sup>

- (а) обављање искреног разговора са погођеним лицима;
- (б) адекватно и разумно обавештавање свих особа на које се мера односи пре датума одређеног за исељење;

<sup>16</sup> Исто, пар. 6.

<sup>17</sup> Исто, пар. 7.

<sup>18</sup> Исто.

<sup>19</sup> Исто.

<sup>20</sup> The Right to Adequate Housing (Article 11(1)): forced evictions, CESCR General Comment 7, 20 May 1997.

<sup>21</sup> Исто, пар. 3.

<sup>22</sup> Исто, пар. 15.



- (в) у разумном временском периоду свим погођеним лицима треба учинити доступним информације о принудном исељењу, и тамо где је то могуће, о алтернативној сврси за које ће се земљиште или станови користити;
- (г) владини званичници или њихови представници треба да буду присутни током исељавања, посебно када се оно тиче група људи;
- (д) све особе које спроводе исељење треба да буду прописно идентификоване;
- (ђ) исељење не сме да се одвија по нарочито лошем времену или током ноћи, осим уколико се особе које се исељавају не изјасне другачије;
- (е) правни лекови морају бити доступни; и
- (ж) мора се пружити адекватна правна помоћ пред судовима.

Комитет сматра да чак и када су наведени услови испуњени, у случају да лица остају без крова над главом држава треба да понуди алтернативни смештај, максимално користећи своја расположива средства.<sup>23</sup>

Како су неке групе због свог начина живота, али и због своје социјалне угрожености, посебно изложене мерама исељења – попут Рома, важно је поменути члан 2, став 2 Међународне конвенције за елиминацију расне дискриминације,<sup>24</sup> којом се државе обавезују да предузму, између осталог, у социјалној области „посебне и конкретне мере за одговарајуће обезбеђивање развоја или заштите извесних расних група или појединаца који припадају овим групама“ ради пуног остварења људских права.<sup>25</sup> Члан 5 ове конвенције обавезује државе да „забране и да укину расну дискриминацију у свим њеним облицима и да гарантују право свакоме на једнакост пред законом без разлике на расу, боју или национално или етничко порекло, нарочито у погледу уживања следећих права: ... е) економских, социјалних и културних права, нарочито: ... iii) права на стан“.

Право на стан посебно се гарантује женама на селу у другој специјализованој конвенцији за забрану дискриминације – Конвен-

<sup>23</sup> Исто, пар. 16.

<sup>24</sup> Конвенција је усвојена Резолуцијом 2106 (XX) Генералне скупштине УН од 21. децембра 1965. *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 6/67; *Службени лист СРЈ Међународни уговори*, бр. 4/01.

<sup>25</sup> Занимљив је пример Јужне Африке где је 1998. донет закон који регулише евикцију од незаконите окупације с циљем превазилажења неправди које су успостављене законима који су важили у време апартејда. Вид.: V. Svannie, Homelessness Somewhere to call Home, *Alternative Law Journal, Briefs*, vol. 34, no. 4, 2009, 270 271.

цији за елиминацију свих облика дискриминације жена.<sup>26</sup> Тако се у члану 14, став 2 указује на неопходност предузимања мера ради елиминисања дискриминације према женама које живе у руралним деловима, што подразумева и обезбеђење њиховог права на ... „(х) адекватне животне услове, посебно у погледу становања, хигијенских услова, електричне енергије и снабдевања водом, саобраћаја и веза.“

Такође, Конвенција о правима детета<sup>27</sup> не само да гарантује право детета да не буде изложено нападима на приватни живот (чл. 16), већ гарантује и „право сваког детета на животни стандард примерен физичком, менталном, духовном, моралном и друштвеном развоју детета“ (чл. 27, ст. 1). Поменуто право првенствено подразумева одговорност родитеља и других лица одговорних за дете да обезбеде животне услове потребне за његов развој (ст. 2), али ако они то не могу учинити, држава мора предузети одговарајуће мере, „у складу са националним условима и својим могућностима, ... за помоћ родитељима и другим лицима одговорним за дете, ради остваривања овог права и, у случају потребе, обезбеђују материјалну помоћ и програме потпоре, посебно у погледу исхране, одеће и становања“ (ст. 3).

Коначно, члан 28, ст. 1 Конвенције о правима особа са инвалидитетом,<sup>28</sup> гарантује „право особа са инвалидитетом на одговарајући животни стандард за њих и њихову породицу, укључујући одговарајућу исхрану, одећу и смештај, као и на стално побољшање услова живота“. Државе се посебно обавезују да предузму мере којима се обезбеђује да „особе са инвалидитетом имају приступ програмима социјалних станова“ (чл. 28, ст. 2, д)).

Дакле, иако се у овој области посебно наглашава значај Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, највећи број конвенција из области људских права донетих под окриљем УН садрже одредбе којима се ово право гарантује одређеним категоријама лица.

---

<sup>26</sup> Конвенција је усвојена Резолуцијом 34/180 Генералне скупштине УН на другој Светској конференцији о женама у Копенхагену 17. јула 1980, *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 11/81; *Службени лист СРЈ Међународни уговори*, бр. 4/01.

<sup>27</sup> Конвенција је усвојена 20. новембра 1989. Резолуцијом 44/25 Генералне скупштине УН. *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 15/90; *Службени лист СРЈ Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97.

<sup>28</sup> Генерална скупштина Уједињених нација је једногласно усвојила Конвенцију о правима особа са инвалидитетом 13. децембра 2006, *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 42/09.

## 2.2. Релевантна пракса УН комитета

Неколико УН комитета имало је до сада прилике да разматра случајеве који се тичу принудних исељења, међу којима се посебно истакао Комитет за људска права. Логично би било очекивати да је та улога на Комитету за економска, социјална и културна права, али је тек недавно ступио на снагу Опциони протокол уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима који је овом телу дао могућност да разматра појединачне представке.<sup>29</sup> Из тог разлога, један од најзначајнијих случајева из ове области разматран је управо пред Комитетом за људска права, у предмету *Наиденова и други против Бугарске* из 2012.<sup>30</sup>

Подносиоци представке су припадници ромске мањине који станују у ромском насељу Добри Јелиазков у Софији. Ово насеље постоји преко 70 година и изграђено је нелегално на општинском земљишту, али које је су власти неформално признале, будући да стамбени објекти имају струју и редне бројеве.<sup>31</sup> У јуну 2011, становницима је уручен протокол који уређује начин исељења и налаже обавезу становницима да у року од 7 дана уложе своје приговоре, иако они не одлажу исељење.<sup>32</sup> Исељење се односило на 10 домаћинстава, међу којима је било чак 15 деце, а никоме није понуђен алтернативни смештај, нити су одржане консултације.

Разматрајући чињенице овог случаја, Комитет за људска права је пронашао повреду права на поштовање дома које је гарантовано чланом 17 Пакта о грађанским и политичким правима јер су лица изгубила дом. Комитет је стао на становиште да се дом мора разумети као место где лице станује, макар то било неформално насеље<sup>33</sup> – у овом случају преко 70 година у континуитету и уз регистрацију стана – без обзира на чињеницу што су лица овде боравила илегално.<sup>34</sup> Важно је нагласити да је Комитет пронашао да код губитка дома, ометање овог права мора бити и законито и сразмерно. Другим ре-

<sup>29</sup> Опциони протокол је усвојен резолуцијом Генералне скупштине А/ RES/63/117 од 10 децембра 2008, а ступио је на снагу тек 5. маја 2013. Република Србија још увек није ратификовала овај Протокол.

<sup>30</sup> *Naidenova et al. v. Bulgaria*, CCPR/C/106/D/2073/2011, 30 October 2012.

<sup>31</sup> *Исто*, пар. 2.1.

<sup>32</sup> *Исто*, пар. 2.3.

<sup>33</sup> И Европски суд за људска права признаје неформално насеље за дом које је заштићено чланом 8. Европске конвенције о људским правима. Вид. *Yordanova and Others v. Bulgaria*, представка бр. 25446/06, пресуда од 24. априла 2012.

<sup>34</sup> *Исто*, пар. 14.2. Европски суд сматра да је дом „место, физички дефинисан простор, где се одвија приватни и породични живот“. Вид. *Moreno Gomez v. Spain, представка бр. 4143/02*, пресуда од 16. новембра 2004. Европски суд ће увек испитати да ли постоји довољна и трајна веза конкретног лица са одређеним

чима, ометање дома мора бити у складу са одредбама, циљевима и задацима постављеним у Пакту и мора бити разумно у сваком конкретном случају.<sup>35</sup>

Шта то значи у овом случају? Власти су у принципу имале право да раселе лица, али је неактивност власти дуги низ година несумњиво довела до стварања фактичких веза и живота у заједници.<sup>36</sup> Комитет је посебно узео у обзир да је једино оправдање за ову меру био незаконит боравак на општинском земљишту, без постојања разлога који би указивао на хитност мере пре него што се обезбеди алтернативни смештај лицима.<sup>37</sup> Одлука је донета искључиво применом домаћег закона, који не захтева примену принципа сразмерности приликом одлучивања. Узимајући ово у обзир, Комитет је пронашао да је држава у обавези да пружи делотворан правни лек подносиоцима представке, а посебно да се уздржи од присилног исељења док год не обезбеди задовољавајући алтернативни смештај.<sup>38</sup> Значајно, Комитет је пронашао да је држава у обавези и да се уздржи од сличних повреда у будућности.

Често органи јавне власти доносе одлуке о принудном исељењу Рома услед притиска јавности. Тако је у *Л. Р. и други против Словачке*,<sup>39</sup> који је разматран пред Комитетом за елиминацију расне дискриминације, локално веће општине Добшина одобрило план изградње социјалних станова у циљу побољшања услова становања ромске популације у овој општини.<sup>40</sup> Одлука је донета због веома неповољног живота Ромске популације у овој општини, где око 1.800 Рома живи у картон насељима, без струје, воде и санитарија. Убрзо након ове одлуке, једна од локалних странака изразила је протест и

---

местом, водећи рачуна и о времену проведеном на том месту. Вид *Gillow v. United Kingdom*, представка бр. 9063/80, пресуда од 24. новембра 1986.

<sup>35</sup> *Исто*, пар. 14.3. Вид. и General Comment no. 16 on Article 17 (The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 8 April 1988.

<sup>36</sup> *Исто*, пар. 3.4. Тиме је Комитет потврдио да су власти деловале законито, али су се подносиоци представке изричито позвали на члан 11 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима и на право на адекватно становање, које треба тумачити тако да принудно исељење и губитак крова над главом значи да је мера незаконита.

<sup>37</sup> И Европски суд за људска права инсистира на томе да власти треба да се ангажују како би пронашле одговарајући алтернативни смештај, посебно за угрожене друштвене групе. Ове мере могу да буду и помоћ у процесу пријављивања на листу људи који испуњавају услове за социјално становање. Вид. *Budina v. Russia*, представка бр. 45603/05, одлука од 18. јуна 2009; *Yordanova and Others v. Bulgaria*, пар. 132.

<sup>38</sup> *Исто*, пар. 14.7.

<sup>39</sup> *LR et al. v. Slovakia*, CERD/C/66/D/31/2003, 7 March 2005.

<sup>40</sup> *Исто*, пар. 2.1.

покренула петицију следеће садржине: „Не слажем се са изградњом социјалних станова на територији општине Добшина за људе циганског порекла, будући да ће то водити порасту броја неприлагођених грађана циганског порекла из оближњих села, чак и из других области и региона.“<sup>41</sup> Ову петицију потписало је 2.700 становника, а на основу ње веће је једногласно укинуло план позивајући се експлицитно на петицију. Разматрајући чињенице овог случаја, Комитет је пронашао да су општинске власти поступале имајући у виду етничку припадност подносилаца представке. Посебно је истакнуто да у комплексним савременим друштвима право на становање подразумева усвајање низа управних и политичких мера ради остварења овог права, које је у овом случају заустављено због притиска грађана.<sup>42</sup> Тако је Комитет пронашао да је држава прекршила своју обавезу да гарантује свим грађанима једнакост пред законом приликом уживања права на становање. Коначно, држава је, радњама својих судова, прекршила обавезу да обезбеди право својим грађанима на делотворан правни лек.<sup>43</sup>

Противљење грађана често условљава власти да буду неактивне и да се уздрже од доношења и спровођења мера којима би побољшали положај појединих група, најчешће Рома. У једном сличном случају, *Георгопулос и други против Грчке* из 2008,<sup>44</sup> Комитет за људска права разматрао је случај принудног исељења ромске породице са седморо деце. Чланови породице су живели у ромском насељу Риганокампосу у општини Патраса. У насељу нису имали струју и канализацију, а тек мала количина пијаће воде им је била доступна. Након посете овом насељу у јануару 2004, саветник премијера за квалитет живота изјавио је да је ово најгоре од 75 неформалних насеља у Грчкој и „увреда за нашу људскост“.<sup>45</sup> Сваки покушај да се поправе услови живота у овом насељу или разместе Роми пропао је услед противљења грчког становништва у чији крај је требало да се доселе. Породица је у почетку успешно добила судски налог као заштиту од мере исељења, али је општина у августу 2006. ипак уништила њихову кућу док су привремено били на другој локацији због

<sup>41</sup> *Исто*, пар. 2.2.

<sup>42</sup> *Исто*, пар. 10.6.

<sup>43</sup> *Исто*, пар. 12. Занимљиво је истаћи да се држава позвала на случај *Ласко и други против Републике Словачке* пред Европским судом за људска права, где је ово тело пронашло да члан 13 Европске конвенције не подразумева обезбеђење правног лека које је успешно, већ просто обезбеђење правног лека пред властима које су компетентне да мериторно испитају тужбу. Вид. *Lacko et al. v. Slovak Republic*, пред ставка бр. 47237, одлука од 2. јула 2002.

<sup>44</sup> *Antonios Georgopoulos et al. v. Greece*, CCPR/C/99/D/1799/2008, 14 September 2010.

<sup>45</sup> *Исто*, пар. 2.1.

обављања сезонских послова. По повратку у насеље, одмах су се жалили општини, где им је речено да треба да нађу стан за изнајмљивање који ће општина дотирати. Том приликом им је надокнађено 200 евра за уништен дом и враћено нешто од приватних ствари.<sup>46</sup> Док су тражили стан, живели су код рођака у Риганокампосу, једном од троје Рома којима није уништен дом, а када су покушали да обнове кућу у септембру 2006. полицијска патрола им је припретила да ће их ухапсити и поново уништити њихову имовину.<sup>47</sup> Убрзо након овог догађаја Томас Хамарберг (*Thomas Hammarberg*), Комесар за људска права Савета Европе, посетио је ово насеље, након чега је упутио допис министру унутрашњих послова Грчке у којем је нагласио да је антиромско понашање локалног већинског становништва и пропуст власти да сузбију и осуде такво понашање озбиљно угрозило друштвену интеграцију Рома.<sup>48</sup>

Комитет је пронашао да је Грчка прекршила право на приватност и права мањина, посебно обезбеђење права да живе на начин који је својствен њиховој групи,<sup>49</sup> а није пружила ни довољно обезбеђења за обештећење због ових кршења.<sup>50</sup> Комитет је посебно узео у обзир кашњење државе у спровођењу истраге о наводима чланова породице, постојању материјалних доказа о незаконитости иселења и одсуству правног лека за решавање незаконитости. Комитет је поновио да незаконито иселење и уништење нечије својине оставља значајне последице на породични живот тих особа и представља мешање у право на поштовање породичног живота.

Дакле, највећи број случајева о којима су одлучивали комитети УН односи се на дискриминаторни третман којем су изложени Роми који живе у неформалним насељима. Власти су дуги низ година толерисале ова насеља, а потом су одлучила да раселе лица без поштовања стандарда установљених у општем коментару број 7 који уводи низ гаранција од самовоље и непоштовања достојанства лица у питању. То је констатовано у овим одлукама, а од држава тражено да те стандарде испуне и да се уздрже од сличних повреда у будућности.

<sup>46</sup> Исто, пар. 2.2.

<sup>47</sup> Исто, пар. 2.3.

<sup>48</sup> Исто, пар. 2.4.

<sup>49</sup> И Европски суд за људска права сматра да иселење породица која живе у караванима постављеним на земљишту које припада држави, а која не узимају у обзир посебне потребе и животни стил овог становништва и не разматрају основна процесна правила приликом иселења (давање обавештења пре иселења, остављање рока, итд.) представљају повреду процесног дела члана 8 Европске конвенције о људским правима којим се гарантује право на поштовање приватног и породичног живота). Вид. *Connors v. the UK*, представка бр. 66746/01, пресуда од 27. маја 2004.

<sup>50</sup> *Antonios Georgopoulos et al.*, пар. 7.3.

### 3. ПРИНУДНА ИСЕЉЕЊА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

У Републици Србији, посебно на територији града Београда, спроведено је последњих година више принудних исељења, углавном неформалних ромских насеља.<sup>51</sup> Према неким подацима, у Србији постоје 593 ромска насеља од којих чак 72% нису легализована.<sup>52</sup> Веома је важан податак да чак 17% Рома који живе у неформалним насељима јесу интерно расељена лица са Косова и Роми који су враћени по споразуму о реадмисији.<sup>53</sup> У извештају Комесара Савета Европе за људска права, господина Томаса Хамарберга, изражава се забринутост због повећаног броја принудних исељења Рома у Београду у којима власти нису поштовале законске гаранције и у којима није обезбеђено право на правни лек ради оспоравања одлуке о принудном исељењу. У овим случајевима, долазило је до физичких напада државних службеника на Роме, као и до уништења њихове личне имовине без икакве компензације.<sup>54</sup> Као и у случајевима пред комитетима, уочено је да постоји веома негативно јавно мњење уперено против релокације Рома које доводи до насиља од стране локалног становништва. У извештају се, такође, истиче да већина Рома живи у Србији у врло лошим стамбеним условима попут: пренатрпаних насеља, малог броја расположивих стамбених јединица, нерешених имовинских питања, незаконите градње и слабог приступа инфраструктури.

У јавности је добро познат случај расељавања ромских породица у Блоку 72 на Новом Београду ради изградње стамбено пословног објекта. У овом случају, исељење је обухватило 33 ромских породица у којој је живело 159 лица (од чега 10 трудница и

<sup>51</sup> Према неким подацима, само од 2009. до 2012. спроведено је око 18 великих принудних исељења неформалних ромских насеља, које је обухватило око 2600 лица. Од 780 ромских насеља у Србији 40 одсто је неформалних, А. Латас, Точак, 19. октобар 2012, доступно на [http://tocak.org/tema/od\\_780\\_romskih\\_naselja\\_u\\_srbiji\\_40\\_odsto\\_je\\_neformalnih](http://tocak.org/tema/od_780_romskih_naselja_u_srbiji_40_odsto_je_neformalnih), 09.06.2013; Вид. и Amnesty International, „Дом је више од крова над главом, Ромима је ускраћено право на одговарајући смештај у Србији“, EUR 70/001/2011, април 2011; PRAXIS, Анализа главних препрека и проблема у приступу Рома праву на адекватно становање, Београд, мај 2013.

<sup>52</sup> Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2012. годину, Београд, март 2013, 49.

<sup>53</sup> Извештај Томаса Хамарберга, Комесара Света Европе за људска права, на кон посету Србији од 12. до 15. јуна 2011, CommDH(2011)29, Стразбур, 22. септембар 2011; пар. 106. Вид. и Други извештај о Републици Србији, Европска комисија против расизма и нетолеранције, CRI(2011)21, Савет Европе, Стразбур, 31. мај 2011.

<sup>54</sup> Исто, пар. 102. Вид. и *Besim Osmani v. Serbia*, CAT/C/42/D/261/2005, 25 Мају 2009, где је Комитет против тортуре разматрао случај принудног исељења против Републике Србије.

око 80 деце), махом расељених лица са Косова.<sup>55</sup> Након спроведеног истраживања утврђено је да је 19% становника правно невидљиво, да 87% не остварује права из социјалне заштите иако су сиромашни, а да чак 29% лица не остварује права из здравствене заштите.<sup>56</sup> У сваком од ових случајева управни органи поступали су на истоветан начин. Због ограниченог обима овог рада на једном примеру биће илустровано поступање органа противно постојећем законском оквиру и релевантним универзалним стандардима у области принудног иселења.

У случају В. Г. са Новог Београда, Грађевински инспектор Одељења за инспекцијске послове градске општине Нови Београд, донео је решење о уклањању изграђеног мањег стамбеног објекта у улици Ивана Рибара бб у блоку 72,<sup>57</sup> а на основу члана 176, став 1, тачка 1 Закона о планирању и изградњи.<sup>58</sup> Овај члан предвиђа да у вршењу инспекцијског надзора, грађевински инспектор има овлашћење да решењем нареди уклањање објекта или његовог дела, ако се објекат гради или је његово грађење завршено без грађевинске дозволе. Наређено је да се објекат уклони о трошку странке у року од једног дана од пријема решења. Другим речима, није остварен никакав дијалог, односно консултације са породицама које су погођене овом мером, а њима је остављен само један дан за иселење.<sup>59</sup> Тек два дана након уручења решења о рушењу одржан је први састанак будуће радне групе са задатком проналажења адекватног алтернативног смештаја за становнике овог насеља, а на предлог Заштитника грађана. Први консултативан састанак са становницима одржан је 24. и 25. новембра 2011, након чега је одржано још осам састанака, али ни о једном од предложених решења државни органи нису одлучивали.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> PRAXIS, Исељење неформалног насеља у Блоку 72, Нови Београд, Београд, мај 2012, 2.

<sup>56</sup> Исто.

<sup>57</sup> Број: III 356 498/11, 8. новембар 2011. Вид. и решење V 02 број: 355 660/10 од 5. маја 2010. Одељења за комуналну инспекцију градске општине Чукарица којим се налаже уклањање баракe са јавне површине. У овом случају остављен је рок од 15 дана за уклањање објекта.

<sup>58</sup> *Службени гласник Републике Србије*, бр. 72/09.

<sup>59</sup> У случају расељавања Рома из неформалног насеља поред „Белвила“ Управа града Београд одржала је пет састанака са становницима насеља на којима их је обавестила о најважнијим чињеницама у вези са расељењем. Вид. Заштитник грађана, Извештај са препорукама о расељавању неформалног ромског насеља по ред „Белвила“, Београд, 23. јул 2012.

<sup>60</sup> Предложено је да се отпочне са програмом трајне интеграције интерно расељених лица или да им се помогне да сами изграде куће у околини Београда, на локацији која би им била уступљена на коришћење. PRAXIS, Исељење, 4.



На ово решење изјављена је жалба Секретаријату за имовинско правне послове и грађевинску инспекцију града Београда 22. новембра 2011.<sup>61</sup> У жалби се оспорава законитост решења и наводи да В. Г. у овом објекту живи годинама са трудном супругом и двоје малолетне деце и да је објекат сам изградио након принудног исељења са Косова. В. Г. се позвао на релевантне уставне одредбе, али и на члан 11 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, као и на опште коментаре број 4 и број 7 којима се дефинише принудно исељење и процедуралне мере које у том случају морају бити испуњене. Како је у питању неформално ромско насеље, чији су становници посебно погођени овом мером, В. Г. је указао и на кршење члана 6, став 1 и 3 Закона о општем управном поступку, којим је наложено државним органима да у решавању у управним стварима примењују најповољније могуће мере по странке и да буду рационални у употреби примењених мера. И поред наведених аргумената, Секретаријат је потврдио првостепено решење без икаквог осврта на наводе из жалбе.<sup>62</sup>

Након ове одлуке, В. Г. је поднео тужбу Управном суду, где се, између осталог, позвао и на препоруку Заштитника грађана Републике Србије у којој се каже да органи управе морају предузети потребне и посебне мере како би се обезбедио одговарајући привремени или трајни смештај грађанима који се принудно исељавају. Посебно је истакнуто да је објекат срушен у лошим временским условима и да је након ове мере на улици остала петочлана породица са троје малолетне деце, од којих једна беба старости месец дана. Управни суд је 13. септембра 2012. донео кратку пресуду којом се тужба одбија.<sup>63</sup> У овој одлуци, Управни суд се искључиво осврнуо на члан 176, став 1, тачка 1 Закона о планирању и изградњи и утврдио да је тужени орган поступао у складу са законом. Суд је само навео да је узео у обзир и наведене међународне изворе из жалбе, али да они нису од утицаја на другачију одлуку јер Закон о планирању и изградњи не прописује обавезу органа да понуди алтернативни смештај у случају уклањања бесправно подигнутог објекта.

Истоветно решење донето је и против осталих ромских породица. Исељење је одложено 19. децембра 2011. због лоших временских услова, што је у складу са међународним стандардима. Такође, исељење је спроведено у три фазе, 7, 16. и 23. марта 2012. без инцидената, без употребе силе и уз присуство представника градских комуналних, здравствених и социјалних служби, чланова поменуте

<sup>61</sup> Жалба бр. 80928/85877, од 22. новембра 2011.

<sup>62</sup> Решење бр: 356 1064/2011, под XXI 05 од 11. јануара 2012.

<sup>63</sup> Управни суд, пресуда бр. 13 У 4164/12, од 13. септембра 2012.

радне групе и представника цивилног сектора.<sup>64</sup> Међутим, алтернативни смештај обезбеђен је само за Роме који су имали пријављено пребивалиште у Београду, и то у малим контејнерима који су смештени на саму периферију града и где је највећи број њих остављен без електричне енергије, инфраструктуре и социјалне заштите.<sup>65</sup> У уговору о коришћењу ових контејнера који је закључен између Градске управе Београда и породица стоји, између осталог, да Секретаријат може једнострано да раскине уговор уколико лице не „усвоји правила лепог понашања према представницима Секретаријата и других надлежних институција“ (чл. 11).<sup>66</sup> Поводом ове одредбе уговора, Повереник за заштиту равноправности, поступајући по притужби за дискриминацију, пронашао је да овај критеријум није јасан и да се може произвољно тумачити, „посебно ако се има у виду чињеница да према Ромима постоји велика социјална дистанца и да је веома лако одређена понашања окарактерисати негативно (као она која одступају од „правила лепог понашања“), без дубљег разумевања културолошких разлика међу људима и начина усвајања друштвених конструкта, као што је „лепо понашање“, које се разликује од заједнице до заједнице и условљено је низом субјективних и објективних околности.“<sup>67</sup> С друге стране, Роми расељени са Косова нису стамбено збринути, већ су се махом преселили у друга неформална насеља.

Поводом овог случаја, Заштитник грађана је утврдио да су државни органи започели принудно расељавање Рома супротно стратешким документима Републике Србије и кршењем људских права.<sup>68</sup> Заштитник грађана је пронашао да је овакво поступање супротно и међународним стандардима, посебно Основним принципима и смерницама исељавања и расељавања заснованог на развоју који је израдио Специјални извештач УН за адекватно становање.<sup>69</sup> Важно је и да је Заштитник грађана препоручио тадашњем Министарству животне средине, рударства и просторног планирања да измени и

<sup>64</sup> PRAXIS, Исељење, 5.

<sup>65</sup> Исто, 6.

<sup>66</sup> Исто, 7.

<sup>67</sup> Повереник за заштиту равноправности, Притужба организације П. против Управе града Београда због дискриминације на основу националне припадности у области становања, Мишљење бр. 214/2012, 16. октобар 2012, 3.17.

<sup>68</sup> Заштитник грађана, 16 3028/11, дел. бр. 24882, од 5. децембра 2011. Заштитник грађана је овим поводом утврдио одговорност Града Београда, Градске општине Нови Београд, Министарства животне средине, рударства и просторног планирања, Министарства за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу, као и Комесаријата за избеглице.

<sup>69</sup> Више о овим принципима видети у *Basic Principles and Guidelines on Development Based Evictions and Displacement*, A/HRC/4/18, 2007.

допуни стамбене и друге сродне законе ради њиховог усклађивања са Пактом о економским, социјалним и културним правима, што до данас није учињено на задовољавајући начин.

#### 4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Након изложених универзалних стандарда у области права на становање, посебно принудног иселења, може се закључити да државним органима није довољно јасно какав је статус међународног права у унутрашњем правном поретку и које обавезе конкретно проистичу за све државне органе када одлучују о овим предметима. У том смислу, члан 16, став 2 Устава недвосмислено указује да ратификовани уговори и међународно обичајно право представљају саставни део унутрашњег правног поретка и да се непосредно примењују. Другим речима, у случају „ћутања закона“ или његове супротности са међународном нормом, државни орган треба директно да се позове на релевантну међународну норму и да је примени. Даље, члан 194 Устава предвиђа да закони и други општи акти не смеју бити у супротности са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. Другим речима, закон није изнад ових норми и органи то морају уважити када примењују неку норму, нарочито из области људских права.

Када се ради о принудном иселењу, потребно је да државни органи познају чланове конвенција, опште коментаре којима се они ближе тумаче, али и праксу уговорних тела која успостављају стандарде у овој области. На то обавезује члан 18, став 3 Устава који каже 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.“

На основу изложене релевантне праксе може се закључити да УН комитети успостављају следеће опште принципе у области принудних иселења: држава има обавезу да обезбеди ефикасан и брз поступак у којем се одлучује о праву на становање; код принудног иселења није важно само да ли је оно засновано на законитом основу, већ мора бити сразмерно у сваком конкретном случају, што се утврђује испитивањем испуњености одређених процесних гаранција; и принудно иселење или одузимање станарског права увек је несразмерно ако се не узме у обзир положај рањиве друштвене групе, нарочито Рома. С друге стране, у сваком конкретном случају морају бити испуњене процесне гаранције које се огледају у следећем: пружању прилике за искрене консултације са лицима која треба да се иселе;

благовременом обавештењу о исељењу; обавештењу о мерама које ће бити предузете; у случају дугогодишњег толерисања неформалног насеља треба да постоји алтернативна намена за коју ће се земљиште користити; током исељења треба да буду присутни државни званичници или њихови представници; принудна исељења не смеју се вршити по лошим временским условима и ноћу; и мора с обезбедити адекватан правни лек и правна помоћ лицима која су обухваћена овом мером.

Тако и Управни суд не може ценити само да ли у конкретном случају постоји законитост поступања управних органа, већ мора ценити и да ли је задовољен критеријум сразмерности. А он ће постојати онда када су испуњени горе наведени услови. Посебно се мора узети у обзир рањивост ромске популације која је најчешће изложена принудним исељењима. У великом броју случајева у питању су расељена лица са Косова, која због свог статуса имају право на посебно збрињавање и обезбеђење алтернативног смештаја или накнаду штете за изгубљени дом.

Иако је разумљиво да локални развојни планови понекад траже да се лица иселе из неформалних насеља, такве мере морају се брижљиво планирати и спроводити уз поштовање људског достојанства и људских права. То захтева адекватно и благовремено обавештење о планираним мерама, консултације, право на употребу правних лекова, компензацију за уништenu имовину и обезбеђење алтернативног смештаја кад год је то могуће. Коначно, када се обезбеди алтернативни смештај, он мора задовољити међународне стандарде у области становања, како у погледу карактеристика самог смештаја и његове локације, тако и у погледу третмана корисника који не сме бити понижавајући и дискриминаторан.

Јасно је да није сва одговорност на локалним властима и да у случају оваквих исељења мора да постоји акциони план и сарадња локалних и државних институција, који треба да мапирају неформална ромска насеља у Србији, да идентификују лица обухваћена мером исељења, да брижљиво планирају свако принудно исељење и интеграцију ових лица. Евидентно је и да у Републици Србији треба ускладити правни оквир са међународним стандардима у области права на адекватно становање и принудних исељења. Међутим, док се то не учини, државни органи су у обавези да директно примене међународне норме у овој области, као што имају обавезу и да оцене поступање у случају принудног исељења кроз анализу законитости и пропорционалности предузетих мера.

Dr. Ivana Krstić

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## FORCED EVICTION – UNIVERSAL INTERNATIONAL STANDARDS

### *Summary*

This paper explores universal international standards in the area of forced eviction. The author presents the UN instruments that guarantee the right to housing, and the relevant practice of the UN committees. According to this practice, the authority which decides on the eviction must assess whether, in any particular case, the principle of legality and the principle of proportionality are met. While the legality means compliance with the law, proportionality implies respect for a number of procedural requirements, which are reflected in the timely notification of planned measures, holding of consultations with the population affected by the measure, the safeguard of an adequate legal remedy, compensation for damaged property and the provision of alternative accommodation. Also, the most vulnerable groups in society deserve a special care, meaning a careful planning and respect for their human rights.

The author concludes that the practice of forced evictions from informal settlements in Serbia is not in accordance with international standards. The main reason is the lack of understanding of very specific situation of Roma, who are mostly internally displaced persons from Kosovo and Metohija, meaning that the State is responsible for providing an adequate housing for them. The author finds that it may be, also, due to the ignorance of the relevant international law, as well as the reluctance of the authority to directly invoke international standards in the absence of an adequate legal framework regulating the eviction.

Key words: *The right to housing. – Forced eviction. – UN committees. – Legality. – Proportionality.*

Др Татјана Јевремовић Петровић\*

## ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ПРЕКОГРАНИЧНЕ КОНВЕРЗИЈЕ

*Овај рад дефинише прекограничне конверзије као промену регистрова ног (и стварног) седишта уз промену меродавног права којим се уређују ста тусна питања друштва. Прави се разлика између појмова конверзије и промене седишта друштва и других прекограничних поступака. Нарочита пажња је посвећена утврђивању да ли је термин конверзија, којим се у националном пра ву означава промена правне форме друштва, прикладан за овај прекогранични поступак.*

*Његово најзначајније обележје представља правни континуитет, те исто друштво наставља да постоји у одговарајућој форми националног пра ва након успешне прекограничне конверзије. С обзиром на то да иста правна природа лежи у основи прекограничних и националних конверзија у већини ев ропских права, оправдано је прихватити да се ради о блиским институтима. У одсуству посебних правила, на поступак прекограничне конверзије могуће је применити национална правила о конверзијама.*

Кључне речи: *Конверзија друштва. Промена седишта. Меродавно право за друштво. Правни континуитет. Правни идентитет. Уни верзална сукцесија.*

Недавно је Европски суд донео занимљиву одлуку о при мени права настањивања на специфичан случај прекограничног кретања, који је у пракси и теорији био назван случајем прекогра ничне конверзије, односно реинкорпорације.<sup>1</sup> Након тога, сматра се да у већини случајева земље чланице ЕУ морају да дозволе овај поступак.<sup>2</sup> Термин прекограничне конверзије брзо је ушао у ширу

---

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, [tatjana.jp@ius.bg.ac.rs](mailto:tatjana.jp@ius.bg.ac.rs).

<sup>1</sup> Вид. случај *Vale* (C 378/10). Сви документи ЕУ доступни на адреси: <http://europa.eu>, 18.8.2013.

<sup>2</sup> И даље постоје случајеви, иако ретки, када промена седишта не мора да буде дозвољена. О овом случају и праву на настањивање вид: Татјана Јевремовић Петровић, „Одлука Европског суда у случају *VALE*“, *Усклађивање пословног права*

употребу, што је био повод да се у раду расправи пре свега његов појам, специфичности овог поступка, разлике у односу на поступак промене седишта, а затим и разлози термилошких промена, као и да ли је прикладно поредити и поистоветити поступак прекограничне са националном конверзијом привредног друштва, уз дефинисање његове правне природе и одређивање правила која је могуће на њега применити.

## 1. ПОЈАМ ПРЕКОГРАНИЧНИХ КОНВЕРЗИЈА

Уговор о оснивању ЕЗ дефинисао је пар спорних питања у вези одређивања и промене меродавног права за статусна питања друштва о којима би земље чланице требало да донесу одговарајућа правила, јер се у старијој теорији и пракси сматрало да она спадају у надлежност националног права.<sup>3</sup> Осим тога, сматрало се да једном основано друштво не може да промени своју „националност“, нити меродавно право, без обзира на критеријум за његово утврђивање.<sup>4</sup> Иако у оквиру ЕУ никада нису усвојене предвиђене конвенције, а члан који их је предвиђао је укинут, теорија је остала заинтересована за наведене проблеме, и они су углавном временом решени.<sup>5</sup> Једини проблем који је и данас делимично споран односи се на, како га је овај документ дефинисао, проблем *очувања правне личности друштва* у случају *промене седишта* из једне земље у другу.

Уговор о оснивању ЕЗ помињао је *промену седишта из једне земље у другу*. Термин „промена седишта“ углавном се и даље користи у званичним документима институција ЕУ као специфичан облик прекограничног кретања, и означава прелазак друштва из једне земље у другу променом седишта. Ипак, термин промене, па ни самог седишта није довољно прецизан, и нема увек исто значење у националним правима. Друга карактеристика промене седишта указује на његову последицу. Ради се о *очувању правног субјективитета*, дакле чињеници да и поред преноса седишта друштво и даље наставља да постоји. Поред могућности *правног континуитета* користи се и термин *правни идентитет*.

*Србије са правом Европске Уније (2013)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 31.

<sup>3</sup> Чл. (220) 293 Уговора о оснивању ЕЗ, изостављен из Уговора о функционисању ЕУ. Вид. Marek Szydło, „The Right of Companies to Cross Border Conversion under the TFEU Rules on Freedom of Establishment“, *European Company and Financial Law Review* 3/2010, 430.

<sup>4</sup> Вид. V. Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant, Bruxelles 1995, 383.

<sup>5</sup> Вид. нпр. тумачење права настањивања у случају *Überseering* (C 208/00), као и Директиву 2005/56/ЕС о прекограничним спајањима.

Одлучујуће у појави и ширењу термина прекограничне конверзије биле су одлуке Европског суда у случају *Vale* (брисање италијанског друштва у регистру и захтев за регистрацију у Мађарској), и *Cartesio* (прекогранична промена стварног седишта друштва уз задржавање меродавног права).<sup>6</sup> Истакнуто је да се у тим случајевима не ради само о прекограничној промени седишта, већ о много ширем (и мање дефинисаном) концепту „прекограничне конверзије“ друштва.<sup>7</sup> Ипак, није тачно да се ради о „мање дефинисаном концепту“. Наиме, у случају прекограничне конверзије друштво које је било регулисано једним правом престаје да буде њиме регулисано и прелази у другу земљу, под чије право се подводи и даље бива регулисано. Промена седишта, без назнаке о ком седишту се ради, много је више неодређен појам.<sup>8</sup> Стога ова два проблема – одређивање појма и промене седишта и меродавног права представљају претходна питања у одређивању појма прекограничне конверзије.

### 1.1. Седиште друштва

*Седиште* је појам који има различита значења. То је место где је друштво регистровано (регистровано седиште) или основано (што не мора да буде исто када се оснивање не везује за регистрацију – седиште инкорпорације или оснивања), место наведено у оснивачким актима (статутарно седиште), место у коме се налази управа и где се доносе најзначајније одлуке (стварно седиште), место где друштво обавља већину својих делатности (седиште центра активности), седиште контроле. Могуће је да наведена седишта не буду у истом месту, и то или од оснивања (на пример, друштво је регистровано у једном месту, а обавља све активности на неком другом), или током трајања друштва, када постоји промена седишта. Стога и промена седишта може да има различите конотације, и, још значајније, врло различите последице. Не само да се различити појмови седишта врло често користе као критеријуми за одређивање меродавног права које регулише статусна питања друштва, већ су могуће различите последице и када се примењује исти критеријум, зависно од сваког националног права. Додатне тешкоће и несигурност у погледу постојања друштва и меродавног права постоје и услед примене института упућивања.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Случај *Cartesio* (C 210/06), пар. 112 Пресуде.

<sup>7</sup> D. Gergely Szabo, Karsten Engsig Sørensen, „Cross border conversion of companies in the EU: the impact of the VALE judgement“, LSN Research Paper Series, *Nordic & European Company Law*, No. 10 33, <http://ssrn.com/abstract=2198364>, 24.6.2013, 5.

<sup>8</sup> Исто: Federico Mucciarelli, *Seat's transfer and State of Origin Imposed Limits to Companies' Mobility*, 2006, <http://ssrn.com/abstract=982238>, 18.8.2013, 3.

<sup>9</sup> Вид. *Ibid.*, 10 и даље; Eddy Wymeersch, „The Transfer of the company's seat in European Company Law“, *Common Market Law Review* vol. 40, 2003, 668.



### 1.1.1. Критеријуми за одређивање меродавног права за статусна питања друштва

Према критеријумима за одређивање меродавног права за статусна питања друштва (попут оснивања, организације, функционисања, унутрашње одговорности, права и обавеза чланова, али и услова и начина престанка друштва) све земље се по правилу деле на две групе: оне које примењују критеријум стварног седишта и оне које примењују критеријум инкорпорације. Примена критеријума седишта указује да би друштво требало да уреди право оне државе у којој се друштво, односно његова управа налази, односно где се доносе најважније одлуке. Примена критеријума инкорпорације (регистрације, оснивања) води рачуна о месту где је друштво регистровано, односно основано. Ова подела је врло релативна и поједностављена, узимајући у обзир специфичности националних права. Осим тога, данас је у многим аспектима превазиђена.

Пре свега, све земље предвиђају регистрацију као обавезни формални елемент за настанак (макар најважнијих форми) друштва. Регистрација је наглашена као основ за транспарентност и доступност основних података о друштвима. Стога и земље које примењују критеријум седишта у одређивању меродавног права осим седишта захтевају и оснивање и регистровање друштва у домаћој земљи. Због тога посебан значај у сваком праву, без обзира на критеријум за меродавно право, представља место у коме се налази *регистровано седиште* друштва.

У савременим условима значајнија је подела националних права на она која захтевају да се стварно седиште налази у њиховој земљи, и она које то не захтевају. Она права која *стварно седиште* друштва користе као тачку везивања у примени свог материјалног компанијског права првенствено то чине ради спречавања злоупотребе права оснивањем про форма страних или домаћих друштава. Земље које не захтевају да се на њеној територији налази и стварно седиште ради примене свог компанијског права често користе тај критеријум за одређивање меродавног пореског или стечајног права.

### 1.1.2. Значај седишта друштва

Ипак, временом је значај стварног седишта друштва све мањи, нарочито након одлука Европског суда, који је у више наврата говорио о питањима од утицаја на његову примену супротну праву на настањивање, дефинисаним Уговором о функционисању ЕУ.<sup>10</sup> Због

<sup>10</sup> Тако се не може применити у односу на питање признања ваљано основаног страног друштва, пар. 62 и 76 Пресуде у случају *Überseering*, или као критеријум којим се захтева обавезна ликвидација друштва у случају преласка друштва у другу земљу чланицу *која то допушта*, пар. 112 Пресуде у случају *Cartesio*.

наведених околности, функција седишта (уопште, а нарочито стварног седишта) коју је оно имало у националним правима битно је ограничена. Овај критеријум се релативизује и у односу на друга питања, попут одређивања надлежности, места закључења и извршења уговора и слично, те се, на пример, трећим савесним лицима даје право позивања на статутарно или седиште у коме је друштво регистровано, или се значај придаје неком другом месту.<sup>11</sup> Пошто седиште више нема ранији значај, то се и поступак о коме расправљамо у овом раду више не везује за седиште, већ за околност да друштво прелази из једног права у друго, испуњавајући, при том, услове које национално право земаља порекла и пријема за то предвиђају. То је, редовно, промена регистрованог седишта, али, често и (кумулятивно) промена стварног седишта – места у коме друштво „стварно“ обавља своје активности, дефинисано кроз центар доношења пословних одлука друштва.<sup>12</sup>

Пошто је раније промена седишта чешће доводила до промене меродавног права, јер су захтеви великог броја земаља за налажењем стварног седишта на њиховој територији били уобичајени, то је и употреба термина промене седишта била присутнија. Често је предлагано да се применом националних правила о конверзији омогући промена седишта.<sup>13</sup> Пошто седиште има све мањи значај, а све већи оснивање и регистравање, то и термин конверзија све више улази у употребу. Такође, истовремено се све више поступак прекограничне конверзије поистовећује са појмом националне конверзије.

## 1.2. Термин „прекогранична конверзија“

Прекогранична конверзија лаички речено значи да друштво које је до тада постојало у оквиру једног права прелази у другу земљу и тамо наставља да послује. Оно се „сели“, и у другој земљи наставља да функционише. Мотиви који подстичу доношење пословне одлуке да друштво „оде“ у другу земљу су бројни: економски (потреба за избором повољнијег амбијента за пословање),<sup>14</sup> стратешки, разлози који су у вези с општом правном климом, пореском или инвестицио-

<sup>11</sup> Вид. чл. 19 Закона о привредним друштвима ЗОПД, *Службени гласник РС*, 36/11, 99/2011. Слично и чл. 1837 француског Грађанског законика (*Code de commerce*).

<sup>12</sup> Вид. дефиницију седишта у домаћем праву у чл. 19 ЗОПД као комбинацију стварног и статутарног седишта.

<sup>13</sup> B. Grossfeld, D. Jasper, „Identitätswahrende Sitzverlegung und Fusion von Kapitalgesellschaften in die Bundesrepublik Deutschland“, *RabelsZ* vol. 53, 1989, 60.

<sup>14</sup> Вид. F. Mucciarelli, „Freedom of Reincorporation and the Scope of Corporate Law in the U.S. and the E.U.“, *Law & Economics research paper series*, Working paper No. 11 07, New York University School of Law, March 2011, <http://ssrn.com/abstract/1783607>, 15.8.2013, 51.

ном регулативом, избор или промена међународне надлежности ради повољнијег окружења.<sup>15</sup> Ти разлози могу да се односе и на компанијско право (предвиђање појединих класа акција, одређене структуре органа друштва и минималног броја чланова, разлози везани за минимум капитала, представљеност радника у органима друштва, положај акционара и чланова и њихова заштита и слично). У том случају је избор права које ће уређивати друштво пресудан за оснивање друштва у неком националном праву, или је разлог за његову накнадну промену. У теорији је овај феномен избора најповољнијег правног режима познат и као тзв. регулаторна арбитража.<sup>16</sup>

Међутим, правно, проблем „пресељења“ нарочито је осетљив, јер, за разлику од физичких лица, која постоје без обзира на везу са неком државом и њеним правом (држављанство), правна лица постоје само докле док им право признаје то својство.<sup>17</sup> Уобичајено се сматрало да друштва „живе“ према праву које их ствара, односно на основу кога „изводе своје постојање“.<sup>18</sup> Правна лица сматрају се творевинама националних права, која постоје и функционишу само у оквирима њихових одредби о оснивању и функционисању.<sup>19</sup> Иако је овај став доцније ублажен ограничењима које правни систем ЕУ намеће у оснивању и функционисању друштава, општи принцип да правна лица остају творевине права, од којих зависе, и даље је потпуно применљив.<sup>20</sup> Уосталом, национална права по правилу везују својство правног лица за чин регистрације привредног друштва, дакле одређени национални акт који формално даје друштву субјективитет.<sup>21</sup> Стога питање промене националног права, иако техничко, представља већ годинама значајан проблем, и историјски гле-

<sup>15</sup> Вид. S. Rammeloo, „The 14th EC Company Law Directive on the Cross Border Transfer of the registered office of limited liability companies now or never?“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 3/2008, 361 362 фн 8.

<sup>16</sup> О томе вид. М. Szydlo, 416 417.

<sup>17</sup> Док неке земље предвиђају да у случају доношења одлуке о промени седишта друштво престаје да постоји уз ликвидацију (нпр. Пољска), друге ову одлуку сматрају ништавом (нпр. Холандија). М. Szydlo, 419. Енглеско право разликује место оригиналне инкорпорације тзв. *домцил*, и оно се не може променити; и евентуално место реинкорпорације, које не подразумева и промену меродавног права, те прекогранична конверзија не би била могућа. F. Mucciarelli (2006), 12 13, 15.

<sup>18</sup> E. Rabel, *The Conflict of Laws – A Comparative Study*, Volume Two: Foreign Corporations, Torts, Contracts in General, Ann Arbor, University of Michigan Law School 1960<sup>2</sup>, 31.

<sup>19</sup> Пар. 23 5 Одлуке у случају *Daily Mail* (C 81/87).

<sup>20</sup> Ипак, границу потпуне суверености (случај *Daily Mail*) је временом сузио Европски суд (случајеви *Cartesio*, и још уже *Vale*).

<sup>21</sup> Док је то правило за све форме друштава у неким правима, укључујући и домаће, то је случај само за неке форме у другим правима, попут немачког или енглеског. Вид. чл. 3 ЗОПД.

дано, једно је од највише дискутованих питања у оквиру компанијског права ЕУ, доводећи и до озбиљних (националних) супротности.<sup>22</sup>

Начелно говорећи, промена меродавног права за друштво раније се сматрала готово немогућом или изузетном појавом.<sup>23</sup> Према ставу предратних енглеских судова природно је да друштво не може да мења своје меродавно право.<sup>24</sup> Данас правни систем ЕУ тумачи право на настањивање тако да обухвата *право друштва* да промени меродавно право које уређује његова статусна питања. Од потпуне немогућности ове промене, која почива на схватању да је друштво творевина права коју не може да надживи, савремени приступ види друштво као творевину у великој мери препуштену аутономији и слободној вољи.

Иако европска права тек сада почињу да омогућавају прекограничне конверзије, америчко право толерише тзв. „реинкорпорацију“ друштва.<sup>25</sup> Она значи промену места инкорпорације и права које уређује не сва статусна питања, схваћена у европском смислу, већ само тзв. унутрашња питања друштва (*internal affairs*), попут односа акционара (чланова друштва) према управи, као и њихове међусобне односе.<sup>26</sup> Ван тих односа остају питања односа друштва са повериоцима и другим заинтересованим лицима, јер су она ван компанијског права, и по правилу су решена у другим сродним областима (стечајно право, финансијска тржишта), и то по правилу на федералном нивоу.<sup>27</sup>

Дакле, прекогранична конверзија би, правно, требало да значи промену материјалног – компанијског права које регулише друштво. Друштво које је било регулисано једним правом прелази у другу земљу и почиње да буде регулисано неким другим правом, уколико испуни све предвиђене услове. Међутим, шта конкретно представља услов за прекограничну конверзију зависи у сваком случају од на-

<sup>22</sup> E. Wymeersch, 661.

<sup>23</sup> Вид. нпр. Stephen Rammeloo, *Corporations in Private International Law*, Oxford University Press, Oxford – New York 2001, 278 фн. 176.

<sup>24</sup> Вид. Th. Drucker, „Companies in Private International Law“, *International and Comparative Law Quarterly* vol. 17, 1968, 31. То су и даље важећи прецеденти.

<sup>25</sup> Овде је прикладнији термин реинкорпорација, јер се ради о специфичном поступку који не подразумева наставак истог друштва.

<sup>26</sup> F. Mucciarelli (2011), 8; J. Borg Barthet, *The Governing Law of Companies in EU Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon 2012, 14

<sup>27</sup> Специфичност „реинкорпорација“ у Америци је и у њиховој улози, будући да се углавном предузимају приликом отварања друштва изласком на берзу, када се, по правилу реинкорпорише у Делаверу. Такође, док се у Америци реинкорпоришу отворена друштва, догле су у Европи то, по правилу, затворена друштва, најчешће мотивисана избором компанијског права које приликом оснивања не предвиђа (значајан) оснивачки капитал. Вид.: *ibid.*, 9 14.

ционалног права. По правилу, поступак који подразумева у себи промену седишта, а чија је заправо суштина у подвођењу под право земље пријема, остварује се новом регистрацијом. Стога се увек ради о *промени регистрованога седишта друштва, које подразумева и промену меродавног права* да би друштво могло да се „пресели“ у другу земљу.

Неопходни услови за извођење прекограничне конверзије предвиђени су правом земље у којој је друштво настало, и из кога одлази (земља порекла), као и *кумулятивно* условима земље у коју се друштво сели (земља пријема). Ако је за промену меродавног права неопходна промена седишта друштва из аспекта права земље порекла и/или земље пријема, онда конверзија конкретно значи промену седишта – регистрованога, ако се то захтева, што је правило, или стварног, ако је и то предвиђено правом заинтересоване земље.<sup>28</sup> Уколико би био предвиђен још неки захтев, онда би за конверзију било неопходно и испуњење тог захтева. Било која друга промена седишта (регистрованога и/или стварног), која не значи промену меродавног права није конверзија, односно промена седишта је увек конверзија ако долази до промене меродавног права. Ипак, могућност промене само стварног седишта која доводи до конверзије је теоријски концепт. Чак и када је предвиђена у националним правима, право ЕУ предвиђа да се, у случају промене стварног седишта у другу земљу друштво и даље може сматрати да је регулисано оним правом у коме је инкорпорисано, уколико то право признаје и даље друштво за своје.<sup>29</sup>

Прекогранична конверзија постоји у случају промене материјалног – компанијског права, које подразумева његову промену сваки пут када се промени тачка везивања за то право, *како према праву земље порекла, тако и према праву земље пријема*.<sup>30</sup> Стога у ужем смислу у обзир не би долазиле конверзије којима долази до ситуације позитивног сукоба закона, односно тзв. двоструке националности.<sup>31</sup> Иако је позитиван сукоб закона могућ, он не доводи до прекограничне конверзије све док га не признају обе земље. Супротан случај,

<sup>28</sup> Ретко је за промену меродавног права довољна промена само стварног седишта. Вид. чл. 159 Закона о привредним друштвима Луксембурга (Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales) и чл. 93 и 94 шпанског Закона о трансформацијама (Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, nr. 82, *Boletín Oficial del Estado*, April 4, 2009).

<sup>29</sup> Вид. случај *Überseering*. Стога би евентуална прекогранична конверзија могла да наступи или када обе земље предвиђају теорију седишта, а конверзија је прихваћена, или када земља пријема признаје конверзију променом седишта, а друштво се својом вољом прилагоди новом меродавном праву и његовим императивним захтевима (у супротном би морало да се призна као страног друштво), што такође прихвата и земља порекла.

<sup>30</sup> F. Mucciarelli (2006), 4.

<sup>31</sup> Вид. нпр. E. Wymeersch, 671.

када постоји позитиван сукоб закона значи да је друштво признато у обе земље, односно да га свака земља сматра својим припадником. То значи да макар једна од земаља није признала конверзију, укључујући и наступање најзначајније последице – *промене* меродавног права.

Прекогранична конверзија подразумева промену регистрованог седишта друштва, чиме друштво престаје да буде регулисано правом једне државе и регистрацијом у земљи пријема постаје друштво подвргнуто под њено право. Овај принцип, који утврђује тренутак дејства конверзије – уписом у нови регистар и брисањем из старог увек подразумева спровођење поступка конверзије, и обавезну регистрацију.<sup>32</sup> Због тога промену регистрованог седишта, мора да прати и *вољна промена меродавног права* да би се говорило о конверзији.<sup>33</sup> Промена регистрованог седишта без промене меродавног права била би теоријска конструкција, која би у пракси довела до немогућности примене материјалног компанијског права.<sup>34</sup> Дакле, за прекограничну конверзију није довољно да стицајем околности дође до промена тачке везивања за одређивање меродавног права, већ је неопходно да постоји и елемент воље друштва да до промене меродавног права дође. Наравно, могуће је да стицај фактичких околности који доведе до промене меродавног права подстакне друштво да предузме одговарајуће поступке да би дошло до конверзије (или је на то друштво принуђено, јер ће, на пример, у супротном престати да постоји у земљи порекла, а неће наставити да постоји у земљи пријема), али је и тада остављено вољи друштва да ли ће се прилагодити насталим околностима.

Овако дефинисана, очигледна је разлика прекограничне конверзије са променом седишта. Такође су јасни и разлози у постепеном напуштању термина прекограничне промене седишта уз очување правног субјективитета термином конверзије, који обухвата само такву промену седишта која значи и промену меродавног права. Такав термин је, практичнији, адекватнији и прецизнији од других.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Оправдано је поставити питање да ли у случају промене регистрованог седишта долази до очувања *правног континуитета*, узимајући у обзир конститутивно дејство уписа и исписа. Чини се, међутим, да би то било сувише формалистичко тумачење. Тако, у случају када једно друштво мења своје регистровано седиште у националном праву, чак и када нема јединственог регистра, не долази до престанка једног и настанак другог друштва и универзалне сукцесије.

<sup>33</sup> Такав став потврђују и: M. Szydło, 416, Carsten Gerner Beuerle, Michael Schillig, „The mysteries of freedom of establishment after Cartesio“, *International and Comparative Law Quarterly* 2/2010, 319–320.

<sup>34</sup> F. Mucchiarelli (2011), 23.

<sup>35</sup> Неки термини сувише су компликовани на пример, фраза *промене меродавног права уз очување правног субјективитета друштва (identity preserving company/applicable law change)*. Вид. F. Mucchiarelli (2006), 3.

### 1.3. Прекограничне и националне конверзије

Термин прекогранична конверзија није идеалан, јер има другачији смисао у односу на овај појам у националним правима. Појам *конверзије* подразумева промену једне правне форме у неку другу правну форму. Осим та два термина (конверзија, промена правне форме), која се користе као синоними, помињу се и термини трансформација, као и промена облика, да би указали на исти поступак.<sup>36</sup>

Конверзију одликује неколико важних особина. Да би друштво променило форму неопходно је да се прилагоди другој правној форми. У том циљу долази до измене оснивачких аката, прилагођавања структуре, капитала и слично, и то најчешће у унапред предвиђеном поступку, који прати регистрација. Поред тога, у већини националних права друштво након конверзије наставља да постоји – постоји правни континуитет, те је друштво исто, иако му је форма другачија. Оно има „непромењени правни субјективитет“.<sup>37</sup> Следећа важна одлика конверзије је да подразумева промену једне правне форме *друштва* у другу. Ипак, то зависи превасходно од националног права. Док нека права задржавају могућност конверзије само за привредна друштва, што, између осталог, чини и домаће право, дотле су друга права либералнија.<sup>38</sup>

У прекограничним ситуацијама конверзија подразумева, пре свега, промену права које се примењује на друштво. Међутим, најзначајније питање које отуда произлази односи се на карактер тог поступка: да ли прекогранични поступак промене меродавног права може да се окарактерише као конверзија или не. Да ли треба у одговору на то питање узети у обзир формални елемент – потребу уписа у регистар земље пријема уз прилагођавање новој (националној) форми друштва, када би било оправдано користити термин конверзија. У прилог схватању да се ради о врсти конверзије, иако специфичне, говоре оне дефиниције које на прво место истичу формални карактер овог поступка – регистрација у земљи порекла се брише, а нова регистрација

<sup>36</sup> У нашем праву промена правне форме регулисана је чл. 478 и даље ЗОПД. У нашој теорији користе се и термини промене облика, односно трансформације. Вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 487.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 487.

<sup>38</sup> Чл. 478 ЗОПД предвиђа конверзију само за форме које је уредио тај закон, док Закон о удружењима (*Службени гласник РС*, 51/09) није предвидео промену ове у друге правне форме. Са друге стране, немачко право, на пример, предвиђа промену правне форме за правне субјекте, дакле без обзира да ли се ради о правним лицима грађанске форме или привредним друштвима.

се врши у земљи пријема.<sup>39</sup> Такође, можда би пресудан требало да буде циљ тих поступака. Тако, док промена меродавног права заправо значи суштинску измену самог друштва, то је и основна функција конверзије у националном праву.<sup>40</sup> Дакле, конверзија би у том смислу имала шири смисао и подразумевала измену неког од најзначајнијих елемената друштва: (само) правну форму, или и неке друге елементе, као што је државна припадност (меродавно право), које заправо значи замену домаће форме неком другом, страном формом друштва.

Са друге стране, треба ипак направити разлику између поступка који значи промену меродавног права (дакле, друштво, укључујући и форму не мора да се промени, али ће морати да се прилагоди бројним императивним правилима права земље пријема) у односу на чисту промену једне правне форме у неку другу. Такво схватање заузео је и немачки Виши суд у једној пресуди, сматрајући да се прекогранична промена (статутарног и стварног) седишта страног друштва у Немачку не може подвести под промену форме која подразумева очување идентитета друштва, те стога овај поступак у том случају није био дозвољен.<sup>41</sup> Такође се често у немачкој теорији прави разлика између реорганизације – што је промена седишта, те подразумева прво промену меродавног права, а затим *усвајање одговарајуће националне форме*, док се са друге стране термин трансформација (*Umwandlung*) користи за статусне промене, пренос имовине и промену форме домаћих друштава.<sup>42</sup> Дакле, промена меродавног права је специфичан поступак, и не може се сматрати истим поступком као и промена правне форме.

Ипак, највећа сличност је у чињеници да страно друштво мења форму у једну од предвиђених правних форми за домаћа друштва земље пријема.<sup>43</sup> У сваком случају се прекогранична конверзија при-

<sup>39</sup> L. Hansen, „Merger, Moving and Division Across National Borders – When Case Law Breaks through Barriers and Overtakes Directives“, *European Business Law Review* vol. 18, 2007, 196.

<sup>40</sup> Y. Loussouarn, „Règles de conflit et règles matérielles dans le droit international des sociétés“, *Le droit des relations économiques internationales: Études offertes à Berhold Goldman*, Litec, Paris 1982, 171.

<sup>41</sup> OLG Nürnberg, NZG 2012, 468. Наведено према: Leif Böttcher, Julia Kraft, „Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung – Die Entscheidung VALE des EuGH“, *NJW* 37/2012, 2703. Такво резонување не би било у складу са ставом који је Европски суд заузео само неколико месеци касније у случају *Vale*.

<sup>42</sup> Предлог немачког Савета за међународно приватно право европске Уредбе о меродавном праву за друштва, објављен у: *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrecht* (Hrsg. Hans Jürgen Sonnenberger), Mohr Siebeck, Tübingen 2007, 115, 118.

<sup>43</sup> C. Teichmann, „Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 6/2011, 686.



ближава националној конверзији у случају истовремене промене форме уз промену меродавног права, иако је много комплекснија.<sup>44</sup> У том случају је вероватно постојање бројнијих проблема, и потребе већих прилагођавања императивним одредбама националних права уколико у прекограничним конверзијама учествују друштва затвореног типа, узимајући у обзир да је до сада остварена хармонизација била већим делом усмерена само на акционарска друштва. Иако се некада сматра да прекогранична конверзија одговара поступку националне конверзије само уколико једно (страно друштво) жели да промени своју у неку од приближно (истих) форми које постоје у страном праву,<sup>45</sup> сматрамо да нема значајне разлике у истовременој промени форме коју прати и промена меродавног права од обичне промене меродавног права у најближу форму коју познаје земља пријема. Додуше, у случају промена правних форми друштава лица у друштва капитала, и обрнуто, нарочито када неко од заинтересованих права не даје таквим формама правни субјективитет (нпр. немачко право у погледу друштава грађанског права) отварају се додатни проблеми у погледу одговорности и могућности правног континуитета. Међутим, уколико национално право дозвољава да дође до такве промене форме националног друштва, онда не би требало да постоји проблем уколико то жели да учини страном друштво, поштујући, наравно, захтеве за промену у одговарајућу правну форму. Уосталом, то омогућава и друштву да изабере форму која више одговара конкретним потребама.<sup>46</sup>

Ипак, одлучујући аргумент који би требало да пружи одговор на питање да ли је прекогранична конверзија заправо врста конверзије или не треба тражити не у формалним, већ суштинским обележјима тих поступака. Стога се одговор налази у њеној правној природи. Уколико је она једнака, онда би прекограничну конверзију могли да третирамо као специфичну врсту конверзије друштва, примењујући сходно правила која за њу важе.

## 2. ПРАВНА ПРИРОДА ПРЕКОГРАНИЧНЕ КОНВЕРЗИЈЕ

Прекогранична конверзија није једини правни поступак који стоји на располагању друштву које жели да се пресели у другу државу. Оно то може да учини и тако што ће друштво престати да постоји

<sup>44</sup> У немачкој теорији се сматра да долази до истовремене промене форме из стране у домаћу, и из једног облика друштва у други (тзв. *grenzüberschreitender* и *typusüberschreitender Formwechsel*). Вид. више: S. Rammeloo (2001), 301.

<sup>45</sup> A. Wisniewski, A. Opalski, „Companies’ freedom of establishment after the ECJ Cartesio judgment“, *European Business Organization Law Review* 4/2009, 618.

<sup>46</sup> C. Gerner Beuerle, M. Schillig, 320.

у једној земљи, што повлачи обавезу ликвидације, и „наставити“ да постоји у другој земљи, што захтева ново оснивање. У том случају нема очувања правног субјективитета, нити правног идентитета. Ради се о поступку који је супротан прекограничној конверзији.

Престанак друштва одређује се према правилима његовог меродавног права – оно право које друштву даје субјективитет и према коме настаје и организује се по правилу одлучује и о његовом престанку.<sup>47</sup> Једина могућност, према општим правилима националног компанијског и међународног приватног права, када друштво може да „преживи“ промену меродавног права јесте она у којој је то дозвољено, како правом земље порекла, тако и правом земље пријема кумулативно.<sup>48</sup>

Могућност, тј. чињеница да заинтересована права дозвољавају прекограничне конверзије није једини услов за њено извођење. Стога национална права предвиђају и друге услове, као што су обавезна ликвидација или пореске обавезе у земљи порекла, или непризнавање друштва као правне личности (или друштва у одређеној форми), са својим правима и обавезама, што води значајним негативним последицама и у земљи пријема за сва заинтересована лица.<sup>49</sup> Дакле, негативни ефекти зависе од националног права у коме се постављају, али у сваком случају воде непризнавању права и обавеза друштва, уместо којих се примењују општа правила грађанског (или евентуално компанијског) права.

Осим могућности схватања прекограничне конверзије као поступка који подразумева очување правног континуитета, најчешће друго схватање види у том поступку наступање универзалне сукцесије, или га потпуно онемогућава, захтевајући ново оснивање.<sup>50</sup> Раније је у немачком праву најзначајнији аргумент против могућности конверзије била заштита домаћих интереса применом императивних прописа.<sup>51</sup> Али, управо исти тај циљ се остварује и конверзијом, која, како смо

<sup>47</sup> Y. Loussouarn, M. Trochu, „Conflicts de lois en matière de sociétés“, *Droit international commercial*, Éditions du Juris Classeur, 1997, 27.

<sup>48</sup> Вид. нпр. Н. Le Nabasque, „Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières“, *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle: Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, Paris 1997, 437. Ово правило данас је значајно сужено у оквиру ЕУ.

<sup>49</sup> Вид. С. Т. Ebenroth, А. Sura, „Das problem der Anerkennung im Internationalen Gesellschaftsrecht: Festlegung der Rechtsfähigkeit und Bestimmung des Personalstatus“, *RabelsZ* 2/1979, 340-341.

<sup>50</sup> То се, између осталог, догодило и у случају *Vale* услед брисања друштва из једног регистра, а тек касније пријаве у националном регистру друге земље. Стога у строгом смислу речи ту не може да се говори о конверзији, већ, пре свега, о *поступку реинкорпорације*, и сходно њему примени правила о универзалној сукцесији.

<sup>51</sup> В. Grossfeld, D. Jasper, 52.

видели, подразумева да се друштво прилагођава праву земље пријема (у погледу структуре, организације, надлежности и слично). Дакле, из угла поштовања прописа земље пријема нема великих разлика у избору поступка: и конверзија, и универзална сукцесија уз формално ново оснивање, па чак и потпуно ново оснивање друштва коме није признат пренос права и обавеза ранијег друштва путем универзалне сукцесије доводе до приближно истих последица. У свим овим случајевима императивна правила земље пријема ће бити поштована. Из перспективе друштва, међутим, разлике између ових поступака су значајне. Оне утичу на ефикасност, трошкове и комплексност. Често су управо ти фактори одлучујући приликом доношења одлуке о извођењу прекограничне активности. Тако је најједноставнији поступак конверзија уз очување правног субјективитета. Он је нешто скупљи и комплекснији уколико постоји потреба (ре)инкорпорације, док несумњиво највеће оптерећење (за друштво и његове чланове) постоји уколико друштво, да би преместило своје пословање у другу земљу, прво мора да буде ликвидирано у земљи порекла, па поново основано (као ново друштво) у земљи пријема. Поред тога, у случају ликвидације и новог оснивања престанак друштва је потпун, уз деобу имовине друштва његовим члановима, након намирања поверилаца, укључујући и опорезивање. Дакле, из перспективе друштва значајно је који је поступак прекограничне реорганизације могући и приступачан, док разлика из перспективе заштите земље пријема није велика. Такође се и у случају очувања правног субјективитета, па и постојања универзалне сукцесије значајније штите интереси других заинтересованих лица (повериоци, запослени), него што је то случај код потпуног престанка једног и настанка новог друштва. Стога разлози заштите интереса у земљи пријема нису довољно убедљиви да би оправдали потребу онемогућавања прекограничне конверзије, већ је то пре било питање политичке спремности, али и традиције појединих земаља, с тим да је таква ситуација данас значајно промењена у земљама чланицама ЕУ.

## 2.1. Очување правног субјективитета

Прекограничном конверзијом долази до промене меродавног права за друштво, с тим да друштво задржава свој статус као субјект права.<sup>52</sup> Промена меродавног права у сваком случају не подразумева престанак и ликвидацију, али ни *ново оснивање* у земљи пријема, што значи да је друштво „исти (и све време постојећи) субјект права“.<sup>53</sup>

Са једне стране стоје таква мишљења, попут старијих француских аутора, да „права промена седишта“ значи промену држав-

<sup>52</sup> Код нас вид. М. Васиљевић, 487.

<sup>53</sup> М. Szydło, 415.

не припадности, која подразумева и „очување првобитне личности друштва“.<sup>54</sup> Приликом реализације се захтевао упис у регистар и прилагођавање условима материјалног права, с тим што се у том случају говорило о реинкорпорацији, схваћеној као „оснивање новог друштва у техничком смислу“.<sup>55</sup>

Друга национална права изричито предвиђају да промена меродавног права не утиче на правни континуитет истог друштва, чак иако се оно прилагођава императивним захтевима права земље пријема. Пример је швајцарско право које за промену меродавног права (тзв. трансфер страног друштва) предвиђа, уз испуњење услова земље порекла (или чак и противно њеним прописима у изузетним случајевима) да је друштво регулисано домаћим правом у прилагођеној домаћој форми друштва, док, при том, не долази ни до ликвидације, ни до *новог* оснивања.<sup>56</sup> Исти принцип прихвата и Статут Еворпског акционарског друштва јер промена регистрованог и стварног седишта у другу земљу не доводи до ликвидације нити стварања нове правне личности.<sup>57</sup> И белгијско право је у једном ранијем случају прихватило промену седишта уз промену меродавног права, а Касациони суд истакао је да друштво „...прилагођавајући се правилима белгијског права, *није изгубило своја најзначајнија обележја* (курзив аутор)“.<sup>58</sup>

Домаће право не регулише прекограничне конверзије. Ипак, у погледу (националне) промене правне форме оно има јасан став који потврђује очување правног субјективитета јер предвиђа да „променом правне форме друштво *прелази из једне правне форме у другу правну форму ... (што) не утиче на правни субјективитет тог друштва*.“<sup>59</sup> Дакле, неспорно је да се ради о једном истом правном лицу.

*Према мишљењу општег правобраниоца у случају Vale* могућност правног следбеништва зависи искључиво од права земље претходника, што се нарочито односи на могућност преноса права и оба-

<sup>54</sup> Н. Le Nabasque, 431.

<sup>55</sup> *Ibid.*, 430.

<sup>56</sup> Чл. 161 швајцарског Закона о међународном приватном праву (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht IPRG, vom 18. Dezember 1987). Исти принцип прихваћен је и чл. 93 и 94 шпанског Закона о трансформацијама, као и чл. 3 португалског Закона о привредним друштвима (Código das sociedades comerciais, DL n.º 262/86, de 02 de Setembro).

<sup>57</sup> Чл. 8 Статута Европског акционарског друштва (Council Regulation 2001/2157/EC of 8.10.2001 on the Statute for a European company (SE), OJ L 294, 10. 11. 2001). Исти принцип усвојио и напуштени незванични предлог Четрнаесте директиве о промени регистрованог седишта друштва (XV/D2/6002/97 EN REV.2, необјављено).

<sup>58</sup> В. Grossfeld, D. Jasper, 58.

<sup>59</sup> Чл. 478, ст. 1 и 2 ЗОПД.

веза са тог на друштво следбеника.<sup>60</sup> Међутим, такво схватање није у складу с општим правилима компанијског и међународног права која захтевају да постоји сагласност у основним концепцијским претпоставкама, па чак и појединачним питањима дејства прекограничног поступка (конверзије или спајања), да би оно могло да наступи.<sup>61</sup> Уосталом, било би немогуће прихватити да постоји правно следбеништво уколико оно није предвиђено правом земље пријема. Стога треба сматрати да оба права – и право земље порекла и право земље пријема морају да предвиде у поступку прекограничне конверзије једнаку природу (очување континуитета или универзалну сукцесију) да би таква последица могла да наступи.

## 2.2. Правни идентитет – континуитет

Осим термина очувања правног субјективитета, у теорији је готово паралелно коришћен и термин правног идентитета у случају разних облика прекограничних кретања. Нарочито је он био присутан и заступљен у немачког правној теорији. Међутим, термин правног идентитета, односио се како на промену седишта (која је увек у немачком праву значила и промену меродавног права), тако и на прекогранична спајања.<sup>62</sup> Дакле, очигледно је да правни идентитет не значи исто што и правни континуитет истог друштва. Иако је термин правног идентитета шири од термина очувања правног субјективитета, што је нарочито значајно код оних друштава која немају правни субјективитет, то није довољно да укаже на непрецизности у коришћењу ових термина.

Један број аутора указује на очување „правног идентитета“ у случају прекограничне конверзије, сматрајући под тим поступак код кога друштво не престаје да постоји у земљи порекла, и не оснива се у земљи пријема.<sup>63</sup> Немачко право изричито предвиђа да у случају промене правне форме *исто друштво* наставља да постоји у другој форми.<sup>64</sup> Овај случај очувања правне личности истог друштва, које само има другачију „правну одећу“ сматра се *очувањем правног идентитета*.<sup>65</sup> Дакле, термини правног континуитета и правног идентитета се у овом контексту не разликују. Додуше, очување правног континуитета значи несумњиво и правни идентитет, али питање

<sup>60</sup> Вид. пар. 77 Мишљења општег правобраниоца у случају *Vale*.

<sup>61</sup> Günther Beitzke, „Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé)“, *Revue critique de droit international privé* 1967, 14 5; Y. Loussouarn, 171.

<sup>62</sup> Вид. нпр. В. Grossfeld, D. Jasper, 52 53.

<sup>63</sup> Вид. нпр. L. Hansen, 196.

<sup>64</sup> Чл. 202 немачког Закона о трансформацијама.

<sup>65</sup> В. Grossfeld, D. Jasper, 60.

је да ли правни идентитет нужно значи и правни континуитет истог друштва, дакле оно што не постоји код спајања и припајања. Тако се код прекограничних спајања сматра да постоји правни идентитет, иако долази до *престанка једног или више друштава*, док њихове обавезе прелазе путем универзалне сукцесије на већ постојеће или потпуно ново друштво.

Дакле, правна природа тих поступака није иста, а оба се сматрају да воде ка правном идентитету. Одлучујућа би, међутим, требало да буде чињеница да се код спајања идентитет односи на права и обавезе, а не друштво као такво, које код спајања у сваком случају престаје да постоји. Идентитет постоји не само у односу на права и обавезе, већ и на његове чланове. Код прекограничне конверзије идентитет постоји у односу на друштво као такво. Стога разлика не може да се направи у самим терминима правног идентитета или континуитета, већ у њиховом односу према друштву – што је случај прекограничне конверзије. Идентитет и континуитет у односу на права и обавезе постоје како у случају правног континуитета, тако и у случају универзалне сукцесије свих права и обавеза, која редовно наступа као последица статусних промена.

### 2.3. Универзална сукцесија

Универзална сукцесија у компанијском праву представља пренос свих права и обавеза са једног на друго друштво. Појам универзалне сукцесије сматра се да обухвата наступање универзалних последица на основу закона, императивно, и у односу на целокупну активу и пасиву.<sup>66</sup>

Основна разлика универзалне од сингуларне сукцесије је у томе да ли се односи на појединачна права или њихов скуп. Док се код сингуларне сукцесије одвојено преносе појединачна (једно или више) права која нису повезана у једну целину, суштина универзалне сукцесије је у преносу права (схваћених као скуп који чини једну правну целину) *са једног лица на неко друго*.<sup>67</sup> Између осталог, сматра се да нема универзалне сукцесије – преноса целокупне имовине без *престанка* друштва.<sup>68</sup>

Последица универзалне сукцесије је да не постоје услови неопходни за појединачан пренос обавеза (сагласност дужника), односно да важе специфична правила у погледу преноса права и обавеза, укључујући и она *intuitu personae*. Изузеци ипак постоје у гашењу

<sup>66</sup> K. Schmidt, „Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts: Bewährungsproben eines zivilrechtsdogmatischen Rechtsintituts im Unternehmensrecht“, *Archiv für die zivillistische Praxis* 6/1991, 497–498.

<sup>67</sup> *Ibid.*, 501.

<sup>68</sup> Y. Loussouarn, M. Trochu, 31.

неких права по логици ствари (на пример, у случају спајања гасе се права која су везана за индивидуалност друштва које престаје да постоји), или када су неспојива са преносом (на пример, у случају припајања долази до престанка функција појединих лица у органима друштва која престају да постоје).<sup>69</sup>

Универзална сукцесија, која је једноставна и има свеобухватан карактер основна је карактеристика поступка спајања и припајања, као и поделе и одвајања (иако овде долази до преноса дела имовине и обавеза). Иако нека права у оквиру ЕУ раније нису познавала универзалну сукцесију у материји компанијског права, након хармонизације учињене Трећом директивом компанијског права о спајањима акционарских друштава, таква правна природа спајања својствена је карактеристика овог поступка, који би у супротном доводио до значајних проблема.<sup>70</sup> Међутим, и даље постоје мишљења да правна природа спајања заправо није универзална сукцесија већ пре „својеврсна трансформација“ уз измену оснивачког акта, а такво схватање има нарочито предности у случају спајања друштава која имају различиту форму.<sup>71</sup> Дакле, ни ту се не ради о престанку друштва, неопходном да би постојала универзална сукцесија, али ни о правом наставку истог друштва, осим „у метафоричном смислу“ јер је њен циљ заправо у наставку, а не престанку друштва.<sup>72</sup> Поред поступка спајања и припајања, као и других статусних промена, постоје и други случајеви када долази до универзалне сукцесије привредног друштва.<sup>73</sup>

Специфичности универзалне сукцесије највише долазе до изражаја код припајања, где се у старијој немачкој теорији, по аналогiji с универзалном сукцесијом у грађанском праву, сматрало да један објект права (предузеће, односно целокупна имовина) са једног субјекта прелази на друго, односно на друго субјекта различите форме (у случају промене правне форме).<sup>74</sup> Концепт универзалне сукцесије се по ауто-

<sup>69</sup> Француски судови истичу да се универзална сукцесија односи само на обавезе које су у вези са пренетим делом активности друштва. Вид. Alain Couret, „The Universal Succession as a Technique of Corporate Restructuring: Efficiency and Limits“, *European Company and Financial Law Review* 4/2009, 388.

<sup>70</sup> Вид. више: Т. Јевремовић Петровић, *Прекогранична спајања у праву ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 309 и даље. За изузетке, нпр. енглеско право које увек тражи сагласност друге уговорне стране за пренос обавеза на друго лице вид. више А. Couret, 375.

<sup>71</sup> V. Simonart, 380 381.

<sup>72</sup> V. Simonart, 381; А. Couret, 376

<sup>73</sup> Наводи се случај преноса имовине друштва на јединог члана. *Ibid.*, 374. Такође, и у ранијем немачком праву у случају преласка обавеза са преддруштва на друштво након оснивања. Вид. Thomas Reith, „The effect of pre incorporation contracts in German and English company law“, *International & Comparative Law Quarterly* 1/1988, 118, 125.

<sup>74</sup> K. Schmidt, 502 503.

матизму пренео и на концепт трансформације са преносом имовине (*übertragende Umwandlung*), заправо промену правне форме, јер се примењивала конструкција да једно друштво у једној форми преноси целокупну имовину другом (новом) друштву различите форме. Циљ овог концепта је био у „континуитету правног субјективитета уз дисконтинуитет у односу на своје уређење“, коме је више одговарала само промена оснивачких аката уз очување идентитета друштва.<sup>75</sup> Стога је након предлога о остваривању континуитета у обавезама и имовини уз истовремени дисконтинуитет у погледу правне форме без потребе универзалне сукцесије, новим Законом о трансформацијама друштава прихваћен је концепт „промене правне форме“, истог правног субјекта и у немачком праву.<sup>76</sup> Насупрот томе, нека национална права задржала су концепт универзалне сукцесије код конверзије.<sup>77</sup>

Поступак прекограничне конверзије доводи до значајних последица, али се према нашем мишљењу овде не би могло говорити о универзалној сукцесији *два* друштва, већ о континуитету једног истог друштва, које се региструје у новом месту инкорпорације, уз прилагођавање *постојећих* оснивачких аката и друге измене везане за структуру и друга статусна питања регулисана императивним одредбама новог права. Иако се друштво брише из ранијег регистра и уписује у нови, том приликом не нестаје једно, а настаје неко друго друштво, већ једно исто друштво наставља да постоји. Унутрашње тржиште ЕУ треба да омогући да се овакав поступак изведе без прекида у континуитету друштва, без обзира што су друштва и даље „... творевине права, и то националног права“.<sup>78</sup> Другачија схватања националних права, према којима би правна природа поступка прекограничне конверзије била другачија, представљају значајну препреку у извођењу тог поступка. Евентуална регулатива на нивоу ЕУ би на првом месту морала да уреди то питање.

Практичне последице разлике између конверзије када она подразумева правни континуитет или универзалну сукцесију најзначајније су у погледу судбине уговора *intuitu personae*, као и у односу на континуитет у погледу започетих поступака.<sup>79</sup> Стога разлике у

<sup>75</sup> *Ibid.*, 507.

<sup>76</sup> Чл. 190 ст. 1 немачког Закона о трансформацијама друштава.

<sup>77</sup> Између осталих, и мађарско право, значајно за случај *Vale*. Вид. чл. 70 ст. 1 мађарског Закона о привредним друштвима (Act IV on Business Associations), превод на енглески: <http://www.mfa.gov.hu/NR/rdonlyres/AF51F5457DB44843873F0F21BB2D8868/0/CompanyLaw.pdf>, 18.8.2013. Правило о универзалној сукцесији предвиђа и данско право. Вид. Jacob Нøeg Madsen, „Transfer of assets and liabilities of a Danish branch by way of universal succession“, *International Company and Commercial Law Review* 5/2013, 191.

<sup>78</sup> Пар. 10 у случају *Daily Mail*, и пар. 104 у случају *Cartesio*.

<sup>79</sup> V. Simonart, 382. Иако национална права и у тим случајевима сматрају да постоји континуитет, има случајева када су француски судови одлучивали супротно. Вид. A. Couret, 380 381.



погледу правне природе заправо имају превасходно теоријски значај. Нарочито стога што сагласно концепту да меродавно право за друштво уређује сва статусна питања, оно уређује и питање правне природе (прекограничног) поступка конверзије, као и последице у случају да долази до универзалне сукцесије.

### 3. ЗАКЉУЧАК

Пошто конверзија представља једноставнију и правно напреднију конструкцију правног континуитета наспрам ранијег схватања престанка једног и настанка другог друштва уз универзалну сукцесију, једнака правна природа могла би да се припише и прекограничним конверзијама. Ипак, прекогранична конверзија је комплекснија. Она је, „споља“ гледано промена меродавног права. Али, у односу на само друштво то је промена неколико његових основних обележја, након кога је друштво ипак исто. Та обележја су седиште, оснивачки акти, али могуће и име, структура (зависно од система националних права), чланови (могуће је да неки од њих коришћењем права којима се штите престају да буду чланови, а други постају, али друштво остаје исто), форма (у случају да друштво мења и форму, или се прилагођава најближој форми у односу на своју претходну), и друга.

Иако је јасно да прекогранична конверзија јесте комплекснији поступак од националне конверзије, њихов *ratio* и природа су једнаки. Оба поступка карактерише као најзначајнија одлика очување правног субјективитета (идентитета), с тим да се код промене форме мења само форма (али и оснивачки акт, органи и слично), а код прекограничне конверзије долази до вишеструких промена, које подразумевају и промену места обављања делатности и државне припадности, односно меродавног права. Оба поступка подразумевају континуитет у правима и обавезама, а дисконтинуитет у правној форми (једног права у односу на другу форму другог права). Стога на оба поступка могу сходно да се примене иста правила. Таква природа и циљ оправдавају коришћење термина *прекогранична конверзија*.

Ипак, постојање правног континуитета након конверзије захтева склад заинтересованих права (земље порекла и пријема), пре свега у односу на питање његове правне природе. Видели смо да је то случај у највећем броју европских права, укључујући и домаће. У одсуству правила о прекограничним конверзијама, што је најчешће у већини националних права (иако последњих година постоје промене у том правцу), на овај поступак могу да се примене правила која важе за националне конверзије. Иако је специфичност поступка прекограничне у односу на националну конверзију посебно питање, овде

ћемо напоменути да се сходна примена правила нарочито односи на поступак конверзије, као и посебна правила која су намењена заштити права одређених лица. Пошто прекограничне конверзије некада захтевају и додатну регулативу или јачу заштиту, пожељно је будуће регулисање овог института, како процедурално, тако и одговарајућим заштитним механизмима.

Dr. Tatjana Jevremović Petrović

Assistant Professor  
University of Belgrade Faculty of Law

## CROSS-BORDER CONVERSIONS

### *Summary*

Cross-border conversion is a term increasingly used for a procedure where one company changes its registered (and real) seat while changing its applicable corporate law. The difference between conversion and transfer of a companies' seat is analyzed, as well as other similar cross-border transformations. The paper examines whether cross-border conversion can be considered as a change of company's form, with the appropriate application of national provisions on conversions.

The analysis shows that the most important aspect of cross-border conversion is legal continuity. The change of legal form prescribed by the new applicable legislation following the cross-border conversion does not result in loss of legal personality; to the contrary, the company that existed before is the same as the one continuing to operate after the conversion. Having in mind that legal continuity is generally adopted in prevalent number of European company laws in the case of cross-border and national conversions, it can be concluded that they have the same legal nature. Therefore, cross-border conversions can be regulated by application of national provisions on conversion procedures, as well as protection of rights of certain stakeholders. However, it would be preferable if additional regulation on cross-border conversions would define and coordinate applicable laws and introduce special provisions for the protection of interested persons, as this would greatly contribute to both efficiency of cross-border conversions and overall legal certainty.

Key words: *Conversion. – Change of Seat. – Applicable corporate law. – Legal continuity. – Legal identity. – Universal succession.*

Др Никола Бодирога\*

## ПОНАВЉАЊЕ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА ЗБОГ ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА

*Законом о изменама и допунама Закона о парничном поступку из 2009. године, уведен је нов разлог за понављање парничног поступка. Тај разлог преузима и важећи Закон о парничном поступку из 2011. године уз одређена прецизирања. Правноснажно окончан парнични поступак може се поновити и када је Уставни суд, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом у парничном поступку, а то је могло бити од утицаја на доношење повољније одлуке. Сама контрола одлука парничних судова у поступку по уставној жалби је од самог почетка изазивала одређене противречности. Отворена су и продубљена неслагања између Уставног суда и Врховног касационог суда, у погледу самог опсега контроле одлука парничних судова, дејства одлука Уставног суда донетих о уставним жалбама, као и самог понављања поступка с позивом на одлуку Уставног суда. У раду указујемо на отворена питања и износимо предлоге за њихово решавање.*

Кључне речи: *Понављање парничног поступка. Одлука Уставног суда. Правно схватање. Обавезност.*

### 1. ПРЕДЛОГ ЗА ПОНАВЉАЊЕ ПОСТУПКА У НОВОМ ЗАКОНУ О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Пре постављања проблема потребно је подсетити на систем ванредних правних лекова уређен новим Законом о парничном поступку<sup>1</sup>. Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу (чл. 36, ст. 2 Устава). Устав утврђује обавезу

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *bodiroga@ius.bg.ac.rs*

<sup>1</sup> Закон о парничном поступку ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, одлука Уставног суда ИУз 51/2012, одлука Уставног суда ИУз 147/2012.

законодавцу да омогући инстанциону контролу, тј. минимум двостепен поступак, али не и поступак по ванредним правним лековима. Члан 6(1) Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (даље: ЕКЉП) не приморава државу чланицу да успостави апелационе или касационе судове. Ако их ипак успостави, онда се морају поштовати гаранције из члана 6(1) ЕКЉП, односно мора се омогућити том суду да може да одлучи о спору који се тиче утврђивања субјективних грађанских права и дужности.<sup>2</sup> Приликом уређивања система ванредних правних лекова мора се водити рачуна о односу између правноснажности, те потребе за поштовањем правне сигурности са једне, и захтева за обеснаживањем правноснажних судских одлука које су захваћене најтежим повредама закона, са друге стране.

Нови ЗПП је унео одређене измене у режим ванредних правних лекова. Директна ревизија је укинута као неделотворан правни лек. Ревизија је остала „богаташка“ у погледу имовинског цензуса,<sup>3</sup> а разлози за изјављивање су редуковани како се не би преклапали са разлозима за понављање поступка. Захтев за заштиту законитости сада постоји под другим именом „Захтев за преиспитивање правноснажне пресуде“, са знатно ширим и неодређенијим разлогом за изјављивање. Предлог за понављање поступка је постао најважнији ванредни правни лек. Задржан је дисбаланс у односу између редовних и ванредних правних лекова, иако би могућности за оспоравање неправноснажних пресуда требало да буду веће од могућности за оспоравање правноснажних пресуда.<sup>4</sup>

Предлог за понављање парничног поступка, најмање споран и најчешће употребљаван ванредни правни лек, није 2011. године претрпео значајније измене. Наиме, још усвајањем Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку из 2009. године<sup>5</sup> додат је још један разлог понављања: одлука Уставног суда о повреди зајемченог људског или мањинског права у парничном поступку. Ова измена је природна ако се има у виду да се странке пре обраћања Европском суду за људска права (даље: ЕСЉП) обраћају Уставном суду због повреда зајемчених људских и мањинских права и слобода.

Опредељење законодавца је било да предлог за понављање поступка буде најважнији ванредни правни лек. То се види по бројним

<sup>2</sup> Добраћ против Србије, пресуда ЕСЉП од 21.06.2011.године (§§ 51-54), European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22respondent%22>, 20. фебруар 2013.

<sup>3</sup> В. Ракић Водинелић, „Закон о парничном поступку“, *Правни записи* 2/2011, 549-552.

<sup>4</sup> Р. Кеча, *Грађанско процесно право*, Београд 2012, 309.

<sup>5</sup> Закон о изменама и допунама Закона о парничном поступку ЗИД ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009, одлука Уставног суда ИУз 2/2010-1.

разлозима за понављање поступка, дугим роковима,<sup>6</sup> те прописивању обавезног адвокатског заступања у поступку по овом правном леку. Разлози за понављање поступка су и даље најтеже повреде законитости, с тим што су извршене одређене допуне, корекције и прецизирања.

Понављање поступка због одлуке Уставног суда којом је утврђена повреда или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом, у пракси је изазвало одређене недоумице. Имајући у виду овлашћења која Уставни суд има у поступку одлучивања по уставној жалби, а првенствено одлуке које том приликом доноси, поставило се питање како се понављање поступка у овом случају уклапа у систем, односно основна начела нашег парничног поступка.

## 2. ОДЛУКА ПАРНИЧНОГ СУДА КАО ПРЕДМЕТ КОНТРОЛЕ ПО УСТАВНОЈ ЖАЛБИ

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, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту (чл. 170 Устава). Из формулације коју користи Устав у чл.170 произилази да су сви појединачни акти, а судска одлука је појединачан правни акт, подложни контроли од стране Уставног суда у поступку по уставној жалби. Тиме би странке у парничном поступку имале на располагању још једно правно средство поред постојећих редовних и ванредних правних лекова. Да одлуке парничних судова подлежу контроли по уставним жалбама, за Уставни суд није било спорно.

Када је Уставни суд донео прве одлуке по уставним жалбама и тим одлукама почео да поништава пресуде парничних судова, па и Врховног касационог суда (даље: ВКС), појавиле су снажне критике оваквог поступања. Аргументи критичара су се углавном сводили на

---

<sup>6</sup> Уставни суд је прогласио неуставним чл. 428, ст. 3 ЗПП а, којим је било прописано, да се по протеку рока од пет година од дана када је одлука постала правноснажна, предлог за понављање поступка не може поднети. Предлог за понављање поступка поднет с позивом на одлуку ЕСЈП о повреди права, односно с позивом на одлуку Уставног суда донету о уставној жалби не би могао да се сматра делотворним правним леком, јер по њему не би могла да се утврди повреда права, нити би могле да се обуставе радње које представљају повреду права, нити би се последице повреде могле отклонити, ако је одлука ЕСЈП, односно Уставног суда донета након што је протекао рок од 5 година од правноснажности одлуке. Вид. одлуку Уставног суда ИУз 147/2012 од 21. фебруара 2013, Уставни суд Србије, База судске праксе, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 10. октобар 2013.

позивање на одредбе Устава. Судске одлуке се заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона (чл. 145, ст. 2 Устава). Судске одлуке су обавезне за све и не могу бити предмет вансудске контроле (чл. 145, ст. 3 Устава). Судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд, у законом прописаном поступку (чл.145, ст. 4 Устава). У аргументацији се позивало на специфичан положај Уставног суда у систему власти.<sup>7</sup> Судије Уставног суда су пак тврдиле, како барем на први поглед, разграничење надлежности између Уставног суда и редовних судова се не чини толико спорним, независно од тога што Уставни суд може ући у испитивање судских одлука, јер и Уставни суд и редовни судови припадају јудикатури.<sup>8</sup>

Ова дилема је ипак отклоњена пре свега доношењем ЗИД ЗПП 2009.године којим је уведена могућност понављања поступка због одлуке Уставног суда, којом је у поступку по уставној жалби утврђена повреда или ускраћивање људског или мањинског права у парничном поступку. Осим тога и сам ЕСЉП прихвата уставну жалбу као делотворно правно средство за заштиту права која гарантује ЕКЉП. Прве одлуке Уставног суда којима су утврђене повреде права донете су 10. јула 2008.године и објављене у *Службеном гласнику РС*, бр.74/08. Годину дана након тога, донето је на стотине таквих одлука, при чему је Уставни суд поништавао не само одлуке нижих судова него и одлуке највишег суда у Републици (тадашњег Врховног суда Србије).<sup>9</sup>

Најснажније критике су се односиле не толико на саму контролу одлука парничних судова од стране Уставног суда, већ на овлашћења Уставног суда у том поступку. Уставни суд је након што је почео да контролише одлуке парничних судова, и након што би утврдио повреду људског права зајемченог Уставом често поништавао судске одлуке, па тако и одлуке ВКС, позивајући се на то да се учињена повреда на други начин не може отклонити. Основ за такво поступање Уставног суда нађен је у чл. 89, ст. 2 Закона о Уставном суду;<sup>10</sup> „Кад Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом, односно радњом, повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, поништиће појединачни акт, од-

<sup>7</sup> Вид. П. Трифуновић, „Судска одлука и уставна жалба“, *Билтен Врховног суда Србије*, 3/2009, 167-172.

<sup>8</sup> О. Вучић, Д. Стојановић, „Домашај уставносудског испитивања одлука редовних судова у поступку одлучивања о уставним жалбама грађана“ *Правни живот* 14/09, 879-894.

<sup>9</sup> Винчић против Србије, пресуда ЕСЉП од 1.децембра 2009.године (§§ 32-36), European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#i%22respondent%22>, 10. фебруар 2013.

<sup>10</sup> Закон о Уставном суду ЗУС, *Службени гласник РС*, бр. 109/2007, 99/2011, одлука Уставног суда ИУз 97/2012.

носно забраниће даље вршење или наредити вршење одређене радње и одредити да се уклоне штетне последице у одређеном року“.

Услед критика првенствено од стране судија ВКС, чл. 89, ст. 2 Закона о Уставном суду је измењен 2011. године,<sup>11</sup> па је након измена гласио: „Када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт осим судске одлуке, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца.“ Оваква законска формулација која је изричито забрањивала поништај судске одлуке, чини се, није много утицала на рад Уставног суда. У периоду који је уследио, Уставни суд је под видом „одређивања предузимања мера за отклањање штетних последица“ наређивао да се поступак (који је иначе окончан по редовним и ванредним правним лековима) понови. Понављање поступка по наредби Уставног суда, упркос постојању правноснажне судске одлуке, је *de facto* значило њено обеснаживање.

Одлуком Уставног суда ИУз-97/2012 измена чл. 89, ст. 2 ЗУС, односно формулација „осим судске одлуке“ је проглашена неуставном. У образложењу одлуке Уставног суда се између осталог каже:

„...Судске одлуке, међутим, нису ‘недодирљиве’ за оцену да ли су повредиле основна људска права гарантована Уставом. Као што у поступку нормативне контроле Уставни суд цени уставност закона и законитост прописа извршне власти, тако у поступку по уставној жалби Уставни суд оцењује сагласност судских одлука са Уставом гарантованим људским правима и слободама. У основи обе врсте поступака јесте намера уставотворца да сви акти јавне власти буду подређени Уставу, односно, Уставом гарантованим правима. Из оба поступка проистиче одлука Уставног суда којом се не врши ‘позитивна’ корекција ни закона ни судске одлуке. Као што је ‘природно’ да из констатације Уставног суда да законска норма није сагласна са Уставом следи разумљива и једино могућа последица да општа норма губи својство важећег права, тако и констатацију да је судска одлука повредила ‘специфично уставно право’ неизбежно мора да прати неважност (ништавост) појединачног акта судске власти који је у сукобу са Уставом.“

Суштина аргументације Уставног суда се своди на то да утврђивање повреде није довољно, те да би било неразумно остави-

<sup>11</sup> Закон о изменама и допунама Закона о уставном суду, *Службени гласник РС*, бр.99/11.

ти на снази судску одлуку за коју је утврђено да је њоме повређено људско или мањинско право, позивајући се на забрану вансудске контроле судских одлука. Да би се отклонила повреда неопходно је утврдити неважност правног акта (у овом случају судске одлуке). Уставни суд повлачи аналогију са утврђивањем неуставности закона који престаје да важи утврђивањем несагласности са Уставом, па би то исто требало применити на појединачан акт, односно судску одлуку.

Не може се прихватити став Уставног суда по којем уставна жалба не би било делотворно правно средство када Уставни суд не би поводом изјављене жалбе могао да поништи судску одлуку. Представка ЕСЉП не обезбеђује своју делотворност тиме што ЕСЉП поништава одлуку домаћег суда. Суштина пресуде ЕСЉП којом је утврђена повреда права јесте да се оштећена страна стави, у мери у којој је то могуће, у исти онај положај који је имала пре кршења ЕКЉП (*restitutio in integrum*). Из овога следи да када је утврђена повреда права из ЕКЉП, а последице се не могу отклонити на други начин, суштина је у обезбеђивању оштећеној страни оног положаја који је имала пре повреде. То се постиже поновним отварањем поступка, с позивом на одлуку ЕСЉП којом је утврђена повреда, а не поништавањем судске одлуке.

### 3. ПОНАВЉАЊЕ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА НАКОН ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА ПРЕДЛОГ СТРАНКЕ ИЛИ СЛУЖБЕНА ДУЖНОСТ

Из формулације чл. 426, ст. 1 ЗПП-а произилази да се правноснажно окончан парнични поступак може поновити само по предлогу странке. Првостепени парнични поступак, али и поступак по редовним и ванредним правним лековима заснива се на начелу диспозиције. То важи и за поступак по предлогу за понављање поступка. Тачно је да се разлози за понављање поступка своде на најтеже незаконитости, односно повреде правила поступка којима се штите основна начела и институти парничне процедуре, али без обзира на то, потребан је одговарајући предлог странке да би се о предлогу за понављање поступка одлучивало.

У пракси, када је реч о понављању поступка с позивом на одлуку Уставног суда, то се по правилу не дешава. Анализом неколико таквих случајева у поступцима пред Вишим судом у Београду може се закључити да је пракса унутар овог суда по питању понављања поступка због одлуке Уставног суда противречна. Сви анализирани случајеви се односе на тзв. ратне дневнице, односно тужбе резер-



виста против Републике Србије којима су захтеване исплате истих. Првостепени судови су те тужбе одбацивали позивајући се на одредбе подзаконских аката<sup>12</sup> којима је било прописано да се право на те накнаде остварује по правилима управног поступка.<sup>13</sup> Како је по оцени судова то значило њихову апсолутну ненадлежност, тужбе су одбациване. Такве одлуке су потврђиване у другостепеном поступку.<sup>14</sup> Странке тиме нису биле задовољне. Њихови адвокати су утврдили постојање противречне судске праксе у оквиру тадашњег Окружног суда у Београду. Док су у неким случајевима тужбе биле одбациване и те одлуке бивале потврђиване у другостепеном поступку, било је предмета идентичних чињеничних и правних обележја у којима је исти суд доносио пресуде којима су усвајани тужбени захтеви, а Окружни суд у Београду у жалбеном поступку те пресуде потврђивао.<sup>15</sup> Због противречне судске праксе у предметима идентичних чињеничних и правних обележја, Уставни суд је утврдио повреду права на правично суђење и наложио Вишем суду у Београду да понови одлучивање о жалбама подносилаца уставних жалби.<sup>16</sup> Исто се догодило и са тужбама против Фонда за социјално осигурање војних осигураника.<sup>17</sup>

Налозима упућеним Вишем суду у Београду да поступак понови у одређеном року Уставни суд је отворио врата противречној судској пракси. Нека већа Вишег суда у Београду, потпуно игноришући одредбе ЗПП-а, уводе „понављање поступка по службеној дужности“, доносећи одлуке следеће садржине:

„У поступку извршења одлуке Уставног суда Републике Србије Уж-4261/2012 од 13.2.2013.године ПОНАВЉА СЕ правоснажно окончан поступак и УКИДА решење Вишег суда у Београду Гж бр. 2547/12 од 11.4.2012.године.

УКИДА СЕ решење Првог основног суда у Београду П бр. 16747/11 од 8.2.2012.године и предмет ВРАЋА Првом основном суду у Београду на поновни поступак“.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Правилник о накнади путних и других трошкова у Војсци Југославије, *Службени војни лист*, бр. 16/97, 12/98, 6/99, 7/99.

<sup>13</sup> Решење Другог општинског суда у Београду П бр.1771/09. од 30.марта 2009. године.

<sup>14</sup> Решење Окружног суда у Београду 14207/09 од 12. августа 2009. године.

<sup>15</sup> Пресуда Другог општинског суда у Београду П бр. 4379/04.

<sup>16</sup> Одлука Уставног суда, Уж 6017/2012 од 12.децембра 2012. године Уставни суд Србије, База судске праксе, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 10. јун 2013.

<sup>17</sup> Одлука Уставног суда Уж 4261/2012. од 13. фебруара 2013.године, Уставни суд Србије, База судске праксе, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 1. мај 2013.

<sup>18</sup> Решење Вишег суда у Београду Гж бр. 4361/13 од 17. маја 2013. године.

У неким решењима се дозвољава понављање поступка, а онда се у образложењу наводи како се то чини у извршавању одлуке Уставног суда.<sup>19</sup> Постоји и трећи став по којем када је Уставни суд донео одлуку по уставној жалби и та одлука представља основ за понављање поступка, странка је ипак дужна да поднесе предлог.<sup>20</sup>

Поништавање судске одлуке од стране Уставног суда доводи у питање и друга начела парничног поступка. Ако се уставна жалба третира као правни лек, што произилази из тумачења Уставног суда, онда би то био једностранни правни лек, док су правни лекови у парничном поступку двострани, тј. мора се омогућити контрадикторност која претходи доношењу одлуке о основаности правног лека. Те контрадикторности нема у поступку по уставној жалби. Противник подносиоца уставне жалбе не зна да је она поднета, не зна да се по њој поступа, нити да је одлуком Уставног суда поништена правноснажна судска одлука, на основу које је противник жалиоца, примера ради, покренуо извршни поступак. Уставни суд поништајем правноснажне судске одлуке заправо доводи у ситуацију правне несигурности противника подносиоца уставне жалбе, који на тој правноснажној одлуци заснива своју правну позицију. Понављање поступка по службеној дужности отвара још један проблем. Видели смо да ЗПП понављање поступка на основу одлуке Уставног суда везује за могућност доношења повољније одлуке. Праксом Уставног суда, тј. поништавањем одлука парничних судова, тај услов, односно његова контрола од стране надлежног парничног суда се чини непотребном.

#### 4. ОБАВЕЗНОСТ ПРАВНИХ СХВАТАЊА УСТАВНОГ СУДА ЗА ПАРНИЧНИ СУД

У предметима пред Вишим судом у Београду, а чије је одлуке Уставни суд фактички обеснажио, налажући му да у одређеном року понови одлучивање о жалбама подносилаца уставних жалби, поставило се као спорно питање надлежности за одлучивање о захтевима за надокнаду ратних дневница, односно о захтевима за исплату разлике у пензијама војних пензионера. У појединим одлукама првостепених судова, тужбе су биле одбачене због ненадлежности и та решења су потврђена у другостепеном поступку. У другим одлукама првостепених судова пресудама су тужбени захтеви били усвајани и те пресуде су потврђиване у другостепеном поступку. Уставни суд је, у својим одлукама, не само утврдио да је повређено право на пра-

---

<sup>19</sup> Решење Вишег суда у Београду Гж бр. 3350/13 од 3. априла 2013. године.

<sup>20</sup> Решење Вишег суда у Београду Гж бр. 3506/13 од 12. јуна 2013. године.

вично суђење, већ је решио и спорно правно питање, па се тако из образложења његове одлуке може закључити да захтев војног осигураника за исплату увећане пензије представља имовинскоправни захтев из чл. 1 ЗПП-а, о коме је надлежан да одлучује суд у парничном поступку, па је у ситуацији када се, уместо да мериторно одлучи, првостепени суд огласио апсолутно ненадлежним и одбацио тужбу, а другостепени суд одбио жалбу подносиоца и потврдио првостепено решење, суштински дошло до повреде права подносиоца уставне жалбе на приступ суду, као елемента права на правично суђење.<sup>21</sup>

Поставља се питање обавезности оваквих ставова који се налазе у образложењима одлука Уставног суда за парнични суд у поновљеном поступку. Када Виши суд у Београду понавља поступак по службеној дужности, у тој одлуци да се понови поступак је имплицитно садржано схватање да став Уставног суда изнет у образложењу одлуке по уставној жалби обавезује парнични суд. Као аргумент за то се у одлуци већа Вишег суда у Београду наводи:

„Према правилима из члана 7 Закона о Уставном суду одлуке Уставног суда су коначне извршне и општеобавезујуће. Према правилима из члана 89 став 2 истог закона, када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивање зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца. Државни и други органи и организације којима су поверена јавна овлашћења, у смислу одредбе члана 104 истог закона дужни су да у оквиру својих права и дужности извршавају одлуке и решења Уставног суда.“<sup>22</sup>

Веће Вишег суда у Београду које је првобитно потврдило решење Другог општинског суда у Београду о одбацивању тужбе за накнаду ратних дневница због апсолутне ненадлежности, сада мења своје правно схватање, односно по аутоматизму преузима правно схватање из образложења одлуке Уставног суда:

„У поступку доношења побијаног решења, учињена је битна повреда из чл. 361, ст. 2, тач. 12 ЗПП-а, како се то основано чињеничним наводима жалбе тужиоца, указује. Наиме,

<sup>21</sup> Одлука Уставног суда Уж 4262/2012 од 13. фебруара 2013. године, Уставни суд Србије, База судске праксе, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 1. јул 2013.

<sup>22</sup> Решење Вишег суда у Београду 4316/13 од 17. маја 2013. године.

предмет спора у овој парници није утврђивање права на накнаду дневница већ исплата новчаног износа. Тужбени захтев за исплату дневница за време вршења војне службе у резервном саставу ВЈ, представља законску облигацију, чији је дужник тужени, а тужилац је лице које има потраживање по основу те законске облигације, те како тужилац тужбеним захтевом не тражи да се утврди његово право на дневнице већ да се изврши исплата ускраћених дневница које му припадају, те се у конкретном случају ради о исплати новчаног потраживања, односно имовинскоправном спору из чл.1 ЗПП-а, који спада у судску надлежност, побијано решење је укинато и предмет је враћен првостепеном суду, да настави поступак и тиме отклони битну повреду парничног поступка, на коју му је указано овим решењем.<sup>23</sup>

Оно што је заједничко за наведене предмете јесте да се у њима примењују одредбе ЗПП-а које уређују поступак у споровима мале вредности. Првостепени судови (тадашњи општински судови) су одбацивали тужбе сматрајући да су апсолутно ненадлежни, и да се о наведеним захтевима одлучује у управном поступку. Другостепени суд (тадашњи Окружни суд у Београду) је та решења потврђивао. Међутим, у идентичним ситуацијама првостепени судови су доносили пресуде којима су усвајали тужбене захтеве, а другостепени суд, односно поједина његова већа су те пресуде потврђивала. Због тога је Уставни суд утврдио да је тиме (неједнако поступање у идентичним ситуацијама) нарушена правна сигурност, односно повређено право на правично суђење. Услед тога наложио је другостепеном суду (сада Вишем суду у Београду) да понови поступак, што је у конкретном случају значило да поново одлучује о жалбама тужилаца на решења првостепених суда којима су тужбе одбачене због апсолутне ненадлежности.

На све ове поступке примењује се ранији Закон о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр.125/04 и бр.111/09), у којем није била прописана апсолутно битна повреда одбијање суда да одлучује о захтеву за који је надлежан (тј. доношење решења о одбацивању тужбе због наводне ненадлежности, иако спор спада у судску надлежност),<sup>24</sup> већ се такво поступање суда по ранијем Закону о парничном поступку третирао као релативно битна повреда одредаба парничног поступка.<sup>25</sup> У споровима мале вредности жалба се, и по ранијем и по сада важећем закону, може изјавити само због апсолутно битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне при-

---

<sup>23</sup> Решење Вишег суда у Београду Гж.бр.3506/13 од 12. јуна 2013. године.

<sup>24</sup> Г. Станковић, *Закон о парничном поступку са предговором*, Београд 2012, 139.

<sup>25</sup> Б. Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд 2009, 901.

мене материјалног права. Поставља се питање како Виши суд у Београду може да поново одлучује о жалби и донесе другачију одлуку, ако се жалилац преко пуномоћника адвоката у жалби позива једино на релативно битну повреду парничног поступка (одбијање суда да одлучује о захтеву за који је надлежан) која не може бити жалбени разлог у поступку о споровима мале вредности. Видели смо да су поједина већа Вишег суда у Београду тумачила такву жалбу на начин да се њоме указује да је учињена апсолутно битна повреда одредаба парничног поступка из чл. 361, ст. 2, тач. 12. ранијег Закона о парничном поступку, а на коју се не пази по службеној дужности. Та повреда постоји ако пресуда има недостатака због којих се не може испитати, а нарочито ако је изрека пресуде неразумљива, ако противречи сама себи или разлозима пресуде или ако пресуда уопште нема разлога или у њој нису наведени разлози о битним чињеницама или су ти разлози нејасни или противречни или ако о битним чињеницама постоји противречност између онога што се у разлозима пресуде наводи о садржини исправа, записника о исказима датим у поступку и самих тих исправа или записника или изведеним доказима.

Понављајући поступак одлучивања о жалби против решења првостепеног суда којим је тужба одбачена у спору мале вредности, Виши суд у Београду је потпуно занемарио разлоге које је пуномоћник адвокат навео у жалби, и жалбени разлог на који се пуномоћник адвокат позвао, релативно битна повреда парничног поступка (одбијање суда да одлучује о захтеву за који је надлежан), протумачио као сасвим други жалбени разлог, тј. као апсолутно битну повреду парничног поступка која се тиче недостатака у саставу пресуде, а све с циљем како би уважио правно схватање изражено у образложењу одлуке Уставног суда. Поједина већа Вишег суда у Београду понављају поступак због одлуке Уставног суда, али у поновљеном поступку доносе исту одлуку, управо због везаности жалбеним разлозима. Додуше, у тим одлукама је изнет став да првостепени суд своју одлуку треба да уподоби правном схватању Уставног суда.

„То што Уставни суд сматра уставно неприхватљивим став редовних судова да се у парничном поступку не може одлучивати о захтеву за исплату новчаног износа на име неизмирених дневница за учешће у ратним дејствима у својству припадника резервног састава Војске Југославије јер се, по налажењу тог суда, ради о имовинскоправном спору о коме одлучује суд у парничном поступку у смислу одредбе чл.1 ЗПП-а, је његово одређивање у односу на оцену надлежности суда у смислу у коме је првостепени суд ценио своју надлежност.“<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Решење Вишег суда у Београду Гж.бр. 3550/13 од 3. априла 2013. године.

Питање обавезности правних схватања израженим у одлукама Уставног суда још више долази до изражаја када Уставни суд поништи одлуку ВКС, а најчешће се ради о одлуци донетој о ревизији. Дешава се да Уставни суд чак два пута узастопно поништава одлуку ВКС о ревизији у истом предмету. У основи је непристајање ВКС на правно схватање Уставног суда. Тужиоци су поднели тужбу ради накнаде штете због смрти блиског лица које је погинуло у несрећи у руднику. Првостепеном пресудом је тужбени захтев усвојен и обавезана тужена „Електропривреда Србије“ да сваком од тужилаца исплати накнаду нематеријалне штете. Другостепеном пресудом је првостепена пресуда преиначена и тужбени захтев одбијен. Тадашњи Врховни суд је одлучујући о ревизији потврдио другостепену пресуду.<sup>27</sup>

Ревизијску пресуду Врховног суда је поништио Уставни суд због повреде права на правично суђење. ВКС је поново одлучивао о ревизији и одбио је као неосновану. ВКС је одлуку засновао на правном ставу Грађанског одељења од 10. фебруара 2004, а који је супротан правном ставу Уставног суда изнетом у одлуци Уж-482/2008. Одлуком Уставног суда Уж-482/2008 од 13. октобра 2011. је поништена ревизијска одлука тадашњег Врховног суда. У образложењу ове одлуке је, поред осталог наведено: да је на седници Уставног суда од 7. јула 2011, утврђен правни став да у случају када је штета проузрокована кривичним делом (чл. 377 ЗОО), ако је за кривично гоњење предвиђен дужи рок застарелости од рокова прописаних чл. 376 ЗОО, захтев за накнаду штете према сваком одговорном лицу, а не само штетнику, застарева када истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења, само ако је правноснажном пресудом утврђено постојање кривичног дела и окривљени проглашен кривим за кривично дело, што је у конкретном предмету и био случај јер су одговорна лица правноснажном пресудом била осуђена на казну затвора. Пошто Врховни суд овакав став није применио у својој ревизијској пресуди Уставни суд је утврдио да је пресудом Врховног суда Рев.2002/07 од 29. августа 2007. повређено право подносилаца уставне жалбе на правично суђење и једнаку заштиту права, па да се последице могу отклонити само поништајем ревизијске пресуде.

ВКС је новом ревизијском пресудом<sup>28</sup> поновио одбио ревизију тужилаца као неосновану. Тиме је потврђено правно схватање другостепеног суда о роковима застарелости у овом случају. У образложењу пресуде ВКС се поред осталог наводи како су судови самостални и независни државни органи који штите слободе и права грађана и обезбеђују уставност и законитост, а само ВКС и Привредни апела-

---

<sup>27</sup> Пресуда Врховног суда Србије, Рев.2002/07 од 29. августа 2007.године.

<sup>28</sup> Пресуда ВКС Рев.17/11 од 3. октобра 2012.године.

циони суд имају надлежност да усвајају и утврђују правне ставове и правна схватања, ради јединствене примене материјалног права.

Уставни суд, са друге стране констатује како је ВКС поступајући по одлуци Уставног суда Уж-482/2008 донео оспорену пресуду, те је и поред налога Уставног суда и оцена изнетих у Одлуци Уж-482/2008 поново одбио ревизију позивајући се на застарелост потраживања. Имајући у виду део образложења оспорене ревизијске пресуде, Уставни суд сматра да је потребно да још једном укаже на свој став да у поступку по уставној жалби није надлежан да као инстанциони суд преиспитује закључке и оцене редовних судова у погледу утврђеног чињеничног стања и примене процесног и/или материјалног права. Међутим, у ситуацији када је примена процесног и/или материјалног права од стране редовних судова очигледно произвољна, арбитарна и на штету подносиоца уставне жалбе, тада Уставни суд, пружајући подносиоцу уставне жалбе непосредну уставносудску заштиту, утврђује повреду Уставом гарантованог права на правично суђење.<sup>29</sup>

## 5. НАДЛЕЖНОСТ ЗА ЗАУЗИМАЊЕ ПРАВНИХ СТАВОВА ВРХОВНИ КАСАЦИОНИ ИЛИ УСТАВНИ СУД

Аргументацију за улажење у примену материјалног права и контролу примене материјалног права од стране редовних судова Уставни суд налази у пресуди ЕСЉП Анђелковић против Србије.<sup>30</sup>

„ 24. ЕСЉП на почетку подсећа да његов задатак није да преузима улогу домаћих судова. Првенствено је на домаћим властима, посебно судовима, да реше проблеме тумачења домаћег законодавства (види међу многим ауторитетима *Brualla Gomez de la Torre* против Шпаније, 19.децембар 1997, §31, Извештаји о пресудама и одлукама 1997–VIII). У том случају ЕСЉП неће постављати питање тумачења домаћег права од стране домаћих судова, осим у случају очигледне произвољности, другим речима када уочи да је примена права од стране домаћих судова у одређеном случају била очигледно погрешна или таква да су изведени произвољни закључци и/или ускраћивање правде (види *mutatis mutandis Farbers* и *Harlanova* против Литваније (одлука), број 53713/00, 6.септембар 2001.године и, мада у контексту чл. 1. Протокола 1. *Beveler* против Италије, број 33202/96, §108 ЕСЉП 2000–I).

<sup>29</sup> Одлука Уставног суда Уж 224/2013 од 6. јуна 2013.године, Уставни суд Србије, База судске праксе, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 10. октобар 2013.

<sup>30</sup> Анђелковић против Србије, пресуда ЕСЉП од 19. марта 2013.године (§§ 24 29) European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#i%22respondent%22>, 20. мај 2013.

25. Ако се вратимо на конкретан случај, ЕСЈП налази да је чл 6, ст 1. примењив, с обзиром да су домаћи судови били позвани да одлуче у спору у вези са правом на преосталу исплату регреса за годишњи одмор, што се може сматрати грађанским правом на које би подносилац представке могао да полаже право, на аргументованим основама, према српском праву.

26. Даље, чак и ако би се прихватила тврдња Владе да је одбијање захтева у складу са доследном праксом Окружног суда у таквим стварима, ЕСЈП сматра да то није од значаја за конкретан случај, пошто предмет разматрања ЕСЈП у конкретном случају није могућа правна несигурност која произилази из другачијег тумачења права од стране домаћих судова; пре је основно питање у конкретном случају, које га разликује, између осталог, од многих других случајева пред овим судом, укључујући и случај *Karuna* елеменат произвољности уочен у пресуди по жалби на коју се притужује.

27. Посебно, ЕСЈП примећује да српско радно право које регулише исплату регреса за годишњи одмор није нејасно и двосмислено, већ јасно прописује случајеве у којима запослени имају право на такве исплате. Првостепени суд је утврдио одређене чињенице и нашао да је подносилац представке имао право на исплату регреса за годишњи одмор који је тражио. Окружни суд је преиначио пресуду по жалби и одбио захтев, а да се чак није ни позвао на то какав је закон, како га је требало применити на случај подносиоца представке и да ли су испуњени услови предвиђени у важећем закону и општем колективном уговору били испуњени у случају подносиоца представке. Окружни суд је, занемаривши радно право које се примењује, одбио захтев подносиоца представке једино по основу тога да би подносилац представке био третиран повољније него његове колеге, које такође нису добиле исплату преосталог регреса за годишњи одмор. Ово образложење није имало законски основ и темељило се на нечему што представља апстрактну тврдњу изван сваке разумне судске процене. ЕСЈП према томе наводи да се таква произвољна одлука Окружног суда своди на ускраћивање правде у случају подносиоца представке.

28. Најзад, ЕСЈП примећује да у датом тренутку подносилац представке није имао на располагању ниједно правно средство против ове пресуде по жалби.

29. У овим околностима, ЕСЈП сматра да Окружни суд није правично пресудио у случају подносиоца представке и налази да је према томе дошло до повреде чл. 6, ст. 1 ЕКЈП.“

У анализираном случају ЕСЈП заузима став да је допуштено да се контролише примена материјалног права од стране домаћих



судова, уколико је очигледно произвољна, односно погрешна. У том предмету Окружни суд није образложио своју одлуку, односно није навео одредбе домаћих прописа на којима се та одлука заснива. Тиме је заправо повредио право странке на образложену судску одлуку. С друге стране пресуда ВКС Рев.бр 17/11 од 3. октобра 2012. није без образложења. У њој су садржане одредбе ЗОО као релевантног материјалног закона на којем се одлука заснива, образложено је зашто је примењен одговарајући рок застарелости. Наведен је правни став ВКС који је такође послужио за утемељење одлуке. Сам Уставни суд наводи да је о истом питању заузео правни став другачији од оног који је заузео ВКС. Поништио је пресуду ВКС јер није поступио по налогу Уставног суда, па би у поновљеном поступку одлучивања о ревизију требало да поштује налог Уставног суда и у складу са тим налогом донесе пресуду. Позивање на правни став ВКС је по оцени Уставног суда неосновано јер се тим правним ставом повређује Уставом гарантовано право на правично суђење подносилаца уставне жалбе. По налажењу Уставног суда одредба чл. 171, ст. 1 Устава обавезује судове да извршавају одлуке Уставног суда, те да извршавање одлуке Уставног суда подразумева доношење нове одлуке у складу са оценама и ставовима изнетим у одлуци Уставног суда. То даље значи да ставови и оцене које Уставни суд износи у својим одлукама, према схватању Уставног суда обавезују редовне судове.

Без обзира на све наведено, чини се да ВКС није искористио све инструменте за уједначавање примене права и заузимање правних ставова. Неколико пута је ЕСЉП у пресудама против Србије<sup>31</sup> указао да је противречна судска пракса у предметима заједничких чињеничних и правних карактеристика (а која је долазила из Окружног суда у Београду, али и из некадашњег Врховног суда Србије) повреда принципа правне сигурности, а тиме и права на правично суђење из члана 6(1) ЕКЉП. То указује на нужност уједначавања судске праксе заузимањем правних ставова, наравно под условом да се овај инструмент правилно користи. Зато ЕСЉП закључује како је недоследност судске праксе, чему је допринео и Врховни суд Србије лишила подносиоце представки права на фер и правичан поступак пред тадашњим Окружним судом у Београду. На суду највишег степена је да конфликте у судској пракси решава на институционалан начин. На постојање овог проблема је указивао и Уставни суд:

„С обзиром на овако утврђене чињенице и околности, Уставни суд је оценио да су доносећи различите одлуке,

<sup>31</sup> Ракић против Србије, пресуда ЕСЉП од 5. октобра 2010. године (§43), European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22respondent%22>, 25. март 2013, Винчић против Србије, пресуда ЕСЉП од 1. децембра 2009. године (§56), European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22respondent%22>, 21. мај 2013.

Окружни суд у Београду, са једне стране и, у овом случају, Врховни суд Србије, са друге стране, као судови последње инстанце, поводом исте чињеничне и правне ситуације, створили правну несигурност код подносиоца уставне жалбе, те да та околност сама по себи представља довољан разлог да се утврди постојање повреде права на правично суђење из члана 32 став 1 Устава.<sup>32</sup>

ВКС има овлашћење да заузима правне ставове ради јединствене примене права. Не ради се само о овлашћењу већ и о дужности чије пропуштање може довести до повреде права на правично суђење. То не значи да се једном усвојен правни став не може променити, јер потреба за развојем судске праксе несумњиво постоји. Ипак, чињеница да је у конкретној врсти спорова постојала установљена судска пракса намеће обавезу Врховном суду да пружи суштинске разлоге за своје другачије гледиште.<sup>33</sup>

У том смислу јасно је одређен простор за интервенцију Уставног суда. Његова је дужност да реагује када утврди да надлежни суд није уопште образложио своју одлуку или је образложење лапидарно. Право странке на образложену судску одлуку је старије од захтева за економичношћу поступка. Дужност образлагања судске одлуке првенствено има ВКС, без обзира на то што му је одредбама ЗПП-а обезбеђена комфорна позиција када је реч о образложењу ревизијских пресуда. ВКС неће детаљно да образлаже пресуду којом се ревизија одбија као неоснована, ако закључи да то није потребно због тога што се у ревизији понављају жалбени разлози или кад се образлагањем пресуде којом се ревизија одбија не би постигло ново тумачење права нити допринело уједначеном тумачењу права (чл. 414, ст. 2 ЗПП). Што се ово овлашћење буде више користило у ревизијским пресудама ВКС, интервенције Уставног суда ће бити све чешће.

## 6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Иако је понављање парничног поступка због одлуке Уставног суда уведено у наш правни систем пре четири године, још увек постоје бројна нерешена питања. Уставни суд је и пре увођења овог разлога за понављање парничног поступка контролисао поштовање Уставом

---

<sup>32</sup> Одлука Уставног суда Србије Уж. 2414/2009 од 5. маја 2011. године, Уставни суд Србије, База судске праксе, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 10. јун 2013.

<sup>33</sup> Атанасовски против Македоније, пресуда ЕСЉП од 14. јануара 2010. године (§§36-39), European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#i%22respondent%22>, 10. фебруар 2013.

зајемчених људских и мањинских права и слобода од стране парничних судова. У том поступку поништавао је пресуде парничних судова, па и ВКС. Увођење могућности понављања поступка због одлуке Уставног суда је створило нову ситуацију. Та ситуација је прилично неуређена. Процедура одлучивања о предлогу за понављање поступка због одлуке Уставног суда није у складу са основним начелима парничног поступка. Судови се не сналазе и различито поступају, што је јако опасно за правну сигурност. Постоји тензија у односима између Уставног суда и ВКС због захтева Уставног суда да се у поновљеном поступку поштују правни ставови изнети у његовим одлукама. Чињеница да се велики број уставних жалби подноси против одлука парничних судова је забрињавајућа и одраз је незадовољства судским одлукама и неповерења у судове. Да би се то стање изменило потребно је да судови, а нарочито ВКС дају јасна образложења за своје одлуке. Да су та образложења у довољној мери аргументована било би мање уставних жалби, а самим тим и мање одлука Уставног суда којима се поништавају одлуке парничних судова.

Када је Уставни суд изреком своје одлуке поништио одлуку надлежног парничног суда, то се може назвати принудним понављањем парничног поступка. Видели смо да је ВКС почео да истрајава у својим правним схватањима, те да и након поништаја одлуке од стране Уставног суда, одлучује на истоветан начин. То може довести до својеврсног пинг-понга између Уставног суда и ВКС чија је одлука предмет поништаја. На губитку ће првенствено бити странке у поступку, али ће бити угрожен и ауторитет правосуђа. У највећем интересу странака је да се поступак одлучивања о субјективним грађанским правима и обавезама једном оконча. Управо у том циљу је у неким земљама, у којима Уставни суд има овлашћење и да поништава одлуке редовних судова, прописана дужност редовног суда да приликом поновног одлучивања поштује правна схватања Уставног суда.<sup>34</sup> То би вероватно захтевало измене како Устава, тако и правосудно-организационих закона, чему би морала да претходи озбиљна стручна расправа. Онда то не било понављање парничног поступка, нити би се та ситуација могла уређивати одредбама ЗПП-а, већ одредбама Закона о уставном суду. До тада, проблем постоји, а неслагање унутар судске власти чини законодавну интервенцију неопходном.

<sup>34</sup> Тако је у Хрватској. Вид. Михајло Дика, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб 2004, 74 76.

Dr. Nikola Bodiroga

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## REPEATED TRIAL DUE TO THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT

### *Summary*

The main focus of this paper is on the repeated trial due to the decision of the Constitutional Court. This new ground for repeated trial has been introduced through 2009 Amendments to the Civil Procedure Code and is still present within the 2011 Serbian Civil Procedure Code. The trial completed by a final court decision may be repeated upon request of a party in a situation where Constitutional Court finds that there has been a violation or denial of constitutional rights and liberties in civil procedure, provided that this could have resulted in a different decision by a lower instance court. After quashing the decision of the competent civil court, Constitutional Court orders the case to be re-opened. On the other hand, Article 426 of Civil Procedure Code provides that trial can be repeated only upon request of the party. The Constitutional Court insists on its legal standing being followed in the repeated trial, which has already led to conflicting interpretations before the High Court in Belgrade. The author focuses its analysis on inspection of these pertinent problems from the standpoint of essential principles of civil procedure.

Key words: *Repeated trial. – Decision of Constitutional Court. – Legal opinions. – Binding force.*

Др Марко Давинић\*

## ПРИНУДНО ИСЕЉЕЊЕ И РАСЕЉАВАЊЕ УПРАВНО-ПРАВНИ АСПЕКТИ

*Аутор се у раду бави питањима принудних исељења и расељавања, првенствено са становишта управног права. У раду је детаљно анализиран поступак принудног исељења који се врши на основу Закона о становању, као и поступак расељавања неформалних насеља који се спроводи на основу Закона о планирању и изградњи и Закона о комуналним делатностима. Наведена законска решења илустрована су примерима из управне и судске праксе.*

*У раду се констатује да је питањима принудног исељења и расељавања заједничко да су адресати управних аката, по правилу, припадници рањивих друштвених група, који су искључени из основних социјалних токова и који имају отежани приступ основним људским правима. Такође, у обе ситуације се поред наведених посебних закона, супсидијарно примењују одредбе Закона о општем управном поступку, као општег процесног закона за решавање у управним стварима. Аутор закључује да комплексност, важност и деликатност наведених питања, као и очигледна недовољност постојећег правног оквира, указују на потребу за доношењем посебног закона, који би детаљно регулисао поступак принудног исељења и расељавања.*

Кључне речи: *Принудно исељење. Расељавање. Јединице локалне самоуправе. Алтернативни смештај. Адекватно становање.*

### 1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Потреба за становањем налази се у самом врху лествице људских потреба. С тим у вези, питања принудног исељења из станова и заједничких просторија стамбених зграда, односно расељавања (рушења) неформалних насеља имају огроман значај како за лица којима је овакав вид усељења и становања једини начин привременог решавања егзистенцијалних питања, тако и за државу и локалну

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, [markod@ius.bg.ac.rs](mailto:markod@ius.bg.ac.rs)

самоуправу, које настоје да реше ове проблеме на одговарајући начин.

И поред важности наведених питања, веома је мали број научних радова који су се бавили овим темама са правног, посебно управно-правног аспекта у нашој земљи,<sup>1</sup> а према нашим сазнањима не постоји научни рад у коме су обједињена оба питања (исељења и расељавања).

У домаћем праву постоји неколико основа који одређују надлежност субјеката јавне управе за исељење или расељавање лица из објеката у које су се бесправно уселила. У даљем тексту анализираћемо сваку од наведених ситуација, с тим што је рад тематски подељен на две основне целине (питање исељења и расељавања).

Поред анализе релевантних прописа, основне поставке у раду настојали смо да поткрепимо са примерима из управне и судске праксе. Основни циљ истраживања је проналажење заједничких карактеристика принудног исељења и расељавања, као и давање препорука у областима у којима постоји простор за ефикаснију заштиту права и правних интереса грађана, као и јавног интереса.

## 2. ИСЕЉЕЊЕ БЕСПРАВНО УСЕЉЕНИХ ЛИЦА

Закон о становању Републике Србије предвиђа у члану 5. да се „стамбене зграде и станови користе по основу права својине на стану и по основу закупа. Ако се неко лице усели у стан или заједничке просторије стамбене зграде без правног основа или користи стан без закљученог уговора или је поништен правни основ по коме је закључен уговор, власник стана, односно лице које има правни интерес, може код општинског органа надлежног за стамбене послове да захтева његово исељење“.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> У погледу радова из периода СФРЈ, вид.: Б. Радовановић, „Исељење стана ра који се уселио незаконито“, *Гласник Адвокатске коморе у А.П. Војводини* 3/1963, 16 20; В. Вулићевић, „Исељење бесправно уселеног лица“, *Гласник Адвокатске коморе у А.П. Војводини* 11/1965, 20 25; С. Међеводић, „Принудно исељење из друштвеног стана бесправно уселеног лица“, *Судска пракса* 9/1989, 81 86. У погледу радова који су настали након распада некадашње државе, вид.: Д. Палачковић, „Бесправно уселење“, *Зборник радова: Научни скуп Правни односи у стамбеној области*, Ниш 23. март 1994, 74 81; М. Костић, „Поступак органа управе за исељење лица из стана“, *Зборник радова: Научни скуп Правни односи у стамбеној области*, Ниш 23. март 1994, 82 89.

<sup>2</sup> Чл. 5, ст. 1 и 2 Закона о становању, *Службени гласник РС*, бр. 50/92, 76/92, 84/92 исправка, 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/94 исправка, 48/94, 44/95 др. за кон, 49/95, 16/97, 46/98, 26/01 и 101/05 др. закон и 99/11; Према подацима НВО Праксис (Praxis), само током 2010. и 2011. године, на територији 40 општина и градова у Србији, спроведено је 936 појединачних поступака за исељење на основу чл. 5

Код бесправног усељења првенствено треба разликовати ситуације када се неко лице усели у стан или заједничке просторије стамбене зграде без правног основа, од ситуација када је правни основ престао, односно поништен.

У првој ситуацији, ради се о тзв. „правом“ бесправном усељењу где се лице уселило у стамбену јединицу без правног основа (без уговора о куповини, откупу, закупу, замени, коришћењу, поклону, односно када објекат није самостално изградило, наследило и сл.).<sup>3</sup> У пракси су најчешће ситуације обијања, односно насилног отварања неусељеног стана или заједничке просторије и њиховог коришћења без правног основа.<sup>4</sup>

Са друге стране, постоји и тзв. „неправо“ бесправно усељење када је престао (отпао) или поништен правни основ становања, односно коришћења стана.<sup>5</sup> У теорији се овакав облик назива још „бесправним становањем“, чиме се наглашава да је у време усељења постојао правни основ, односно да је некадашње усељење било законито, за разлику од тренутног становања.<sup>6</sup> До оваквог облика противправности најчешће долази у случајевима када закупац неће да изађе из стана након отказа уговора о закупу, када бивши брачни партнер после развода брака неосновано остаје да живи у стану који је други брачни партнер стекао по основу наслеђа или поклоне, као и у свим ситуацијама када је суд или орган управе правоснажно утврдио да лице које станује у стану ту борави без правног основа.<sup>7</sup>

Посебан, трећи облик бесправног усељења предвиђен Законом о становању представља ситуација када постоји правни основ

---

Закона о становању. Од овог броја, чак 89% исељења спроведено је на територији града Београда. У питању су подаци који се односе на све етничке групе. Наведено према: *Анализа главних препрека и проблема у приступу Рома праву на адекватно становање*, Праксис, Београд 2013, 22, [http://www.praxis.org.rs/images/praxis\\_downloads/Izvestaj\\_pravo\\_na\\_adekvatno\\_stanovanje.pdf](http://www.praxis.org.rs/images/praxis_downloads/Izvestaj_pravo_na_adekvatno_stanovanje.pdf), 14.6.2013.

<sup>3</sup> Упор.: Д. Палачковић, 75; Закон о становању у чл. 5 ст. 2 разликује правни основ од уговора, првенствено из разлога што се у време некадашње државе (СФРЈ) станарско право најчешће стицало на основу одлуке о додели стана на коришћење (правни основ), након чега је следило закључење уговора о коришћењу. Данас, су ређе ситуације када се правни основ, разликује од уговора (таква би, на пример била ситуација када државни орган, или јединица локалне самоуправе доноси одлуку о додели стана у закуп, на основу које се закључује уговор о закупу). Другим речима, у данашњем систему, сам уговор, најчешће, представља правни основ за коришћење стана.

<sup>4</sup> Вид.: С. Лазић, *Коментар Закона о становању Републике Србије*, Савремена администрација, Београд 1992, 17.

<sup>5</sup> Закон о становању не прописује изричито ситуацију престанка правног основа (већ само његово поништење), што представља извесну правну празнину која је морала бити попуњена одговарајућом судском праксом.

<sup>6</sup> Вид.: Д. Палачковић, 76.

<sup>7</sup> Упор.: Р. Босанац, „Бесправно усељена лица“, *Политика*, 17.10.2006.

за коришћење стана (нпр. одлука о давању стана у закуп), али није закључен одговарајући уговор (нпр. уговор о закупу).<sup>8</sup> Ипак, оваква ситуација се данас ретко јавља у пракси.

У поступку исељења, поред власника стана, активно легитимисана су и лица која имају правни интерес да траже исељење (нпр. станари зграде у чије заједничке просторије се бесправно уселило неко лице). Члан 5 Закона о становању предвиђа да се захтев за исељење подноси општинском органу надлежном за стамбене послове.<sup>9</sup> У теоријском смислу, оваква ситуација представља пример двостраначке управне ствари са тзв. контрарним странкама (предлагач исељења и противник предлагача), које имају супротне интересе и које су у међусобном односу биле и пре покретања управног поступка.<sup>10</sup> Оваква ситуација је изузетак од правила о управном поступку као једностранком правном поступку. Основни разлог за њено стављање у надлежност општинском органу је претпоставка да ће је он брже решити у односу на суд, и тиме пружити ефикаснију правну заштиту власнику стана, односно лицу које има правни интерес да тражи исељење. Такође, овакве ситуације, наизглед, представљају одступање и од правила о управној ствари као неспорној ситуацији.<sup>11</sup> Наиме, овим законом је одређена надлежност општинског органа у правним стварима које имају извесна обележја спора.<sup>12</sup> Међутим, оп-

<sup>8</sup> Овакав облик разликује се и од „правог“ и од „неправог“ бесправног усељења. Наиме, овде није у питању „прави“ облик бесправног усељења пошто је у тре нутку уласка у стан постојао правни основ (нпр. одлука о давању стана у закуп). Ипак, његово усељење није било законито, пошто је обављено без закључења одговарајућег уговора (нпр. уговора о закупу), који је у овој ситуацији био неопходан.

<sup>9</sup> Чл. 5, ст. 2 Закона о становању; Месна надлежност општинског органа одређује се према месту налажења непокретности. У функционалном смислу, над лежан је, најчешће, Стамбени одсек у оквиру Одељења за имовинско правне и стам бене послове. Поред захтева за исељење бесправно усељених лица, подносилац мора да поднесе и доказ о праву својине на стану (односно о правном интересу за покретање поступка), као и доказ о плаћеним таксама. Вид.: [http://www.zvezdara.org.rs/e\\_uprava/stambeni\\_poslovi/iseljenje\\_bespravno\\_useljenih\\_lica\\_iz\\_stanova\\_i\\_zajednickih\\_prostorija.html](http://www.zvezdara.org.rs/e_uprava/stambeni_poslovi/iseljenje_bespravno_useljenih_lica_iz_stanova_i_zajednickih_prostorija.html); [http://www.palilula.org.rs/e\\_uprava/stambeni\\_poslovi/iseljenje\\_bespravno\\_useljenih\\_lica\\_iz\\_stanova\\_i\\_zajednickih\\_prostorija.html](http://www.palilula.org.rs/e_uprava/stambeni_poslovi/iseljenje_bespravno_useljenih_lica_iz_stanova_i_zajednickih_prostorija.html), 24.5.2013.

<sup>10</sup> За разлику од контрарних, колидирајуће странке нису биле у међусобном од носу пре покретања управног поступка, тако да се њихови интереси супротстављају, тј. „сударају“ тек у самом поступку (пример, две групе мештана траже, свака за себе, водопривредну сагласност, која због капацитета извора не може да буде дата и једној и другој страни). Вид.: З. Р. Томић, *Отите управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 265.

<sup>11</sup> У Закону о управним споровима управна ствар је дефинисана, као „поједи начна неспорна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произилази потреба да се будуће понашање странке ауторитативно правно одреди“. Вид. чл. 5 Закона о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/09.

<sup>12</sup> Вид.: З. Р. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, *Службени гласник*, Београд 2010, 285.



штински орган ће се и у оваквим случајевима ограничити на вођење управног поступка у погледу неспорног питања непостојања правног основа за коришћење стана, односно „када је неспорно и евидентно незаконито усељење и коришћење стана“.<sup>13</sup> Другим речима, уколико је спорно питање постојања или непостојања, а посебно пуноважности правног основа коришћења стана, општински орган ће обуставити поступак и упутити странке на парнични поступак. Н е к а д а ш њ и Врховни суд Србије је својим правним ставовима практично ограничио деловање општинског органа на случајеве „правог“ бесправног усељења, док је случајеве „неправог“ бесправног усељења (бесправног становања) ставио у надлежност судова (осим када је одлуком суда или органа управе поништен правни основ).<sup>14</sup> Овакво решење не сматрамо конзистентним и оправданим, јер уколико је спорност, односно неспорност основни критеријум разликовања надлежности суда и општинског органа, не видимо зашто би неспорне ситуације престанка правног основа коришћења стана, аутоматски биле у надлежности судова (нпр. код истека уговора о закупу стана закљученог на одређено време). На тај начин су власници станова у наведеним ситуацијама онемогућени да остваре своја права у управном поступку, који је (или би бар требало да буде) бржи и ефикаснији од судског поступка.

Такође, надлежност општинског органа према поменутом члану искључиво се тиче исељења из стана или заједничке просторије стамбене зграде. Дакле, у свим другим ситуација неће бити надлежан општински орган, већ суд у парничном поступку (нпр. у случају исељења из просторија зграде за становање војника,<sup>15</sup> из собе самачког хотела,<sup>16</sup> из атељеа,<sup>17</sup> из шупе<sup>18</sup> и сл.). Коначно, суд ће бити надлежан и када се ради о захтеву за исељење из бесправно изграђених објеката.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> Из пресуде Управног суда, У. 1568/10 од 12. 5. 2011. Наведено према: *Збирка актуелне судске праксе 2013 (Стамбено право)*, Пословни биро, Београд 2013, 6.

<sup>14</sup> Вид. правне ставове Одељења за управне спорове Врховног суда Србије од 28.12.1994. године и 18.1.1995. године. Наведено према: С. Вуковић, *Коментар Закона о становању (са судском праксом, обрасцима и регистром појмова)*, Пословни биро, Београд 2004, 32.

<sup>15</sup> Окружни суд у Београду, У 1094/99.

<sup>16</sup> Окружни суд у Београду, У 1451/98.

<sup>17</sup> Окружни суд у Београду, У 539/98 и Врховни суд Србије Увп. И. 266/98.

<sup>18</sup> Окружни суд, Крагујевац, У 148/86. Наведено према: С. Вуковић, 20 22, 29.

<sup>19</sup> Вид. Закључак VIII бр. 360 70/12 Одељења за имовинско правне и стамбене послове Градске општине Звездара у Београду којим се одбацује захтев за исељење као поднет стварно ненадлежном органу.

Закон о становању утврђује да је поступак пред општинским органом хитан,<sup>20</sup> али не разрађује ближе ову одредбу,<sup>21</sup> због чега се као супсидијарне примењују норме Закона о општем управном поступку.<sup>22</sup>

Решењем којим се уважава захтев и налаже исељење лица из стана одређује се и парични рок (најчешће између једног и три дана) у коме је лице дужно то да уради. Овако кратак рок сматрамо непримереним и несразмерним,<sup>23</sup> посебно ако се узме у обзир чињеница да су адресати акта често припадници угрожених социјалних група (пре свега избегла и интерно расељена лица), којима се, по правилу, не нуди нити обезбеђује било какав алтернативни смештај.<sup>24</sup> Овакви случајеви принудног исељења често пролазе незапажено управо зато што се не ради о већим неформалним насељима који привлаче пажњу јавности, па самим тим и обзирније опхођење надлежних органа.<sup>25</sup>

Такође, жалба на решење о исељењу лица које се уселило у стан или заједничке просторије стамбене зграде без правног основа, не задржава извршење решења.<sup>26</sup> Дакле, жалба нема суспензивно

<sup>20</sup> Чл. 5, ст. 3 Закона о становању.

<sup>21</sup> Упор.: М. Костић, 89.

<sup>22</sup> Вид.: чл. 208 Закона о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/01 и *Службени гласник РС*, бр. 30/10.

<sup>23</sup> Занимљиво је да је Уставни суд Србије поступајући по уставним жалбама Уж 4371/2011 и Уж 496/2009, које су се односиле на исељења из станова на основу пресуда у парничном поступку, заузео становиште да је чак и рок за исељење од 15 дана непримерен јер се према пракси Европског суда за људска права „која се односи на примену права на дом, гарантованог чланом 8 ставом 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, упућује на то да се, у циљу заштите овог права сваком лицу, без обзира на постојање правно ваљаног основа по коме живи у стану, мора омогућити примерен рок да се из стана исели, ако је исељење последица одлуке надлежног органа власти“. Наведено према: *Извештај Праксиса (Анализа главних препрека...)*, 39 фн. 68.

<sup>24</sup> Истраживање Праксиса спроведено током 2012. године показало је да 74% градова и општина обухваћених упитницима не располаже алтернативним смештајем. Утврђено је и да органи управе који спроводе исељења нису свесни постојања обавеза које произлазе из ратификованих међународних уговора, а не само из Закона о становању. Вид. опширно: *Исто*, 65-66.

<sup>25</sup> Привремено збрињавања лица је од посебног значаја, имајући у виду да бројне међународне конвенције које је Република Србија ратификовала, као и пракса Европског суда за људска права налажу да исељење не може да има за последицу бескућништво, већ да надлежни органи морају да обезбеде адекватан алтернативни смештај или друге компензаторне мере ако лице које се исељава није у могућности да их само обезбеди. Видети Заједничко саопштење Центра за права мањина, Регионалног центра за мањине и Центра за екологију и одрживи развој: [http://www.mrc.org.rs/sr/saopstenja/2010/154\\_odlukom\\_gradskih\\_vlasti\\_vie\\_od\\_trideset\\_roma\\_na\\_ulici.html](http://www.mrc.org.rs/sr/saopstenja/2010/154_odlukom_gradskih_vlasti_vie_od_trideset_roma_na_ulici.html), 31.5.2013.

<sup>26</sup> Чл. 5, ст. 4 Закона о становању.

дејство искључиво у ситуацијама „правог“ бесправног усељења, док овакво дејство жалбе постоји у осталим ситуацијама (када лице користи стан без закљученог уговора, или је поништен правни основ усељења). Јасно је да је на овај начин законодавац желео да убрза поступак у првој групи ситуација, због већег степена друштвене опасности који карактерише овакве случајеве.

Уколико се противник предлагача не исели из стана у року који је одређен решењем, предлагач може да тражи његово иселење принудним путем (административно извршење). Оно се спроводи на основу решења које постало извршно и на основу закључка о дозволи извршења,<sup>27</sup> и по правилу га спроводи орган који је ствар решавао у првом степену.<sup>28</sup> Закључком се констатује да је решење постало извршно и истовремено се одређују начин и средства извршења.<sup>29</sup> Против овог закључка може се изјавити жалба другостепеном органу која се односи само на извршење, и којом се не може побијати правилност решења које се извршава. Ипак, жалба не одлаже започето извршење.<sup>30</sup>

Противник предлагача ће посебним писменом бити обавештен о датуму и начину извршења. Иако није предвиђена Законом о општем управном поступку, овакву праксу сматрамо добром и оправданом, пошто се наведеним обавештењем противнику предлагача пружају потпуне информације о наступајућем иселењу и даје додатно време да се самостално исели.

Коначно, на захтев органа који спроводи извршење, полиција је дужна да обезбеди помоћ у спровођењу извршења.<sup>31</sup>

Уколико се у току трајања управног поступка противник предлагача добровољно исели из стана, општински орган ће обуставити поступак закључком, против кога је допуштена посебна жалба.<sup>32</sup>

Од посебног значаја је да се у току поступка принудног иселења поштује начело сразмерности. Оно подразумева да ће се извршење спровести на онај начин и применом оног средства који доводе до циља, а који су по противника предлага (извршеника) најблажи.<sup>33</sup>

Такође, неопходно је рестриктивно тумачење одредби о времену принудног извршења које предвиђају да се недељом, у дане

<sup>27</sup> Чл. 269, ст. 1 Закона о општем управном поступку.

<sup>28</sup> Чл. 267, ст. 1 Закона о општем управном поступку.

<sup>29</sup> Чл. 268, ст. 1 Закона о општем управном поступку.

<sup>30</sup> Чл. 270, Закона о општем управном поступку.

<sup>31</sup> Вид.: 267, ст. 3 Закона о општем управном поступку; Вид., такође: чл. 3 и 16 Закона о Полицији, *Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 63/2009, 92/2011.

<sup>32</sup> Вид.: чл. 271, ст. 1 Закона о општем управном поступку.

<sup>33</sup> Вид.: чл. 263, ст. 1 Закона о општем управном поступку.

државних празника и ноћу радње извршења могу спровести само ако постоји опасност од одлагања и ако је орган који спроводи извршење издао за то писмени налог.<sup>34</sup> Занимљиво је да ни ЗУП, као ни други домаћи прописи не предвиђају обавезу одлагања извршења (исељења) услед неповољних временских прилика,<sup>35</sup> за разлику од одговарајућих међународних докумената.<sup>36</sup>

### 3. РАСЕЉАВАЊЕ НЕФОРМАЛНИХ НАСЕЉА

Неформална насеља је врло тешко дефинисати, с обзиром на сложеност проблематике, велики број појмова који се под њима подразумева и специфичне околности сваког конкретног случаја. Једна од могућих дефиниција је да су то спонтано настала насеља или насеља изграђена без поштовања законом утврђених процедура и прописа.<sup>37</sup> У сваком случају, неформална насеља представљају један од могућих облика бесправне градње која подразумева изградњу или доградњу, адаптацију или реконструкцију стамбеног или неког другог (пословног, помоћног и другог) објекта без прописане урбанистичке и/или грађевинске дозволе.<sup>38</sup> Наравно, питања бесправне градње и неформалних насеља могу се посматрати са више различи-

<sup>34</sup> Вид.: чл. 263, ст. 2 Закона о општем управном поступку.

<sup>35</sup> Тако су евидентирани бројни случајеви исељења, упркос неповољним временским приликама (нпр. исељење мајке са шесторо малолетне деце, из стана у Љешкој улици у Београду, крајем октобра 2011. године). Такође, шесточлана породица Р. примила је у децембру 2012. године од Градске општине Нови Београд решење о исељењу из стана у који се бесправно уселила након претходног принудног исељења. Исељење ове породице интерно расељених лица било је заказано за 20. децембар 2012. године, али је на инсистирање Праксиса и Заштитника грађана одложено због неповољних временских прилика. Наведено према: *Извештај Праксиса (Анализа главних препрека...)*, 37-38.

<sup>36</sup> Вид. пар. 49 Основних принципа и смерница УН у вези са принудним исељењима и расељавањима заснованим на развоју, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/ForcedEvictions.aspx>, 30.5.2013.

<sup>37</sup> Просторни план Републике Србије од 2010. до 2020. године, Социјални развој и социјална кохезија (тачка 2.5), 203; У нашем језику се за ову појаву користе и термини спонтана, бесправна, нехигијенска и дивља насеља. Такође, израз фавела (favella), којим се означава овакав тип насеља у Бразилу, превазишао је временом оквиру португалског говорног подручја и постао је универзални термин у различитим деловима света. Сличну судбину је имао и енглески израз слам (slum).

<sup>38</sup> Просторни план Републике Србије од 2010. до 2020. године, Социјални развој и социјална кохезија (тачка 2.5), 203; Процењује се да у Републици Србији има и до милион бесправно саграђених објеката. О њиховој типологији, видети опширно: В. А. Милић, К. Петовар, Р. Чолић, „Бесправна изградња у Србији: генеза и перспективе решавања проблема“, 10-12. [http://www.arh.bg.ac.rs/upload/0708/Osnovne\\_akademske\\_studije/semestar\\_06/Sociologija\\_1/13%20Bespravna%20izgradnja%20i%20uzurpacija.pdf](http://www.arh.bg.ac.rs/upload/0708/Osnovne_akademske_studije/semestar_06/Sociologija_1/13%20Bespravna%20izgradnja%20i%20uzurpacija.pdf), 1.6.2013.

тих аспеката који су међусобно повезани (урбанистички, архитектонски, правни, политички, социолошки, и др.). И поред настојања да се ограничимо на управно-правни аспект ових питања, свесни смо да се посматрање ове проблематике и из ванправне визуре појављује као неизбежно, често и неопходно за њено боље разумевање.

При томе, у овом делу рада ћемо посебну пажњу посветити питању расељавања неформалних насеља, због велике друштвене опасности коју оно имплицира. Наиме, њихово расељавање захтева посебну одговорност државе, пошто се, због немогућности легализације већине оваквих насеља,<sup>39</sup> јавља опасност од бескућништва њихових становника. То значи да ова лица обично немају алтернативни смештај, осим оног који им понуди и обезбеди држава.<sup>40</sup> Другим речима, док актери бесправне градње могу да буду како сиромашни, тако и врло богати и утицајни чланови друштва (политичари и тајкуни), дотле су становници неформалних насеља, по правилу, припадници најсиромашнијих слојева становништва. Расељавање неформалних насеља често се показује као једино решење, не само због чињенице да се ова насеља појављују као препрека развоју градских средина, него и због нехуманих услова у којима живе њихови становници.<sup>41</sup>

Неформална насеља настају и шире се из неколико разлога, при чему се као доминантан јавља неравномеран регионални развој, што за последицу има миграције из мањих и слабије развијених средина у урбане центре.<sup>42</sup> Такође, овом проблему доприноси и непостојања расположивог земљишта и смештаја за угрожене социјалне групе,

<sup>39</sup> Оваква насеља се не могу легализовати јер су најчешће изграђена на површинама јавне намене и то од материјала који не обезбеђује њихову трајност и сигурност. Многа неформална насеља се налазе и на површинама које су неповољне за грађење. Закон о легализацији објеката, тако предвиђа да се, између осталог, не може легализовати објекат: „изграђен, односно реконструисан на земљишту неповољном за грађење (клизишта, мочварно тло и сл.); изграђен, односно реконструисан од материјала који не обезбеђује трајност и сигурност објекта; изграђен на површинама јавне намене, односно на земљишту планираном за уређење или изградњу објеката јавне намене за које се, у складу са одредбама посебног закона, утврђује јавни интерес (...)“; Вид.: чл. 3, ст. 1 Закона о легализацији објекта, (*Службени гласник РС*, бр. 95/13).

<sup>40</sup> Како је нагласио Заштитник грађана, „постојећи правни прописи Републике Србије не познају обавезу обезбеђивања нужног смештаја, али је Заштитник грађана у више наврата у својим препорукама указивао на потребу обезбеђивања ове врсте смештаја, посебно када су у питању принудна иселења социјално угрожене породице.“ Допис бр. 16 3944/12 од 1. фебруара 2013. године. Наведено према: *Извештај Праксиса (Анализа главних препрека...)*, 49 фн. 90.

<sup>41</sup> Упор.: *Извештај са препорукама Заштитника грађана о расељавању неформалног ромског насеља поред „Белвила“*, Београд, 23. јул 2012, 10, <http://www.ombudsman.rs/attachments/BELVIL.pdf>, 7. 6. 2013.

<sup>42</sup> Упор.: Д. Стојановић, „Бесправна стамбена изградња“, *Форум човек и право*, 11 12/1991, 62.

одсуство адекватне политике за њихову социјалну интеграцију, као и недовољно развијени управни капацитети, посебно на локалном нивоу.<sup>43</sup> Овим разлозима који су универзалног карактера треба додати и специфичности Србије које се тичу великог прилива избеглих и интерно расељених лица услед ратова на простору некадашње Југославије.

Расељавање неформалних насеља се првенствено врши на основу Закона о планирању и изградњи. Ипак, уклањање појединих објеката могуће је и на основу Закона о комуналним делатностима.

Законом о планирању и изградњи<sup>44</sup> предвиђено је да је у вршењу инспекцијског надзора грађевински инспектор овлашћен да, између осталог, нареди решењем уклањање објекта или његовог дела, ако се објекат гради или је његово грађење завршено без грађевинске дозволе.<sup>45</sup> Управо ова одредба Закона, најчешћи је основ за уклањање објеката у неформалним насељима. Решење о уклањању објекта, односно његовог дела односи се и на делове објекта који нису описани у решењу о рушењу, а настали су након састављања забележбе (записника о извршеном инспекцијском прегледу) и чине једну грађевинску целину.<sup>46</sup>

Решење о уклањању објекта, односно његовог дела, одређује се и парижони рок у коме је инвеститор дужан да уклони објекат или његов део.<sup>47</sup> Овај рок често износи само један дан, што га чини непримереним и несразмерним у односу на активност која се налаже адресату акта (уклањање објекта у коме је живео у дужем временском периоду).

Против решења грађевинског инспектора може да се изјави жалба у року од 15 дана од дана пријема решења, која не одлаже његово извршење (као и код „правог“ неправног уселења).<sup>48</sup>

<sup>43</sup> Вид. опширно: [http://www.unhabitat.kosovo.org/repository/docs/1\\_s\\_copy%20.pdf](http://www.unhabitat.kosovo.org/repository/docs/1_s_copy%20.pdf), 7.6.2013.

<sup>44</sup> *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 81/09 испр., 64/10 одлука УС, 24/11, 121/12 и 42/13 одлука УС.

<sup>45</sup> Чл 176, ст. 1, тач. 1 Закона о планирању и изградњи; према овом закону, објекат је грађевина спојена са тлом, која представља физичку, функционалну, техничко технолошку или биотехничку целину (зграде свих врста, саобраћајни, водопривредни и енергетски објекти, објекти инфраструктуре електронских комуникација кабловска канализација, објекти комуналне инфраструктуре, индустријски, пољопривредни и други привредни објекти, објекти спорта и рекреације, гробља, склоништа и сл.). Чл 2, ст. 1, тачка 22 Закона о планирању и изградњи.

<sup>46</sup> Чл 176, ст. 2 Закона о планирању и изградњи.

<sup>47</sup> Чл 183, ст. 2 Закона о планирању и изградњи.

<sup>48</sup> Чл 184, ст. 1 и 8 Закона о планирању и изградњи. Чињеница да жалба не одлаже извршење решења утиче да велики број становника неформалних насеља не користи ово правно средство, па самим тим губе и право на вођење управног спора.

Решење о уклањању објекта, односно његовог дела, извршава републички, покрајински, односно орган јединице локалне самоуправе надлежан за послове грађевинске инспекције, који формира посебну организациону јединицу за извршење поменутог решења.<sup>49</sup> Надлежни грађевински инспектор ће овој јединици доставити решење о уклањању објекта, са закључком о дозволи извршења решења, у циљу спровођења.<sup>50</sup>

Ако извршеник сам не спроведе извршење решења оно ће бити извршено преко привредног друштва, односно другог правног лица или предузетника, на терет извршеника.<sup>51</sup> На захтев организационе јединице, надлежна полицијска управа ће пружити полицијску помоћ ради омогућавања спровођења решења.<sup>52</sup>

Закон о планирању и изградњи, уосталом као ни остали законски и подзаконски прописи, не предвиђа обавезу органа да обезбеди алтернативан смештај лицима која су принудно исељена из неформалних насеља, што је неопходно променити у наредном периоду.

Расељавање делова неформалног насеља може да се врши и на основу Закона о комуналним делатностима,<sup>53</sup> када поједини објекти (шупе, дашчаре и сл.)<sup>54</sup> немају карактер објекта дефинисаног Законом о планирању и изградњи.<sup>55</sup>

Такође, тиме губе право и да Управном суду поднесу захтев за одлагање извршења решења пре покретања управног спора, у складу са чл. 23, ст. 3, тач. 2 Закона о управним споровима (*Службени гласник РС*, бр. 111/09). Наравно, томе у великој мери доприноси њихово незнање и неуконост, односно непостојање адекватних служби за пружање бесплатне правне помоћи. Упоредити: *Извештај Праксиса (Анализа главних препрека...)*, 40 41.

<sup>49</sup> Чл. 171, ст. 1 и 2 Закона о планирању и изградњи.

<sup>50</sup> Чл. 171, ст. 3 Закона о планирању и изградњи.

<sup>51</sup> Чл. 171, ст. 6 Закона о планирању и изградњи.

<sup>52</sup> Чл. 171, ст. 8 Закона о планирању и изградњи.

<sup>53</sup> *Службени гласник РС*, бр. 88/11.

<sup>54</sup> Иако се за уклањање оваквих објеката на територији града Београда комунални инспектори често позивају и на одредбе Одлуке о условима и начину постављања привремених објеката на јавним површинама у Београду (*Службени лист града Београда*, бр. 31/02, 11/05, 29/07, 61/09, 24/10), сматрамо да то није добра пракса, пошто дефиниција привремених објеката из ове одлуке не обухвата бесправно подигнуте дашчаре, шупе и сл. У оваквим ситуацијама правни основ за уклањање бесправно подигнутих објеката, поред Закона о комуналним делатностима, требало би да буде Одлука о комуналном реду у којој се наглашава следеће: „Забрањено је на површинама јавне намене и на површинама у јавном коришћењу остављати и смештати објекте као што су дашчаре, гараже, оставе, шупе и слично“. Истом одлуком предвиђено је и овлашћење комуналног инспектора да нареди уклањање оваквих објеката. Вид.: чл. 22, ст. 3 и чл. 61 Одлуке о комуналном реду (*Службени лист града Београда*, бр. 10/2011 и 60/2012).

<sup>55</sup> Вид., већ поменути, чл 2, ст. 1, тач. 22 Закона о планирању и изградњи којим се дефинише шта је објекат у смислу овог закона.

Комунални инспектор има право и дужност да у вршењу инспекцијског надзора, између осталог, наложи решењем уклањање ствари и других предмета са површина јавне намене ако су они ту остављени противно прописима.<sup>56</sup> Он ће наредити решењем кориснику, односно сопственику, ако је присутан, да одмах уклони те ствари, односно предмете, под претњом принудног извршења.<sup>57</sup> Ако се наведена лица не налазе на лицу места, комунални инспектор ће, без саслушања странке, донети решење којим ће наложити да се ствари и други предмети уклоне у одређеном року, који се може одредити и на минуте.<sup>58</sup> Решење се лепи на ствари, односно предмете уз назначење дана и часа када је налепљено и тиме се сматра да је достављање извршено, а доцније оштећење, уништење или уклањање овог решења не утиче на ваљаност достављања.<sup>59</sup> Ако адресати акта не поступе по датом налогу, комунални инспектор ће одредити да се ствари и други предмети уклоне о трошку корисника, односно сопственика, на место које је за то одређено.<sup>60</sup> Као и у ранијим ситуацијама, жалба против решења о уклањању не одлаже његово извршење.<sup>61</sup> У обављању послова комунални инспектор сарађује са комуналном полицијом и инспекцијским службама Републике Србије, у складу са законом.<sup>62</sup>

Расељавања која су у протеклих неколико година привукла велику пажњу јавности, односе се на некадашња неформална насеља испод моста Газела, поред стамбено-пословног комплекса „Белвил“ и у улици др Ивана Рибара у блоку 72 на Новом Београду.<sup>63</sup> Она су, углавном, протицала без употребе силе, а лица су превезена до мобил-

<sup>56</sup> Чл. 34, ст. 1, тач. 10 Закона о комуналним делатностима.

<sup>57</sup> Упор.: чл. 36, ст. 1 Закона о комуналним делатностима.

<sup>58</sup> Упор.: чл. 36, ст. 2 Закона о комуналним делатностима.

<sup>59</sup> Упор.: чл. 36, ст. 3 Закона о комуналним делатностима.

<sup>60</sup> Упор.: чл. 36, ст. 4 Закона о комуналним делатностима.

<sup>61</sup> Упор.: чл. 36, ст. 7 Закона о комуналним делатностима.

<sup>62</sup> Упор.: чл. 38 Закона о комуналним делатностима.

<sup>63</sup> О овим расељавањима, видети опширно: *Извештај са препорукама Заштитника грађана о расељавању неформалног ромског насеља поред „Белвила“*, Београд, 23. јул 2012, <http://www.ombudsman.rs/attachments/BELVIL.pdf>, 7. 6. 2013; *Дом је више од крова над главом, Ромима је ускраћено право на одговарајући смештај у Србији*, Амнести Интернешнал (Amnesty International), Лондон 2011, [http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR70/001/2011/en/4b697e43\\_a8aa\\_4d06\\_81b8\\_fb5e6f1e8648/eur700012011sr.pdf](http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR70/001/2011/en/4b697e43_a8aa_4d06_81b8_fb5e6f1e8648/eur700012011sr.pdf), 7. 6. 2013; *Након Белвила Србији су потребни нови закони против принудних исељења*, Амнести Интернешнал (Amnesty International), Лондон 2012, [http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR70/015/2012/sr/32cfb87a\\_83e8\\_4cc9\\_9044\\_82e8b6be37eb/eur700152012sr.pdf](http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR70/015/2012/sr/32cfb87a_83e8_4cc9_9044_82e8b6be37eb/eur700152012sr.pdf), 7. 6. 2013; *Препорука надлежним државним органима у вези са расељавањем ромских породица са локације у улици др Ивана Рибара у Блоку 72 на Новом Београду и свим будућим расељавањем неформалних ромских насеља*, Заштитник грађана, 5. 12. 2011, [http://www.pravatanjina.rs/index.php/sr/podaci/dokumenta/483\\_preporuka\\_nadlenim\\_dravnim\\_organima\\_u\\_vezi](http://www.pravatanjina.rs/index.php/sr/podaci/dokumenta/483_preporuka_nadlenim_dravnim_organima_u_vezi)



них стамбених јединица на периферији Београда и у унутрашњости Србије (у зависности од свог пребивалишта).

Контејнерска насеља (мобилне стамбене јединице) представљају несумњиво бољу солуцију од услова у којима су становници неформалних насеља раније живели, али она не смеју прерасти од привременог у трајно решење за ова лица.<sup>64</sup> С тим у вези, Народна скупштина Републике Србије усвојила је 2009. године Закон о социјалном становању,<sup>65</sup> којим су постављене претпоставке за решавање стамбених проблема најугроженијих слојева становништва.<sup>66</sup> Овим законом утврђује се лица која имају право да конкуришу за социјалне станове, основна мерила за утврђивање реда првенства за решавање стамбених потреба, при чему је предвиђено да ће се посебна предност дати рањивим друштвеним групама.<sup>67</sup>

Иако су ове групе веома широко дефинисане и не укључују само становнике неформалних насеља, односно кориснике мобилних стамбених јединица,<sup>68</sup> сматрамо да би искључивање било које од поменутих група представљало облик негативне дискриминације (уместо позитивне, како је замишљена). Са друге стране, не сматрамо добрим решењем отворени карактер њиховог одређивања („...као и припадници других социјално рањивих група“), с обзиром на могуће проблеме у пракси у вези са тумачењем ове одредбе.

---

*sa raseljavanjem romskih porodica sa lokacije u ulici dr ivana ribara u bloku 72 na novom beogradu i svim budućim raseljavanjem neformalnih romskih naselja*, 7.6.2013.

<sup>64</sup> Како је истакнуто у Извештају Заштитника грађана, „упркос томе што контејнери у које су пресељени нису трајно и идеално стамбено решење, (грађани

М. Д.) имају неупоредиво боље услове живота и подршку надлежних служби (образовање, социјална помоћ, заштита здравља, лична документа, транспорт, запошљавање) него тамо где су раније живели. То, међутим, није довољно за потпуну интеграцију, а забрињава то што са протеком времена проблеми нарастају, уместо да се смањују“. *Извештај са препорукама Заштитника грађана (Белвил)*, 3.

<sup>65</sup> *Службени гласник РС*, бр. 72/09.

<sup>66</sup> У складу са чл. 3 и 5 овог закона Влада је донела Националну стратегију социјалног становања, *Службени гласник РС*, бр. 13/12. Вид. комплетан текст Стратегије: <http://www.rha.gov.rs/propisi/> (16. 6. 2013).

<sup>67</sup> Под рањивим друштвеним групама Закон подразумева: младе, децу без родитељског старања, самохране родитеље, породице са више деце, самачка домаћинства, лица преко 65 година старости, особе са инвалидитетом, личне војне инвалиде, породичне војне инвалиде, цивилне инвалиде рата, избеглице и интерно расељена лица, Роме, као и припаднике других социјално рањивих група. Чл. 10, ст. 3 Закона о социјалном становању.

<sup>68</sup> Према подацима Секретаријата за социјалну заштиту Града Београда у периоду од 2009. до септембра 2012. године укупно 31 породица (182 особе) добиле су социјалне станове на коришћење, а да су претходно били корисници мобилних стамбених јединица. Наведено према: Допис Секретаријата за социјалну заштиту (бр. XIX 07 551 19/2012 од 4.9.2012), достављен на захтев НВО Практис.

Законом је предвиђено и да се средства за социјално становање обезбеђују из буџета Републике Србије, донација, домаћих и иностраних кредита и других извора.<sup>69</sup>

Такође, Законом о експропријацији предвиђено је да Влада може да утврди јавни интерес за експропријацију ако је експропријација неопходности неопходна, између осталог, за изградњу станова којима се решавају стамбене потребе социјално угрожених лица.<sup>70</sup>

Коначно, државни органи и локална самоуправа морају да предузму адекватне мере, како би сила и принуда код расељавање неформалних насеља били употребљени само као последње средство задовољавања јавног интереса. Претходно, неопходно је дефинисање и мапирање свих неформалних насеља у Републици Србији, као и њихова класификација у зависности од тога да ли је могућа легализација, или је нужно њихово расељавање на алтернативне локације.

Такође, потребно је доношење посебне стратегије која би се бавила искључиво питањима расељавања неформалних насеља, с обзиром да се постојећи стратешки документи баве појединачним аспектима овог проблема.<sup>71</sup> Истовремено, неопходно је приступити изради прописа којима ће се ближе уредити обавезе и начин поступања надлежних органа у случају њиховог расељавања.<sup>72</sup> При томе, посебан значај треба дати консултативном процесу на коме становници неформалних насеља морају да имају могућност да изнесу своје предлоге и алтернативе у односу на решења која им се нуде. Такође, пружању свих релевантних информација у вези са расељавањем појављује се као елементарни услов за легитимност оваквих акција.

Међутим, и поред настојања цивилног сектора да иселења и расељавања никада не буду принудна (што је идеал коме треба тежи-

<sup>69</sup> Вид. чл. 8 Закона о социјалном становању; тако је у априлу 2013. године ЕУ издвојила 3,6 милиона евра за трајни стамбени смештај 202 породице из некадашњих неформалних насеља „Белвил“ и „Газела“, а које су тренутно смештене у мобилним стамбеним јединицама у Макишу. Предвиђено је да становници буду изграђени у наредне две године. Вид.: [http://www.tanjug.rs/novosti/83164/u\\_naredne\\_dve\\_godine\\_stanovi\\_za\\_202\\_romske\\_porodice.htm](http://www.tanjug.rs/novosti/83164/u_naredne_dve_godine_stanovi_za_202_romske_porodice.htm), 17.6.2013.

<sup>70</sup> Вид. чл. 20, ст. 1 Закона о експропријацији, *Службени гласник РС*, бр. 53/95, *Службени лист СРЈ*, бр. 16/01 одлука СУС и *Службени гласник РС*, бр. 20/09.

<sup>71</sup> Вид.: Стратегија за унапређивање положаја Рома у Републици Србији, *Службени гласник РС*, бр. 27/09; Национална стратегија за решавање питања из беглица и интерно расељених лица за период од 2011. до 2014. године, *Службени гласник РС*, бр. 17/11; Национална стратегија социјалног становања, *Службени гласник РС*, бр. 13/12; Стратегија за смањење сиромаштва у Србији, <http://www.prsp.gov.rs/dokumenta.jsp>, 18.6.2013.

<sup>72</sup> Упор.: *Извештај са препорукама Заштитника грађана (Белвил)*, 40-41; *Извештај Праксиса (Блок 72)*, 9-10.

ти), држава ће у одређеним ситуацијама бити принуђена да иступа са позиције јаче воље и да ауторитативно (не и ауторитарно) штити јавни интерес. Уосталом, и Комитет УН за економска, социјална и културна права је нагласио да се принудно исељење и расељавање сматрају оправданим, уколико су изведени „уз строго поштовање релевантних одредаба међународног права људских права и у складу са општим начелима разумности и пропорционалности“<sup>73</sup>.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Питања принудног исељења и расељавања у Србији нарочито су интензивирани након ратова на просторима бивше Југославије, који су за последицу имали велики број избеглих и интерно расељених лица. Многа од њих нису успела да реше своје стамбене проблеме на легалан начин. У том смислу, улазак у неусељен стан (зграду), или стихијско формирање неформалних насеља појавили су се као једини начин да ова лица обезбеде, макар и привремен кров над главом. Оваквој ситуацији је посебно допринела велика економске криза, која се из свог епицентра (САД), проширила и на остатак света, са посебно разорним последицама на недовољно развијене земље, каква је Србија.

Питања принудног исељења и расељавања подвргнута су различитим правним режимима у нашој земљи. Тако је за принудно исељење из станова или заједничких просторија зграда према Закону о становању надлежан општински орган, у погледу неспорних ситуација непостојања правног основа за коришћење стана (у спорним ситуацијама надлежан ће бити парнични суд). Са друге стране, расељавање неформалних насеља врши се на основу решења грађевинског инспектора на основу Закона о планирању и изградњи, односно решења комуналног инспектора на основу Закона о комуналним делатностима (у зависности од карактера објекта чије се уклањање налаже).

Оно што је заједничко за обе ситуације је да су адресати управних аката, по правилу, припадници рањивих друштвених група, који су искључени из основних социјалних токова и имају отежани приступ основним људским правима (пре свега, Роми, као и избегла и интерно расељена лица). Такође, органи који решавају у обе ситуације су, по правилу, органи јединица локалне самоуправе, а као последица и принудног исељења и расељавања јавља се бескућништво, односно становање у неадекватним условима (контејнерским насељима). Ко-

<sup>73</sup> Општи коментар 7 Комитета УН за економска, социјална и културна права, 14. Наведено према: *Дом је више од крова над главом*, 24, 66.

начно, у обе ситуације се поред наведених посебних закона, супсидијарно примењују одредбе Закона о општем управном поступку, као општег процесног закона за решавање у управним стварима.

Ипак, комплексност, важност и деликатност наведених питања, као и очигледна недовољност постојећег правног оквира указују на потребу за доношењем посебног закона, који би детаљно регулисао поступак принудног иселења и расељавања. Посебна пажња у овом закону била би посвећена питањима консултација, рокова за иселење, времена иселења, обезбеђења алтернативног смештаја, правних средстава (суспензивног дејства жалбе), правне помоћи, употребе силе и принуде као последњег средства задовољења јавног интереса и сл. Такође, овај закон би инкорпорисао и учинио „видљивим“ основне међународне стандарде људских права у области принудног иселења и расељавања. На тај начин, он би олакшао рад службеника јавне управе, када решавају о питањима принудног иселења и расељавања, као и судија Управног суда, када одлучују о законитости коначних појединачних аката.

Овај закон би, уз постојећи Закон о социјалном становању, представљао темељ трајног решавања стамбених проблема најугроженијих слојева становништва. Коначно, држава би доношењем оваквог закона штитила не само права рањивих социјалних група, већ у великој мери и јавни интерес, у смислу бескомпромисног спречавања будућих бесправних уселења и појаве нових неформалних насеља. На тај начин, она би истовремено обезбедила заштиту права грађана и јавног интереса, потврђујући на тај начин једно од основних начела управног поступка.

Dr. Marko Davinić

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## FORCED EVICTIONS AND DISPLACEMENTS ADMINISTRATIVE LAW ASPECTS

### *Summary*

In this paper the issues of forced eviction and displacement are analyzed, primarily from the standpoint of administrative law. The author explains the process of forced evictions that have been carried out under the Housing Act and the process of displacement of informal settlements

that have been conducted on the basis of both the Law on Planning and Construction and the Law on Communal Activities. Corresponding legal provisions are illustrated by examples from administrative practice and jurisprudence.

The author argues that the issues of forced eviction and displacement share a commonality in that the addressees of administrative acts are, as a rule, members of vulnerable social groups who are excluded from basic social trends and who have limited access to basic human rights. Furthermore, in both situations, provisions of the Administrative Procedure Act are implemented as being subsidiary. The author concludes that the complexity, importance, and delicacy of the above questions, as well as the obvious insufficiency of the existing legal framework, indicate the need for the enactment of a special law that would regulate a process of forced evictions and displacements in greater detail.

Key words: *Forced eviction. – Displacement. – Local self-government units. – Alternative accommodation. – Adequate housing.*

Др Горан Дајовић\*

## ПРИРОДА ПРАВНЕ ТЕОРИЈЕ РОНАЛДА ДВОРКИНА

*На основно питање јуриспруденције „Шта је право?“ Дворкинова правна теорија покушава да одговори на помало необичан начин. Наиме, Дворкин сматра да се право не заснива на конвенционалном правилу (које Харт назива правилом признања), него да је оно мешавина правила и принципа, те (на основу њих донетих) институционалних одлука које су засноване не специфичном начину интерпретације тих правила и принципа од стране судова. Изглед ове теорије и њен одговор на питање шта је право је управо и необичан због Дворкиновог схватања да је теорија права (јуриспруденција) заправо „општи део судског одлучивања, тихи пролог свакој правној одлуци,“ дакле једна врста увода у теорију судског одлучивања и да с друге стране сврха права схваћена на сасвим одређен начин као оправдање државне принуде „диктира“ начин тог одлучивања.*

*Отуда су и све идиосинкразије његове теорије (њена пароксијалност, њена нормативна усмереност и њене основне поставке о томе шта је право) укоренење управо у овом Дворкиновом основном ставу о функцији правне теорије и сврси самог права. За њега правна теорија не служи да боље разумемо (објаснимо) право, него да га што боље применимо, а то значи да доносимо одлуке на основу права „схваћеног у најбољем светлу“ а имајући на уму да је сврха права да пружи опште оправдање за употребу државне принуде. Ипак, овакав прилаз уноси теорије и опште, објашњењу права, те сврси права као таквог, доводи у Дворкиновом случају до искривљене слике о праву какво оно јесте (у стању мировања). Служећи се језиком квантне физике, може се рећи да поглед на право као „талас“ не доводи до исправног приказа „права као честице“.*

Кључне речи: *Дворкин. Теорија права. Дескриптивност. Нормативност. Судско одлучивање.*

---

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, [gorand@ius.bg.ac.rs](mailto:gorand@ius.bg.ac.rs).

## 1. УВОДНА НАПОМЕНА

Основни циљ сваке правне теорије је да одговори на питање шта је природа права. Дворкинова (*Dworkin*) правна теорија, међутим, до тог циља долази на једна заобилазан начин и то веома утиче на њен изглед и њену природу. Наиме, њена је основна теза да право не почива на било каквом конвенционалном правилу признања, као што рецимо сматра његов теоријски архиривал Херберт Харт (*Hart*),<sup>1</sup> него да је оно мешавина правила и принципа, те институционалних одлука које су засноване не *специфичном* начину интерпретације тих правила и принципа од стране судова. Изглед ове теорије и њен одговор на питање шта је право је управо и необичан због Дворкиновог схватања да је теорија права (јуриспруденција) заправо, како он каже „општи део судског одлучивања, тихи пролог свакој правној одлуци“, дакле једна врста увода у теорију судског одлучивања и да с друге стране сврха права (схваћена на сасвим одређен начин као оправдање државне принуде) „диктира“ начин тог одлучивања.

Тема овог прилога је одређење главних карактеристика правне теорије Роналда Дворкина. Али још важније, то је покушај да се укаже да су њене главне карактеристике проистекле управо из укратко описаних Дворкинових темељних ставова према теорији права. Када се схвати веза између својстава његове теорије права и онога што Дворкин мисли о правној теорији уопште, такав увид може да има и шире значење од простог академског објашњења онога шта је Дворкинова теорија. Такав увид може да нам помогне у бољем разумевању неких од основних проблема теорије права као дисциплине.

У првом делу овог чланка пажња ће се посветити кратком опису савремених контроверзи које прате јуриспруденцију (теорију права) као дисциплину правног знања. Наравно не могу ни изблиза бити побројане све оне, већ ће се описати само најважније и оне које се рефлектују и у самој Дворкиновој теорији. Затим ће се у другом делу, у најкраћим цртама описати основни Дворкинови правнотеоријски ставови, а нарочито они који су одраз његовог разумевања саме теорије права и њене функције. У трећем делу чланка извући ће се пар закључака о томе како и зашто су Дворкинове супстантивне теоријске идеје проистекле из његових епистемолошких ставова према правној теорији.

## 2. ПРИРОДА ЈУРИСПРУДЕНЦИЈЕ

Енглески термин *jurisprudence* означава грану правног знања која покрива оне области које се код нас називају филозофија пра-

<sup>1</sup> Упор. Х. Харт, *Појам права*, Службени гласник и Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2013, глава VI.

ва или теорија права. Иако је као правна дисциплина у великој експанзији, јуриспруденција и даље остаје у својој суштини прилично загонетна. Заправо, то је тренутно најнеобичнија дисциплина правног сазнања. У чему се састоји та необичност? У томе што је око јуриспруденције све спорно. Дакле, спорни су и њен предмет и општи епистемолошки приступ и самим тим и њен метод.

Кад је реч о предмету јуриспруденције, питање је једноставно: Шта је оно о чему теорија права тежи да теоретише? Одговор да је то право, ни изблиза није довољно прецизан. Најпре, може се и без било каквог знања из теорије права констатовати да је само право у најмању руку двостран феномен.<sup>2</sup> Оно је социјална институција, један збир одлука (ми бисмо рекли правних аката) које су те институције доносили у прошлости и које служе као основа или узор за одлуке које ће се доносити у будућности. У том смислу право је и један социјални факт. То је та, да тако кажемо, „честична“ природа права. Али право налази своје важно место у нашем практичном одлучивању, у нашем моралном животу, у резонувању о томе шта треба или шта је требало да (у)радимо. Ова компонента права присутнија је наравно у делању судија него у животу обичних грађана. Та „таласна“ страна правног феномена, поготово кад је реч о поменутиим државним званичницима, понекад у себе и те како укључује различита морална разматрања приликом одлучивања о томе како донети неку одлуку, како практички деловати. Дакле, право се може посматрати и као „честица“ – као једна већ успостављена структура, скуп релативно утврдивих правила и институција за њихово доношење и спровођење. Али се може посматрати и као „талас“, тј. у свом динамичком виду, кроз рецимо актуелне судске одлуке које се не могу увек извести нити свести на право као честицу, већ се понекад веома тесно везују за шире поље практичке разборитости и практичког делања.<sup>3</sup>

Друга потешкоћа код одређивања предмета јуриспруденције је да је право појава која се константно мења и која се разликује од културе до културе али и од времена до времена унутар једне исте културе. Може ли се онда право узети као универзалан и стабилан предмет проучавања и о њему изрећи неке тврдње које су општег, генералног карактера за сва времена и све културе? Да ли је, другим речима, теорија права, довољно општа дисциплина, како би уопште оправдала свој назив „теорија“? Или можда највише што једна прав-

<sup>2</sup> J. Finnis, „The Fairy Tale’s Moral,“ *Law Quarterly Review*, vol. 115 (1999), 170-175.

<sup>3</sup> Нарочито у англосаксонском правном систему а он је с обзиром на тему чланка за нас важан судије нису ту само да примењују постојећа правила, већ и да се замисле над њима и последицама њихове примене, а каткада и да их доведу у питање и промене. При том, они ће се том приликом често руководити сврхом права, разборитошћу или одређеним моралним вредностима.



на теорија може да буде теорија о праву једног времена или једне културе, другим речима да буде парохијална.<sup>4</sup>

Што се тиче епистемолошког приступа, ствар с теоријом права је још необичнија. Наиме, у природним наукама, али и у већини друштвених наука и дисциплина, они који се њима баве проучавају ствари онако како се оне стварно дешавају, и објашњавају реалне чињенице. Иако се испостави да се те чињенице једноставно не уклапају у теорију, теорија мора да се прилагођава чињеницама, а не обрнуто.<sup>5</sup> И у теорији права, велики је број аутора – назовимо их „реалисти“ (или дескриптивности), који управо иду за тим да објасне постојећу праксу, како би је боље разумели. Међутим, у јуриспруденцији нису малобројни они писци – назовимо их „идеалисти“ (или прескриптивисти) – који нису задовољни постојећом праксом, институцијама или сматрају да су извесни актуелни концепти некохерентни или с неке друге тачке гледишта (најчешће моралне) неисправни, непожељни. И тада развијају теорије о праву (или о појединим правним појмовима) које одступају од те праксе и постојећих чињеница и предлажу нову, „побољшану“ теоријску верзију те праксе.

Не улазећи подробније у проблем разликовања „идеалне“ од „нон-идеалне“ (било концептуално-дескриптивне било социјално-дескриптивне) теорије треба само подвући нешто што је очигледно: ова прва инсистира, а оне остале не, да се праве морални избори приликом испитивања права, да се изричу морални судови о пракси и о стајалиштима других, да се цени да ли је право добро, пожељно или није, да се не проучавају карактеристике које право поседује, већ оне које *треба* да поседује, итд. А то је сасвим другачија *врста* теоријског подухвата од оног чији је циљ да се открије природа права, тј. нужне карактеристике права.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Упор. Г. Дајовић, „Општост јуриспруденције“, *Правни живот*, 12/2010, 689 700.

<sup>5</sup> Наравно, ову тезу треба схватити условно, у смислу да не постоје сирове чињенице којима се наука бави. Свака чињеница је, како је то модерна епистемологија после Куна или Квајна, утврдила, „обојена“ теоријом. Или како Га дамер каже: „Чињеница“ је херменутички појам“ (Х. Г. Гадамер, *Похвала теорији*, Октоих, Требиње 1996, 20). Дакле, позитивистичка теза о науци као о наивном сакупљању знања без предрасуда и без претходећих теоријских концепата је заправо илузија. Бескорисно је само сакупљати „информације“; а онда после од тога правити теоријско објашњење и истинску науку процедура је супротна: мора се поћи од теорије, она нам каже шта и како да се посматра, експериментише, итд. а онда научник, након примењених научних методолошких поступака, ту теорију подржава или обара.

<sup>6</sup> Наравно, ствар је избора, како вели Валучов, да ли ће непосредни циљ теорије бити да се открије истинско или адекватно морално оправдање предмета који се проучава. Дакле, ствар је избора да ли ће се неко бавити нормативном, а не

Ова се дихотомија може сагледати и у визури дилеме која је малочас изнета, дилеме о праву као предмету јуриспруденције. Ако правни теоретичар посматра предмет свог проучавања више као класичан научник – дакле као предмет који се може објашњавати без улажења у моралне процене око природе тог предмета – онда је он склонији да буде „реалиста“, као што је то Џозеф Раз<sup>7</sup> (*Raz*), рецимо. А ако се фокусира на право као део ширег корупуса правила и разлога за разборито или за морално практичко деловање тад више инклинира „идеалистима“ попут Џона Финиса<sup>8</sup> (*Finnis*), на пример. Или да се послужимо већ поменутом метафором, овај први („реалиста“) више ће да буде загледан у право као „честицу“, док ће оног другог више да занимају „таласна“ својства правног феномена.

### 3. ДВОРКИНОВА ТЕОРИЈА ОСНОВНЕ ЦРТЕ

У делу који следи покушаћу да лоцирам место Дворкинове правне теорије у односу на ове дебате и дилеме, као и због чега његова теорија има природу какву има и заузима баш такво место које заузима. Оно што на први поглед Роналда Дворкина издваја од осталих модерних теоретичара, јесте да он није дескриптивиста, али није ни неко ко заступа идеалну теорију о праву. Јер он заступа идеју да *постојећу* праксу права треба интерпретирати (дакле не само описати, пошто је право по њему интерпретативна пракса), али не занима га и не бави се тиме да предложи једну сасвим нову праксу, која би требало да замени *постојећу*

Које су заправо главне црте Дворкинове теорије? Свака социјална пракса, код оних који у њој „учествују“ развија извешан *интерпретативни став* у односу на њу саму. Разлог за ову појаву лежи у чињеници да свака социјална пракса изражава одређену вредност, има извесну сврху, намеће неки принцип, а правила која је уређују јесу у вези с том сврхом и вредностима. Тако, на пример, било да је реч о уметности, куртоазији или праву, они који су инволвиран у дату праксу, *тумаче* вредности и сврхе те праксе у појединачним случајевима и на основу те *интерпретације*,

дескриптивном јуриспруденцијом. Али нити је тај избор унапред предодређен не би иначе ни био избор нити је иста аргументација која се користи у оба подухвата, нити најзад, треба по сваку цену и истовремено предузети оба подухвата (W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1994, 27).

<sup>7</sup> Упор. J. Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford 1979; J. Raz, *Practical Reason and Norms*, 2 ed., Princeton University Press, Princeton New Jersey 1990.

<sup>8</sup> Упор. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1980.

формирају ставове о принципима који уређују и објашњавају дату праксу. Али та интерпретација социјалне праксе је специфична. То није оно тумачење о којем, на пример, правници обично говоре, тј. тумачење постојећих правних одлука. Реч је о тзв. *конструктивној интерпретацији*,<sup>9</sup> и то је процес који тече у три фазе. Прва фаза је издавање „сировог материјала“ који треба да се интерпретира (на пример, у случају права то су постојећи закони, прецеденти и сл.). У овом, тзв. преинтерпретативном стадијуму, тумач издава правила и стандарде који детерминишу садржину дате социјалне праксе.<sup>10</sup> Иза овога следи сама интерпретација, у којој се тумач фокусира на сврху или вредности праксе коју тумачи и покушава да постојећу праксу прикаже у најбољем светлу, да је оправда имајући на уму ту функцију и вредности. Принципи на којима заснива ово оправдање морају одговарати (*fit*), барем до извесне мере, датостима саме праксе – ако то није случај онда није у питању интерпретација праксе, већ инвенција неке нове праксе. Најзад, у последњој (постинтерпретативној) фази долази до преиспитивања праксе у светлу принципа који је најбоље оправдавају, а до којих се дошло у другој фази. Тако се у овој фази, на пример, може показати да нека правила праксе нису у сагласности с тим принципима.<sup>11</sup>

Процес интерпретације, овако како је управо описан, сматра Дворкин, упражњавају и правници. Дворкинова основна правнотеоријска теза и јесте да правници, *како у пракси, тако и у теорији*, прилазе праву кроз конструктивну интерпретацију. Али, поставља се питање која је то сврха, функција коју право, као специфична социјална пракса, врши? У односу на коју то вредност интерпрети-

<sup>9</sup> Конструктивно (или како је код нас преведено, „стваралачко“) тумачење „представља наметање циља једном предмету или пракси, да би се од њих створили најбољи могући примери оне форме или оне врсте којој, сматра се, ти предмети или те праксе припадају... Учесник који тумачи друштвену праксу истиче вредности одређене праксе, описујући неки систем циљева или принципа којима, сматра се, она служи или их изражава или представља њихов пример“ (R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, 52).

<sup>10</sup> R. Dworkin (1986), 65-66.

<sup>11</sup> Бикс сматра да се Дворкинова конструктивна интерпретација може упоредити са посматрањем звезда и „конструисањем“ сазвезђа (упор. В. Вих, „Natural law theory“, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (ed. D. Patterson) Blackwell publishing, Oxford 1996, 235). Међутим, то је само донекле тачно. Наиме, сазвезђа не постоје као таква, она су конструкција коју изводимо на основу посматрања звезда (и која нам олакшава њихово проучавање) и та конструкција није произвољна, већ је до извесне мере детерминисана чињеницама, тј. распоредом самих звезда. И до ове тачке поређење је адекватно, јер и у праву се, према Дворкину, тумач мора држати одређених датости, сировог правног материјала. Ипак, постоји и битна разлика у томе што конструктивна интерпретација права треба предмет тумачења да прикаже у најбољем светлу. Тако нешто не постоји код посматрања звезда и „формирања“ сазвезђа.

рамо правне одлуке и правну праксу? Дворкин даје следећи одговор: сврха права је да ограничи државну власт постављајући услове под којима је вршење њене принуде оправдано.<sup>12</sup> Пошто је то тако, онда је задатак правне теорије да објасни како и под којим условима право може да изврши ову функцију на најбољи начин. Или како Дворкин вели: „концепција о праву мора да објасни како оно што се сматра да је право, пружа опште оправдање за употребу државне принуде“.<sup>13</sup> А будући да су судије и судови оне институције које доносе правно обавезујуће одлуке у конкретним случајевима, тј. одлуке иза којих на крају крајева може да уследи примена државне принуде на правне субјекте, то се Дворкин у својим правнотеоријским разматрањима највише фокусира управо на начин на који судови доносе одлуке, на судско одлучивање. Због тога он и сматра, што на први поглед може да звучи чудно, да *нема чврсте линије која дели теорију од праксе*, јуриспруденцију од пресуђивања и да је мишљење и одлука судије део правне филозофије, а да је „јуриспруденција општи део пресуђивања, тихи пролог свакој правној одлуци“<sup>14</sup> и да правници, и теоретичари и практичари, јесу у свом раду дубоко инволвирану у питања политичке и моралне теорије.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Он сматра дакле да правна теорија није неутралан опис праксе права већ пре њена интерпретација. Њен циљ није да опише ту праксу, већ пре да је оправда, да покаже зашто одређена пракса јесте ваљана, вредна и како је надаље треба развијати како би се те њене вредности и сврхе очувале и унапредиле (R. Dworkin, „Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy“, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, 1/2004, 2). А пошто је, према Дворкину, најважнија сврха права легитимизација употребе државне принуде дакле, једна нормативна сврха самим тим теоретичари морају да предузму *својеврсно нормативно истраживање*, како би установили услове под којима право као нормативни систем заиста и оправдава државну принуду.

<sup>13</sup> R. Dworkin (1986), 190, а слично и 139.

<sup>14</sup> Упор. R. Dworkin (1986), 90. Није међутим Дворкин баш тако усамљен у свом начину посматрања односа правне теорије и праксе. На Дворкинову правну теорију и њен однос према пракси права *mutatis mutandis* може се применити један науч који износи још Савињи када коментарише научну методу римских правника: „Тако за њих теорија и пракса заправо нису различите, њихова теорија је уобличена све до најнепосредније примене, а њихову праксу непрестано оплемењује научни поступак“ (упор. К. Ф.Савињи, *Законодавство и правна наука*, ЦИД, Подгорица 1998, 35)

<sup>15</sup> R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1986. 146. Прилаз јуриспруденцији (али и моралу, уметности, политици) или како га он још назива *мета дискурс* према којем се право (морал, уметност, политика) посматрају споља, „одозго“, извана, Дворкин назива „архимедовским“. Архимедовска филозофија би, дакле, била свака она која у друштвеним наукама заговара наводно неутралан, непристрасан прилаз проучавања друштвених феномена, који их дефинише, класификује и објашњава, али их не процењује и не вреднује. Према Дворкину, немогуће је имати тзв. „непристрасан“ (*detached*) став о нормативним феноменима. Или смо на интерној тачки или на екстерној (о овим „тачкама гледишта“ вид. J. Raz (1990), 171 7 i J. Finnis (1980), 234 5). Али пошто с ове друге стране такав феномен не може

На овај начин право, и у пракси и у теорији, добија и своје друго лице. Осим оног манифестног, експлицитног права, садржаног у изворима права (у ономе што Дворкин назива „преинтерпретативним материјалом“), открива се и једно скривено право, имплицитно садржано у првом, право са којег се велови скидају управо кроз процес конструктивне интерпретације, процес нужно евалуативан. Принципи тога права чине истинско право, које стоји иза оног институционалног, експлицитног и које га показује у најбољем моралном светлу.<sup>16</sup>

Дакле, и судије у решавање спорова и филозофи права у проучавању природе права, подједнако прибегавају интерпретацији дотадашње правне праксе – судских одлука, закона, и слично – тумачећи је у „најбољем светлу“ и заснивајући је на одређеним принципима политичке моралности, који је најбоље оправдавају.<sup>17</sup> И један и други, и судија и јуриспрудент, конкретно настоје да у праву

да се разуме ни да се опише, то је архимедовска методологија у заблуди. (R. Dworkin (2004), 2). Иначе, своју епистемологију вредности и уопште нормативних концепата, Дворкин је изнео у чланку „Objectivity and Truth: You’d Better Believe It“, *Philosophy & Public Affairs* vol. 25 (1996), 87-139. О свему томе је код нас врло инструктивно писала Драгица Вујадиновић (упор. Д. Вујадиновић, *Политичка филозофија Роналда Дворкина*, Правни факултет – Службени гласник, Београд 2006, 150-79).

<sup>16</sup> Дворкинова теорија поседује у себи нешто утопијско. Чини се да је довољно у прилог такве тезе само споменути како његов покушај да реши неке практичне проблеме, које позитивизам није решио или није уопште решавао (о томе који су проблеми у питању вид. В. Вих /1996/, 236), завршава с концептима попут судије „Херкула“ и идеје о *right answer*. Идеја судије херкуловских моћи и „исправног одговора“ асоцирана слику бацача коцкица који теоријски (према законима физике) увек може, уз познавање свих параметара, да израчуна на који ће број коцкица пасти. Али као што је добро познато, у конкретним околностима у стварности, таква рачуница је практично неизводљива. Е сад, у физици је такав теоријски прилаз још и разумљив, али није јасно како он може имати значаја у проучавању социјалне праксе.

<sup>17</sup> Дворкин сматра да је идеја интегритета тај принципи моралности који на најбољи начин оправдава функцију права као ограничења државне принуде. Принципи права као интегритета захтева од државе да она „говори једним гласом, да делује на принципијелан и кохерентан начин према свим грађанима и да прошири примену једном примењених супстантивних принципа правде и непристрасности на све њих подједнако“ (R. Dworkin /1986/, 165). Када су, конкретно, судије у питању, то значи да они треба да решавају случајеве тако да право на основу којег пресуђују, посматрају као кохерентно (а да правила која нису у складу с принципом интегритета не третирају као део права). То такође значи да будући случајеви треба да буду решени у складу с моралним принципима који најбоље оправдавају претходне и чију примену треба проширити и на актуелне ситуације (R. Dworkin /1986/, 243). Право од стране судије треба да буде сагледано као да је створено од једне воље, проткано јединственом моралном визијом и једном концепцијом правде и моралности (R. Dworkin /1986/, 225). На тај начин, сматра Дворкин, право као интегритет потврђује права грађана да од стране државе буду третирани као једнаки и спречава арбитрарну примену силе. А таква концепција права, према његовом мишљењу,

открију моралне вредности, јер само у том случају право остварује своју сврху – оправдање употребе државне принуде.<sup>18</sup>

Да резимирамо Дворкинов став: *нема простог описа права какво оно јесте*. Тачније, сваки такав опис нужно подразумева процес интерпретације. А тај процес са своје стране мора да одреди које је најбоље могуће тумачење постојећих правних одлука званичника. Све те правне одлуке, саме по себи, не дају одговор на актуелна правна питања. Тек када се кроз процес конструктивне интерпретације те одлуке протумаче као кохерентна целина и када се идентификују други принципи који их оправдавају могуће је решавати правне проблеме. А пошто таква интерпретација подразумева и избор између, у моралном смислу, најбоље од свих *могућих* (а то су све оне које одговарају преинтерпретативном материјалу<sup>19</sup>) интерпретација, онда је и сама теорија нужно евалуативна. Најзад, најбоља могућа интерпретација је она која на најбољи начин оправдава употребу државне принуде. Право, дакле, обавља један нормативни „задатак“, а на нама правницима је да у правном систему откријемо принципе који на најбољи начин објашњавају ту његову функцију.

Према томе, Дворкинова методолошка аргументација је једноставна: прво, јуриспруденција је нужно интерпретација права (као социјалне праксе). Друго, свака интерпретација је, као таква, евалуативна, „вреднујућа“ активност – интерпретација се по својој природи ослања на вредносне судове. Из овога следи да је јуриспруденција нужно евалуативна. Тумач не може да избегне властити вредносни суд о вредностима и сврхама које су инхерентне пракси коју тумачи. А у сваком случају такви судови нису суштински различити од оних које формирају сами учесници у пракси која се интерпретира.<sup>20</sup>

---

јесте најбоље објашњење функције, сврхе коју право има, заиста приказ права у његовом „најбољем светлу“.

<sup>18</sup> Како ову Дворкинову идеју формулише Валучов: „Судија жели да зна шта оправдава принуду у појединачном случају који је пред њим; правни теоретичар жели да зна шта, генерално, оправдава принуду у свим (или већини) случајева који се нађу пред судовима једног правног система или правног система уопште“ (W. Waluchow /1994/, 24). Разлика између судије и правног теоретичара би дакле, више била квантитативне природе.

<sup>19</sup> Понекад, у једноставним случајевима, постоји само једна теорија која одговара (*fit*) сировом материјалу, тако да је одговор на питање које се решава једноставан. Али често, а нарочито када је реч о компликованим случајевима (*hard cases*) постоји више теорија које су једнако одговарајуће

<sup>20</sup> R. Dworkin (1986), 64.

#### 4. МЕТОДОЛОШКЕ ПОУКЕ ДВОРКИНОВОГ ТЕОРИЈСКОГ ПОДУХВАТА

Роналд Дворкин тврди да је јуриспруденција значајна јер се бави судским одлучивањем. Како он то сликовито каже, судови су главни градови царства права. Једном приликом, он је написао: „Шта је, уопште, добар разлог за судску одлуку? То је питање јуриспруденције...“<sup>21</sup> И наравно, несумњиво је да уколико добро хоћемо да разумемо право, треба да увидимо како га судови примењују, а понекад како га одиста и стварају. Међутим, ако се теорија права помеша с теоријом судског одлучивања или сведе на њу, то ће, како Дворкинов пример показује, довести до следећих последица.

Прво: улога нормативног момента у теорији наспрам дескриптивног ће бити израженија. То не изненађује ако знамо да када се право посматра у оном, на самом почетку описаном „таласном“ својству, улога моралног процењивања приликом судског одлучивања се не пориче чак ни од стране најодлучнијих дескриптивиста и позитивиста. На пример, Џозеф Раз не оспорава, него напротив истиче да морална разматрања и те како имају места и штавише *треба* да играју улогу приликом решавања појединачних правних спорова. Као што правници и судије то добро знају, када се у пракси одговара на питање „шта је право?“ (дакле, мисли се на питање „шта је право у конкретном случају?“), одговор на то питање подразумева интерпретацију правила која се налазе у законима и другим изворима права. Подразумева дакле тумачење, које те, како би Меккормик (*MacCormick*) рекао, институционалне факте на неки начин преображавају. Постоје свакако и случајеви када се чињенице „савршено“ подударају с језиком закона и када је једноставна супсумпција чињеница под термине из норме довољна да се донесе правна одлука. Међутим, у многим, а нарочито у „тешким“ случајевима процес одлучивања заиста захтева озбиљна моралнополитичка и друга разматрања и процене.<sup>22</sup>

Јасно је дакле да је антидескриптивистичка оријентација Дворкинове теорије директна последица чињенице да она није правна теорија, већ теорија судског одлучивања. Међутим, управо на овом месту долазимо до неспоразума који Дворкин има с дескриптивистима. Наиме, он тврди да поставља и одговара на питања која нису нормативна, већ су питања која се тичу природе права (какво

<sup>21</sup> R. Dworkin, „Does Law Have a Function? A Comment on the Two Level Theory of Decision“, *Yale Law Journal* vol 74 (1965) 640.

<sup>22</sup> Да ли пак захтева оно што Дворкин назива „конструктивном интерпретацијом нисмо сигурни, али то није ни битно за тему овог прилога, јер се у њему не расправља о томе да ли Дворкинова теорија судског одлучивања одговара стварности.

јесте). Према њему, анализа *природе права* и правних концепата није могућа само као дескрипција, јер се приликом постављања чисто дескриптивних питања у праву *не могу избећи* морална, нормативна аргументација и одређивање, јер се у праву увек ради о *нормативним концептима*.

Ствар је у томе, што је Дворкин у праву – али само кад је реч о ономе чиме се он бавио и о питањима на која је он одговарао. Ако је за њега теорија права само продужетак судског одлучивања, пролог за одлуке судија, онда је јасно да „чиста дескрипција“ права постаје препрека за боље разумевање тог процеса. Постојеће институционалне одлуке (закони, судске пресуде, итд.) не могу се просто само описати да би се објасниле и разумеле – морају се протумачити, морају се сагледати и у својој „таласној“ природи, дакле на делу. А ту интерпретацију обављају судије, а обавља и сама теорија права. Због тога у Дворкиновој правној теорији (а заправо би се пре могло рећи теорији судског одлучивања) право, структура права, институционални правни факти од предмета теоретисања прерастају у „производ“, резултат теоретисања. И на том месту се дешава да Дворкин, иако није „идеалиста“, иако сматра да објашњава „постојећу“ праксу права, нужно мора да се отисне у нормативна разматрања моралног карактера и да дође у неспоразум с дескриптивистима.

Тако долазимо и до другог важног својства – а можда и највећег недостатка Дворкинове теорије. Наиме, живот права се не одвија превасходно у судовима. Право као средство друштвене контроле није ту само да би одредило исход неке парнице или утврдило постојање нечије кривице. Главна функција права је, како вели Харт, „да контролише, усмерава и планира живот изван суда.“<sup>23</sup> И изван суда где се, како нас Харт подсећа, одвија највећи део права у акцији, питања о природи права и о структури права, о „честицама“ права добијају сопствену вредност. А занемаривање права као „честице“ доводи Дворкина и до жустрог порицања да конвенционална пракса званичника (која се може формулисати и као својеврсно правило) објашњава највећи део свакодневног функционисања правног система, доводи га до не сасвим утемељеног оспоравања неких од кључних поставки савременог правног позитивизма. Али то је већ тема за неку посебну расправу.

Најзад, поменуто је већ у другом одељку да је право променљиво, да ни кроз време, а ни у различитим културама оно није исто нити остаје исто. Промена и кретање су у самом средишту правног феномена. И тада је већ речено да то и те како може да утиче на ниво општости теоријскоправних поставки, односно да може да „угрози“ природну претензију на генералност коју свако теоријско објашњење

<sup>23</sup> Х. Харт (2013), 99.



има. Каква је, у том погледу, позиција Дворкинове теорије? Какав је његов однос према универзалности/парохијалности теорије? У том смислу, треба код њега препознати две различите тезе. Што се тиче његових метатеоријских идеја, оне несумњиво претендују да буду универзалне. Дворкинова темељна теза да је једина кохерентна перспектива из које правна теорија може да се створи перспектива онога ко партиципира у пракси конкретног правног система и ко покушава тај систем да *интерпретира* у „најбољем моралном светлу“, та теза је без сумње универзални науч који јуриспруденција, према Дворкину, треба да следи уколико жели да изврши успешно свој задатак. Другим речима, Дворкин као да нам поручује како је задатак јуриспруденције универзалан и како њен приступ праву, као предмету проучавања, треба да буде увек и свуда исти. Али ако је метатеоријска теза универзална, одговори саме Дворкинове теорије, наравно нису, будући да произилазе из тога да је у фокусу његове јуриспруденције пре свега судско одлучивање, а при том, то судско одлучивање је одлучивање пре свега судова у САД, чије пресуде Дворкин обилато користи и анализира. Према томе, домет Дворкинове теорије је ограничен, не само у дескриптивном смислу, не само у смислу да искривљује „честични“ аспект права, већ и у смислу да одговори које она нуди имају ограничен домашај у темпоралном или културном смислу.

## 5. ЗАКЉУЧНИ ОСВРТ

Да закључим. Теорија права говори пре свега о природи права, а то значи и о структури и институцијама права. И када су јој та питања у првом плану, онда је и њен одговор на та питања више дескриптиван, више генералан, више окренут „честицама“ права. Када теорија права јесте више теорија судског одлучивања, као што је то случај с Дворкиновом теоријом, изгледа да је нужно да она буде више нормативна, више парохијална и много више окренута „таласној“ природи права. Штавише, у Дворкиновом случају то је још израженије, јер његова теорија није заправо теорија судског одлучивања *stricto sensu*. Када се пажљивије анализира, видећемо да Дворкин не настоји да опише и објасни *постојећу* праксу судског одлучивања, тј. како судије *заиста* одлучују (у САД), већ се бави превасходно тиме како они *треба* да одлучују.

Али без обзира на ову финесу, проблем с његовом теоријом је у томе што се на самом почетку „фиксира“, (и као темељна методолошка претпоставка целе концепције узима) одређена сврха права и сходно томе, утврђује да правна теорија мора да објасни како (под којим условима) право оправдава употребу државне принуде. На

овај начин, Дворкин се окреће судском одлучивању и правну теорију ставља у службу судске праксе, али тиме у старту подразумева да је већ дат одговор на иначе спорна питања правне теорије, као што су: Има ли право уопште неку универзалну сврху? Носи ли таква сврха у себи нужно неку моралне вредност? Да ли уопште теорија треба све то да има у виду на начин да право приказује у што бољем издању, а не онаквим какво оно јесте?<sup>24</sup> Тачније, Дворкин на ова питања даје одговоре, за које сматра да их сви подразумевају. Али као што Харт аргументовано тврди, нити је сврха права да оправдава државну силу, нити правна теорија мора да објасни под којим условима се таква сврха остварује.<sup>25</sup> Али чак и када говори о функцијама, теоретичар права не мора да буде пристрастан око моралних питања везаних за различите функције и сврхе које право остварује.<sup>26</sup> Он може у вези с тим да остане неутралан, а да упркос томе различито и детаљно објасни како право као специфично средство друштвене контроле обавља те функције. А то је управо оно што је Дворкин, чини нам се, безуспешно покушао да оспори.

---

<sup>24</sup> J. Dickson, *Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey, Legal Theory*, vol. 10 (2004), 142.

<sup>25</sup> Он сам је врло несклон да праву приписује неку универзалну сврху или функцију, осим оне најопштије да усмерава наша социјална понашања (упор. Х. Харт /2013/, 303 305).

<sup>26</sup> И уопште гледано, како сасвим умесно примећује Вил Валучов, једна је ствар препознати морални значај неког елемента правног поретка, а друга је да тај елемент узмемо као доказ да правна пракса у стварности јесте морално оправдана или да је треба тумачити на начин који ће је таквом приказати. На пример, чињеница да је употреба државне силе питање од највеће моралне важности, наравно не значи да је принуда увек и морално оправдана, а да је посао судије или филозофа да то, понекад „скривено“ оправдање открије кроз процес конструктивне интерпретације (W. Waluchow, 22 23). Уопште гледано, евалуативни судови којима се руководи мо када оцењујемо значај поједине функције или елемента права као феномена не морају имати никакве везе с моралним судовима.

Dr. Goran Dajović

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## THE NATURE OF DWORKIN'S LEGAL THEORY

### *Summary*

Ronald Dworkin has given the significant impetus to contemporary jurisprudence, with his original and comprehensive critics of the modern legal positivism. As an alternative to the positivism, he offered one specific kind of legal theory which is widely known as “interpretivism”. However, Dworkin’s substantive theoretical tenets are strongly influenced and “colored” by his fundamental epistemological belief that one legal theory is only “general part of adjudication, silent prologue to any decision at law” and that jurists essentially have the same task as the courts of justice (and vice versa): to justify the exercise of coercive power by the state. Consequently, according to Dworkin’s view, this ultimate purpose of law plays important role in resolving particular legal disputes. Since the justification of state coercion is *the* purpose of legal practice, then the interpretation of past legal decisions (statutes, precedents, etc) must be as morally good as possible. Because it is *the* common task of jurists and judges as well this viewpoint actually turned Dworkin’s theory of law into the theory of judicial decision-making. And all idiosyncrasies of his theory (normativity, rejection of the rule of recognition, parochialism, etc) stem from this peculiar account about the general role of legal theory.

Key words: *Ronald Dworkin. – Theory of law. – Normativity. – Descriptivism. – Judicial decision-making.*

Др Татјана Јованић\*

## УПРАВНОПРАВНА ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА

*Као последица глобализације правила материјалног права у области заштите потрошача су у великој мери усклађена, али се то не може рећи за поступак заштите законом гарантованих права потрошача. Управноправна заштита потрошача је облик превентивне и реактивне јавноправне заштите потрошача. Циљ рада је да се на систематичан начин дефинишу карактеристике, предности и недостаци, као и елементи управноправне заштите потрошача као најважнијег сегмента јавноправне заштите права потрошача, укључујући и процесне механизме којима располажу органи јавне управе.*

*Како у поступку заштите орган управе решава о колективним интересима потрошача, требало би, по аналогији с управним поступком пред Комисијом за заштиту конкуренције уредити и посебни управни поступак у оквиру којег ће се решавати о колективним интересима потрошача, нарочито у погледу не правичних уговорних одредби и непоштених пословних пракси.*

Кључне речи: *Заштита потрошача. Право потрошача. Јавна управа. Управни поступак. Тржишни надзор.*

### 1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Као последица глобализације и интеграције националних тржишта, правила материјалног права у области заштите потрошача су у великој мери хомогенизована.<sup>1</sup> То се, међутим, не може рећи за поступак, начин и врсте мера које предузимају надлежни органи као и њихово дејство како би се обезбедила ефикасна заштита потрошача. Иако се одредбама материјалног права потрошачима гарантују одређена права, у њиховом спровођењу могу се појавити проблеми услед општости законских одредби, промене околности на

---

\* Ауторка је доценткиња Правног факултета Универзитета у Београду, *jovanic.tatjana@gmail.com*.

<sup>1</sup> Вид. нпр. Н. Shulte Nökle, Christian Twigg Flesner, Martin Ebers, *EC Consumer Law Compendium Comparative Analysis*, Bielefeld 2007.

тржишту и др. Због тога се органима управе дају шира овлашћења у интерпретацији интереса потрошача.<sup>2</sup> Успех политике заштите потрошача као и других јавних политика регулаторног режима заштите у великој мери зависи од тумачења материјалног права и спровођења законом предвиђених поступака и мера од стране овлашћених институција.<sup>3</sup>

Органи јавне управе у спровођењу политике заштите потрошача могу имати различиту улогу и предузимати различите активности. Оне варирају у распону од подстицања образовања потрошача, старања о доступности, врсти и квалитету информација за потрошаче, преко обавезујућих стандарда за производе и производне процесе, па до забране одређених понашања законом дефинисаних као непоштене пословне праксе и кажњавања новчаним казнама у управном поступку, односно покретања поступка пред судом када су понашања инкриминисана казним одредбама као прекршаји и преступи, а изузетно и кривична дела. Циљ рада није да се размотре сви регулаторни инструменти и мере које могу предузимати органи јавне управе, већ да се на један систематичан начин дефинишу карактеристике и елементи управноправне заштите потрошача као најважнијег сегмента јавноправне заштите права потрошача.

## 2. ЈАВНОПРАВНА И ПРИВАТНОПРАВНА ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА

Политика заштите потрошача као економски слабије стране једна је од кључних јавних политика усмерених на отклањање или ублажавање недостатака тржишта.<sup>4</sup> Као и сваки облик интервенционизма, одржавање система заштите потрошача подразумева финансијски трошак за државу,<sup>5</sup> али би цена одсуства интервенције

<sup>2</sup> T. Prosser, *Law and Regulators*, Oxford 1997, 15-27; Richard B. Stewart, „The Reformation of American Administrative Law“, *Harvard Law Review* 88/1975, 1667-1813.; Richard Baldwin, *Rules and Government*, Oxford 1995, 47-48.

<sup>3</sup> C. Diver, „A Theory of Regulatory Enforcement“, *Public Policy* 28(3)/1980, 257-299.

<sup>4</sup> J. Wickers, „Economics for Consumer Policy“, *Proceedings of the British Academy* 125/2004, 287-310; David Cayne, Michael J. Trebilcock, „Market Considerations in the formulation of consumer protection policy“, *University of Toronto Law Journal* 23/1973, 396-430; Ian Ramsay, *Rationales for intervention in the consumer marketplace*, OFT, London 1984; M. Wiewiorka, *L'État, le patronat et les consommateurs*, PUF Paris, 1997; Татјана Јованић, „Основне поставке регулације с циљем заштите потрошача“, *Правни живот* 10/2004, 545.

<sup>5</sup> E. Mackaay, „L'analyse économique du droit de la consommation“, у: *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation* (dir. Thierry Bourgoignie), Éd. Yvon Blais, Cowansville 2008, 237.

угрозила друштвену солидарност, као један од разлога интервенције, и вероватно била знатно већа са становишта друштва.<sup>6</sup> Због тога је неопходно да заштита буде сразмерна циљевима и степену друштвене опасности, што је свакако изазов за нову тзв. пострегулаторну улогу јавне управе, адаптабилну и одговорну, која није примарно базирана на тзв. командно-контролном облику регулације.<sup>7</sup>

Норме којима се ограничавају апстрактне тржишне слободе, односно дерогира слобода уговарања и слобода предузетништва, и регулише функционисање тржишног механизма у општем интересу као сегмент јавног поретка заштите спадају у домен јавног права.<sup>8</sup> Прописи којима се потрошачима пружа већи ниво заштите у облигационом односу имају мешовиту јавно-приватну природу.<sup>9</sup> Чак и када је реч о нормама у прописима грађанског права којима се ограничава слобода уговарања, такве норме имају карактер безусловне примене и као *ius cogens* спадају у домен јавног поретка.<sup>10</sup>

У овом раду аутор стоји на становишту да јавноправна регулација кроз ефикасни надзор над тржиштем подразумева доминантну улогу јавне управе у достизању вишег нивоа заштите потрошача кроз различите облике праћења, усмеравања и санкционисања.<sup>11</sup> Стога је неопходно указати на елементе овог система, његове актере и процесне механизме којима располажу. Прво, посматрано с аспекта овлашћених субјеката, управноправна заштита потрошача део је јавноправне заштите потрошача, где се убраја и судска заштита у прекршајном, управном и кривичном поступку. За судску заштиту у општем и посебним парничним поступцима за заштиту индиви-

<sup>6</sup> T. Prosser, *The Regulatory Enterprise: Government Regulation and Legitimacy*, Oxford 2010, 12 20; Julia Black, *Critical Reflections on Regulation*, LSE Centre for Analysis of Risk and Regulation (CARR), *Discussion Paper 4/2002*.

<sup>7</sup> P. Nonet, P. Selznick, *Law and society in transition: towards responsive law*, Harper, New York 1978; Norbert Reich, „Diverse Approaches to Consumer Protection Philosophy“, *Journal of Consumer Policy* 1992, 257 292.

<sup>8</sup> A. Jacquemin, G. Schrans, *Le Droit Économique*, Paris 1982, 57; Bertrand Remiche, „Droit économique, marché et l'intérêt général“ у: *Philosophie et droit économique: quel dialogue Mélanges Farjat*, (ed. Marie Anne Frison Roche), Paris 1999, 254; Драган Павић, „Јавни поредак заштите“, *Право и привреда* 5 8/2007, 819 829.

<sup>9</sup> G. Howells, S. Weatherill, *Consumer Protection Law*, Ashgate, Dartmouth 2005, 5.

<sup>10</sup> А. Ђорђевић, *Систем приватног (грађанског) права*, Службени лист СРЈ, Београд 1996, 108; Владимир Водинелић, „Разликовање јавног и приватног права“, *Анали правног факултета у Београду* 5/1982, 657, 670.

<sup>11</sup> M. Feintuck, „Regulatory Rationales Beyond the Economic“ у: *The Oxford Handbook of Regulation* (eds. Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge), Oxford 2010; 39 63; C. Shearing, „A Constitutive Conception of Regulation“ у: *Business Regulation and Australia's Future* (eds. Peter Grabosky, John Braithwaite), Canberra 1994, 67 80.

дуалних и колективних права потрошача, као и различитим облицима вансудског решавања потрошачких спорова може се рећи да су доминантно приватноправни механизми заштите, као и приватни стандарди и механизми саморегулације трговаца.<sup>12</sup> Међутим, отворено је питање како би се, према овом критеријуму, квалификовале ситуације када орган јавне управе има право и обавезу да покрене поступак заштите колективних права и интереса потрошача пред основним или привредним судом, представља трећу, неутралну, страну у институционалној структури тела за решавање потрошачких спорова, или контролише саморегулацију приватних субјеката (тзв. метарегулација).<sup>13</sup> У таквим и сличним ситуацијама управа испољава своју активну улогу у регулацији тржишта, али се не би могло рећи да то представља управноправну заштиту потрошача у ужем смислу решавања у конкретној управноправној ствари, као вансудску заштиту у управном поступку.

Приватноправна димензија заштите интереса потрошача као купца, или штета као други основ настанка облигационог односа, јединствено је решена правилима уговорног права, с тим што се у судском поступку могу појавити одређене специфичности у прилог положају потрошача. Међутим, приватноправна заштита потрошача путем суда је дуготрајан и скуп поступак, осим ако правни поредак пружа посебан третман овој врсти спорова, кроз нпр. поступак у споровима мале вредности.<sup>14</sup> За разлику од норми из домена грађанског права које карактерише двострани однос којима се признаје или штити неко субјективно право, нормама које припадају корпусу правила јавноправне заштите потрошача ретко се истиче да су потрошачи непосредни титулари неког посебног права или заштите (нпр. право на преомишљање).<sup>15</sup> Прописи из круга јавног поретка заштите потрошача не штите конкретна субјективна права, већ су њихове норме одређене тако да је предмет заштите јавни поредак.

<sup>12</sup> О предностима и недостацима саморегулације вид. нпр. J. Black, „Constitutionalising Self Regulation“ *Modern Law Review* 59/1996, 24; Anthony Ogus, „Rethinking Self Regulation“, *Oxford Journal of Legal Studies* 15/1995, 97; Cosmo Graham, „Self Regulation“ у: *Administrative Law and Government Action* (eds. Geneva Richardson, Hazel Genn), Oxford 1994, 189.

<sup>13</sup> P. May, „Performance Based Regulation and Regulatory Regimes“, *Law and Policy* 25/2003, 381-401.

<sup>14</sup> У ЕУ је Уредбом из 2007. године успостављен јединствени европски оквир за спорове мале вредности. Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, *OJ L 199*, 31.7.2007, 1.

<sup>15</sup> D. Mazeaud, „Droit commun des contrats et droit de la consommation. Nouvelles frontiers“, у: *Études de droit de la consommation. Liber Amicorum Jean Calais Auloy*, Dalloz, Paris 2004, 697-723.

### 3. КАРАКТЕР УПРАВНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА

#### 3.1. Превентивна и реактивна заштита

Иако се истиче да је управноправна заштита потрошача доминантно *ex ante* карактера, а судска *ex post*,<sup>16</sup> оба приступа су заправо комплементарна. Примера ради, тужба потрошача указује органу управе на понашање које може бити противно принудним прописима које орган управе није могао да уочи вршећи редовни управни надзор. Са друге стране, изрицање мере од стране надлежне инспекције у управном поступку може подстаћи потрошаче да покрену поступак за обештећење пред судом.

Повреду права и интереса потрошача није увек могуће лако уочити у надзору над тржиштем. У том смислу разликујемо *ex ante* и *ex post* заштиту потрошача у оквиру којих надлежни орган делује корективно пре или после наступања последице. Реактивни облик корективне заштите по правилу подразумева хитне мере у надзору услед физичке повреде од опасног производа или реалног ризика, тровања храном и др. Међутим, у вршењу *ex ante* надзора над тржиштем надлежни орган требало би да развије способност уочавања знакова (потенцијалног) кршења законом гарантованих права потрошача и њихових легитимних интереса,<sup>17</sup> спроведе неопходна истраживања тржишта и предузме одговарајуће мере контроле.

Требало би, с друге стране, разликовати превентивне и реактивне регулаторне режиме којима се кажњава одређена пракса на тржишту (без обзира на евентуалну штету) и оне који су усмерени на промену таквог понашања. Екологија у спровођењу прописа подразумева да регулатори тржишта демонстрирају елементе империјума јавне власти тек уколико не успеју да разговором или неформалним мерама утичу на тржишне субјекте.<sup>18</sup> У неким ситуацијама могуће је обезбедити заштиту потрошача предузимањем мера које изискују мање материјалне трошкове од формалних мера у надзору. Чак и уколико је наступила последица, саветодавна активност у надзору може имати позитиван ефекат у будућности. Међутим, у ситуацијама

<sup>16</sup> S. Issacharoff, I. Samuel, „The Institutional Dimension of Consumer Protection“, у: *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Public and Private Enforcement* (eds. Fabrizio Cafaggi, Hans W. Micklitz), Intersentia, Antwerp 2009, 47-62, 53.

<sup>17</sup> То, примера ради, могу бити следећи фактори: велики број жалби потрошача, комплексни производи или услуге (нпр. комбиновани финансијски производи за становништво), нејасни услови уговора и сл. Више: Europe Economics, *An Analysis of the Issue of Consumer Detriment and the Most Appropriate Methodologies to Estimate it: Final Report for DG Sanco*, Europe Economics, London 2007.

<sup>18</sup> J. Scholtz, „Deterrence, Cooperation and the Ecology of Regulatory Enforcement“, *Law and Society Review* 18/1984, 179.



када је нескривено понашање трговца узроковало значајан поремећај и нарушавање права потрошача, било би оправдано употребити прописану санкцију како би се избегле грешке у будућности.<sup>19</sup>

Иако се сматра да би примарни фокус управноправне заштите требало да буде *ex ante*, превентивни надзор, то никако не подразумева слабљење реактивне компоненте у виду мера у надзору у оквиру непосредне контроле. У многим земљама ЕУ органи управе имају право и дужност да пред судом покрећу поступке за заштиту права и интереса потрошача.<sup>20</sup> Штавише, поготово унутар ЕУ, уочава се све већа улога органа јавне управе у заштити колективних интереса потрошача: заправо тенденција да се колективна права потрошача штите у посебном управном поступку заштите потрошача. Пошто је у том случају реч о правној ситуацији у којој се решава о правима или обавезама, односно правним интересима појединца у појединачном или повезаним случајевима кршења колективних интереса, нећемо погрешити ако тим поводом заузмемо став да паралелна субјективна права свих потрошача у датој чињеничној ситуацији, као одраз колективног интереса, постају управна ствар (*res administrativa*).<sup>21</sup> Управна ствар је по својој природи по правилу неспорна, али не видимо разлоге да се и ситуације када управа има квазисудску улогу у утврђивању основаности захтева за заштиту колективног интереса потрошача (без обзира на чињеницу што је у суштини реч о грађанскоправном односу) искључе из обухвата управне ствари као једног од основних правних института, укључујући ту и управни надзор и административно извршење у погледу прописа којима се управи даје надлежност да у спровођењу заштите потрошача решава у управним стварима.<sup>22</sup> У том смислу би заштита интереса потрошача представљала посебну ситуацију у којој се врши управна делатност, а поступак заштите потрошача од стране управе квалификовао као сегмент посебног управног материјалног, а нарочито процесног права.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Organisation for Economic Co operation and Development, *Consumer Policy Toolkit*, OECD Publishing, Paris 2010, 103 104.

<sup>20</sup> F. Cafaggi, H. W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Public and Private Enforcement*, Intersentia, Antwerp 2009; Klaus Viitanen, „Enforcement of Consumers’ Collective Interests by Regulatory agencies in the Nordic countries“, у: *Collective Enforcement of Consumer Law* (eds. Willem H. van Boom, Marco Loos), Europa Law Publishing, Groningen 2007, 83 103.

<sup>21</sup> Управна ствар представља „кључни инструмент управне процедуре и материјални критеријум за разграничење управног поступка од других поступака“. Зоран Јелић, „У трагању за идентитетом управне ствари“, *Правни живот*, 9/1996, 691, цитирано према: Зоран Лилић, *Res Administrativa (Управна ствар)*, Београд 2011, стр. 75.

<sup>22</sup> О концепту решавања у управним стварима вид. нарочито: З. Томић, *Решавање у управним стварима*, *Архив за правне и друштвене науке*, 4/1984.

<sup>23</sup> С. Лилић у сарадњи с М. Дреновак Ивановић, *Посебно управно право*, Београд 2010, 32 46; Б. Фатић, „Општи и посебни управни поступак“, *Актуелна*

### 3.2. Предности и недостаци управноправне заштите потрошача

Предности управноправне заштите потрошача, нарочито од стране специјализованих, независних, органа јавне управе, везују се за саме предности постојања ових тела.<sup>24</sup> Једна од разлика између управноправне и судске заштите потрошача је и чињеница да орган управе има већу слободу у тумачењу циљева заштите, а истовремено и већу одговорност за спровођење циљева. У том смислу разлика између приватноправне и јавноправне димензије примене односно спровођења прописа о заштити потрошача је чињеница да су органи управе мотивисани ширим друштвеним интересом односно 'стратешким циљевима'.<sup>25</sup> Истиче се да је надзор над тржиштем од стране управе и управноправна заштита потрошача јефтинији и ефикаснији модел, са више дистрибутивних ефеката и бољом превентивном улогом у поређењу са судском заштитом.<sup>26</sup> У теорији има мишљења да је управноправна заштита потрошача супериорнија од приступа заснованих на приватном праву, јер је надлежна инспекција или регулаторни орган експерт у датој области, што обезбеђује одговорнији приступ заштити колективних интереса, док колективна заштита потрошача покренута пред судом од приватних лица указује на проблем ефекта санкције.<sup>27</sup>

Дакле, због институционалних фактора регулаторна тела чине се боље позиционираним да штите јавни интерес, укључујући ту и колективни интерес потрошача. Та боља позиција огледа се нарочито у погледу стручности, познавања тржишта и праксе његовог надгледања, што указује да је јавноправна заштита колективног интереса потрошача ефикаснија.<sup>28</sup> Међутим, ови институционални фактори су, с друге стране, недостаци улоге регулаторних тела у спровођењу заштите колективних интереса у регулисаним области-

*питања југословенског својинског, радног и управног законодавства*, Будва Београд 1997, 217 228.

<sup>24</sup> M. Thatcher, Aleco Stone Sweet, „Theory and Practice of Delegation to Non majoritarian Institutions“, *West European Politics* 25(1)/2002,1 22; Fabrizio Gilardi, „Policy Credibility and Delegation to Independent Regulatory Agencies: A Comparative Empirical Analysis“, *Journal of European Public Policy* 9(6)/2002, 873 893.

<sup>25</sup> C. Scott, „Enforcement of consumer protection laws“, у: *Handbook of Research on International Consumer Law* (eds. Geraint Howells et al.), Edward Elgar, Cheltenham & Northampton 2010, 537 562, 539.

<sup>26</sup> C. Hodges, *The Reform of class and representative actions in European legal systems. A new framework for collective redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford Portland 2008, 223.

<sup>27</sup> W. H. van Boom, M. Loos, „Effective enforcement of consumer law in Europe“, *Collective Enforcement of Consumer Law* (eds. W. van Boom, M. Loos), Europa Law Publishing, Groningen 2007, 250.

<sup>28</sup> A. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford 1994, поглавље 12.

ма привреде, због чега се у контексту проблема који се у литератури везује за регулаторну улогу јавних агенција (тзв. заробљавање регулатора – *regulatory capture*) као кључни истиче аргумент независности судске власти.<sup>29</sup> Како се улога суда у корекцији облигационих односа често своди на *ex post* регулацију, која подразумева и судску контролу управе, може се закључити да је реч о комплементарним механизмима система заштите потрошача.<sup>30</sup>

#### 4. НАДЗОР НАД ТРЖИШТЕМ С ЦИЉЕМ ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА

##### 4.1. Појам надзора над тржиштем

Улога управе у заштити интереса потрошача на тржишту заснива се на обавези државе да надгледа тржиште као целину и штити јавни интерес, што указује на чињеницу да је управноправна заштита потрошача, исто као и заштита конкуренције, сегмент ‘државног надзора’ (нем. *Staatsaufsicht*) над тржиштем.<sup>31</sup> Било да је реч о заштити економских интереса потрошача, или ‘тржишном надзору’ *ad rem* у стављању у промет роба и пружању услуга, надзор органа управе над тржиштем представља облик управног надзора.<sup>32</sup> У заштити потрошача као органи управе инспекције имају веома важну улогу. Инспекцијски надзор има за циљ остваривање и заштиту јавног интереса, а врши се предузимањем инспекцијских мера и радњи како би се утврђено стање и пословање ускладило са прописима. Као такав он представља посебан облик институционалне заштите потрошача.<sup>33</sup>

У најширем тумачењу надзора над тржиштем, могло би се рећи да је реч о пословима државне управе који се не односе само на

<sup>29</sup> Вид. нпр. Ernesto dal Bó, „Regulatory Capture: A Review“, *Oxford Review of Economic Policy* 22(2)/2006, 203–225; Pablo Spiller, „Politicians, Interest Groups, and Regulators: A Multi Principals Theory of Regulation or ‘Let Them Be Bribeed’“, *Journal of Law and Economics* 33 (1)/1990, 65–101.

<sup>30</sup> Fa. Cafaggi, H. W. Micklitz, „Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: The Way Forward“, у: *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Public and Private Enforcement* (eds. F. Cafaggi, H. W. Micklitz), Intersentia, Antwerp 2009, 401–445.

<sup>31</sup> W. Brohm, „Das Verhältnis von mittelbarer Staatsverwaltung und Staatsaufsicht im Wirtschaftsrecht“, *Kommunikation ohne Monopole* (Hrsg. Hans Joachim Mestmäcker), Bd. II, Baden Baden 1995, 253–289.

<sup>32</sup> Вид. нпр. Невенка Бачанин, *Управно право*, Крагујевац 2000, 523; Зоран Томић, *Управно право систем*, Београд, 1998, 257.

<sup>33</sup> Н. Бачанин, „Инспекцијски надзор као посебан облик институционалне заштите потрошача“, *Od caveat emptor do caveat venditor* (ур. Миодраг Мићовић) Крагујевац 2009, 447–456.

инспекцијски надзор, већ и *'праћење стања'* у областима деловања органа државне управе.<sup>34</sup> Одредбе чл. 22–37 Закона о државној управи из 1992. године<sup>35</sup> који се односе на инспекцијски надзор и даље важе, иако овај закон није више на снази, с обзиром на то да у нашој земљи до сада није донет закон који би регулисао поступак инспекција. Правила инспекцијског надзора су такође део нормативног оквира надзора над тржиштем.

У погледу постојећег система институционалне организације органа у чији делокруг спада заштита интереса потрошача, у чл. 147, ст. 1 Закона о заштити потрошача су прецизно утврђена министарства која врше надзор над применом овог закона, односно инспекције. Овде би нарочито требало истаћи чињеницу да су потенцијали секторских регулатора, као што су РАТЕЛ, Агенција за енергетику, Народна банка Србије, али и Комисије за заштиту конкуренције као *'хоризонталног'* регулатора практично неискоришћени у домену заштите колективних интереса потрошача, осим у ограниченом облику поступања по приговору корисника, што заправо представља облик посредовања у решавању спорова, а не коришћење империјума извршне власти.<sup>36</sup>

#### 4.2. Превентивни надзор над тржиштем – „надгледање“ тржишта и реактивни надзор

Надзор над тржиштем подразумева активно праћење стања на тржишту, као и надзор у смислу корективно-контролног рада управе усмереног ка одређеном прошлом догађају,<sup>37</sup> односно контролу законитости коју државни орган врши у јавном интересу коришћењем управних овлашћења.<sup>38</sup> Модерни концепт надзора као *'праћења стања'* на тржишту наглашава превентивне мере и активности, планирање, утврђивање приоритета и усмеравање надзора, процену ризика повреде и предлагање превентивних мера, односно проактивно (превентивно) планирање. За разлику од мера којима се потрошачу пружа заштита као уговорној страни зато што производ има недостатак, заштита живота и здравља потрошача остварује се примарно путем претходне контроле и мера превентивне природе, које могу бити усмерене на стране у поступку надзора, производе, услуге, као

<sup>34</sup> О пословима државне управе вид. Закон о државној управи (*Службени гласник РС*, бр. 79/05, 101/07, 95/10), чл. 12 21.

<sup>35</sup> *Службени гласник РС*, бр. 20/92...49/99.

<sup>36</sup> А. Fejős, „The Impact of EU on Consumer Protection Enforcement in Serbia“, *Journal of Consumer Policy* 36/2013, 247, 257 258.

<sup>37</sup> З. Томић, *Опште управно право*, Београд 2009, 52.

<sup>38</sup> Р. Марковић, *Управно право*, Београд 2002, 234.

и процесе.<sup>39</sup> Један инструмент управног надзора у ширем смислу је и лицензирање, односно систем дозволе надлежног органа јавне управе (и/или професионалног удружења),<sup>40</sup> као и акредитација којом се постављају минимални услови квалитета производа, односно компетентности и критеријуми који морају да се задовоље и одрже у току обављања одређене професије/делатности. У овом другом случају говоримо о улози управе у систему инфраструктуре квалитета.<sup>41</sup>

Тржишни надзор подразумева превентивне, али и реактивне активности: корективне и репресивне активности надлежних органа.<sup>42</sup> Активности у тржишном надзору не могу увек да се планирају, органи тржишног надзора су приморани да реагују на догађаје као што су несреће, пријаве потрошача и слично, односно неки спољни догађај, решавајући у управним стварима, односно доношењем одговарајућег управног акта, тј. мере у управном поступку или покретањем поступка пред надлежним органом пре свега судом. То је реактивни тржишни надзор. Ово је нарочито изражено у области заштите живота, здравља и безбедности потрошача, али реактивна, тј. *ex post* заштита у области заштите економских интереса потрошача постаје све више битна.

## 5. ОВЛАШЋЕЊА ОРГАНА УПРАВЕ У НАДЗОРУ НАД ТРЖИШТЕМ

У вршењу надзора над тржиштем инспекције и органи јавне управе који представљају регулаторе тржишта предузимају управне мере, које подразумевају управне акте и управне радње:<sup>43</sup> доносе решења у складу са законом који регулише њихову надлежност у конкретној области, правилима поступка која садрже ти закони, а

<sup>39</sup> О разлици тржишног надзора у ужем смислу (као скупа активности и мера које спроводе надлежни органи с циљем обезбеђења усаглашености роба и услуга у промету с условима утврђеним законом, посебним прописима или стандардима) и ширег концепта надгледања тржишта с циљем заштите интереса потрошача вид. Татјана Јованић, „Заштита потрошача као резултат тржишног надзора“, *Право и привреда* 4 6/2012, 452 477.

<sup>40</sup> S. Rimmer, „Best Practice Regulations and Licensing as a Form of Regulation“, *Australian Journal of Public Administration* 65(2)/2006, 3 15.

<sup>41</sup> Ј. Ћеранић, „Нови прописи о акредитацији и тржишном надзору у Републици Србији“, *Право и привреда* 4 6/2011, 487 503; Harm Schepel, *The constitution of private governance: product standards in the regulation of integrating markets*, Oxford 2005.

<sup>42</sup> О подели на превентивне, корективне и репресивне активности вид. П. Димитријевић, *Основи управног права*, Београд 1983, 278 279.

<sup>43</sup> З. Томић, „Појам управне радње у југословенској правној теорији“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1988.

у одсуству посебних правила управног поступка, према процесним правилима Закона о општем управном поступку.<sup>44</sup> Решавање у управним стварима обухвата покретање, окончање и вођење првостепеног управног поступка, а уколико је жалба дозвољена и другостепеног поступка, као и поступка по тзв. ванредним правним средствима. Исто тако, у области надзора над тржиштем, решавање у управном поступку подразумева и поступак принудног административног односно судског извршења у одређеним ситуацијама. Имајући у виду да се посебним материјално-процесним законима, као што је Закон о заштити конкуренције из 2009. године, могу прописати посебне управне процедуре, решавање у управним стварима је основни критеријум разликовања управног акта (решења) од судског (пресуде).<sup>45</sup> С тим у вези је потребно указати на чињеницу да би управна ствар била свака она ситуација из прописа о заштити потрошача у којој би орган јавне управе, будући да би то подразумевао посебан управни поступак, имао јавно овлашћење да донесе решавајући акт као одлуку о управној ствари.<sup>46</sup>

Како је већи број прописа из области заштите потрошача одређена понашања трговаца инкриминисао кроз прекршаје, инспекције и органи управе овлашћени су за покретање прекршајног поступка. Међутим, покретање прекршајног поступка, који се води и на основу захтева овлашћеног лица, подразумева да надлежни орган у управном поступку констатује испуњеност услова за покретање прекршајног поступка. Реформа прекршајног законодавства инспирисана модернизацијом прекршајног поступка у региону омогућила је инспектору, односно овлашћеном органу управе, јавном тужиоцу и другим органима која врше јавна овлашћења на основу закона у којима су прекршаји предвиђени, да издаје прекршајни налог за учињени прекршај. Прекршајни налог се издаје када је за прекршај од прекршајних санкција предвиђена само новчана казна у фиксном износу.<sup>47</sup> Ако трговац у року од осам дана од дана пријема прекршајног налога не плати изречену казну или не поднесе захтев за судско одлучивање о издатом прекршајном налогу, сматраће се да је прихватио одговорност, а прекршајни налог ће постати коначан и извршан.<sup>48</sup>

Врста санкције које имају органи који спроводе прописе из корпуса заштите потрошача и приоритет који дају одређеним мера-

<sup>44</sup> Закон о општем управном поступку ЗУП (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/97, 31/01 и *Службени гласник РС*, бр. 30 /10).

<sup>45</sup> С. Лилић (2011), 87.

<sup>46</sup> У смислу: З. Томић (1984), 509.

<sup>47</sup> Закон о прекршајима (*Службени гласник РС*, бр. 65/13), чл. 168.

<sup>48</sup> Чл. 173, ст. 2.

ма разликује се од земље до земље, али је општи закључак да ти органи у оквиру своје стратегије морају имати на располагању распон одговарајућих мера почев од неформалних, попут саветовања и убеђивања (*moral persuasion*), формалних корективних мера у надзору, па до одузимања дозволе за рад и покретања одговарајућег поступка пред судом.<sup>49</sup>

Значајне формалне корективне мере у области заштите потрошача представљају следеће мере у надзору: писмена опомена и решење којим се изричу налози и мере. Као што би суд могао да одлучује по тужбеном захтеву за заштиту колективних интереса потрошача, нема препрека да у посебном управном поступку заштите колективних интереса потрошача орган управе решењем нареди да трговац прекине са кршењем било које одредбе општег прописа о заштити потрошача или другог прописа којим се угрожава колективни интерес потрошача, ако је то правилима о посебном управном поступку предвиђено тим законима, као и да забрани такво понашање у будућности. Забрана може да се односи на непоштену пословну праксу, али би орган управе могао да одреди декларативну меру ништавости и у погледу неправичних уговорних одредби које су *ex lege* проглашене ништавим законом о заштити потрошача, односно да нареди трговцу да обустави уговарање неправичних уговорних одредби. У земљама у којима се практикује управноправна заштита колективних економских интереса потрошача органу управе даје се и могућност да привременом мером спречи поступање противно одредбама закона.

Веома важне су и тзв. мандатне казне, као новчане казне која би се могла изрећи и независно од наведених мера, због саме чињенице кршења закона. Законом се може прописати да решење о изрицању новчане казне након достављања трговцу представља извршну исправу. Међутим, у неким земљама органу управе који штити колективна права и интересе потрошача у посебном управном поступку дата је могућност да одреди новчану казну и за сваки дан задоцњења, у фиксном износу или у зависности од озбиљности повреде прописа којим се штите потрошачи.

Да сумирамо, управноправна заштита потрошача у посебном управном поступку заштите колективних интереса потрошача, по аналогiji са поступком за заштиту конкуренције, може бити усмерена на следеће облике заштите: а) изрицање мере којом се мења и санкционише понашање; б) изрицање ништавости одлуком која је по природи декларативна ако је ништавост установљена *ex lege* (нпр. уговорне одредбе које се увек сматрају неправичним или по-

<sup>49</sup> J. Braithwaite, „Convergence in Models of Regulatory Strategy“, у: *Regulation, Crime, Freedom (Collected Essays in Law)*, Ashgate, Dartmouth 2000.

словне праксе које се увек имају сматрати непоштеним) или одлуком када је органу управе дата могућност да у испитном поступку цени одређено понашање и на основу дискреционе оцене омеђене објективним критеријумима квалификује нпр. елемент неправичности одредбе или непоштену праксу; в) изрицање новчане казне независно од ове две мере, или новчане казне као процесног пенала из разлога непоштовања изречених мера.

У теорији се доста расправља о ефикасности управног поступка заштите јавног интереса и томе шта би представљало 'оптимални спектар казни',<sup>50</sup> али без обзира на конкретну меру у датом случају, органима који спроводе прописе о заштити потрошача треба омогућити да изричу градуиране мере у надзору: то јест широки спектар мера од убеђивања и опомена, до покретања кривичног поступка.<sup>51</sup> Спровођење прописа о заштити потрошача не подразумева само изрицање санкција, већ и формалне и неформалне механизме којима се у надзору над тржиштем настоји подстаћи добровољно усклађивање пословања са прописима и пословном етиком.<sup>52</sup> Због ограничености ресурса предлаже се да привредни субјекти не буду рутински контролисани, већ на основу процене вероватноће ризика, односно приоритизације ризика за поједине трговце, групе трговаца, производе или услуге, водећи рачуна о учесталости спорног понашања.<sup>53</sup> Посебно се истиче потреба за диференцирањем санкција према субјектима чије пословање карактерише већи степен учесталости прекршаја. Поред тога, надзор над тржиштем као сегмент модерног регулаторног процеса требало би да се заснива на принципу пропорционалности, односно сразмерности. Органима јавне управе у чијој надлежности је надзор над тржиштем морају се обезбедити шира овлашћења, али се њихова дискреција мора ограничити 'принципима одговорног санкционисања'.<sup>54</sup> Суштина оваквог приступа

<sup>50</sup> G. Becker, „Crime and Punishment: An Economic Approach“, *Journal of Political Economy*, 76/1968, 169-217; Gary Becker, Kevin Murphy, *Social Economics: Market Behaviour in a Social Environment*, Harvard University Press, 2003.

<sup>51</sup> Organisation for Economic Co operation and Development, *Consumer Policy Toolkit*, OECD Publishing, Paris 2010, 105-107.

<sup>52</sup> C. Scott, „Enforcement of consumer protection laws“, у: *Handbook of Research on International Consumer Law* (eds. Geraint Howells et al.), Edward Elgar, Cheltenham & Northampton 2010, 537-562, 538; Nancy Reichman, „Moving Backstage: Uncovering the Role of Compliance Practices in Shaping Regulatory Policy“ у: *White collar Crime Reconsidered* (eds. Kip Schlegel, David Weisburd), Boston 1992, 244-268.

<sup>53</sup> Office of Fair Trading, *OFT Prioritisation Principles*, London (October) 2008.

<sup>54</sup> То, између осталог, подразумева: да мера утиче на промену понашања субјекта коме се изриче; елиминисање финансијског добитка или друге користи која је резултат непоштовања закона; да је мера пропорционална природи штетног понашања и његовим последицама; да има ефекат ублажавања штете где је то могуће и да њено изрицање одвраћа трговце од кршења прописа. HM Treasury, *Better*



којим би се подстицало добровољно усклађивање пословања са законом и одговорност органа управе у изрицању санкција лежи у потреби смањења трансакционих трошкова регулације.

Пошто надзор може бити реактиван или превентиван, у првом случају неопходно је развити механизме брзог реаговања у кризним ситуацијама. У прописима о општој безбедности производа, здравственој исправности производа, посебним прописима о појединим врстама производа и другим бројним законима и подзаконским актима који нормирају област заштите живота, здравља и безбедности потрошача доминира казненоправна заштита: прекршаји, преступи, а евентуално и кривична дела. Међутим, једнако су важне и мере у надзору у случајевима повреде економских интереса потрошача, које обично немају такав елемент хитности. Оно што је видљиво већ на летимични поглед на прекршајне одредбе Закона о заштити потрошача из 2010. године је да његове материјалноправне одредбе нису адекватно покривене прописаним прекршајним казнама. Међутим, чл. 23–25 Закона о заштити потрошача које се односе на непоштену пословну праксу обухватају око 60% свих прекршаја. У упоредном праву ретко се среће решење да се за непоштене пословне праксе предвиде прекршајне казне, уместо да о томе одлучује суд или орган управе у посебном управном поступку.

Прописи ЕУ о заштити потрошача остављају могућност земљама чланицама да одреде начин спровођења заштите и покретања поступка заштите колективних економских интереса потрошача. Примера ради, Директива 2005/29 о непоштеним пословним праксама у чл. 11 наглашава могућност да се поступак против таквих пракси покрене пред надлежним управним органом који би или могао да изрекне меру у надзору или покрене одговарајући поступак. Исто тако, нова Директива о мерама забране 2009/22 овластила је земље чланице да одреде суд или орган управе који ће одлучивати у поступку покренутом од стране овлашћених лица. Према томе, орган управе може да има активну процесну легитимацију и као овлашћено лице односно странка по дужности покрене поступак пред судом (процесна легитимација *ex lege*)<sup>55</sup> или да он буде орган који спроводи поступак.

Органи управе у већем броју земаља нових чланица ЕУ су овлашћени да покрећу поступак за заштиту колективних интереса потрошача пред судом, али у неким земљама, као што је нпр. Пољска (Комисија за заштиту конкуренције и потрошача) орган управе у по-

*Regulation Executive and Cabinet Office, Implementing Hampton: from enforcement to compliance*, November 2006. Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, *Statutory Code of Practice for Regulators*, December 2007.

<sup>55</sup> А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2012, 222-223.

себном управном поступку решењем може да наложи уклањање неправичне клаузуле или да захтева престанак непоштене праксе. Уколико потрошачи, њихова удружења, а евентуално и трговци (заштита лојалне конкуренције) имају приступ суду поводом истог чињеничног стања које карактерише управну ствар, поставља се питање шта би се десило када би суд, који би имао иста, односно паралелна, овлашћења, одредио другачије. Сличну ситуацију паралелних надлежности у домену заштите конкуренције и примени чл. 81 и 82 Оснивачког уговора Европска комисија окарактерисала је нагласивши разлику између судске заштите по приватној тужби и јавног интереса који заступају национална тела за заштиту потрошача.<sup>56</sup> Истом логиком може се закључити да би било ефикасније колективну заштиту потрошача остваривати пред органом управе, али би требало имати на уму да надлежност суда и органа управе у утврђивању повреде прописа не би смела бити апсолутно идентична, што се на нивоу ЕУ у домену заштите конкуренције јасно види у чл. 9 Предлога Директиве о правилима за тужбе за накнаду штете због кршења одредби прописа о заштити конкуренције земаља чланица, који предвиђа да решења националних тела за заштиту конкуренције обавезују националне судове у парницама за накнаду штете.<sup>57</sup>

## 6. ЗАКЉУЧАК

У последњих неколико деценија, у спровођењу заштите потрошача уочава се све већа улога органа (јавне) управе, било да је реч о инспекцијама или (независним) регулаторним телима. Без обзира на све предности и недостатке, посебно треба указати на чињеницу да управноправна заштита потрошача претпоставља јак кадровски и финансијски капацитет јавне управе.<sup>58</sup> Због тога је она у области заштите економских интереса потрошача ефикасна у развијеним земљама које карактерише изграђена свест о заштити потрошача,

---

<sup>56</sup> Commission Notice on the co operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, *Official Journal C 101*, 27/04/2004 P. 0054 0064. О паралелним надлежностима у том смислу: David Rosenberg, James Sullivan, „Coordinating private class action and public agency enforcement of antitrust law“, *Journal of competition law and economics* 2/2006, 159.

<sup>57</sup> V. Milutinović, „The ‘Right to Damages’ in a ‘System of Parallel Competences’: A Fresh Look at *BRT v. SABAM* and its Subsequent Interpretation, forthcoming“ у: *European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement. Implications for Courts and Agencies* (eds. Philip Lowe and Mel Marquis), Hart Publishing, Oxford 2014, <http://ssrn.com/abstract=2293649>.

<sup>58</sup> C. Scott, „Enforcement of consumer protection laws“, у: *Handbook of Research on International Consumer Law* (eds. Geraint Howells et al.), Edward Elgar, Cheltenham & Northampton 2010, 537–562, 537.

институционални капацитети управе, и где постоји одговарајућа култура поштовања права потрошача. Узроке неефикасности примене постојећег Закона о заштити потрошача не треба тражити толико у његовим материјалноправним одредбама, већ процесноправним, односно непостојању свих компоненти система заштите потрошача,<sup>59</sup> укључујући и један орган управе који би имао општу и хоризонталну надлежност у области заштите потрошача и координирао рад свих органа који у свом раду непосредно утичу на формулисање политике и спровођење заштите потрошача.<sup>60</sup>

Приликом изградње, односно развоја институционалног капацитета управних органа који остварују циљеве заштите потрошача, нарочито инспекција, мора се водити рачуна да се изабере решење које би одговарало реалном стању у Србији.<sup>61</sup> У том смислу требало би имати у виду и нашу (у)правну традицију, односно чињеницу да су органи управе у нашем правном систему увек имали кључну улогу у остваривању и развоју заштите потрошача. Стога се лишавање инспекцијских органа њихових надлежности не чини оправданим, а исто тако је непримерено поступак заштите колективних интереса потрошача препустити искључиво суду. Како је у поступку заштите колективних интереса потрошача тај скуп субјективних права управна ствар, решавајући је орган управе штити јавни интерес, па је неопходно уредити и посебни управни поступак у оквиру кога се решава заштита колективних интереса потрошача као управна ствар.

---

<sup>59</sup> М. Karanić Mirić, „Understanding the Enforcement Malfunction of Consumer Legislation in Serbia“, *Journal of Consumer Policy* 3/2013, 231 246.

<sup>60</sup> European Commission, *White Paper on the Preparation of the Associated Countries of CEE for Integration into the Internal Market of the Union*, COM (1995) 163 final, ch. 23.

<sup>61</sup> Д. Миловановић, „Реформа система инспекцијског надзора“, *Правни жи вот* 11/2009, 15.

Dr. Tatjana Jovanić

Assistant Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

## ADMINISTRATIVE ENFORCEMENT OF CONSUMER PROTECTION LAW

### *Summary*

As a result of globalization, the rules of substantive law in the area of consumer protection are highly correlated; however, this cannot be said for the enforcement of acknowledged consumer rights. Administrative enforcement of consumer protection is a preventive and reactive form of consumer protection by public law. The aim of this paper was to systematically define the characteristics, advantages and disadvantages, as well as elements of administrative enforcement of consumer law as the most important model of consumer protection by public law, including the procedural mechanisms available to public authorities.

When in the enforcement procedure the administrative authority decides on collective interests of consumers, by analogy with the administrative enforcement procedure before the Commission for Protection of Competition, it is necessary to determine a special administrative procedure through which the authority will address collective interests of consumers, notably in the field of unfair business clauses and unfair business practices.

Key words: *Consumer protection. – Consumer rights. – Public administration. – The administrative procedure. – Market surveillance.*

Др Милош Јовановић\*

## ФРАНЦУСКА, НАТО И „ЕВРОПА ОДБРАНЕ“

Француска је традиционално била главни заговорник идеје о потреби јачег повезивања земаља чланица Европске уније у области безбедности и одбране, односно стварања, поред економске и политичке Европе, и такозване „Европе одбране“. Оваква улога Француске директна је последица деголовског наслеђа и чињенице да се ова земља још 1966. године дистанцирала од НАТО иступивши из интегрисане команде овог војног савеза. Одлуком из 2009. године, која је означила пуну реинтеграцију Француске у НАТО, тадашњи председник Никола Саркози (*Nicolas Sarkozy*) раскинуо је са деголовским наслеђем и тиме озбиљно довео у питање стварање „Европе одбране“ што потврђује и недавни извештај бившег француског министра иностраних послова Ибера Ведрина (*Hubert Védrine*). Одустајање од чврстије интеграције ЕУ у домену одбране, која заправо представља одустајање од потпуне политичке интеграције ЕУ, неминовно отвара питање природе и будућности европског пројекта.

Кључне речи: Француска. Де Гол. Независност. НАТО. „Европа одбране“.

Француска се 2009. године, по одлуци свог тадашњег председника Николе Саркозија (*Nicolas Sarkozy*), вратила у интегрисану команду НАТО, чиме је направљен значајан отклон од деголовског наслеђа у односима ове државе и Северноатлантског савеза. Осим што се сматрало да ће тиме Француска остварити већи утицај у самој алијанси, један од главних аргумената у прилог таквог заокрета био је да ће својим пуним повратком у НАТО, Француска дати нови импулс изградњи „Европе одбране“.<sup>1</sup> Већи део француске политичке елите тада је изразио незадовољство сматрајући, сасвим супротно, да ће пуна реинтеграција Француске у НАТО означити крај амбиције

\* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, [milosjovanovic@ius.bg.ac.rs](mailto:milosjovanovic@ius.bg.ac.rs).

<sup>1</sup> Синтагма „Европа одбране“ превод је француског израза „*l'Europe de la défense*“ који означава европску интеграцију у домену одбране и који се неретко у литератури, попут *acquis communautaire*, наводи у француском оригиналу.

да Европска унија у домену одбране постане значајнији актер на међународној сцени.<sup>2</sup>

Извештај бившег француског министра иностраних послова Ибера Ведрина (*Hubert Védrine*) о „повратку Француске у интегрисану команду НАТО и његовим последицама на будућност трансатлантског односа и на перспективе Европе одбране“ који је предат француском председнику Франсоа Оланду (*François Hollande*) крајем 2012. године, показао је накнадно да су зебње критичара одлуке Николе Саркозија биле оправдане.<sup>3</sup> Реч је о вишеструко значајном извештају. Најпре, питање стварања „Европе одбране“ само по себи од суштинске је важности за европску изградњу и њену природу. Наиме, без озбиљних и аутономних капацитета у домену одбране, ЕУ никада неће постати велика сила на међународној сцени нити ће имати инструменте да спроводи своју спољну политику.<sup>4</sup> У том смислу, ЕУ као политички пројекат никада неће бити потпун што неминовно отвара питање циљева, домашаја, па самим тим и будућности европске изградње. Другим речима, питање да ли ће ЕУ извршити интеграцију у домену одбране заправо је питање да ли ЕУ жели да доврши своју политичку интеграцију и постане глобални чинилац на светској сцени или се њена амбиција суштински ограничава на економску сферу и стварање унутрашњег тржишта.

У том, дакле, инхерентно значајном домену, наведени извештај важан је јер, иако стидљиво и само посредно, он недвосмислено потврђује неколико битних чињеница када је у питању европска изградња у области безбедности и одбране. Као прво, извештај показује да повратак Француске у интегрисану команду НАТО није допринео изградњи „Европе одбране“. Сасвим супротно, наведени повратак учинио је да се, ионако скромни резултати у том домену, не промене на боље. Такође, извештај Ибера Ведрина потврдио је да постојање НАТО и његова улога у одбрани Европе нису компатибилни с изградњом истинске „Европе одбране“.

<sup>2</sup> Вид. М. Јовановић, „Реквијем за стару Европу“, *Нин*, бр. 3040, 2.4. 2009, 64.

<sup>3</sup> H. Védrine, Rapport pour le Président de la République Française sur les conséquences du retour de la France dans le commandement intégré de l'OTAN, sur l'avenir de la relation transatlantique et les perspectives de l'Europe de la défense, 14 novembre 2012, [http://www.defense.gouv.fr/base\\_de\\_medias/documents\\_telechargeables/das/ri/otan/rapport\\_consequences\\_du\\_retour\\_de\\_la\\_france\\_dans\\_l\\_otan\\_h\\_veдрine\\_nov\\_2012?na\\_v\\_web](http://www.defense.gouv.fr/base_de_medias/documents_telechargeables/das/ri/otan/rapport_consequences_du_retour_de_la_france_dans_l_otan_h_veдрine_nov_2012?na_v_web), 3. април 2013.

<sup>4</sup> У оквиру овог рада није релевантно питање да ли ЕУ заиста има Заједничку спољну и безбедносну политику. Под претпоставком да је има, битно је истаћи да нема војне капацитете, тј. инструменте да је спроводи што је осуђује на секундарну улогу на међународној сцени у односу на водеће светске силе попут САД, НР Кине или Руске Федерације.

Изнад свега међутим, извештај бившег француског министра иностраних послова, кроз подсећање на односе између Француске и НАТО и навођење постигнутих резултата у стварању „Европе одбране“, пружа прилику да се проблематика европске изградње у том домену сагледа из једне дубље и свакако плодносније историјске перспективе, чиме нам уједно омогућава да донесемо, или потврдимо, одређене закључке о овом значајном питању.<sup>5</sup> Посматрано из наведене перспективе, може се рећи да извештај Ибера Ведрина суштински показује да је Француска заправо била једина чланица ЕУ која је кроз историју показивала истинску амбицију да повећа капацитете и аутономију ЕУ у области безбедности, односно да изгради „Европу одбране“ (1). Њеном дефинитивном реинтеграцијом у НАТО, наведена амбиција видно је избледела чиме је стварање „Европе одбране“ за дуги низ година стављено под питање (2).

## 1. ФРАНЦУСКА: ИНИЦИЈАТОР ИЗГРАДЊЕ „ЕВРОПЕ ОДБРАНЕ“

Француска је од самог почетка европске изградње била у центру свих покушаја да се у оквиру ЕУ изградје посебни и аутономни одбрамбени капацитети (1.1). Ова чињеница никако није случајна. Француска је наима, сасвим парадоксално, својом израженом тежњом ка независности и деголовским наслеђем испуњавала основни предуслов истинске еманципације ЕУ у домену одбране (1.2).

### 1.1. Француска у срцу европских пројеката заједничке одбрамбене политике

Неколико кључних момената обележило је изградњу „Европе одбране“.<sup>6</sup> У сваком од њих је Француска одиграла кључну улогу. Први моменат односи се на стварање Европске одбрамбене заједнице (ЕОЗ) на иницијативу Француске 1950–1952. године и на одбацавање исте од стране Француског парламента 1954. године.<sup>7</sup> Иако овај неуспели покушај чврсте интеграције у области одбране представља значајну етапу у историји европске изградње, не може се рећи да је

<sup>5</sup> М. Јовановић, „Изградња ЕУ кроз призму Заједничке безбедносне и одбрамбене политике“, *Европско законодавство*, 42/2012, 313-333.

<sup>6</sup> *Ibid.*, 316-320.

<sup>7</sup> Тек је четрдесет година након неуспеха ЕОЗ откривена чињеница да је Француска одбила да потврди споразум јер би се тиме одрекла права на прављење нуклеарног наоружања које је тада било у повоју. Вид. Jacques Bariéty, „La décision de réarmer l'Allemagne, l'échec de la Communauté Européenne de défense et les accords de Paris du 23 octobre 1954 vus du côté français“, *Revue belge de philologie et d'histoire*, Tome 71, fasc. 2, 1993, 361-365.

у пуној мери био резултат искрене жеље за дубљом интеграцијом у том домену јер је био изнуђен геополитичким контекстом тог времена. Наиме, захуктавање Хладног рата кроз избијање сукоба у Кореји, и страх Западног блока да би се исти сценарио могао поновити у Европи, отворили су проблем поновног наоружавања Западне Немачке. У тим околностима, план о ЕОЗ заправо је представљао изнуђени одговор на питање поновног стварања (Западно)немачке армије.

Много индикативнији су покушаји који су уследили са крајем Хладног рата и који су заиста били плод политичке воље да се Европа изгради, не само у економском, већ и у политичком смислу, што је подразумевало постепено зближавање чланица Европске заједнице и у области спољних послова и одбране. Потписивање Мастрихтског споразума 1992. године, којим је првенствено на иницијативу Француске створена „Заједничка спољна и безбедносна политика“ и којим је предвиђено да Западноевропска унија постане војни инструмент ЕУ, представља други важан моменат изградње „Европе одбране“. Трећи, који се и данас сматра најважнијим, јесте француско-британски самит из Сен-Малоа (*Saint-Malo*) из децембра 1998. године на којем је Велика Британија по први пут прихватила идеју према којој би ЕУ требало да поседује аутономну способност у домену одбране. Резултат из Сен-Малоа омогућио је стварање „Европске безбедносне и одбрамбене политике“ која је већ наредне године установљена током европских самита у Келну и Хелсинкију.<sup>8</sup> И овог пута је Француска, која је од краја Хладног рата активно заговарала стварање „Европе одбране“, одиграла кључну улогу.

Наведена улога се највећим делом да објаснити чињеницом да је од свих европских земаља које нешто значе или могу значити у области одбране, Француска једина била у прилици да тако нешто учини у датим историјским и геополитичким околностима. Наиме, Немачка такву амбицију није могла да има док Велика Британија такву амбицију није хтела да има.

Када је Немачка, као чланица првих европских заједница у питању, мора се имати у виду да је она из Другог светског рата изашла као поражена сила и девастирана земља под савезничком окупацијом. Принципи Потсдамске конференције 1945. године предвиђали су да се учини све што је могуће како би се спречило да Немачка икада у будућности поново представља претњу за своје суседе и за мир у свету. Земља је подељена на окупационе зоне и демилитаризована, и тек је развој Хладног рата вратио у жижу интересовања питање формирања оружаних снага Западне Немачке. Након неуспеха плана о ЕОЗ, питање је решено тако што је Не-

<sup>8</sup> „Европска безбедносна и одбрамбена политика“ преименована је Лисабонским уговором из 2007. године у „Заједничку безбедносну и одбрамбену политику“.



мачка поново наоружана и примљена у НАТО 1955. године. У новонасталим околностима, поред даљег присуства савезничких снага на немачком тлу, биле су предвиђене и одређене формалноправне гаранције с циљем да се спрече ризици од повратка Немачке својој „милитаристичкој традицији“ и агресивном понашању. Наиме, уставом (Западне)Немачке осигурана је чврста контрола парламента над оружаним снагама. Још важније, немачка армија могла је у принципу да служи искључиво за одбрану земље (Устав СРН, чл. 87 а).<sup>9</sup> Таква Немачка због терета прошлости, али и јаког пацифистичког покрета, по природи ствари није била у могућности да развија амбиције у домену одбране, ма које природе оне биле.

Када је реч о Великој Британији, која је постала чланица Европских заједница 1973. године, након што је у Француској Шарл де Гол (*Charles de Gaulle*) отишао са власти, не може се говорити о недостатку могућности да се утиче на стварање „Европе одбране“ већ о недостатку воље.<sup>10</sup>

Потребно је нагласити, када је реч о домену одбране, да је Велика Британија од посебног значаја као земља која и данас има највећи војни буџет у оквиру ЕУ, што подвлачи и Ибер Ведрин у свом извештају.<sup>11</sup> У збиру са војним буџетом Француске, ове две државе издвајају више од 40% свих средстава која се у оквиру ЕУ троше за одбрану.<sup>12</sup> Следствено томе, тешко може бити речи о стварању „Европе одбране“ ако Велика Британија у њој не учествује. Из тих разлога је Француска у последње две деценије покушавала да приволи Велику Британију на један више европски и мање атлантистички курс у домену одбране. Отуд је резултат француско-британског самита из Сен-Малоа имао велики одјек иако је у суштини чувена заједничка декларација две земље била двосмислена. Наиме, ако је 2. параграф француско-британске декларације од децембра 1998. године заиста предвидео да ЕУ мора имати „аутономну способност деловања која се ослања на кредибилне војне снаге“, у њему је такође истакнуто и да јачање солидарности између држава ЕУ доприноси виталности Атлантског савеза који представља основ колективне безбедности

<sup>9</sup> Тек је у контексту ратова у бившој Југославији немачким оружаним снагама омогућено да учествују у спољним операцијама с циљем „очувања и наметања мира“, на основу одлуке немачког Уставног суда од 12. јула 1994. године и члана 24. Устава који се односи на учешће земље у системима колективне безбедности.

<sup>10</sup> У оквиру овог рада употребљавамо због комодитета назив „Велика Британија“ као синоним за „Уједињено Краљевство“, који званично представља једини тачан и примерен назив.

<sup>11</sup> Н. Védrine (2012), 18.

<sup>12</sup> С. Grand, „Conclusion. Les défis de l'Europe de la défense au XXI<sup>e</sup> siècle“, *L'Europe et sa défense* (dir. Grégory Boutherein, Emmanuel Goffi), Choiseul, Paris 2011, 273.

његових земаља чланица. Таква формулација омогућила је свакој од потписница декларације да нагласе само оне делове који су за њих од значаја и да је, сходно томе, у целини тумаче. Француска је у декларацији из Сен-Малоа видела важну етапу стварања „Европе одбране“ стављајући нагласак на чињеницу да је Велика Британија по први пут прихватила идеју да ЕУ мора поседовати аутономну способност у том домену. Са своје стране, Велика Британија у суштини није одступила од свог атлантског курса што се види кроз наглашавање улоге НАТО и повезивање јачања европске солидарности и ревитализације Атлантског савеза. Развој догађаја од 1998. године до данас показује да су француске наде ипак биле узалудне и да самит из Сен-Малоа не представља прекретницу какву су Французи желели да виде. Напросто, геополитичке константе биле су прејакe у односу на жељену промену британског понашања. У овом случају, наведене геополитичке константе носе назив „посебна веза“ (*Special Relationship*).

Синтагма „посебна веза“ означава вишедеценијску блиску сарадњу која постоји у области одбране између Сједињених Америчких Држава (САД) и Велике Британије. „Посебна веза“ између Велике Британије и САД започета је још за време Другог светског рата а настављена је како током Хладног рата, тако и у послехладноратовском периоду.<sup>13</sup> Иако је између ове две земље долазило до спорадичних неслагања у вези са важним међународним кризама као што је био случај приликом Суецке кризе 1956. године или Вијетнамског рата 1954/1964–1975. године, снажне војне и обавештајне везе никада нису прекинуте. Можемо овде слободно да оставимо по страни податке о великом броју британских војних база које користе САД, како на острву тако и широм планете, јер је један специфичан домен сарадње сасвим довољан да илуструје америчко-британску блискост. Реч је о нуклеарном одвраћању. Наиме, САД и Велика Британија још су уговором о одбрани из 1958. године започеле тесну нуклеарну сарадњу кроз размену поверљивих информација, материјала потребних за израду нуклеарног оружја, трансфер технологија и пружање логистичких погодности (Великој Британији омогућено је да врши подземне нуклеарне тестове на америчким полигонима). Још значајнији је уговор из Насау из 1962. године, којим је Велика Британија одустала од производње сопствених вектора за пренос нуклеарних бојевих глава одлучивши да своје подморнице опреми америчким балистичким ракетама „Поларис“.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Вид. J. Dumbrell, „The US UK Special Relationship in a World Twice Transformed“, *Cambridge Review of International Affairs*, Vol. 17, 2004, 437–450.

<sup>14</sup> Термин „вектор“ користи се да означи средства за преношење нуклеарног оружја. Вектори се деле на три компоненте: ваздушну када се нуклеарно оружје

Наведеним уговорима Велика Британија остварила је у овом сегменту одбране сарадњу са САД какву нема ниједна друга земља и каква не постоји између других држава. Реч је о толико тесној сарадњи да ни данас није у потпуности познато по ком кључу се активира британско нуклеарно оружје за које и сами енглески аутори признају да је „у најбољем случају полунезависно“.<sup>15</sup> Чак иако оставимо по страни добре односе и верно савезништво који најчешће постоје између ове две земље, као што се у ближем периоду могло видети на примеру агресије против СРЈ 1999. године и ратова у Авганистану 2001. и Ираку 2003. године, овако блиска сарадња у области нуклеарног одвраћања, које представља апсолутно најважнији сегмент одбране, сама по себи довољно говори о „посебној вези“ која постоји између САД и Велике Британије. Зато не треба да чуди што је Велика Британија наклоњенија НАТО, у оквиру ког поједине информације деле само амерички и британски официри – о чему сведоче и канцеларије са натписима „US-UK only“ – него идеји „Европе одбране“.<sup>16</sup>

## 1.2. Воља за независношћу као предуслов

За разлику од Велике Британије, која је од краја Другог светског рата одржавала „посебне“ односе с Америком, Француска је снажно настојала да осигура за себе пуну независност, политичку и војну, у односу на САД. Тиме је, као што ћемо видети у потоњим разматрањима, створен основни предуслов за амбицију стварања „Европе одбране“.

Главни подстицај таквим настојањима Француске дао је генерал Шарл де Гол. Две кључне речи његовог дискурса и његове политике, као што с правом примећују Пјер Милза (*Pierre Milza*) и Серж Берстајн (*Serge Berstein*), биле су „независност“ и „сувереност“.<sup>17</sup> И једна и друга су се најбоље могле отелотворити у вођењу спољне политике. И заиста, Де Гол је неговао посебну визију Француске која је у хладноратовском периоду представљала изузетак, оспоравајући како биполарну структуру међународног система, тако и претензију

---

(нуклеарне бојеве главе) лансира из ваздуха посредством стратешке авијације; копену када се нуклеарно оружје лансира са копна посредством покретних или стационарних (силоси) балистичких система; поморску када се нуклеарно оружје лансира са мора посредством подморница. Ова последња компонента сматра се најзначајнијом због могућности неопаженог приласка циљевима.

<sup>15</sup> J. Dumbrell (2004), 437. Вид. и Jean Dominique Merchet, *Défense européenne, La grande illusion*, Larousse, Paris 2009, 68.

<sup>16</sup> J. D. Merchet (2009), 116.

<sup>17</sup> S. Berstein, Pierre Milza, *Histoire de la France au XX<sup>e</sup> siècle*, Complexe, Bruxelles 1995, 1049.

САД да говоре у име „слободног света“.<sup>18</sup> То је била визија посебног места Француске у међународним односима и њене величине која јој, како би Де Гол често говорио, по природи ствари припада. Следствено овоме, период Де Голове владавине (1958–1969) обележила је снажна дипломатска активност која је у пуној мери изражавала независност и величину Француске о чему, између осталих, сведоче и следећа дела:

- Француска је 1964. године била прва земља „Западног блока“ која је признала и успоставила дипломатске односе са комунистичком Кином;
- француски амбасадор у Савету безбедности Уједињених нација критиковао је америчку војну интервенцију у Доминиканској Републици 1965. године;
- у јуну 1966. године, Де Гол одлази у Совјетски Савез, с којим је још децембра 1944. године као председник привремене владе Француске потписао споразум о савезништву и узајамној помоћи, и у складу са својим виђењем о неприкладности блоковске поделе света, промовише француско-руско пријатељство и сарадњу;
- септембра 1966. године, у свом чувеном говору из Пном Пена, Де Гол критикује америчку интервенцију у Вијетнаму и позива САД да прекину сукоб, „за који не постоји војно решење нити оправдање“, и започну преговоре о миру.<sup>19</sup>

Наравно, за вођење овакве дипломатије нису биле довољне само речи и Де Голово говорничко умеће, већ је била потребна и основа која би пружила покриће тако израженој амбицији независног деловања. У нуклеарној ери која је започета након Другог светског рата, та основа могла је проистећи само из војне снаге, односно из статуса нуклеарне силе. У том одлучујућем војном сегменту, Француска је брзо стала уз раме двома светским силама. И у овом случају, Де Гол је одиграо веома значајну улогу. Он је као председник привремене владе Француске октобра 1945. године основао Комесаријат за атомску енергију који је био задужен за нуклеарна истраживања и њихову примену, како цивилну тако и војну. Његов одлазак са власти и проглашење Четврте француске Републике 1946. године, донекле су успорили нуклеарни развој Француске али га нису зауставили. Преломне године за доношење одлуке о прављењу нуклеарног наоружања биле су 1950–1952/1954. када су, подстакнути радом

<sup>18</sup> *Ibid.*, 1085.

<sup>19</sup> C. de Gaulle, *Discours et messages, Vers le terme 1966 1969*, Tome V, Plon, Paris 1970, 74–78.

Комесаријата за атомску енергију, поборници и противници оружја за масовно уништење тог типа почели да се сукобљавају.<sup>20</sup> Из тог сукоба, поборници идеје о прављењу нуклеарне бомбе, махом официри ратног ваздухопловства, однели су победу када је председник владе Ги Моле (*Guy Mollet*) 1956. године осетно убрзао француски нуклеарни програм наложивши свим релевантним актерима, Комесаријату за атомску енергију, војсци и посебно ратном ваздухопловству, да направе елаборате за коначну реализацију француског нуклеарног наоружања.<sup>21</sup>

Ове активности, предузете од стране режима Четврте Републике, омогућиле су Де Голу, који се и сам јавно заложиио за стварање нуклеарног наоружања 1954. године, да по повратку на власт 1958. године заокружи све започете радње у једну кохерентну целину, обезбеђујући, поред самих нуклеарних бојевих глава, и неопходне векторе за њихово лансирање, односно преношење. Прва француска нуклеарна бомба активирана је у Сахари 13. фебруара 1960. док су први вектори француског нуклеарног одвраћања били бомбардери Мираж IV. Они су касније употпуњени балистичким ракетама лансираним како са копна, тако и са мора.

Статус нуклеарне силе пружио је Де Голу и Француској могућност самосталног деловања на међународној сцени о којем смо претходно говорили. Изнад свега међутим, постојање француског нуклеарног одвраћања омогућило је Де Голу да на најеклатантнији начин искаже своју политику независности напустивши 1966. године интегрисану команду НАТО.

Француско иступање из интегрисане команде НАТО представља свакако најснажнију илустрацију деголовске визије, како међународних односа у којима не сме бити хегемона, тако и места Француске као независне и слободне силе. Управо је оно предодредило Француску да у потоњем периоду буде први и једини истински заговорник стварања „Европе одбране“.

На ову историјску одлуку француског председника, која је неспорно била у складу с амбицијом независности и визијом о величини Француске, директно је утицала и сама Америка кроз долазак на власт Џона Кенедија (*John Fitzgerald Kennedy*) почетком 1961. године и промену америчке нуклеарне стратегије која је извршена под диригентском палицом државног секретара за одбрану Роберта Мак-

<sup>20</sup> P. Marie Gallois, *Le sablier du siècle, L'Age d'Homme*, Lausanne 1999, 352.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 362-365. Пораз код Дјен Бјен Фуа (*Diên Biên Phu*) 1954. године када су Французи тражили од САД да избева опкољени француски гарнизон тако што ће употребити тактичко нуклеарно оружје које Француска није поседовала и Суецка криза 1956. године када је Совјетски Савез запретио употребом нуклеарне бомбе несумњиво су допринели схватању о неопходности поседовања нуклеарног наоружања код званичника Четврте Републике.

намаре (*Robert McNamara*).<sup>22</sup> Наиме, САД су са доктрине „масовне одмазде“ (*Massive Retaliation*) у случају нуклеарног напада прешле на доктрину „флексибилног одговора“ (*Flexible Response*) која би од европског континента направила главно бојиште у случају сукоба две суперсиле, без могућности утицаја самих Европљана на ток евентуалног сукоба, што је за Де Гола било неприхватљиво. Поред тога, САД никако нису желеле да у оквиру Западног блока виде нове и независне нуклеарне силе те су покушавале да нуклеарне снаге Велике Британије, као и француско нуклеарно наоружање у настајању, ставе у један шири оквир који би се налазио под њиховом контролом. Отуд је потекла идеја о формирању „Мултилатералне нуклеарне снаге“ у оквиру које би одлука о употреби нуклеарног оружја била под НАТО, тј. америчким кључем. Такав предлог Велика Британија у суштини је прихватила 1962. године уговором из Насуа и постала је зависна од САД кроз набавку америчких балистичких ракета „Поларис“, док је Француска понуду о „Мултилатералној нуклеарној снази“ категорички одбила 1963. године.<sup>23</sup>

Ови догађаји само су убрзали Француско дистанцирање од НАТО које је Де Гол започео издвајањем француске Медитеранске флоте (1959), а потом и Атлантске флоте (1963) из командног ланца НАТО у случају рата. Одлука о повлачењу Француске из интегрисане команде НАТО и одлазак НАТО трупа стационираних у Француској 1966. године представљали су кулминацију Де Головог односа према САД.<sup>24</sup> За годину дана, САД су евакуисале из Француске 27000 војника, 37000 запослених и 30 копнених, поморских и ваздушних база.<sup>25</sup> Седиште НАТО тада је из Париза премештено у Брисел и Монс.

Већ смо истакли да су управо претходно описана политика и њено наслеђе, омогућили Француској да буде главни промотер стварања „Европе одбране“. Ово може звучати парадоксално ако се у виду има општеприхваћена идеја о Де Головом „негативном“ односу

<sup>22</sup> Амерички председник Џон Кенеди био је противник француског нуклеарног наоружања изјавивши да његово прављење не представља „пријатељски гест“ према САД. Вид. Р. М. Gallois (1999), 387.

<sup>23</sup> С. Zorgbibe, *Histoire de l'OTAN, Complexe, Bruxelles* 2002, 103-112.

<sup>24</sup> „Воља Француске да одлучује о себи, што је неопходно да би веровала у сопствену улогу и да би била корисна другима, та воља Француске неспојива је с одбрамбеном организацијом у којој би Француска била подређена (...) Ради се о успостављању нормалне ситуације суверености у којој је све што је француско, као и сваки страни елемент који се налази у Француској, под искључивом француском влашћу“, Шарл де Гол, Конференција за штампу приликом које је најављено иступање из интегрисане команде НАТО, 21. фебруар 1966. С. de Gaulle (1970), 18-19.

<sup>25</sup> D. Vidal, „Ce que voulait de Gaulle en 1966“, *Le Monde diplomatique*, Avril 2008, 18-19.

према европском пројекту. Међутим, Шарл де Гол није био противник европске изградње као такве. Сасвим супротно, желео је снажну и независну Европу која је способна да се сама стара о себи. С друге стране, истина је да је био противник супранационалности као методе европске изградње јер је сматрао да су нације и националне државе једини легитимни оквири за доношење одлука. Одличну илустрацију таквог виђења снажне, али не и супранационалне Европе, пружа нам Фушеов план из 1961. године.<sup>26</sup> Тим планом је, само четири године након потписивања Римских споразума и стварања најзначајније од европских заједница, Европске економске заједнице, Француска предложила изградњу политичке Европе кроз стварање уније која би, без суштинских механизма супранационалности, имала заједничку спољну и одбрамбену политику.<sup>27</sup>

Штавише, потребно је истаћи и да је Де Голова жеља за јаком и независном Европом била снажнија од његовог одбијања супранационалности. То се уосталом најбоље види кроз Де Голово одбијање да Велика Британија – која је у два наврта, 1961. и 1967. године, истакла своју кандидатуру – постане чланица Европских заједница. Наиме, улазак ове земље у Европске заједнице додатно би ојачао Де Голову позицију у погледу европске изградње јер је и Велика Британија била противник механизма супранационалности. Ипак, блиска повезаност Велике Британије и САД нарушавала је други, битнији, аспект Де Головог схватања Европе који се односио на идеју да Европа мора бити независна. Ту идеју Де Гол је јасно и гласно истицао у многим приликама о чему је његов неформални портпарол, државни секретар, потом и министар информисања, Ален Перфит (*Alain Peyrefitte*) оставио низ сведочанстава: „Или ће Европа постојати тако што ће умети сама да се стара о себи – у савезништву с Американцима све док јој Руси прете – али политички, економски, војно, културно независна и располажући сопственим средствима; или Европа постојати неће и биће само агломерат америчких протектората“.<sup>28</sup> Управо је због такве визије улазак Велике Британије у Европске заједнице за француског председника био неприхватљив:

<sup>26</sup> Вид. С. Zorgbibe, *Histoire de l'Union européenne*, Albin Michel, Paris 2005, 42-46.

<sup>27</sup> Фушеов план одбијен је од стране осталих европских партнера због суштинског одсуства елемената супранационалности. Из данашње перспективе аргументација противника Фушеовог плана могла би изгледати антиевропски. Одбијањем плана је стварање политичке Европе само одложено за тридесет година док се у погледу „недостатка супранационалности“ ништа није променило. Наиме, и данас, више од педесет година након Фушеовог плана, „Заједничка спољна и безбедносна политика“ ЕУ спроводи се по међувладиној принципима сарадње а не на основу механизма супранационалности.

<sup>28</sup> А. Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, Tome 1, Éditions de Fallois/Fayard, Paris 1994, 364.

„Како бисмо могли да прихватимо да у Европу уђе земља која се до те мере потчињава САД?“<sup>29</sup>

Ипак, овакво Де Голово виђење Европе његови европски партнери нису у потпуности делили. Та чињеница га је 1964. године, приликом разматрања договора о сателитској комуникацији „Телстар“ између европских држава и САД, навела да изрази наду да ће се једног дана Европљани договорити да нешто постигну сами, без Американаца, али и да изрази сумњу о томе колико су његови партнери, којима „су пуна уста Европе“, заиста Европљани. „Дешава ми се да се питам нисам ли ја једини прави Европљанин?“ завршава том приликом Де Гол.<sup>30</sup>

Видећемо, на примеру покушаја стварања „Европе одбране“, да ово питање није нимало било без основа и да би се вероватно могло и данас подједнако легитимно поставити зато што „Европу одбране“, Европљани по дефиницији морају правити сами, тј. без САД односно НАТО.<sup>31</sup>

## 2. РЕИНТЕГРАЦИЈА ФРАНЦУСКЕ У НАТО: КРАЈ АМБИЦИЈЕ О НЕЗАВИСНОЈ ЕВРОПСКОЈ ОДБРАНИ

Радикалан отклон од Де Головог наслеђа у односима Француске и НАТО направљен је, као што смо видели, 2009. године када је тадашњи француски председник Никола Саркози одлучио да Француску у пуној мери врати у НАТО и реинтегрише његову команду.<sup>32</sup> Управо је о последицама ове одлуке „на будућност трансатлантског односа и на перспективе Европе одбране“ Ибер Ведрин био позван да састави извештај. Његови закључци занимљиви су са два аспекта. Први је конкретан и директно проистиче из задате теме јер се тиче утицаја повратка Француске у НАТО на изградњу „Европе одбране“. Из извештаја јасно произлази да је, ако такав утицај уопште постоји, он пре негативне него позитивне природе. Тиме се, посредно али недвосмислено, потврђује чињеница да је постојање НАТО некомпатибилно са стварањем истинске „Европе одбране“ (2.1). Други значајан аспект Ведриновог извештаја превазилази ужи оквир задате

<sup>29</sup> *Ibid.*, 346.

<sup>30</sup> A. Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, Tome 2, Éditions de Fallois/Fayard, Paris 1997, 54 55.

<sup>31</sup> М. Јовановић (2012), 327 331.

<sup>32</sup> Истине за вољу, још је 1995. године, тада новоизабрани председник, Жак Ширак (Jacques Chirac) начео поменуто наслеђе вративши француске представнике у министарски савет и војни комитет Северноатлантског савеза. Вид. Paul Marie de la Gorce, „Retour honteux de la France dans l'OTAN“, *Le Monde diplomatique*, Janvier 1996, 7.



теме јер се дотиче питања будућности „Европе одбране“ а тиме и будућности самог европског пројекта. Наиме, извештај у целини, али и по свом основном закључку, указује на чињеницу да је хоризонт „Европе одбране“ видно затамњен што по природи ствари узрокује низ озбиљних последица у погледу даље изградње ЕУ (2.2).

### 2.1. „Европа одбране“ и НАТО: комплементарност која представља негацију „Европе одбране“

Занимљиво је да је приликом доношења одлуке о повратку у НАТО, један од главних аргумената француског председника Саркозија гласио да ће тим повратком додатно бити афирмисана и „Европа одбране“. Заправо, јачање „Европе одбране“ представљало је предуслов француске реинтеграције у Северноатлантски савез, на шта у свом извештају подсећа и Ведрин. Тако је приликом обраћања америчком конгресу новембра 2007. године француски председник изјавио: „Што Европа одбране буде била изграђенија, то ће Француска бити одлучнија да заузме своје пуно место у НАТО. Желим да Француска, оснивач нашег савеза и један од његових највећих контрибутора, преузме своју пуну улогу у напору обнове његових инструмената и начина деловања, и у том контексту измени свој однос са савезом, упоредо са развојем и јачањем Европе одбране“. Неколико месеци касније, у јуну 2008. године, Саркози изјављује да сматра да „може бити напретка у интеграцији Француске у НАТО само ако претходно постоји напредак Европе одбране“. Са своје стране, НАТО је у својој декларацији са самита из 2009. године „признао значај једне снажније и ефикасније европске одбране и изразио задовољство због напора које ЕУ предузима како би ојачала своје капацитете и своју способност да одговори заједничким безбедносним изазовима са којима се данас суочавају НАТО и ЕУ“.<sup>33</sup>

Толико о лепим жељама и званичним саопштењима. Остаје питање да ли је француски повратак у НАТО заиста допринео изградњи „Европе одбране“? Ведринов одговор је изричит: „Осим начелног признања у саопштењима са НАТО самита, није било ни претходног ни паралелног напретка који је пратио повратак [Француске у НАТО, прим. аут.]. Ту квазистагнацију објашњава неколико разлога. Слаб француски активизам од 2009. године, омогућио је Комисији и бриселској техноструктури, између осталих, да тврде да Француску, једном када је ушла у НАТО, више не занима европска одбрана а била је њен једини заговорник“.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Н. Védrine (2012), 5.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 9.

Ведринова констатација потврђује, кроз два различита нивоа, да постојање НАТО (могло би се рећи и јачање јер је његова хомогеност оснажена повратком Француске), није компатибилно са стварањем истинске „Европе одбране“. Први ниво тиче се исправне перцепције чињеничног стања које говори да није било помака у изградњи „Европе одбране“ од како се Француска вратила у пуној мери под окриље НАТО. Други ниво односи се на аргументацију „бриселске техноструктуре“ али заправо и већег дела земаља чланица ЕУ које тврде да Француску која се вратила у НАТО више не занима „Европа одбране“. Оваква тврдња може логички имати смисла и бити рационална само ако се полази од претпоставке да се НАТО и „Европа одбране“ међусобно искључују. Оба ова елемента су дакле у складу с идејом да истовремено постојање и НАТО и истинске „Европе одбране“ није могуће. Та се искључивост у односу НАТО/„Европа одбране“ у званичној терминологији квалификује додуше као „комплементарност“. У овом случају, „комплементарност“ значи да НАТО у питањима одбране и безбедности држи главну улогу и интервенише у кризним подручјима онда када жели, док ЕУ – као комплементарни, а заправо секундарни актер – „ускаче“ само тамо где је НАТО/САД претходно завршио важнији део посла или на жариштима на којима НАТО/САД не жели да учествује. Структура мисија ЕУ (закључно са јуном 2013. године, ЕУ спроводи 17 мисија од којих је 13 цивилног карактера док су само 4 мисије војног типа) као и различите улоге ЕУ и НАТО/САД на кризним подручјима широм планете (БиХ, Србија – АП Косово и Метохија, Авганистан, Ирак) недвосмислено потврђују овако схваћену комплементарност.<sup>35</sup> Једна од последица комплементарности НАТО – ЕУ јесте и „забрана“ удвајања капацитета према којој ЕУ не треба да располаже капацитетима који већ постоје унутар НАТО. Другим речима, НАТО остаје главни оквир одбране и безбедности европских држава. Унутар тог оквира, ЕУ може играти само „комплементарну“, тј. споредну улогу као нека врста помоћне снаге, која је првенствено специјализована за постконфликтну етапу стабилизације кризних жаришта а не за решавање сукоба и наметање решења што остаје прерогатива НАТО/САД. Посматрано из угла изградње „Европе одбране“, и рецимо с аспекта претходно поменуто француско-британске декларације из Сен-Малоа која се сматра значајном етапом у овом домену, могло би се рећи да је британско тумачење декларације и британско схватање „Европе одбране“ несумњиво однело превагу. Ако је уопште потребно додатно аргументовати ову тврдњу, као илустрација може послужити још увек актуелно одбијање Велике Британије да се оформи стални европски главни штаб јер би, сходно аргументу Британаца, то било непотребно удвајање с обзиром на чињеницу да

<sup>35</sup> М. Јовановић (2012), 321–322.

таква структура већ постоји у оквиру НАТО.<sup>36</sup> Овај континуитет у трансатлантској солидарности која постоји између Велике Британије и САД у значајној мери потврђује исправност Де Голове политике и његове одлуке да управо из ових разлога одбије да прими Велику Британију у тадашње Европске заједнице.

Ако се наведени контекст има у виду, француски повратак у НАТО логично је протумачен као одустајање и саме Француске од идеје стварања истинске „Европе одбране“ и приклањање претходно описаној подели посла.<sup>37</sup> Тако је схваћен тим пре што је већина европских држава, на челу са Великом Британијом, била, као и САД, поборник очувања *status quo* у таквој расподели улога.

Коначно, проатлантски став већине европских држава осетио се и приликом француске војне интервенције у Малију, започете јануара 2013. године и која је вероватно представљала последњи трзај нове француске владе да у погледу изградње „Европе одбране“ начини позитивни помак.<sup>38</sup> Том приликом су се све остале чланице ЕУ, поред званичног признања о неопходности интервенције и пружене логистичке подршке, тј. помоћи приликом транспорта трупа и опреме ваздушним путем, добро чувале да пошаљу своје војнике на терен на ком су Французи остали сами. Све што је ЕУ успела да уради у овој ситуацији јесте да успостави још једну мисију – ЕУТМ Мали – која има за циљ да пружи помоћ у обучавању припадника војске Малија. Овим се још једном исказала суштинска незаинтересованост већине земаља ЕУ за стварање „Европе одбране“.

Из свих разлога које смо претходно навели, повратак Француске у НАТО могао је само да значи слабљење „Европе одбране“. Питање последица које овај процес може имати у погледу даље европске изградње остаје отворено.

## 2.2. Крај „Европе одбране“ и његове последице за европску изградњу

Резултати „Европе одбране“ су и до 2009. године били прилично скромни. Без потребе да улазимо у детаље, довољно је на пример истаћи као илустрацију слабости ЕУ у домену одбране, да

<sup>36</sup> E. Buckley, „Un pour tous et tous pour rien (ou presque)“, *L'Europe et sa défense* (dir. G. Boutherin, E. Goffi), Choiseul, Paris 2011, 256.

<sup>37</sup> О француском прихватању „комплементарности“ НАТО и ЕУ сведоче и чланци француских високих официра, генерала Ленглоа и Периш. Вид. Maurice de Langlois, „Vers un rapprochement nécessaire UE OTAN“, *L'Europe et sa défense* (dir. G. Boutherin, E. Goffi), Choiseul, Paris 2011, 225 239 и Jean Paul Perruche, „Pour une complémentarité UE OTAN“, *L'Europe et sa défense* (dir. G. Boutherin, E. Goffi), Choiseul, Paris 2011, 241 251.

<sup>38</sup> М. Јовановић (2012), 314 316.

главни циљ самита из Хелсинкија из 1999. године који се односио на стварање снага за брзе реакције од 60.000 људи ни до дана данашњег није остварен.<sup>39</sup> Међутим, иако су се многобројне потешкоће налазиле на путу стварања „Европе одбране“, постојала је барем искрена амбиција коју је носила Француска. Повратком Француске у НАТО, та амбиција је у најмању руку осетно ослабљена чиме је стварање истинске „Европе одбране“ осуђено на неуспех за дуги низ година.

Шта то значи за Европу и европски пројекат? Одговор на ово питање мора се дати у две равни. Прва се односи на опипљиве и крајње конкретне последице. Једноставно речено, одустајањем од стварања „Европе одбране“ се ЕУ одриче основног инструмента спољне политике чиме осуђује себе на неефикасност и зависност у међународним односима у погледу решавања великих међународних криза. Тиме заправо ЕУ одустаје од позиције глобалног и моћног актера на међународној сцени. Изнад свега међутим, ЕУ се одустајањем од „Европе одбране“ одриче пуне политичке интеграције што је осуђује да и данас, више од педесет година након потписивања Римских споразума (1957) и више од двадесет година након потписивања Маастрихтског споразума (1992), буде првенствено пројекат заснован на економији и на очувању просперитета њених грађана. Оваквим ограничавањем амбиције се ЕУ неспорно излаже ризицима дезинтегративних процеса. Наиме, потребно је нагласити да је економска интеграција чисто инструменталне, тј. функционалне природе, и да ће бити онолико трајна колико буде била успешна у испуњавању своје улоге. Економска криза, која је започела 2008. године у САД, показала је, кроз одсуство солидарности између „грађана Европе“, сву крхкост модела интеграција који се првенствено заснива на економији.<sup>40</sup> Као таква, економска интеграција не пружа основ за изградњу колективног идентитета и осећаја припадности који представља неопходно везивно ткиво и услов успешности сваког покушаја колективног битисања. Наведени услови спадају у домен политичког и само се могу остварити кроз пуну политичку интеграцију.

Овде долазимо до другог дела одговора на питање шта одустајање од „Европе одбране“ значи за ЕУ. За разлику од прве, друга равна односи се на свет идеја и воље. Заправо, у њој се отвара питање постојања политичке воље за дубљом интеграцијом ЕУ.

Ову равна добро је препознао француски филозоф Режи Дебре (*Régis Debray*) који је на страницама месечника Дипломатски свет (*Le Monde diplomatique*) реаговао на извештај Ибера Ведрина, покренув-

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, 320-324.

<sup>40</sup> Реакција немачког јавног мњења приликом дужничке кризе која је потре сала Грчку 2010-2012. године добар је показатељ степена солидарности који (не) постоји између „грађана Европе“.

ши тиме кратку полемику о документу који иначе није био предмет медијске пажње у Француској.<sup>41</sup> У наведеном чланку, Дебре не оспорава толико сам садржај извештаја колико крајњу препоруку бившег министра иностраних послова по којој би данас за Француску било штетније поново напустити интегрисану команду НАТО него у пуној мери остати у Северноатлантском савезу.<sup>42</sup> У својој критици основног закључка извештаја, Дебре је тачно указао на суштински проблем који надилази саме техничке податке и краткорочне политичке пројекције када је у питању „Европа одбране“ и који у основи лежи у потпуном одсуству визије, амбиције и политичке воље да се Европа у том важном сегменту самостално и у потпуности изгради. И заиста, потпуно одсуство амбиције можда најбоље показује део извештаја у којем Ибер Ведрин позива да се термин „Европа одбране“ схвати на примерени начин. Према Ведрину „Европа одбране“ никако не може да значи војну одбрану Европе од спољашњих претњи, „за шта би био способан само НАТО, са америчким средствима, ако би Европа, на несрећу, била нападнута“.<sup>43</sup> Другим речима, ЕУ не само да није способна да се брани сама, већ, што је много индикативније, нема ни амбицију да се брани сама у случају спољашњих претњи. Ово флагрантно одсуство воље и амбиције, осим што је хиљадама светлосних година удаљено од визије и праксе Шарла де Гола, неминовно баца сенку на будућност не само „Европе одбране“, већ и читавог европског пројекта.

Након свега, да ли би се озбиљно могла оспорити чињеница да је питање Де Гола, о томе није ли он једини прави Европљанин, и данас актуелно?

---

<sup>41</sup> Вид. R. Debray, „La France doit quitter l’OTAN“, *Le Monde diplomatique*, Mars 2013, 1, 6-7 и Hubert Védrine, „L’OTAN, terrain d’influence pour la France“, *Le Monde diplomatique*, Avril 2013, 10.

<sup>42</sup> H. Védrine (2012), 10.

<sup>43</sup> За Ведрина, синтагма „Европа одбране“ требало би да се ограничи на војне и цивилно војне мисије ЕУ и на сарадњу држава чланица ЕУ у области наменске индустрије. H. Védrine (2012), 14.

Dr. Miloš Jovanović

Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

## FRANCE, NATO AND “L’EUROPE DE LA DÉFENSE”

### *Summary*

A long-lasting French ambition was to achieve a deeper integration of the EU in the field of security and defense, i.e. to create the so-called “l’Europe de la défense”. The legacy of Charles de Gaulle, which consisted of a more independent and daring conduct of foreign affairs and its highlight – the French withdrawal from NATO’s Integrated Military Command in 1966 – paved the way for France to be the key advocate of a greater military integration of Europe. Even more, it constituted the prerequisite for an emergence of a true “Europe de la defense” as it clearly appears that the existence of NATO and its role in Europe is not compatible with a rise of a more powerful and autonomous European defense. However, the 2009 decision to reintegrate all NATO structures provoked a rupture with the legacy of de Gaulle. Consequently, it has also compromised the plan of a militarily more integrated EU. Such an effect has been recently confirmed in the report presented by the French former foreign minister Hubert Védrine. That weakening, not to say discard, of the “l’Europe de la defense”, which inevitably condemns the EU to an incomplete political integration, necessarily puts into question both the nature and the future of the European edifice.

Key words: *France. – de Gaulle. – Independence. – NATO. – „l’Europe de la defense“.*

Др Андреја Катанчевић\*

## *VIS MAIOR И LOCATIO CONDUCTIO FUNDI*

Један од најинтригантнијих изазова римске јуриспруденције био је постављање граница одговорности за ризик (*periculum*) штете која би наста ла по стране у уговору о закупу. Три римска правника у различитим периодима класичног права дала су другачија решења на питање ко треба да сноси ри зик више силе на пољопривредном земљишту. Док је Сервије сматрао да сва штета погађа власника закуподавца, дотле су Гај и Улпијан били мишљења да се она мора поделити између саговорача по неком критеријуму. Међутим, нису се слагали око принципа поделе. Гај је тврдио да купац треба да сноси штету која је „толерантног“ обима, а његов млађи колега био је мишљења да би ту дошла у обзир само штета која је произашла из саме закупљене ствари, без обзира на њен износ.

Рад кроз језичко, историјско и системско тумачење фрагмената *D.19.2.9.2*, *D.19.2.15.2*, *D.19.2.15.5*, *D.19.2.25.6* è *D.19.2.49.pr* објашњава узроке настанка ове контроверзе, као и могуће разлоге који су јуриспруденте мотивисали да понуде оваква решења.

Кључне речи: *Periculum*. *Locatio conductio*. *Vis maior*. *Ad edictum*.

### 1. УВОД

Римски контракт *locatio conductio* обухватао је три уговора данашњег права: уговор о најму радне снаге, уговор о делу и угово р о закупу. Рим је представљао вероватно најразвијеније античко робовласничко друштво. Зато уговор којим би се плаћало за рад слободног човека није био честа друштвена нити нарочито интересантна правна појава. Физички рад, као и рад који је захтевао посебна знања обављали су углавном робови. Рад слободног човека се није сматрао друштвено пожељним. Тек се неколико занимања сматрало достојним слободног човека, али се чак ни ту није плаћала надокна-

\* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *andreja.katancevic@gmail.com*.

да. Тако је у античко доба привредно најзначајнији од поменути три контракта био закуп и то закуп највреднијих ствари, непокретности.

Иако је Рим био можда привредно најразвијеније прединду-стријско друштво, пољопривреда је у њему играла велику улогу. Највеће борбе у периоду Републике су вођене око расподеле освојене обрадиве земље, а у доба домината је закуп земљишта често био повезан и с јавноправним односом колона и закуподавца. С друге стране, пољопривреда је увек била привредна делатност великог ризика, који долази од непредвидивости природних услова, виталних за њено обављање. Тако се и пред римске правнике поставило питање: Ко сноси ризик штете настале вишом силом на закупљеном пољопривредном земљишту?<sup>1</sup> Од првог века п. н.е. до трећег века н.е. неколико правника је понудило своје одговоре.

## 2. СЕРВИЈЕ И УЛПИЈАН

Далеко највише сведочанстава о овој материји долази из Улпијанових дела. Његов коментар едикта била је вероватно најобимнија

<sup>1</sup> Правни механизам преношења ризика са закупца, који дугује закупни ну по јединици времена (обично за годину дана), на власника, било је ослобађање првог целе или дела закупнине за време неуспешног вегетативног циклуса. Ова институција (*remissio mercedis*) је једна од најинтригантнијих романистичких тема у последњих седамдесетак година. Вид. Милена Полојац, „*Periculum* и теорија ризика“, *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije* 5 (ур. Стеван Лилић), Београд 2010, 93 103; Jan Dirk Harke, *Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht*, Berlin 2005, 9 36; Paul Jacobus Du Plessis, *A history of remissio mercedis and related legal institutions*, Rotterdam 2003, 7 58; Carsten Hanns Müller, *Gefahrtragung bei der locatio conductio: Miete, Pacht, Dienst und Werkvertrag im Kommentar römischer Juristen*, Bochum 2002; Roberto Fiori, *La definizione della locatio conductio Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999; Dennis P. Kehoe, *Investment, Profit, and Tenancy: The Jurists and the Roman Agrarian Economy*, Michigan 1997; Luigi Capogrossi Colognesi, *Ai margini della proprietà fondiaria*, Rome 1996; Bruce W. Frier, „Law, Economics, and Disasters Down on the Farm: Remissio Mercedis Revisited“, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 31 32/1993, 237 270; Wolfgang Ernst, „Periculum conductoris“, *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992*, Stuttgart 1992, 59 97; D. P. Kehoe, „Approaches to Economic Problems in the ‘Letters’ of Pliny the Younger: the Question of Risk in Agriculture“, *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* 2/1989, 555 590; W. Ernst, „Das Nutzungsrisiko bei der Pacht“, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZSS)*, 105/1988, 541 591; Paolo Pinna Parpaglia, *Vitia ex ipsa re: aspetti della locazione in diritto romano*, Milano 1983; Jens Köhn, „Die Kolonen in den Rechtsbestimmungen“, *Die Kolonen in Italien und den westlichen Provinzen des Römischen Reiches*, Berlin 1983, 167 257; B.W. Frier, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton 1980; Hans Ankum, „Remissio Mercedis“, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 19/1972, 219 238; Giovanni Nicoisia, „La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano“, *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 92/1957 1958, 403; Max Kaser, „Periculum locatoris“, *ZSS*, 74/1957, 155 200; Theo Mayer Maly, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien München 1956.



књига класичне јуриспруденције и у њој је било места и за мишљења других правника. Иако је аутентичност ставова из друге руке увек сумњива, ово дело, чија је једна трећина сачувана у Дигестама, важан је извор о развоју класичне правне науке.

У свом честом маниру, у ком цитира једног аутора па се надовезује на његово мишљење, он извештава у одломку D.19.2.15.2 из своје тридесетдруге књиге коментара преторовог едикта:

D.19.2.15.2 *Ulpianus libro 32 ad edictum*<sup>2</sup>: *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat. Si qua tamen vitia ex ipsa re orientur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit<sup>3</sup>, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruerit aut solis fervore non adueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Овај Улпијанов одломак сачуван је у још једном папирусу: PSI XIV, 1449 verso: *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori hoc nomine aliquid praestare debeat, videamus. Et referet Pomponius Servium existimasse omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere, ut puta fluminum.* Vincenzo Arancio Ruiz, „Frammenti di Ulpiano Libro 32 ad edictum in una pergamena di provenienza egiziana“, *Archivio giuridico Filippo Serafini* 152/1957, 153. („Погледајмо да ли је закуподавац дужан да нешто учини закупцу у то име уколико се догоди временска непогода [и тако буде причињена штета]. И наводи Помпоније Сервија који сматра да власник колону дугује да надокнади сваку [штету насталу] силом, којој се не може супротставити, као на пример поплава.“)

<sup>3</sup> Ду Плеззи (*Du Plessis*) ову реч преводи са „has acidified“ („укиселило се“), иако вино које дуго стоји у бурадима може и на други начин да се поквари, нпр. тако што промени боју или укус. P. J. Du Plessis, 17.

<sup>4</sup> „Улпијан, тридесетдруга књига коментара едикта: Погледајмо да ли је закуподавац дужан да нешто учини закупцу уколико се догоди временска непогода [и тако буде причињена штета]. Сервије каже да власник колону дугује сваку силу [односно штету тако насталу], којој се не може супротставити, на пример најезда чавки или чворака или уколико се нешто слично догоди, или уколико буде најезда непријатеља. Међутим, уколико се штете јаве из саме ствари, то је штета [која пада на терет] колона, као када се вино поквари или уколико су усеви оштећени црвима или коровом. А уколико се деси земљотрес и све плодове однесе, штета није колонима [и он] не може се присилити да дугује и закуп земље поред штете [коју је претрпео због] изгубљеног семена. Међутим, уколико је ватром оштећен род маслине, или се због неуобичајено јаке жеге то догодило, настаје штета по власника.

Овај фрагмент деценијама у правној романистици изазива велике расправе. Оне се пре свега односе на критеријум поделе ризика између уговорних страна. Мајер Мали (*Mayer- Maly*), Казер (*Kaser*) и Вотсон (*Watson*) сматрају да је *vis* спољна сила, *vis externa*, која настаје ван земљишта и усева.<sup>5</sup> Ду Плезис мисли да је *vis* спољна неизбежна сила којој се не може одолети и која не стоји у вези с радњама закупца, а *vitium* онај ризик који се односи на само обрађивање.<sup>6</sup> Милер (*Müller*) држи да је *vitium* сваки пољопривредни ризик, који иначе треба да сноси закупца, а *vis* граница његове одговорности, те да таква подела није никакав изузетак већ произлази из општег начела *bonae fidei*, на коме је закуп и заснован.<sup>7</sup> Фјори (*Fiori*) нуди три принципа по којима може да се реши овај проблем. Критеријуми поделе су наводно могућност да се једној сили супротстави (*vis cui resisti non potest/ vis cui resisti potest*) или порекло силе (*vis interna/ vis externa*). Осим тога, он каже да оно што у фрагменту долази после *tamen*, можда није било антитеза, већ разрада исказа који се налази испред.<sup>8</sup> Ернст (*Ernst*) и Цимерман (*Zimmermann*) мисле да је концепт одговорности за ризик повезан с контрактном обавезом закуподавца да закупцу стави на располагање земљиште одређених карактеристика.<sup>9</sup> Такође, према Ернстовом мишљењу, закупца овде одговара за случај (*vitium*), али не и за вишу силу (*vis*), која представља границу такве одговорности (слично одговорности за кустодију).<sup>10</sup> Пина Парпаља (*Pinna Parpaglia*) сматра да је *vitium* штета која је настала кршењем обавезе закупца да савесно обрађује земљу.<sup>11</sup> Никозија (*Nicosia*) решење објашњава одговорношћу закуподавца за мане закупљене ствари (земљишта), али не и за мане култура које на њему расту (*ex ipsa re orientur*, где би *res* било оно што се на земљишту узгаја).<sup>12</sup> Фрајар (*Frier*) овакву поделу ризика

Уколико се заиста ништа необично не догоди, штета је колонова. Исто је решено, уколико пролазећа војска у безобзирности нешто однесе. Али уколико се земљиште померањем гла оштети тако да ништа не остане, штета је власникова. Наиме, он дугује [да стави на располагање] земљиште закупцу, тако да [оно] може доносити плодове.“

<sup>5</sup> T. Mayer Maly, 192; M. Kaser, 179; Alan Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, 112.

<sup>6</sup> P. J. Du Plessis, 24.

<sup>7</sup> C. H. Müller, 28 и 58.

<sup>8</sup> R. Fiori, 85.

<sup>9</sup> W. Ernst (1988), 543, 546 и 552; W. Ernst (1992), 76 79; Reinhard Zimmermann, „Locatio conductio I“, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 2012, 18 <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198764267.001.0001/acprof-9780198764267-chapter-11> 13. 7. 2013.

<sup>10</sup> W. Ernst (1988), 549; W. Ernst (1992), 76 79.

<sup>11</sup> P. Pinna Parpaglia, 27.

<sup>12</sup> G. Nicosia, 404.

објашњава економским критеријумима којима су се водили римски правници који су покушали да нађу „економски оптимално решење правног проблема“.<sup>13</sup> Харке (*Harke*) сматра да је основни критеријум уобичајеност појединих појава. Тако само оно што је *extra consuetudinem* треба да пада на терет закуподавца,<sup>14</sup> односно да у том случају колон трпи штету насталу на усевима, а власник штету од (опроштене) закупнине.<sup>15</sup>

Међутим, свим овим објашњењима може се ставити једна методолошка примедба: сва она полазе од премисе да је у тексту супротстављен јасан теоријски концепт *vis*, подједнако одређеном концепту *vitia*. Сама претпоставка да су римски правници приликом давања решења полазили од било каквих концепата је тешко одржива. При томе је то нарочито мало вероватно када се ради о правницима из доба Републике и о тако детаљним *концептима*, као што су они који се тичу штете на обрадивом земљишту.

Кључ разумевања текста можда лежи у препознавању његових различитих историјских слојева, те у одговору на питање: Које су речи Сервијеве, а које Улпијанове?<sup>16</sup> Наиме, јасно је да су речи „*omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere*“ цитат или парафраза Сервијевог става. За примере који се затим (иза „*ait*“) наводе у истој реченици „*ut puta fluminum ... hostium fiat*“ може се рећи са подједнаком вероватноћом да су Улпијанови, или да су Сервијеви.<sup>17</sup> Међутим, друга реченица, „*Si qua tamen ... praestare cogatur*“, за разлику од прве не садржи јасну назнаку о томе да је Сервије то рекао („*ait*“). С друге стране у њој се помињу примери, као што су кварење вина и лоша берба. Они се опет налазе у императорској рескрипционој пракси о којој се сазнаје из исте Улпијанове књиге:

D.19.2.15.5 *Ulpianus libro 32 ad edictum: Cum quidam de fructuum exiguitate quereretur, non esse rationem eius habendam rescripto divi Antonini continetur. Item alio rescripto ita continetur: „novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur.“*<sup>18</sup>

<sup>13</sup> В. W. Frier, (1993), 268.

<sup>14</sup> J. D. Harke, 19.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 21.

<sup>16</sup> При томе треба имати у виду да се Улпијан овде позива на Сервија можда и посредно, преко Помпонија. Могућност да је између Сервија и Улпијана можда било разлике у мишљењима примећује Ду Плезе, али сматра да се на основу овог фрагмента не може поуздано о томе говорити. Р. J. Du Plessis, 28.

<sup>17</sup> Можда се Сервијеве речи завршавају тамо где се завршава и одломак PSI XIV, 1449 *verso*. Вид. фн. 2.

<sup>18</sup> „Улпијан, тридесетдруга књига коментара едикта: Уколико се неко жали због закржљалости плодова, нема права на то, одређено је рескриптом божанског

По директном стилу обраћања адресату, изгледа да је други од ових рескрипата састављао сам Улпијан док је био секретар *a libellis* (202–209).<sup>19</sup> Први је вероватно настао крајем другог века, односно неколико година пре другог.<sup>20</sup> Оба случаја се јављају у раду принципсове канцеларије вековима после Сервија, а у време Улпијана. Зато је мало вероватно да су ти примери Сервијеви, а прилично је извесно да су они Улпијанови. Поред тога, реч *tamen* изгледа да показује границу између интерпретације Сервија и Улпијанових сопствених речи, али и суптилну разлику између њихових ставова. Чини се да је све после *Si qua* Улпијанов став, те да се он у неким детаљима разликује од мишљења његовог колеге из времена Републике. Тако док Сервије сматра да сваку штету (ризик) услед нескривљене околности треба да сноси власник, Улпијан *tamen* („међутим“) даје изузетке од таквог правила.

У вези с овим питањем постоји још један извор који може помоћи у реконструкцији развоја поделе ризика међу уговорним странама. Када се говори о пољопривредним приликама у Риму на прелазу две ере, свакако најзначајније сведочанство је Колумелино дело *De re rustica*, настало половином првог века н. е. У њему није пропуштено да се дају савети и о томе како се треба понашати као закуподавац обрадивог земљишта:

*Columella, De re rustica, 1.7.1 2: ... praecipua cura domini requiritur, cum in ceteris rebus, tum maxime in hominibus. Atque hi vel coloni vel servi sunt, soluti aut vincti. Comiter agat cum colonis, facilemque se praebeat. Avarius opus exigit quam pensiones, quoniam et minus id offendet, et tamen in universum magis prodest. Nam ubi sedulo colitur ager, plerumque compendium, numquam, nisi si caeli maior vis aut praedonis accessit, detrimentum affert, eoque remissionem colonus petere non audet. Sed nec dominus in unaquaque re, cum colonum obligaverit, tenax esse iuris debet, sicut in diebus pecuniarum, ut lignis et ceteris parvis accessionibus exigendis, quarum cura maiorem molestiam quam impensam rusticis licet. Nec nobis est vindicandum nobis quidquid licet. Nam summum ius antiqui summam putabant crucem.*<sup>21</sup>

Антонина“. Такође, други рескрипт тако одређује: „нову [досад неуобичајену] ствар захтеваш, да се теби дозволи умањење [закупнине] услед старости вина“.

<sup>19</sup> Т. Honoré, „Background and Career“, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, Oxford 2012, 17 и 18, <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199244249.001.0001/acprof/9780199244249>, 13. 7. 2013.

<sup>20</sup> Вид. ниже.

<sup>21</sup> „Колумела, *De re rustica*, 1.7.1 2:... посебну пажњу, више него осталим стварима, власник треба да посвети људима. Било да су они колони или робови, слободни или везани. Учтиво се опходи према колонима и показује се приступачним. Више инсистира на раду него на плаћањима, јер тако мање вређа [колону], а с

Из овог текста се сазнаје да је најважније за власника земље да буде у добрим односима са својим колонима, с којима треба да изграђује узајамно поверење, те да они треба да буду заинтересовани да што боље обраде закупљену парцелу. Поред тога, фрагмент је драгоцен из још једног разлога. Наиме, век после Сервија јавља се поуздано сведочанство да је још увек прицип сношења ризика исти. Овде, баш као и код Сервија, ризик штете настале услед сваке нескривљене околности пада на терет власника, који у том случају треба да закупца ослободи плаћања закупнине.

Дакле, за Сервија је, средином првог века п. н. е., као и за Колумелу век касније, решење прилично једноставно. Уколико постоји сила којој се не може супротставити, сав ризик сноси власник. Ово је вероватно доследно спроведено нечело *casus sentit dominus*. Наиме, све до одвајања плодова њихов власник је закуподавац – власник земље. До тренутка бербе или жетве ризик њихове пропасти сноси власник. Он је дужан *ex fide bona* да закупцу који нескривљено пропусти да их убере надокнади (опрости) закупнину за тај вегетациони период. Такође, не треба заборавити да је сам Сервије био конзул у време првог тријумвирата,<sup>22</sup> те вероватно близак странци популара. Популари су били неформална скупина политичких истомишљеника која је настала у време када се у Риму разбуктала борба око поделе новоосвојене земље. Наиме, у ту групу су спадали они који су се залагали за ограничење земљишног поседа и асигнацију земље ширим групама римских грађана. То значи да су популари, а вероватно и сам Сервије, били политички противници велепоседника. Како су се велепоседници јављали као закуподавци, можда је овакво решење које је против њихових интереса, било мотивисано и политичким разлозима. Најзад, постоје сачувана сведочанства о томе да су у доба првог тријумвирата вршена општа смањења закупнина за закупце у Риму и Италији.<sup>23</sup>

С друге стране, Улпијан наводи мишљење свог претходника као правило, али му као изузетке супротставља оне примере у којима је супротно одлучено. Ти случајеви су се јавили у недавној императорској пракси, коју је и сам стварао.

друге стране заједници [обема странама] више користи. Јер где се пажљиво обрађује земља, обично доноси профит, а никад штету, осим у случају када се деси виша сила са неба или пљачка, када колон не оклева да тражи ослобођење од плаћања закупнине. Али нека власник у свакој ствари, на коју се колон обавезао, не тражи упорно право које му припада, као исплату на време, или дрва или сличне мале додатне издатке, чије обезбеђење више оптерећује [колону], него што наноси пољопривредне трошкове [власнику]. Није добро да захтевамо за себе све што је дозвољено. Јер потпуно право су стари сматрали за потпуну несрећу.“

<sup>22</sup> W. Kunkel, *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln Weimar Wien 2001, 25.

<sup>23</sup> Svetonius, *De vita caesarum*, 38.2.

### 3. ШТА СЕ ДОГОДИЛО У МЕЂУВРЕМЕНУ?

Од времена у ком је радио Сервије и периода у којем је Улпијан писао свој едикт (211–218)<sup>24</sup> прошло је око два и по века. За то време је једно правно решење измењено. Овај део рада ће покушати да реконструише историјски развој, као и могуће узроке оваквих промена.

#### 3.1. Гај

О својим ставовима о овом питању Гај је говорио у десетој књизи провинцијског едикта:

*D.19.2.25.6 Gaius libro decimo ad edictum provinciale: Vis maior, quam Graeci θεος βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodi cum lucrum non aufertur.*<sup>25</sup>

Већ је на први поглед јасно да је Гајев став другачији од Сервијевог. Јавља се питање зашто Гај (или провинцијски едикт) проблем решава на начин који се разликује од оног из првог века пре и првог века н. е.

Могуће је да се овде желело да се заштите интереси власника. Тако према његовом решењу они нису морали да сносе сав ризик више силе, већ се један део тако настале штете пребацивао на терет колона. Међутим, ограничење ризика који сносе закупци на онолико „колико је толерантно“ као да је у њиховом интересу. Наиме, изгледа да је већ у Гајево време, или чак пре њега, постојало правило да се тако настала штета дели међу сауговорачима. О томе сведочи Јулијанов став, сачуван у поменутој тридесетдругој књизи Улпијановог коментара преторског едикта:

*D.19.2.9.2. Ulpianus libro 32 ad edictum: Iulianus libro quinto decimo digestorum dicit, si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi maiori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse.*<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Т. Honoré, „Dates and Plan I: On the edict“, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, Oxford 2012, 22 и даље, <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199244249.001.0001/acprof/9780199244249>, 13.7.2013.

<sup>25</sup> „Гај, десета књига коментара провинцијског едикта: Виша сила, коју Грци ‘Божија сила’ називају, није штетна по закупца [он не сноси ризик тако настале штете], уколико су плодови оштећени више него што је то толерантно. Другачију умерену штету треба стрпљиво да сноси колон, јер [му] није неумерено ускраћена добит.“

<sup>26</sup> „Улпијан, тридесетдруга књига коментара едикта: Јулијан у петнаестој књизи дигеста каже, [да] уколико неко земљиште да у закуп, а затим нешто [на том

Јулијан каже да власник мора да поштује одредбу уговора у којој преузима ризик више силе. То значи да је у већ у Јулијаново време, средином другог века, било уговора о закупу обрадивог земљишта с таквом клаузулом. Уколико је такво решење морало бити посебно уговорено следи да оно није било уобичајено или се бар није подразумевало. Оно што Јулијан не открива је начин на који би се штета поделила да у уговору није било никакве клаузуле о вишој сили. Овај фрагмент је доказ да је и средином другог века било неких начина расподеле ризика од наступања околности која се није могла избећи. Можда се сматрало да у тој деоби треба заштити оног ко има мању друштвену моћ – колона, тако што је ограничио његов ризик на умерену вредност.<sup>27</sup> Треба узети у обзир да је изгледа и у Колумелино, а вероватно и у Гајево време било мало поузданих колона.<sup>28</sup> Можда је њихова заштита кроз ослобађање неумереног ризика путем провинцијског едикта била државна политика у оним деловима Царства у којима је било уобичајено да сав ризик пољопривредне сезоне пада на закупце земље. С друге стране, изгледа да у Гајево доба закупци обрадивог земљишта нису били нити економски слаби, нити егзистенцијално угрожени.<sup>29</sup> Са те тачке гледишта се тешко може рећи да је овакво решење било социјално мотивисано.

Не треба заборавити да је Гај написао своје мишљење у коментару провинцијског едикта. С друге стране, да је било разлике у режиму пољопривредног ризика међу провинцијама, најбоље говори конституција Александра Севера из 231. године:

*C.4.65.8 Imperator Alexander Severus A. Sabiniano Hygino. Licet certis annuis quantitativis fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe tempestatis vel alio caeli vitio damna accidissent ... rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis ...*<sup>30</sup>

земљишту] настане услед више силе, за шта се обавезао [да ће сносити тако насталу штету, такав] договор остаје пуноважан.“

<sup>27</sup> Постоје аутори који сматрају да се у римским изворима који се баве закупом земљишта не ради о закупцима који су били припадници најнижих друштвених слојева. Вид. R. Zimmermann, „Locatio conductio I“, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 2012, 10, [http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198764267.001.0001/acprof\\_9780198764267\\_chapter\\_11\\_13.7.2013](http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198764267.001.0001/acprof_9780198764267_chapter_11_13.7.2013); Walter Scheidel, *Grundpacht und Lohnarbeit in der Landwirtschaft des römischen Italien*, Frankfurt 1994, 29 и даље; D. P. Kehoe (1997), 140 и даље; P. J. Du Plessis, 13.

<sup>28</sup> D. P. Kehoe (1989), 583.

<sup>29</sup> Упор. В. W. Frier (1993), 261 и 264.

<sup>30</sup> „Иако си закупио земљиште за одређену годишњу своту, међутим, и ако то није договорено у уговору о закупу, нити обичај тог региона тако одређују, тако да ако се штета догоди услед невремена или друге небеске непогоде ... имаш права и на основу принципа *bonae fidei* праведно захтеваш ...“

Дакле, из рескрипта је јасно да је било оних региона у којима је постојао обичај да ризик више силе пада на власника земљишта и оних крајева где то није било уобичајено. Ако 231. године није постигнута унификација режима закупа на територији целог Царства, тим пре она није могла постојати пола века раније, када је о томе писао Гај. Тако је он можда описао решење које се налазило у провинцијском едикту који се примењивао у више провинција.

С друге стране, важна чињеница је да су источни делови Царства у другом веку имали већ миленијумску историју закупа земљишта. Можда је баш правни режим пољопривредног земљишта појединих области утицао на промену онаких римских решења каква се срећу код Сервија или Колумеле. Вероватно је да, ако би преузимање тих правила било извршено, то би било учињено баш преко провинцијског едикта, чија правила касније била реципирана и у Италији.

### 3.2. Императори

Конституције које се у D.19.2.15.5 наводе нису сачуване у Јустинијановом кодексу.

Као што је већ речено, вероватно је другу од њих писао сам Улпијан док је био царски *procurator a libellis* (202–209)<sup>31</sup>.

Ауторство и време настанка прво поменутог рескрипта у D.19.2.15.5 је донекле спорно. Наиме, он се наводи као одлука „божанског Антонина“, што није чест назив императора у Улпијановом коментару едикта. Оноре (*Honoré*) је у свом раду *Ulpian: Pioneer of Human Rights* покушао да одреди време настанка најобимнијег дела класичне јуриспруденције. То је учинио пре свега по називу императора који су у њему поменути, а затим и по стилу којим је Улпијан писао.<sup>32</sup> Што се тиче датирања по владарској титулатури цео коментар је подељен у пет делова (и неколико књига између њих у којима нема помена императора). Први део коментара (књиге 1–6) само једном садржи назив принцепса и то *imperator Severus*, што није довољно за одређивање датума писања. Тако је њега могуће датирати само као ранијег у односу на следећа четири дела. Други део (књиге 9–19) владаре наводи као *divus Severus /imperator Severus* и *imperator noster/ imperator Antoninus*, дакле прво покојног Септимија Севера, па тек онда његовог сина Каракалу, као тренутног владара. Време настанка ових књига Оноре назива „Каракала А“ период и везује га за почетак Каракалине владавине. У трећем делу (књиге 22–57) владари се називају *imperator noster/ imperator Antoninus* и *divus pater eius/ divus pater/ pater/ divus Severus*. Ово доба Оноре назива „Каракала Б“ периодом и смешта га у другу половину Каракалине влада-

<sup>31</sup> Вид. фн. 19.

<sup>32</sup> Други критеријум је мање важан за тему овог рада.



вине. У књигама 61–73 се најчешће наводе имена Септимија Севера и Каракале само као *Severus* и *Antoninus* без титуле *imperator*, обично резервисаног за актуелног, или титуле *divus*, коришћене за покојног деификованог владара. Оноре верује да је тај сегмент настао после Каракалине смрти. Књиге 74–81 не садрже називе императора па се могу датирати само као касније од претходних група.<sup>33</sup>

Од овакве шеме одступају само две књиге. Наиме у књигама 32 (D.19.2.15.5) и 52 (D.36.4.5.25) владар се наводи као *divus Antoninus*. Таква титула објашњава се Каракалином смрћу у време писања књиге<sup>34</sup> или каснијим преписивачким изменама.<sup>35</sup> Међутим, овакве хипотезе не дају одговор на низ питања: Зашто би било измењено и место из књиге 32 (D.19.2.15.5), ако је Каракала умро у време писања књиге 52? Зашто би била недоследно измењена само та два места (од укупно двадесет два<sup>36</sup> у којима се помиње *Antoninus*), а да се истовремено задржи *imperator noster* без навођења имена када се мисли на Каракалу? Зашто титула *divus* није коришћена доследно у делу коментара писаног после смрти овог владара?

У разјашњењу овог проблема треба прибећи хронологији римских царева. Назив „божански Антонин“ могао бити би употребљен за принцепса који је мртав, а који је носио име „Антонин“. Од свих римских царева то династичко име је носило њих пет. То су:

- Антонин Пије (138–161), *Caesar Titus Aelius Hadrianus Antoninus Augustus Pius*;
- Марко Аурелије, (161–180), *Caesar Marcus Aurelius Antoninus Augustus*;
- Комод, (177–192), *Caesar Marcus Aurelius Commodus Antoninus Augustus*;
- Каракала, (198–217), *Caesar Marcus Aurelius Severus Antoninus Pius Augustus*;
- Елагабал, (218–222), *Caesar Marcus Aurelius Antoninus Augustus*.

<sup>33</sup> Т. Honoré, (2012b), 1 17, <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199244249.001.0001/acprof-9780199244249>, 13.7.2013.

<sup>34</sup> Hermann Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen*, Halle 1908, 107.

<sup>35</sup> Т. Honoré, (2012a), 10, <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199244249.001.0001/acprof-9780199244249>, 13. 7. 2013. Ду Плезе, не наводи разлоге за то, чак сматра да се у D.19.2.15.2 ради о помену Антонина Пија. Р. J. Du Plessis, 41. Међутим, овај владар се у коментару не наводи као *divus Antoninus*, већ као *divus Pius* (D.4.4.7.10, D.16.1.2.3, D.16.1.4, D.27.3.1.13 и D.43.30.1.3).

<sup>36</sup> D.1.5.17, D.4.4.18.1, D.4.4.18.2, D.4.4.22, D.8.4.2, D.10.2.18.3, D.11.7.12.pr, D.18.3.4.pr, D.19.2.9.1, D.19.2.9.4, D.19.2.15.5, D.19.2.15.6, D.19.2.19.9, D.26.7.9.6, D.26.10.1.4, D.26.10.3.13, D.36.4.5.16, D.36.4.5.25, D.42.6.1.3, D.42.8.10.1, D.43.4.3.1 и D.47.12.3.3.

Од њих се у Улпијановом коментару едикта помињу под другим именима Антонин Пије као *divus Pius* (D.4.4.7.10, D.16.1.2.3, D.16.1.4, D.27.3.1.13 и D.43.30.1.3) и Марко Аурелије као *divus Marcus* (D.47.4.1.7 и D.43.30.1.3). Како је Улпијан погинуо 223 (или 224)<sup>37</sup> године (годину или две после смрти Елагабала) мало је вероватно да је он у својој тридесетдругој или педесетдругој књизи коментара овог владара могао поменути као покојног (*divus*). Наиме, то би значило да је Улпијан у једној години написао двадесет девет или чак педесет девет књига коментара, што је свакако немогуће. Дакле, једини „Антонин“, који је мртав у време писања и тридесетдруге и педесетдруге књиге, а који се не помиње под другим именом је Комод. То указује на то да је он „божански Антонин“ о коме је овде реч. Како се он наводи као једини доносилац конституције из D.19.2.15.5, вероватно је она донета у време његове самосталне владавине, односно у периоду 180–192. године. Чак је, када је Септимије Север 195. године преузео потпуну власт над целим Царством, проглашено његово усвајање од стране давно преминулог Марка Аурелија, а будући наследник Каракала је узео династичко име претходне династије *Antoninus*.<sup>38</sup> Како је Улпијан био близак владајућој кући Севера, називајући истим именом последњег Антонина и другог по реду Севера, који у том тренутку влада, желео је да нагласи династичку везу и легитимитет власти актуелног цара. Тако Улпијан у свом делу у фрагменту D.19.2.15.5 заступа став прво из свог (Северовог), а затим и из Комодовог рескрипта.

Вероватно су и остали примери који се ту налазе преузети из императорске праксе, о којима извори нису сачувани. Њихова заједничка дефиниција *vitium ex ipsa re oriantur* је вероватно Улпијаново неспретно уопштавање<sup>39</sup> које не може да се примени доследно на све наведене ситуације. Можда је он тај израз такође пронашао у некој конституцији која се тичала ове материје, па је онда навео на почетку набрајања као најопштији случај.

На крају прегледа овог историјата јавља се питање: Који је *ratio legis* оваквих императорских решења? Зашто су императори у време док су хуманизовали право и штитили робове, стављали колоне у лошији економски положај.

Одговор можда лежи у раду још једног правника блиског Северима. Реч је о Модестину:

<sup>37</sup> Т. Honoré, (2012b), 11, <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199244249.001.0001/acprof-9780199244249>, 13. 7. 2013.

<sup>38</sup> Т. Honoré, (2012a), 2, <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199244249.001.0001/acprof-9780199244249>, 13. 7. 2013.

<sup>39</sup> Инсекти, баш као ни птице, не настају из саме ствари, односно узгајане културе. Поред тога, без савремених пестицида се пре може одупрети птицама ште тачинама, него инсектима, што би била још једна недоследност Улпијанове поделе.

D.19.2.49.pr *Modestinus libro sexto excusationum: Oí építροποι γενόμενοι ἢ κουράτορες πρὶν ἐκτίσαι τὰ τῆς κησεμονίας μισθῶται Καίσαρος γενέσθαι κωλύονται· κἄν τις ἀποκρυψάμενος τοῦτο προσέλθῃ τῇ μισθώσει τῶν τοῦ Καίσαρος χωρίων, ὡς παραποιήσας κολάζεται· τοῦτο ἐκέλευσεν ὁ αὐτοκράτωρ Σεβήρος.*<sup>40</sup>

Конституција која се помиње донета је за време императора Септимија Севера, а како се он помиње као једини владар, вероватно је то било у периоду његове владавине без савладара (194–198). За разлику од претходно поменутих фрагмената и конституција, овде се јасно читава позадина изречене одлуке. Наиме, у D.19.2.49.pr ради се о императору као закуподавцу. Тако се у периоду 180–209. јављају два рескрипта којима се поштрава одговорност колона за успех пољопривредне сезоне, а истовремено у периоду 194–198. рескрипт којим се штити принцепс у улози закуподавца. Иако нема назнака у самом извору, могуће је да се и у конституцијама поменим у D.19.2.15.5 ради о владару као власнику земљишта. Тако се решењима која користе власнику у ствари штити сам император као највећи земљопоседник у држави.

Поред тога, чини се да се постављањем оваквих *ad hoc* правила желело да се принуде колони да посвете највећу могућу пажњу обради земље, те да им се не дозволе изговори за неуспех пољских радова услед различитих ризика.<sup>41</sup> Они практично објективно одговарају за успех пољопривредне сезоне у оној мери у којој се то тиче самог земљишта или култура које се на њему гаје. Тачније, разлози за умањење закупнине се свде на временске непогоде, али не и на недостатке пољопривредних производа или епидемије заразних болести. Тако се појачава интересовање за успех летине оних који земљу непосредно обрађују, што вероватно позитивно утиче на висину приноса, али и на привреду целог Царства.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

У римском праву ране класичне ере постојало је правило да сваки закуподавац пољопривредног земљишта сноси ризик више

<sup>40</sup> „Модестин, шеста књига изговора: Уколико су тутори или старатељи постављени, пре него што положи рачуне за своју службу, забрањено је да буду закупци ствари из фиска, а уколико неко то предузме претварајући се да то чини ради очувања цезареве земље, казниће се као варалица: тако је одлучио император Север.“

<sup>41</sup> Тако не стоји Казерова тврдња да је опроштај закупнине уведен царским интервенцијама у време Севера и да је ишао на руку закупцима. М. Kaser, 174. На против, тај институт био је познат још Сервију и Колумели, а императори су већ постојећу одговорност поштрили.

силе на плодовима који се на закупљеној парцели гаје. У случају да због такве околности берба изостане или не буде довољно успешна, власник је закупцу отписивао део или целу закупнину за ту годину. Такво решење је постојало у време Сервија (средина првог века п. н. е.) и Колумеле (средина првог века н. е.).

Вероватно под утицајем провинцијалних правних обичаја, до средине другог века н. е. у Риму почињу и закупци пољопривредног земљишта да сnose део ризика више силе. Гај у свом коментару провинцијског едикта износи став да они треба да трпе умерену штету насталу на усеvима.

Императорска пракса, о којој извештава Улпијан, поштравала је одговорност колона. То је чинила прецедентима, од случаја до случаја, без неког унапред прихваћеног концепта или правног правила. Таквим решењима се желело да се земљорадници заинтересују за успех пољопривредних радова, а можда и да се заштите економски интереси владара као највећег земљопоседника.

Dr. Andreja Katančević

Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

## *VIS MAIOR AND LOCATIO CONDUCTIO FUNDI*

### *Summary*

One of the most intriguing challenges for Roman jurisprudence was to delineate the boundaries of liability for the risk of damage connected to a lease contract. Three Roman jurists of different periods, in classical law, conflictingly opined on possible solutions related to the allocation of the risk of damage occurring on an agricultural property due to a *vis maior* event. While Servius advocated for the risk to be borne by the owner i.e. lessor, Ulpianus and Gaius argued that the risk should be divided between the parties to a contract, whilst the division of the risk was to be calculated in accordance with a certain prescribed criterion. Nonetheless, it appears that an agreement as to the principle of the division to be applied differed. On one hand, Gaius claimed that the lessee should bear the damages in so far as it is of “tolerable” scope, while on the other, Ulpianus perceived that only damages arising out of the leased property should fall on the tenant, regardless of its scope.

This paper – through linguistic, historical and systematic interpretation of fragments D.19.2.9.2, D.19.2.15.2, D.19.2.15.5, D.19.2.25.6 and D.19.2.49.pr – attempts to explain the reasons behind this controversy, as well as possible reasons which motivated jurists to offer such diverging solutions.

Key words: *Periculum*. – *Locatio conductio*. – *Vis maior*. – *Ad edictum*.

Нина Кршљанин\*

## МЕРЕ ПРОТИВ КОРУПЦИЈЕ У СРПСКОМ СРЕДЊОВЕКОВНОМ ПРАВУ

*Рад анализира норме средњовековног српског права које су се бори-  
ле против различитих понашања која се заједно могу обухватити термином  
корупција. Највише таквих норми налази се у црквеном праву, и то пре свега у  
канонима Законоправила Светог Саве и Скраћене Синтагме Матије Властара,  
реципираним из Ромејског царства, а који претежно садрже стара канонска  
правила светих отаца и васељенских сабора. Ипак, и српски владари су својим  
повељама и Душановим закоником интервенисали у ову материју, ширећи  
основу постављену канонским правом. Норме против корупције у световним  
оквирима појављују се тек у Душановој кодификацији. Претежно су фокуси  
ране на корупцију судске власти, али дотичу и државне чиновнике уопште,  
истичући неподмитљивост као једну од њихових битних особина. Одсуство  
санкција у великом броју ових норми указује да се и обичајно право борило про-  
тив корупције.*

Кључне речи: Душанов законик. Корупција. Номоканон Светог Саве.  
Обичајно право. Повеље.

### 1. УВОД ПОЈАМ КОРУПЦИЈЕ

Корупција представља проблем присутан у свакој држави и сва-  
ком друштву још од старог века.<sup>1</sup> Она спада у оне појмове које је лако

---

\* Ауторка је асистенткиња Правног факултета Универзитета у Београду,  
nina.krsljanin@ius.bg.ac.rs. Овај рад је резултат истраживања на пројекту „Развој  
правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније правни, еко-  
номски, политички и социолошки аспекти“.

<sup>1</sup> Сумаран преглед корупције и мера за њено сузбијање у државама старог  
и средњег века види у Наташа Деретић, „Различити облици корупције у правној  
историји“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. 46, 1/2012, 399-  
408 и иста, „Појавни облици корупције у средњем веку“, *Зборник радова Правног  
факултета у Новом Саду*, vol. 46, 4/2012, 277-290. Занимљив је приступ МекМа

препознати и о којима већина људи има представу, али које је и поред тога тешко дефинисати (како због своје комплексности, тако и због међусобне различитости друштва и периода у којима се појављује), те у науци постоје бројне различите дефиниције корупције.<sup>2</sup> Ипак, нарочито за истраживање средњовековног права, упутно је усвојити ону најширу, засновану на Аристотеловом схватању о правилним и исквареним облицима државног поретка, по којој корупција представља злоупотребу јавне моћи у приватне сврхе.<sup>3</sup>

## 2. МЕРЕ ПРОТИВ КОРУПЦИЈЕ У ЦРКВЕНОЈ СФЕРИ

Казне за понашање које представља корупцију појављују се на више места у средњовековном српском праву; већина њих се, међутим, фокусира на корупцију у оквиру цркве, нарочито у погледу постављања лица на одређене положаје у црквеној хијерархији. Ради се, дакле, о забрани симоније<sup>4</sup> материји која је била често и детаљно регулисана у канонском праву.<sup>5</sup> Први помен се налази још у

лена (MacMullen) који илуструје раширеност корупције у старом Риму навођењем великог броја израза који су настали да означе различите врсте мита. Ramsay Mac Mullen, „Roman Bureaucrats“, *Changes in the Roman Empire: Essays in the Ordinary*, Princeton 1990, 68. Вид. такође Kellam Conover, *Bribery in classical Athens*, a dissertation presented to the Faculty of Princeton University in candidacy for the degree of Doctor of Philosophy, 2010, нарочито 26 80.

<sup>2</sup> Вид. М. McMullen, „A Theory of Corruption: Based on a Consideration of Corruption in the Public Services and Governments of British Colonies and ex Colonies in West Africa“, *The Sociological Review*, vol. 9, 2/1961, 183 184, Vito Tanzi, „Corruption: arm’s length relationships and markets“, *The Economics of Organised Crime* (eds. Gianluca Fiorentini and Sam Peltzman), Cambridge 1995, 167 170, John Girling, *Corruption, Capitalism and Democracy*, London/New York 1997, 1 12, Eric M. Uslaner, *Corruption, Inequality, and the Rule of Law: The Bulging Pocket Makes the Easy Life*, Cambridge 2008, 6 11 и Mark J. Farrales, „What is Corruption? A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate“, [http://ssrn.com/abstract\\_1739962](http://ssrn.com/abstract_1739962) (27.10.2013), 13 28.

<sup>3</sup> Вид. Aristotel, *Politika*, превео Tomislav Ladan, Zagreb 1988, knjiga I, 87 и даље; упор. J. Girling, 2 3 и Susan Rose Ackermann, „Governance and Corruption“, *Global Crises, Global Solutions* (ed. Bjørn Lomborg), Cambridge 2004, 301, која дефинише корупцију као *misuse of public power for private or political gain*.

<sup>4</sup> Назив овог преступа потиче од имена Симона гатара, који је, према Светом писму, покушао да од апостола купи чудотворну моћ Духа Светога, на шта му је свети Петар одговорио: „Новци твоји са тобом да буду на погибао, што си помислио да се дар Божји може добити за новце.“ Дел. ап. VIII, 20. Љубомир Ранковић (прир.), *Библија: Свето писмо Старог и Новог завета*, Ваљево 2008, 917. Теоријску поставку и развој симоније као црквеног преступа види у Н. Милаш 1902, 515 521 и у предговору Теренса МекВеја (Terrence A. McVeigh) у John Wyclif, *On Simony* (translated by Terrence A. McVeigh), Fordham 1992, 1 4 и даље.

<sup>5</sup> Не треба поистовећивати појмове канонско и црквено право. У канонско спадају само прописи које је донела црква пре X века и који важе за целу Праву

29. правилу светих апостола.<sup>6</sup> Ово правило се, наравно (као и остала апостолска правила), нашло и у Законоправилу Светог Саве: „*Яще которыи епискоупъ или презвѣтеръ или дияконъ. по мѣздѣ светын съ санъ приметь да извѣржеть се самъ и поставивы юго. и влчѣскимъ да штьгѣчена боудеть шть свѣтаго причещенїа и шть цркъве. такоже симонъ влхѣвъ. штьвѣжено быеть шть мене петра*“<sup>7</sup>

Иста идеја је у канонском праву развијана и даље, уз ширење круга црквених служби на које се односи и обраћање пажње и на евентуалне посреднике у илегалном постављењу, у неколицини других правила, која су сва потом нашла своје место и у Законоправилу:<sup>8</sup> конкретно, у 2. правилу халкидонског (четвртог васељенског) сабора,<sup>9</sup> концизно поновљена у 22. правилу пето-шестог, трулског, са-

славну цркву; црквено право је шири појам који обухвата и прописе појединачних аутокефалних цркви (који важе само за њихове територије) и државне норме које се односе на цркву и њен положај. Вид. Сергије Викторович Троицки, *Црквено право*, Београд 2011<sup>2</sup>, 34.

<sup>6</sup> У Милашевом преводу оно гласи: „Ако који епископ, или презвитер, или ђакон, новцем задобије ово достојанство, нека се свргне и он, и онај, који га је поставио, и са свијем нека се одлучи од заједнице, као Симон врачар мном Петром.“<sup>4</sup> Никодим Милаш, *Правила (канонѣ) православне цркве с тумачењима, књига I*, Нови Сад 1895, 85. Реч је о кумулативној казни извргнућа из свештеног сана и одлучења од црквене заједнице; вид. 86 87. Сродно овоме, мада са другачијим фокусом (на узурпирању надлежности цркве), је и 30. апостолско правило, које забрањује постављање епископа уз утицај световне власти. Вид. *ibid.*, 87.

<sup>7</sup> *Законоправило Светога Саве, књига 1*, приредили Миодраг М. Петровић и Љубица Штавланин Ђорђевић Београд 2005, 128. Тумачење, даље дато у тексту Законоправила, гласи: „Здѣ вькоупѣ двѣѣ запрѣщении даѣтъ. поставленомоу по мѣздѣ и постављшешомоу юго. и швомъ измеѣеть шть сана. к томоу же и кще. и всегда непричѣстномъ быти повѣлѣваеть. и шть цркъвѣ штлоуѣченома за таковоѣ превѣлнокъ сѣгѣшеник.“ *Ibid.*

<sup>8</sup> Има у овом зборнику и прописа из Прохирона који се односе на рукоположење епископа и презвитера, али они не регулишу преступ симоније, већ само поступак избора и поступање у случају да против кандидата постоји нека оптужба (клевета) која би га, ако би била истинита, чинила неподобним за звање за које треба да буде рукоположен. Вид. Миодраг М. Петровић (прир.), *Законоправило или Номоканон Светога Саве: Иловички претис, 1262. година*, Београд 1991, 302б 303а.

<sup>9</sup> „Ако који епископ за новце обави рукоположење, и благодат, која се не може продавати, претвори у предмет продаје, те за новце постави епископа, или хорепископа, или презвитера, или ђакона, или другога кога, који спада клиру, или из гадне похлепе за добитком произведе за новце економа, или едикка, или парамона ра, или ма кога другога, који је у канону убројен, пак се докаже, да је заиста то чинио, нека се са свога степена свргне; а онај, који је таквим путем постављен, нека никакве користи нема од купљенога рукоположења или произведења, него нека се сматра, као да и нема достојанства, или службе, коју је новцима добио. Који је пак и посредником био у овакој гнусној и незаконитој трговини, такав, ако је клирик, нека се свргне са свога степена; ако је свјетовњак или калуђер, нека буде анатема.“<sup>4</sup> Н. Милаш 1895, 329. У Законоправилу је оно представљено у следећем, краћем, виду: „*Воупен и продак. поставленик даже и цркъвѣного кличара. швомъ степенни да штьпадоуѣтъ.*



бора<sup>10</sup> и поново детаљније у 19. правилу седмог васељенског (другог никејског) сабора.<sup>11</sup> Осим тога, 5. правило истог овог сабора предвиђа и посебну врсту симоније – хвалисање припадника клира да су примљени у круг свештенства или на неки начин вреднији од своје сабраће због дарова које су претходно учинили цркви док су још били световњаци.<sup>12</sup> Симонију осуђују и многи свети оци – свети

ходатанствоуице иже. причетниви збо сана да оупадоуць. мирьци же чловѣци или чьноризьци. да боудуць проклети.“ М. Петровић, Љ. Штавланин Ђорђевић, 284.

<sup>10</sup> „Који су постављени били за новце, а не улијед испитања и што су изабрали свештенички живот, било да су то епископи, било да су други какви клирици, наређујемо, да се свргну; а исто тако нека се свргну и они који су их поставили.“ Н. Милаш 1895, 502. Нешто другачије формулисано, али са истом суштином, налази се и у тексту Законоправила: „Епискоупь и презвитерь и днаконь. и всакь причетникь. поставленъ бывъ на мьздѣ. да извржеть се. и споставшии кго.“ М. Петровић, Љ. Штавланин Ђорђевић, 432. Штавише, свети Сава није сматрао нужним да даје било какво тумачење овог правила, већ испод само стоји „Се разоумно.“ *Ibid.*, 433.

<sup>11</sup> „Толико је порок среброљубља завладао код управитеља цркава, да неки и између оних, који се побожни људи и жене називљу, заборавивши заповијед Господњу, заблудише и за злато примају оне, који свештеничком чину и калуђерскоме животу приступају. И бива као што велики Василије каже, да ‘чега је почетак неваљао, и све остало мора се одвргнути’; јер се Богу и мамони не може служити (Мат. 6, 24). Који се дакле затече да то чини, ако је епископ, или игуман, или други из свештеничкога чина, нека или престане, или нека се свргне, сходно другоме правилу светог халкидонскога сабора. А ако је игуманија, нека се иждене из манастира, и у други манастир нека се преда на послушање. Исто и игуман, који нема презвитерскога рукоположења. У погледу онога пак, што родитељи дјечи дају, као у име мираза, или у погледу својих сопствених ствари, што дотични приносе, а очитују да их приносе, да Богу буду посвећене, наређујемо, да то мора манастиру остати, било да дотични остану у њему, или пак изиђу из њега, ако не буде у томе какве кривице од стране настојатеља.“ Н. Милаш 1895, 626. Овде се, како Милаш објашњава, позивајући се на Зонару, прави разлика између рукоположења за новац (о чему се радило у 2. правилу четвртог васељенског сабора) и *примања у клир* лица која су рукоположена на тај начин, па се надлежном даје прилика да престане са недозвољеним активностима, уместо да се одмах свргне. *Ibid.*, 627. Осим тога, правило повлачи дистинкцију између мита зарад примања у манастир и законитих дарова манастиру оних лица која су легално примљена. И ово правило је скраћено и лишено екстензивног образложења у облику у којем је ушло у српско право кроз Номоканон Светог Саве: „Иже злата ради прикметь приходецаго въ священничьскы чинь. или въ мнишьскок житик. епискоупь оубо или игоумень или въ священничьскаго чина. или да прѣстанеть оуь того. или да извржень боудеть. игоуменна же аще се створить. да ижденетъ се из монастыра. и да прѣдана боудеть въ иноуь монастыри въ покореник. такоже и игоумень аще ижець презвутерь. принесенъ же оуь приходецихъ илѣбник да встанеть. аще и сами тоу соуць. или изидоуць тькмо аще не боудеть вина игоуменъ.“ М. Петровић, Љ. Штавланин Ђорђевић, 488.

<sup>12</sup> „Према томе они који се хвале, да су кроз то што су злата дали постављени на службу цркве, и полагају наду на тај хрђави обичај, који отуђује и од Бога и од свештенства, те бестидним образом и на сав глас срамотним ријечима бешчасте оне, који су Духом светим због изврснога свога живота изабрани били и без издавања злата постављени на службу цркве, такове, који то чине, треба најприје низвести на пошљедњи степен свога чина; а ако остану упорни треба их епитимијом исправљати.. Затече ли се пак који да је то учинио, нека се поступи с њим по апоistolском правилу, које каже ‘[...]’; исто тако и по другоме правилу светих отаца

Василије Велики у свом 90. правилу (заправо посланици подручним епископима)<sup>13</sup> и Генадије<sup>14</sup> и Тарасије<sup>15</sup> цариградски у својим посланицама. Коначно, вреди поменути да Законоправило, осим већ наведених цитата целих или дела дотичних правила, садржи и засебну главу – двадесет шесту – у којој се налазе другачије формулисани, кратки и суштински изводи из поменутих и других извора који се баве управо питањем симоније.<sup>16</sup>

Против корупције се бори и 38. апостолско правило, које у тексту Законоправила гласи: „*Да оуправлѣють єпискоупь властельски црковноє имѣннє. и ничто же шть него сьродникомь своимь да не дають. аще тькмо неогуть оувози.*“<sup>17</sup> Реч *властелски* у овом контексту означава „одговорно, домаћински“ – као што се властелин односи према свом власте-

наших у Халкидону, које каже ‘[...]’.“ Н. Милаш 1895, 603. Овим се већ цитирана правила шире и на случај људи који су после даривања цркве и ступања у клир, како Милаш наводи, „заборављали [...] на побожност, којом су дар учинили, него су то истицали као заслугу неку своју пред другим клирицима, који су без надавања новца него по заслугама својим добили црквени чин, и јавно су ружили ове пошљедње, захтијевајући за себе предност у цркви пред овима.“ *Ibid.*, 604. У Законоправилу је и овај канон скраћен и формулисан без цитирања ранијих правила: „*Хвалещи҃хъ се тако дарованна ради златнаго в чтени быше въ црковь. и вьчьствоуицихъ иже доврѣдѣли ради избраные. и црвѣнь дара златнаго причтеныє въ црковь. повелѣваемь таковыимь. послѣднии степенъ приети своего чина. аще же прѣвоудуть не встанѡуще се. запреценниє да примоуть. поставленыє же по мьздѣ. штьсѣцати шть шьщенина. такоже шть петра симона вьхьва.*“ М. Петровић, Љ. Штавлѣанин Ђорђевић, 479.

<sup>13</sup> „Казују, да неки између вас узимљете новце од оних, које рукополагете, и да се, што је још горе, ово заклања именом благочастија. Јер који чини зло под изговором добра, двоструке је осуде достојан: и с тога, што чини оно, што није добро, и с тога опет што се служи добром, тако да кажем, као помоћником у извађању зла. [...] И који послѣје ове моје посланице учини тако што, нека одмах буде уклоњен од овдјешњих олгара, и нека тражи гдје може купити дар божји, пак продавати га; јер ми таквога обичаја немамо, нити цркве божје...“ Никодим Милаш, *Правила (канон вєс) православне цркве с тумачењима, књига II*, Нови Сад 1896, 432. Извод из овог правила се налази и у Законоправило: „*Поставляици на мьздѣ. оумоудравть дѣло. понеже не прикляють мьзды прѣдѣ. ни коупно сь поставленнємь. нь послѣжде въземляють. мьзда же и възетикє кєть кєже колико ливко възети что. се же сребролюбнєна дѣло. сребролюбник же нѣдологуженикє кєть. не почтѣть оубо нѣдоль паче христа. мала ради сребра. ни нѣдѣ оуподобитє се. на имѣнни продаици в торок. єдиноє за ны распнѣ шаго се. понеже и пазоухы и роуцѣ таковыа въземляицихъ. акєдѣ дѣла. нарекоуть се.*“ М. Петровић, Љ. Штавлѣанин Ђорђевић, 545.

<sup>14</sup> Вид. Н. Милаш 1896, 485–488. Упореди њен одломак у Законоправило по М. Петровић, Љ. Штавлѣанин Ђорђевић, 597–598.

<sup>15</sup> Вид. Н. Милаш 1896, 489–496.

<sup>16</sup> Вид. М. Петровић, Љ. Штавлѣанин Ђорђевић, 563–567.

<sup>17</sup> М. Петровић, Љ. Штавлѣанин Ђорђевић, 133. У пуном тексту оно гласи: „Епископ нека води старање о свима црквеним стварима и нека њима управља, сјећајући се, да га Бог надзире; нити смије себи што од тих ствари да присваја, или да дарива својим рођацима оно, што је божје: ако су сиромашни, нека им помогне као сиромасима, али под тим изговором нека не пропада што је црквено.“ Н. Милаш 1895, 101–102.

линству. Дакле, епископ се морао односити према црквеном имању као добар домаћин према сопственом, а није смео при том трошити ништа од тог имања на своје сроднике. Ако су били сиромашни, могао им је уделити милостињу као и сваким другим сиромасима, али није их смео ни на који начин фаворизовати.

Наравно, то што су ове норме реципиране из РOMEЈСКОГ царства и што спадају у канонско право не може поништити чињеницу да оне представљају део српског правног система. Ипак, доношење Законоправила је представљало постављање темеља правном систему који се тек разрађивао (ван оквира обичајног права), те је и логично што је у питању био велики подухват рецепције, *en bloc* преузимање норми канонског и световног права које су ојачалој држави и цркви која је тек стицала своју аутокефалност могле бити од користи. Из тог разлога, нешто су интересантније норме које се могу наћи касније, у повељама и у Душановој кодификацији, јер оне директније показују шта су њихови доносиоци сматрали да треба додати и нагласити у већ утемељеном правном поретку.

Следећа најстарија одредба на ову тему у српском праву појављује се у повељи коју је наводно свети Сава издао манастиру Светог Николе на острву Врањини. Аутентичност ове повеље, као и осталих Врањинских повеља, оспоравана је од стране већег броја аутора,<sup>18</sup> али било је и изношења аргумената у њен прилог – а аутентичност свих повеља из овог корпуса је нарочито екстензивно бранио Божидар Шекуларац.<sup>19</sup> Уз извесне резерве, вреди ипак размотрити њену садржину. „И кога испискѡвъ Илариѡвъ постави старѣшиннѡ и иже по сѣмь, и поставише ѡтъ житна сего, да... ѡзверѡтъ братѣа ж... ѡ мѣсте сѣмь свѣтѣмь, тѣ да пондѣтъ къ архїепискѡвъ, да га благословитѣ архїепискѡвъ, да ниль вѡде старѣшина ѡ мѣсте сѣмь, а да се не поставлактѣ по митѣ или по наговороу старѣшина ѡ мѣсте сѣмь,“ стоји у овој повељи.<sup>20</sup> Дакле, прописује се правиан поступак постављања манастирских старешина, а забрањен је било какав нелегитиман утицај на исход избора – било то подмићивање или поступање по наговору постојећих старешина – где ово последње представља додатак већ постојећим канонским нормама у Законоправилу.

<sup>18</sup> Вид. преглед схватања у Владимир Мошин, Сима Ђирковић и Душан Синдик (изд.), *Зборник средњовековних ћириличких повеља и писам Србије, Босне и Дубровника: Књига I, 1186 1321*, Београд 2011, 126. Издавачи се овде не опредељују ни за једно од њих, већ само закључују да „не само повеља св. Саве манастиру Врањини, него и цео комплекс повеља намењених том манастиру, захтевају нова и детаљна критичка испитивања“.

<sup>19</sup> Вид. Б. Шекуларац, *Врањинске повеље, XIII XV вијек*, Титоград 1984; нарочито за повељу светог Саве овом манастиру 23 31. Исто тако Божидар Б. Шекуларац, *Дукљанско зетске повеље*, Титоград 1987, 50 59.

<sup>20</sup> В. Мошин, С. Ђирковић, Д. Синдик, 127.

Бањска хрисовуља краља Милутина забрањује једну далеко приземнију, али у пракси сигурно честу врсту злоупотребе положаја – фаворизовање од стране калуђера својих сродника који живе на манастирском имању. „Калогѣрь да не излага ни отъ коѣ работѣ своѣга брата или сына, или кого отъ рода нь оу кон ихъ к работѣ оставилъ, тоу да работиу,“ стоји у оквиру „закона црквеним људима“ у њој.<sup>21</sup> Заиста, код манастира са тако великим поседима као што је то био манастир светог Стефана у Бањској<sup>22</sup> је сигурно постојала велика вероватноћа да калуђери имају родбину међу становницима села метохије. Независно од тога да ли је заиста било забележених случајева непотизма, ризик се у сваком случају може оценити као реалан. Ова норма има сличности са 38. апостолским правилом, али ипак очигледно инкриминише различите ствари: као учинилац је прописан обичан калуђер, а радња није огуђивање постојеће црквене имовине, већ губитак добити на коју манастир има право од рада зависних сељака путем њиховог недозвољеног ослобађања од работа, смањивања обима посла или замене једних (прописаних) обавеза другима.

Норме ове врсте могу се наћи и у Душановој кодификацији. У тексту Скраћене Синтагме постоје одредбе које забрањују епископима да буду постављени или рукоположе друге по миту. Једна од њих само понавља двадесет девето апостолско правило,<sup>23</sup> док друга садржи световни закон који гласи: „Аште кто даніемъ злата епископъ или причѣтникъ воудеть, или странъно прикѣмникъ, или ништепитатель, или болничаръ, или стронтель чьггнаго котораго лѣво дома, или иного котораго црковнаго печаловникъ слоуженіа, и давы и прикѣмыи и ходатаи бывъ, свештенства или причѣта или въѣренънаго стронтелъства да обнажаютъ се.“<sup>24</sup> Очигледно је да је ова одредба заснована на оним канонима који су укључени у Законоправило, али да проширује забрану на шири круг лица.

Душанов законик је у свом члану 13 прописао забрану примања мита у вези са постављањем црквених великодостојника:

<sup>21</sup> *Законски споменици српских држава средњег века*, приредио Стојан Новаковић, Београд 1912, 627.

<sup>22</sup> О поседима манастира види Гордана Томовић, „Властелинство манастира Светог Стефана у Бањској“, у Ђорђе Трифуновић (прир.), *Повеља краља Милутина манастиру Бањска: Светостефанска хрисовуља, књига друга: Фототипије издања и пратеће студије*, Београд 2011, 195–249.

<sup>23</sup> Глава 28. X састава Властареве синтагме, односно глава 6. Ф састава Скраћене Синтагме; наведено према Стојан Новаковић (изд.), *Матије Властара Синтагмат: азбучни зборник византијских црквених и државних закона и правила, словенски превод времена Душанова*, Зборник за историју, језик и књижевност српског народа, прво одељење: споменици на српском језику, књига IV, Београд 1907, 537–538.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 542; вид. такође Александар Васиљевич Соловјев, *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Скопље 1928, 96.

„И митрополитѣ, и епископѣ и игоумни по митоу да се не поставѣ; и отъ сада кто се нанде поставивъ по митоу или митрополита, или епископа, или игоумна, да кѣтъ проклетъ и он-зѣи кои га к поставили.“<sup>25</sup> Овде постоји још већа сличност са регулативом у Законоправилу<sup>26</sup>, али ова одредба Законика ипак не представља понављање наведених прописа, већ њихову допуну, односно проширење – јер се кривцима сада прети не само губитком сана, већ и проклетством, то јест анатемисањем.

Члан 24 Законика прописује општију забрану, али за црквене владалце – управнике црквених имања: „И ако се нанде владалѣць црковны оузъмь мито, да се распе.“<sup>27</sup> Казна је овде световна, али могуће је да је то зато што владалци нису морали бити свештена лица нити калуђери. У сваком случају, јасно је да је расап – конфискација имовине<sup>28</sup> – представљао адекватно строгу казну за злоупотребу положаја одговорног лица на манастирским поседима.

Јиречек је сматрао да су ове одредбе показатељ све лошијег морала унутар цркве и пораста броја оваквих преступа. „Док је пример Св. Саве још био у свежој успомени, епископи су имали чврст морални ауторитет. Доцније, све веће богатство цркве било је за њу опасно,“ тврдио је он.<sup>29</sup> Крстић је, с друге стране, сматрао да је преступ био нарочито заступљен при избору игумана, будући да су њега

<sup>25</sup> Законик Стефана Душана, цара српског, 1349 и 1354, приредио Стојан Новаковић, Београд 1898, 17.

<sup>26</sup> Бубало, тако, наводи 29. апостолско правило, 2. правило четвртог васељенског сабора и 22. правило шестог (све по тексту Законоправила) као изворе ове норме. Ђорђе Бубало (прир.), *Душанов законик*, Београд 2010, 154.

<sup>27</sup> С. Новаковић 1898, 25. Радојчић као извор овог члана наводи прву главу М састава Властареве Синтагме, упућујући на 381. страну Новаковићевог издања. Никола Радојчић (изд.), *Законик цара Стефана Душана 1349 и 1354*, Београд 1960, 95. Међутим, ова глава говори о чаробњацима и врачању, па се тако и на наведеној страници налазе норме које регулишу ту материју из другог правила Григорија ниског и световних закона тако да остаје нејасно на шта је Радојчић желео да упути.

<sup>28</sup> О карактеру ове казне вид. Теодор Тарановски, *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд 1996<sup>2</sup>, 403 407.

<sup>29</sup> К. Јиречек, *Историја Срба, четврта свеска Културна историја: II део*, Београд 1923, 27. Аутор се овде, за период после владавине цара Душана, пози ва и на Даниловог настављача који говори о куповини, па чак и отимању највиших црквених звања. [Свакако се ради о првом пасусу одељка о постављању патријарха Јефрема: „После овога дођоше да са благословом и проштењем и великом радошћу хиротонишу патријарха, али траженога по достојности не моглоше лако наћи, пошто многи беху свету и самодршцу порабоњени, и покренути славољубљем и осталим трима саборним страстима: (прво) да среброљубљем купују високе и свештене и несхватљиве (положаје) као што и раније купи свештени Кајафа, т.ј. среброљубљем богатство небесно; (друго) самољубљем и сластољубљем; и (треће) суд Божји сматрају као ништа, и ради тога затражише да разбојнички и са нападајем уграбе свети престо и апостолско достојанство, и ради тога бива не мала беда.“ Архиепископ Данило II, *Животи краљева и архиепископа српских*, Београд 1935, 292].

бирали монаси манастира, те да су зато могли постојати случајеви куповине гласова.<sup>30</sup> Соловјев, такође, сматра да је чињеница да се проклетством прети и ономе ко је по миту постављен, и подмићеном који га је поставио, показатељ „да се у томе члану поклонила нарочита пажња, јер је сличних случајева у пракси било доста.“<sup>31</sup> Ове оцене звуче логично, с тим што све време треба имати на уму да се не ради о регулисању одређене материје први пут, већ о допуњавању норми које су већ постојале у канонском праву, али са чијом применом је, вероватно, у пракси било проблема.

Вреди поменути да се у Раковачком препису ова два члана, осим на почетку, налазе још једном, на крају текста, спојена у један, који гласи: „И светителии и нгоумени да не оузимаю на своихъ людехъ мита ни на комъ; ако ли се наге оузьмъ, да се изврже сана. Яко ли се нагк владалць црковни оузьмъ митъ, да се вие и прожене.“<sup>32</sup> Осим очигледне ресистематизације у виду спајања одредби које регулишу сродну материју, види се да су казне измењене: у првом случају је анатема ублажена на свргнуће из сана (чиме је казна враћена на ниво који је постојао у канонском праву), док је у другом расап замењен телесном казном боја и прогонством.<sup>33</sup> Међутим, будући да је у питању рукопис касније редакције, његова садржина се не сме узети за меродавну у периоду постојања српске средњовековне државе.<sup>34</sup>

---

Ипак, ово последње не треба узети као добру назнаку да је и у Душаново време било слично или тек мало мање лоше, те да је стање које он помиње следећи природан корак. После цареве смрти су настали толики хаос и (правна и физичка) несигурност да ови догађаји нису нарочито необични; ипак, како то представља ви шеструко ванредне околности, онда не може значити да прилике у Душаново време нису биле далеко уређеније.

<sup>30</sup> Н. Крстић, „Разматрања о старимъ србскимъ правима, на основу старихъ писменихъ споменика и Душановогъ законика“, *Гласник Друштва србске словесно сти*, XI/1859, 233. Ипак, и он је сматрао да је број одредби Законика које се тичу црквеног живота показатељ тога „да су у цркви за време Душаново бивала разна зла“, која је цар покушавао да сузбије. *Ibid.*, 237.

<sup>31</sup> А. Васиљевич Соловјев, *Законик цара Стефана Душана*, Београд 1980, 182.

<sup>32</sup> С. Новаковић 1898, 26. Види и Митар Пешикан *et al.* (изд.), *Законик цара Стефан Душана, књига III: Барањски, Призренски, Шишатовачки, Раковачки, Равнички и Софијски рукопис*, Београд 1997, 278-279.

<sup>33</sup> Тарановски је заступао гледиште да је конфискација имовине подразумева вала и прогонство: вид. Т. Тарановски 1996, 406-407. Иако су његови аргументи до брим делом ослоњени на упоредно право, те се не чине сасвим уверљивим, све и да се ово гледиште прихвати, измена у казни би постојала, јер конфискација, односно расап, никако није подразумевала и телесно кажњавање.

<sup>34</sup> Наравно, она доказује да је овај проблем тиштио цркву и касније, чак и у новим условима после 1690. године, али то би могло представљати тему засебног истраживања.

### 3. МЕРЕ ПРОТИВ КОРУПЦИЈЕ У СВЕТОВНОЈ СФЕРИ

Као што се видело, забрана корупције у вези с црквом (како међу свештеним лицима, тако и у случају световњака у црквеној служби) је била врло темељно регулисана, како испрва канонским правом, тако и касније актима српских владара. Ипак, постоје и норме које се могу довести у везу са борбом против корупције у оквиру световне власти. Тако, члан 110 Душановог законика прописује: „*Гоудије коудѣ гредоу по земли царства ми и своји области да нѣтъ вол'нь оузети оврока по силѣ, ни ино што лико развѣ поклону; што моу кто поклони отъ своѣга хотѣнїа.*“<sup>35</sup> Овде је инкриминисана очигледна злоупотреба судијске власти како би се од људи у судијиној области (не нужно странака у спору) изнудила материјална добит; поклони судијама су дозвољени само ако су добровољни, то јест ако не представљају мито.<sup>36</sup> Мирковић умесно примећује сличност између овог прописа и новеле Андроника III из 1329. године, по којој су подмићене генералне судије могле бити лишене имовине и прихода.<sup>37</sup>

Међутим, за разлику од поменутог ромејског прописа, норма Душановог законика не прописује никакву санкцију. Штавише, и други чланови Законика који регулишу рад судија су, бар наизглед, *leges imperfectae*: рецимо, члан 62, који регулише позивање на суд,<sup>38</sup> члан 163, који налаже састављање пресуде у два примерка и слање поузданих пристава<sup>39</sup> или члан 179, по којем судије треба да обилазе своју област како би делиле правду убогим.<sup>40</sup> Док је за норме канонског права то прилично нормална ствар (јер се у црквеном казненом

<sup>35</sup> С. Новаковић 1898, 84.

<sup>36</sup> О овим судијама и нарочито њиховој области види Metod Dolenc, *Dušanov zakonik*, Ljubljana 1925, 82-85, Т. Тарановски 1996, 719-723, Зоран С. Мирковић, *Суђење и судије у Србији од XIII до XV века*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, 2002, 49-65 и исти, „Судије ‘царства ми’ Душановог законика“, *Законик цара Стефана Душана: зборник радова са научног скупа одржаног 3. октобра 2000, поводом 650 година од проглашења*, САНУ, Београд 2005, 21-36.

<sup>37</sup> Вид. З. С. Мирковић 2005, 22-23. Додуше, вреди поменути да су и упркос овој норми васељенске судије биле подмићиване, па је око тога у Ромејском царству 1336/7. године избио велики скандал у којем су тројица од четворице судија смењена. Вид. Георгије Острогорски, *Сабрана дела књига шеста: Историја Византије*, Београд 1969, 469 и Alexander P. Kazhdan, „Kritai katholikai“ у Alexander P. Kazhdan (ed.), *The Oxford Dictionary of Byzantium*, New York-Oxford 1991, volume 2, 1158.

<sup>38</sup> „Властелинъ велии да се не позыва безъ кнѣге судїне, а прочїимъ печатъ.“ С. Новаковић 1898, 51.

<sup>39</sup> „Въсакѣ соудїе што соудѣ да оупнѣгоу соудове и да дрѣже оу себѣ, а другоу кнѣгоу оупнѣсав'ше да ю даде ономоу-зїн кон се коудѣ оправнїл на соудѣ. Гоудїе да послїло пристаѣ доврѣ, правѣ и достовѣр'не.“ С. Новаковић 1898, 130.

<sup>40</sup> „Гоудїе да проходе по землїахъ коудѣ комоу кѣтъ область; да оглѣдан и да исправлїан оубогихъ и ништїихъ.“ С. Новаковић 1898, 139.

праву често и не прописује казна за сваки појединачни преступ, већ се она налаже *ad hoc*, према свим околностима случаја<sup>41</sup>), те није за чуђење што у некима од више цитираних канонских норми није било предвиђене санкције, за световне законе се ово чини прилично необичним.

Пре него што се за ово пружи објашњење, вреди скренути пажњу и на 15. главу А састава Властареве Синтагме, односно 14. главу истог састава у Скраћеној Синтагми, под насловом „*О начелницихъ каковыимъ быти подобаєтъ ѿимь*“.<sup>42</sup> Као што јој назив и сугерише, она садржи упутства за понашање чиновника, односно моралне врлине које они треба да поседују, попут милосрђа, скромности или мудрости.<sup>43</sup> На том списку се налази и напомена да чиновник треба да буде „*неддроприктъ ноу*“<sup>44</sup> – чиме се, наравно, жели рећи да не би смео да прихвата недозвољене поклоне, то јест да би морао бити неподмитљив. Попут већ наведених одредби Законика, ниједна од норми у овој глави Скраћене Синтагме не садржи санкцију. Соловјев је подвукао како су Душанови редактори задржали ову главу која слика идеал чиновника, иако су избацили другу, по форми сличну, која приказује идеално понашање цара и патријарха.<sup>45</sup> „Изгледало је редакторима СС, да ће те поуке бити корисне чиновницима Душанова царства,“ сматра он.<sup>46</sup>

Члан 7 такозваног Закона цара Јустинијана, погрешно насловљен „*О влоудѣ*“, предвиђа следеће: „*Ище кого потворетъ в влоудѣ или в татѣѣ или в коки лво таковети злон вѣщи. и боудет повиннъ. и даст мито нѣкомоу да га шправи. а послѣдн се изнагк ере кетъ кривъ, кои би подељ казын внзи татъ. да подиметъ внзи кои га е шправиль*“.<sup>47</sup> Казна за подмићеног

<sup>41</sup> Вид. Никодим Милаш, *Црквено казнено право*, Мостар 1911, 134-153.

<sup>42</sup> Вид. С. Новаковић 1907, 108-109 и Тимофей Флоринский, *Памятники законодательной деятельности Душана, Царя Серкова и Грекова. Христовулы. Сербскій Законникъ. Сборники византийскихъ законовъ*, Киев 1888, 119-120.

<sup>43</sup> Ови прописи су преузети из Епанагоге. Вид. А. В. Соловјев 1928, 210.

<sup>44</sup> С. Новаковић 1907, 108.

<sup>45</sup> А. В. Соловјев 1928, 210-211.

<sup>46</sup> *Ibid.*, 210. Соловјев, такође, истиче како Душанов законик „додаје неколико одредаба о дужностима чиновника, које су много ближе стварном животу него византијска реторика СС“, те ту истиче већ поменути 110. члан, али и члан 63, који говори о кефалијином дохотку и, између осталог, забрањује кефалији да од било кога осим грађана купује намирнице по повлашћеној, упола мањој цени. Вид. С. Новаковић 1898, 52. Ипак, овај члан, као и члан 120, којим се забрањује царинику да приморава трговце да му продају своју робу у бесцење (*ibid.*, 92), неће бити овде разматрани, јер се у њима ради о злоупотреби фактичке моћи (која иде уз јавну функцију), а не о корупцији у ужем смислу, тј. злоупотреби јавних овлашћења.

<sup>47</sup> Наведено према Б. Марковић, *Јустинијанов закон: средњовековна византиско српска правна компилација*, Београд 2007, 54; вид. такође А. В. Соловјев 1928, 237.



је, дакле, иста она која је чекала и кривца који је лажно приказан као невин; међутим, ко је тачно био учинилац и шта је биће дела? Прва асоцијација наводи на подмићеног судију, али израз оправити подсећа на функцију поротника, који су могли туженог оправити или окривити, али нису судили:<sup>48</sup> самим тиме, члан би се могао односити и на подмићивање поротника или саклетвеника.<sup>49</sup> Нажалост, овај члан спада међу оне малобројне чије ромејско порекло још увек није утврђено, тако да не постоји могућност тумачења уз помоћ оригиналног текста.<sup>50</sup> Међутим, будући да Душанов законик већ у свом 154. члану прописује изузетно тешку казну за поротнике који оправе некога за кога се накнадно испостави да је крив, не напомињући при том чак ни да се захтева да су то злонамерно учинили,<sup>51</sup> може се претпоставити да се овде ипак ради о подмићеном судији.

Ипак, могло би се приговорити да ова норма не покрива потребе свих малопре наведених прописа Душанове кодификације, јер је она нема како у погледу подмићивања у судском поступку за било шта осим ослобађајуће казненоправне пресуде (рецимо, мито дато само како би се изрекла блажа казна, или у грађанскоправном поступку), тако и поводом примања мита од стране других државних чиновника. Решење за ове остале случајеве би се могло потражити у обичајном праву. Наиме, сигурно је у њему већ и те како постојала пракса поступања са владаревим слугама (чиновницима) који би се оглушили о његове наредбе, или који би напросто показали да не поседују вештине и особине које се од њих захтевају у државној служби: у супротном је тешко замислити иоле ефикасно функционисање државне власти. Какве су то санкције биле и у којој

<sup>48</sup> У члану 151. Душановог законика стоји: „... и ты-зи поротници да несоу волны никога оудирити, развѣ оправити, или окривити...“ С. Новаковић 1898, 118. О томе да порота није пресуђивала, већ је била само доказно средство, вид. Т. Тарановски 1996, 773 778, А. В. Соловјев 1980, 297, Божидар В. Марковић, *О доказима у кривичном поступку*, Београд 1921, 53 56, као и Александар Ђорђевић, „Старо српско право у судском поступку Душановог законика“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 43/2003, 331 335. За супротно схватање пороте као врсте суда види нпр. Јован Авакумовић, „Стара српска порота поређена са енглеском поротом (приступна беседа)“, *Глас СКА*, XLIV/ 1894, 1 36, Константин Јиречек, *Историја Срба, друга књига (до 1537)*, Београд 1923, 30 и Миленко Јовановић, *Порота средњовековне Србије*, Београд 1959, 32 39.

<sup>49</sup> Урошевић не одређује ову проблематику ближе, наводећи само: „...ако би се утврдило да је подмићивач крив, онај који је подмићен (да би га оправдао) имао је бити кажњен...“ Лазар Урошевић, *Правосуђе и писано право у средњовековној Србији у светлости данашњег писаног права*, Београд 1939, 217.

<sup>50</sup> Види Т. Флоринский, 489 490 и Б. Марковић, 39.

<sup>51</sup> „Кон се поротници кльноу и оправѣ онога-зи по законоу, и ако се по тоо-зи оправѣ полиціе оверѣте истинно оу онога-зи оправѣ чіе кога-но е оправила порота; да оузме царство ли на те х-зи поротницѣх по тысоуштоу перперѣ; а веке по томь да несоу ты-зи поротници вѣкованин; ни да се кто оць ни х ни моужи ни женин.“ С. Новаковић 1898, 120 121.

мери су подразумевале отпуштање из службе – могло би се само спекулисати.<sup>52</sup> Ипак, принцип је јасан – горе наведене норме Душанове кодификације представљају наредбе и инструкције за понашање државних чиновника (под којима се у ширем смислу подразумевају и судије), и подразумева се да ће их у супротном снаћи казне из обичајног права, које законодавац не осећа потребу да у писаној форми нагласи, вероватно зато што су тада биле сасвим добро познате.

Са друге стране, и члан 162, који регулише обавезе пристава, и те како предвиђа казну за случај *потвора* – неизвршења или фалсификовања пресуде, за које је логично претпоставити да га пристав не би спровео самоиницијативно, већ управо у некаквом дослуху са странком – и то веома строго: одсецање руку и језика.<sup>53</sup> Ово, међутим, није контрадикција малопре наведеном. Формулација 162. члана је таква да је јасно да се ради о изричито инкриминисаном кажњивом делу, а не само о непоступању у складу са датим инструкцијама. Осим тога, ово дело представља не само злоупотребу сопствене функције, већ и нарушавање онога што је у надлежности чиновника вишег ранга – судијске пресуде. Коначно, тиме се драстично крши својство јавне вере пристава.<sup>54</sup> Стога је и разумљиво што је за овакав преступ прописана нарочита казна, и то изгледно строжа од оне која је по обичајном праву постојала за обично неизвршење чиновничких дужности.

<sup>52</sup> Могуће је да су сви ови случајеви потпадали под кривично дело невере под чиме се, наравно, не жели рећи да је за све њих претила смртна казна. На против, могуће је да је невера била широк појам који је обухватао све поступке којима би се учинилац оглушио о владареву заповест или изневерио поверење које је његова служба подразумевала, те да су постојале различите санкције у зависности од озбиљности преступа у конкретном случају – а да су у данас познатим писаним изворима очувани подаци само о оном најтежем облику.

<sup>53</sup> „...да ако боудѣ потворѣ приставомѣ, ере боудоу ино оучинили него што книга пише, или аште боудоу прѣписали книге на нинь образѣ, да нинь кетѣ оправданіе да гредоу прѣдѣ соудіе; и аште се обрѣте ере соу съвршини како пише оу соудіинне книзѣ кок соудіе дрѣже, да соу прави, аште ли се обрѣте ере соу инноко прѣтворили соудѣ, да нинь се роуцѣ отгѣкоу и еззык оуреже.“ С. Новаковић 1898, 128.

<sup>54</sup> Детаљније о овоме види Т. Тарановски 1996, 727–732 и Марко Костренчић, *Fides publica (јавна вера) у правној историји Срба и Хрвата до краја XV века*, Београд 1930, 1–70, нарочито 5–41 и 55–60. Костренчић, додуше, сматра да је пристав у другом делу Душановог законика изгубио својство јавне вере, те да су норме попут ове само „остаци старог схватања без правога смисла с обзиром на садашњи други положај пристава.“ *Ibid.*, 57. Он, додуше, сматра да те реформе нису заживеле и да је пристав у пракси наставио да врши исту функцију као и раније (и поседује јавну веру), све до краја средњовековне српске државе. *Ibid.*, 58–60.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Може се закључити да је средњовековно српско право посвећивало прилично озбиљну пажњу забрани корупције. Најдужу традицију има борба против корупције у оквиру цркве, која је била заступљена већ у канонском праву реципираном из РOMEЈСКОГ ЦАРСТВА у оквиру Законоправила Светог Саве, а чије регулисање је настављено у правотворном раду барем двојице најплоднијих законодаваца<sup>55</sup> међу српским владарима – краља Милутина и цара Душана. Облици корупције који се у овим нормама појављују су примање мита (пре свега симонија) и непотизам. Интервенција световних власти у регулативу ове материје може бити показатељ потребе да се она ојача ауторитетом владара (услед појављивања већег броја случајева у пракси), али и појављивања (не нужно многобројних) облика корупције који се нису могли лако подвести под већ постојеће нормe.

Што се тиче корупције световних (државних) чиновника, регулатива усмерена против ње се појављује тек у Душановом законодавству. Не треба из овога извлачити закључак да она раније уопште није била потребна, те да се корупција у оквиру државне власти појавила тек у Душаново време. Напротив, како је и санкција за прописане преступе (изузев у два посебно инкриминисана случаја) претежно остављена обичајном праву, тако је у њему сигурно већ постојала пракса кажњавања за примање мита. Разлози доношења нових норми су, с једне стране, ширење и појачана бирократизација царства, скопчана с угледањем на ромејски модел, што је и довело до рецепције главе А-14 Скраћене Синтагме (где је неподмитљивост само једна од бројних врлина које чиновник треба да поседује), а, с друге стране, увођење нове установе царских судија, која је стога захтевала детаљнију регулативу, укључујући и забрану изноћивања поклона, то јест примања мита.

---

<sup>55</sup> Овде се реч *закон* употребљава у њеном средњовековном смислу – оба везујућег правног правила или права уопште – а не да значи формалан правни акт какав закон представља данас. Вид. Т. Тарановски 1996, 172, Срђан Шаркић, *Закон у глагољским и ћирилским правним споменицима (од XII до XVIII века)*, Нови Сад, 1994, нарочито 43 и даље, и исти, „*Νομος*, lex, закон: порекло, значења, дефиниције”, *Зборник Матице српске за класичне студије*, 7/2005, 49–50 и 58–64.

Nina Kršljanin

Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

## MEASURES AGAINST CORRUPTION IN SERBIAN MEDIEVAL LAW

The paper analyses the regulations of medieval Serbian law that were directed against various forms of behaviour that could be considered as corruption. The majority of these rules is to be found in church law, mostly in the canon regulations of the Nomocanon of Saint Sava and the Abbreviated Syntagma of Matthew Blastares – both of which acts were comprised of legal transplants from the Rhomean (Byzantine) Empire, containing mostly canon rules of the holy fathers of the Church and of the Ecumenical Councils – and are mostly (though not exclusively) directed against the sin of simony. Still, Serbian rulers have also brought regulations on this subject, expanding upon the canon law regulations in their charters and Dushan's Code. Regulations against corruption of the secular officials are present no sooner than Dushan's codification. They are mostly focused on punishing the corruption of judges and court officials (*pristavs*), but being unsusceptible to bribery is also pointed out by the law as one of the necessary qualities that all government officials should possess. Finally, the manner in which corruption of secular power is regulated (no rules before Dushan's time, mostly focusing on the newly introduced general judges, sometimes prohibited with what seems like a *lex imperfecta*) implies that the matter was previously addressed by customary law, the contents of which, regretablely, remain unknown today.

Key words: *Charters. – Corruption. – Customary law. – Dushan's code. – The Nomocanon of Saint Sava.*

# ЗАКОНОДАВНА И СУДСКА ПРАКСА

Др Марија Драшкић\*

## ПОВРЕДА ПРАВА НА ЖИВОТ: ПРВА ОДЛУКА УСТАВНОГ СУДА

### 1. ЧИЊЕНИЧНО СТАЊЕ

У касарни објекта посебне намене „Караш“ на Топчидеру у Београду 5. октобра 2004. године, приликом вршења патролне службе, смртно су страдали војници Гардијске бригаде тадашње Војске државне заједнице Србија и Црна Гора Драган Јаковљевић и Дражен Миловановић. У том тренутку није било јасно да ли су војници изгубили животе у међусобном сукобу; или је у питању било убиство и самоубиство; односно да ли је њихову смрт проузроковао неки трећи непознати учинилац.

### 2. ПРЕТКРИВИЧНИ ПОСТУПАК: ПРВА ФАЗА

Из списка предмета Вишег суда у Београду, у које је Уставни суд извршио увид, произлази да се поводом наведеног догађаја по предлогу Војног тужиоца у Београду пред Војним судом у Београду у предмету Ки. 1185/04 водио преткривични поступак, који је од 1. јануара 2005. године настављен пред Окружним судом у Београду у предмету Вп.Ки. 1341/05.

Одговор до кога је дошао бивши Војни тужилац у Београду био је да је Драган Јаковљевић хицима из аутоматске пушке нанео смртоносне повреде Дражену Миловановићу, а да је затим усмртио и себе, па је поступак окончан одбацивањем кривичне пријаве против покојног Драгана Јаковљевића због немогућности кривичног гоњења.

---

\* Ауторка је редовна професорка Правног факултета Универзитета у Београду (*maja@ius.bg.ac.rs*) и судија Уставног суда Републике Србије (*m.draskic@ustavni.sud.rs*).

Овакав став Војног тужиоца био је заснован на заједничком налазу вештака балистичара и налазу вештака судске медицине од 12. новембра 2004. године у којем је, након реконструкције, највероватнији ток догађаја описан управо на наведени начин. Став Војног тужиоца поткрепљен је и мишљењем специјалисте за судску медицину, ангажованог од стране самог Војног тужиоца, да у предметном догађају није учествовала трећа особа.

Током преткривичног поступка, Врховни савет одбране државне заједнице Србија и Црна Гора је 15. октобра 2004. године образовао Комисију за испитивање околности погибије војника у касарни у Топчидеру. Наведена комисија је ангажовала групу стручних лица – специјалиста за судску медицину, ортопедску хирургију и трауматологију, психијатрију, психологију, балистику и трасологију. Четворо њих, сви специјалисти судске медицине и балистичар, након више примедба и оспоравања налаза и мишљења групе вештака ангажованих од стране суда, дали су у писменом облику заједничко мишљење, у којем је најважнији закључак био тај да „Драган Јаковљевић није сам себи нанео констатоване повреде“.

На основу овог мишљења, као и налаза и мишљења осталих стручњака ангажованих у овом случају (психијатра, психолога и специјалисте за ортопедску хирургију и трауматологију), Комисија Врховног савета одбране је у свом извештају од 1. децембра 2004. године, поред осталог, закључила и да „војници нису могли задобити констатоване устрелне и прострелне ране у међусобном обрачуна“, да „војник Драган Јаковљевић није извршио самоубиство“, те да су обојица страдала од трећег лица и то након што су претходно разоружани. Овим је у потпуности оспорен закључак прве групе вештака да је Драган Јаковљевић усмртио Дражена Миловановића, а потом извршио самоубиство, и смрт обојице изричито је приписана непознатим трећим лицима. Са друге стране, двојица стручњака (балистичар и трасолог) су у одвојеном писаном извештају од 11. новембра 2004. године дали мишљење да је Драган Јаковљевић највероватније сам себи нанео повреде, а да се могућност да је неко треће лице усмртило обојицу војника „никада не може теоретски искључити, али да ниједан од нађених материјалних трагова на то директно не указује“.

Окружно јавно тужилаштво у Београду – Војно одељење је својим актом Ктн.Вп. 1/05 од 13. јуна 2005. године предложило Окружном суду у Београду – Војном одељењу да се спроведу поједине истражне радње у преткривичном поступку против Н.Н. лица, учиниоца кривичног дела напад на војно лице у вршењу службе из члана 206, став 4 у вези са ставом 1 Основног кривичног закона. У овом акту наведено је, поред осталог, да „без обзира на питање легалитета

начина на који се група стручњака Комисије Врховног савета одбране упустила у бављење предметом из надлежности правосудних органа у току трајања преткривичног поступка, као и на њихову међусобну несагласност о неким кључним питањима предметног догађаја, стоји чињеница да је више несумњиво стручних лица суштински оспорило налаз и мишљење вештака које је ангажовао суд. Та околност, по налажењу Округног јавног тужиоца у Београду, изазива основану сумњу у тачност датог мишљења тих вештака и изискује потребу да се они поново саслушају, односно изјасне о стручним мишљењима којима се оспорава њихово“.

Након тога је Округно јавно тужилаштво у Београду – Војно одељење предложило да се судским вештацима предоче сви налази и мишљења стручних лица која је ангажовала Комисија Врховног савета одбране и да се од њих затражи да се изјасне да ли остају код својих налаза и мишљења – укључујући и заједнички налаз од 21. новембра 2004. године – или их коригују, и у ком погледу. Такође, предложено је да се, уколико вештаци остану код свог првобитног налаза и мишљења, о предметном догађају затражи мишљење новог тима вештака у којем би били заступљени специјалисти судско-медицинске струке, психологије и балистике, са задатком да, на основу постојећих доказа, а по потреби и на основу додатних, дају стручно мишљење о одлучним спорним питањима у овој ствари: прво, може ли се и са којим степеном вероватноће утврдити да ли је војник Драган Јаковљевић лишио живота војника Дражена Миловановића или обратно; друго, може ли се и са којим степеном вероватноће утврдити да ли се војници извршили самоубиство; најзад, може ли се и са којим степеном вероватноће утврдити да ли је војнике лишио живота неко трећи.

### 3. ПРЕТКРИВИЧНИ ПОСТУПАК: ДРУГА ФАЗА

Преткривични поступак се по наведеном предлогу за предузимање појединих истражних радњи спроводио пред Округним судом у Београду – Војно одељење у предмету Вп.Кри. 2/05.

Истражни судија Округног суда у Београду – Војно одељење је одмах по пријему предлога за предузимање истражних радњи позвао судске вештаке балистичке струке и медицинске струке и 4. јула 2005. године им је лично уручио по примерак заједничког налаза и мишљења Комисије вештака ангажоване по наредби Комисије Високог савета одбране и наложио им је да се, у року од 15 дана, изјасне да ли остају код својих налаза и мишљења, укључујући и заједнички налаз од 21. новембра 2004. године, или их коригују, и у ком погледу.

Судски вештаци су се у дописима од 18. и 23. јула 2005. године изјаснили да у свему остају при налазима и мишљењима које су раније дали.

Како налази и мишљења две комисије вештака нису били у сагласности, истражни судија је 28. јула 2005. године донео наредбу да се на основу постојећих доказа, као и нових који би по захтеву вештака били накнадно прибављени, спроведе судско-медицинско и балистичко вештачење телесних повреда, оштећених војника који су приликом вршења патролне службе смртно страдали 5. октобра 2004. године у касарни објекта „Караш“ на Топчидеру у Београду, а на околности из предлога за предузимање појединих истражних радњи Тужилаштва.

Вештачење је поверено тиму вештака Института за криминалистичку технику Савезне криминалистичке полиције Савезне Републике Немачке у Висбадену. Истражни судија је 2. августа 2005. године сачинио замолницу Институту у Висбадену ради спровођења судско-медицинског и балистичког вештачења, по којој је Министарство за људска и мањинска права поступило.

Из списка предмета надаље произлази да је Савезна криминалистичка полиција Савезне Републике Немачке по пријему списка у септембру 2005. године дипломатским путем обавестила истражног судију Округног суда у Београду да, због раније добијених налога за вештачење, није у могућности да у кратком року спроведе тражено вештачење. Због тога су започети прво неформални, а потом и формални договори са званичницима Сједињених Америчких Држава око поверавања вештачења Федералном истражном бироу (у даљем тексту: FBI) и преузимања списка и доказа из Франкфурта, те њиховог транспорта у Квантико. Истражни судија је потом 26. децембра 2005. године донео и формалну наредбу којом је вештачење поверио тиму вештака лабораторије FBI и одредио, поред осталог, начин преузимања предмета.

Из службене белешке коју је истражни судија сачинио 23. марта 2006. године произлази да је тога дана на одржаном састанку код председника суда био, поред осталих, присутан и специјални агент FBI који је све присутне обавестио да је у централи FBI дошло до промена у погледу одлучивања о захтеву за вештачење и преузимања списка предмета и доказа, те да до преузимања предмета може доћи искључиво у Београду, а не у Франкфурту како је раније договорено. Истражни судија је стога 28. марта 2006. године изменио наредбу за вештачење у делу који се односио на начин преузимања предмета.

Из службене белешке сачињене 25. маја 2006. године произлази да је лабораторија FBI из Вашингтона дала сагласност за спровођење траженог вештачења, а да је примопредаја списка предмета и доказа



који су из Франкфурта враћени у Београд извршена 24. јула 2006. године. Списи предмета и доказни материјал су ради вештачења у Сједињеним Америчким Државама предати 22. септембра 2006. године званичнику Амбасаде Сједињених Америчких Држава у Београду.

Налаз и мишљење вештака балистичара Федералног истражног бироа Сједињених Америчких Држава примљен је у Окружном суду у Београду 23. октобра 2007. године. Окружно јавно тужилаштво у Београду је, након разматрања извештаја лабораторије FBI, у допису Ктн.Вп. 1/05 од 3. децембра 2007. године, који је примљен у Окружном суду у Београду 19. децембра 2007. године, затражило од истражног судије, између осталог, да се његова наредба од 26. децембра 2005. године спроведе у потпуности, односно да се изврши и судско-патолошко вештачење телесних повреда које су задобили усмрћени војници, те да се у коначном налазу и мишљењу који би заједнички дали вештачи обе струке одговори на питања која су наведена у поменутој наредби.

Истражни судија Окружног суда у Београду је 27. децембра 2007. године упутио замолницу Министарству правде Сједињених Америчких Држава – Лабораторији FBI – да спроведу патолошко вештачење по наредби од 26. децембра 2005. године.

На захтев представника FBI из Сарајева, 17. јануара 2008. године одржан је састанак у Окружном суду у Београду ради појашњења замолнице од 27. децембра 2007. године, односно ради навођења свих околности на које би приликом спровођења вештачења требало да се изјасни вештак судске медицине – патолог. Након тога, Окружном суду у Београду је 8. априла 2008. године достављен допис FBI у коме обавештавају истражног судију да FBI не доставља патолошка вештачења о криминалистичким истрагама, а дана 18. априла 2008. године, путем видео-конференцијске везе, саслушан је судски вештак лабораторије FBI који је дао балистички налаз и мишљење, ради појашњења налаза и мишљења.

Истражни судија Окружног суда у Београду је 20. маја 2008. године донео наредбу за судско-медицинско вештачење и одредио вештака специјалисту судске медицине (главног судско-медицинског вештака Округа Оукленд, Мичиген) и истог дана доставио замолницу за пружање међународне правне помоћи. Налаз и мишљење вештака судске медицине, насловљен као „судско-медицинско вештачење смрти војника Драгана Јаковљевића и Дражена Миловановића“, примљен је у Окружном суду у Београду 10. новембра 2008. године и у њему је изнет закључак да се „усмрћење обојице војника сматрају за убиства докле год се не докаже супротно... да је обојицу војника лишио живота неко трећи, докле год се не нађу необориви докази који би указали на супротно“.

Истог дана, 10. новембра 2008. године, истражни судија је Окружном јавном тужилаштву у Београду доставио наведени налаз и мишљење.

Окружно јавно тужилаштво у Београду је 19. новембра 2008. године својим актом Ктн. 295/08 истражном судији Окружног суда у Београду ставило предлог за предузимање истражних радњи – саслушање 13 лица која до тада нису била саслушана, као и поновно саслушање 24 лица која су већ саслушана „ради евентуалног утврђивања нових чињеница“. Такође, стављен је и предлог да се балистичко вештачење FBI и судско-медицинско вештачење вештака доставе „како вештацима ангажованим од стране суда и Војног тужилаштва, тако и вештацима које је ангажовала комисија Врховног савета одбране, а ради изјашњења и евентуалне корекције или допуне својих налаза“. Предмет је пред Окружним судом у Београду добио нов број: Вп.Кри. 8/08.

Одлуком министра одбране 98–7 од 9. фебруара 2009. године одређено је да лица на служби у Војсци Србије, лица којима је престала професионална војна служба, као и лица која су одслужила војни рок у генерацији 2004. године, могу у истражном поступку саопштити тајне податке који су у непосредној вези са догађајем у касарни „Топчидер“ од 5. октобра 2004. године, када је наступила смрт војника Драгана Јаковљевића и Дражена Миловановића.

Истражни судија је 16. априла 2009. године изразио неслагање са предлогом Окружног јавног тужиоца у Београду да се балистичко вештачење FBI и судско-медицинско вештачење вештака доставе како вештацима ангажованим од стране суда и Војног тужилаштва, тако и вештацима које је ангажовала комисија Врховног савета одбране. Кривично ванпретресно веће Окружног суда у Београду је 29. априла 2009. године дописом обавестило истражног судију да је поднето неслагање преурањено, имајући у виду да је претходно потребно предузети друге истражне радње.

Истражни судија је у периоду од 1. јуна до 1. септембра 2009. године саслушавао сведоке, а потом је 16. септембра 2009. године поновио изражено неслагање од 16. априла 2009. године са предлогом Тужилаштва. Кривично ванпретресно веће Окружног суда у Београду је, поводом израженог неслагања истражног судије, 21. септембра 2009. године, донело решење Вп.Кв. 127/09 којим је одбило предлог Окружног јавног тужилаштва у Београду за достављање балистичког извештаја FBI и судско-медицинског вештачења вештацима ангажованим од стране суда и Војног тужилаштва, као и вештацима које је ангажовала Комисија Врховног савета одбране ради изјашњења и евентуалне корекције или допуне својих налаза.

Истражни судија је након спроведених истражних радњи списе предмета Вп.Кри. 8/08 доставио 29. септембра 2009. године Окружном јавном тужилаштву у Београду на даље одлучивање.

Више јавно тужилаштво у Београду, које је након промене организације јавних тужилаштава у Републици, преузело надлежност за поступање у овом предмету, својим актом Ктн. 295/08 од 30. маја 2011. године предложило је истражном судији Вишег суда у Београду саслушање Ратка Младића с циљем утврђивања чињеница „везаних за околности које су таксативно набројане“. Предмет је пред Вишим судом у Београду добио нов број: Кри. 1042/11.

Дан након пријема предлога Вишег јавног тужилаштва у Београду, поступајући истражни судија Вишег суда у Београду је 31. маја 2011. године тражио од истражног судије истог суда, по чијем решењу се сведок Ратко Младић налазио у екстрадиционом притвору, обавештење о томе да ли постоји могућност да се обави његово саслушање. Како је у међувремену сведок Ратко Младић испоручен Међународном кривичном трибуналу у Хагу, истражни судија је 16. јуна 2011. године од Вишег јавног тужилаштва у Београду затражио да се изјасни да ли остаје при свом предлогу за саслушање. Тужилаштво је истражног судију обавестило 20. јуна 2011. године да остаје при свом предлогу, уз прецизирање да Ратка Младића треба испитати у својству сведока.

До доношења одлуке Уставног суда истражни судија је предузимао само још неке процесне радње како би наведени сведок био испитан.

### 3. ПОСТУПАК ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ

Очеви убијених гардиста, Јанко Јаковљевић из Беле Реке и Петар Миловановић из Параћина, поднели су Уставном суду 4. октобра 2011. године, уставну жалбу против „радњи нечињења, непоступања... по захтевима за спровођење истраге од 10. октобра 2005. године од стране бившег Окружног суда у Београду“, због повреде права на суђење у разумном року из члана 32, став 1 Устава, а поднеском од 19. јануара 2012. године подносиоци уставне жалбе су истакли и повреду права на живот из члана 24, став 1 Устава, због „непоступања надлежних државних органа у циљу расветљавања свих околности око убиства покојних Драгана Јаковљевића. и Дражена Миловановића а нарочито откривања и процесуирања починиоца“.

Уставни суд је на седници од 31. јануара 2013. године донео одлуку којом је усвојио уставну жалбу Јанка Јаковљевића и Петра Миловановића и утврдио да је пропуштањем надлежних државних

органа – Вишег јавног тужилаштва у Београду у предмету Ктн. 295/08 (раније Окружног јавног тужилаштва у Београду у предмету Ктн. Вп. 1/05) и Вишег суда у Београду у предмету Кри. 1042/11 (раније Окружног суда у Београду – Војно одељење у предмету Вп.Кри 2/05, односно Окружног суда у Београду у предмету Вп.Кри. 8/08) повређено право подносилаца уставне жалбе на живот зајемчено одредбом члана 24, став 1 Устава Републике Србије.

Уставни суд је такође утврдио право подносилаца уставне жалбе на накнаду нематеријалне штете, и то у износу од по 5000 евра сваком од њих, у динарској противвредности обрачунатој по средњем курсу Народне банке Србије на дан исплате.

Најзад, Уставни суд је наложио Вишем јавном тужилаштву у Београду и Вишем суду у Београду да предузму све мере како би се овај преткривични поступак окончао у најкраћем року.

#### 4. ПРАВО НА ЖИВОТ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Право на живот заштићено је чланом 2. Европске конвенције о људским правима (у даљем тексту: Европска конвенција), а сагласно члану 15 Европске конвенције једно је од четири права која се не смеју дерогирати ни у време рата или неке друге ванредне ситуације (заједно са забраном мучења, забраном ропства и забраном незаконитог кажњавања), што га сврстава у „тврдо језгро“ људских права, међу апсолутна и безусловна права гарантована Европском конвенцијом, без чије делотворне заштите ни сва остала права не би имала много смисла.

Основна сврха ове конвенцијске одредбе јесте заштита појединца од незаконитог одузимања живота. То значи да се, с једне стране, штити право на живот, а с друге стране, у истој одредби наводе се и околности у којима лишење живота може бити оправдано (одбрана од незаконитог насиља, извршавање законитог хапшења или спречавање бекства лица које је законито лишено слободе, те предузимање законских мера с циљем сузбијања нереда или побуне).

Ипак, упркос чињеници да се пракса Европског суда врло брзо развијала у погледу заштите права на живот те да спада у најбогатије и најдинамичније у целокупној јуриспруденцији Европског суда, стварни обим права на живот остао је и даље у много чему нејасан. Тако, на пример, на питање о томе када живот почиње или се завршава никада није дошао изричит одговор од органа који тумаче Европску конвенцију. Европска комисија за људска права је неколико

пута била у прилици да се изјашњава о томе да ли се право на живот, гарантовано чл. 2 Европске конвенције, односи и на живот фетуса. Комисија је то питање намерно оставила отвореним у случајевима *Brüggemann* и *Scheuten* против Савезне Републике Немачке и *X* против Уједињеног Краљевства, али је недвосмислено одбацила могућност да се чл. 2 Конвенције признаје неограничено право на живот фетуса.<sup>1</sup> Европски суд за људска права, најзад, потврдио је да не би било ни пожељно нити је могуће да се Суд апстрактно изјашњава о томе да ли је и нерођено дете особа у смислу чл. 2. Европске конвенције о људским правима.<sup>2</sup> Стога би се најкраће могло рећи да прецизног става о почетку живота у пракси Комисије и Суда и даље нема, да је сваки појединачни случај до сада специфично разматран и да општеприхваћени стандард још увек не постоји.<sup>3</sup> Сличне недоумице постоје и када је у питању право на смрт (еутаназија), заштита од еколошких опасности и опасних делатности, право на одређени ниво здравствене заштите, одговорност лекара за грешку са смртним исходом итд.

Оно што, међутим, недвосмислено произилази из јуриспруденције Европског суда за људска права, јесте то да се заштита права на живот састоји од три главна аспекта: први је дужност државе да се њени службеници уздрже од незаконитог одузимања живота (тзв. негативна обавеза државе), што значи да лица у надлежности државе не могу да буду самовољно или незаконито лишена живота од стране државе и њених органа; други је дужност државе да истражује сумњиве смртне случајеве (тзв. процесна обавеза државе); најзад, дужност је државе да предузима кораке за заштиту живота, а посебно да спречава губитак живота који се могао избећи (тзв. позитивна обавеза државе).<sup>4</sup>

Када је реч о тзв. процесној обавези, она захтева да држава преузме обавезу да истражи све наводе о сваком случају незаконитог одузимања живота. Другим речима, објективни надзор над сваким насилним лишењем живота важан је како за родбину, тако и за поверење опште јавности у спровођење правде и у приврженост државе владавини права, односно ради спречавања постојања привида о било как-

<sup>1</sup> Вид. *Brüggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany*, број пред ставке. 6959/75, 19. мај 1976, *X v. UK*, број представке 8416/78, 13. мај 1980, § 19.

<sup>2</sup> Вид. водећи случај у овој области *Case of Vo v. France*, број представке 53924/00, 8.7.2004, § 85.

<sup>3</sup> Вид. опширније М. Пауновић, *Јуриспруденција Европског суда за људска права*, Београд, 1993, стр. 50, В. Водинелић, „Модерни оквир права на живот“, *Правни живот*, бр. 9/1995, стр. 19.

<sup>4</sup> Вид. С. Ovey R. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006, стр. 56; Р. Жаревац, „Право на живот“, *Приручник Европска конвенција о људским правима*, Београд, 2007, стр. 143.

вом дослуху између државе и оног ко врши незаконита дела.<sup>5</sup> То значи да обавеза државе да штити право на живот, прочитана заједно са општом обавезом из члана 1 Европске конвенције према којој државе уговорнице „свакоме у својој надлежности јемче права и слободе одређене Конвенцијом“, подразумева да се тражи спровођење неког облика делотворне службене истраге када појединци изгубе живот услед употребе силе; штавише, таква делотворна истрага безусловно мора бити спроведена када је убиство последица употребе силе, без обзира да ли су наводни учиниоци службена лица или трећа лица.<sup>6</sup>

Каква треба да буде истрага да би били задовољени стандарди које је установио Европски суд?

Најпре, основна сврха такве истраге јесте да се осигура делотворна примена домаћих закона којима се штити право на живот, па власти морају предузети све разумне мере које им стоје на располагању како би осигурале доказе који се односе на инцидент. Другим речима, било какав пропуст који доводи у питање могућност утврђивања узрока смрти или идентификацију особе или особа које су одговорне доводи до ризика повреде ових стандарда; .. „за који год да се начин поступања одлуче, власти морају деловати по сопственој иницијативи чим сазнају за ту ствар...<sup>7</sup> У том смислу, у случају насилне смрти не захтева се службена форма пријаве да би наступила обавеза државе да покрене и спроведе истрагу. Напротив, једном када су надлежна државна тела на било који начин сазнала да је дошло до смрти неког лица у околностима које упућују на извршење кривичног дела, обавеза предузимања даљних корака лежи искључиво на држави. Жртве повреде чл. 2 Европске конвенције по правилу су најближи сродници умрле особе (иако, у случају покушаја убиства, то могу бити и сама лица у односу на који је извршен покушај убиства) и њихова је једина обавеза да обавесте надлежна државна тела о догађају у којем је неко лице изгубило живот, односно у којем је извршен покушај убиства. У пресуди *Slimani* против Француске Европски суд је навео: Суд наглашава да када нека особа умре за време док се налази у притвору и у неразјашњеним околностима, члан 2 Конвенције захтева од државних тела да спроведу делотворну и службену истрагу на сопствену иницијативу, и то чим сазнају да је дошло до притвореникове смрти...Иницијатива за покретање или вођење таквог поступка не може бити препуштена најближем срод-

<sup>5</sup> Вид. Е. Корљан, *Европска конвенција о људским правима и право на живот*, докторска дисертација, необјављено, Београд, 2012, стр. 270-275.

<sup>6</sup> Вид. *Case of McCann and Others v. The United Kingdom*, број представке 18984/91, 27. септембар 1995, § 161.

<sup>7</sup> Вид. *Case of Branko Tomašić and Others v. Croatia*, број представке 46598/06.... и други, 15. јануар 2009, § 62.

нику жртве.<sup>8</sup> То, другим речима, значи да се власти не могу оправдати, рецимо, чињеницом што најближи сродници нису предузели никакву иницијативу у вези са формалном пријавом, као што им не смеју препустити ни спровођење било каквих истражних радњи. Дакле, сама чињеница да одговарајућа истрага није спроведена довољан је основ за повреду члана 2. Конвенције.<sup>9</sup>

Истрага такође мора бити темељна (*thorough*), независна (*independent*) у хијерархијском, институционалном и практичном смислу, непристрасна (*impartial*) и пажљива (*careful*),<sup>10</sup> односно ревносна (*diligent*), свеобухватна (*comprehensive*) и смислена (*meaningful*).<sup>11</sup> Најзад, веома је важан и захтев промптности и разумне брзине (*reasonable expedition*) истраге. Наиме, Европски суд прихвата да могу постојати препреке или потешкоће које спречавају напредак истраге у некој конкретној ситуацији; међутим, брз одговор власти које истражују употребу смртоносне силе може се уопштено сматрати битним за очување поверења јавности у одржавање владавине права.<sup>12</sup>

Једном речи, истрага мора бити права – у том смислу да је кључна обавеза државе да поступа, и то да поступа стварно, а не фингирано. Иако је Европски суд у више наврата поновио да је та процесна обавеза државе облигација средства, а не облигација циља<sup>13</sup> – што значи да држава не може унапред гарантовати да ће истрага довести до задовољавајућег резултата и откривања свих околности насилне смрти – држава мора да поступа по сопственој иницијативи, обавезна је да предузме све разложне кораке како би били обезбеђени докази који могу да доведу до идентификације и кажњавања одговорних и мора да се труди да то чини брзо, односно у разумним роковима. Отуда овај аспект права на живот који је означен као процесна обавеза држава, у својој суштини представља и један *sui generis* случај повреде права на суђење у разумном року

<sup>8</sup> Вид. *Case of Slimani v. France*, број представке 57671/00, 27. октобар 2004, § 46 47. Видети опширније Е. Grdinić, „Европски суд за људска права и заштита права на живот“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2/2006, str. 1119. Наведе но према Ј. Омејес, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava – Strasbourški Acquis*, Zagreb, 2013, str. 900.

<sup>9</sup> Тако Ј. Омејес *op. cit.* str. 897.

<sup>10</sup> Вид. *Case of Velikova v. Bulgaria*, број представке 41488/98, 18. мај 2000, § 80.

<sup>11</sup> Вид. *Case of Ipek v. Turkey*, број представке 25760/94, 17. фебруар 2004, § 145.

<sup>12</sup> Вид. *Case of Jularić v. Croatia*, број представке 26611/08, 20. јануар 2011, § 43.

<sup>13</sup> Вид., уместо свих осталих, *Case of Kelly and Others v. The United Kingdom*, број представке 30054/96, 4. мај 2001, §96.

који је везан за специфичне околности у којима је убиство последица употребе недозвољене силе.

## 5. ПРОЦЕСНЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА

Приступајући одлучивању о уставној жалби у овом предмету, Уставни суд је морао најпре да утврди да ли су испуњене све процесне претпоставке за доношење одлуке, односно да испита да ли је уставна жалба допуштена *ratione personae*; друго, да ли је уставна жалба допуштена *ratione temporis*; и најзад, да ли је уставна жалба благовремена.

Испитујући постојање прве претпоставке, односно допуштености уставне жалбе *ratione personae*, Уставни суд је пошао од гаранција које Устав предвиђа у одредби чл. 24, ст. 1 и констатовао да Устав јемчи да је људски живот неприкосновен. Право на живот је апсолутно право и основно је људско право зајемчено Уставом. Имајући у виду, с једне стране, да је одредбом чл. 18, ст. 3 Устава утврђено 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, а с друге стране, ослањајући се на добро установљену праксу Европског суда за људска права, који представке сродника лица која су лишена живота разматра с аспекта права на живот из члана 2 Европске конвенције због тога што није спроведена делотворна и ефикасна истрага у вези са смрћу тих лица,<sup>14</sup> Уставни суд је, следећи наведену праксу у аналогној ситуацији у којој су подносиоци уставне жалбе били очеви лица која су под још увек неразјашњеним околностима лишена живота, а поводом чије смрти се спроводи преткривични поступак, закључио да је уставна жалба допуштена *ratione personae*.

Разматрајући питање допуштености уставне жалбе *ratione temporis*, Уставни суд је још једном поновио да је Устав Републике Србије, који установљава уставну жалбу као правно средство за заштиту људских права и слобода, ступио на снагу 8. новембра 2006. године, из чега произлази да се уставном жалбом могу оспоравати само појединачни акти државних органа и организација које имају јавна овлашћења, а који су донети односно радње које су предузете након ступања на снагу Устава. Упркос томе, процесна обавеза надлежних државних органа из чл. 24, ст. 1 Устава, да се спроведе ефикасна и стварна истрага, представља посебну и независну дужност,

<sup>14</sup> Вид., поред многих других, *Case of Šilih v. Slovenia*, број представке 71463/01, 9. април 2009. и *Case of Mc Kerr v. The United Kingdom*, број представке 28883/95, 4. мај 2001.



која обавезује чак и када је до смрти дошло пре ступања на снагу Устава. То, разуме се, не значи да је, имајући у виду начело правне сигурности, временска надлежност Уставног суда бесконачна. Стога је Уставни суд оценио да, како је до смрти дошло пре ступања на снагу Устава, само оне процесне радње или пропусти који су се десили после 8. новембра 2006. године могу потпадати под временску надлежност Суда. Такође, између смрти и ступања на снагу Устава морала је бити установљена стварна веза да би процесна обавеза имала ефекат, односно да је значајан део процесних корака који се захтевају овом одредбом обављен, или би требало да буде обављен после ступања на снагу Устава. Будући да је у околностима конкретног случаја, у периоду од више од пет година било разних процесних радњи у спорном преткривичном поступку почев од 8. новембра 2006. године, укључујући и чињеницу да је он још увек у току, Уставни суд је закључио да све то указује на озбиљне недостатке у досадашњем току поступка. Из тих разлога, Уставни суд је оценио да је уставна жалба подносилаца спојива *ratione temporis* с Уставом у оној мери у којој се односи на догађаје од ступања на снагу Устава, али је при том, из разлога контекста, имао у виду и релевантне догађаје пре наведеног датума.<sup>15</sup>

Оцењујући, најзад, питање благовремености уставне жалбе, Уставни суд је, најпре, имао у виду да је одредбом чл. 84, ст. 1 Закона о Уставном суду прописано, поред осталог, да се уставна жалба може изјавити у року од 30 дана од дана предузимања радње којом се повређује или ускраћује људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом. Према ставу Уставног суда, за радњу је почетак рока везан за дан предузимања или престанка радње, при чему се рок рачуна од дана сазнања подносиоца уставне жалбе о предузимању или престанку радње, док се за пропуштену радњу рок рачуна у сваком конкретном случају, зависно од понашања органа и понашања подносиоца уставне жалбе. Прописивање законског рока за подношење уставне жалбе има за сврху да промовише сигурност права и требало би да обезбеди могућност за утврђивање чињеница неког предмета пре него што оне изгледе и учине немогућим правично разматрање предметног питања. Како се у конкретном случају преткривични поступак води поводом смрти синова подносилаца уставне жалбе већ читавих седам година, Уставни суд је сматрао прихватљивом чињеницу да су подносиоци тек после неколико година од предузимања првих истражних радњи поднели уставну жалбу. Наиме, иако се од подносилаца може очекивати да воде рачуна о напредовању поступка, односно да поднесу уставну жалбу са дужном експедитивношћу онда када постану свесни – или би требало да постану свесни – да нема делотворне истраге, радња пропуштања

<sup>15</sup> Вид., уместо свих других, *Case of Šilih v. Slovenia*, *op. cit.*, § 159 161.

државних органа да поступају темељно, независно и стварно, а не фингирано, приликом истраге сумњивих смртних случајева очигледно још увек траје и због тога се не би могло рећи да уставна жалба није благовремена.<sup>16</sup> Са друге стране, Суд је нарочито ценио и околност да се овај аспект права на живот не може заштити ни у једном другом поступку осим у поступку пред Уставним судом, због чега се није постављало ни питање исцрпљености правних средстава, као још једне процесне претпоставке која се испитује у претходном поступку пред Уставним судом. Како је, према становишту Уставног суда, оспорена трајна радња пропуштања надлежних државних органа да утврде околности под којима је наступила смрт синова подносиоца уставне жалбе, Уставни суд је стога оценио да је уставна жалба благовремена.

## 6. МЕРИТОРНА ОДЛУКА УСТАВНОГ СУДА: ПОВРЕДА ПРАВА НА ЖИВОТ

Тумачећи у меритуму обавезу заштите живота према члану 24 Устава, складно члану 19 Устава, према коме јемства неотуђивих 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, Уставни суд је у овом случају применио ставове Европског суда за људска права израженим у пресуди Младеновић против Србије. Према тим ставовима, обавеза заштите живота у члану 2 Конвенције захтева постојање делотворне званичне истраге када су појединци убијени услед сумње у употребу силе, било од стране државних службеника или од стране приватних лица, да та истрага мора бити делотворна у смислу да може довести до идентификације и кажњавања одговорних, да то није обавеза циља већ обавеза средстава, што значи да су надлежни државни органи у обавези да предузму све разумне мере које су им на располагању како би обезбедили доказе у вези с тим догађајем, укључујући, пред осталог, и узрок смрти; да сваки недостатак у „истрази“ који подрива њену способност да се кроз њу утврди узрок смрти или одговорна особа, може представљати ризик да наведени стандард неће бити задовољен, да постоји имплицитни захтев за хитношћу и разумном експедитивношћу, да иако могу постојати стварне потешкоће које спречавају напредовање одређене истраге, брзо реаговање власти у ситуацијама које укључују употребу смртоносне силе могу се генерално сматрати суштинским за очување поверења јавности у влада-

---

<sup>16</sup> Вид., уместо многих других, *Case of Varnava v. Turkey*, број представке 16064/90, 18. септембар 2009, § 130.

вину права и спречавање сваке појаве завере или толерисања незаконитих радњи, да из истих разлога мора постојати довољан елемент јавне контроле истраге или њених резултата како би се осигурала одговорност за полагање рачуна и у пракси и у теорији и да степен јавне контроле који се тражи може бити различит од предмета до предмета, као и да блиски рођаци жртве морају учествовати у поступку у свим предметима у мери која је потребна како би се чували њихови легитимни интереси.<sup>17</sup>

Примењујући наведене опште принципе на околности конкрет-ног случаја, Уставни суд је утврдио да је предметни преткривични поступак започет у октобру 2004. године и да до дана подношење уставне жалбе 4. октобра 2011. године, а ни након тога, није окончан. Од самог почетка преткривичног поступка кључна питања на која се тражио одговор била су и остала неразјашњена: да ли су покојни Драган Јаковљевић и Дражен Миловановић изгубили животе у међусобном сукобу, или је у питању било убиство и самоубиство, односно да ли је њихову смрт проузроковао неки трећи непознати учинилац. Иако је преткривични поступак започет одмах након смрти синова подносилаца уставне жалбе, а током трајања преткривичног поступка истражни судија наложио више вештачења која су обављена у Сједињеним Америчким Државама и саслушао укупно 37 сведока те предузео бројне неопходне процесне радње како би био испитан још један сведок, Уставни суд је закључио да у периоду од 29. септембра 2009. године (када је истражни судија по други пут списе предмета, након спроведених истражних радњи, доставио Окружном јавном тужилаштву у Београду) до 30. маја 2011. године (када је сада Више јавно тужилаштво у Београду, а на иницијативу пуномоћника оштећених, овде подносилаца уставне жалбе, ставило нови предлог за предузимање истражних радњи), нису предузимане било какве радње у овом поступку. Уставни суд је прихватио да је надлежном јавном тужилаштву требало неко време за упознавање са доказима који су до тада пред истражним судијом прибављени, али је ипак закључио да се раздобље потпуне неактивности у погледу напредовања преткривичног поступка у овом предмету од једне године и шест месеци чини неразумним. Оволико кашњење, заједно са укупном дужином преткривичног поступка који траје преко седам година, односно преко пет година од дана ступања на снагу Устава, довело је у питање делотворност спроведених предистражних радњи, те је нужно морало имати негативан утицај и на изгледе за утврђивање истине.

Имајући у виду све ове околности, као и обавезу државе да се са процесноправног аспекта права на живот, у околностима какве

<sup>17</sup> Вид. Младеновић против Србије, број представке 1099/08, 22. мај 2012, § 51 55.

постоје у овом предмету, у начелу захтева предузимање истражних радњи које су такве да могу довести до утврђења идентитета одговорних, а да ни након скоро осам година од смрти синова подносилаца уставне жалбе преткривични поступак није окончан, нити се поуздано зна под којим околностима су они настрадали и ко би могао бити одговоран, Уставни суд је оценио да основна сврха овакве „истраге“, која је требало да осигура делотворно спровођење закона који штите право на живот, није обезбеђена, иако је обавеза надлежних органа да спроведу хитну и делотворну „истрагу“ у смислу заштите права на живот од виталног значаја за одржавање поверења јавности у владавину права и правну сигурност. Стога, иако су подносиоци у уставној жалби истакли и повреду права на суђење у разумном року, као елемента права на правично суђење из чл. 32, ст. 1 Устава, Уставни суд је захтев хитности из чл. 32, ст. 1 Устава квалификовао као саставни део чл. 24, ст. 1 Устава у процесном смислу те није сматрао неопходним да се основаност уставне жабе подносилаца према праву из чл. 32, ст. 1 разматрају посебно.<sup>18</sup>

Одлучујући о правичној сатисфакцији коју треба пружити подносиоцима уставне жалбе, Уставни суд је у тачки 2 изреке одлучио да се правично задовољење подносилаца уставне жалбе због констатоване повреде права оствари утврђивањем права на накнаду нематеријалне штете сваком у износу од по 5000 евра, у динарској противредности обрачунатој по средњем курсу Народне банке Србије на дан исплате. Приликом одлучивања о висини нематеријалне штете коју су претрпели подносиоци уставне жалбе због утврђене повреде права, Уставни суд је ценио све околности од значаја, а посебно чињеницу да се након више од седам година од смрти синова подносилаца уставне жалбе и даље води преткривични поступак против Н. Н. лица, односно да до дана када је одлучивао Уставни суд није утврђено под којим околностима је дошло до њихове смрти, упркос томе што су предузимане неке процесне радње. Уставни суд је оценио да наведени новчани износ представља правичну и адекватну накнаду за повреде права које су подносиоци уставне жалбе претрпели. Одлучујући о висини накнаде нематеријалне штете, Уставни суд је имао у виду и праксу Европског суда за људска права у случају Младеновић против Србије, економске и социјалне прилике у Републици Србији, као и саму суштину накнаде нематеријалне штете којом се оштећеном пружа одговарајуће задовољење.

На крају, Уставни суд је, сагласно одредби чл. 89, ст. 2 Закона о Уставном суду, у тачки 3 изреке наложио Вишем јавном тужилаштву у Београду и Вишем суду у Београду да предузму све мере како би се преткривични поступак из става 1 ове одлуке окончао у најкраћем року.

<sup>18</sup> Исто и Младеновић против Србије, *op. cit.*, § 57-59.

Миодраг Јовановић\*

## О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ НАЦИОНАЛНИХ САВЕТА НАЦИОНАЛНИХ МАЊИНА\*\*

Да би се ушло у расправу о уставности појединих решења из Закона о националним саветима националних мањина (Службени гласник РС, бр. 72/09), чини се упутним да се у претходном кораку размотри њихова правна природа. Најпре је могуће приметити да је ово тело основано на основу уставне одредбе члана 75 тачније, након навођења у ставу 1 да се припадницима националних мањина јемче и „додатна, индивидуална или колективна права“, те да се она прва остварују појединачно, а ова потоња „у заједници са другима“, у ставу 2 се каже да се поједина колективна права мањина могу вршити како непосредно, тако и преко „представника“.<sup>1</sup> Најзад, у ставу 3 се прецизира да зарад „остварења права на самоуправу у култури, образовању, обавештавању и службеној употреби језика и писма, припадници националних мањина могу изабрати своје националне савете, у складу са законом.“ Иако чл. 80, ст. 2 Устава каже да „Република Србија признаје просветним и културним удружењима националних мањина посебну улогу у остваривању права припад-

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [miodrag@ius.bg.ac.rs](mailto:miodrag@ius.bg.ac.rs).

\*\* Излагање пред Уставним судом Републике Србије поводом расправе о уставности појединих одредби Закона о националним саветима националних мањина.

<sup>1</sup> На другом месту сам већ скренуо пажњу на концепцијску недоследност уставотворца. Док став 1 сугерише да су колективна права она која се могу вршити само „у заједници са другима“, већ у ставу 2 постаје јасно да се поједина колективна права могу вршити како непосредно од стране индивидуалних припадника националних мањина, тако и посредно, путем њихових „представника“. Вид. Миодраг А. Јовановић, „Колективна права и позитивна дискриминација концептуал на разјашења“, у Миодраг А. Јовановић (прир.), *Колективна права и позитивна дискриминација у уставноправном систему Републике Србије* (Београд, Службени гласник, 2009), стр. 11-24.

ника националних мањина“, ипак се може извести закључак да онда када се национална мањина одлучи за оснивање националног савета, то тело постаје кључни „представник“ мањине у остваривању поменутог права на самоуправу. Дакле, у свим ситуацијама када се колективно право мањине не може другачије вршити осим преко неког заступника, национални савети ће преузети ту улогу. На пример, *Закон о заштити права и слобода националних мањина* из 2002 (*Службени лист СРЈ*, бр. 11/02) је у чл. 12, ст. 5 садржао одредбу, у којој се каже: „Музеји, архиви и институције за заштиту споменика културе чији је оснивач држава, обезбедиће представљање и заштиту културно-историјског наслеђа националних мањина са своје територије.“ Надаље се прецизира да ће „представници националних савета учествовати у одлучивању о начину представљања културно-историјског наслеђа своје заједнице“.

Управо из природе самог права због којег се могу основати национални савети проистиче следећа особеност правне природе овога тела. Реч је о „праву на самоуправу“ националних мањина у питањима културе, образовања, обавештавања и службене употребе језика и писма. Како Седми део Устава, посвећен територијалном уређењу, изричито наводи аутономне покрајине као „аутономне територијалне заједнице“ (чл. 182, ст. 1), а општине, градове и град Београд као територијалне јединице локалне самоуправе (чл. 188, ст. 1), јасно је да национални савети јесу тела путем којих националне мањине остварују изванредан облик *нетериторијалне самоуправе*. У *Препорукама из Лунда о делотворном учешћу националних мањина у јавном животу*<sup>2</sup> каже се, између осталог, да делотворно учешће „може захтевати нетериторијална или територијална решења самоуправе, или комбинацију та два типа.“ (пар. 14) Надаље се каже да су „нетериторијални облици управе корисни за очување и развој идентитета и културе националних мањина“ (пар. 17), те да „области на које би се најбоље могло утицати успостављањем оваквих решења обухватају образовање, културу, употребу мањинског језика, веру и остала питања кључна за идентитет или начин живота националних мањина“ (пар. 18). Чини се, отуда, да се, упркос одсуству такве *expressis verbis* уставноправне квалификације, национални савети могу окарактерисати као тела путем којих националне мањине у уставноправном систему Републике Србије остварују право на нетериторијалну самоуправу у напред наведеним областима. Најзад, с обзиром да се чл. 12, ст. 1 Устава предвиђа да је „државна власт ограничена правом грађана на покрајинску аутономију и локалну самоуправу“, може се *mutatis mutandis* закључити да и право националних мањина на нетериторијалну самоуправу у питањима култу-

<sup>2</sup> Текст на српском језику је доступан на <http://www.osce.org/sr/hcnm/32253>.

ре, образовања, обавештавања и службене употребе језика и писма представља истоврсно ограничење државне власти.

То нас доводи до последњег питања о правној природи националних савета. Наиме, да ли се за ово тело може рећи да представља једну врсту специфичног државног „органа“ или је реч о посебној „организацији“ или, пак, о „установи“? Судија известилац на једном месту каже да је „за Уставни суд неспорно“ да национални савет представља „специфичну ‘организацију’“,<sup>3</sup> али се чини да је ту квалификацију неопходно подробније испитати. Најпре, будући да уставотворац у чл. 80, ст. 2 говори о „просветним и културним удружењима“ националних мањина, може се *a contrario* закључити да се на националне савете свакако не примењује правни режим који важи за удружења грађана, иако је за обе форме организовања заједничка *добровољност* (вид. чл. 2, ст. 1 Закона о удружењима, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 99/11 и др. закони). Како законодавац не предвиђа посебни статусни облик „удружења од посебног јавног интереса“, који није реткост у упоредном праву, већ само регулише буџетско финансирање „програма од јавног интереса“ (чл. 38), то се може закључити да национални савети не представљају ни неку врсту „организације од посебног интереса“. Чини се, надаље, извесним да национални савети не могу бити третирани као „посебне организације“, у смислу Закона о државној управи (*Службени гласник РС*, бр. 79/05, 101/07 и 95/10), јер се ове „образују за стручне и с њима повезане извршне послове“ (чл. 33), а типичне врсте таквих организација јесу „секретаријати“ и „заводи“, иако се „законом могу образовати и посебне организације с друкчијим називом“ (чл. 34, ст. 1). Још би правно неутемељеније било доводити у везу статус националних савета с правним статусом „јавне агенције“, као „организације која се оснива за развојне, стручне или регулаторне послове од општег интереса“ (чл. 1, ст. 1 Закона о јавним агенцијама, *Службени гласник РС*, бр. 18/05 и 81/05).

Будући да се национални савети оснивају преваходно ради остваривања права националне мањине на очување и неговање засебног културног идентитета, ваљало би испитати да ли се правни статус овог тела можда може уподобити правном статусу у којем се налазе „установе културе“. Према чл. 22 Закона о култури (*Службени гласник РС*, бр. 72/09), установа културе „јесте правно лице основано ради обављања културне делатности којом се обезбеђује остваривање права грађана, односно задовољавање потреба грађана као и остваривање другог законом утврђеног интереса у области културе.“ Иако се и национални савети такође оснивају у сврху

<sup>3</sup> Извештај судије известиоца Сабахудина Тахировића, стр. 21.

„остварења права“ припадника националних мањина у, најшире гледано, питањима (властите) културе, основна разлика проистиче из начина оснивања ових организационих облика.

Закон о локалној самоуправи, чл. 85	Закон о националним саветима националних мањина, чл. 40
<p>Скупштина јединице локалне самоуправе може се распусти-ти ако:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) скупштина не заседа дуже од три месеца;</li> <li>2) ако не изабере председника општине и општинско веће у року од месец дана од дана конституисања скупштине јединице локалне самоуправе или од дана њиховог разрешења, односно подношења оставке;</li> <li>3) не донесе статут или буџет у року утврђеном законом.</li> </ol>	<p>Министарство распушта национални савет ако:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) национални савет не заседа дуже од шест месеци;</li> <li>2) ако не изабере председника националног савета у року од 60 дана од конституисања националног савета или од престанка функције председника;</li> <li>3) не донесе статут у року утврђеном овим законом.</li> </ol>

Једна од важних обележја националних савета лежи управо у околности да њих припадници националних мањина „могу изабрати“ (чл. 75, ст. 3 Устава). Изборност и претпостављена репрезентативност, односно *демократски карактер* националних савета упућује на закључак да је овде пре реч о *специфичном облику државног органа*. Како се чланом 137 Устава предвиђа да се „поједина јавна овлашћења могу законом поверити и предузећима, установама, организацијама и појединцима“ (став 2), као и „посебним органима преко којих се остварује регулаторна функција у појединим областима или делатностима“ (став 3), а утврђено је да национални савети не представљају ниједну поменућу организациону форму, остаје да се закључи да њих по аналогији треба третирати као органе територијалне самоуправе (аутономне покрајине и општине), којима се „законом може поверити обављање одређених послова из надлежности Републике Србије“ (став 1). На овакав закључак, уосталом, упућује и сличност правних режима „распуштања“ националног савета националне мањине, односно скупштине општине. У оба случаја, реч је о ситуацијама у којима, по мишљењу законодавца, ови органи нетериторијалне, односно територијалне самоуправе не поступају у складу са својом уста-



вом повереном демократском улогом остваривања одређених права припадника националних мањина, односно грађана општине.<sup>4</sup>

На основу свега реченог, национални савети националних мањина би се могли дефинисати као *специфични органи нетериторијалне самоуправе, преко којих припадници националних мањина у уставноправном систему Републике Србије остварују права у области културе, образовања, обавештавања и службене употребе језика и писма.*

---

<sup>4</sup> Могло би се на први поглед учинити да је тврдња да национални савети представљају изванредан нетипичан облик државног органа у колизији са напред изнетом тврдњом да право националних мањина на нетериторијалну самоуправу представља ограничење државне власти, у складу са чл. 12. Устава. Међутим мањинско право на територијалну самоуправу не треба поистовећивати са националним саветима, једнако као што се и право грађана на локалну самоуправу не поистовећује са скупштином општине. У оба случаја се право на нетериторијалну, односно територијалну самоуправу врши преко одређеног органа, али је поступање тог органа ограничено управо сврхом и циљем зарад којег је установљено а то је „остваривање права“ мањина, односно грађана. Када је *ratio legis* изневерен, ови органи бивају распуштени. Околност да су ови органи распуштени не значи и да је престало да постоји уставно право мањина на нетериторијалну самоуправу, односно право грађана на локалну самоуправу. Стога, ова права представљају трајно ограничење свеколике државне власти.

Др Владан Петров\*

## СТАТУТ АП ВОЈВОДИНЕ ОД 2009. ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ ПОСЛЕДЊИ ЧИН?<sup>1</sup>

### 1. УВОД

Према Уставу Србије од 2006, статут је највиши правни акт аутономне покрајине (чл. 185, ст. 1). Овај акт доноси скупштина аутономне покрајине, уз претходну сагласност Народне скупштине (чл. 185, ст. 2). Скупштина аутономне покрајине Војводине (у даљем тексту: АПВ) утврдила је Предлог статута АПВ 14. октобра 2008. године. После више од годину дана застоја, 7. новембра 2009. Скупштина АПВ је утврдила правно-техничке исправке овог предлога статута, да би Народна скупштина донела Одлуку о давању претходне сагласности на Предлог статута 30. новембра 2009. Статут АПВ проглашен је на основу Одлуке Скупштине АПВ на седници од 14. децембра 2009.<sup>2</sup> Неколико дана касније, покренут је поступак за оцену уставности и законитости великог броја одредаба Статута АПВ.<sup>3</sup> Три и по године је прошло до одржавања јавне расправе, која је обавезна фаза у поступку нормативне контроле права у Републици Србији.<sup>4</sup> У

---

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [vpetrov@ius.bg.ac.rs](mailto:vpetrov@ius.bg.ac.rs).

<sup>1</sup> Овај рад је настао на основу мишљења које је аутор поднео Уставном суду за јавну расправу о уставности и законитости Статута АПВ од 2009, која је одржана 21. маја 2013.

<sup>2</sup> Одлука о проглашењу Статута АП Војводине и Статут АП Војводине, *Службени лист АПВ*, бр. 17/09.

<sup>3</sup> Поступак за оцену уставности и законитости Статута АПВ покренут је подношењем предлога за оцену уставности Статута АПВ и предлога за оцену за конитости Статута АПВ, а подносиоци оба предлога били су посланичка група „Демократска странка Србије Војислав Коштуница“ и девет народних посланика Нове Србије. Током прве половине 2010. године поднете су и две иницијативе за оцену уставности и законитости Статута АПВ.

<sup>4</sup> Чл. 37 Закона о Уставном суду, *Службени гласник РС*, бр. 109/07.

међувремену, јула 2012. Уставни суд је донео Одлуку о неуставности 22 одредбе Закона о утврђивању надлежности АП Војводине.<sup>5</sup> Очекивало се да ће таква одлука убрзати поступање Уставног суда и у предмету оцене уставности и законитости Статута АПВ.

Већину правних аргумената који су Статут АПВ од 2009. обезвредили у очима научне и стручне јавности, изнели су бројни посленици уставноправне науке још децембра 2008. на Правном факултету Универзитета у Београду, када је оспорени акт још увек био у форми предлога.<sup>6</sup> Коначан текст Статута претрпео је измене, које се формално третирају као правно-техничке исправке. Тим „правно-техничким исправкама“ требало је ублажити или прикрити очигледне неуставности овог предлога, које су опстале и у коначном тексту Статута.

Од тада, искристалисала су се два поларизована становишта о уставности Статута АПВ. Према једном, Статут је савршено уставан и свако његово оспоравање политички је атак на Уставом гарантовану аутономију Војводине. Према другом, Статут је сепаратистички акт који установљава „државу у држави“.

## 2. ДВА НАЧЕЛНА ПИТАЊА У ПРЕДМЕТУ ИУо-360/2009

### 2.1. Правна природа Статута АПВ

Судија известилац је прво начелно и, како истиче, „најважније“ питање формулисао као „одређивање карактера, правне природе и предмета уређења Статута, као општег правног акта, који је одредбом члана 185. став 1. Устава одређен као највиши правни акт аутономне покрајине“.<sup>7</sup>

Израз карактер правног акта није сасвим јасан, али судија известилац под тим подразумева највероватније две ствари: 1) да ли је статут конститутивни акт или није; 2) која је „његова улога у остваривању Уставом зајемчене покрајинске аутономије из члана 176. става 1. Устава са једне стране, и особености, односно специфичности статута као општег правног акта и његовог положаја, који је опредељен Уставом у хијерархији домаћих правних аката“.

<sup>5</sup> Вид. правну анализу ове одлуке D. Simović, „Teritorijalna autonomija u svetlosti Odluke Ustavnog suda Srbije“, *Sveske za javno pravo* 11/2013, 75 87.

<sup>6</sup> Научни скуп одржан 1. децембра 2008. у организацији Правног факултета Универзитета у Београду.

<sup>7</sup> Реферат судије известиоца мр Томислава Стојковић у предмету ИУо 360/2009.

Правну природу правног акта одређују два битна елемента: формални, поступак доношења и његова правна снага, и материјални, (не)постојање конститутивне или новостворене норме (*ius novum*).

Према Уставу, „Статут је највиши правни акт аутономне покрајине који доноси њена скупштина, уз претходну сагласност Народне скупштине“ (чл. 185, ст. 2). Народна скупштина даје сагласност одлуком о давању сагласности већином гласова свих народних посланика (чл. 105, ст. 2, тач. 5). После давања претходне сагласности Народне скупштине на Предлог статута, Скупштина АПВ доноси и проглашава Статут АПВ.

Овакав поступак не значи да је „Статут АП Војводине специфичан правни акт који заједнички доносе уставотворни и законодавни орган Србије и највиши орган АП Војводине“.<sup>8</sup> Напротив, улога Народне скупштине, која се састоји у давању претходне сагласности на предлог Статута, последица је једног од основних начела територијалне аутономије као облика политичко-територијалне организације власти: правног надзора централне (републичке) власти над децентрализованом влашћу (влашћу аутономне покрајине).<sup>9</sup> Републичка власт је, према Уставу, „ограничена правом грађана на покрајинску аутономију...и право грађана на покрајинску аутономију... подлеже само надзору уставности и законитости“ (чл. 12). Тај „надзор уставности и законитости“, који је дефинисан у начелима Устава, добија израз у давању претходне сагласности Народне скупштине на Предлог статута аутономне покрајине. „...Народна скупштина би претходну сагласност на предлог Статута могла да ускрати само из разлога очигледне...неуставности и незаконитости, док би у случају сумње у неуставност и незаконитост била дужна дати сагласност, а да по ступању Статута на снагу покрене пред Уставним судом поступак за оцену уставности и законитости“.<sup>10</sup>

У сваком случају, тврдити да је посебан поступак доношења Статута довољан разлог да се овај правни акт не сматра подзаконским актом, „или је у најмању руку изразито атипичан подзаконски акт у нашем правном систему који има специфичан однос са законима Републике у зависности од области коју регулише“,<sup>11</sup> значи једно од

<sup>8</sup> Т. Корхеџ, „Предлог новог статута АП Војводине испуњавање уставног оквира или покушај противуставног и противзаконитог стварања државе у држави“, *Предлог статута АП Војводине научна расправа*, Београд 2009, 15.

<sup>9</sup> Владан Кутлешкић истиче да је „институт сагласности на статут аутономне покрајине...типичан компаративни инструмент контроле и надзора над аутономним покрајинама, што значи баш супротно од било какве равноправности и партнерства“. В. Кутлешкић, „Предлог статута АП Војводине и Устав Србије“, *Предлог статута АП Војводине научна расправа*, Београд 2009, 91.

<sup>10</sup> Р. Марковић, *Уставно право приручник за полагање правосудног испита*, Београд 2012, 211.

<sup>11</sup> Т. Корхеџ, 11.

двога: не разумети природу територијалне аутономије (што је мање вероватно) или намерно инсистирати на правно-политикантском фразерају како би се замаглила једноставна истина, а истина гласи: „у формалном смислу покрајински статут је подзаконски општи акт везан Уставом и законом истовремено“<sup>12</sup> (не само Законом о утврђивању надлежности АПВ, већ и другим законима који се у било ком делу односе на покрајинску аутономију). Ову истину и не треба посебно теоријски аргументовати. Записана је у Уставу: „статути, одлуке и сви други општи акти аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе морају бити сагласни са законом (чл. 195, ст. 2), а Уставни суд одлучује о „сагласности статута и општих аката аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе“ (чл. 167, ст. 1, тач. 4). Дакле, у формалном смислу Статут аутономне покрајине је неспорно подзаконски акт. Аргументација за друкчије становиште о правној снази овог акта чак и да „васкрсну“ Милован Миловановић и Слободан Јовановић не би се могла дати. Отуда је дефинисање правне природе Статута АПВ само условно речено најважније начелно питање у овом поступку. То и није питање, јер је недвосмислено решено Уставом.

Према материјалном критеријуму, Статут аутономне покрајине није конститутивни акт у правом смислу речи. То значи да се њиме не може дограђивати, проширивати, преправљати, мењати, односно, редефинисати уставна концепција аутономне покрајине. „Покрајински статут треба да операционализује уставни концепт покрајинске аутономије, а не да га коригује нити да га дограђује“.<sup>13</sup> Статут аутономне покрајине није конститутивни акт, јер је у свим битним елементима покрајинска аутономија одређена Уставом.

Прво, дефиницију аутономне покрајине даје Устав: „Аутономне покрајине су аутономне територијалне заједнице основане Уставом, у којима грађани остварују право на покрајинску аутономију“ (чл. 182). Чл. 1 Статута даје сасвим друкчију дефиницију АПВ: „Војводина је регија у којој се традиционално негују вишекултуралност, вишеконфесионалност и други европски принципи и вредности“. Кад Устав дефинише, ниједан други правни акт не може да редефинише. Статутарна дефиниција би се могла сматрати деградацијом аутономне покрајине, јер Статут изнова регулише питање које је уставотворац задржао за себе. Дефиниција АПВ, према којој је то регија у којој се традиционално негују вишекултуралност, вишеконфесионалност и други европски принципи и вредности, пример је норме која нема ни правно ни стварно значење. При том, испада да се у Војводини тра-

<sup>12</sup> Р. Марковић, „Осврт на концепцију и садржину Предлога статута аутономне покрајине Војводине“, *Предлог статута АП Војводине научна расправа*, Београд 2009, 69.

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

диционално негују вишекултуралност, вишеконфесионалност итд., а да то није случај у другим „регијама“ Србије (шта год израз „регија“ значио).

Друго, територија АПВ није одређена Уставом, али Устав каже којим правним актом се одређује територија аутономних покрајина. То је закон, а не Статут. Та се територија не може мењати без сагласности грађана у аутономној покрајини израженој на референдуму, у складу са законом (чл. 182, ст. 4 Устава). Стога је статутарно редефинисање територије АПВ (чл. 3, ст. 1),<sup>14</sup> као и регулисање питања у вези с променом територије АПВ,<sup>15</sup> неуставно.

Треће, носиоца права на покрајинску аутономију одређује Устав. У чл. 12, ст. 1 стоји да је државна власт ограничена правом грађана на покрајинску аутономију, а према чл. 176, ст. 1 грађани имају право на покрајинску аутономију. Право на покрајинску аутономију имају сви грађани Републике Србије, а не грађани одређених аутономних покрајина. Дакле, статутарно увођење категорије „грађана Војводине“ је неуставно (чл. 4, ст. 1).

Четврто, изворне надлежности АПВ одређене су Уставом, а поверене надлежности се поверавају законом. „...Области у надлежности АП утврђене су Уставом; постојеће се не могу модификовати (нити додавати нове) ни законом, а камоли Статутом; законом се одређује која су питања од покрајинског значаја (чл. 177, ст. 2), али су то питања из области које су већ Уставом наведене као надлежности аутономне покрајине. Дакле, док закон не може да дописује нове области у надлежности аутономне покрајине, али може да одређује питања од покрајинског значаја у оквиру Уставом утврђених области, статут аутономне покрајине не може ни једно ни друго. Управо, овај Предлог статута (данас важећи статут, *В. П.*) чини и једно и друго, и то се без сумње може сматрати једном од најкрупнијих повреда Устава Републике Србије“.<sup>16</sup> Другим речима, ако су области у изворној надлежности аутономне покрајине уставна, а питања у оквиру тих области од покрајинског значаја законска материја, Статут АПВ у овом делу не може имати конститутивни карактер. Међутим, чл. 29

<sup>14</sup> Чл. 3, ст. 1 Статута прописано је да територију АП Војводине чине територије јединица локалних самоуправа у њеним географским областима (Бачка, Банат, Срем), утврђене законом.

<sup>15</sup> Чл. 3, ст. 2 4 Статута предвиђено је да се територија АП Војводине не може мењати без сагласности њених грађана, изражене на референдуму (ст. 2), да је референдум пуноважан ако је на њему гласала већина грађана који имају изборно право и пребивалиште на територији АП Војводине (ст. 3) и да је одлука на референдуму донета ако је за њу гласала већина утврђена законом (ст. 4).

<sup>16</sup> В. Петров, „Овакав Предлог статута не сме да прође прилог научној расправи о Предлогу статута АП Војводине од 14. Октобра 2008“, *Предлог статута АП Војводине научна расправа*, Београд 2009, 100.

Статута „дописује“ и уводи нове области у изворној надлежности аутономне покрајине, које нису одређене чл. 183, ст. 2 Устава.<sup>17</sup> Ово је једна од најозбиљних повреда Устава, која недвосмислено показује тежњу доносиоца Статута да овај акт учини конститутивним.

Пето, финансијска аутономија, која је битан елемент територијалне аутономије, уређена је Уставом и законом (чл. 184 Устава). „Аутономне покрајине управљају покрајинском имовином на начин предвиђен законом“ (чл. 183, ст. 5). Статут се ни овде не спомиње. Шесто, заштита покрајинске аутономије пред Уставним судом уређена је искључиво Уставом (чл. 187).

Седмо, Статут није конститутивни акт ни кад је реч о организационим овлашћењима аутономне покрајине. У теорији уставног права одавно је установљено да јединице територијалне аутономије немају право на самоорганизовање, за разлику од федералних јединица, које то право имају.<sup>18</sup> Ова тврдња добија потврду у Уставу Србије. Истина, Устав у чл. 179, под насловом „Право на самостално уређивање органа“, номинално признаје ово право, јер каже да „аутономне покрајине у складу са Уставом и статутом аутономне покрајине... самостално прописују уређење и надлежност својих органа и јавних служби“, али у следећем члану ово право је у потпуности ограничено, јер Устав одређује да је Скупштину највиши орган аутономне покрајине (чл. 180, ст. 1) На тај начин, Устав је поставио основе тзв. скупштинског система. Ако је скупштина највиши орган, остали органи су од ње нижи, тј. њој подређени. Отуда су узалудни покушаји, и то често прилично невешти, да се у Статуту ова „грешка“ уставотворца исправи у корист парламентарног система (вид. ниже).

Конститутивност је одлика правног акта који садржи изворне норме, тј. норме којима се изворно уређују одређени друштвени односи; акта који је закон у материјалном смислу.<sup>19</sup> Статут је, у формалном смислу, подзаконски акт. У материјалном смислу, то је акт операционализације Устава. Тиме се не оспорава велики политички значај Статута, нити његова садржинска особеност у односу на друге подзаконске акте, али то нису параметри који одређују његову правну природу.

<sup>17</sup> Нпр. ближе уређивање појединих питања у науци, иновацијама и технолошком развоју, иако наука и технолошки развој не спадају у изворне надлежности аутономне покрајине према Уставу; старање о остваривању политике у области рада и запошљавања на територији АПВ; предлагање мреже судова на територији АПВ итд.

<sup>18</sup> Р. Марковић, *Уставно право*, Београд 2013, 438 439.

<sup>19</sup> Р. Марковић (2013), 170 171.

## 2.2. Организација покрајинске власти

Облик, односно организација покрајинске власти и није у строгом смислу друго начелно питање, како то дефинише судија известилац. Одговор на прво начелно питање, о правној природи Статута, нужно повлачи и одговор на друго. Дакле, ако је Устав одредио основно начело организације покрајинске власти, а јесте – одредбом о Скупштини као највишем органу аутономне покрајине, Статутом се, као подзаконским правним актом, не може мењати концепција организације власти постављена Уставом. Чл. 33 Статута гласи: „Скупштина АП Војводине је највиши орган и носилац нормативне власти у АП Војводини“. У овом члану, допуна да је Скупштина „носилац нормативне власти“ треба да постигне двоструку сврху: 1) да колико-толико исправи „грешку“ уставотворца и успостави односе између покрајинских органа који почивају на подели, а не на јединству власти; 2) да се употребом неодређеног израза „нормативна власт“ прикрије узурпација законодавне власти, која се, захваљујући овом статуту, остварује путем покрајинских скупштинских одлука (вид. ниже).

Тежња да се уместо јединства успостави мека подела власти изражена је и у чл. 43 Статута, који уређује механизам распуштања Скупштине. Овај механизам је један од два основна стуба парламентарног система. Други је политичка одговорност владе пред парламентом. Кад нема распуштања парламента, нема ни парламентарног система.<sup>20</sup> Писац Статута није предвидео да Влада АПВ распушта Скупштину. Предвиђено је да председник Скупштине, на образложени предлог Владе АПВ, распушта Скупштину. Овакво решење је, условно речено, самораспуштање Скупштине до којег не долази одлуком већине посланика, него одлуком председника Скупштине. Овај механизам је непознат систему власти који почива на супрематiji скупштине. Дакле, и ово решење се основано може сматрати неуставним.

Чл. 47, ст. 1 Статута предвиђа да је Влада АПВ „орган АП Војводине и у оквиру надлежности АП Војводине носилац извршне власти на њеној територији“. Подносилац предлога за оцену уставности је у праву када каже да „у Републици Србији може постојати само једна Влада“, док „аутономна покрајина не може да има орган који се означава називом ‘Влада’“. Устав (чл. 126) одредио је: „Члан Владе не може бити народни посланик у Народној скупштини, посланик у скупштини аутономне покрајине и одборник у скупштини јединице локалне самоуправе, нити члан извршног већа аутономне покрајине или извршног органа јединице локалне самоуправе“. Тер-

---

<sup>20</sup> Вид. В. Петров, *Парламентарно право*, Београд 2010, 169-171.



мин „извршно веће“ је општи термин, али његова употреба указује на то да се орган који обавља извршне послове у покрајини не може звати „Владом“. У том смислу, чл. 47, ст. 1 није у складу не само са чл. 12, ст. 1, који покрајинску аутономију дефинише као недржавну категорију, већ и са поменутиим чл. 126 Устава. Ни Влада АПВ се не може одредити као „носилац извршне власти“, јер је носилац извршне власти на целој територији Републике Србије Влада Републике Србије.

Тежњу да се Статутом успостави систем власти у АПВ налик оном у Републици, потврђују и друге оспорене одредбе, нарочито оне које се односе на избор Владе, почетак и престанак мандата Владе и њених чланова, интерпелацију итд. У упоредном праву, правило је да се систем власти на централном (државном) нивоу пресликава и у аутономним јединицама, али не у Србији због чл. 180 ст. 1 Устава, који искључује могућност да се у аутономној покрајини успостави исти систем власти као и на републичком нивоу.

Према томе, једном једином одредбом, Устав је определио судбину система власти у аутономној покрајини. Право на самостално уређивање органа из чл. 179 свео је на право аутономне покрајине да Статутом пропише уређење и надлежност својих органа и јавних служби на начелу јединства власти изведеног у корист Скупштине. Уосталом, да Устав Скупштину није хтео да одреди као највиши орган, којем су сви други покрајински органи подређени, не би од покрајинских органа навео једино њу.

Одговор на два начелна питања сједињена у једно требало би да гласи: Статут АПВ од 2009. је неуставан, јер рedefинише или тежи да рedefинише Уставом дефинисану аутономију Војводине. Прихватањем таквог одговора, тј. оценом да су неуставне одредбе Статута из којих је судија известилац извукао два начелна питања, долази се пред дилему да ли је уопште потребно оцењивати уставност осталих оспорених одредаба. У систему централизоване контроле уставности, какав постоји у Републици Србији, касирање из разлога материјалне неуставности појединих одредаба оспореног акта, повлачи за собом и питање да ли оспорени акт може остати да важи ако су неуставне његове основне, суштинске одредбе. То је само делом фактичко питање. Оспорени акт може опстати само ако касирањем појединих неуставних одредаба нису настале такве правне празнине које онемогућавају примену овог акта.<sup>21</sup> Пошто је белодано да су кључне одредбе овог статута неуставне, требало би очекивати да Уставни суд стави ван снаге Статут АПВ у целини. Наравно, Уставни суд треба да иде у оцену уставности по принципу „одредба по одредба“, али када сврши тај посао, треба да укине цео Статут.

<sup>21</sup> Р. Марковић (2013), 571.

Таква одлука произвела би мање негативне правно-политичке последице од оних које би настале уколико би Уставни суд покушао да нађе компромисно решење; да касира поједине кључне одредбе, а да преостале остави на снази; или да касира све кључне одредбе, а да оне које то нису остави на снази. Стављањем Статута ван снаге у целини била би послата јасна правна порука политичким чиниоцима да у Републици Србији као уставној држави статут аутономне покрајине не може тежити да постане устав. Тиме Уставни суд не би довео у питање аутономију Војводине, већ штитио ону коју Устав дефинише. У квалитетном образложењу одлуке, Уставни суд би могао да, финим формулацијама, сугерише две ствари: прво, творцу новог статута како да не направи грешку претходника; друго, да правним аргументима подстакне политичко-стручну расправу о могућем уставном редефинисању територијалне аутономије.

### 3. ДОДАТАК: ДВА КОНКРЕТНА УСТАВНОПРАВНА ПИТАЊА У ПРЕДМЕТУ ИУо-360/2009

#### 3.1. Покрајинске скупштинске одлуке

Устав Србије од 2006. не познаје покрајинске скупштинске одлуке. Устав каже: „О питањима из своје надлежности аутономна покрајина доноси одлуке и друга општа акта“ (члан 185 став 3). Рекло би се да је у питању искључиво термилошка недоследност. Термин „одлука“ из Устава замењен је термином „покрајинска скупштинска одлука“. То није редак случај у пракси писања правних аката у Републици Србији, чак и оних највиших и најзначајнијих, попут Устава. Овде, међутим, није реч о термилошкој неуједначености, него о очигледној намери да се покрајинској скупштинској одлуци да статус који она не може имати у хијерархији правних аката у Републици Србији.

Подносилац предлога за оцену уставности и законитости исправно је указао на један аспект ове намере доносиоца Статута. Покрајинским скупштинским одлукама у многим случајевима треба „заобићи“ закон Републике Србије и уредити материју која је, према Уставу, законска. Та намера била је јасно изражена у изворном тексту Предлога статута, јер је у том тексту стајало да покрајинске скупштинске одлуке „имају значај закона на територији АП Војводине у питањима која су непосредно, на основу Устава, надлежности АП Војводине или која су законом одређена као питања од покрајинског значаја“. Правно-техничком исправком из ове статутарне дефиниције покрајинске скупштинске одлуке уклоњен је део у којем стоји да ови акти „имају значај закона“. Брисањем овог дела одредбе није се мог-

ла суштински изменити природа покрајинске скупштинске одлуке, којој је писац Статута наменио улогу „квазизакона“ на територији АП Војводине. То се види из бројних одредаба Статута. Нпр. „Скупштина АП Војводине уређује изглед и употребу симбола покрајинском скупштинском одлуком, у складу са Уставом и Статутом“ (чл. 9, ст. 3), „Скупштина АП Војводине покрајинском скупштинском одлуком одређује органе надлежне за управљање и располагање имовином АП Војводине на начин утврђен законом“ (чл. 11, ст. 3), или упадљива неуставност из чл. 17, ст. 1–2, која се односи на оснивање Војвођанске академије наука и уметности покрајинском скупштинском одлуком. Има још одредаба из којих се види да доносилац Статута није одустао од намере да покрајинским скупштинским актима обезбеди значај закон. Подносилац предлога их је педантно прибељежио.

Ипак, и таквом предлагачу, поткрао се пропуст. Реч је о самој дефиницији покрајинске скупштинске одлуке из чл. 19 Статута, која гласи: „АП Војводина путем својих органа доноси следеће правне и друге акте“, између осталих, одмах после Статута као највишег правног акта, „покрајинске скупштинске одлуке, у питањима која су непосредно, на основу Устава, надлежност АП Војводине или која су законом одређена као питања од покрајинског значаја“. Статутарна дефиниција остала је иста, као у изворном тексту, осим дела о „значају закона“, који је отпао. Ова дефиниција покрајинске скупштинске одлуке је последица наопаког тумачења чл. 183, ст. 2 Устава. Она прави разлику коју уставотворац не познаје, јер он не говори о „питањима која су непосредно на основу Устава, надлежност АП Војводине“ и оних која су „законом одређена као питања од покрајинског значаја“. Уставотворац каже да „аутономне покрајине, у складу са законом уређују питања од покрајинског значаја у области“ које су таксативно наведене у Уставу и које се ни законом не могу друкчије уређивати, а камоли Статутом и покрајинском скупштинском одлуком. Дефиниција покрајинске скупштинске одлуке из чл. 19 једна је од најтежих неуставности овог статута. Њом се исказује дубоко неразумевање суштине покрајинске аутономије, тј. граница њене изворне надлежности, што је *materia constitutionis*.

### 3.2. Скупштина која „утврђује основе политике на нивоу АП Војводине“ и „даје мишљење на промене Устава које се односе на положај, права и дужности АП Војводине“

Два овлашћења која Статут даје Скупштини АПВ, без икаквог упоришта у Уставу, имају исту сврху: да битно допринесу заокруживању АПВ као конститутивне јединице у Републици Србији. Прво

овлашћење Скупштине, да утврђује основе политике на нивоу АП Војводине, не само да аутономну покрајину чини квази-федералном јединицом, већ и више од тога. Ово овлашћење немају ни федералне јединице, с обзиром на опште правило да је утврђивање и вођење политике надлежност федерације (државе), а не федералних јединица (конститутивних јединица федерације). Према Уставу, Влада је искључиво овлашћена да утврђује и води политику у Републици Србији (чл. 123).

Друго овлашћење Скупштине АПВ је насртај на уставотворну власт, коју ни у једном делу, ни у виду правно необавезујућег мишљења, не може узурпирати орган аутономне покрајине. Недржавном субјекту, као што је аутономна покрајина, место није у поступку доношења и промене Устава. Једна од демаркационих линија између федералне јединице и јединице територијалне аутономије огледа се у томе што прва има, а друга нема право партиципације, тј. учешћа у вршењу централне, нарочито уставотворне власти.

При том, правило, које не трпи изузетке, је да се поступак доношења и промене устава у свим елементима уређује уставом. Устав Србије од 2006. није предвидео никакву улогу аутономних покрајина у том поступку и покушај да се Статутом АПВ таква улога установи још једна је у низу грубих повреда овог устава.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

На крају јавне расправе, одржане 21. маја 2013, председник Уставног суда је изјавио да ће одлука о уставности и законитости Статута АПВ бити донета до краја године. Уставни суд, свакако, није орган који треба да жури, нити наука уставног права да га пожурје. Ипак, кад се одлучује о уставним споровима оваквог правно-политичког значаја, морају се имати у виду бар две ствари. Прво, Уставни суд мора да води рачуна о томе шта му саветује уставноправна наука, а она је – бар њен водећи део – одавно изрекла свој суд: најважније одредбе Статута АПВ су неуставне. Имајући у виду сву правну аргументацију која је изложена, укључујући и ону на јавној расправи, овај предмет је зрео за одлучивање. Друго, Уставни суд мора да води рачуна и о правом моменту за доношење значајне одлуке, која производи не само правна, већ и озбиљна политичка дејства. Добра одлука, у стварима уставног судовања, донета прекасно суштински се не разликује од лоше одлуке донете на време. Чини се да је дошло време за последњи чин кад је реч о Статуту АПВ од 2009. „Завесу“ на овакав статут морају спустити истакнути правници

у Уставном суду, и тиме показати да је њихова „истакнутост“, у ствари, супрематија Устава у односу на дневну политику. Друкчија одлука Уставног суда, била би још једна потврда да Република Србија није уставна држава. Била би то лоша порука у години када се обележава пола века уставног судства у Србији.

Др Наташа Делић\*

## НОВА РЕШЕЊА У ГЛАВИ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ЈАВНОГ РЕДА И МИРА (XXXI)

### 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Кривична дела против јавног реда и мира регулисана су у глави тридесет првој КЗ. До 2006. године ова кривична дела била су предвиђена у истој глави с одређеним бројем кривичних дела против државних органа и кривичних дела против правног саобраћаја. Групни заштитни објект кривичних дела систематизованих у овој глави јесте јавни ред и мир. У складу с одредбом члана 2 Закона о јавном реду и миру (ЗЈРМ),<sup>1</sup> јавни ред и мир је усклађено стање међусобних односа грађана настало њиховим понашањем на јавном месту и деловањем органа и организација у јавном животу ради обезбеђивања једнаких услова за остваривање права грађана на личну и имовинску сигурност, мир и спокојство, приватни живот, слободу кретања, очување јавног морала и људског достојанства и права малолетника на заштиту. Одржавање јавног реда и мира примарно се обезбеђује путем прекршајне заштите. Кривичноправна заштита у овој области је наглашено супсидијарног карактера. Главу кривичних дела против јавног реда и мира чине веома хетерогена кривична дела. Само неким кривичним делима из ове групе непосредно се штите јавни ред и мир, док се осталим кривичним делима обезбеђује заштита одређеним сегментима јавног реда и мира као целине.

---

\* Ауторка је ванредна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, [ndelic@ius.bg.ac.rs](mailto:ndelic@ius.bg.ac.rs).

<sup>1</sup> *Службени гласник РС*, бр. 51/92, 53/93, 57/93, 48/94, 101/05 и 85/05.

## 2. ОСНОВНЕ НОВИНЕ У ГЛАВИ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ЈАВНОГ РЕДА И МИРА

Након ступања на снагу Кривичног законика из 2006. године,<sup>2</sup> уследила је законодавна реформа која је до сада обухватила доношење четири закона: Закон о изменама и допунама Кривичног законика из септембра месеца 2009. године<sup>3</sup> (ЗИД КЗ/2009/септембар); Закон о изменама и допунама Кривичног законика из децембра месеца 2009. године<sup>4</sup> (ЗИД КЗ/2009/децембар); Закон о изменама и допунама Кривичног законика из 2012. године<sup>5</sup> (ЗИД КЗ/2012) и Закон о изменама и допунама Кривичног законика из 2013. године.<sup>6</sup> У контексту актуелне законодавне реформе, за главу кривичних дела против јавног реда и мира значајна су три закона: ЗИД КЗ/2009/септембар, ЗИД КЗ/2009/децембар и ЗИД КЗ/2012.

У главу кривичних дела против јавног реда и мира ЗИД КЗ/2009/септембар уноси следеће измене и допуне: код једног броја кривичних дела дошло је до поштравања прописаних казни; код кривичног дела израђивање и набављање оружја и средстава намењених за извршење кривичног дела (чл. 347 КЗ) брисан је облик из става 2; код кривичног дела недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи (чл. 350 КЗ) извршене су одређене техничке и термилошке корекције и додат је један тежи облик; кривична дела злочиначко удруживање (чл. 346 КЗ) и недозвољено држање оружја и експлозивних материја (чл. 348 КЗ) променила су назив и инкриминацију и најзад, прописана су два нова кривична дела, „насилничко понашање на спортској приредби“ (чл. 344а КЗ) и „неовлашћено извођење археолошких радова“ (чл. 353а КЗ).

Строже казне прописују се за следећа кривична дела: изазивање панике и нереда (чл. 343 КЗ) – став 1 – алтернативно прописана новчана казна или затвор до једне године замењује се затвором од три месеца до три године и кумулативно предвиђеном новчаном казном и став 2 – повећавају се посебни минимум и посебни максимум прописане казне и казна затвора до три године замењује се затвором од шест месеци до пет година; недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи (чл. 350 КЗ) – став 2 – повећава се посебни минимум и снижава се посебни максимум прописане казне и казна затвора од три месеца до шест година замењује се затвором од шест месеци до пет година; злоупотреба знака за помоћ и знака за

<sup>2</sup> *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 испр. и 107/05. испр.

<sup>3</sup> *Службени гласник РС*, број 72/09.

<sup>4</sup> *Службени гласник РС*, број 111/09.

<sup>5</sup> *Службени гласник РС*, број 121/12.

<sup>6</sup> *Службени гласник РС*, број 104/2013.

опасност (чл. 351 КЗ) – повећава се посебни максимум прописане казне и казна затвора до шест месеци замењује се затвором до једне године; неовлашћено бављење одређеном делатношћу (чл. 353 КЗ) – повећава се посебни максимум прописане казне и казна затвора до једне године замењује се затвором до две године и повреда гроба (чл. 354 ст. 1 КЗ) – повећава се посебни максимум прописане казне и казна затвора до једне године замењује се затвором до три године.

У складу с одредбом члана 155 ЗИД КЗ/2009/септембар, кривично дело недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи (чл. 350 КЗ) претрпело је следеће термилошке измене: у ставу 1 реч „СЦГ“ замењена је речју „Србије“, исто је учињено и у ст. 2 и 3, а у складу с тим у ставу 2 избрисане су речи „лицу које није држављанин СЦГ.“ Код овог кривичног дела додат је нови став 4 у коме је прописан тежи облик који постоји ако је дело из става 2 овог члана учињено од стране организоване криминалне групе. Услед извршених допуна, досадашњи став 4 постаје став 5.

Према одредби члана 152 ЗИД КЗ/2009/септембар, назив кривичног дела злочиначко удруживање (чл. 346 КЗ) промењен је у „удруживање ради вршења кривичних дела.“ Поред прописивања тежих казни за поједине облике овог кривичног дела (ст. 1 и 2), извршено је потребно термилошко и садржинско усаглашавање његовог законског описа и сходно томе, основни облик из става 1 обухвата само организовање групе, а не и организовање другог удружења и у ставу 2 предвиђен је тежи облик који постоји уколико је дошло до организовања организоване криминалне групе. Такође, укинута је могућност ослобођења од казне за припадника групе или организоване криминалне групе који открије групу или организовану криминалну групу пре него што је у њеном саставу учинио неко кривично дело (став 7).

Према одредби члана 154 ЗИД КЗ/2009/септембар, назив кривичног дела недозвољено држање оружја и експлозивних материја (чл. 348 КЗ) промењен је у „недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја“. Осим тога, у ставу 3, поред постојеће две, предвиђена је још једна квалификаторна околност која се састоји у томе да се дело врши „противно правилима међународног права“ и у ставу 4 уведен је нови најтежи облик тако што је радња „ношења“, као једна од делатности којом се остваривао основни облик кривичног дела, издвојена и предвиђена као начин извршења квалификованог облика.

Доношењем ЗИД КЗ/2009/децембар кривично дело насилничког понашања на спортској приредби (чл. 344а КЗ) променило је назив у „насилничко понашање на спортској приредби или јавном скупу“. Том приликом редефинисана је радње извршења основног



облика кривичног дела и додат је став 6 у којем је предвиђено обавезно изрицање мере безбедности забране присуствовања одређеним спортским приредбама.

У главу кривичних дела против јавног реда и мира ЗИД КЗ/2012 уноси следеће измене и допуне: код кривичног дела удруживање ради вршења кривичних дела (чл. 346 КЗ) у ставу 7 је за припадника групе или организоване криминалне групе уместо могућности изрицања новчане казне поново предвиђена могућност за ослобођење од казне и на тај начин је отклоњена омашка услед које је ова могућност постојала само у односу на организатора групе или организоване криминалне групе; код кривичног дела неовлашћена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја је у ставу 3 предвиђена строжа, а у ставу 4 нижа казна и у ставу 5 прописан је нови, привилеговани облик кривичног дела који постоји у случају неовлашћеног ношења предмета који има карактер објекта радње за чије набављање и држање учинилац има одобрење надлежног органа. Сходно томе, став 5 овог члана постаје став 6. Најзад, одредбом члана 33 ЗИД КЗ/2012, прописано је ново кривично дело које носи назив „омогућавање злоупотребе остваривања права азила у иностраној држави“ (чл. 350а КЗ).

### 3. НОВОУВЕДЕНА КРИВИЧНА ДЕЛА У ГЛАВИ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ЈАВНОГ РЕДА И МИРА

#### 3.1. Насилничко понашање на спортској приредби или јавном скупу (чл. 344а КЗ)

*Генега кривичног дела.* – Ово кривично дело у наше основно законодавство унето је доношењем ЗИД КЗ/2009/септембар под називом „насилничко понашање на спортској приредби.“ Кривично дело насилничког понашања на спортској приредби је код нас први пут било прописано Законом о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама (ЗСНСП) из 2003. године.<sup>7</sup> Законом о изменама и допунама ЗСНСП (ЗИД ЗСНСП) из 2007. године<sup>8</sup> инкриминација је у одређеној мери измењена и у датој верзији је унета у КЗ. Том приликом извршене су одређене термилошке модификације и поштрене прописане казне за поједине облике кривичног дела (ст. 3, 4 и 5). До последњих измена дате инкриминације дошло је у складу с одредбом члана 5 ЗИД КЗ/2009/децембар и кривично дело је добило садашњи назив.

<sup>7</sup> *Службени гласник РС*, бр. 67/03 и 101/05.

<sup>8</sup> *Службени гласник РС*, број 90/07.

Непосредни основ за уношење ове инкриминације у законодавство представља Европска конвенција Савета Европе о насиљу и недоличном понашању гледалаца на спортским приредбама, посебно на фудбалским утакмицама, усвојена у Стразбуру 1985. године, коју је наша земља (тадашња СФРЈ) ратификовала 1990. године доношењем Закона о ратификацији Европске конвенције о насиљу и недоличном понашању гледалаца на спортским приредбама, посебно на фудбалским утакмицама.<sup>9</sup>

*Позитивноправни, теоријски и практични аспекти кривичног дела.* – Сходно одредби члана 344а КЗ кривично дело има основни облик, три тежа и један посебан облик.

Реч је о бланкетној норми за чије су тумачење непосредно значајне одговарајуће одредбе ЗСНСП као и одредбе Закона о спорту,<sup>10</sup> Правилника о номенклатури спортских звања и занимања,<sup>11</sup> Правилника о условима за обављање спортских активности и делатности<sup>12</sup> и Закона о окупљању грађана.<sup>13</sup>

Према ставу судске праксе, заштитни објект овог кривичног дела није живот и тело појединаца који присуствују спортској приредби, већ сигурност и безбедност свих учесника спортске приредбе (ОС у Београду Кж. 3401/06).<sup>14</sup>

Основни облик кривичног дела (ст. 1) чини ко физички нападне или се физички обрачунава с учесницима спортске приредбе или јавног скупа, врши насиље или оштећује имовину веће вредности приликом доласка или одласка са спортске приредбе или јавног скупа, унесе у спортски објекат или баца на спортски терен, међу гледаоце или учеснике јавног скупа предмете, пиротехничка средства или друге експлозивне, запаљиве или штетљиве супстанце које могу да изазову телесне повреде или угрозе здравље учесника спортске приредбе или јавног скупа, неовлашћено уђе на спортски терен или део гледалишта намењен противничким навијачима и изазове насиље, оштећује спортски објекат, његову опрему, уређаје и инсталације, својим понашањем или паролама на спортској приредби или јавном скупу изазива националну, расну, верску или другу мржњу или нетрпељивост засновану на неком дискриминаторском основу услед чега дође до насиља или физичког обрачуна с учесницима.

<sup>9</sup> *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, број 9/90.

<sup>10</sup> *Службени гласник РС*, бр. 52/96, 101/2005 3 и 101/2005 28.

<sup>11</sup> *Службени гласник РС*, број 30/99.

<sup>12</sup> *Службени гласник РС*, број 30/99.

<sup>13</sup> *Службени гласник РС*, број 101/05.

<sup>14</sup> И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје*, Осма књига, Београд, 2008, 237.

Радњу извршења представљају следеће делатности: физички напад или физички обрачун с учесницима спортске приредбе или јавног скупа, вршење насиља, оштећење имовине веће вредности приликом доласка или одласка са спортске приредбе или јавног скупа, уношење у спортски објекат предмета, пиротехничких средстава или других експлозивних, запаљивих или штетних супстанци које могу да изазову телесне повреде или угрозе здравље учесника спортске приредбе или јавног скупа, бацање на спортски терен, међу гледаоце или учеснике јавног скупа предмета, пиротехничких средстава или других експлозивних, запаљивих или штетних супстанци које могу да изазову телесне повреде или угрозе здравље учесника спортске приредбе или јавног скупа, неовлашћени улазак на спортски терен или део гледалишта намењен противничким навијачима и изазивање насиља, оштећење спортског објекта, његове опреме, уређаја и инсталација и одређеним понашањем или паралома на спортској приредби или јавном скупу изазивање националне, расне, верске или друге мржње или нетрпељивости засноване на неком дискриминаторском основу услед чега дође до насиља или физичког обрачуна с учесницима.

Физички напад подразумева агресивно деловање усмерено на тело пасивног субјекта које не мора увек да обухвати и непосредни физички контакт, нпр. замах руке или ноге или бацање неког предмета на пасивног субјекта. Сходно томе, неоснован је став да је „радња извршења остварена бацањем предмета на спортски терен када гледалац са трибине баци празну лименку од 0,5 l пива и погоди у леђа играча на фудбалској утакмици стога што се за постојање кривичног дела не тражи да се баченим предметом могу изазвати телесне повреде или угрозити здравље људи, већ се таква својства захтевају само приликом бацања других запаљивих и штетних супстанци“ (АС у Крагујевцу Кж. 1700/11).<sup>15</sup> Физички обрачун подразумева тучу између два или више лица. Вршење насиља треба схватити на исти начин као и код других кривичних дела која се на тај начин могу извршити. То значи да насиље постоји када се употребом физичке снаге повређује телесни интегритет другог лица, ако му се одузима слобода кретања или слобода да несметано одлучује о својим поступцима (ОС у Београду Кж. 2180/06).<sup>16</sup> У случајевима напада, физичког обрачуна као и вршења насиља кривично дело искључује телесну повреду: лаку или тешку (ОС у Суботици Кж. 351/08).<sup>17</sup>

Радње извршења које су у закону дефинисане као: оштећење имовине веће вредности приликом доласка или одласка са спортске

<sup>15</sup> *Избор судске праксе*, Београд, 2011/11, 41.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2012, 906.

приредбе или јавног скупа, затим уношење у спортски објекат предмета, пиротехничких средстава или других експлозивних, запаљивих или штетних супстанци које могу да изазову телесне повреде или угрозе здравље учесника спортске приредбе или јавног скупа,<sup>18</sup> односно бацање на спортски терен, међу гледаоце или учеснике јавног скупа предмета,<sup>19</sup> пиротехничких средстава или других експлозивних, запаљивих или штетних супстанци које могу да изазову телесне повреде или угрозе здравље учесника спортске приредбе или јавног скупа, као и оштећење спортског објекта, његове опреме, уређаја и инсталација, у контексту овог кривичног дела треба схватити у њиховом уобичајеном, језичком смислу. У случају неовлашћеног уласка на спортски терен или део гледалишта који је намењен противничким играчима потребно је да је датим уласком изазвано насиље. Сходно томе, неопходно је утврдити узрочно-последичну везу између неовлашћеног уласка и насиља.

Кривично дело се може извршити и на тај начин што неко својим понашањем или паралома изазива националну, расну, верску или другу мржњу или нетрпељивост засновану на неком дискриминаторском основу услед чега дође до насиља или физичког обрачуна с учесницима. У овом случају кривично дело претпоставља одговарајуће понашање или пароле којима се изазива национална, расна, верска или друга мржња или нетрпељивост заснована на неком дискриминаторском основу услед чега долази до насиља или физичког обрачуна с учесницима. Са гледишта законске одредбе, потребно је да је реч о изазивању (не и распиривању) националне, расне, верске или друге мржње или нетрпељивости. Језичким тумачењем законског текста може се закључити да кривично дело постоји само уколико национална, расна, верска или друга мржња или нетрпељивост не постоји, већ се изазива одговарајућим понашањем или паролама. Изазивање мржње или нетрпељивости претпоставља стварање негативног осећања и дефинисање непријатељског става према народу или етничкој заједници или другој друштвеној групи. Може се вршити на различите начине, нпр. вређањем, исмејавањем или потцењивањем националних, расних, верских или других друштвено-групно припадајућих осећања, излагањем порузи њихових симбола, ниподаштавањем историјских, културних и других вредности. Неопходно је да су у питању делатности које су по својој природи по-

<sup>18</sup> Нпр. „када окривљени на спортски терен унесе пиротехничка средства, и то 100 комада петарди увезаних и упакованих у целовану и један нож за отварање тзв. ‘лептир’, који је током трајања фудбалске утакмице држао у свом ранцу“ (ВС у Чачку К. 31/10). Д. Калаба, „Кривично дело насилничког понашања на спортској приредби (члан 344а КЗ), законодавство, судска пракса и дилеме“, *Судска пракса*, Београд, 2010/11 12, 69.

<sup>19</sup> Нпр. ломљење столица и њихово бацање на спортски терен (ОС у Београду Кж. 1123/06). И. Симић, А. Трешњев, (2008), 233.

добне да изазову националну, расну, верску или другу мржњу или нетрпељивост засновану на неком дискриминаторском основу, што зависи од карактера делатности која се предузима, као и од начина и услова под којима је у конкретном случају предузета. Дате делатности могу се предузимати према једном или више лица. Кривично дело је довршено када је изазивање националне, расне, верске или друге мржње или нетрпељивости, које је остварено на одговарајући начин, проузроковало насиље или физички обрачун с учесницима.

Према ставовима судске праксе, кривично дело се може извршити „и у полувремену утакмице у свлачионици“ (АС у Београду Кж1. 3760/11),<sup>20</sup> као „и у возу приликом повратка са спортске приредбе“ (АС у Београду Кж1. 2864/11).<sup>21</sup>

У складу са законским текстом, извршилац кривичног дела може бити било које лице. Спорно је да ли то могу бити непосредни учесници спортске приредбе, нпр. играч, судија или тренер. У извесном броју случајева судови су стајали на становишту да је то могуће (ПОС у Београду К. 1454/11).<sup>22</sup> Међутим,

Апелациони суд у Београду је по том питању заузео став да лица која имају својство обавезног и дозвољеног учесника спортског такмичења не могу бити извршиоци овог кривичног дела (Кж2. 1632/11).<sup>23</sup> Врховни касациони суд је дату дилему решио тако што је закључио да сходно ЗСНСП извршилац кривичног дела може бити свако лице независно од својства у ком присуствује спортској приредби и да то није у супротности с Европским споразумом о недоличном понашању гледалаца на спортским приредбама, посебно фудбалским утакмицама, који се односи само на један сегмент насилничког понашања на спортским приредбама, насилничко понашање гледалаца (Кз 24/12).<sup>24</sup>

Према ставу судске праксе, нема кривичног дела у случају када „редар у оквиру својих овлашћења, уђе на терен, након што је судија свирао прекид и употреби силу да би раставио играче који се налазе у сукобу“ (АС у Београду Кж1. 2191/11).<sup>25</sup>

Релевантан облик кривице је умишљај, директни или евентуални.

<sup>20</sup> А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Књига девет*, Београд, 2013, 130.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 132.

<sup>22</sup> Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 24/12 од 11. априла. 2012. утврђена на седници кривичног одељења 27. новембра 2012. *Билтен Врховног касационог суда*, Београд, 2013/1, 138 140.

<sup>23</sup> А. Трешњев, 131.

<sup>24</sup> *Билтен Врховног касационог суда*, Београд, 2013/1, 138 139.

<sup>25</sup> *Ibid.*

Први тежи облик кривичног дела предвиђен у ставу 2 постоји ако је дело из става 1 извршено од стране групе. Група је најмање три лица повезаних ради трајног или повремениог вршења кривичних дела која не мора да има дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру (чл. 112, ст. 22 КЗ).

Одредбом става 3 посебно је предвиђена одговорност за коловођу групе која изврши дело из става 1 овог члана.

Наредни тежи облик кривичног дела предвиђен у ставу 4 постоји ако је извршењем дела из става 1 дошло до нерета у коме је неком лицу нанета тешка телесна повреда или ако је оштећена имовина веће вредности.

Потребно је да је услед нерета изазваног извршењем основног облика кривичног дела неком лицу нанета тешка телесна повреда или да је услед нерета изазваног извршењем основног облика кривичног дела оштећена имовина веће вредности. Појам тешке телесне повреде треба схватити у складу с одредбом члана 121 КЗ. Имовина веће вредности одређује се на исти начин као и код других кривичних дела која садрже ово описно обележје, а то је према схватању Кривичног одељења Врховног суда Србије из 2006. године имовина чија вредност прелази износ од милион и двеста хиљада динара. У питању је кривично дело квалификовано тежом последицом која се може приписати нехату извршиоца (чл. 27 КЗ).

У ставу 5 предвиђен је посебан облик кривичног дела који чини службено или одговорно лице које при организовању спортске приредбе или јавног скупа не предузме мере обезбеђења како би се онемогућио или спречио неред, па услед тога буду угрожени живот или тело већег броја људи или имовина веће вредности. Ради се о инкриминацији која је била предвиђена као самостално кривично дело у члану 230а КЗ РС и која је у наше право унета доношењем ЗИД КЗ РС/2002.<sup>26</sup>

Радња извршења овог облика кривичног дела јесте непредузимање одговарајућих мера обезбеђења. Реч је о радњама пропуштања, тј. нечињења. У обзир долази свако непоступање по одговарајућим прописима или техничким правилима које је подобно да изазове последицу овог кривичног дела.

Кривично дело је довршено наступањем последице која се састоји у конкретној опасности за живот или тело већег броја људи или имовину већег обима. У складу са правним схватањем Кривичног одељења Врховног суда Србије од 17. априла 2006, биће реч о „већем броју људи“ у случају када је на одређеном месту окупљено најмање десет лица. Појам „имовина веће вредности“ треба схватити на исти начин као и код претходног облика кривичног дела.

---

<sup>26</sup> *Службени гласник РС*, број 10/02.

Извршилац кривичног дела може бити само службено (чл. 112, ст. 3 КЗ) или одговорно лице (чл. 112, ст. 5 КЗ) које приликом организовања спортске приредбе има обавезу предузимања мера обезбеђења како би се онемогућио или спречио неред. То је оно службено или одговорно лице које има положај гаранта и које је дужно да предузме одговарајуће чињење.

У ставу 6 прописано је да се учиниоцу дела из ст. 1–4 овог члана које је извршено на спортској приредби обавезно изриче мера безбедности забране присуствовања одређеним спортским приредбама (чл. 89б КЗ). Дату одредбу унео је ЗИД КЗ/2009/децембар будући да је чланом 3 овог закона забрана присуствовања одређеним спортским приредбама прописана као нова мера безбедности.<sup>27</sup>

### 3.2. Неовлашћено извођење археолошких радова (чл. 353а КЗ)

*Генеа кривичног дела.* – Ово кривично дело је у наше право унето на основу члана 124 ЗИД КЗ РС/1994<sup>28</sup> и било је прописано у члану 240а КЗ РС. Сходно одредби датог члана, кривично дело је имало само основни облик који је постојао када неко неовлашћено врши археолошка ископавања или истраживања археолошких налазишта. Будући да КЗ из 2006. године није садржао ово кривично дело, оно поново уведено доношењем ЗИД КЗ/2009/септембар.

*Позитивноправни, теоријски и практични аспекти кривичног дела.* – Кривично дело из члана 355а КЗ има основни и тежи облик.

Бланкетна природа кривичног дела претпоставља примену одговарајућих прописа садржаних у Закону о културним добрима (ЗКД).<sup>29</sup>

Основни облик кривичног дела (ст. 1) чини ко неовлашћено врши археолошка ископавања и истраживања.

Радњу извршења представља вршење археолошких радова, што подразумева извођење ископавања и истраживања. Делатности које представљају радњу извршења су (за разлику од претходног решења) у законском тексту кумулативно наведене. Ово из разло-

<sup>27</sup> О датој мери безбедности вид. Н. Делић, „Кривично дело насилничког понашања на спортској приредби или јавном скупу (члан 344а КЗ)“, *Правни жи вот*, Београд, 2011/9, 254 258, Ђ. Ђорђевић, „Нове мере безбедности у КЗ Србије“, у: *Криминал и државна реакција: феноменологија, могућности, перспективе*, Београд, 2011, 117 119, Д. Дракић, „Мере безбедности“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, Београд, 2010/1, 187 189. и Н. Мрвић Петровић, „Недостаци законске регулативе као разлог неделотворне примене забране присуствовања одређеним спортским приредбама“, *Правни живот*, Београд, 2013/9, 630 633.

<sup>28</sup> *Службени гласник РС*, број 47/94.

<sup>29</sup> *Службени гласник РС*, број 71/94.

га што археолошко ископавање по природи ствари претходи археолошком истраживању јер се ископавање предузима ради откривања налазишта на којима ће се вршити истраживања, тј. истраживање претпоставља ископавање.

Кривично дело подразумева да се делатности које представљају радњу извршења предузимају неовлашћено, односно да учинилац за предузимање датих делатности нема одобрење надлежног органа (чл. 17 ЗКД).

Довршено кривично дело претпоставља предузимање делатности која има карактер радње извршења. За постојање кривичног дела није значајно у којој се фази дате делатности налазе као и да ли је налазиште претходно већ било откривено и у којој мери је истражено. Сходно томе је и став судске праксе „да кривично дело постоји када се археолошка ископавања врше на месту које није још познато и регистровано од стране надлежних органа“ (ВСС Кзз. 6/02).<sup>30</sup>

Објект радње јесу археолошка налазишта.

Археолошко налазиште је део земљишта или површине под водом који садржи остатке грађевина и других непокретних објеката, гробних и других налаза, као и покретне предмете из ранијих историјских доба, а од посебног су културног и историјског значаја (чл. 21 ЗКД). Археолошка налазишта спадају у културна добра у ширем смислу, која се, у зависности од значаја, разврставају у следеће категорије: културна добра, културна добра од великог значаја и културна добра од изузетног значаја (чл. 2 ЗКД).

Релевантан облик кривице је умишљај, који поред осталог, треба да обухвати свест о природи објекта радње као и свест о томе да се делатности које представљају радњу извршења предузимају неовлашћено.

Тежи облик кривичног дела, предвиђен у ставу 2 постоји уколико је остварена нека од три алтернативно прописане квалификаторне околности: да је радња извршења предузета на археолошком налазишту или на неком другом непокретном културном добру, односно добру које ужива претходну заштиту; да је приликом вршења радње основног облика девастирано археолошко налазиште или друго непокретно добро, односно добро које ужива претходну заштиту и да је приликом извођења радова, тј. приликом ископавања или истраживања коришћена посебна опрема или уређаји за откривање и проналажење археолошких предмета.

Остварење прве квалификаторне околности претпоставља да је кривично дело извршено на одређеном месту тј. на археолош-

<sup>30</sup> И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Пета књига*, Београд, 2004, 164.



ком налазишту или на неком другом непокретном културном добру, односно добру које ужива претходну заштиту. У друга непокретна културна добра спадају споменици културе, просторно културно-историјске целине и знаменита места (чл. 19, 20 и 22 ЗКД). У добра која уживају претходну заштиту спадају: некрополе и локалитети с археолошким, историјским, етнолошким или природњачким садржајем; стара језгра градова и насеља; градитељски објекти, целине и делови градитељских објеката с историјским или архитектонским вредностима; споменици и спомен обележја посвећени значајним догађајима и личностима; куће у којима су рођене или радиле заслужне истакнуте личности заједно са стварима које су им припадале и зграде и места у природи везане за значајне историјске догађаје (чл. 27 ЗКД).

Остварење друге квалификаторне околности такође, претпоставља да је кривично дело извршено на одређеном месту, тј. на археолошком налазишту или на неком другом непокретном културном добру, односно добру које ужива претходну заштиту, али је осим тога потребно и да је остварена одговарајућа последица која се састоји у томе да је дошло до девастирања датог археолошког налазишта или другог непокретног културног добра, односно добра које ужива претходну заштиту. У овом случају квалификаторна околност у себи обухвата првонаведену квалификаторну околност и одговарајућу последицу. Сходно томе, може се закључити да други квалификовани облик има већи степен друштвене опасности у односу на први квалификовани облик и стога чуди да је законодавац за оба тежа облика предвидео исту казну. Требало је наиме, други квалификовани облик предвидети као најтежи облик овог кривичног дела.

Најзад, остварење треће квалификаторне околности претпоставља коришћење одређеног средства приликом извршења кривичног дела, тј. коришћење посебне опреме или уређаја за откривање и проналажење археолошких предмета.

Квалификаторне околности морају бити обухваћене умишљајем. Учинилац у првом случају мора бити свестан места на коме врши археолошка ископавања и истраживања, у другом случају мора бити свестан места на коме врши археолошка ископавања и истраживања као и наступања последице, док у трећем случају, мора бити свестан природе средстава које користи приликом ископавања или истраживања.

Одредбом става 3 прописано је да ће се одузети предмети пронађени приликом извршења основног и тежег облика овог кривичног дела.

### 3.3. Омогућавање злоупотребе остваривања права азила у страниј држави (чл. 350а КЗ)

*Генеза кривичног дела.* – Азил (*asilion* – склониште) означава обичај пружања заштите прогоњеним лицима. У савременом праву азил представља облик заштите који на својој територији одређена држава пружа лицу које није у могућности да добије заштиту у држави чије држављанство поседује или у којој борави, нарочито због страха да би могло бити прогоњено због своје вере, расе, националности или припадности одређеној друштвеној или политичкој групи. Право на азил се на нивоу држава регулише одговарајућим законима којима се прописују услови и поступак у којем се неком лицу може одобрити азил у датој земљи.

Од почетка прошлог века уочава се тенденција повећања броја лица која су на тај начин тражила заштиту у земљама ЕУ. Сходно томе, државе чланице су предузеле одговарајуће кораке у правцу развијања јединствене политике азила. У том смислу се 1999. године започело са успостављањем Заједничког европског система азила што је, поред осталог, обухватало и доношење низа правних аката који се односе на услове пријема тражилаца азила, признавање статуса избеглице, процедуре азила и друго, а међу којима посебан значај имају Уредба из Даблина из 1999. године и тзв. „Златни папир“ и План за политику азила из 2007. године.

Кад је реч сузбијању различитих видова помоћи држављанима Србије који злоупотребљавају право на азил законодавац је пошао од дискутабилног става да би овај сложен (друштвени, економски и политички) проблем требало превасходно решавати кривичноправном репресијом што је резултирао прописивањем овог кривичног дела. Међутим, како се наводи, ова инкриминација је више последица тога да Србија покаже спремност да сузбија ову појаву, с обзиром да се то од ње очекује, него става да кривичноправна репресија може да допринесе успешном решавању датог проблема. При томе, ово кривично дело је добар пример за исправније размување принципа *ultima ratio* јер је друштвено прихватљивије решење да, мањи број појединаца одговара за кривично дело омогућавање злоупотребе права азила, него да се проблем решава генералним сужавањем права на путну исправу који би погодио већи део друштва. Наиме, у овом случају реч је о једном напреднијем, флексибилнијем тумачењу датог принципа и његовом сагледавању у контексту укупних последица коришћења неког дугог средства уместо кривичног права.<sup>31</sup>

*Позитивноправни, теоријски и практични аспекти кривичног дела.* – Кривично дело из члана 350а КЗ има неколико облика.

<sup>31</sup> З. Стојановић, „Да ли је Србији потребна реформа кривичног законодавства?“, *Crimen*, Београд, 2013/2, 133.

Основни облик кривичног дела (ст. 1) чини ко у намери да себи или другом прибави какву корист, врши или организује транспорт, пребацивање, прихват, смештај или скривање или на други начин омогућава да држављанин Србије лажним приказивањем угрожености његових људских права и слобода, у иностраној држави затражи азил.

Радња извршења је алтернативно прописана и може са остварити на један од следећих начина: вршењем или организовањем транспорта држављанина Србије; вршењем или организовањем пребацивања држављанина Србије; вршењем или организовањем смештаја за држављанина Србије; вршењем или организовањем скривања држављанина Србије или на други начин омогућавањем да држављанин Србије лажним приказивањем угрожености његових људских права и слобода, у иностраној држави затражи азил.

Транспорт представља превоз држављанина Србије са једног на друго просторно удаљено место помоћу одређеног превозног средства.

Појам смештаја овде треба разумети у уобичајеном језичком смислу.

Пребацивање је омогућавање илегалног уласка у неку земљу или изласка из неке земље, односно омогућавање недозвољеног преласка државне границе у смислу да се преко границе преводи држављанин Србије које не испуњава услове за законит прелазак границе.

Скривање, које може бити извршено на различите начине, подразумева смештање држављанина Србије на одређено место које је непознато ширем кругу лица или је ширем кругу лица непознато да се држављанин Србије налази на том месту, а с циљем да им тај држављанин Србије буде недоступан.

Кривично дело може се извршити и на сваки други начин којим се држављанину Србије омогућава да лажним приказивањем угрожености његових људских права и слобода, у иностраној држави затражи азил.

С обзиром на дати начин дефинисања радње извршења, може се закључити да је кривичним делом инкриминисано непосредно вршење или организовање различитих делатности које по својој природи представљају радње помагања држављанима Србије да злоупотребе могућност добијања азила у иностраној држави.

Кривично дело је довршено уколико је с одговарајућом намером предузета било које делатности која има карактер радње извршења.

На субјективном плану захтевају се директни умишљај и намера да се себи или другом прибави каква корист. Појам користи

треба тумачити у најширем смислу. Поред материјалне користи која обухвата непосредну материјалну добит и спречавање умањења имовине, то може бити и свака друга корист. За постојање кривичног дела није битно да ли је дата корист требало да буде остварена за извршиоца кривичног дела или неко друго лице, да ли је противправна или не, да ли се може постићи директно или индиректно, да ли је извесна и да ли је до њеног остварења и дошло.

Тежи облик кривичног дела (ст. 2) постоји ако је дело из става 1 овог члана учињено од стране групе или злоупотребом овлашћења. Појам групе дат је у члану 122, став 22 КЗ. Појам злоупотребе овлашћења треба тумачити на исти начин као и код других кривичних дела која се могу извршити на дати начин.

Одредбом става 3 посебно је предвиђено кажњавање организатора кривичног дела из става 2 овог члана.

У ставу 4 прописано је обавезно одузимање предмета, превозних и других средстава намењених или употребљених за извршење било ког облика овог кривичног дела.

#### 4. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Доношењем КЗ из 2006. године започела је нова епоха у развоју српског кривичног законодавства јер је наша земља добила модеран и савремен кривични законик којим су извршене формална и садржинска реформа као и кодификација кривичног права. Међутим, даљи наставак изградње кривичног законодавства није ишао путем који је био трасиран решењима садржаним у овом закону, а која су настала уважавањем како правне традиције, тако и тековина савремене доктрине и обезбедила платформу за стварање модерног и либералног, хуманистички орјентисаног кривичног права.

Измене и допуне кривичног законодавства које су извршене током 2009. године (септембар и децембар) у целини посматрано у великој мери су деформисале постојећи систем кривичног права и довеле до његовог назадовања како у суштинском, тако и у легислативно-техничком смислу.<sup>32</sup>

Досадашњу реформу у глави кривичних дела против јавног реда и мира доминантно карактеришу две тенденције: прва, поштравање прописаних казни за поједина кривична дела, што је иначе и генерално опредељење измена и допуна из 2009. године и друга, прописивање нових кривичних дела.

---

<sup>32</sup> Више вид. З. Стојановић, „Казнена политика у Србији: сукоб законодавца и судске праксе“, у: *Казнена реакција у Србији, Други део*, Београд, 2012, 1 16.

Реч је о парцијалном повећању казних оквира што је у директној супротности са начелом законитости које, поред осталог, захтева да предвиђена казна буде прилагођена апстрактном степену друштвене опасности сваког кривичног дела и да представља резултанту његових различитих облика. Велики распони између посебних минимума и посебних максимума указују на арбитреност и правну неутемељеност у њиховом одређивању и стварају проблеме у судској пракси. Све ово последица је „заблуде“ законодавца да се пораст одређене врсте криминалитета или криминалитета уопште, може спречити првенствено јачањем репресије. Истина је пак, да ефикасно кривично право претпоставља рационално постављене границе кривичноправне принуде и успостављање баланса између нормативног система и његове практичне примене.

У вези друге тенденције, може се уочити да се нова кривична дела прописују углавном у оним областима где кривично право показује своју неефикасност и где не долази до примене постојећих инкриминација или где се настоји да се у потпуности и некритички испуне обавезе преузете потписивањем одређених међународних конвенције.<sup>33</sup> Примера ради, такав случај је са кривичним делом насилничког понашања на спортској приредби или јавном скупу (чл. 344а КЗ) које је у наше законодавство унето иако је дата инкриминација већ обухваћена постојећим кривичним делима, пре свега, кривичним делом насилничког понашања (чл. 34 КЗ),<sup>34</sup> које припада истој глави кривичних дела, затим кривичним делом изазивање опште опасности (чл. 278. КЗ), које спада у главу кривичних дела против опште

<sup>33</sup> З. Стојановић, „Кривичноправни експанзионизам и законодавство Србије“, у: *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, Четврти део*, Београд, 2010, 35.

<sup>34</sup> Иако има мишљења да постоји већи број аргумената који говоре у прилог тези да кривично дело насилничког понашања на спортској приредби или јавном скупу има већу друштвену опасност него кривично дело насилничког понашања и да је стога било оправдано уношење ове инкриминације у наше законодавство (Д. Шупут, „Извори казненог права у области спорта и усклађеност српског права са међународним стандардима“, *Страни правни живот*, Београд, 2011/9, 251) сложили бисмо се са ставом да коначан суд о друштвеној опасности неког понашања, што би значило и овог кривичног дела, треба донети након свестраног разматрања његових карактеристика и његовог значаја и ефеката за појединца и друштво. Предузимање одређених истраживања с тим циљем може бити пожељно и корисно. Док су се раније та истраживања држала традиционалног консензуса О конфликт модела при ликом стварања кривичноправних норми, у новије време су развијени комплекснији модели који настоје да идентификују бројне и различите факторе и њихов међусобни утицај у процесу криминализације. З. Стојановић, „Процес стварања кривичног законодавства и сузбијање криминалитета“, у: *Стање криминалитета и правна средства реаговања, Трећи део*, Београд, 2009, 22. У истом смислу вид. Н. Делић, „Кривично дело насилничког понашања (чл. 344 КЗ)“, *Правни живот*, Београд, 2012/9, 222-227.

сигурности људи и имовине,<sup>35</sup> као и кривичним делом изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости (чл. 137. КЗ) које спада у главу кривичних дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије.

Позитиван заокрет у текућој реформи кривичног законодавства представља доношење ЗИД КЗ/2012 који, поред осталог има за циљ да исправи техничке и суштинске омашке које су направљене претходним законима. Међутим, овим законом нису отклоњене неусклађености до којих је дошло прописивањем тежих казни код великог броја кривичних дела, чиме су поремећени односи између појединих кривичних дела и њихових облика, а такође није извршена декриминализације кривичних дела у оним случајевима у којим кривичноправна интервенција није нужна и није оправдана. Треба очекивати да ће наставак законодавне реформе ићи у правцу даље успешне изградње кривичног права које ће у највећој могућој мери моћи да одговори потребама ефикасне кривичноправне заштите која је прилагођена обиму, динамици и формама савременог криминалитета.

---

<sup>35</sup> У прилог реченом говори и констатација да и поред постојања кривичног дела насилничког понашања на спортској приредби или јавном скупу, у неколико медијски експонираних случајева, није дошло до осуде за ово кривично дело, већ за кривично дело изазивање опште опасности. Вид. N. Đurđević, „Krivična odgovornost za nasilje i nedolično ponašanje na sportskim priredbama u Republici Srbiji“, у: *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, Split, 2010/2, 296-297.

Мр Миливој А. Лазих\*

## НЕКИ ПРОБЛЕМИ У ВЕЗИ С КРИВИЧНИМ ДЕЛИМА ЗЛОУПОТРЕБЕ ОПОЈНИХ ДРОГА

### 1. ПОЈАМ ОПОЈНИХ ДРОГА И ЊИХОВА ЗЛОУПОТРЕБА

Дефинисати опојне дроге важно је зато што су оне објект радње кривичних дела Неовлашћене производње и стављање у промет опојних дрога из чл. 246, Неовлашћеног држања опојних дрога из чл. 246а и Омогућавања уживања опојних дрога из чл. 247 КЗС<sup>1</sup> (исто важи и за Злоупотребе опојних дрога из чл. 173 КЗХ/97<sup>2</sup> те кривична дела Неовлашћене производње и промета дрогама из чл. 190 и Омогућавања трошења дрога из чл. 191 КЗХ/12)<sup>3</sup>. О изразито великој друштвеној опасности ових кривичних дела говоре конвенције Уједињених нација, нпр. Конвенција против незаконитог промета опојним дрогама и психотропним супстанцама усвојена у Бечу 19. децембра 1988. У њој пише да су њене стране потписнице дубоко забринуте величином и растом незаконите производње,... и промета опојних дрога и психотропних супстанци, што представља озбиљну опасност за здравље ..., доноси велику финансијску добит и богатство које транснационалним организацијама криминалаца омогућује да уђу у структуре власти ...<sup>4</sup> Дефиницију опојних дрога

\* Аутор је заменик окружног јавног тужиоца у Бјеловару, Хрватска, *milivoj.antun.lazic@bj.t.com.hr*.

<sup>1</sup> Кривични законик Србије КЗС, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 72/09, 111/09 и 121/12.

<sup>2</sup> Кривични закон Хрватске КЗХ/97, *Narodne novine RH*, бр. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11 и 143/12; важио је од 1. јануара 1998. до 31. децембра 2012.

<sup>3</sup> Кривични закон Хрватске КЗХ/12, *Narodne novine RH*, бр. 125/11 и 144/12; примењује се од 1. јануара 2013. после новеле из 2012. па одатле скраћеница „КЗХ/12“.

<sup>4</sup> Конвенцију против незаконитог промета опојним дрогама и психотропним супстанцама усвојену у Бечу 1988. ратификовала је Скупштина СФРЈ 15. новембра

можемо наћи и у литератури општеобразовног карактера, у научној литератури за изучавање медицине, хемије, права и др., али и у позитивном праву. Реч „дрога“ потиче из низоземског језика у којем *droog*<sup>5</sup> значи сух, а у првобитном значењу користила се за сушене зачине. Опојне дроге (наркотице) најкраће би се могло описати као супстанце и препарате који служе за омамљивање и воде зависности с најтежим последицама. У научној правној литератури опојне дроге дефинишу се и као психоактивне супстанце ... неопходне у модерној медицини које могу бити веома опасне јер њихова злоупотреба (неконтролисана употреба) изазива токсикоманију, тј. неодољиву потребу за дрогама... које постепено разарају физичко и морално биће човека и у екстремним случајевима могу довести до лудила и смрти<sup>6</sup>. Овакву дефиницију опојних дрога оцењујемо као свеобухватну и тачну. Које су супстанце и препарати дроге, у Србији регулише Закон о психоактивним контролисаним супстанцама,<sup>7</sup> а у Хрватској Закон о сузбијању злоупотребе дрога.<sup>8</sup> Дефиниције опојних дрога у поменутих прописима веома су сличне. Кренућемо од Закона о психоактивним контролисаним супстанцама Србије. У чл. 1. тог закона налазимо формалну дефиницију тих супстанци; то су оне које се налазе на списку психоактивних контролисаних супстанци. У ст. 2 чл. 2 цит. Закона те супстанце разврставају се у четири групе: 1. опојне дроге односно наркотице; 2. психотропне супстанце; 3. производе биолошког порекла који имају психоактивно дејство и 4. друге психоактивне контролисане супстанце. У чл. 3 цит. Закона под насловом „Значење израза“ налази се тринаест интерпретативних одредби: 1. опојна дрога је свака супстанца ... која се налази на Списку у складу с Јединственом конвенцијом о опојним дрогама (*Службени лист СФРЈ*, бр. 2/64) ...; 2. психотропна супстанца је свака супстанца биолошког или синтетичког порекла која се налази на Списку, у складу с Конвенцијом о психотропним супстанцама; 3. препарат је магистрални или галенски лек ..., 12. злоупотреба психоактивних контролисаних супстанци (чл. 2, ст. 2 Закона) је употреба оних које су забрањене, као и њихова употреба на начин, у количинама и за

1990 (*Службени лист СФРЈ*, бр. 14/90). Овде је цитиран део њеног увода. Осим ове конвенције, основу садашњег система у Србији и Хрватској чине Јединствена конвенција о опојним дрогама из 1961, Конвенција о психотропним супстанцама из 1971 и Протокол о измени Јединствене конвенције о опојним дрогама из 1972. Ове, као и већину других најважнијих међународних аката, ратификовала је СФРЈ (цитат из: 3. Стојановић, О. Перић, *Кривично право, Посебни део*, Београд 2006, 221).

<sup>5</sup> *Orça i nacionalna enciklopedija* (у 20 књига), Zagreb 2007, књига 5, 204.

<sup>6</sup> *Правни лексикон*, Савремена администрација Београд 1970, 710; *Правна енциклопедија*, Савремена администрација Београд 1979, 875-876.

<sup>7</sup> *Службени гласник РС*, бр. 99/10.

<sup>8</sup> *Narodne novine RH*, бр. 107/01, 87/02, 153/03, 141/04, 40/07, 149/09 и 84/11.



индикације за које нису прописане.<sup>9</sup> Решење о утврђивању опојних дрога и психотропних супстанци<sup>10</sup> обухвата под А/ 125 опојних дрога (нпр. 47. канабис, 52. кока, 53. кокаин, 54. концентрат опијумског мака) а под Б/ 121 психотропну супстанцу (нпр., 100. третрахидроканабинол /ТНС, као есенцијалну компоненту канабиса/). Закон о сузбијању злоупотребе опојних дрога Хрватске објављен је под тим именом 5. децембра 2001;<sup>11</sup> израз „опојних“ из имена закона удаљен је тек у његовој новели од 20. јула 2011.<sup>12</sup> Убеђени смо да се суштина дрога, њихове злоупотребе крије баш у њиховој психоактивности, тј. опојности, па да зато реч „опојне“ није сувишна, него је и у складу са цит. Конвенцијом. У чл. 2, ст. 2, тач. 1 цит. Закона овако су дефинисане: „Дрога је свака супстанца природног или вештачког порекла, укључивши психотропне супстанце, уврштене у Списак дрога и психоактивних супстанци“.

## 2. КРИВИЧНОПРАВНИ АСПЕКТ ЗЛОУПОТРЕБЕ ОПОЈНИХ ДРОГА

### 2.1. Описи кривичних дела злоупотребе опојних дрога од Кривичног законика из 1929. па до Основних кривичних закона Србије и Хрватске (историјско право)

Према нама доступним изворима, тек у југословенском Кривичном законнику из 1929. налазимо опис кривичног дела<sup>13</sup> чији су предмет опојне дроге; оно је у Глави XXIII као кривично дело против здравља људи у чл. 268, тач. 3 описано овако: „Затвором до шест месеци и новчаном до пет хиљада динара казниће се: ... 3. ко неовлашћено служи морфијум, кокаин, опијум и друге сличне напитке који штетно дејствују на здравље.“ У томе опису исцрпљује се целокупно биће кривичног дела. Однос законодавца према опојним дрогама почео се постепено али битно мењати од југословенског Кривичног законика из 1951,<sup>14</sup> па до Кривичног законика Србије из 2005, Кривичног закона Хрватске из 1997. и Кривичног закона Хрватске из 2011. односно његове новеле из 2012. Тако испред чл. 208 КЗ/51 као име кривичног дела стоји Неовлашћена производња, прерађивање и

<sup>9</sup> По нашој оцени, у злоупотреби тих супстанци лежи смисао забране незаконитог промета и нове ланчане злоупотребе.

<sup>10</sup> *Службени гласник РС*, бр. 24/05.

<sup>11</sup> *Narodne novine RH*, бр. 107/01.

<sup>12</sup> *Narodne novine RH*, бр. 84/11.

<sup>13</sup> Према чл. 15 ст. 3 КЗ/29 радило се о преступу.

<sup>14</sup> *Службени лист ФНРЈ*, бр. 13/51; Јанко Ђ. Таховић, *Коментар Кривичног законика*, Савремена администрација Београд 1957, 438—439.; даље скраћено: КЗ/51.

продаја опојних дрога и отрова, а у самом члану налазимо три става, ст. 1 као основни облик у неколико алтернатива и подалтернатива и ст. 2 као тежи облик у две алтернативе; за основни облик прописана је казна затвора од три месеца до три године, а за тежи затвор од најмање шест месеци или строги затвор до пет година. Дакле, не само што се увећава број облика и алтернатива кривичног дела, већ су строже и казне у односу на КЗ/29. У ст. 3 истог члана посебно се нормира мера безбедности одузимања предмета, било као *producta sceleris* било као *instrumenta sceleris*. Члан 208 КЗ/51 представља првобитни опис бића кривичног дела злоупотребе опојних дрога у свим варијантама све до ових времена. Док је КЗ/51 познавао само једно кривично дело, чији су предмет биле опојне дроге поменуте у цит. члану 208, Кривични закон СФРЈ<sup>15</sup> (касније преименован у Основни кривични закон Србије /даље скраћено: ОКЗС/ и Основни кривични закон Хрватске /даље скраћено: ОКЗХ/) је ову проблематику регулисао у два члана, у чл. 245 као Неовлашћену производњу и стављање у промет опојних дрога у два става (ст. 3 у чл. 245 и чл. 246 посебно нормира обавезно одузимање предмета, тј. опојних дрога и средстава за њихову производњу), а у чл. 246 као Омогућавање узимања опојних дрога, такође у два става; у оба члана ст. 1 описује основни а ст. 2 тежи облик кривичног дела. Са изнимком, у ОКЗХ<sup>16</sup> и у КЗХ/97<sup>17</sup>, када су оба кривична дела спојена у једно, оваква тенденција – два или чак три дела злоупотребе опојних дрога – задржала су се у српском и хрватском праву до данас. Не желећи улазити у мање важне појединости, сматрамо да је овде довољно само уочити тенденцију прописивања све строжих казни за таква кривична дела. Будући да су бића кривичних дела из чл. 246, 246а и чл. 247 КЗС веома слична онима у чл. 173, од ст. 1 до ст. 6, КЗХ/97, фингираћемо да је овај други и после 31. децембра 2012.<sup>18</sup> позитивно право.

## 2.2. Описи кривичних дела злоупотребе опојних дрога у Кривичним законима Србије и Хрватске (позитивно право)

Кривични законик Србије (КЗС) у Глави XXIII против здравља људи прописао је три (општа) кривична дела чији су предмет опојне дроге: у чл. 246 Неовлашћену производњу и стављање у промет опојних дрога, у чл. 246а Неовлашћено држање опојних дрога и у чл. 247 Омогућавање уживања опојних дрога. У вези с тим кривичним делима морамо размотрити и Закон о психоактивним контролисаним

<sup>15</sup> Објављен је у *Службеном листу СФРЈ*, бр. 44/76 и ступио на снагу 1. јула 1977.

<sup>16</sup> *Narodne novine RH*, бр. 28/96.

<sup>17</sup> Вид. фн. 2.

<sup>18</sup> Вид. фн. 2.

супстанцама (са списком опојних дрога... као подзаконским актом), чије норме имају бланкетни карактер; без њих није могуће протумачити а нити применити норме кривичног права, тј. оне које описују бића ових трију кривичних дела. – Кривично дело из чл. 246 у ст. 1 описује основни облик у више алтернатива<sup>19</sup> радње извршења: као неовлашћену (противно прописима), производњу, прераду, продају<sup>20</sup> или нуђење на продају или куповину, држање или преношење ради продаје или посредовање у продаји или куповини или на који други начин стављања у промет супстанци које су проглашене за опојне дроге (последња алтернатива има карактер генералне клаузуле);<sup>21</sup> свака алтернатива је кривично дело апстрактног угрожавања; будући да у њихово биће није унесена последица, ради се о делатносном деликту, тј. ономе који се остварује самом радњом; за тај облик запрећена је казна затвора од две до дванаест година. Опојне дроге су дефинисане у чл. 112, ст. 15 КЗС као супстанце и препарати који су прописима заснованим на закону проглашени за опојне дроге.<sup>22</sup> Ову дефиницију треба повезати са већ поменутиим Законом о психоактивним контролисаним супстанцама, Законом о супстанцама који се користе у недозвољеној производњи психотропних супстанци<sup>23</sup> и Решењем о утврђивању опојних дрога и психотропних супстанци.<sup>24</sup> Опојне дроге су објект кривичног дела из чл. 246 КЗС (као и оних из чл. 246а и чл. 247). Заштитни објект је здравље људи (што произилази и из назива Главе XXIII). Приступајући опису алтернативних бића основног кривичног дела уз помоћ правила *argumentum a contrario*, закључујемо да постоји и дозвољена производња, прерада, продаја и др. Однос између радњи извршења решава се применом материјалног супсидијаритета.<sup>25</sup> Свако дело, чији је објект опојна

<sup>19</sup> Колико је важна неовлашћеност (противправност), најбоље говори пре суда Апелационог суда у Београду Кж 115/10 од 7. октобра 2010. (*Билтен Вишег суда у Београду*, бр. 81/11, 34); наине, она мора бити на прикладан начин унесена у опис кривичног дела како у диспозитиву оптужног акта, тако и осуђујуће пресуде те једнако и у њено образложење; у супротном другостепни суд може закључити да се ради о апсолутно битној процесној повреди (изрека је неразумљива и противречна разлозима).

<sup>20</sup> Уговор о продаји је консензуалне природе: довољна је сагласност странака о предмету и цени па да уговор буде склопљен; тренутком његовог склапања довршено је крив. дело у алтернативи продаје опојне дроге.

<sup>21</sup> Она је пример интерпретације по сличности, аналогије у тумачењу; З. Стојановић *Кривично право, Општи део*, Београд 2006, 61, 63. и 64.

<sup>22</sup> Таква дефиниција не постоји у КЗХ/97 а нити у КЗХ/12.

<sup>23</sup> *Службени гласник РС*, бр. 107/05.

<sup>24</sup> *Службени гласник РС*, бр. 24/05.

<sup>25</sup> Али и алтернативитета; З. Стојановић, *Кривично право, Општи део*, Београд 2006, 221 223. Јавна тужилаштва и судови у томе веома често греше спајајући у чињеничном опису кривичног дела две или више алтернатива у једну.

дрога, може се учинити само с умишљајем (првенствено с директним али и евентуалним).<sup>26</sup> Члан 246, ст. 2 описује привилеговани облик који се састоји у неовлашћеном узгоју мака или психоактивне конопље или друге биљке из којих се добија опојна дрога или које саме садрже опојну дрогу; за њ је прописана казна затвора од шест месеци до пет година. Он је посебан облик радње извршења неовлашћене производње, али само напред поменутих биљака, док свака друга производња остаје у ставу 1 цит. члана, тј. у основном облику тог кривичног дела. Код овог дела није *ratio legis* у стављању опојних дрога у промет, док је управо то битно код неколико алтернатива из ст. 1 („... продаје или нуди на продају, држи или преноси или посредује у продаји или куповини или на други начин неовлашћено ставља у /наплатни/ промет супстанце или препарате ...“). Стиче се утисак да је законодавац хтео<sup>27</sup> погодovati учиниоце који само неке психоактивне биљке узгајају за сопствене потребе. Ст. 3 цит. члана је тежи облик основног дела ако га изврши група (чл. 112, тач. 2 КЗС) или ако је учинилац организовао мрежу препродаваца или посредника. Ст. 4 цит. члана описује још један тежи облик: дело из ст. 1. квалификовано је чињеницом да је извршено од стране организоване криминалне групе па се зато за учиниоца (члана организације) прописује казна затвора у трајању од најмање десет година (а највише двадесет година, што је општи максимум према чл. 45, ст. 1 КЗС). Дело се могло описати и овако: „Ако дело из ст. 1 овог члана изврши члан организоване криминалне групе, ...“, па би тако у већој мери дошла до изражаја индивидуална кривица извршиоца, али и са постојећим описом дела зна се што је мислио и хтео законодавац. У ст. 5 цит. члана нормиран је факултативни основ за ослобођење од казне учиниоца за основни (ст. 1) и квалификовани облик (ст. 3) под условом да открије од кога је набавио опојну дрогу. Ст. 6 цит. члана садржајно је повезан са производњом прописујући више алтернатива као припремне радње (*delicta praeparata*); оно се састоји у: неовлашћеном прављењу, набављању, поседовању или давању на употребу опреме, материјала или супстанце за које зна да су намењене за производњу опојних дрога.<sup>28</sup> Став 7 цит. члана налаже обавезно одузимање опојних дрога и средстава за њихову производњу и прераду;<sup>29</sup> ради се о посебно нормираној мери безбедности одузимања предмета која се изриче без обзира на то да ли су ове ствари својина учиниоца или не (чл. 87 КЗС). У чл. 246а,

<sup>26</sup> *ratio legis; ibid.*, 59.

<sup>27</sup> Нпр. као у пресуди Апелационог суда у Београду Кж1 7271/10 од 18. априла 2011; *Билтен Апелационог суда у Београду*; бр. 3/11, 101-102.

<sup>28</sup> прекурсори, као *instrumenta sceleris*.

<sup>29</sup> У алтернативи производње опојних дрога оне су *producta sceleris*, док су средства за њихову производњу и прераду *instrumenta sceleris*.

ст. 1 КЗС описано је кривично дело Неовлашћеног држања опојних дрога; чини га ко неовлашћено држи у мањој количини за сопствену употребу супстанце или препарате који су проглашени за опојне дроге; за њ је предвиђена новчана казна или затвор до три године, а може се ослободити од казне; учинилац тог дела, који открије од кога набавља дрогу, такође се може ослободити од казне. Када се то дело (ст. 1) упореди са кривичним делом из чл. 247, ст. 2 и 3 КЗС (нарочито тешке последице; смрт неког лица), тада оно може имати карактер дела запреке.<sup>30</sup> Кривично дело Омогућавања уживања опојних дрога описано је у три става чл. 247 КЗС, док је у ст. 4 описано облигатно одузимање опојних дрога (све у вези с последњим речено је у вези ст. 7 чл. 246 цит. КЗ). У ст. 1 налази се основни облик дела у четири алтернативе радње извршења; он гласи: „Ко наводи другог на уживање опојне дроге или му даде опојну дрогу да је ужива он или неко друго лице или стави на располагање просторије ради уживања опојне дроге или на други начин омогући другом да ужива опојну дрогу,<sup>31</sup> казниће се затвором од шест месеци до пет година.“ Став 2 и 3 тога члана јесу његови тежи облици. Према ст. 2 дело из ст. 1 квалификовано је малолетним лицем или са више лица или изазивањем нарочито тешких последица<sup>32</sup> код конзумента опојне дроге; за њ је запређена казна од две до десет година затвора. У ст. 3 квалификаторна околност у односу на дело из ст. 1 је смрт<sup>33</sup> неког лица, тј. уживаоца опојне дроге; за њ је прописана казна затвора од три до петнаест година (исти је посебни максимум као за убиство у чл. 113. КЗС).

Према садржају и конструкцији (опште) кривично дело Злоупотребе опојних дрога из чл. 173 КЗХ/97<sup>34</sup> веома је слично напред описаним делима у чл. 246, чл. 246а и чл. 247 КЗС па зато није нужно у овај чланак преносити његов садржај. То је логично када се зна да су оба законика настала на традицији КЗ/51 и КЗСФРЈ/76. Закон о сузбијању злоупотребе опојних дрога<sup>35</sup> и спискови опојних дрога,

<sup>30</sup> *les infractions obstacles*; З. Стојановић, О. Перић, *Кривично право, Посебни део*, Београд 2006, 254. Кажњавањем за крив. дело из чл. 246а законодавац је померио време своје реакције не чекајући наступање повреде из чл. 247, ст. 2 и 3; дакле, репресију за крив. дело из чл. 246а оправдао је превентивним разлозима.

<sup>31</sup> Привидни стицај између кривичног дела из чл. 247, ст. 1 и чл. 246, ст. 1 КЗС не може постојати; наиме, њихове радње различите су по својој природи, а различите су и њихове последице; прво дело има за последицу конкретну а друго апстрактну опасност (пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж И 6098/10; Виши суд у Новом Саду, *Билтен судске праксе*, бр. 2/11, 173).

<sup>32</sup> Последња алтернатива је последично крив. дело (као и дело повреде); З. Стојановић, *Кривично право, Општи део*, Београд 2006, 216.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Вид. фн. 2.

<sup>35</sup> *Narodne novine RH*, бр. 107/01,87/02,163/03,141/04,40/07,149/09 и 84/11.

психотропних супстанци и биљака из којих се може добити опојна дрога те супстанци које се могу употребити за израду опојних дрога<sup>36</sup> – попуњавају бланкетна бића кривичних дела из чл. 173, ст. 1–6 КЗХ/97. Чл. 173 КЗХ/97 и чл. 246 КЗС битно разликују у одредби која дозвољава факултативно ослобађање од казне; оно у чл. 173, ст. 8 КЗХ/97 гласи: „Учиниоца кривичног дела из ст. 1, 2, 3, 4 и 5 овог члана који је добровољно и битно допринео откривању дела суд може ослободити од казне.“ Такав се пропис може схватити да је битно да учинилац допринесе откривању сопственог дела; да ли је то било добровољно и битно, оцениће суд. Законодавац тако награђује учиниоца неког дела, а да га, што је најважније, не занима од кога је он набавио (нпр. купио) дрогу па да се покрене поступак против дистрибутера опојних дрога; такво учиниочево поступање, према веома уском тумачењу тог закона, не би било услов за његово факултативно ослобођење од казне, већ би се – као држање после учињеног дела – пре могло подвести под нарочито олакшавајуће околности. Кривична дела злоупотребе опојних дрога у КЗХ/12 описана су у ал. 190 као Неовлашћена производња и промет дрогама и у ал. 191 као Омогућавање трошења дрога. Држање опојних дрога у смислу историјског ал. 173, ст. 1 КЗХ/97 (ал. 246, ст. 3 првобитног КЗС-а) у КЗХ-у/12 од 1. јануара 2013. није више инкриминисано као кривично дело. Остали ставови тих двају чланова само су нове варијације на исте теме из чл. 173. КЗХ/97 и нису битне за смисао и садржај овог чланка. Нестала је употреба израза „опојних дрога“, а остале су само „дроге“, у складу са Законом о сузбијању злоупотребе дрога.<sup>37</sup>

### 2.3. Општи део Кривичних законика Србије и Хрватске

#### 2.3.1. Дело малог значаја

За кривично дело злоупотребе опојних дрога из чл. 173, ст. 2 КЗХ/97 (чл. 246, ст. 1 КЗС) била је до 30. децембра 2000. прописана казна затвора од једне до десет година; наиме, после тог датума за кривично дело из чл. 173, ст. 2. КЗХ/97 запређена је казна затвора од једне до дванаест година или казна дуготрајног затвора (чл. 53, ст. 3. КЗХ/97; најмање двадесет а највише четрдесет година). Новелом КЗХ/97, која је ступила на снагу 1. октобра 2006, за кривично дело из чл. 173, ст. 2 (бивши чл. 196, ст. 1 ОКЗХ; чл. 246, ст. 1 КЗС) укинут је дуготрајни затвор и замењен општим максимумом од петнаест година затвора, док је посебан минимум казне затвора повећан са једне на три године. Пре али и годинама после 1. октобра 2006. оптужи-

<sup>36</sup> *Narodne novine RH*, бр. 27/02,163/04,43/08 и 50/09.

<sup>37</sup> Ради се о његовој новели објављеној у *Narodnim novinama RH*, бр. 84/11; све то није у складу са Конвенцијом УН а против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци, усвојеном у Бечу 1988.

вало се за производњу опојне дроге марихуане и када су окривљени узгојили само једну биљку индијске конопље, а за продају када су продали само једну цигарету напуњену том дрогом или само један пакетић напуњен једним грамом те дроге.<sup>38</sup> Полазило се од стриктне примене закона:<sup>39</sup> 1. да су за то кривично дело биле запрећене веома високе казне (до десет, затим до дванаест година или чак затвор од двадесет до четрдесет година /“дуготрајни“/), после до петнаест година, као нпр. за основни облик убиства /чл. 90 КЗХ/97/), па да зато није могуће безначајно дело односно дело малог значаја (чл. 28 КЗХ/97; чл. 18 КЗС); 2. да се – када је реч о производњи опојне дроге марихуане – од једне одрасле биљке индијске конопље висине од најмање 2,5 m може добити између 50 и 100 g суве материје<sup>40</sup> (цветних врхова и лишћа), тј. поменуте опојне дроге; 3. производњу и промет опојних дрога, па и марихуане, немогуће је контролисати,<sup>41</sup> па се самим тим не може бити сигуран да је окривљени дрогу произвео за себе; осим тога, КЗХ/97 (као ни КЗС) не познаје алтернативу бића производње опојних дрога за сопствене потребе; чак и када је окривљени заиста убедљив да је марихуану од једне или неколико биљака наменио самом себи, није искључено да ће некога почастити дрогом (што би био лукративни посао у смислу чл. 173, ст. 5 КЗХ/97; чл. 247, ст. 1 КЗС), или да ће је продати (чл. 173, ст. 2 КЗХ/97; чл. 246, ст. 1 КЗС) једанпут или у више наврата; 4. зависност се може развити и злоупотребом марихуане; 5. зависници о опојним дрогама, који су млади умрли од предозирања хероином, почели су са марихуаном или њој сличном опојном дрогом; осим тога, пуно осуђиваних за производњу или продају релативно или апсолутно малих, али и већих количина било које дроге почели су као држаоци марихуане (чл. 173, ст. 1. КЗХ/97; чл. 246а, ст. 1 КЗС). Дакле, сва ова сазнања подупирала су нашу тезу да су сва кривична дела производње или/и продаје опојних дрога веома друштвено опасна: 1. она угрожавају здравље па чак и физички опстанак младих уживалаца; 2. уживаоци, поготово када буду зависни о опојним дрогама, често су и сами баш због тога појачано мотивисани (угрожени, али не у смислу крајње нужде) да чине разна кривична дела како би се домогли опојне дроге (фалсификати лекарских рецепата, провале у апотеке, крађе ради стицања новца итд.); 3. сви се они, било да им је

<sup>38</sup> Непосредно искуство аутора.

<sup>39</sup> Ђ. Игњатовић, Милан Шкулић, *Организовани криминалитет*, Београд 2012, 66; убеђени смо да би стриктна примена закона за неколико година давала за иста добре резултате.

<sup>40</sup> Вештачење од др Милана Поспишила, професора Агрономског факултета Универзитета у Загребу, прибављено је 8. новембра 2005. у спису Окружног суда у Бјеловару под бројем КИО МП 16/05.

<sup>41</sup> То би се могло објаснити и „законом санте леда“: 5% леда вири из воде а остатак је невидљив, под водом.

изречена мера безбедности обавезног лечења од зависности (чл. 76 КЗХ/97; обавезно лечење наркомана, чл. 83 КЗС) или ако су се сами одлучили на такво лечење, најчешће лече на трошак здравственог осигурања. Истини за вољу, судски случајеви те врсте (чл. 173, ст. 2 КЗХ/97; чл. 246, ст. 1 КЗС) постали су у Хрватској, поготово у другој половини 1998, прилично бројни те су тако знатно оптеретили првостепене али и другостепене судове; по нашој оцени<sup>42</sup> они нису били тешки, тј. натпросечно компликовани за суђење (требало је само мало знања, воље и одлучности, као и убедљиве казнене политике за оне који су проглашени кривима и оне који би их могли следити у криминалном понашању). Што је више законодавац, како је напред констатовано, пооштравао казне за производњу и продају опојних дрога (и њима сличних алтернативних бића кривичног дела), судови су на то реаговали све чешћим доношењем ослобађајућих<sup>43</sup> пресуда из било којих разлога (дело малог значаја, помањкање доказа) или ублажавањима казни прецењујући нарочито олакшавајуће околности или утврђујући обичне олакшавајуће<sup>44</sup> околности као нарочито олакшавајуће, најчешће њиховим збрајањем. Жалбе заступника оптужбе против таквих пресуда често нису биле успешне. Од 2010. па надаље учестале су ослобађајуће пресуде Врховног суда РХ да се кривична дела производње или/и продаје опојних дрога (чији је предмет био узгој једне до десет /па чак и нешто више од десет/ биљака индијске конопље, или продаја неколико грама марихуане или цигарета пуњених марихуаном) правно квалификују као дела малог значаја<sup>45</sup> (пресуде ВСРХ Кж-340/11, Кж-140/09). И пре оваквих

<sup>42</sup> Општински судови у РХ искључиво су првостепени, окружни („жупанијски“) су првостепени и другостепени, док је Врховни суд РХ само другостепени а изнимно трећестепени суд.

<sup>43</sup> Уместо стриктне примене закона уследило је његово искривљавање у судској пракси, декриминализација (Ђ. Игњатовић, Н. Шкулић, *Организовани криминалитет*, Београд 2012, 65-66) држања опојних дрога без посебних мотива (чл. 173, ст. 1 КЗХ/97; чл. 190, ст. 1 КЗХ објављен у *Narodnim novinama RH*, бр. 125/11) и, на крају, до знатних измена бића кривичних дела Неовлашћене производње и промета дрогама из чл. 190, ст. 1 (производња или прерада без намере стављања у промет) и ст. 2 (производња и др. с том намером) КЗХ/12 (*Narodne novine RH*, бр. 144/12), али и прописаних казни у односу на чл. 173, ст. 2 КЗХ/97; вид. поднаслов 2.2. Описи кривичних дела злоупотребе опојних дрога у Кривичним законницима Србије и Хрватске.

<sup>44</sup> Тако се нпр. у пресуди ВСРХ, Кж 80/10 (ауторов спис К ДО 33/09) о марихуани говори као о лакшој врсти дроге. Такву олакшавајућу околност могли бисмо сместити у оне које се односе на јачину угрожавања или повреде заштићеног добра. Овакав однос према марихуани налази порекло у тежем облику крив. дела Омогућавања уживања опојних дрога из чл. 246, ст. 2 КЗСФРЈ; у поређењу нпр. са херионом, који је квалификован као нарочито опасна, марихуана је сигурно лакша опојна дрога.

<sup>45</sup> Чешки Кривични законик из 2009. у Глави VII као „Кривична дела опште опасности“ предвиђа пет кривичних дела злоупотребе опојних дрога; али само она у чл. 284 и чл. 285 имају у своме бићу малу количину опојне дроге или психотропне



правних схватања примарно јавнотужилачка, али и судска пракса морале су решавати проблем малих количина опојних дрога, само што је он био ограничен на кривична дела држања опојних дрога (за сопствене потребе, чл. 196, ст. 1 ОКЗРХ, чл. 173, ст. 1 КЗХ/97; чл. 246а, ст. 1 КЗС); 1997. јавнотужилачка пракса увела је неписано правило да је то нпр. 1 g марихуане, 1 g хашиша, 1 цигарета пуњена таквом дрогом, 1 доза *LSD-a*, хероина, кокаина, 1 таблета *MDMA (ecstasy)* и сл. ако такву количину учинилац држи за сопствене потребе, док би све преко тога било противправно. Сви конкретни појавни облици кривичног дела производње опојних дрога или/и психотропних супстанци (чл. 173, ст. 2 КЗХ/97; чл. 246, ст. 1 КЗС) сматрали су се (материјално) противправнима, осим у ситуацији ако би неко за себе нпр. на свом балкону узгојио једну биљку индијске конопље.

### 2.3.2. *Остала проблематика у области злоупотребе опојних дрога*

Кренућемо од кривичних дела Неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога из чл. 246 КЗС (чл. 173 КЗХ/97 односно чл. 190 КЗХ/12). Напред под 2.1. и 2.2. изнели смо садржај свих његових норми, напосе алтернативно постављених радњи извршења (или алтернативно описаних бића) дела у сваком ставу. Тек да подсетимо, ст. 1 чл. 246 КЗС (чл. 173, ст. 2. КЗХ/97, чл. 190, ст. 2 КЗХ/12) је основни облик поменутог дела. Од свих алтернативно постављених радњи извршења тог дела у пракси најчешће су неовлашћена производња и продаја, а нешто ређа купња ради продаје, држање ради продаје или посредовање у куповини или продаји супстанце или препарата који је проглашен за опојну дрогу. Неовлашћена, а што значи противправна, производња /и остале варијанте бића кривичног дела/ је свака без дозволе овлашћеног органа односно без правног основа; наиме, Закон о психоактивним контролисаним супстанцама Србије<sup>46</sup> (Закон о сузбијању злоупотребе дрога Хрватске<sup>47</sup>) у низу норми прописује под којим се условима

супстанце. Кривично дело Држања опојне дроге и психотропне супстанце и отрова из чл. 284 гласи овако: „Ко неовлашћено за сопствену потребу држи у количини већој него што је мала опојну супстанцу од конопље, смолу од конопље или психотропну супстанцу која садржи било какав тетрахидроканабинол, његов изомер или стереохемијску варијанту (*THC*), казниће се ...“. Кривично дело Неовлашћеног узгоја биљака чији је садржај опојна дрога или психотропна супстанца у чл. 285 малу количину опојних дрога ставља у овакав контекст: „Ко неовлашћено за сопствену потребу узгаја у количини већој него што је мала конопља, казниће се ...“. Малу количину опојне дроге и ону што је већа од ње основи теорије права сместили би у појам правних стандарда, а конкретна решења пружила би судска пракса. Оно што је вредно пажње, јесте начин решавања проблема мале количине опојне дроге као предмета кривичног дела, где она бар отприлике почиње и где се налази количина која га заиста чини кривичним делом у смислу материјалне противправности.

<sup>46</sup> Вид. фн. 7.

<sup>47</sup> Вид. фн. 8.

може производити опојне дроге, биљке из којих се оне добивају и др.; сама производња најчешће се појављивала у вези са узгојем индијске индијске конопље (ређе мака) те сушењем њених цветних врхова и лишћа ради стварања дроге познате под тривијалним именом „марихуана“, чији есенцијални састојак тетрахидроканабинол (даље: *THC*) мора бити заступљен са више од 0,3%. Будући да се то кривично дело може учинити само са умишљајем, поставља се питање, чега је узгајивач индијске конопље био свестан и што је хтео: узгојити индијску конопљу као биљку с довољно *THC*-а (као психоактивне супстанце) или је његов циљ био финални производ марихуана с потребним процентом *THC*-а који би јој дао својство опојне дроге; у пракси се никада није појавио случај да би неовлашћени произвођач индијске конопље из ње неким физикалним или хемијским поступком издвојио *THC* високог степена чистоће. Према томе, животно је очекивати да узгајивач индијске конопље (у правилу) буде произвођач марихуане као финалног производа од те биљке и да баш то хоће. У пракси се догађало да је полиција индијску конопљу пронашла и одузела од неовлашћеног произвођача пре него је досегла висину од 40 cm, дакле у време када у њој није било више од 0,3% *THC*-а, па је прибегавала контролисаној узгоју како би се после токсиколошким вештачењем узорака установила релевантна количина *THC*-а. Будући да га је тако спречила да доврши дело, оно је остало у покушају. Догађало се да је полиција таквим произвођачима одузела индијску конопљу висине од најмање једног па чак до три метра за коју се одмах знало, али и токсиколошким вештачењем утврдило да је конопља типа дроге са више од 0,3% *THC*-а; полазећи од тога да је учинилац имао умишљај да од индијске конопље добије марихуану као финални производ, аутор је у низу својих оптужница бранио становиште<sup>48</sup> да је дело остало у покушају. Таквом његовом схватању допринели су: 1. опис бића кривичног дела које познаје супстанце или препарате; 2. Списак опојних дрога, психотропних супстанци и биљака из којих се може добити опојна дрога од 20. марта 2002,<sup>49</sup> у коме је конопља (*cannabis indica*) изостављена са Списка опојних дрога и стављена на списак биљака из којих се може добити опојна дрога, и 3. токсиколошка вештачења<sup>50</sup> која су увек марихуану дефинисала као „биљну материју која садржи више од 0,3% тетрахидроканабинола (*THC*) и која је конопља типа дроге (марихуана)“; иза овога следио је редак: „Према Списку опојних дрога ... тетра-хидроканабинол се налази на списку психотропних супстанци ...“.

<sup>48</sup> Пишући овај рад, после темељитог проучавања свих норми, али и појмова што је супстанца, а што препарат схватили смо да је то становиште било погрешно.

<sup>49</sup> *Narodne novine RH*, бр. 27/02.

<sup>50</sup> Сва вештачења у којима је утврђено постојање више од 0,3% *THC* а у биљној материји садрже у суштини једнака мишљења.

Дакле, тим вештацима и судовима увек је био важан *THC* који би у марихуани прелазило 0,3%; захваљујући томе нека биљна материја, у мишљењима вештака, наведена је као опојна дрога „марихуана“, а да се ни једни ни други нису упуштали у то да ли је она супстанца или препарат. Следећи спискови опојних дрога вратили су индијску конопљу у Списак опојних дрога и биљака под тим именом или под именом „конопља“ (*cannabis sativa*, чак и марихуана), а у следећа два списка<sup>51</sup> чак на два места у сваком (вид. поднаслов 1. Појам опојних дрога и њихова злоупотреба). У пракси првостепених судова (окружних, „жупанијских“) и Врховног суда РХ превладало је схватање да се ради о довршеном кривичном делу; Врховни суд РХ руководио се овде чињеницом да је учинилац, пре него што је откривен, узгојио биљку са више од 0,3% *THC-a*; дакле, пресудна је била та количина *THC-a* као психоактивне (психотропне) супстанце па да дело буде довршено, а не да ли су њени цветни врхови или лишће сушењем претворени у марихуану. Дакле, Врховни суд РХ заузео је исто правно схватање као и Врховни суд РС у одлуци Кж 1517/05,<sup>52</sup> у којој се производња опојних дрога дефинише као свака активност извршиоца којом се из одређеног материјала може добити супстанца која има својство опојне дроге. Према томе, чим се у индијској конопљи појави више од 0,3 % *THC-a*, довршено је кривично дело у алтернативи производње опојних дрога (чл. 246, ст. 1 КЗС; чл. 173, ст. 2 КЗХ/97, чл. 190, ст. 1 КЗХ/12). Предност КЗС-а<sup>53</sup> налазимо у две интерпретативне одредбе које се тичу ове материје: прва у чл. 112, ст. 15 даје дефиницију опојних дрога као супстанци и препарата који су прописима заснованим на закону проглашени за опојне дроге, док друга у ст. 30 истог члана олакшава интерпретацију радњи кривичних дела одређених трајним глаголом: сматра се да је дело учињено ако је радња извршена једном или више пута. Полазећи од тога да би кривично дело из чл. 246, ст. 1 КЗС (чл. 173, ст. 2. КЗХ/97, чл. 190, ст. 1. и 2. КЗХ/12) било довршено, довољно је да се нека опојна дрога једанпут произведе или једанпут прода ... Дакле, опојне дроге (супстанце или/и препарати) су објект радње кривичног дела. У вези баш са тим препаратима опет морамо нагласити да они у хрватском праву нису дефинисани, напосе не у Закону о сузбијању злоупотребе дрога; због тога није морало свакоме, ко је интерпретирао опис бића кривичног дела нпр. из чл. 173, ст. 2. КЗХ/97 (чл. 246, ст. 1 КЗС), бити јасно да ли је марихуана супстанца или препарат. Према Закону о психоактивним контролисаним супстанцама Србије (чл. 3, тач. 3) препарат је магистрални или галенски лек израђен у складу са законом којим се уређују лекови и медицинска средства. Марихуана

<sup>51</sup> *Narodne novine RH*, бр. 163/04 и 43/08.

<sup>52</sup> З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник Београд 2006, 575.

<sup>53</sup> *Ibid.*

се очито не може подвести под ову дефиницију препарата; није лек. У Решењу о утврђивању опојних дрога и психотропних супстанци Србије биљка канабис, чијим је сушењем добивена марихуана, налази се у одјелку А/ на Списку опојних дрога под редним бројем 47; дакле, када је по важећем праву марихуана резултат узгоја и сушења канабиса, тада је јасно да је она, прво – биљка, а друго – опојна дрога, док њено име спада у групу тривијалних (а не хемијских) имена.

Желећи у пракси што успешније сузбијати продају (али и сваки други наплатни промет) опојних дрога, аутор је, иначе склон експериментисању, доказе повољне за оптужбу покушао искористити за покретање кривичних поступака и против купаца опојних дрога због подстрекавања продавалаца на њихову продају. То су били случајеви када су се они обраћали продаваоцима с понудом за продају, а не обрнуто – продаваоци купцима с понудом за купњу. Такве процесе купци су као сведоци у случајевима против продавалаца опојних дрога као окривљених изазвали својим лажним исказима (на главном претресу променили су исказ који су дали у истрази); сврха тих кривичних поступака била је да се дисциплинује сведоке (купце и држаоце опојних дрога). Друга ситуација, да продавац понуди купцу да купи опојну дрогу, за јавнотужилачку и судску праксу никада није била спорна. Утолико се слажемо са тврдњом у литератури<sup>54</sup> да купња опојне дроге за личне потребе није кривично дело. Подстрекавање је у чл. 37, ст. 1 КЗХ/97 описано као и у чл. 34, ст. 1 КЗС: „Ко другог са умишљајем подстрекне да изврши кривично дело, ...“. Радња подстрекавања може се кретати у распону од благог наговарања па до неких форми принуде;<sup>55</sup> битно је да је у питању радња која је подобна да код подстрекнутог створи одлуку да изврши кривично дело. То се збива веома једноставно: купац је продаваоца питао да ли му може продати опојну дрогу (понуда продаје), а продавац је то прихватио (прихваћање понуде). Криминолошки гледано, управо је купац тражио од продаваоца, за којег је знао чиме се бави, да му прода опојну дрогу неке врсте, у некој количини, а овај је на то реаговао прихватом; таква купчева комуникација лако се може подвести под опис подстрекавања како га даје позитивно законодавство и правна наука.<sup>56</sup> Правнодогматски гледано, ово схватање лежи на чврстим темељима, но ма колико смо се трудили, ниједан првостепени суд<sup>57</sup> није тако пресудио, а нити је и једна жалба преко другостепеног јавног тужилаштва стигла до другостепеног суда<sup>58</sup>. Наш став да купац може наговорити продаваоца на продају опојне дроге

<sup>54</sup> P. Novoselec (ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb 2007, 130.

<sup>55</sup> З. Стојановић, *Кривично право, Отуђи део*, Београд 2006, 242. и 243.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 243.

<sup>57</sup> Окружни („Жупанијски“) суд у Бјеловару и Окружни суд у Вировитици.

<sup>58</sup> Врховни суд РХ.

(или другом лицу) њему самоме или другом лицу подупиру ови аргументи: 1. како подстрекач може некога подстрекнути да за њега или неког другог нешто нпр. нешто украде (чл. 216, ст. 1 КЗХ/97; чл. 203, ст. 1 КЗС), тако га може на било који начин убедити да му прода опојну дрогу (чл. 173, ст. 2 КЗХ/97; чл. 246, ст. 1 КЗС); 2. подстрекач нема снаге да изврши самоубиство, па подстрекне другог да га лиши живота; тај други очигледно је учинилац кривичног дела убиства (чл. 90 КЗХ/97; чл. 113 КЗС); 3. професионални убица има трајни умишљај да убија људе (а дистрибутер опојних дрога да их продаје!), али да би усмртио конкретно лице, мора неко да га на то подстрекне; према томе, лице А очито је подстрекач а лице Б извршилац. Ова три примера сигурно су свакоме јасна па је тешко наћи одговор на питање, зашто је спорно подстрекавање од стране купца усмерено према продаваоцу ради продаје опојне дроге? У вези с тим можемо закључити да је овде пресудно запостављање тековина кривичноправне догматике.

#### 2.4. Посебни део Кривичних законика Србије и Хрватске

Једно алтернативно биће кривичног дела из чл. 173, ст. 2 КЗХ/97 (чл. 246, ст. 1 КЗС) у пракси и правној доктрини<sup>59</sup> изазива знатну пажњу: држање опојне дроге ради продаје; баш то држање је заједнички именован с другим кривичним делом, оним из чл. 173, ст. 1 КЗХ/97 (чл. 246а, ст. 1 КЗС). У литератури<sup>60</sup> смо нашли цитате из другостепених пресуда који гласе: 1. „Да ли је окривљени ... држао опојну дрогу или психотропне супстанце за продају или личне потребе, чињенично је питање које се процењује с обзиром на све околности случаја, а нарочито количину и врсту дроге и да ли се окривљени иначе бави трговином дрогом (Окружни суд Загреб, Кж-948/96)“; 2. „Број пакетића сам за себе не може створити затворени круг оних околности које би на сигуран начин упућивале на то да је окривљени дрогу набавио ради продаје (исти суд, Кж-531/91)“; 3. „Исто тако прибор за мерење количине дроге само упућује на сумњу у могућност илегалне продаје, али још увек сам за себе није довољан доказ за поуздано утврђење чињенице да је окривљени дрогу, која код њега пронађена, хтео продати (исти суд, Кж-1092/97). Чини нам се да је у првој сентенци вредно коментарисати ове делове: „нарочито количину и врсту дроге те да ли се окривљени иначе бави трговином дрогом.“ Оно, што чини разлику између држања опојне дроге за сопствене потребе од онога ради продаје, пре свега је количина неке дроге која очигледно неколико пута премашује потребе конкретног држаоца па да се лако и изнад сваке разумне сумње може закључити

<sup>59</sup> P. Novoselec (ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb 2007, 130.

<sup>60</sup> *Ibid.*

да је вишак неке дроге намењен тржишту. Одговор на питање о томе која количина конкретне опојне дроге може бити потребна неком конзументу, чак и зависнику, може дати психијатријски вештак. Покрај тог квантификацијског аргумента провереног психијатријским вештачењем уопште није важно да ли је учинилац трговао дрогом. За то постоје ови разлози: ако се помоћу доказа може утврдити да је продавао дрогу, тада ће одговарати за ту кажњиву радњу; осим тога, према материјалном супсидијаритету не би смео да одговара за друга алтернативно описана бића кривичног дела из чл. 173, ст. 2. КЗХ/97 (чл. 246, ст. 1 КЗС). Број пакетића напуњених опојном дрогом (из друге сентенце) може се њеном укупном количином уклопити у нашу квантификацијску теорију како смо је мало пре изнели; он сам за себе чини чврст, јасан и поуздан доказ да је опојна дрога у нечијој државини ради продаје или обрнуто, тј. да ју је држалац себи намењено. У трећој сентенци прибор за мерење (вагање) опојне дроге код њеног држаоца веома је значајна доказна чињеница, уз остале доказе (нпр. количину), да је дрога намењена продаји; наиме, нико разуман себи као конзументу не мери опојну дрогу, поготово не на прецизној дигиталној ваги, и после је не пакује у количинама које се сусрећу на илегалном тржишту; нико то не чини ни с дозвољеним супстанцама у расутом стању (нико не купи нпр. 1 kg шећера да би га извагао у количинама од неколико грама, упаковао у пакетиће и самоме себи сладио кафу). Држање опојних дрога без правног основа, али не ради продаје (бивши чланови 173. ст. 1 КЗХ/97 и 246, ст. 3 КЗС), доживело је пажње вредан развој у Кривичним законцима Србије и Хрватске. Оно је унесено као кривично дело и у чл. 190, ст. 1 КЗХ из 2011, но следећом новелом из 2012. је укинута,<sup>61</sup> па је тако остало у зони прекршајног права<sup>62</sup> (чл. 54, ст.1, тач. 1; за физичко лице прекршај је кажњив по ст. 3 истог члана Закона о сузбијању злоупотребе дрога). Што се тиче КЗС-а, ст. 3. чл. 246 (неовлашћено држање опојне дроге) брисан је новелом од септембра 2009. и истовремено је уведен нови чл. 246а<sup>63</sup> чији ст. 1 гласи: „Ко неовлашћено држи у мањој количини за сопствену употребу супстанце или препарате који су про-

<sup>61</sup> *Narodne novine RH*, бр.144/12; одатле скраћеница КЗХ/12; тај КЗ примењује се као целина од 1. јануара 2013.

<sup>62</sup> *Narodne novine RH*, бр. 107/01. У Закону о психоактивним контролисаним супстанцама, *Службени гласник РС*, бр. 99/10, није прописано да физичко лице може прекршајно одговарати за неовлашћено држање опојних дрога; ово наше запажање у свом реферату подупире судија Апелационог суда у Новом Саду, М. Дедић; *Билтен Врховног касационог суда РС*, бр. 2/11, 214.

<sup>63</sup> *Службени гласник РС*, бр. 72/09. Судија Апелационог суда у Новом Саду, М. Дедић, исправно закључује у свом реферату (*Билтен Врховног касационог суда РС*, бр. 2/11, 213–214) да после новеле КЗС а (*Службени гласник РС*, бр. 72/09) само држање опојне дроге без мотива више не представља кривично дело.

глашени за опојне дроге, казниће се новчаном казном или затвором до три године, а може се ослободити од казне.“ Ст. 2 истог члана отвара још једну могућност за ослобођење од казне (али и неограничено ублажавање, чл. 57, ст. 2 КЗС) таквог држаоца ако открије од кога набавља дрогу. Ст. 3 истог члана налаже обавезно одузимање дроге (у смислу мере безбедности одузимања предмета, чл. 87 КЗС). У вези са ст. 1 тога члана наука<sup>64</sup> поставља два питања: 1. што је мања количина опојне дроге и 2. како решити ситуацију када учинилац за сопствену /зло/употребу држи већу количину опојне дроге. Мања количина, али и већа количина опојне дроге за сопствене потребе (зависничке или не) јесу правни стандарди на које одговор може, од случаја до случаја, дати судска пракса. По нашој оцени мања количина опојне дроге је она која би могла задовољити нечије потребе за седмицу до две. Наравно, таква количина морала би бити у сразмери и са токсичним учинцима конкретне дроге; овде се такође не би смело занемарити потребе држаоца за опојном дрогом, тј. да ли је његова зависност психичка (лакша) или физичка (тежа). Има уживалаца опојних дрога који повремено или често располажу већим свотама новца и воле стварати залихе за дуже време (нпр. до шест месеци) па тако за сопствене потребе (а не ради продаје или неке друге врсте наплатног промета) држе веће количине опојне дроге. Нема сумње да се држање мање количине опојне дроге може подвести под биће кривичног дела из чл. 246а, ст. 1 КЗС,<sup>65</sup> но остаје отворено питање што с већом количином за сопствене потребе? Чини се да би се проблем могло решити логичким тумачењем; дакле, ако неко одговара за држање мање количине опојне дроге за сопствене потребе, зашто не би, једнако мотивисан, и с истим умишљајем, одговарао и за већу количину у смислу кривичног дела из чл. 246а, ст. 1 КЗС? Правило *argumento a minori ad maius*<sup>66</sup> не може нам понудити другачији одговор. Ипак решење проблема није у формалној логици, већ у начелу законитости: за кривично право (нпр. за биће кривичног дела) важан је његов сегмент који гласи *nulla poena sine lege stricta*,<sup>67</sup> што значи да кривични закон обухвата само оно на што се односи, а не и неке сличне ситуације; он садржи забрану стварања кривичноправних норми путем креативне аналогије. И да закључимо: држање веће количине опојне дроге за сопствене потребе није кривично дело из чл. 246а, ст. 1 КЗС. Тако кроз начело законитости, напосе његову гаран-

<sup>64</sup> Ђ. Игњатовић, М. Шкулић, *Организовани криминалитет*, Београд 2012, 210.

<sup>65</sup> *Ibid.* Ради се о новели КЗС а из септембра 2009. објављеној у *Службеном гласнику РС*, бр. 72/09.

<sup>66</sup> З. Стојановић, *Кривично право, Општи део*, Београд 2006, 60 61.

<sup>67</sup> *Ibid.*, 40.

тивну функцију, долазимо до парадоксалне ситуације да држаоци мањих количина опојних дрога за сопствене потребе кривично одговарају (чл. 246а, ст. 1 КЗС), а они који с истом намером држе веће количине једнако друштвено опасних супстанци не чине кривично дело. Зато сматрамо да би своју сврху боље остварила норма из историјског чл. 246, ст. 3 КЗС<sup>68</sup> која је гласила: „Ко неовлашћено држи супстанце или препарате који су проглашени за опојне дроге ...“; такав опис обухватио би сваку количину, мању или већу, опојне дроге коју је учинилац имао у својој власти, али без намере да је прода или замени (трампи) за неку вредну ствар или услугу, у смислу чл. 246, ст. 1 КЗС. За разлику од норме из чл. 246, ст. 3 првобитног КЗС-а, она из чл. 246а, ст. 1 новелираног КЗС-а је казуистична како због држања мање количине опојне дроге за сопствене потребе, тако и због тога што је, уносећи у биће кривичног дела мање количине опојне дроге за сопствену употребу, оставила нормативно непокривен простор између свог бића кривичног дела и алтернативе бића кривичног дела из чл. 246, ст. 1 КЗС у којој учинилац ради продаје држи опојну дрогу. Будући да се законодавац одлучио за такав опис бића кривичног дела из чл. 246а, ст. 1. КЗС, намеће се питање која је то мања количина? То је, нема сумње, већа количина дроге од оне тако мале да би се морало закључити да се ради о делу малог значаја (чл. 18 КЗС). Када се кривично дело из чл. 246а, ст. 1 КЗС хоће објаснити с аспекта криминолошке феноменологије, тада се морамо сложити да највише има случајева у којима учиниоци заиста држе мање (веће од безначајних!) количине опојних дрога баш за сопствену употребу, но због тога такве појаве није требало унети у Посебни део КЗС-а као ново кривично дело, тим више што је сада историјски ст. 3 чл. 246 КЗС-а боље и лакше могао остварити кривичноправну заштиту од таквих понашања. У свему томе намеће се још једно питање: што ако учинилац мању количину опојне дроге не држи за сопствене потребе, већ је чува за потребе другог лица? Полазећи од правила *nulla poena sine lege stricta*,<sup>69</sup> ни такво понашање не би било кривично дело из чл. 246а, ст. 1 КЗС. Што се тиче санкција, новчана казна и казна до три године затвора примерене су казне за такво кривично дело. Оно што изазива посебну пажњу јесте факултативно ослобођење од казне баш за то и такво кривично дело. Следеће факултативно ослобођење од казне налазимо у ст. 2 чл. 246а за оног учиниоца који открије од кога набавља (трајни глагол!) опојну дрогу. Ни овде се законодавац није ослободио казуистике. Наиме, он полази од тога да је држалац у више наврата наплатно или чак бесплатно (што је у стварности изузетак) стекао мању количину опојне дроге,

<sup>68</sup> *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

<sup>69</sup> З. Стојановић, *Кривично право, Општи део*, Београд 2006, 40.



иако се могло догодити да је то учинио само једанпут (једанпут или више пута – мање је важно; и једанпут би било довољно /чл. 112, ст. 30 КЗС/). Оно што се хтелo постићи на подручју криминалне политике, било је да се држаоца мање количине опојне дроге мотивише да пријави лице од којегa је купио опојну дрогу. Но, када држалац сазна (што до главног претреса уопште није тешко) да може бити ослобођен од казне за кривично дело (само по себи), мало је вероватно да би се одлучио да пријави свог добављача, поготово ако се није ослободио зависности о опојним дрогама. Очито је криминалнополитички важније да учинилац кривичног дела из чл. 246а, ст. 1 КЗС открије дистрибутера опојних дрога, него да буде ослобођен од казне за кривично дело без икаквих услова (само зато што то предвиђа чл. 246а, ст. 1 КЗС); према томе, да би се учиниоце тог кривичног дела успешно усмеравало на пријављивање учинилаца тежих кривичних дела из нпр. чл. 246, ст. 1 или 3 КЗС, факултативно ослобођење од казне требало би као сувишно брисати из ст. 1 чл. 246а КЗС.

### 3. КРИВИЧНОПРОЦЕСНИ АСПЕКТ

Спајање (чл. 30 ЗКПС/11;чл. 25 ЗКПХ/08) и раздвајање (чл. 31 ЗКПС/11;чл. 26 ЗКПХ/08) поступка два су веома важна процесна института чији се смисао може оправдати ефикаснијим, бржим и економичнијим поступком. Наиме, у поступку се може појавити један окривљени за више (стицај) кривичних дела (субјективни конекситет), више окривљених (саучесништво у ширем или ужем смислу) за једно дело (објективни конекситет) и на крају, више окривљених за више кривичних дела (мешовити конекситет)<sup>70</sup>. Задаћа овог рада није описати садржај норми о спајању и раздвајању поступака (судских предмета), већ истражити процесне могућности које пружа спонтано спајање односно раздвајање списа. Наука<sup>71</sup> га описује овако: „ ... до спонтаног спајања кривичног поступка може доћи и кад се оптужним актом обухвати више лица која се терети за једно кривично дело или више кривичних дела, односно када се оптужни акт односи на једно лице коме се ставља на терет више кривичних дела.“ Полазна тачка у свему томе је један окривљени за једно кривично дело, а после долазе на ред комбинације субјективног, објективног и мешовитог конекситета. Напред цит. норме ЗКПС-а и ЗКПХ-а регулишу спајање и раздвајање поступака пред судом (односно судовима); насупрот њима, правна доктрина, поштујући начело акузаторности, открива

<sup>70</sup> М. Шкулић, *Кривично процесно право, Општи део*, Службени гласник Београд 2006, 100.

<sup>71</sup> *Ibid.*, 101.

нам да једно и друго може да учини овлашћени тужилац у оптужном акту; хоће се рећи да то зависи о његовој процени стања ствари (доказа и чињеница у сваком случају). Будући да кривичнопроцесна наука открива спонтано спајање кривичног поступка (спонтано код овлашћеног тужиоца пре почетка кривичног поступка), закључујемо да је са научног аспекта једнако основано и спонтано раздвајање поступка, тј. оно о којем одлучује овлашћени тужилац; такво схватање наилази на плодно тло како у мешовитим, тако и (заправо и више од тога!) у акузаторским поступцима, дакле у свим процесним системима који познају овлашћеног тужиоца (*nemo iudex sine actore*). Овде се ради о практичној примени правила *Divide et impera!*<sup>72</sup>: тужилац издвоји осумњичене за тежа кривична дела злоупотребе опојних дрога (нпр. чл. 246, ст. 1 КЗС; чл. 173, ст. 2 КЗХ/97), а њима као сведоке (покрај других доказа!) супротстави осумњичене за лакша кривична дела (нпр. чл. 247, ст. 1, чл. 246а, ст. 1 КЗС /сада историјски чл. 173, ст. 1 КЗХ/97), и тако док их све уз помоћ суда редом не приведе правди, тј. законитим и правичним санкцијама. Такво поступање није уобичајено (прошла су времена обичајног права!), но у нашој пракси показало се као законито и ефикасно.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Проучивши ову проблематику, закључујемо: 1. да се повећањем броја<sup>73</sup> кривичних дела у кривичном закону и строжим казнама у односу на раније кривичне законе не мора нужно побољшати кривичноправна заштита од злоупотребе опојних дрога; осим тога, ако изостане стриктна примена врло строгог закона, пре или после законодавац декриминализује и ублажи казне (поднаслов 2.3.1. Дело малог значаја); 2. у прикупљању важних доказа у највећој мери треба се ослонити на проверене технике ислеђивања<sup>74</sup> и доказивања, а мање на посебне доказне радње (трајни надзор комуникација и др.).

---

<sup>72</sup> Сматрамо да криминалистичка тактика може наћи своје место и у функционисању јавног тужиоца.

<sup>73</sup> Таква кретања и појаве морају сваког убедити у исправност оне Тацитове (*Tacitus*): *corruptissima res publica plurimae leges*.

<sup>74</sup> Ђ. Игњатовић, М. Шкулић, *Организовани криминалитет*, Београд 2012, 134. фн. 83. и 84.

Ратко Марковић\*

ПОНОС СРПСКЕ УСТАВНОСТИ  
125 година од доношења Устав Краљевине Србије  
од 1888.

Откада их је, уставу су били резултанта политичких снага у једној земљи, њихов одсејај у правном облику. Изузетак од тога није био ни српски Устав од 1888. За његово доношење било је потребно да се сложи много неопходних ствари, без којих би се његов настањак и садржина тешко могли разумети. У Србији су се, по стицању формалне независности на Берлинском конгресу, временом основале две главне политичке снаге – владалац, са својим схватањем о личној власти у држави, и Радикална странка, са својим схватањем о власти народа у држави. Два непомирљива схватања заступала су два непомирљива политичка чиниоца. Владалац је тежио самодржављу и власти без народног представништва с којим би је делио, док су радикали тежили пуној народној суверености, без беспосленог и због тога сувишног владоца. Да се те две крајности сусретну и о нечему договоре било је потребно да њихови тврди ставови омекшају, да оштрица неслоге отупи и да међусобни договор постане услов њиховог преживљавања на политичкој позорници.

Такву улогу одиграла су два пораза, од којих је један погодио радикале, други владоца. Крајности у схватању радикала отупео је њихов пораз у Тимочкој буни (1883). Тимочка буна је била сељачки покрет и народна буна. Њу нису водили радикали, али су они за њу били окривљени пред преким судом. Радикали су били оптужени да су у народу створили расположење за буну, јер је вођство те странке подрило и убило ауторитет власти. Преки суд је обезглавио странку и створио у њој организациону пометњу. Крајности у схватању владоца отупео је пораз Србије у рату са Бугарском на Сливници (1885),

---

\* Аутор је редовни професор у пензији Правног факултета Универзитета у Београду.

који је авантуристички повео краљ Милан. Тим поразом краљ је био озбиљно уздрман, чак пометен. Он је осећао да је Србија његовом кривицом стала да губи национални понос и самопоуздање. Иако су губици били више морални него територијални и политички, они су ипак били велики.

Без та два пораза Устав од 1888. тешко да би могао бити замислив. Радикали су схватили да владоца не могу уклонити буном, а краљ Милан је схватио да радикале не може победити на изборима. Излаз те непомирљивости био је у погађању и коначној погодби два чиниоца. Израз погодбе био је Устав од 1888, који је, у ствари, био *modus vivendi* два уставна чиниоца, једини начин њихова преживљавања.

Рад на изради устава убрзао је сукоб краља Милана с краљицом Наталијом, који је уз много великих јавних скандала (отмица престолонаследника Александра у Визбадену и краљев притисак на цркву и, посебно, митрополита Теодосија) завршио разводом брака. Свега два дана иза тога, краљ Милан издаје прокламацију, којом се за 20. новембар 1888. наређују избори за Велику народну скупштину (вршилац уставотворне власти).

Послом израде и усвајања устава руководио је краљ Милан. Њему је тај устав био потребан као искупљење због Сливнице и срамног развода брака с краљицом Наталијом. Уз то је, с обзиром на скован план о абдикацији, хтео да слободоумним уставом подмити радикале, да прихвате његовог малолетног сина као владоца и да престану с радом против династије. Радикали су као никада дотле добили прилику да у устав уграде многе своје програмске идеје, од којих неке вуку порекло још од Светозара Марковића. Ту спадају идеје о ограничењу владалачке власти, о народној самоуправи, о грађанским правима, о пуној законодавној власти народног представништва (и предлагање закона и одлучивање о законима), о самосталности Народне скупштине, непосредно биране од народа, о одговорности министара пред Скупштином, о судској независности зајемченој уставом...

Краљ јер имао замисао да устав буде израз споразума и страначког компромиса и да мора бити усвојен без страначког надгласавања. Брзомислен и лепорек, уз то и политички вешт, он је своју замисао и спровео. Захваљујући својој интелигенцији, брзини схватања суштине ствари, убедљивом говорништву, он је спретно проналазио средње решење око којег су се странке могле сложити и да их потом подстиче да то решење прихвате. Да би ток рада на уставу држао под својом контролом, формирао је један Уставотворни одбор (чији је шири састав имао 81 члана, а ужи 12, с тим што је предлог устава углавном дело ужег састава) који је имао да утврди предлог уста-

ва, а Велика народна скупштине, као коначна уставотворна власт, да га усвоји. Себе је учинио председником Уставотворног одбора, како би усмеравао и, по потреби, пресецао расправу, а прваке три једине политичке странке у Србији потпредседницима, како би обезбедио заступљеност свих политичких мишљења. Одлучношћу и енергичношћу краља Милана, претњом Великој народној скупштини да устав може или одбацити или примити „од корице до корице“, иначе га неће потврдити (пошто је имао уставно овлашћење уставотворне санкције), краљ Милан је спречио празне говорничке тираде које увек распаљују расправе о уставу.

Расправе у Уставотворном одбору обиловале су проницљивим расуђивањем, духовитим образложењима ставова, блиставим говорничким умећем и префињеним разумевањем ствари. У одбору су се нашле сасвим различите индивидуалности, у распону од академске, готово језуитске укочености једног Јована Ристића до простонародног шеретлука и враголанства, пуног бравурозних доскочица једног Ранка Тајсића. До данашњег дана ми сочнијег и уједно умнијег штива колектива аутора из уставног права нисмо имали.

Из такве уставне лабораторије изишао је Устав од 1888, ремек-дело двовековне српске уставности. У Србији се више никада није десило да се ангажује толико и тако мудрих глава око израде устава као тада (Кардељеве брионске бирократске регименте ангажоване у изради Устава СФРЈ од 1963. и безлични и досадни „елаборати“ произишли из тог уставотворног туризма изгледају карикатурално према записницима са седница Уставотворног одбора од 1888). Краљ Милан, који је сијао својим расним беседништвом (Слободан Јовановић оправдано примећује: „Да није био краљ, Милан Обреновић могао је постати један од наших најбољих политичких беседника“), Јован Ристић мудрошћу и политичком спретношћу, Гига Гершић виртуозном аргументацијом, Ранко Тајсић и Димитрије Катић непатвореном оданошћу интересима широких маса народа дали су тон раду читавог Уставотворног одбора. У коначној редакцији устава Милован Миловановић је био тај који је допринео одређености појмова и складу целине, док је Ристић био заслужан за језичку и стилску чистоту устава.

Ударно поглавље устава су права српских грађана (држављана), за оно време, кад је реч о личним и политичким правима, изузетно потпуна. Евентуална ограничења проглашених права набројана су у уставу, тако да их законодавац не би могао проширивати. Ни краљ, ни законодавна власт нису могли обуставити ниједно од грађанских права.

Избор и надлежности Народне скупштине одговарају њеном својству народног представништва – све њене чланове бирају бирачи

на непосредним изборима, а Скупштина је носилац највиших власти у држави. Она је добила пуну законодавну власт (ипак су, с обзиром на монархијски облик владавине, „краљ и Скупштина стављени на исту ногу“). Скупштина предлаже и усваја законе, док краљ усвојене законе потврђује (законодавна санкција). Тек је потврђени закон прâви закон. Скупштина је још добила и пуну буџетску власт, пошто је једино она надлежна за усвајање новог, али и за продужење важности старог буџета. Потпуности буџетске власти Скупштине доприноси њено право надзора над извршењем буџета, обавезивањем владе да уз предлог новог буџета подноси Скупштини завршни рачун за прошлу годину.

У Уставотворном одбору преовладао је став да Скупштина треба да буде једнодомна, али да у Скупштину не би дошли „сами сељаци и трговци и нешто попова“, установљени су тзв. квалификовани посланици – у сваком округу од укупног броја посланика два су се морала бирати с факултетском дипломом или вишом стручном спремом. Тако се интелигенција није одвајала од „обичног“ народа у посебан скупштински дом, чиме би се расцеп између ње и народа продубљивао уместо да се ублажава.

Однос Скупштине као законодавне власти и владе (Министарског савета) као извршне власти постављен је на начелу парламентарног система. Да то постану и буду, министри морају уживати поверење Скупштине, а чим га изгубе, престају бити министри. Скупштина надзор над радом министара врши низом права – правом питања влади или министру и правом интерпелације, правом анкете и истраге, правом примања петиције. По угледу на вестминстерски парламентарни модел, министарски положај више није неспојив с посланичким. Краљ је могао Скупштину распустити, али без ње није могао владати. Акт о распуштању Скупштине „мора садржавати наредбу за нове изборе у најдаљем року од два месеца и наредбу за сазив Народне скупштине најдаље за три месеца од дана распуштања“ (члан 54).

Судска власт је, као посебна државна власт, самостална и независна. Самостална, јер „никаква државна власт, ни законодавна ни управна, не може вршити судске послове“, а независна јер „у изрицању правде судови не стоје ни под каквом влашћу, но суде и решавају само по закону“. Судије су „у својим звањима сталне“ (начело сталности), а „судија може бити премештен само новим постављањем по својем писменом пристанку“ (начело непокретности судије).

Ово су до данас остале тековине либерално-демократске уставности. Краљевина Србија је, штавише, била међу првим земљама у Европи која је Уставом од 1888. завела пропорционални (сразмерни)

систем расподеле посланичких мандата. Њему се, као највећа у то доба, жестоко супротстављала Радикална странка. Пропорционални систем је онемогућавао највећу странку да она покупи све мандате, а омогућавао је мањини да и она буде представљена у народном представништву, сразмерно добијеним гласовима. Тај изборни систем био је брана тиранији страначке већине. Велику заслугу за усвајање тог система којим се обезбеђује изборна правда имао је Јован Ристић.

Но, Устав од 1888. имао је и ограничења и мане, управо са становишта либералне демократије. Тако, бирачко право није било опште, а то значи без икаквих цензуса. Установа „квалификованих“ посланика сужавала је слободу избора бирача. Постојала је државна вера (источно православна), што је повреда начела једнакости грађана. Краљ је имао велика спољнополитичка овлашћења, која се у либералним демократијама поверавају народном представништву, као и овлашћење да „поставља све државне чиновнике“ (члан 45). Али све су то била више ограничења времена у којем је устав донесен, од којих нису биле поштеђене ни узорне европске демократије тога доба, него недостаци Устава од 1888.

Већ правних аката, па тако и устава, најчешће се везује само за време њиховог правног важења. Они живе док у њима има живота, а живот правног акта је његова правна снага, његово важење. Правни акти умиру када престану да важе, када престану да правно обавезују. Устав од 1888. је надживео своју правну смрт. Он живи и пошто је престао да важи. Живи у нашој историји, нашој правној свести и националном поносу, као непресушни извор националног самопоуздања. Он је дело великих идеја и великих људи и због тога је бесмртан, без обзира на свеопшту пролазност.

Добрило Аранитовић\*

### ЊЕГОШ И ПРАВО Прилог библиографији (1842 2007)

*Његош није био само песник, мислилац, црквени поглавар већ и световни владар. Током своје двадесетогодишње владавине он је учинио пресудне кораке у уобличавању Црне Горе као државе настојећи да изградњом политичких и правних институција (Правитељствујуићи сенат Црногорски и Брдски, Гвардија, Перјаници, Закон отачаства), сузбије анархичност црногорских племена и њихових главара, искорени непросвећеност, заосталост и негативне обичаје (крвну освету, отмицу девојака, каменовање. Овај библиографски попис обухвата хронолошки предане радове посвећене управо том Његошевом прегалаштву, његовим државноправним схватањима и напорима на увођењу реда, законитости и безбедности, заштите личности и имовине Црногораца. Обухваћени су и радови о Његошевој филозофији права, схватању правде и правичности које је изложено у његовим песничким делима, преписци, посланицама појединим племенима итд.*

#### 1. ПОСЕБНА ИЗДАЊА

1. [МУСУЛИН ГОМИРАЦ, Никола]: *Правда и слобода или тестамент владике Његуша*. Написао Никола Мусулин Гомирац, учитељ. – Београд [издање аутора], Штампарија код „Просвете“ С. Хоровица, 1897; стр. 294 + /2/; 8<sup>0</sup>

2. ЈЕЛИЋ, Илија М.: *Крвна освета и умир крви у Црној Гори и Северној Албанији*. Историјско-правна студија. – Београд, Геца Кон, 1926; 8

---

\* Аутор је библиотекар у пензији Библиотеке шабачке.



\*О Његошу на стр. 125–134, 139–141.

3. ЈОВИЋЕВИЋ, Иван: *Црногорски шенат у Биограду*. – Београд, 1927; 80; 8<sup>0</sup>

\*О Његошу стр. 3–4.

4. МАТАНОВИЋ, Алекса: *Стогодишњица Правитељствујућег сената Црногорског и Брдског Великог суда (1831–1931)*. – Цетиње, Државни архив, 1930; стр. 9; 8<sup>0</sup>

\*Посебан отисак из *Записа*, 7/6, 1930.

5. PAVIĆEVIĆ, Mićun: *Crnogorsko pravosuđe i pravno shvatanje u anegdotaма*. – Zagreb, Themis, 1933; 8

\*О Његошу на стр. 2, 8, 10, 11, 18, 19, 21, 27, 33, 36, 42, 43, 47, 74, 83, 106, 109, 114, 124, 141–152, 155, 159.

6. СТАНОЈЕВИЋ, Александар Ф.: *Схватање нашега народа о праву*. Са предговором др Ђорђа Тасића. – Београд [издање аутора], штамп. Задружна штампарија, 1934; стр. 54 + /1/; 8

7. [БАКИЋ, Ђорђе М.]: *Његошева филозофија права*. Написао Ђорђе М. Бакић, судија Окружног суда у Скопљу. – Скопље, Издавачка књижара „Славија“, 1936; стр. 96 + /4/; 8

\*Садржај: Предговор. – *Личност Његошева*: Биографија. Лична карактеристика. Његош као владика. Његош као владалац. – *Његош као претеча и борац за уједињење Јужних Словена*. – *Његошове концепције идеалне државе*: Идеална држава. – *Његош о реалној држави*: Реална или законска држава. Законитост. Правда. Слобода. Једнакост. Власт. Владар. Народно представништво.

8. КОСТИЋ, Лазо М.: *Правни институти у Његошевим песмама*. – Мелбурн, Штамп „Уједињење“, 1958; стр. 160; 8

Српска мисао, год. 3, књ. 4.

\*Садржај: Предговор. – *Државно право*: Коју су државну форму претпостављали Његошеви јунаци. Два мача и двије круне. „Уредба“ према Његошу. Мисија везира Селима по Горском вијенцу. – *Међународно право*: Пружање уточишта странцима. Откуп робља према Његошу. Још неки Његошеви ставови из области међународног права. – *Кривично право*: Судови у Црној Гори и осталим земљама. Извршење смртне казне. Посебно о каменовању. Освета према Његошевим стиховима. Још неки кривичноправни моменти у Његошевим песмама. – *Приватно право*: Једно правно начело изражено кроз Његошеве стихове.

9. КОСТИЋ, Лазо М.: *Правни институти у Његошевим песмама*. [Фототипско издање]. – Нови Сад, Србиње, Добрица књига [издање Доброслава Ђуровића], 2000; стр. 153; 8<sup>0</sup>

Библиотека Оглас, књига 17.

Фототипско издање, Мелбурн, 1958.

\*Садржај: Предговор. – *Државно право*: Коју су државну форму претпостављали Његошеви јунаци. Два мача и двије круне. „Уредба“ према Његошу. Мисија везира Селима по Горском вијенцу. – *Међународно право*: Пружање уточишта странцима. Откуп робља према Његошу. Још неки Његошеви ставови из области међународног права. – *Кривично право*: Судови у Црној Гори и осталим земљама. Извршење смртне казне. Посебно о каменовању. Освета према Његошевим стиховима. Још неки кривичноправни моменти у Његошевим песмама. – *Приватно право*: Једно правно начело изражено кроз Његошеве стихове.

10. [БАКИЋ, Ђорђе М.]: *Његошева филозофија права*. Његош као владар и црквени поглавар. Његош као претеча и борац за ослобођење и уједињење Јужних Словена. Његошева концепција идеалне државе. Његош о реалној држави. Написао Ђорђе М. Бакић судија Окружног суда у Скопљу. – Андријевица, Комови, 2001; стр. 129; 8<sup>0</sup>

Библиотека Проза.

Фототипско издање из 1936.

## 2. ЧЛАНЦИ. СТУДИЈЕ. ПРИКАЗИ

11. КОТОР, 20 дек. Црна Гора... – *Новине србске*, Крагујевац, 9/1842, 3 (17. 1).

\*Његошево посредовање у обустављању крвне освете између Црногораца и Турака.

12. ЦРНОГОРСКИЈ владыка е примъръ велике строгости показао... – *Новине србске*, Крагујевац, 11/1844, 73 (9. 9).

\*Енергичне мере за поштовање донетих закона. Мере за укидање крвне освете. Потрага за убицама кнеза Васојевића. Посета Енглеза Његошу.

Преузето из *Обитих новина*.

13. С ЦРНОГОРСКЕ границе. – *Србски дневник*, Нови Сад, 1/1852, 31, 3.

\*О раду црногорске народне скупштине, заклетви књаза и народних главара. Примљен нови законик. Пише и о неуспешном својевременом покушају Његошевом да допуни законик Петра I.

14. МИЉАНИЋ, Петар: Неколико пресуда из доба Петра I и владике Рада. – *Право*, Пожаревац, 1/1885, 312–318.

15. МИЉАНИЋ, Петар: Сентенције из докњажевске владавине у Црној Гори. Прилог к српском обичајном праву. – *Правник*, Београд, 1892, 1–2, 277–282.

16. ПРАВДА и слобода или Тестамент Владике Његоша. – *Зора*, Мостар, 3/1897, 11, 380.

\*Белешка истоименој књизи Николе Мусулина Гомирца, Београд., 1897.

17. ПРАВДА и слобода. – *Босанска вила*, Сарајево, 12/1897, 17, 270.

\*Белешка о књизи Николе Мусулина Гомирца *Правда и слобода или Тестамент владике Његоша*.

18. ПРАВОСУЂЕ у Црној Гори. – *Застава*, Нови Сад, 34/1899, 96, 1–2.

\*Три закона у духу народних обичаја: први у доба владика, други књаза Данила и трећи савремени.

19. ДРЉЕВИЋ, Секула: Организација црногорских редовних грађанских судова у свом историјском развоју. – *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 9/1910, 4–5–6, 386–412.

20. ЈОВАНОВИЋ, Јов[ан] М.: Законодавство у XVIII и XIX веку у Црној Гори. – *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 1911, X, 19–33, 90–93, 178–182.

21. ЈУГОВИЋ, Б.: Црна Гора. Из историје државног права. – *Архив за правне друштвене науке*, Београд, 8/1913, 16/2, 10–126.

22. DRAGOVIĆ, Marko: Kako su postali i ko su bili guvernaduri u Crnoj Gori. – *Ilustrovane cetinjske novine*, 2/1917, 36 (23. 9), 37 (30. 9), 1–2; 38 (6. 10), 1–2; 39 (14. 5), 1–2; 40 (20. 5), 2–3; 41 (27. 5), 2.

\*Пише и о Његошевом укидању гувернадурства.

23. [DRAGOVIĆ, Marko]: Nekolike crnogorske presude (sentencije) iz vremena mitropolita Petrovića-Njegoša. Priložak istoriji sudstva u Crnoj Gori. Priopćio Marko Dragović. – *Ilustrovane cetinjske novine*, Cetinje, 2/1917, 25 (10. 6), 3; 26 (17. 6), 2; 27 (23. 6), 2–3; 28 (30. 6), 2–3; 29 (7. 7), 2–3.

24. КРСТИЋ, В[итор]: Историјски развој полицијских власти у Црној Гори. – *Полиција*, Београд, 6/1919, 98–103.

\*Са освртом на Његошево установљење перјаничке службе.

25. БАКИЋ, Љуб[омир] А.: О правосуђу у Црној Гори. – *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 12/1923, VI(XXIII)/3, 161–176.

\*Види: Развој правосуђа од 1831. године.

26. ШАУЛИЋ, Новица: Крвне освете у XIX вијеку у Црној Гори по одлукама („сентенцијама“) Црногорског Сената. – *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 14/1924, 9(26)/2, 119–125; 3, 198–204; 5, 358–383; 15/1925, 10(27)/1, 52–59.

\*Објављено 55 докумената о мирењу крви у Црној Гори из архиве Великог суда у Подгорици.

27. ТАСИЋ, Ђорђе: Његош о проблему силе и права. – *Српски књижевни гласник*, НС, Београд, 1925, XVI/7, 552–553.

28. ДРАГИЋЕВИЋ, Ристо Ј.: Црногорски гувернадуре. – [У]: *Цетиње и Црна Гора*. Приредило Професорско друштво. Уредио Данило Вуловић. Београд, Рајковић и Ћуковић, 1927, стр. 96–117.

29. ЈЕЛИЋ, Илија: Старо црногорски правосуђе. – [У]: *Цетиње и Црна Гора*. Приредило Професорско друштво. Уредио Данило Вуловић. Београд, Рајковић и Ћуковић, 1927, стр. 267–277.

30. МРВАЉЕВИЋ, Ђ[уро]: Први црногорски сенат. – *Слободна мисао*, Никшић, 6/1927, 252 (11. 7), 3.

\*За време Његошеве владавине.

31. ВУКСАН, Душан Д.: Један пројекат црногорског законика из доба Владике Рада. – *Записи*, 1/1927, 1/1, 44–51.

\*Пројекат Закона отачаства Ивана Вукотића из 1833. године.

32. МАРТИНОВИЋ, Нико С.: Једна посланица владике Рада. Завјет владике Рада при поласку у Русију 1836. године. – *Слободна мисао*, Никшић, 9/1930, 34 (17. 8), 1.

33. МАТАНОВИЋ, Алекса: Стогодишњица Правитељствујушчег сената Црногорског и Брдског Великог суда (1831–1931). – *Записи*, Цетиње, 4/1930, VIII/6, 355–363.

34. МАТАНОВИЋ, Алекса К.: Стогодишњица Правитељствујушчег сената Црногорског и Брдског. – *Политика*, Београд, 27/1930, 8094 (17. 11), 7.

35. МАТАНОВИЋ, Алекса: Развој судства и судског законодавства у Црној Гори. – [У]: *Илустровани званични алманах Зетске бановине*, I, Сарајево, 1931, стр. 156–165.

36. ВУКСАН, Душан Д.: Један пример отмице у доба владике Рада (1835). – *Зетски гласник*, Цетиње, 3/1931, 14 (8. 4), 3.

\*Писмо владике Рада окружном поглавару которском од 14. 2. 1835. године поводом једног случаја отмице девојке.

37. ВУКСАН, Душан Д.: Помиловање од смртне казне у 1832. години. – *Зетски гласник*, Цетиње, 3/1931, 15, 4.

38. ВУКСАН, Душан Д.: Умир братстава пред сенатом. – *Зетски гласник*, Цетиње, 3/1931, 40 (11. 7), 2.

39. ВУКСАН, Душан Д.: Како је сенат заповиједао капетанима (1848). – *Зетски гласник*, Цетиње, 3/1931, 51 (19. 7), 2.

40. ВУКСАН, Душан Д.: Једна пресуда правитељства сената о разбојништву. – *Зетски гласник*, Цетиње, 3/1931, 59 (16. 9), 2.

41. ПОПОВИЋ, Марко: Пресуде „сентенције“ и сентенције Сената (Великог суда). – *Правни зборник*, Подгорица, 1933, 271–274.

42. ВУКСАН, Душан Д.: Један умир у доба владике Рада. – *Зетски гласник*, Цетиње, 6/1934, 42–43 (27. 5), 6.

\*Записник из 1838. године.

43. ВУКСАН, Душан Д.: Црногорски правитељствујући сенат. – *Записи*, Цетиње, 8/1935, 13/6, 321–330.

44. ДРЉЕВИЋ, Вучета: Његош о трансценденталној правди. – *Зета*, Подгорица, 7/1936, 19 (10. 5), 3–4.

\*Одломак из већег рада: *Филозофија правде по Његошу*.

45. ЊЕГОШЕВА филозофија права. – *Вардар*, Скопље, 5/1936, 762, 5.

\*Белешка о књизи Ђорђа Бакића, Скопље, 1936.

46. ДРЉЕВИЋ, Вучета: Сукоб правде и права на једном мјесту у Горском вијенцу. – *Зета*, Подгорица, 8/1937, 1 (7. 1), 15.

47. ВУКСАН, Душан Д.: Кад је престала гувернадурска власт у Црној Гори? – *Политика*, Београд, 34/1937, 10283 (6–9. 1), 13.

48. ВУКСАН, Душан Д.: Посланице владике Рада. – *Записи*, Цетиње, 10/1937, 18/5, 295–304; 6, 359–367.

\*Бјелопавлићима, Црногорцима, Црмничанима, Бањанима, Цеклићанима, Кучима, Црногорцима и Брђанима, Херцеговцима, Загоранима, Сенату и Гвардији, Залажанима, Вукчевићима и Глобарима, Граховским и бањским главарима, Васојевићима, поповима Глухога Дола и Буковика, Његушима, Бокељима и Дубровчанима.

49. ВУКСАН, Душан Д.: Умир Пејовића и Проседољана пред владиком Радом 1839. – Цетиње, *Записи*, 10/1937, 18/5, 312–313.

50. ВУКСАН, Душан Д.: Ка и како је укинуто гувернадурство у Црној Гори. – *Записи*, Цетиње, 10/1937, 18/1, 1–9.

51. БОРОВСКИ, Станислав: Закон отачаства. – *Правни зборник*, Подгорица, 6/1938, 5–6, 87–94.

\*Текст закона из 1833. године.

52. БОРОВСКИ, Станислав: Неколико пресуда Црногорског и Брдског правитељствујућег сената. – *Правни зборник*, Подгорица, 7/1939, 5–9, 100–105; 10–12, 140–146.

53. ДРАГИЋЕВИЋ, Ристо Ј.: Гувернадуре у Црној Гори. – *Записи*, Цетиње, 13/1940, 23/1, 14–27; 2, 75–95; 3, 144–159.

54. ДРАГИЋЕВИЋ, Ристо Ј.: *Гувернадуре у Црној Гори (1717–1830)*. – Цетиње, Обод, 1940; стр. 51; 8

\*Прештампано из *Записа*.

55. ПРЕДАВАЊЕ г. др Лазе Костића: Државноправне мисли Његошеве. – *Време*, Београд, 20/1940, 6768 (26. 11), 9.

\*Најава и преглед садржаја предавања на Коларчевом народном универзитету 26. 11. 1940. године.

56. ВУКСАН, Душан Д.: Отмица у доба Владике Рада. – *Записи*, Цетиње, 13/1940, 24/4, 252–253.

57. ВУКСАН, Душан Д.: Цетиње у умиру Цеклићана и Љуботићана. – *Записи*, Цетиње, 13/1940, 24/4, 222–226.

58. [ВУКСАН, Душан Д.]: Случај Богете Штиљановића и Бошка Васкова. – *Записи*, Цетиње, 13/1940, 23/6, 377–378.

\*Спор око имања на основу докумената из 1830. и 1837. године.

Саопштио Душан Д. Вуксан.

59. В[УКСАН], Д[ушан] Д.: Наплата дуга у првој половини прошлог вијека. – *Записи*, Цетиње, 14/1941, 25/1, 58–59.

60. В[УКСАН], Д[ушан] Д.: Помиловање смртне казне у доба Владике Рада. – *Записи*, Цетиње, 14/1941, 25/3, 186.

61. В[УКСАН], Д[ушан] Д.: Право прече куповице. – *Записи*, Цетиње, 14/1941, 25/3, 187.

62. В[УКСАН], Д[ушан] Д.: Једна заложница из 1845. године. – *Записи*, Цетиње, 14/1941, 25/4, 253.

63. ГАРДАШЕВИЋ, Благ[ота]: Правда и неправда по Горском вијенцу. – *Гласник Српске православне цркве*, Београд, 28/1947, 2–3, 102–104.

64. ГАРДАШЕВИЋ, Благ[ота]: Правда и неправда по Горском вијенцу. – [У]: *Стогодишњица Горског вијенца 1847–1947*. Београд, Штампарија „Раденковић“, 1947, 62–64.

\*Прештампано из *Гласника Српске православне цркве*, 28/1947, 2–3, 102–104.

65. КАЖИЋ, М[арко]: Сукоб два схватања у Горском вијенцу. – *Побједа*, Цетиње, 4/1947, 22 (30. 4), 6.

\*Схватање силе, права јачег и право народа на отпор, борбу до истраге за слободу.

66. М[ИЛОВИЋ], Ј[евто] М.: Једна пресуда из доба владике Рада. – *Побједа*, Цетиње, 4/1947, 33 (7. 6), 3.

\*Обављен текст сентенције од 1. 11. 1836. године о умиру крви.

67. ДРАГИЋЕВИЋ, Ристо Ј.: Његошево укидање гувернадурства. – *Историјски записи*, Цетиње, 2/1949, III/1–2, 1–22; 3–4, 134–155.

68. ОРГАНИЗОВАЊЕ перјаника у Црној Гори. – *Побједа*, Цетиње, 7/1950, (8. 12).

\*У Његошево време.

69. ШТА је био задатак црногорске „гвардије“? – *Побједа*, Цетиње, 7/1950, (7. 12).

\*Гвардију основано Његош.

70. ЊЕГОШ о сјечењу глава. – *Побједа*, Цетиње, 8/1951, 209 (5. 9), 12.

\*У рубрици: Интересоваће вас.

71. ШАУЛИЋ, Новица: Једна „сентенција“ Његошева. – *Стварање*, Цетиње, 6/1951, 7–8, 529–530.

72. ШКЕРОВИЋ, Никола: Перјаници. – *Историјски записи*, Титоград, 4/1951, VII/7–9, 399–402.

73. ВУК Караџић о црногорском сенату. – *Побједа*, Титоград, 8/1951, III (12. 5), 3.

\*У рубрици: Интересоваће вас.

74. ČULINOVIĆ, Ferdo: *Državnopravna historija jugoslovenskih zemalja XIX i XX vijeka*. Knjiga II. – Zagreb, Školska knjiga, 1954; 8

\*О Његошу на стр. 113–115, 126–129.

75. MILOVIĆ, Jevto: Dnevnik o razvoju pregovora suda od kmetstva na Raštrovskoj planini Eduarda Grija iz 1841. godine. – [U]: *Anali Historijskog instituta u Dubrovniku*, IV-V, 1955–1956, 613–642.

76. БОЈИЋ, Радивоје: Ново тумачење Његошева блага. (Књига проф. др Лазе Костића – *Правни институти у Његошевим песмама*). – *Американски Србобран*, Питсбург, 51/1958, 12205 (17. 11), 2.

\*Приказ.

77. КОВИЈАНИЋ, Ристо: О Вуку Мићуновићу и племенском умиру. – *Историјски записи*, Титоград, 12/1959, 15/2, 584–589.

\*Вук Мићуновић, једна од главних личности *Горског вијенца*.

78. МАРТИНОВИЋ, Нико С.: *Валтазар Божишић*. I. Историја кодификације црногорског имовинског права. – Цетиње, Историјски институт НР Црне Горе, 1959; стр. 322; 8

\*О Његошу на стр. 5, 6, 77, 80, 102, 109, 128, 141, 150, 156, 157, 159, 161, 171, 273.

79. ДИНИЋ, Верица: „Коме закон лежи у топузу трагови му смрде нечовјештвом“. – *Београдска недеља*, 3/1963, III (3. 11), 12.

\*Ђачки рад.

80. КЛАНЧИЋ, Љубица: Spolia opima [Spolia opima]. – *Гласник Етнографског музеја на Цетињу*, III, 1963, 229–276 + 12 сл.

\*О ратним трофејима и обичају одсецања непријатељских глава; 12 различитих цртежа Цетиња, Острога и Црногораца; два писма на француском у преводу, и то писмо Вилкинсона Његошу и Његошев одговор.

Љубица Кланчић – псеудоним Савића Марковића Штедимлије.

81. ЛАЛИЋ, Mihailo: Za društvo zasnovano na pravu. – *Mladost*, Београд, 8/1963, 360 (4. 9), 7.

\*Одговор на анкету: „Шта још живи у Његошевом дјелу?“

82. МАРТИНОВИЋ, Петар: Владике и „гувернадуре“ у Црној Гори. – *Американски Србобран*, Питсбург, 63/1971, 14147 (22. 3), 4.

83. ЕБЕЛ, Вилхелм: Његош у рјешавању спорова својих поданика. – [У књизи]: *Петар II Петровић Његош*. Приредио Саво Вукмановић. Цетиње, Обод, 1972, стр. 30–32.

\*Из: *Гласник Етнографског музеја на Цетињу*, 3/1963, стр. 142–143, 163–164.

84. КАКО се судило. – *Побједа*, Титоград, 31/1975, 3429 (12. 3), 6.

\*Петонов запис из 1846. године.

У рубрици: Из старих списа и записа.

85. [УКИДАЊЕ гувернадурства у Црној Гори]. – *Побједа*, Титоград, 31/1975, 3434 (18. 3), 11.

\*У рубрици: Лексикон.

86. ЈОВИЋЕВИЋ, Милан: Укидање гувернадурства. – *Побједа*, Титоград, 38/1981, 5590 (28. 6), 13.

\*У рубрици: Приче музејских ризница.

87. ЈОВИЋЕВИЋ, Милан: Закон отачаства. – *Побједа*, Титоград, 38/1981, 5757 (13. 12), 13; 5763 (20. 12), 13.

\*О пројекту Ивана Вукотића из 1833. године.

У рубрици: Приче музејских ризница.

88. МИЉАНИЋ, Петар: Постанак цетињске тамнице. Прилог српском криминалистичком праву. – *Правник*, Београд, 3/1982, 536–548.



89. РОГАНОВИЋ, Станко – ЈОВИЋЕВИЋ, Милан: Оженила свога домаћина. Облици бигамије у Црној Гори. – *Побједа*, Титоград, 42/1985, 7008 (9. 6), 13.

\*Из доба Његоша и књаза Данила.

90. БАЋОВИЋ, Чедо: Перјаници – прва професионална полиција у Црној Гори (1). *Бесудна земља*. Лична пратња владара и својеврсна школа главара, кроз коју су прошли многи црногорски јунаци, сердари, војводе, племенски капетани, судије и војни заповједници. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 9999 (3. 10), 16.

\*Садржај: Крвави пазари. Судије и правда.

91. БАЋОВИЋ, Чедо: Перјаници – прва професионална полиција у Црној Гори (2). Крвава катедра. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 10000 (4. 10), 16.

92. БАЋОВИЋ, Чедо: Перјаници – прва професионална полиција у Црној Гори (3). *Уздизање Сената*. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 10001 (5. 10), 15.

\*Садржај: Пораз Радоњића. Раст угледа институција. Оснивање Гвардије.

93. БАЋОВИЋ, Чедо: Перјаници – прва професионална полиција у Црној Гори (4). *Гвоздена песница*. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 10002 (6. 10), 12.

\*Садржај: Да се хоће неко посвадити. Учесници у ратовима.

94. БАЋОВИЋ, Чедо: Перјаници – прва професионална полиција у Црној Гори (6). *Крај доба хероја*. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 10004 (8. 10), 12.

\*Садржај: Свидјетелство Шутану Шоћу. Сузбијање племенских побуна. Рођаци на власти.

95. БАЋОВИЋ, Чедо: Перјаници – прва професионална полиција у Црној Гори (7). *Једнакост без премца*. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 10005 (9. 10), 13.

\*Садржај: Поступање са злочинцима. Велики јунаци.

96. БАЋОВИЋ, Чедо: Перјаници – прва професионална полиција у Црној Гори (8). *Дуга владичина рука*. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 10006 (10. 10), 16.

\*Садржај: Главарске побуне. Обрачун с побуњеницима.

97. БАЋОВИЋ, Чедо: Перјаници – прва професионална полиција у Црној Гори (9). *Уз „стидне госте“*. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 10007 (11. 10), 17.

\*Садржај: Скупљање пореза. „Обијелите камаре“. Као у Хомера.

98. БАЋОВИЋ, Чедо: Перјаници – прва професионална полиција у Црној Гори (10). *Ред и закон. – Побједа*, Подгорица, 47/1993, 10008 (12. 10), 16.

\*Садржај: Сузбијање крве освете. Неумитна правда. Страх Борђија Савова.

99. БАЋОВИЋ, Чедо: Перјаници – прва професионална полиција у Црној Гори (11). *Обрачун на Башиној води. – Побједа*, Подгорица, 47/1993, 10009 (13. 10), 13.

\*Садржај: Гријов запис са Цетиња. Вјешање попа Тома. Састанак у Острогу.

100. ЈОВИЋЕВИЋ, Владимир: Филозофија права у Његошском „Горском вијенцу“ [The Philosophy of Law in Njegoš's „Gorski vijenac“]. – *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 79/1993, 1, 3–24.

\*Садржај: 1. Приступ. 2. Филозофским стазама ка Његошу. 3. Филозофија права у „Горском вијенцу“.

101. ЈОВИЋЕВИЋ, Владимир: Филозофија права у „Горском вијенцу“ (1). *Његошева духовна луча*. Николај Велимировић о „Горском вијенцу“: „Најсјајнија проповед најавеличанственија глорификација правде на српском језику“. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 6890 (16. 6), 16.

102. ЈОВИЋЕВИЋ, Владимир: Филозофија права у „Горском вијенцу“ (2). *Закони неба и земље*. Његошове мисли о праву, тирјанству, реду, рушилаштву, закону и стихији су, посматрано аналитички, правне норме и закони и, истовремено, филозофске категорије. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 9891 (17. 6), 14.

103. ЈОВИЋЕВИЋ, Владимир: Филозофија права у „Горском вијенцу“ (3). *Равнотежа правде*. Одузети Његошском спјеву право, правду, закон и поредак – значило би прихватити да Срби воде борбу ради борбе, а без циља и смисла. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 9892 (18. 6), 13.

104. ЈОВИЋЕВИЋ, Владимир: Филозофија права у „Горском вијенцу“ (4). *Владавина права*. Из судара права и неправда успоставља се ред, као што из космичког хаоса слиједи поредак равнотеже и хармоније свјетова. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 9893 (19. 6), 14.

105. ЈОВИЋЕВИЋ, Владимир: Филозофија права у „Горском вијенцу“ (5). *Од обичаја до права*. Црногорски народ је слободу, правду, истину и сигурност узнио, као вриједности, до највећих висина, очовјечио их и обесмртио. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 9894 (20. 6), 18.

106. ЈОВИЋЕВИЋ, Владимир: Филозофија права у „Горском вијенцу“ (6). *Слобода изнад свега*. Жртве за слободу никада нијесу

узалудне, јер, захваљујући њима, стално васкрсавају слобода, право и поредак. – *Побједа*, Подгорица, 47/1993, 9895 (21. 6), 17.

107. ЈОВИЧИЋ, Миодраг: Филозофија права у Његошевом Горском вијенцу. – *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 1993, 1, 3–24.

108. ВОЈИНОВИЋ, Novica: Pogrešno o Njegošu, pravu i filozofiji. – *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 80/1994, 50/4, 667–672.

\*Поводом чланка Владимира Јовићевића „Филозофија права у Његошевом Горском вијенцу“ објављеног у истом часопису бр. 1/1993.

109. ВОЈИНОВИЋ, Новица: О свезналаштву. „Његош и око Његоша“, 5. 2. – *Политика*, Београд, 91/1994, 28887 (19. 3), 8.

\*Поводом писања Владимира Јовићевића о филозофији права у Његошевом делу.

110. ЈОВИЋЕВИЋ, Vadimir: Ispravno o Njegošu, pravu i filozofiji. – *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 81/1995, 51/2, 335–338.

\*Поводом чланка Новике Војиновића „Погреšno о Његошу, праву и филозофији“ објављеном у истом часопису бр. 4/1994.

111. М. Д.: О владавини права. – *Побједа*, Подгорица, 53/1997, 11371 (8. 8), 24.

\*Одржана трибина под горњим насловом у Никшићу у оквиру Манифестације „Његошеви дани“.

112. МАРИНОВИЋ, Светислав: Црногорско судство кроз историју. Петровићи на трону. – *Побједа*, Подгорица, 55/1999, 12008 (21. 5), 16.

113. МАРИНОВИЋ, Светислав: Црногорско судство кроз историју. Сила снажи државу. – *Побједа*, Подгорица, 55/1999, 12040 (22. 6), 20.

114. МАРИНОВИЋ, Светислав: Црногорско судство кроз историју. Концентрације власти. – *Побједа*, Подгорица, 55/1999, 12041 (23. 6), 15.

115. МАРИНОВИЋ, Светислав: Црногорско судство кроз историју. У служби господара. – *Побједа*, Подгорица, 55/1999, 12042 (24. 6), 17.

116. МАРИНОВИЋ, Светислав: Црногорско судство кроз историју. Поштовање из страха. – *Побједа*, Подгорица, 55/1999, 12043 (25. 6), 31.

117. М[УЧАЛИЦА], Р[оксанда]: „Његошева филозофија права“ Ђорђа М. Бакића. – *Побједа*, Подгорица, 58/2001, 12937 (19. 12), 25.

\*Белешка о фототипском издању књиге.

118. БОГИЋЕВИЋ, Чедомир: Законодавна дјелатност династије Петровић. – [У]: *Династија Петровић-Његош*. Радови са међународног научног скупа. Т. 1. Подгорица, ЦАНУ – Универзитет Црне Горе, 2002, 443–450.

119. ДУЈОВИЋ, Јован: Црногорски гувернадуре од настанка до нестанка (1). Избор владике Рада за Господара. – *Глас Црногораца*, Подгорица, 128/2002, 450 (19. 1), 20.

120. ДУЈОВИЋ, Јован: Црногорски гувернадуре од настанка до нестанка (2). Аустријске претензије на манастир Стањевићи. – *Глас Црногораца*, Подгорица, 128/2002, 451 (20. 1), 20.

121. ДУЈОВИЋ, Јован: Црногорски гувернадуре од настанка до нестанка (3). Коначни престанак Гувернадурства Радоњића. – *Глас Црногораца*, Подгорица, 128/2002, 452 (21. 1), 20.

122. ЂУРИЧИН, Биљана: Допринос Петровића стварању модерног црногорског судства. – [У]: *Династија Петровић-Његош*. Радови са међународног научног скупа. Т. 1. Подгорица, ЦАНУ – Универзитет Црне Горе, 2002, стр. 425–442.

123. ВУКИЋЕВИЋ, Слободан: Његошев „први друштвени поредак“ у Црној Гори – логичко-историјски континуитет Династије Петровић. – [У]: *Династија Петровић-Његош*. Радови са међународног научног скупа, Т. 3, Подгорица, ЦАНУ – Универзитет Црне Горе, 2002, стр. 267–287.

124. ГАРДАШЕВИЋ, Бл[агота]: Правда и неправда по Горском вијенцу. – [У]: *Сто година Горског вијенца. 1847–1947*. Приредио Слободан Милић. Подгорица, ЦИП, 2003, 130–134.

125. ПАВИЋЕВИЋ, Бранко: Саздање црногорске националне државе (1796–1878). Строги Закони отачаства. – *Побједа*, Подгорица, 61/2004, 13979 (7. 11), 42.

126. БАКИЋ, Ђорђе М.: Ко ће узет наше славе, док су наше здраве главе? Искре Његошеве филозофије права о реалној држави. – *Времекази*, Андријевица, X, 2007, 27–48.

\*Садржај: Реална или законска држава. Законитост. Правда. Слобода. Једнакост. Власт. Владар. Народно представништво.

Из књиге *Његошева филозофија права*, Скопље, 1936.

Др Борис Беговић\*

Robert J. Shiller, *Finance and the Good Society*, Princeton University Press, Princeton and Oxford 2012, 288.

Када се, у последње време, у разговору помене недавна глобална финансијска криза, у највећем броју случајева врло се брзо потегну аргументи типа „похлепа“, „незајажљиви банкари“, као синоним за све оне који се баве финансијама које нису јавне, морална осуда свих тих људи („лихвари“) и њихове професије („зеленаши“), односно целе привредне делатности финансија, уз акциони план који се обично своди на две елемента: (1) „све њих треба на робију“ и (2) „цео систем мора да се прави из почетка“. Овај акциони део закључака прилично подсећа на времена када су бољшевици преузимали власт.

Насупрот оваквом, најблаже речено неуравнотеженом приступу финансијској кризи, академска финансијска заједница покушава да анализира због чега се догодило то што се догодило, због чега су се људи понашали на тај начин и шта је то што се може урадити да се оваква и било каква следећа криза предупреди или барем ублажи. Књига Роберта Шилера, једног од овогодишњих добитника Нобелове награде за економију („за допринос емпиријској анализи формирања цене финансијских пласмана“), представља допринос разумевању стања ствари, како у домену вредносно-неутралне анализе, тако и у домену нормативне анализе и одговора на питање шта све треба урадити како би се ствари побољшале. Аутор полази од тога да финансијски систем није ништа друго него средство за остварење циљева и то свих појединаца који чине друштво. Заиста, заборавили смо ову дефиницију финансијског система: примећујемо га само када је криза, а све његове благодети готово да не примећујемо. А управо сваком од нас, пише аутор, тај систем омогућава да управљамо ризицима и да очувамо богатство које смо стекли. Па онда и настанак савременог финансијског капитализма није случајан, појавио се када је акумулирано богатство успехом индустријског капитализма.

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

Књига је подељена на два дела. Први („Улоге и одговорности“) чини анализа разлога који су довели до финансијске кризе. То се чини кратким и бројним (осамнаест само у овом делу) поглављима која су усредсређена управо на улоге у савременом финансијском капитализму и нарочито, што је сасвим очекивано од једног економисте, подстицајима са којима се суочава сваки појединац који се нађе у одређеној улози. Све почиње са генералним директорима (*chief executive officers*), па се објашњавају основни економски разлози због који они ипак постоје (корпорације су дуговечније од њихових оснивача), економски проблеми који проистичу из агенцијског проблема (неусаглашеност циљева власника и управе корпорације) и финансијски механизми (пре свега опције на акције корпорације) којима се решавају наведени економски проблеми. Велико богатство људи који раде на тим пословима последица је тих решења – што су као менаџери успешнији, то су богатији, а основни циљ тржишне привреде и сваког нормалног друштва јесте добро управљање корпорацијама, будући да се на тај начин увећава друштвено благостање. Велико богатство тих појединаца стога је последица тражења најбољих решења за отворене проблеме корпоративног управљања.

На сличан начин се разматрају и други елементи који чине савремени финансијски капитализам: инвеститори и менаџери инвестиција, банкарни, инвестициони банкарни, хипотекарни зајмови и они који их одобравају, трговци на тржишту хартија од вредности (*traders*), осигурање и они који се баве том делатношћу, иноватори у области финансијских инструмената, финансијски деривати и они који их стварају, правни и финансијски саветници, лобисти, регулатори, рачуновође и финансијски ревизори, они који све нас образују, законодавци који се баве пружањем јавних добара, они који доносе политике макроекономске стабилизације, менаџери непрофитних фондација и добротинитељи (филантропи).

У делу који се бави хипотекарним кредитима и обвезницама које су емитоване с циљем њиховог финансирања (секуритизација кредита) може се наћи јасна и садржајна анализа основних узрока који су довели до финансијске нестабилности на овом сегменту финансијских тржишта, која је довела до глобалне финансијске кризе и рецесије крајем прошле деценије овог века. Јасно се ставља до знања да секуритизација хипотекарних кредита сама по себи није представља проблем. Напротив, без те секуритизације не би било могуће прикупити толика средства намењена финансирању куповине некретнина, односно „решавању стамбеног питања“ пре свега најсиромашнијих житеља САД. Пажња је попустила тамо где је она била најпотребнија – при уговарању кредита са крајњим корисником. Кредите су добили и они који то никако нису себи могли приуштити

– они чији су приходи били такви да је било потпуно јасно да неће моћи да отплате такав кредит. Али, они који су давали те кредите (оригинатори), односно они који су у њихово име те кредите уговорали, нису се обазирали на то из најмање два разлога. Први је била претпоставка да ће цене некретнина и даље да расту. Уколико се активира хипотека, што је сва прилика, цена те некретнине ће већ толико да нарасте да ће онај који је дао кредит да наплати сва доспела потраживања. Штавише, он је та потраживања већ секуритизовао и то тако што је у истој транши обвезница „помешао“ прилично добре кредите, у смислу ниског ризика финансијског неизвршења (*default*) с оним који нису били толико добри. Ту је на сцену ступила друга претпоставка, да агенције за оцену бонитета добро раде свој посао. А оне су мало (више) заспале, па су као најбоље (ознаком ААА) означавале оне обвезнице које то никако нису биле. Наравно, када се испоставило да цене на тржишту некретнина падају, уместо да даље расту, па активирањем хипотеке поверилац може да надомести само део својих потраживања, односно када се испоставило да се обвезнице које имају рејтинг ААА могу на секундарном тржишту да се продају по занемарљивом делу њихове номиналне вредности (по којој су купљене), онда је већ враг однео шалу. Шилер сматра да више никада нећемо веровати да на тржишту некретнина не може да дође до пада цена и да више никада нећемо беспоговорно веровати агенцијама за бонитет. Но, све да је и то тако, да ли је то решење? Није, само што не треба убијати у основи добар финансијски инструмент секуритизације хипотекарних кредита. То што је био лоше примењен, не значи да није добар. Уместо тога, треба радити да другим механизмима и инструментима који ће омогућити његову добру примену.

Други део књиге („Финансије и незадовољство њима“) посвећен је управо томе – одговорима на питање које је аутор поставио у уводу. Каква је улога финансијског система у добром друштву (које аутор дефинише као друштво у коме треба да тежимо да живимо, друштву којем сви појединци поштују и уважавају једни друге)? Како финансије, као наука, као пракса и као извор иновација, треба да буде искоришћење као средство за достизање циља доброг друштва? Како финансије могу да промовишу слободу, просперитет, једнакост и економску сигурност? Како можемо да демократизујемо финансије, тако да боље раде у корист свих нас? Други део нуди предлоге којима се дају одговори на ова питања.

Пре него што се урони у те предлоге, Шилер наставља с анализом неких од феномена који су довели до најновије финансијске кризе. Један је људска склоност ка неумереном преузимању ризика, а други је склоност као конвенционалности и везаност за форме које су нам од раније познате. Овде до изражаја долази ауторова склоност ка

бихевиористичкој анализи и позивању на релевантне радове из експерименталне неурологије, којима се могу објаснити људске грешке у закључивању, које имају значајне последице по понашање појединаца на финансијским тржиштима. Стога, уместо сада већ конвенционалне анализе моралног хазарда при преузимању ризика, при којој су појединци свесни (умањеног) ризика са којим се суочавају, одлази се корак даље, анализом ситуација у којима људи нису свесни ризика у који се упуштају. Високим ризицима који су преузети не може се управљати на одговарајући начин, због склоности ка конвенционалности, па се стога примењују механизми, односно инструменти које су прикладне мањим ризицима. Та фундаментална неусклађеност је један од кључних извора проблема на финансијским тржиштима.

Имајући у виду ову неусклађеност, у чему се види излаз из оваквог зачараног круга? За Шилера нема дилеме у том погледу: у иновацијама финансијског сектора. У новим механизмима и финансијским инструментима којима се може боље управљати ризицима који су инхерентни овом тржишту. Обиле таквих механизма је предложено у овој књизи. На пример, обвезнице које нису номиноване у номиналној, већ у реалност вредности, која се сваке године коригује инфлацијом. У дуговима чије главница није фиксирана у времену, већ се прилагођава нивоу привредне активности, која је пропорционална приходима дужника. Тада ће се, уколико дође до рецесије, односно „црних дана“, главница дуга номинално умањивати, односно њен удео у приходима дужника ће остати исти. Дужничко бреме се смањује у тешким годинама, годинама рецесије, а то умањује вероватноћу финансијског неизвршења, па тиме и ризик са којим се суочава поверилац.

Питању економске неједнакости посвећена је изузетно велика пажња и оно се посматра, између осталог, у контексту Универзалне декларације о људским правима, која је, заједно са документима који су је следили, дефинисала нека од основних економских људских права. Као и већина политичких докумената, она није дефинисала начин на који ће се та права остварити, тј. како ће се финансирати активности којима ће се та права реализовати. А Шилер се бави управо тиме – питањима умањења неједнакости и пружања основних услуга сиромашнима посвећена је изузетно велика пажња и то веома креативно. Не само да се предлажу нови инструменти пореске политике намењени ефикаснијој присилној прерасподели дохотка од богатих ка сиромашним и то у области опорезивања потрошње, нови механизми примене прогресовог опорезивања, као и опорезивања поклона и наслеђа. Исто толико су садржајни предлози у домену стварања пореских и других подстицаја за добротинство и за добровољну прераспodelу дохотка. У свим тим предлозима аутор снажно води рачуна о томе да прераспodelа не буде контрапродуктивна, да не обеснажи



оне подстицаје појединцима који су кључни за постизање економске ефикасности и привредног раста.

Не мора се читалац сложити са сваким предложеним механизмом и финансијским инструментом. И сам аутор је свестан да у примени сваког од њих леже проблеми и да сваки делотворан лек, поред болесних, делује и на здраве ћелије организма, у овом случају савремених привреда. Финансијски капитализам ће преживети ову кризу и оно чему треба тежити није замрзавање финансијског капитализма и његово ограничавање или евентуално демонтирање, већ његовом даљем развоју и максималном подстицању иновација у овој области, као и развијању способности свих људи да прихвате те иновације. Будућност не лежи у прошлости – тривијална је истина коју често заборавља јавност озлојеђена финансијском кризом и „онима који су је изазвали“, или они који чине покрет „Окупирајте Волстрит“, али и домаћи коментатори наводећи да „стране“ банке треба „протерати“ јер нам ништа добро нису донеле. Не треба бити нобеловац да би се схватило да у финансијама будућност не лежи у прошлости, али је изузетно добро када један нобеловац, разумљивим стилем, снажним аргументима свим заинтересованим јасно стави до знања да оно чему у финансијама треба да тежимо јесте напредак. Роберт Шилер је овом својом књигом у томе у потпуности успео.

Др Драгор Хибер\*

Andrej Savin, *EU Internet Law*, Elgar European Law, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2013, 266.

Пре мање од две деценије *Андреј Савин*, писац ове обухватне, интердисциплинарне и детаљне књиге о праву интернета, био је истакнути ђак Правног факултета у Београду, након тога последипломац и докторанд чувених универзитета (Кембриџ), предавач европског права на том универзитету, данас је ванредни професор *Copenhagen Business School* у Данској. Насловом, ова књига је везана за европско право, али аналитички инструменти које аутор користи чине је интересантном и правницима ван ЕУ, па и онима у Србији, не само због очекиваног процеса придруживања, већ и као преглед могућих одговора на питања која се и овде све више постављају. Ова монографија није, наиме, само приказ регулаторног оквира интернета у изворима комунитарног права, већ је и упоредноправна студија, пре свега захваљујућу упоредној анализи са правом САД, али аналитичка и критичка студија прихваћених правних политика и метода регулисања.

У поговору на корицама књиге издавач је нагласио и да је ово правремена студија. Велики број референци у тексту показује да се о интернету као предмету права релативно дуго и свакако много пише у свету. Листа европске регулативе (*Secondary legislation*, комунитарних извора) на самом почетку ове монографије показује да је интернет постао предмет динамичног законодавства – ништа чудно с обзиром на то да се ради о новом и глобалном феномену од огромног значаја – а листа случајева Европског суда на које се аутор позива дата на истом месту, показује и практичан значај и практичне неспоразуме у примени новоствореног правног оквира. Студија је дошла у прави час због покушаја да се феномен интернета правно анализира обухватно, на једном месту, из различитих углова, интердисциплинарно, на основу обухватне и добро простудиране грађе.

---

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

Интердисциплинарност – наравно у оквирима правне науке – се манифестује тиме што је аутор изабрао и насловима поглавља издвојио низ тематских подручја, која на први поглед, називом али и предметом и методом, припадају различитим гранама права, а обједињује их „европска правна судбина“. Повезује их у студији чињеницом да испољавају у односу на појам интернета, с једне, и европски правни оквир али и отворена питања у правном обликовању овог феномена, с друге стране. Избор тих „ужих“ предмета анализе повезаних с интернетом као заједничким предметом регулисања и обухватном темом правне студије није, при томе, учињен на основу неког претходно и априори датог критеријума, није у питању подела, *класификација* института унутар Права интернета ЕУ као унапред дефинисане (нове) гране права, не ради се о примени дедуктивног метода. Питања која су анализирана наметнуо је, по свему судећи, правни живот, практично отварање питања, одговори законодаваца (и других потенцијалних регулатора), практична примена. Ни редослед којим су та питања у студији презентирана наравно није насумичан, није ни диктиран (само) редоследом којим су се појавила у комунитарној регулативи, ни (само) логиком изабране законодавне политике, већ је опредељен (и) унутрашњом логиком („законитости-ма“) и унутрашњим везама између сегмената сложеног феномена на који се сва номинално различита поглавља односе.

Први, уводни део студије, *Уређење интернета у Европској унији*, прилика је аутору да каже и неколико начелних ствари о интернету и праву. Простор интернета је простор сусрета слободe и опасности од њене злоупотребе. Отуда је, са појавом и ширењем интернета, рано настајала и правна интервенција, најпре у САД, а затим и у Европи. Та специфична, интернету намењена регулатива почела је поводом заштите интелектуалне својине, затим зарад регулисања електронске трговине, брзо се проширила на заштиту података и заштиту личности, заштиту потрошача, па и кривично правну интервенцију. Развој правног оквира био је условљен специфичном архитектуром интернета, у којој технологија битно, готово одлучујуће утиче на законодавну политику. *Слојевита структура* интернета, као прва карактеристика његове архитектуре, његова хетерогена природа која се огледа у међусобним односима хардвера, софтвера и садржине, захтевала је да регулатива прати ту сложеност структуре, настојањем да регулација „циља“ управо онај слој у коме се правна питања која треба регулисати рађају, манифестују. Друго, *end-to-end* архитектура, могућност директне комуникације корисника, чини интернет дубински, суштински децентрализованим, у мери да сегменти, све до коначног корисника буду у великој мери независни од „централног система“, односно један од другог. Једна од последица те децентрализације је да су важна, у суштини правна

питања, на пример стандарди и процедуре (протоколи) и домени, данас под управом невладиних тела, и од њих регулисани. Овакав начин регулисања се наметнуо, ако добро разумемо, јер се учесници у мрежи добровољно подвргавају тој управи и правилима којима се она остварује – то је неопходно за њихово учешћа у систему. Најзад, битна карактеристика интернета која утиче и на карактеристике његовог правног оквира је његова *неутралност*. Неутралност је израз који се овде употребљава да означи однос интернета према садржајима који су на њему постављени, односно према апликацијама и услугама које се на њему одвијају. Та неутралност има за резултат и став да управљачи, регулатори и владе треба да обезбеде исти квалитет интернета без обзира за које се апликације или садржаје користи, да он мора бити недискриминаторан. Такав, слојевит, децентрализован и неутралан, интернет отвора многа питања правног уређења. Прво питање је „судбинско“: да ли је и у којој је мери интернетом уопште могуће правно управљати, или он само може бити у извесној, мањој или већој мери, регулисан, у неким сегментима. А када се отвори Пандорина кутија те регулације питања се умножавају, од начелних, националан или међународни модел регулације, па даље државна регулација, регулација невладиних организација, корпорација и саморегулација медија, све до сасвим конкретних, на појединим тачкама регулисања.

Након овог уводног дела у студији следи 9 поглавља у којима се расправља о исто толико поља ЕУ регулације. Следи њихов приказ у најкраћем.

Прво је *електронска трговина*. Још у уводном делу аутор је констатовао да је ЕУ препознала значај интернета за економски развој, и да се определила за (правну) интервенцију у питања која се односе на јединствено тржиште, тиме и електронску трговину, уз она која тангирају заштиту личних права, посматрану као заштиту личности и заштиту потрошача. Сама електронска трговина не разликује се, на први поглед од других начина закључења уговора на дистанци: на први поглед нема одлучујуће разлике између закључења уговора разменом факс порука у односу на слање електронских писама или куповину преко website-а? Али је и могуће уочити, на пример, сложеност питања сукоба надлежности и сукоба закона у овим случајевима, или низ питања која отвара електронско плаћање. На део ових питања настојала је да одговори европска *Electronic Commerce Directive* из 2000. године (у САД је *A Framework for Global Electronic Commerce* публикован 1997, а годину дана раније усвојен је *UCITRAL Model Law on Electronic Commerce*). ЕУ директивом је обухваћен, с идејом да она буде оквирна, низ повезаних питања, као што су мере заштите потрошача у електронској трговини, електронски потпис, ауторска и сродна права, па и нека финансијска и пореска питања.

Пракса Европског суда је инсистирала на недискриминаторској примени правила из Директиве. Она су била и основ за хармонизацију националних права, све с идејом да се као основне активности остваре успостављање *service providers* (израз је и код нас у употреби и боље га је не преводити), трговинске комуникације, електронских уговора, посредничке одговорности, вансудског решавања спорова.

*Међународна надлежност и меродавно право*, следеће поглавље студије, логички следи када се има у виду сам појам електронске трговине. Традиционалне тачке везивања и колизиона правила, када их треба применити на интернет, постају непримењива: интернет не познаје (државне) границе. Данас судови прихватају надлежност и када се ради о туженом који послује глобално и примењују национално право и на случајеве са страним елементом, када је везан за интернет. Аутор у овом поглављу полази од Европских правила о признању и извршењу страних одлука (тзв. *Brussels I Regulation*), када се ради о решавању сукоба надлежности, односно Римских правила о закону који ће се применити на уговорне облигације (тзв. *Rome I Regulation*) као и *Rome II Regulation on the Law Applicable to Tort* и прати развој праксе о примени ових правила на уговоре везане за *cyber* простор.

*Уређивање говора и садржаја* је следеће поглавље књиге којим се отвара још једна Пандорина кутија контроверзи у регулацији интернета. Створен да омогући проток информација у свету без граница, интернет је суочен са нелегалним и штетним садржајем. Отуда је питање на које се не може одговорити без остатка: да ли, колико и како контролисати садржај на интернету.

Следеће поглавље посвећено је *Одговорности посредника*, оних који се комерцијално баве протоком информација на мрежи, без да сами стварају садржаје, и који чувају идентитет односно анонимност корисника, спречавајући или уклањајући штете које корисницима могу нанети они који се баве производњом и „качењем“ информација (садржаја) на мрежу или пак усмеравањем тих информација ка корисницима. Ради се о интернет провајдерима. Аутор приказује и објашњава разлику између америчког и европског приступа односу између провајдера и потрошача, првог који за основу има слободу говора и штампе, и другог који полази од концепта информатичког друштва.

*Интелектуална својина* и интернет је тема следећег поглавља, једна од најзначајних и најсложенијих када се о правном регулисању интернетета ради. У овом поглављу аутор даје преглед дилема о ни воу и начину регулисања, као и преглед актуелних решења.

*Заштита података и заштита приватности* је за комуни тарно право веома значајна с обзиром на важност који се у Унији

придаје овој заштити. Аутор у овом поглављу приказује развој секундарних извора у овај области али и примарне изворе, уговоре, укључујући и уговоре са трећим, од којих је вероватно најзначајнији *EU/US Safe Harbour Agreements*.

Закључење уговора али и друго персонализовано учешће на мрежи отварају низ правних питања, код којих је технолошки основ битно утицао на правна решења. Правац и начин на који ЕУ одговарала на та питања приказан је у поглављу под називом *Дигитални идентитет и електронски потпис*. Питање идентитета је једно од битних за сигурност на мрежи. Питање доказа да је учесник на интернету онај који тврди да јесте предмет је Директиве о електронском потпису, а ЕУ Директива о електронском плаћању уређује аутентичност промета новца.

И на крају пре закључака је одељак о *Сајбер криминалу*. Унија није првенствено надлежна за кривично право, али нове врсте или нов облици криминала који се дешавају у државним границама, неомеђаном простору као што је интернет захтева сваковрсне реакције, па је коришћена и могућност комунитарне интервенције када је у питању посебно опасан прекогранични криминал. Директива против напада на информационе системе је у фази припреме, али се већ сада кроз примарне изворе, али и Конвенцију Савета Европе о сајберкриминалу, формира заједничка политика у односу на криминал који се манифестује као напад на мрежу – различит облике хакерисања, пиратства, компјутерских превара, али и против штетног садржаја на мрежи, на пример порнографског, дечије порнографије и сл.

Студија Андреја Савина даје потпуну и јасну информацију о стању правне регулативе која за предмет има интернет, кроз поређења и компаративну анализу, и шире од европског права на које упућује њен наслов. Извори и тумачења, пракса и међусобни утицаји појединих решења, суштинска објашњења изабране правне политике у ЕУ приказани су при томе веома прегледно, разумљиво и правнику коме су већ из генерацијских разлога технолошки аспекти интернета познати само у главним цртама. Јасноћа и лакоћа излагања резултат су продубљеног познавања материје. Отуда, читајући ову књигу, радознали правник може да започне своје упознавање са правом интернета какво је данас, а с обзиром на темпо развоја неће бити исто прекосутра, али и да проникне у многе дилеме и дубине ове регулативе, у мери да може да наслути каква ће бити сутра.

Најзад, на самом крају, читалац из Србије не може да не постави питање: где смо ми у односу на у књизи анализирану регулативу. И без подробније аргументације могуће је изнети тврдњу да

нисмо пропустили све возове, па и да нисмо у недостижно великом закашњењу, да је овдашњи законодавац препознао важност многих од у књизи студираних питања и трагао за овдашњем друштву и степеном развоја интернета примереним одговорима. Треба нагласити: и у будућности, заостајање није дозвољено.

Ђорђе Марковић\*

*Ко бира судије уставног суда?*, Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2012, стр. 286.

*Истина у политици мора чекати дотле док некоме не постане потребна* – речи су норвешког нобеловца Бјернстјерне Бјернсона (*Bjørnstjerne Bjørnson*). С обзиром на сложену, правно–политичку природу уставног суда, важно је да они који сачињавају овај орган, не чекају да истина у комплексним случајевима које разматрају, постане насушна потреба политичара. Судије уставног суда морају поседовати висок степен професионалног и моралног интегритета. Зато се као својеврсно претходно питање поставља оно које се тиче персоналног састава најеминентније институције у модерним демократским државама.

Препознавши важност овог питања, Фондација Центар за јавно право је крајем 2012. године у Сарајеву организовала научни скуп и регионалну конференцију на тему: „Избор судија уставних судова“. Као круна овог скупа, проистекао је зборник реферата који су изложени на поменутој конференцији, под називом: *Ко бира судије уставног суда?* у издању Фондације Центар за јавно право. Зборник се састоји од тринаест радова чији су аутори истакнути адвокати, високи државни службеници, сарадници и судије уставних и врховних судова, као и универзитетски професори, који долазе са простора бивше Југославије. Свима који желе да се баве упоредном анализом ове теме зборник ће послужити као добра полазна основа јер чак осам аутора долази из Босне и Херцеговине, три из Србије и по један из Македоније и Хрватске.

Председник Фондације ЦЈП и уредник овог зборника Един Шарчевић, у предговору наводи да се пажљивом анализом радова може извући закључак да у регији нема уставног система у којем се именовање судија уставних судова може окарактерисати као „рационално успостављена процедура за избор стручних и неовисних кан-

---

\* Аутор је мастер права и студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду.



дидата“ (стр.7). Свака од држава региона има особени систем избора судија уставног суда и сваки од ових модела има своје слабости, али ипак постоји једна везивна нит. Та нит или према речима Шарчевића – „меко мјесто“ кроз које продира утицај дневне политике јесте једна општа правна клаузула која се у Србији, Црној Гори и Македонији појављује као синтаagma „истакнути правник“; у Словенији као „правни стручњак“; у БиХ је то „истакнути правник високог моралног угледа“; док се у Хрватској користи израз истакнуто „дјеловање у правној струци“. Пошто је непостојање прецизнијег одређења овог појма општа карактеристика свих поменутих држава (са изузетком Хрватске), о овом правном стандарду као једном од услова за избор одређеног лица за судију уставног суда, у зборнику постоји и посебан рад.

Наиме, како се о овој теми у јавности доста говорило али мало писало и аргументовано расправљало, професор Правног факултета у Београду и сарадник ЦЈП–а, Владан Петров, написао је врло занимљив текст под насловом: „Зашто судија уставног суда (не)мора бити истакнути правник?“. На јасан и језгровит начин, он указује на основне недоумице које постоје о овом институту: непостојање прецизног нормативног одређења у упоредном праву држава из региона; дилему да ли се ради о „врхунском правном стручњаку“ или је реч о лицу које треба да буде и „више од врхунског правног стручњака“; као и на питање уставног, наспрам законског уређења овог услова за избор. Аутор стоји на становишту да се овај стандард може прецизирати само Уставом и то у смеру у којем би се одредиле правничке професије из којих би одређен број „истакнутих правника“ долазио, као што су каријерне судије, високи државни службеници, професори права итд. Такође, истиче се важност забране реизбора, тј. поновног избора судија Уставног суда Србије после истека првог мандата, као и смањивања броја судија, са садашњих петнаест на девет. Предлаже се и „сажимање“ појединих надлежности Уставног суда Србије – „уставни суд треба да се усредсреди на две основне функције: заштиту уставности и заштиту Уставом зајемчених људских и мањинских права“ (стр. 245 и 246). Залажући се за тумачење које истакнутог правника описује као особу „изузетних личних својстава“, Петров указује да се овакве особине ниједним правним актом не могу прописати нити обезбедити, већ се оне од једног правника „аристократе“ (какав је судија уставног суда – аристократа по професији, знању и моралном интегритету) претпостављају (стр. 229 и 238).

У свом раду „Слабости институционалних гаранција независности Уставног суда Србије“ Дарко Симовић, професор на Криминалистичко–полицијској академији у Београду, истиче значај Уставног суда као последњег заштитника демократског поретка и људских права. У складу с овим, он подвлачи неопходност увођења

далеко „транспарентнијег“ и „детално уређеног“ поступка избора судија, наводећи као добар пример Словенију (стр. 281 и 282). Као и Петров, и он се залаже за једномандатни избор судија, односно укидање могућности реизбора.

Трећи аутор из Србије, Саво Манојловић, млађи саветник у Уставном суду Србије, прецизношћу правника практичара обрађује готово сва релевантна питања у овој области као што су: надлежност Уставног суда Србије; органе које учествују у избору судија; критеријуме за избор; трајање мандата; положај судија и председника Уставног суда, итд. Занимљиво је да се у раду који носи назив „Избор и положај судија Уставног суда у Републици Србији“, Манојловић дотакао и правне природе акта о избору (именовању) судија Уставног суда, одређујући га као управни, али истовремено и као „појединачни политички акт“ (стр. 75 и 76). Дакле, и они који се баве управним правом, у овом зборнику могу пронаћи корисне информације за читање и промишљање.

Највише радова обрађује модел избора судија уставних судова у Босни и Херцеговини – ентитетских судова у Федерацији БиХ и Републици Српској, као и Уставног суда Босне и Херцеговине. Предлози за промену постојећих модела избора у БиХ су бројни, али се међу њима издвајају они који истичу: важност временског ограничења трајања мандата, неопходност објективизације и прецизирања правног стандарда „истакнутог правника високог моралног угледа“, као и давање предности стручним квалитетима, уместо строгог етничког критеријума који је владао до сада. Поред овога, треба истаћи и идеје о елиминисању утицаја „страног фактора“ приликом избора судија Уставног суда БиХ. При томе, ваља имати на уму констатацију професора Шарчевића који истиче да је босанско–херцеговачки уставни модел „апсолутни изузетак у европском културном кругу и у регији, тако да он мора почивати на властитим стандардима за избор судија уставних судова– (стр. 13). О избору судија Уставног суда Републике Српске пише Марко Рајчевић – „Избор и мандат судија Уставног суда РС“, о избору судија Уставног суда БиХ пишу Амра Охрановић – „Избор судија Уставног суда БиХ“, Нурко Побрић – „Избор и разрешење судија Уставног суда БиХ“ и Самир Зупаревић – „Слобода интерпретације уставом прописаних увјета за избор судија Уставног суда БиХ“, док се питањима избора судија уставних судова у читавој држави баве: Александра Мартиновић – „Мишљење суда – фаза у поступку именовања судија уставних судова“, Касим Трнка – „Нужност ревизије уставних рјешења о избору судија уставних судова у БиХ“, Бранко Перић – „Избор судија уставних судова у БиХ – контроверзе и могућа рјешења“ и Миодраг Н. Симовић – „О ђемствима независности уставних судова“.

На самом крају осврнућемо се на занимљиво искуство Републике Хрватске које је описано у раду Теодора Антића – „Избор судија Уставног суда Републике Хрватске“. Хрватски модел избора судија уставних судова представља изузетак, јер веома детаљно предвиђа шта се подразумева под појмовима „истакнути знанствени или стручни рад или истакнуто јавно дјеловање у правној струци“ (стр. 38 и 39). Али поред ове, постоји још једна занимљивост. До уставних промена из 2010. године у Хрватској је била потребна натполовична саборска већина да би се предложени кандидат изгласао за судију Уставног суда. Међутим, након поменутих промена уведено је правило да за одређеног кандидата мора гласати две трећине од укупног броја посланика, а по узору на „супервећински изборни модел (2/3, 3/5)“ који постоји у појединим европским државама – Немачка, Мађарска, Италија, Шпанија, Португал (стр. 30 и 31). Због нестабилних политичких прилика и непостојања политичке зрелости, у Сабору је дошло до ситуације да упражњено место судије Уставног суда Хрватске није могло да се попуни скоро две године, тј. нови судија није могао бити изгласан. Овај пример нам јасно указује да се приликом рецепције чак и оних решења која су се у упоредној пракси показала као добра, мора приступати са крајњом опрезношћу. Без уважавања сопствене правне традиције и тренутних прилика у властитом друштву и држави, не могу се очекивати задовољавајући резултати.

У зборнику је своје место пронашао и рад „Избор судије Уставног суда у Републици Македонији“, аутора Блажа Крчинског, у коме су описани основни принципи избора судија у БЈР Македонији.

Зборник радова *Ко бира судије уставног суда?* не нуди коначне одговоре, већ читаоца подстиче на размишљање. У њему се не може пронаћи „магична формула“ за решење овако сложеног питања, али он свакако представља извориште конструктивних и правно аргументованих идеја. Пружајући анализу постојећег стања, зборник је добра основа и оријентир за све оне који се баве проучавањем ове материје, као и за оне који желе да прошире своја знања. Читајући поменути збирку радова, читалац ће несумњиво осетити и дух заједништва, који је последњих година готово у потпуности нестао са балканских простора, па макар оно било и заједништво у правним недоумицама.

Миодраг Орлић\*

### РАДОМИР ЂУРОВИЋ (1926 2013)

Радомир Ђуровић је ступио на Правни факултет са заостатком у времену у односу на своју генерацију, пошто је раније био наставник предвојничке обуке на Универзитету. Како предавачи овог сувопарног предмета нису уживали глас најугледнијих посленика у академским круговима, Радомир Ђуровић није био дочекан на факултету с цвећем. Пратиле су га предрасуде да они који су предавали предвојничку обуку нису у стању да се на вишем интелектуалном нивоу баве теоријским проблемима правних наука. Професора Ђуровића многи наставници на факултету примали су помало с подозрењем и он је увек морао да се доказује да је способан да обавља наставнички позив и да са бави научним радом.

Као и многа друга предубеђења и ово је било погрешно, али је оно дуго пратило професора Ђуровића на путу научног и наставног уздицања. Увек му је требало више добре воље, истрајности снаге и резултата, него другима да би добио признања која је заслужио.

У тренуцима када је судбина Правног факултета била доведена у питање Радомир Ђуровић је показива неке од својих најлепших особина. У студентској побуну 1968. године када су се као на преломној тачки оцртавали карактери учесника и када су пред очима студената многи наставници губили од свога угледа Радомир Ђуровић је својом смиреном разложношћу и разборитошћу водио акциони одбор на факултету трудећи се да се догађаји не отму и да не дође до несагледивих последица.

Други пут је то било нешто доцније. У дискусији на Правном факултету о Уставним амандманима марта 1971. године, показало се да у наоко јединственом наставничком саставу постоје не само

---

\* Аутор је редовни професор у пензији Правног факултета Универзитета у Београду.

значајне разлике у погледима на друштвени развој и потребне политичке одлуке, него и непомирљиви сукоби. У атмосфери прогона, којој су се многи наставници приклањали, а други од ње склањали, Радомир Ђуровић се супротставио надлазећег таласу осуда и искључивања са факултета. Само је он био у стању да изговори како њега не брине што се на факултету пружа отпор настојању да потписници петиције за помиловање професора Михајла Ђурића буду кажњени и искључени са факултета, него да га забрињава морално стање у коме се Факултет нашао.

Професор Ђуровић радом на превођењу италијанског Грађанског законика придружио се малом броју наших правника који су стекли заслуге тиме што су стране правне системе или поједине њихове делове приближили нашим правницима.

Део о облигацијама, четврту књигу италијанског Грађанског законика, превео је др Васо Радмиловић а професор Ђуровић је дотерао и редиговао превод и написао предговор издању. Као познавалац италијанског језика и права нашег суседа с друге стране Јадранског мора, професор Ђуровић је у предговору изложио историјат настајања италијанског Грађанског законика, главне идеје у његовом стварању и најважнија обележја не само облигационог права него италијанског права у целости.

Ваља напоменути Ђуровићев коауторски рад (с Маргитом и Радославом Јанковићем) на изради Економско-правног речника (српскохрватско-француско-немачки речник I том, француско-српскохрватски II том, немачко-српскохрватски III том) Београд 1969. године.

Да је Радомир Ђуровић од детињства и по свој прилици од родитеља баштинио љубав за Русе и Русију то је нешто што се код Црногораца његове генерације готово подразумевало, али да се у току времена у њему створи симпатија за Јапан и Јапанце то је нешто што је било необично и за иначе отворену земљу за сваку врсту сарадње као што је била Југославија.

На сарадњу с Јапаном највероватније га је навела ћерка Љиљана, будући професор јапанског језика на Универзитету. Она је још у детињству почела да се дружи са децом косих очију, који су се изражавали на неком необичном језику. Убрзо је и она стекла способност да разуме речи које изговарају и да их и сама употребљава. Много касније Радомир и Љиљана Ђуровић су учинили велику услугу Правном факултету доводећи у Београд истакнуте професоре с Правног факултета, Чуо (Chuo) универзитета, једне од најбољих високих школа у Јапану. Тих 80-их година гости Правног факултета били су истакнути професори Хакама, Мурата и Кодама и други.

Призивам у сећање тренутак када су захваљујући Радомиру и Љиљани Ђуровић студенти Правног факултета у Београду добили прилику да у препуном Амфитеатру слушају предавање о Јапанском привредном чуду, које је одржао господин Јукио Јамашита, професор факултета за трговину Чуо универзитета у марту 1985. године.

Са својственом финоћом, Тошијуки Кавазое, председник Чуо универзитета захвалио је професору Ђуровићу што је омогућио да предавање професора Јамашите буде тако успешно и оценио је да је то први корак у будућој сарадњи између Правног факултета и Чуо универзитета.

Тихи али далекосежни утицај београдске школе приватног права (60-их и 70-их година прошлог века) огледао се највише кроз деловање општег семинара за грађанско право којим је руководио професор Михаило Константиновић и општег семинара за привредно право којим је управљао академик Милан Бартош. У раду овог потоњег учествовали су и други професори привредног права на Правном факултету, па и изван њега. Постепено се из овог мноштва издвојио професор Ђуровић својом вредноћом и прилежношћу тако да је професор Бартош све више њему поверавао рад са студентима на последипломских студијама, а у случају сопствене спречености и вођење Општег семинара. Изузетно вредан, Радомир Ђуровић је стигао да буде ментор бројним кандидатима при изради магистарских радова и докторских дисертација, вероватно у већем броју од било ког другог наставника на факултету.

Ако му је један од корифеја науке на Правном факултету у Београду одао признање тиме што му је поверавао наставу на последипломским студијама, други не мање угледни професор Михаило Константиновић сматрао је да је Радомир Ђуровић достојан да га замени на једној значајној правној функцији изван факултета. Када је професор Константиновић при одласку са дужности председника Спољнотрговинске арбитраже, својим неприкосновеним ауторитетом предложио Радомира Ђуровића за будућег председника многи у правничкој јавности били су изненађени овим избором, јер је кандидата за ту функцију у великој Југославији могло бити и на другим странама.

Професор Константиновић је пре свих других квалитета који другима могу бити уочљивији или важнији, особито ценио поштење, вредноћу у раду, смирену разборитост и оданост без снисходљивости професора Ђуровића. И показало се да је био у праву. Време у коме је професор Ђуровић био на челу Арбитраже (1974–1995) красила је као и у претходном раздобљу (за време професора Константиновића) репутација угледне институције у којој арбитражи одлучују независно од било каквих утицаја и суде непристрасно гледајући само аргументе парничних странака.

Научна делатност професора Радомира Ђуровића је импресивна како кад је реч о броју научних радова тако и у погледу њихове разноврсности. Довољно је напоменути да је према библиографији, коју је средила његова ћерка професор др Љиљана Р. Марковић број објављених радова 811. Међу њима има и ситнијих дела али и оних који ће трајно постицати правнике на даље истраживање. Поменимо само неке од најважнијих: Уговор о кооперацији у пољопривреди 1964; Међународно привредно право, универзитетски уџбеник, 12 издања; Облигационо право, Титоград, 1975; Мултинационалне компаније, Београд, 1977; Облигационо право, Титоград, 1979; Закон о облигационим односима с Општим узансама и дугим актима, четири издања и особито дело којим је задужио нашу правну науку Правни систем Јапана (са професором др Љиљаном Р. Марковић) 2011. године.

Осврнувши се на пређени пут Радомира Ђуровића и светле трагове које је оставио за собом можемо се опростити од њега речима Владике Црногорског: Благо оном ко довјека живи, имао се рашта и родити.

Емилија Вукадин\*

## ВЛАДЕТА СТАНКОВИЋ (1932 2013)

У јулу месецу 2013. године преминуо је Владета Станковић, редовни професор Правног факултета у Београду, наставник на предмету Привредни систем односно Право привредног система. Катедра за правно-економске науке Правног факултета изгубила је свог дугогодишњег члана који је пуни радни век везао за научни и педагошки рад универзитетског професора.

Владета Станковић је рођен 1932.године у Прокупљу где је завршио основну школу и гимназију. Правни факултет у Београду уписао је 1952. године и са просечном оценом 9,65 дипломирао 1956. године. После завршених студија радио је у општинском народном одбору и затим у Окружном суду у Прокупљу где даје отказ и долази у Београд, да би 1959. године био изабран за асистента на Правном факултету за предмет Политичка економија. У школској 1967/68. години на основу гласова студената проглашен је за најбољег асистента, што представља изузетно признање јер потиче од младих људи са строгим критеријима вредновања. Докторску дисертацију под називом „Проблеми акумулације у социјалистичкој привреди“ одбранио је 1965. године. За доцента за предмет Привредни систем Југославије изабран је 1968. године, за ванредног професора 1983. и за редовног професора 1990.године. У пензију одлази 1999.године.

Током своје универзитетске каријере Владета Станковић је држао наставу на предметима Привредни систем Југославије, Политичка економија, Економска политика, Економика предузећа, Статистички метод и Марксизам и савремено друштво. На последипломским студијама на предмету Методологија економских наука према хрестоматији под истим називом чији је био редактор, држао је ча-

---

\* Ауторка је редовна професорка Правног факултета Универзитета у Београду.



сове предавања, као и на специјалистичким курсевима Економика организације удруженог рада и Развој Марксове економске мисли. У научном раду Владете Станковића јасно се уочавају две развојне фазе које заједно граде заокружени опус чији су предмет сложене питања економске стварности различитих фаза југословенског друштва и његовог развоја. У првој фази, полазећи у својим радовима од неефикасности централнопланског система управљања привредом, система у којем је одрастао и формирао свој поглед на свет, Владета Станковић је тежио успостављању привредног система који би био не само ефикаснији, него и хуманији. Радови В. Станковића о предузећу, с обзиром на време када су настали, назначили су промене у правцу њихове самосталности и независности од политички заснованих привредноуправних одлука. У време када су проблеми опстанка и развоја социјализма сагледавани у ослобађању од концепта једнообразног совјетског модела социјализма, Владета Станковић је радовима о тржишту, самоуправљању и предузећу, дао допринос научној концептуализацији алтернативног модела социјализма. Радови из друге фазе чине они који су утемељени на уверењу да су основни економски проблеми друштва (тзв. основни производни однос) већ стабилизовани, тако да даљи развој захтева стварање адекватног правног оквира за њихову аутономну репродукцију. Следствено томе, у нормативном систему седамдесетих година он није тражио недостатке, доказе њихове историјске неадекватности, већ клице друштвених односа у које је веровао, као и у хуманије друштво. Научни радови Владете Станковића имају вредност јер материја која се у њима излаже је хетерогена: почев од елемената материјално-производних подсистема, преко организационих система у привреди, функционисања тржишта, до класичних садржаја који се атрибуирају појединим дисциплинама права, а нарочито Уставном, Привредном и Управном праву. Вредност радова Владете Станковића је њихова заједничка полазна основа за сучељавање са сложеним дилемама о томе каква је веза између привреде, друштва и права, затим реалног и финансијског сектора, између цена и вредности, као окоснице научног приступа базичним питањима функционисања сваког економског система.

Осим на матичном факултету, Владета Станковић био је ангажован у настави из предмета Политичка економија на Правном факултету у Нишу, Крагујевцу, Ужицу, Подгорици и Технолошко-металурушком факултету у Београду. Осим основног ангажмана у својству наставника, Владета Станковић је на Правном факултету у Београду обављао и функцију продекана (1981), члана Савета факултета (1997), шефа Катедре за правно-економске науке (тада Катедре за друштвено-економске науке, 1998). Осим тога, у оквиру активности,

како се то тада називало, у друштвеној заједници, Владета Станковић је био члан Универзитетске скупштине, делегат у Наставно-научном већу Универзитета, као и у већем броју организација и институција на нивоу града и републике. Таленат и љубав према поезији, који познају сви они који су се дружили и били блиски са Владетом, пружили су му и привилегију чланства у Удружењу књижевника Србије.

Правни факултет Универзитета у Београду и посебно Катедра за правно-економске науке, остали су без свог цењеног професора који је у свом дугогодишњем научном и педагошком раду оставио у наслеђе не само своје дело већ и успомену на поштованог и вољеног колегу.

Милован Митровић\*

ВЛАДИМИР Б. МИЛИЋ  
(1938 2013)

Рођен је у Београду 14. децембра 1938, где је и преминуо 6. новембра 2013. године. У Београду је завршио основну школу, Прву мушку гимназију и Филозофски факултет, Група за социологију, где је дипломирао 1965. Запослио се у Савезном заводу за статистику, а потом у стручној служби СКЈ. На Правном факултету Универзитета у Београду изабран је 1. марта 1972. у звање асистента за предмет Општа социологија, да би за исти предмет 1976. био изабран у звање доцента, 1982. ванредног, а 1986. и редовног професора. Магистарски рад под насловом Друштвено професионалне групе и друштвена структура одбранио је 1970, а докторску дисертацију под насловом Утицај индустријализације на социјалну структуру Југославије 1975. године, на Правном факултету у Београду. У два мандата је биран за декана Правног факултета у Београду на којем је ову најодговорнију дужност вршио од 2001. до 2004. године, све до пензионисања.

У својој научној и професорској каријери Владимир Милић је написао више монографија и уџбеника, као и велики број научних и стручних чланака, водио неколико социолошких пројеката, учествовао у више емпиријских социолошких истраживања и одржао велики број предавања на основним и последипломским студијама на више факултета и универзитета у земљи и иностранству. Најпознатије његове монографије су: Комунални систем и вишенационална заједница (Нови Сад 1976); Промене у социјалној структури Југославије (Београд, 1971); Лице и наличје технократије (Суботица, 1981); Социјални портрет партије (Београд, 1984); Критичка теорија савременог друштва (Београд, 1991); Основи методологије искуственог истраживања у друштвеним наукама (Београд, 2011). Коаутор је (са М. Печујлићем) уџбеника Социологија (1991) и Методологија

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

друштвених наука (1991), и више емпиријских студија које су произашле из социолошких пројеката које је он водио или је у њима био један од главних истраживача. У тим пројектима и истраживањима сарађивао је с Институтом друштвених наука, Институтом за политичке студије, Институтом за политичке односе и с Факултетом политичких наука у Београду, као и с истраживачким центрима и факултетима у Новом Саду, Подгорици, Скопљу, али и с Институтом за друштвена истраживања и Народним универзитетом Кине у Пекингу, где је по позиву одржао и више предавања.

За председника Социолошког друштва Србије изабран је 1989, а као члан Међународног удружења за социологију учествовао је са својим стручним прилозима на међународним скуповима социолога.

Владимир Милић је међу студентима био омиљени професор, а међу колегама на Правном факултету у Београду и социолозима у Србији цењена личност. Његов прерани одлазак тешко је пао свима који су га добро познавали, уважавали као виспреног интелектуалца и волели као човека ведре природе и добре воље, који је око себе ширио позитивну енергију и добро расположење.

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА  
У БЕОГРАДУ У 2013. ГОДИНИ

Сенат Универзитета у Београду на седници од 16. јануара 2013. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 29. октобра 2012. године и мишљења Већа научних области правно-економских наука од 18. децембра 2012. године, донео је одлуку о избору др МИОДРАГА ЈОВАНОВИЋА, ванредног професора, у звање редовног професора за ужу научну област Теорија права и државе – предмет Увод у право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 11. фебруара 2013. године, донело је одлуку о избору:

мр ИВАНА ЂОКИЋА, поново у звање асистента за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично право;

УРОША ЖИВКОВИЋА, мс. права, у звање асистента за Међународноприватну ужу научну област – предмети Међународно приватно право и Арбитражно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 5. марта 2013. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 24. децембра 2012. године донело је одлуку о избору др ДАНИЛА ВУКОВИЋА, асистента, у звање доцента за ужу научну област Социологија права – предмет Основи социологије права.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 5. марта 2013. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 11. фебруара 2013. године донело је одлуку о избору др ВУКА РАДОВИЋА, доцента, у звање ванредног професора за Пословноправну ужу научну област – предмети Компанијско право и Трговинско право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 25. марта 2013. године, донело је одлуке о избору:

ВУКА ЦУЦИЋА, мс. права, поново у звање асистента за Управноправну ужу научну област – предмет Управно право;

СНЕЖАНЕ ДАБИЋ, мс. права, у звање асистента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско право – општи део и Стварно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 22. априла 2013. године, донело је одлуку о избору мр БОЈАНА СПАИЋА, асистента, поново у звање асистента за ужу научну област Теорија права и државе – предмети: Увод у право и Филозофија права.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 4. јуна 2013. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 25. марта 2013. године, донело је одлуке о избору:

др ДУШАНА ПОПОВИЋА, доцента, у звање ванредног професора за Пословноправну ужу научну област – предмети Право интелектуалне својине и Право конкуренције;

др АЛЕКСАНДРА ГАЈИЋА, асистента, у звање доцента за Међународноправну ужу научну област – предмети Међународно јавно право и Увод у право европских интеграција.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 4. јуна 2013. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 22. априла 2013. године, донело је одлуке о избору:

др МИЛЕНЕ ПОЛОЈАЦ, доцента, у звање ванредног професора за ужу научну област Правна историја – предмет Римско право;

др МИЛОША МИЛОШЕВИЋА, асистента, у звање доцента за ужу научну област Јавне финансије и финансијско право – предмет Пореско право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 28. јуна 2013. године, донело је одлуку о избору мр ДУШАНА РАКИТИЋА, поново у звање асистента за ужу научну област Правна историја – предмет Српска правна историја.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 23. септембра 2013. године, донело је одлуке о избору:

НАТАЛИЈЕ ЛУКИЋ, поново у звање асистента за ужу научну област Кривично право – предмет Криминологија;

НИНЕ КРШЉАНИН, поново у звање асистента за ужу научну област Правна историја – предмет Српска правна историја;

БРАНКЕ БАБОВИЋ, сарадника у настави, у звање асистента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско процесно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 8. октобра 2013. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 28. јуна 2013. године, донело је одлуку о избору др ИГОРА ВУКОВИЋА, доцента, у звање ванредног професора за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично право.

Веће научних области друштвено-хуманистичких наука Универзитета у Београду на седници од 8. октобра 2013. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 23. септембра 2013. године, донело је одлуку о избору СИЛВАНЕ ПОПОВИЋ у звање наставника страног језика за наставни предмет Енглески језик за ужу научну област Страни језик – енглески.

Сенат Универзитета у Београду на седници од 16. октобра 2013. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 23. октобра 2013. године и мишљења Већа научних области правно-економских наука од 8. октобра 2013. године, донео је одлуке о избору:

др ЗОРАНА МИРКОВИЋА, ванредног професора, у звање редовног професора за ужу научну област Правна историја – предмет Српска правна историја;

др СЛОБОДАНА ПАНОВА, ванредног професора, у звање редовног професора за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Породично право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 28. октобра 2013. године донело је одлуку о избору ЈЕЛЕНЕ ЛЕПЕТИЋ, поново у звање асистента за Пословноправну ужу научну област – предмети Компанијско право и Стечајно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 10. децембра 2013. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 28. октобра 2013. године, донело је одлуку о избору др БОЈАНЕ ЧУЧКОВИЋ, асистента, у звање доцента за Међународноправну ужу научну област – предмет Међународно јавно право.

ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ ОДБРАЊЕНЕ  
2013. ГОДИНЕ

1. Мр Милош Милошевић, „Незаконита евазија пореза на додату вредност“, докторирао 14. јануара 2013. године;
2. Мр Сенад Ганић, „Државни суверенитет у светлости међународног права“, докторирао 18. јануара 2013. године;
3. Јелена Беловић, „Корективна функција принципа најближе везе“, докторирала 3. априла 2013. године;
4. Мр Татјана Кандић, „Судска власт у уставном и законодавном развоју Републике Србије“, докторирала 15. априла 2013. године;
5. Мр Владимир Вучковић, „Правни положај крајева присаједињених Србији после Балканских ратова 1912–1913“, докторирао 9. маја 2013. године;
6. Андреја Катанчевић, „Vona fides као услов узупапије у класичном римском праву“, докторирао 18. јуна 2013. године;
7. Мр Маја Лукић, „Аутономија права Европске уније у светлу новије праксе европских судова“, докторирала 27. јуна 2013. године;
8. Мр Вељко Делибашић, „Сузбијање злоупотреба опојних дрога са становишта кривичног права“, докторирао 28. августа 2013. године;
9. Биљана Кнежевић, „Наративна функција права“, докторирала 26. септембра 2013. године;
10. Мр Милица Ковачевић, „Међународни стандарди у области кривичних санкција и мера за малолетнике“, докторирала 25. новембра 2013. године;
11. Јелена Вучковић, „Положај јавних агенција у систему поделе власти“, докторирала 23. децембра 2013. године;
12. Мр Душица Миладиновић-Стефановић, „Редовно одмеравање казне у кривичном праву“, докторирала 23. децембра 2013. године;
13. Мр Илија Вукчевић, „Утицај судске праксе Суда правде Европске уније на област опорезивања – усклађеност система директног опорезивања Црне Горе са основним слободама“, докторирао 24. децембра 2013. године;
14. Мр Јелена Шантрић, „Добровољно здравствено осигурање у Републици Србији – стање и финансијска перспектива“, докторирала 25. децембра 2013. године.



МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ ОДБРАЊЕНЕ  
2013. ГОДИНЕ

1. Велимир Матковић, „Политичка мисао Живојина Перића“, одбранио 10. јула 2013. године;
2. Александар Радовић, „Екстрадиција као установа међународне кривичноправне помоћи у правном систему Црне Горе“, одбранио 30. августа 2013. године;
3. Јелена Унијат, „Примена специјалних доказних техника“, одбранила 26. новембра 2013. године.

## УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт Times New Roman 12.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездицом, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи. На крају текста се налази резиме (summary) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италиком словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

Радови се предају у електронском облику.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном Редакција задржава право да с аутором прекине сваку будућу сарадњу.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

## ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994<sup>3</sup>).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига). Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова а, б, с, д, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995а), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995а), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур.“ пре имена.

Пример: А. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, А. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL\\_AD\(2007\)004\\_e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL_AD(2007)004_e.asp), 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Dragor Hiber, Personal Subrogation or Novatio and Statute of Limitations -----	5
Žika Bujuklić, Multiple Meanings of Terms “ius” and “lex” and their Relationship-----	21
Saša B. Bovan, The Nature of Judicial Conclusion -----	43
Branko M. Rakić, The Meaning of „Cooperation“ or „Dialogue“ between the Court of Justice of the EU and National Courts of the EU Member States -----	69
Ivana Krstić, Forced Eviction – Universal International Standards -----	92
Tatjana Jevremović Petrović, Cross-Border Conversions of Companies -----	110
Nikola Bodiroga, Repeated Trial due to the Decision of the Constitutional Court -----	131
Marko Davinić, Forced Evictions and Displacements – Administrative Law Aspects -----	149
Goran Dajović, The Nature of Dworkin’s Legal Theory-----	166
Tatjana Jovanić, Administrative Enforcement of Consumer Protection Law -----	180
Miloš Jovanović, France, Nato and „L’Europe de la Défense“ –	197
Andreja Katančević, <i>Vis maior</i> and <i>locatio conductio fundi</i> ---	215

Nina Kršljanin, Measures against Corruption in Serbian Medieval Law-----	230
<b>LEGISLATIVE AND JUDICIAL PRACTICE</b>	
Marija Draškić, Breach of the Right to Life: the First Decision of the Constitutional Court -----	245
Miodrag Jovanović, Legal Status of National Counsels in the Law on Ethnic Minorities -----	261
Vladan Petrov, The Statute of the Autonomous Province of Vojvodina before the Constitutional Court from 2009 – the Final Act? -----	266
Nataša Delić, New Legislative Solutions in the Criminal Offences against Public Order and Peace Heading (XXXI) of the Criminal Code-----	278
Milivoj A. Lazić, Selected Issues Related to Drug Abuse Criminal Offences-----	295
<b>JUBILEE</b>	
Ratko Marković, The Pride of Serbian Constitutionality – 125 Years from the 1888 Constitution of the Kingdom of Serbia-----	315
<b>BIBLIOGRAPHY</b>	
Dobriilo Aranitović, Njegoš and the Law – Addendum to Bibliography (1842–2007)-----	320
<b>BOOK REVIEWS</b>	
Robert J. Shiller, <i>Finance and the Good Society</i> , Princeton University Press, Princeton and Oxford 2012, 288. (Boris Begović)-----	333
Andrej Savin, <i>EU Internet Law</i> , Elgar European Law, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2013, 266. (Dragor Hiber) -----	338
<i>Ko bira sudije ustavnog suda?</i> , Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2012, str. 286. (Đorđe Marković)-----	344
	369



---

**IN MEMORIAM**

Miodrag Orlić, *Radomir Đurović* (1926–2013) ----- 348

Emilija Vukadin, *Vladeta Stanković* (1932–2013) ----- 352

Milovan Mitrović, *Vladimir B. Milić* (1938–2013) ----- 355

**FACULTY CHRONICLE** ----- 357

**Instructions to Authors** ----- 362



CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

34 (497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис  
за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of  
Law in Belgrade : Belgrade Law Review : Journal of Legal  
and Social Sciences / главни уредник Мирољуб Лабус. –  
Српско изд. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . – Београд : Правни  
факултет, 1953– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Три пута годишње. – Трећи број на енгл. језику. – Преузео  
је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade =  
ISSN 1452-6557

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду  
COBISS.SR-ID 6016514