

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU

---

ZBORNIK RADOVA

*Za izdavača*  
Prof. dr Ljubomir Stajić  
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

*Upravnik Centra za izdavačku delatnost*  
Prof. dr Ljubomir Stajić

*Glavni i odgovorni urednik*  
Prof. dr Slobodan Orlović

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu nalazi se u  
*HeinOnline* bazi: *International & Non-U. S. Law Journals*  
(<http://www.heinonline.org>).

Zbornik radova (sveske od 2007. godine) pod nazivom  
*Proceedings of Novi Sad Faculty of Law* dostupan je u *EBSCO*  
bazi *Academic Search Complete* (<http://www.ebscohost.com>).

Zbornik radova (sveske od 2005. godine) dostupan je na  
veb sajtu Pravnog fakulteta u Novom Sadu  
(<http://www.pf.uns.ac.rs>).

Zbornik izlazi neprekidno od 1966. godine  
Od 2012. godine Zbornik izlazi četiri puta godišnje.  
Cena jedne sveske Zbornika je 5.000 dinara.

UNIVERZITET U NOVOM SADU  
PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU  
UNIVERSITY OF NOVI SAD  
FACULTY OF LAW NOVI SAD  
(SERBIA)



# ZBORNIK RADOVA COLLECTED PAPERS

LI 4 (2017)

NOVI SAD, 2017.

ZRPFNS, godina LI Novi Sad, br. 4 (2017)

UDK 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255



## SADRŽAJ

|                                                                                                                                                                           |      |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <i>Dr Rodoljub M. Etinski, redovni profesor</i>                                                                                                                           |      |
| Sredstva tumačenja međunarodnih ugovora i determinante njihovog značaja . . . . .                                                                                         | 1151 |
| <i>Dr Dragan L. Milkov, redovni profesor</i>                                                                                                                              |      |
| <i>Ratko S. Radošević, asistent</i>                                                                                                                                       |      |
| Obaveštavanje u upravnom postupku . . . . .                                                                                                                               | 1181 |
| <i>Dr Predrag P. Jovanović, redovni profesor</i>                                                                                                                          |      |
| <i>Darko M. Božićić, asistent</i>                                                                                                                                         |      |
| Normativni okvir zaštite moralnog integriteta zaposlenih . . . . .                                                                                                        | 1201 |
| <i>Dr Ranko I. Keča, redovni profesor</i>                                                                                                                                 |      |
| <i>Dr Marko S. Knežević, docent</i>                                                                                                                                       |      |
| Dozvoljenost revizije u parničnom postupku zbog preinačujuće žalbene presude: posledica ustavne garantije prava na pravno sredstvo ili samo pravno-političko pitanje? . . | 1221 |
| <i>Dr Gordana B. Kovaček Stanić, redovni profesor</i>                                                                                                                     |      |
| <i>Sandra O. Samardžić, asistent</i>                                                                                                                                      |      |
| <i>Milica S. Kovačević, saradnik u nastavi</i>                                                                                                                            |      |
| Razvod braka i zajedničko roditeljsko staranje kao posledica razvoda braka u teoriji i praksi . . . . .                                                                   | 1253 |
| <i>Dr Danica D. Popov, redovni profesor</i>                                                                                                                               |      |
| Pojam i predmet prava plodouživanja u Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije . . . . .                                                                           | 1271 |
| <i>Dr Ljubomir S. Stajić, redovni profesor</i>                                                                                                                            |      |
| <i>Nenad P. Radivojević, asistent</i>                                                                                                                                     |      |
| <i>Vladan M. Mirković, asistent</i>                                                                                                                                       |      |
| Neki aspekti politike unutrašnje bezbednosti kao elementa Strategije nacionalne bezbednosti Republike Srbije . . . . .                                                    | 1289 |
| <i>Dr Radenka M. Cvetić, redovni profesor</i>                                                                                                                             |      |
| Pravo etažnih vlasnika na zajedničkim delovima zgrade . . . . .                                                                                                           | 1305 |
| <i>Dr Drago Lj. Divljak, redovni profesor</i>                                                                                                                             |      |
| Zaštita javnih interesa i javno-privatno partnerstvo . . . . .                                                                                                            | 1325 |

|                                                                                                                                                                                                            |      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <i>Dr Senad R. Jašarević, redovni profesor</i><br>Sloboda kretanja radnika u EU u novim okolnostima . . . . .                                                                                              | 1341 |
| <i>Dr Snežana S. Brkić, redovni profesor</i><br>Teze o procesnim funkcijama u krivičnom postupku . . . . .                                                                                                 | 1359 |
| <i>Dr Tatjana D. Bugarski, redovni profesor</i><br><i>Dr Milana M. Pisarić, asistent sa doktoratom</i><br>Uređenje prava na odbranu u pravu Evropske unije . . . . .                                       | 1369 |
| <i>Dr Branislav R. Ristivojević, redovni profesor</i><br><i>Dr Stefan S. Samardžić, asistent sa doktoratom</i><br>Zakon o sprečavanju nasilja u porodici – kritički osvrt iz ugla krivičnog prava . . . .  | 1399 |
| <i>Dr Magdolna I. Sič, vanredni profesor</i><br><i>Milan M. Milutin, asistent</i><br><i>Ius vendendi</i> založnog poverioca i pitanje odgovornosti za evikciju u rimskom pravu .                           | 1409 |
| <i>Dr Slobodan P. Orlović, vanredni profesor</i><br><i>Dr Nataša N. Rajić, asistent sa doktoratom</i><br>Zastoj u postupku normativne kontrole – prilog raspravi o zaštiti objektivne ustavnosti . . . . . | 1427 |
| <i>Dr Gordana M. Drakić, vanredni profesor</i><br><i>Dr Uroš N. Stanković, asistent sa doktoratom</i><br>Lokalna samouprava u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca . . . . .                                | 1441 |
| <i>Dr Zoran J. Lončar, vanredni profesor</i><br>Pravna sredstva u novom Zakonu o opštem upravnom postupku . . . . .                                                                                        | 1459 |
| <i>Dr Maša M. Kulauzov, vanredni profesor</i><br>Ponovljenje parnice po odredbama Zakonika o građanskom sudskom postupku iz 1865. godine . . . . .                                                         | 1477 |
| <i>Dr Jelena Đ. Vidić, vanredni profesor</i><br>Vanredni oblici zaveštanja u pravu Srbije i ostalim savremenim pravima Evrope . .                                                                          | 1491 |
| <i>Dr Dragana M. Ćorić, docent</i><br>Značaj jezika za pravo . . . . .                                                                                                                                     | 1521 |
| <i>Dr Aleksandar L. Martinović, docent</i><br>Službeničko pravo u Srbiji na razmeđi vekova – savremene tendencije u razvoju službeničkog sistema i izbor državnih službenika . . . . .                     | 1535 |
| <i>Dr Sanja M. Radovanović, docent</i><br><i>Nikolina B. Mišćević, asistent</i><br>O realizaciji ugovora o ugovornoj kazni zaključenog u formi javnobeležničkog zapisa .                                   | 1551 |
| <i>Dr Petar M. Đundić, docent</i><br>Merodavno pravo za suštinu spora pred arbitražnim sudovima IKSID: član 42(1) IKSID konvencije i uloga nacionalnog prava . . . . .                                     | 1571 |
| <i>Dr Sandra S. Fišer Šobot, docent</i><br>Materijalnopravni test za ocenu koncentracija u pravu Evropske unije – test značajnog ograničavanja konkurencije . . . . .                                      | 1593 |

*Dr Bojan N. Tubić, docent*

Ograničenja prava na neometano uživanje imovine u praksi Evropskog suda za ljudska prava . . . . . 1611

*Dr Cvjetana M. Cvjetković, asistent sa doktoratom*

*Dr Luka O. Baturan, asistent sa doktoratom*

Rešavanje stambenog pitanja kao osnov poreskih olakšica u srpskom sistemu poreza na dohodak građana . . . . . 1625

*Dr Ivan D. Milić, asistent*

Opomena kao vrsta prekršajne sankcije i njeno (ne)izricanje pojedinim učiniocima prekršaja . . . . . 1639

#### ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

*Dr Laslo L. Heka, vanredni profesor*

Grof Karlo Kun Hedervari (*Karlo Khuen-Héderváry*) i Srbi u Ugarskoj i Hrvatskoj . 1653

#### ODELJAK ZA STUDENTE

*Danijela Kukuruzović, student doktorskih studija*

Građevinsko zemljište kao predmet vraćanja u postupku restitucije . . . . . 1677





## TABLE OF CONTENTS

|                                                                                                                                                                                                                                                                                           |      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <i>Rodoljub M. Etinski, Ph.D., Full Professor</i><br>Means of Interpretation of International Treaties and Determinants of their Significance .....                                                                                                                                       | 1151 |
| <i>Dragan L. Milkov, Ph.D., Full Professor</i><br><i>Ratko S. Radošević, Assistant</i><br>Notification in Administrative Procedure .....                                                                                                                                                  | 1181 |
| <i>Predrag P. Jovanović, Ph.D., Full Professor</i><br><i>Darko M. Božićić, Assistant</i><br>Legal Framework for Employee's Moral Integrity Protection .....                                                                                                                               | 1201 |
| <i>Dr. Ranko I. Keča, ordentlicher Professor</i><br><i>Dr. Marko S. Knežević, Dozent</i><br>Die Zulässigkeit der Revision im Zivilprozess wegen abänderndes Berufungsurteils: eine Folge von der Verfassungsgarantie des Rechtes auf Rechtsmittel oder nur rechts-politische Frage? ..... | 1221 |
| <i>Gordana B. Kovaček Stanić, Ph.D., Full Professor</i><br><i>Sandra O. Samardžić, Assistant</i><br><i>Milica S. Kovačević, Teaching Assistant</i><br>The Divorce and Joint Parental Responsibilities as a Result of Divorce in Theory and Practice .....                                 | 1253 |
| <i>Danica D. Popov, Ph.D., Full Professor</i><br>The usufruct in The Draft of Civil Law in Serbia .....                                                                                                                                                                                   | 1271 |
| <i>Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor</i><br><i>Nenad P. Radivojević, Assistant</i><br><i>Vladan M. Mirković, Assistant</i><br>Some Aspects of Internal Security Policy as an Element of the National Security Strategy of the Republic of Serbia .....                            | 1289 |
| <i>Radenka M. Cvetić, Ph.D., Full Professor</i><br>Apartment Owner's Rights over Joint Parts of a Building .....                                                                                                                                                                          | 1305 |
| <i>Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor</i><br>Protection of Public Interests and Public-Private Partnership .....                                                                                                                                                                    | 1325 |

|                                                                                                                                                                                                                                                |      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <i>Senad R. Jašarević, Ph.D., Full Professor</i><br>Freedom of Movement of Workers in the EU in New International Circumstances .                                                                                                              | 1341 |
| <i>Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor</i><br>Thesis of Procedural Functions in Criminal Proceedings . . . . .                                                                                                                             | 1359 |
| <i>Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor</i><br><i>Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.</i><br>Defence Rights in European Union Law . . . . .                                                                                          | 1369 |
| <i>Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Full Professor</i><br><i>Stefan S. Samardžić, Assistant with Ph.D.</i><br>Act on Prevention of Domestic Violence – Critical Review through the Prism of Criminal Law . . . . .                            | 1399 |
| <i>Magdolna I. Sič, Ph.D., Associate Professor</i><br><i>Milan M. Milutin, Assistant</i><br><i>Ius Vendendi</i> of the Pledgee and the Issue of the Responsibility for Eviction in Roman Law . . . . .                                         | 1409 |
| <i>Slobodan P. Orlović, Ph.D., Associate Professor</i><br><i>Nataša N. Rajić, Assistant with Ph.D.</i><br>Standstill with Constitutional Review Procedure – an Addendum to Debate on Constitutionality Protection in Objective Sense . . . . . | 1427 |
| <i>Gordana M. Drakić, Ph.D., Associate Professor</i><br><i>Uroš N. Stanković, Assistant with Ph.D.</i><br>Local Self-Government in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes . . . . .                                                         | 1441 |
| <i>Zoran J. Lončar, Ph.D., Associate Professor</i><br>Legal Remedies in the New Law on General Administrative Procedure . . . . .                                                                                                              | 1459 |
| <i>Maša M. Kulauzov, Ph.D., Associate Professor</i><br>Retrial According to Provisions of Code of Civil Procedure from 1865 . . . . .                                                                                                          | 1477 |
| <i>Jelena Đ. Vidić, Ph.D., Associate Professor</i><br>Types of Wills under Exceptional Circumstances in Serbian Law and Other Contemporary European Laws . . . . .                                                                             | 1491 |
| <i>Dragana M. Ćorić, Ph.D., Assistant Professor</i><br>The Significance of Language for Law . . . . .                                                                                                                                          | 1521 |
| <i>Aleksandar L. Martinović, Ph.D., Assistant Professor</i><br>Civil Servants Law in Serbia at the Crossroads of the Centuries – Contemporary Tendencies in the Development of Civil Servants System and Selection of Civil Servants . . . . . | 1535 |
| <i>Sanja M. Radovanović, Ph.D., Assistant Professor</i><br><i>Nikolina B. Mišćević, Assistant</i><br>On the Realization of the Contractual Penalty Agreement Concluded in the Form of a Notarial Record . . . . .                              | 1551 |
| <i>Petar M. Đundić, Ph.D., Assistant Professor</i><br>Law Applicable to the Substance of the Dispute before an ICSID Arbitral Tribunal: Article 42(1) of the ICSID Convention and the Role of National Law . . . . .                           | 1571 |

|                                                                                                                                   |      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <i>Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Assistant Professor</i>                                                                          |      |
| Test for Substantive Appraisal of Concentrations in EU Law – Significant Impediment to Effective Competition Test . . . . .       | 1593 |
| <i>Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor</i>                                                                                 |      |
| Limitations of the Right to the Peaceful Enjoyment of Possessions in the Case-Law of the European Court of Human Rights . . . . . | 1611 |
| <i>Cvjetana M. Cvjetković, Assistant with Ph.D.</i>                                                                               |      |
| <i>Luka O. Baturan, Assistant with Ph.D.</i>                                                                                      |      |
| Solving Housing Issue as Basis for Tax Reliefs in the Serbian System of Personal Income Tax . . . . .                             | 1625 |
| <i>Др Иван Д. Милич, асистент</i>                                                                                                 |      |
| Предупреждение как вид санкции нарушения и ее (не)высказывание некоторым совершителям нарушения . . . . .                         | 1639 |
| SECTION FOR FOREIGN AUTHORS                                                                                                       |      |
| <i>Heka L. László, Ph.D., Associate Professor</i>                                                                                 |      |
| Count Károly Khuen-Héderváry and the Serbs in Hungary and Croatia . . . . .                                                       | 1653 |
| SECTION FOR STUDENTS                                                                                                              |      |
| <i>Danijela Kukuruzović, Ph.D. Student</i>                                                                                        |      |
| Building Land as a Subject to Restitution Process . . . . .                                                                       | 1677 |



*Rodoljub M. Etinski, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
R.Etinski@pf.uns.ac.rs*

## MEANS OF INTERPRETATION OF INTERNATIONAL TREATIES AND DETERMINANTS OF THEIR SIGNIFICANCE\*

**Abstract:** *The choice of means of interpretation and attribution appropriate weight to them may well determine the outcome of an interpretation. Articles 31 of the 32 of the VCLT leave broad discretion to an interpreter in that respect. That may turn an interpretation into a legal process of diminishing predictability and undermine legal certainty. Judicious discretion in the choice and weighing means of interpretation should not be unlimited. The nature and particular characteristics of a treaty, of a question that should be answered by interpretation, and of the means of interpretation, might have the role of determinants of the significance of means of interpretation. The correlations in a triangle of the particular characteristics of the treaty, the question and the means of interpretation, established as typical in the practice of international courts, might constitute a standard model of interpretation. An international court would be expected to explain its departure from the model.*

**Keywords:** *international treaties, means of interpretation, significance.*

### 1 INTRODUCTION

We expect that the information that we receive from the particular provision of a treaty, from its preamble and annexes and from its object and purpose as well as from the preparatory work or from the practice in the application of a treaty to be harmonious as they all flow from the same source – that being the common intention and common understanding of the parties. Unfortunately, due various factors, occasionally this does not occur. Cases arise where there was no concordant intention of the parties on the specific issue at the time of the conclusion of a

---

\* This research has been rendered in the framework of the research project “Legal Tradition and New Legal Challenges” financed by the Faculty of Law of the Novi Sad University.

treaty and the vague text conceals the absence of the agreement. The parties achieved a concordant intention although its textual expression is defective and does not fully manifest the common intention. Or, over time, due to changed social circumstances, the concordant practice in the application of the treaty reflects a new common understanding of the parties differing from the original. There may be other reasons to consider but in a situation of contradictory information we have the problem. We can try, if it is possible to harmonize them. But, if it is not possible, we must weight them and decide which of them have greater weight.

Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter: the VCLT) enumerate some means for the determination of the meaning of the treaty, but they do not enumerate all means. The same Articles establish certain hierarchical relationship between the means indicated in the first and second Article, but they do not determine the relative weight of each of them and the superiority of some over others in the case of their mutual disharmony. Thus, the Articles leave a rather broad discretion to the interpreter in respect to the choice of means, their weighing and resolving any potential disharmony among them. That broad discretion undermines predictability and certainty in interpretation of international treaties and just these values are the rationale of the rules on interpretation. If we do not know in advance the means to be used and in the case of disharmony, what will have greater weight, we are unable to predict the outcome of interpretation. Further, we cannot predict the legal effects of the treaty in the specific situation and consequently whether our attitude will be in accordance with the treaty or not.

The text explores whether it is possible to establish objective determinants to the relevance and weight of various means. The brief analysis of Articles 31 and 32 of the VCLT will cast some light on their content and elements relevant for the exploration of the topic of this text. A short indication of the importance of the topic will be given and a hypothesis concerning the exploration will be exposed. Since the interpretation comprehends searching for the answer to a question appeared in the application of the treaty by using means of interpretation – the hypothesis is that determinants of the significance of means of interpretation have to be searched for in a triangle of particular characteristics of the treaty, of the question and of the means. The hypothesis will be explored in respect to the constituent acts of international organizations, the European Convention on Human Rights and the investment treaties.

## 2. BRIEF ANALYSIS OF ARTICLES 31 AND 32 OF THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES

Principles, rules, methods, evidences, sources, elements, techniques, maxims etc. are legal terms, used concerning the interpretation of international treaties, to denote same or different things. But, the content of Articles 31 and 32 of the

VCLT might be decomposed to the evidences of facts relevant for interpretation and the methods of choosing, treatment and weighing evidences.<sup>1</sup>

The text of a treaty, the preamble, annexes or preparatory work are expressions of the intention of the parties and these documents or their parts can be named *evidences of intention*. Subsequent agreement on the interpretation of a treaty or subsequent practice in the application of a treaty reflects an understanding of the text of a treaty by the parties and these acts can be denoted as *evidences of understanding*. The border between these two groups of evidences is not always clear cut, but in this text intention is connected with the creation of an international treaty and understanding with the application of the treaty. Circumstances of the conclusion of a treaty or rules of international law applicable between the parties may be labeled as *evidences of matters which may influence the intention or understanding of the parties* and thus might clarify their expressions.

Article 31 of the VCLT refers to good faith and that reference might be taken as a general method of interpretation. References to ordinary or special meaning and to the context, object and purpose might be titled as particular methods. Methods instruct us how to deal with evidences, how to establish interaction among them. The means of interpretation will be used in this text as generic term that covers evidences and methods.

Using an exhaustive method of enumeration, Article 31, limits “general rule,” to some means of interpretation. Contrary, following an exemplary method of enumeration,<sup>2</sup> Article 32 under the title “Supplementary means of interpretation,” leaves discretion of using, beside the preparatory work and the circumstance of the conclusion of a treaty, also other evidences and methods.

Article 32 of the VCLT determines two conditions under which supplementary means are applicable. The first condition enables that interpreter uses supplementary means “to confirm the meaning resulting from the application of Article 31.” The second condition relates to incapacity of Article 31 to produce sufficiently clear meaning. When interpretation according to Article 31 results in an ambiguous, obscure, manifestly absurd or unreasonable meaning then the interpreter will apply supplementary means. Thus the interpreter may apply supplementary means always, but the text of Article 32 implies that interpreter is not obliged to use them, if application of Article 31 results in a sufficiently clear meaning. That implies certain superiority of means provided in Article 31.<sup>3</sup> The

<sup>1</sup> See the review of Articles 31 – 32 of the VCLT at M. E. Villiger, *The Rules of Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The “Crucible” intended by the International Law Commission*, in E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, 108–114.

<sup>2</sup> L. Sbolci, *Supplementary Means of Interpretation*, in E. Cannizzaro (ed.), *supra* note 1, 151.

<sup>3</sup> U. Lidefalk, *Is the Hierarchical Structure of Article 31 and 32 of the Vienna Convention Real or Not? Interpreting the Rules of Interpretation*, *Netherlands International Law Review*, 1/2007, at 133 – 154, L. Sbolci, *supra* note 2, 147, 149.

International Law Commission (hereinafter: the ILC) made distinction between primary means of interpretation from Article 31, which all have to be taken into account in the process of interpretation, and supplementary means of interpretation from Article 32.<sup>4</sup> Beyond that very modest indication of hierarchy among various evidences and methods of interpretation, the issue of the hierarchical order among them has not been further governed by Articles 31 and 32.

Working on the codification of the rules on interpretation in 1964 – 1966, the ILC was very careful not to prejudice the issue of hierarchy among different means. In its Commentary of 1966 the Commission was explicit that successive order of the paragraphs in Article 31 (then it was Article 27) did not mean hierarchical order of the application of elements indicated in them.<sup>5</sup> It stressed that “that the application of the means of interpretation in the article would be a single combined operation”<sup>6</sup> and that “all the various elements, as they were present in any given case, would be thrown into the crucible, and their interaction would give the legally relevant interpretation.”<sup>7</sup> Further, the ILC explained that line of division between supplementary means and those primary from Article 31 (then 27 Article) was not rigid and that confirmatory function of supplementary means “establishes a general link between the two articles and maintains the unity of the process of interpretation.”<sup>8</sup>

The issue of significance of different means of interpretation was discussed in the Commission and was object of comments of Governments, but it was not addressed by the Commission much more beyond above stated observations and it was not governed by the proposed Articles beyond the classification into general rule of interpretation and supplementary means. Having returned to the issue of subsequent agreements and subsequent practice in the application of a treaty as means of interpretation in 2013, the ILC has started to consider the issues of relevance, weight and significance of different means of interpretation.

### 3. IMPORTANCE OF THE ISSUE

The non-settled issue of determinants of the choice and hierarchical order of means of interpretation is of remarkable importance. Usually, interpreter has at disposal more evidences and methods. Frequently, they can be in disharmony and the choice some among them, or attributing more weight to some result in different interpretation of the same treaty provision. Due to that reason the ICJ inter-

---

<sup>4</sup> Report of the ILC, 2016, 125.

<sup>5</sup> Yearbook of the ILC, 1966, vol. II, 219.

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

<sup>7</sup> *Ibid.*, at para. 8.

<sup>8</sup> *Ibid.*, at 220, para. 10.



preted the same provision differently in different phases of the proceedings<sup>9</sup> or two ICSID tribunals,<sup>10</sup> in two cases of comparable facts, interpreted the same provision of the bilateral investment treaty differently.

The fact that the issue of determinants of significance of various means of interpretation has not been settled, or at least not in satisfactory way, before and after the codification of the Treaty Law, and that leaves a broad discretion to interpreter, caused sharp criticism. H. Lauterpacht wrote: "...as a rule they (rules of interpretation) are not the determining cause of judicial decision, but the form in which the judge cloaks a result arrived at by other means... it is a fallacy to assume that the existence of these rules is a secure safeguard against arbitrariness or partiality."<sup>11</sup> But, he continued: "the examination must be directed not so much to a criticism of rules of interpretation in general, or of their number, as to the accuracy of particular rules, the manner of their application, and their hierarchical importance when viewed in their totality." The unsettled issue has remained the constant object of observation and dissatisfaction in the literature.<sup>12</sup> The sharpest in criticism was probably Bianchi, who compared interpretation with playing cards and observed:

"...the most well-known version of the game relies on the VCLT cards. Such unconditional success is hardly surprising, as the flexibility of the system is such that recourse to the VCLT accommodates practically all approaches to interpretation. The principles and rules of the VCLT can be twisted and bent, turned upside down and the criteria codified in it can be prioritized to one's liking."<sup>13</sup>

Normative fixing determinants of significance of evidences and methods of interpretation would serve legal predictability and certainty. However, the issue

<sup>9</sup> *Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. the Russian Federation)*, Order on preliminary measures, 15 October 2008; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, 1 April 2011, ICJ Reports, 2011, 70. available online at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/140/14801.pdf> (last visited 16 June 2017)

<sup>10</sup> *ICSID Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan – Award*, 2 July 2013, ICSID Case No. ARB/10/1.; *ICSID Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan, Decision on Jurisdiction*, 13 February 2015, ICSID Case No. ARB/12/6.

<sup>11</sup> H. Lauterpacht, *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, *British Yearbook of International Law*, 1949, 53.

<sup>12</sup> D. French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2/2006, 281; U. Linderfalk, *Is Treaty Interpretation an Art or a Science? International Law and Rational Decision Making*, *European Journal of International Law*, 1/2015, 175; A. Bianchi, *The Game of Interpretation in International Law in A. Bianchi, D. Peat and M. Windsor, (eds), Interpretation in International Law*, 2015, 44.

<sup>13</sup> A. Bianchi, *supra* note 12.

is whether such general normative regulation is possible and whether it would be useful? There are views that over-regulating process of interpretation might be counterproductive.<sup>14</sup> Commenting on the Draft of the ILC from 1964, one Government observed that the Commission “endeavoured to encroach as little as possible on the freedom of the interpreter”,<sup>15</sup> considering obviously that freedom in interpretation exists. There is the view that “determination of the hierarchical importance or relevance” of evidences and methods relevant for interpretation in advance in general way is also counterproductive: “The point to be stressed is that prior to a comprehensive contextual examination *no determination of the hierarchical importance or relevance of any feature of the context may be usefully made*, and any attempt to do so must ultimately frustrate the ascertainment of genuine shared expectations.”<sup>16</sup> The US delegation at the Vienna Conference on the Law of Treaties considered that the draft rules on interpretation, prepared by the ILC, were too rigid and proposed more flexibility, but the proposal was rejected.<sup>17</sup>

The issue is whether it is possible to define general determinants valid in each case of interpretation or whether each case of interpretation requires its particular determinants? G. Nolte refers to particular circumstance of the case and of the treaty: “Articles 31–33 VCLT do not set up a rigid system, or method, of interpretation, but rather offer a range of means of interpretation whose relative importance must be assessed in a holistic fashion in the light of the particular circumstances of the case and of the treaty concerned.”<sup>18</sup>

Interpretation in practice is employment of means of interpretation with the aim that the treaty provides a reply to the question that has appeared in its application. Thus, hypothetically, general determinants of the relevance and weight of means of interpretation might be found in the triangle of the treaty, the raised question and the means of the interpretation. The following text aims to explore the relevance of these three angles in the establishment of the determinants of the significance of the means of interpretation. However, it will be seen that some factors beyond the triangle have also been distinguished as relevant for interpretation.

---

<sup>14</sup> G.G. Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Others Treaty Points, *British Yearbook of International Law*, 1951, 2.

<sup>15</sup> YILC, *supra* note 5, at 336.

<sup>16</sup> M. S. McDougal, H. D. Lasswell and J. C. Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order*, 1967, 96.

<sup>17</sup> G.A.G. Gottlieb, The Interpretation of Treaties by Tribunals, *American Society of International Law Proceedings*, 1969, 122; M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2009, 424.

<sup>18</sup> G. Nolte, Subsequent Practice as a Means of Interpretation in the Jurisprudence of the WTO Appellate Body, in E. Cannizzaro (ed.), *supra* note 1, 140.

## 4. CLASSIC DOCTRINE OF FAVOURABLE AND ODIUS THINGS

The classics created doctrine on the relevance of the distinction between favourable and odious things for choosing between an extensive or restrictive interpretation. Having observed that “many Words have several Significations, one more strict and precise, the other more loose and extensive,”<sup>19</sup> Grotius held that the nature of a promise should determine the choice between a restrictive and extensive meaning. The promise of favourable nature requires extensive interpretation and the promise of an odious nature demands restrictive interpretation. Grotius wrote: “In cases not odious we must understand the words in their full extent, as they are generally taken; and if they are ambiguous, then they must be taken in the largest sense”.<sup>20</sup> He explained that: “The favourable are those that carry in them an Equality, and respect the common Advantage, which the farther it extends, the greater is the Favour of the Promise, as in those that make for Peace the Favour is greater than in them that make for War;...”<sup>21</sup> Thus, Grotius thought that the “nature of a promise” can determine the choice between an extensive and a restrictive interpretation, but only in the limits of the text. Pufendorf followed Grotius in that doctrine,<sup>22</sup> but Vattel brought the innovation.

If the expression of the parties are “indeterminate, vague, or susceptible of a more or less extensive sense” and “precise point of their intention cannot, in the particular case of question, be discovered and fixed by other rules of interpretation,” Vattel considered that reason and equity advise the determinative importance of distinction between favourable and odious matters as the presumed intention of the parties.<sup>23</sup> Without pretension to be exhaustive in enumeration of favourable and odious matters Vattel sorted those tending to common advantage and equality,<sup>24</sup> those useful for human society<sup>25</sup> among favourable and those that contain a penalty<sup>26</sup> or render the deed void<sup>27</sup> among odious. Vattel relocated effects of the

<sup>19</sup> H. Grotius, *The Rights of War and Peace*, 1625, translated from Latin into English by J. Barbayrac, (1738), digitized by the Internet Archive in 2011, second b., ch. XVI, para. IX, at 356 available at <https://archive.org/details/rightsofwarpeace00grot> (last visited 16 June 2017)

<sup>20</sup> *Ibid.*, para. XII, at 357.

<sup>21</sup> *Ibid.*, para. X, at 356.

<sup>22</sup> S. Pufendorf, *Of the Law of Nature and Nations*, translated by B. Kennett (1729) b. V, ch. XII, at 542, 543, paras XII, XIII. Available at <https://archive.org/details/oflawofnatureat00pufe> (last visited 16 June 2017)

<sup>23</sup> E. Vattel, *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, from the new edition by J. Chitty (1852) b. III, ch. XVII, at 363, para. 300. Available at <https://ia800203.us.archive.org/19/items/lawofnationsorpr00vatt/lawofnationsorpr00vatt.pdf> (last visited 16 June 2017)

<sup>24</sup> *Ibid.*, at 364, para. 301.

<sup>25</sup> *Ibid.*, at 365, para. 302.

<sup>26</sup> *Ibid.*, para. 303.

<sup>27</sup> *Ibid.*, para. 304.

doctrine of favourable and odious matter beyond the limits of the text, but he saw the doctrine as the last means of interpretation, allowed when all others were incapable of determining the “precise point” of intention of the parties.

The references to favorable and odious matters disappeared later in literature, but the issue whether the nature of subject-matter of the obligations, accepted by a treaty, are of relevance for interpretation of international treaties has remained actual.

## 5. PARTICULAR CHARACTERISTICS OF MULTILATERAL TREATIES

Classics thought that the nature of the subject-matter of an obligation was a factor that could determine interpretation. Changes within the international community over time have influenced the consideration of the issue. The expansion of multilateral treaties, raising the prominence of law-making treaties and constituent acts of international organizations initiated doctrinal discussion and practical solutions related to the relevance of characteristics and types of international treaties as determinants of significance of various means of interpretation. The question – whether fragmentation of international law is manifest also in “the emergence of different hermeneutics across the landscape of judicial treaty interpretation?”<sup>28</sup> - has become actual.

Q. Wright drew the distinction between “law-making” and other treaties, comparing the first with domestic statutes and the second with private contracts.<sup>29</sup> Having observed that statements of intention in legislative debate in parliament’s bodies or correspondence between their members have little weight in interpretation of statutes,<sup>30</sup> Wright also observed that it was not common to use preliminary materials, except formally attached reservations, for the interpretation of multilateral law-making treaties.<sup>31</sup>

Critics of the intentional approach will extend this view to all multilateral treaties and add new arguments. “The mixed aims, motives, interests, and ideologies” of the countries participating in preparation and adoption of multilateral conventions, “the haste and confusion in which multilateral conventions are often drawn up,” “the fact that States may accede to these conventions many years after they were originally drawn up”, when practice in the application pushed aside original intention of drafters, “render the very notion of the intentions of the par-

---

<sup>28</sup> J.H.H. Weiler, The Interpretation of Treaties – A Re-examination, Preface, *European Journal of International Law*, 3/2010, 507.

<sup>29</sup> Q. Wright, The Interpretation of Multilateral Treaties, *American Journal of International Law*, 1929, 94.

<sup>30</sup> *Ibid.*, at 97.

<sup>31</sup> *Ibid.*, at 103.

ties artificial.”<sup>32</sup> The consequence of such criticism might be that the preparatory work, as the evidence of original intention of the parties, is inferior to the practice in the application of a treaty which reflects a contemporary understanding of the text. P-M. Dupuy distinguishes “a treaty that establishes an organization designed to achieve a shared purpose” and contends that such treaties place the judge in a position of an organ of community who will interpret the treaty pursuant to the communal interests furthering the collective plan.<sup>33</sup>

## 6. CONSIDERATION OF THE ISSUE BY THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

In the *First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation*<sup>34</sup> G. Nolte, Special Rapporteur presented a concise review of application of Articles 31 – 33 of the VCLT by different international courts, tribunal and quasi-judicial bodies. The review shows that different courts or tribunals use some means much more frequently than others.<sup>35</sup> Except the ICJ, jurisdiction *ratione materiae* of other courts, tribunal or quasi-judicial bodies are limited to one or a few conventions similar in nature. Consequently, it might be presumed that the nature and particular characteristics of these conventions determine the selection of means. Bearing this in mind, most probably the Special Rapporteur proposed the following as Paragraph 2 of Draft conclusion 1: “The interpretation of a treaty in a specific case may result in a different emphasis on the various means of interpretation contained in articles 31 and 32 of the Vienna Convention, in particular on the text of the treaty or on its object and purpose, depending on the treaty or on the treaty provisions concerned.”

It seems that the Special Rapporteur considered that the treaty or the treaty provision can determine significance of various means of interpretation. After discussion in the ILC, Paragraph 2 of Draft conclusion 1 has become Paragraph 5 of Draft conclusion 2, which states that the interpretation comprehends “single combined operation, which places appropriate emphasis on the various means of interpretation,”<sup>36</sup> but reference to the treaty or the treaty provision was removed to the Comments.<sup>37</sup> Paragraph 15 of the Comments is important also by explana-

<sup>32</sup> G.G. Fitzmaurice, *supra* note 14, at 3.

<sup>33</sup> P.M. Dupuy, *Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy*, in E. Cannizzaro (ed), *supra* note 1, at 126.

<sup>34</sup> ILC, A/CN.4/660. 19 March 2013.

<sup>35</sup> *Ibid.*, at paras 10 – 27. See review of the choice of means of interpretation by different international courts and tribunals at E. Villiger, *supra* note 1, at 115 – 116.

<sup>36</sup> RILC, *supra* note 4, at 120, para. 16.

<sup>37</sup> *Ibid.*, at 131, para. 15.

tion that the interpreter is not free “to choose how to use and apply the different means of interpretation.”<sup>38</sup> The interpreter is invited to identify “the relevance of different means of interpretation in a specific case”<sup>39</sup> and to weight each of them in good faith and in such a way as to determine their mutual interaction. By doing so, the interpreter should rely on previous assessments in the same or other relevant areas.<sup>40</sup>

The ILC discussed the issue whether the nature of the treaty is capable of determining the significance of different means of interpretation. Some members of the ILC thought that “the subject matter of a treaty”, its content consisting of economic matters or human rights provisions or technical or value-oriented provisions might be relevant for interpretation.<sup>41</sup> Also, they considered that “basic structure and function” of a treaty, whether a treaty is based in concept of reciprocity or in a common good could influence its interpretation.<sup>42</sup> They found support for such views in the jurisprudence of different international courts and tribunals. The other members opposed arguing that the “nature of the treaty” was not enough a clear concept and that it is inseparable from the object and purpose of a treaty.<sup>43</sup> The ILC left, for the time being, the question open.

## 7. AN INTERPRETATIVE MODEL FOR CONSTITUENT ACTS OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

Exploration of the interpretative practice of different international courts have shown the existence of certain correlations between the nature and other particular characteristics of the treaty and the employed means of interpretation, which is visible in statistics of employed means: some means of interpretation are used much more frequently than others and some means are attributed with greater weight than others. The correlation does not mean that interpreter has to apply only those frequently applied means and that rarely employed means should not be applied at all, but it can result in a model consisting of usually employed means and usually attributed weight. The model can serve as grounds for the expectation concerning the interpretation. The ILC emphasized the importance of consistency in interpretation advising the interpreter to rely on previous assessments of significance of means of interpretation in the same or other relevant areas.<sup>44</sup>

---

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

<sup>39</sup> *Ibid.*

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

<sup>41</sup> *Ibid.*, at 131, para 16.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> RILC, *supra* note 4, at 131, para. 15.

The ICJ considered the issue of relevance of particular characteristics of constituent acts of international organizations for their interpretation in the Advisory Opinion of *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*:

“... the constituent instruments of international organizations are ... treaties of a particular type; their object is to create new subjects of law endowed with a certain autonomy, to which the parties entrust the task of realizing common goals. Such treaties can raise specific problems of interpretation owing, inter alia, to their character which is conventional and at the same time institutional; the very nature of the organization created, the objectives which have been assigned to it by its founders, the imperatives associated with the effective performance of its functions, as well as its own practice, are all elements which may deserve special attention when the time comes to interpret these constituent treaties.”<sup>45</sup>

Consequently, the new subject of law enjoys “certain autonomy” also in interpretation of the constituent act and therefore acts of the organs of an organization have particular weight as evidence of their understanding of the constituent act. The ICJ concluded that the nature of the organization, the objectives, the effectiveness, and the practice of the organization have particular weight.

The Court referred further to the customary rule of interpretation, as stated in Article 31 of the VCLT, and quoted the following text from the Article: “the terms of a treaty must be interpreted ‘in their context and in the light of its object and purpose’ and there shall be ‘taken into account, together with the context: . . . (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation’”.<sup>46</sup> It is remarkable that the Court omitted to mention “ordinary meaning”. The ICJ continued by referring to four previous cases where the rule was applied,<sup>47</sup> but in all of them the method of ordinary meaning was mentioned and two of them were focused on that method. The issue is whether the Court by such textual arrangement indicated some preference of the mentioned elements over those omitted?

<sup>45</sup> *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, 8 July 1998, I C J Reports, 1996, 75.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> The passage states: ‘The Court has had occasion to apply this rule of interpretation several times (see *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 1991, pp. 69-70, para. 48; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment, I. C.J. Reports 1992, pp. 582-583, para. 373, and p. 586, para. 380; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, pp. 21-22, para. 41; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I. C. J. Reports 1995, p. 18, para. 33);...’ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, supra note 45, at 75.



The hypothesis that the context, object and purpose as the methods of interpretation and subsequent practice in the application of the treaty as evidence of contemporary understanding of the treaty have particular significance in the interpretation of these treaties might have some support in the practice of the PCIJ and the ICJ.

The analysis of the relevant interpretative practice of the two World Courts, the PCIJ and the ICJ, shows the purpose, object and context will prevail over the opposite text of particular provision. In the Advisory Opinion on the issue whether the competences of the ILO include conditions of work in agriculture, the PCIJ interpreted, by some support in dictionaries, adjective “industrial,” which appeared in some provisions of Part XIII of the Versailles Peace Treaty, then constituent act of the ILO, broadly to cover agriculture.<sup>48</sup> Terms “persons of industrial experience”, and in the French version “*personnes compétentes en matières industrielles*,” indicating qualification for the membership in a Commission of Enquiry for compliance of the parties with the ILO Conventions, as foreseen in Article 412 of Part XIII, were particularly in disharmony with the purposes of Part XIII. Interpreting the phrase in the context of the whole Part XIII, the Court concluded that intention of the parties was that the phrase include “the industry of agriculture”, but the Court did not hesitate to add “even if it were not so read the consequences would be that there would seem to be merely a defect in the constitution of the machinery in this particular instance, and not that the powers given to the international organisation with regard to conditions of labour were to be similarly limited.”<sup>49</sup> Having established that the purposes of the ILO could not have been achieved without an extension of its regulation to the work in agriculture, the Court left the possibility open that the parties had made a mistake by asking for industrial experience as the qualification for the Compliance Committee.

In the Advisory Opinion on *Certain expenses of the United Nations* the ICJ remarked that the provisions of the treaty as a whole can implicitly supplement a particular provision.<sup>50</sup> The approaches of the ICJ to interpretation in the preliminary objection phase and the second phase of the *South West Africa* cases differed substantially, but they were identical in considering the text as not sacrosanct. In the preliminary objection phase, the ICJ gave primacy to “the spirit, context and object” over method of “natural and ordinary meaning”.<sup>51</sup> In the second (admissibility) phase the ICJ ignored some words in the text, contrary to the principle

---

<sup>48</sup> *Competences of the International Labour Organization concerning the Conditions of Labour in Agriculture*, 1922 PCIJ Series B, No 2, 37.

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

<sup>50</sup> *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion 20 July 1962, ICJ Reports, 1962, 159.

<sup>51</sup> *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, 21 December 1962, ICJ Reports, 1962, 335.



*effet utile*, to adjust the meaning to the Court's interpretation.<sup>52</sup> Interpreting Article 41 of the Statute of the ICJ to see whether preliminary measures of protection are binding in the *La Grand* case, the Court faced terms "the measures suggested" in the English version of the second paragraph of Article 41, which implied non binding character. Since the French version "*l'indication de ces mesures*" was neutral to the question of their binding force, the Court reconciled two linguistic versions in light of object and purpose of the Statute and found that the measures were binding.<sup>53</sup>

Both Courts frequently used methods of consulting the purpose, object and context in interpretation of such sorts of treaties. In the Advisory Opinion on the Competences of the ILO, the PCIJ gave primacy to the text of Part XIII of the Versailles Treaty as whole over consideration of particular provisions in isolation<sup>54</sup> and attributed particular weight to object of the treaty, "general design of the Contracting parties"<sup>55</sup>, and the purposes of the ILO, as stated in the preamble.<sup>56</sup> In the *Organization and Methods of Agricultural Production*, the Court referred to the object and purposes for which the ILO was established.<sup>57</sup> The Court found in the *Personal Work of Employers* case that prohibition of the incidental regulation of working conditions of employers, if necessary to protect wage-earning workers, would have been contrary to the aim and the scope of Part XIII.<sup>58</sup> In the *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, the ICJ considered the whole text of the UN Charter<sup>59</sup> and concluded that the Organization "could not carry the intentions of its founders if it would devoid of international personality."<sup>60</sup> The broad context of Article 17 of the UN Charter<sup>61</sup> and the purposes of the UN<sup>62</sup> played a crucial role in the interpretation of the second paragraph of Article 17 in the *Certain expenses of the United Nations* case. The text of the provisions on functions,<sup>63</sup> the object and preamble of the Constitution<sup>64</sup> of the

<sup>52</sup> *South West Africa*, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966, 42.

<sup>53</sup> *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, 27 June 2001, IC J Reports, 2001, 502, paras 100 – 102.

<sup>54</sup> *Competences of the ILO*, *supra* note 49, at 23.

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

<sup>56</sup> *Ibid.*, at 25.

<sup>57</sup> *Organization and Methods of Agricultural Production*, 1922 PCIJ, Series B. No. 3, at 57.

<sup>58</sup> *Competence of the International Labour Organization to Regulate, Incidentally, the Personal Work of the Employer*, 1926 PCIJ, Series B, No. 13, at 18.

<sup>59</sup> *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, 11 April 1949, I.C. J. Reports, 1949, 179.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, 20 July 1962, I.C. J. Reports, 1962, 162.

<sup>62</sup> *Ibid.*, at 167.

<sup>63</sup> *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, *supra* note 45, at 75.

<sup>64</sup> *Ibid.*, at 76.

WHO had a dominant position in *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*. The purpose and object of the Statute of the ICJ and of its Article 41 had decisive significance in determining the obligatory character of preliminary measures of the protection in the *LaGrand* case.<sup>65</sup> The Courts did not explicitly refer to the principle of effectiveness, but need to make the international organizations effective in sense that they are capable for achieving their aims, underlie the reasoning of the Courts.

Much more weight was attributed to the practice in the application of the treaty than to preparatory work. Having found that “as regards the inclusion of agriculture”, there was no ambiguity in Part XIII, considered as a whole, the Court observed that “if there were any ambiguity” the action taken under the Treaty might have been explored<sup>66</sup> and the Court referred shortly to the practice. The Court did not consider preparatory work in the case, but noted there was nothing in the preparatory work that would be contrary to its interpretation.<sup>67</sup> The practice, especially the conclusion of conventions by the UN, was taken as evidence of understanding of the character of the Organization by its Members.<sup>68</sup> Practice in the application of the Charter played the role in *Certain expenses of the United Nations*.<sup>69</sup>

The conclusion might be drawn from the above review that the model of interpretation of constituent acts of international organizations gives priority to the broad context, object and purpose of the treaty and to the practice in the application of the treaty.<sup>70</sup>

However, there are a number of cases of interpretation of such kind of treaties that did not follow the described model. In advisory opinions on *the Workers' Delegate*,<sup>71</sup> *Admission of a State to the United Nations*<sup>72</sup> or *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations*<sup>73</sup> the focus of interpretation was

---

<sup>65</sup> *LaGrand*, *supra* note 53, at 503, para. 102.

<sup>66</sup> *Competences of the International Labour Organization concerning the Conditions of Labour in Agriculture*, *supra* note 48, at 39.

<sup>67</sup> *Ibid.*, at 41.

<sup>68</sup> *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, *supra* note 59, at 179.

<sup>69</sup> *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, *Advisory Opinion of 20 July 1962*, *supra* note 61, at 160.

<sup>70</sup> See another view on the matter at P. Quayle, *Treaties of a Particular Type: The ICJ's Interpretative Approach to the Constituent Instruments of International Organizations*, *Leiden Journal of International Law*, 3/2016, 853 – 877. Compare the analysis of interpretation of the constituent acts of international organizations and the analysis of interpretation of bilateral treaties by the ICJ at R. Etinski, *Interpretation of Some Bilateral Treaties by the International Court of Justice*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2017, pp. 603 – 623.

<sup>71</sup> *Workers' Delegate*, 1922 PCIJ, Series B, No. 1, at 9.

<sup>72</sup> *Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4)*, *Advisory Opinion*, 28 May 1948, ICJ Reports, 1948, 58.

<sup>73</sup> *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations*, *Advisory Opinion*, 3 March 1950, ICJ Reports, 1950, 5.

on the particular provision and its narrower context, except in the last case where the ICJ analyzed provisions of the UN Charter on the relationship between the General Assembly and the Security Council. The method of ordinary meaning of terms held main significance. The purpose and object of the treaty, the preamble or the text of the treaty as whole were not considered.

## 8. AN INTERPRETATIVE MODEL FOR THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Exploration of the interpretative practice of the ECtHR has shown that relevant characteristics of the European Convention on Human Rights give priority to some means of interpretation. That practice is known as “evolutive” interpretation.<sup>74</sup> The ECtHR emphasized the distinguished nature of the Convention saying that: “Unlike international treaties of the classic kind... It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble benefit from a ‘collective enforcement’.”<sup>75</sup> The Convention is “a ‘constitutional instrument of European public order’ in the field of human rights”.<sup>76</sup> Its substantive and those provisions “which govern the operation of the Convention’s enforcement machinery” have to be interpreted “in the light of present-day conditions,” “the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards”<sup>77</sup> and, consequently the Convention cannot be interpreted “solely in accordance with the intentions of their authors as expressed more than forty years ago”.<sup>78</sup> It means that evidence of expressed intention of the parties many decades ago have less significance than evidence of the contemporary understanding of the text. Contemporary understanding is expressed in national legislation of the parties, in treaties, other rules of international law,

<sup>74</sup> S.C. Prebensen, ‘Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights’, in P. Mahoney *at al.*, (eds) *Protecting Human Rights: The European Perspective*, 2000, 1123; G. Letsas, The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR, *European Journal of International Law*, 2/2004, 279; A. Mowbray, The Creativity of the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, 1/2005, 57; C.L. Rozakis, The European Judge as Comparatist, *Tulane Law Review*, 2005 – 2006, 257; P.M. Dupuy, *supra* note 33, at 133 – 136; G. Letsas, Strasbourg’s Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer, *European Journal of International Law*, 3/2010, 509; K. Dzehtsiarou, European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights, *German Law Journal*, 10/2011, 1730.

<sup>75</sup> ECtHR *Loizidou v. Turkey*, Appl. no. 15318/89, Judgment of 18 December 1996, at para. 70. All ECtHR decisions are available online at <http://hudoc.echr.coe.int/>

<sup>76</sup> *Loizidou*, *supra* note 75, at para 75; ECtHR *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Appl. no. 45036/98, Judgment of 30 June 2005, at para. 156; *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, Appl. no. 5809/08, Judgment of 21 June 2016, at para. 145.

<sup>77</sup> *Tyrer v. United Kingdom*, Appl. no. 5856/72, Judgment of 25 April 1978, at para. 31.

<sup>78</sup> *Loizidou*, *supra* note 75, at para. 71.

or other documents which are not binding, etc. The text of the European Convention of Human Rights, general and abstract, usually does not offer information relevant to answer the specific, concrete question and therefore the ordinary meaning method is not frequently used. It does not mean that the text of Convention is irrelevant. Thus, for example, the ECtHR stated: “Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right...”<sup>79</sup>

When the ECtHR found that national practice relevant for the application of the provision of the Convention of majority of the parties converges enough in respect to the specific disputed issue, the Court named that converging practice as the “European consensus”, “broad consensus”, “emerging consensus”, or “common ground” and took it as evidence of understanding of the parties of the concerned provision in relation to the specified issue.<sup>80</sup> The ECtHR states: “The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases.”<sup>81</sup> In the case of absence of consensus, the ECtHR usually leaves the matter in the “margin of appreciation”, at discretion of each Contracting State.<sup>82</sup>

It should be noted that the practice in the application of the Convention, used by the ECtHR as means of interpretation is not fully in line with standards inserted in the VCLT and explained by the ILC. In the *Loizidou* (jurisdiction) case, the ECtHR invoked Article 31 (3 (b)) of the VCLT<sup>83</sup> which refers to subsequent practice in the application of the treaty as an authentic means of interpretation. However, the judgment informed that there were two exceptions, together with the Respondent State, from a consistent practice of other parties. The disharmonic practice of three parties obviously disabled a finding of common understanding of all parties, which was the condition of Article 31 (3 (b)) of the VCLT. “The consensus emerging from ... the practice of Contracting States” can be treated as a supplementary means of interpretation. But, even such treatment requires some flexibility. The ILC took perhaps too much of a restrictive position that the identification of subsequent practice as a supplementary means of interpretation “requires, in particular, a determination whether conduct by one or more parties is

---

<sup>79</sup> ECtHR, *Pretty v. The United Kingdom* Appl. no. 2346/02, Judgment of 29 April 2002, para 39.

<sup>80</sup> R. Etinski, ‘Subsequent Practice in the Application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a Means of its Interpretation’, in R. Keca (ed.), *Thematic Collection of Papers, Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law*, 2015, 17.

<sup>81</sup> ECtHR *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, Appl. no. 18030/11, Judgment of 8 November 2016, at para 124.

<sup>82</sup> ECtHR *Hämäläinen v. Finland*, Appl. no. 37359/09, Judgment of 16 July 2014, at para. 67; ECtHR *S.H. and others v. Austria*, Appl. no. 57813/00, Judgment of 3 November 2011, at para. 94.

<sup>83</sup> *Loizidou*, *supra* note 75, at para. 73.

in the application of the treaty.”<sup>84</sup> A huge majority of national legislative and other national legal acts are not taken in direct application of the Convention, usually they have not been taken for the implementation of the Convention than for other purposes, but they have to be in accordance with the Convention.

Stressing often “that it is essential that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective and not theoretical and illusory,” the ECtHR provides extensive interpretation<sup>85</sup> and requires that particular circumstances of the situation do not prevent effect of the Convention.<sup>86</sup> That dictum has its origin in contextual interpretation, in establishing the connection between Article 1 of the Convention, which obliges the parties “to secure the practical and effective protection of the rights and freedoms...” and other Articles so that the connection resulted in disclosing “positive” obligations.<sup>87</sup>

However, that does not mean that the ECtHR did not and will not use other means for interpretation of the European Convention on Human Rights. The preparatory work is usually not employed, but sometimes is. The ECtHR has determined its position in the model: “It can be seen from the case-law that the *travaux préparatoires* are not delimiting for the question whether a right may be considered to fall within the scope of an Article of the Convention if the existence of such a right was supported by the growing measure of common ground that had emerged in the given area.”<sup>88</sup> It might mean that practice in the application of the Convention, as a supplementary means, in the variant used by the ECtHR, or other evidence of contemporary understanding of the parties prevails over the preparatory work.

Without pretension to be exhaustive in drawing all details of the interpretative model, established by the ECtHR, it can be concluded that it prioritizes contemporary expressions of understanding of the text of the Convention, made by the Contracting Parties.

In the case of departure from the model the ECtHR might be expected to provide an explanation. So, for example, in the *Bankovic* case, the Court departed from key elements of the model, established in the *Loizidou* (jurisdiction) case, particularly from its thesis that evolutive interpretation is not relevant just for substantive provisions only, but also for those “which govern the operation of the Convention’s enforcement machinery”, and explained:

<sup>84</sup> Text of the draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties adopted by the Commission, Conclusion 6 para 3, RILC, 2016, 120.

<sup>85</sup> *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, *supra* note 81, at para. 121.

<sup>86</sup> ECtHR *Paposhvili v. Belgium*, Appl. no. 41738/10 Judgment of 13 December 2016, at para 182; ECtHR *Nada v. Switzerland*, Appl. no. 10593/08, Judgment of 12 September 2012, para. 195.

<sup>87</sup> ECtHR *Osman v. United Kingdom*, Appl. no. 23452/94, Judgment of 28 October 1998, para. 116; ECtHR *Assenov and others v. Bulgaria*, Appl. no. 24760/94, Judgment of 28 October 1998, para. 102.

<sup>88</sup> *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, *supra* note 81, at para 125.

“However, the scope of Article 1, at issue in the present case, is determinative of the very scope of the Contracting Parties’ positive obligations and, as such, of the scope and reach of the entire Convention system of human rights’ protection as opposed to the question, under discussion in the *Loizidou* case (preliminary objections), of the competence of the Convention organs to examine a case.”<sup>89</sup>

The explanation lies in different functions of Article 1 of the European Convention on Human Rights, on one side, and its former Articles on jurisdiction of the Commission and the Court,<sup>90</sup> on the other side. It is evidence of the ECtHR conviction that the function or the scope of effect of the provision of the Convention is of relevance for the choosing means of interpretation.

## 9. AN INTERPRETATIVE MODEL FOR THE INVESTMENT TREATIES

It is not easy to establish statistical correlations between investment treaties and the means of their interpretation in arbitral practice. Three empiric investigation of interpretation of these treaties did not result in identical outcomes. It should be noted however that the investigations differed in respect of the scope of samples of the reviewed arbitral decisions and awards, in respect of the period when the decisions were rendered and in respect of investigative methodology. However some findings do converge. The biggest sample includes 229 arbitral decisions and awards.<sup>91</sup> The sample of the second size covers 98 decisions or awards rendered by the ICSID tribunals between 1998 and 2006.<sup>92</sup> The smallest sample contains 20 decisions and awards of the ICSID tribunal delivered between 2011 and 2016.<sup>93</sup>

The first and the third investigations discovered the use of methods of ordinary meaning and context in about 60% of reviewed cases.<sup>94</sup> According to these

---

<sup>89</sup> ECtHR *Banković and others v. Belgium and others*, Appl. no. 52207/99, Decision of 12 December 2001, at para. 65.

<sup>90</sup> See critical observations at A. Orakhelashvili, Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *European Journal of International Law*, 3/2003, 538 -551.

<sup>91</sup> T. Hai Yen, The Interpretation of Investment Treaties, in L. Malintropi, E. Valencia-Ospina (eds) *7 International Litigation in Practice*, 2014.

<sup>92</sup> O.K. Fauchald, The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis, *European Journal of International Law*, 2/2008, 301.

<sup>93</sup> R. Etinski, Sredstva tumačenja međunarodnih ugovora koja primenjuju ICSID arbitraže, *Pravni život* 12/2016, 73.

<sup>94</sup> T. Hai Yen, *op. cit.*, at 46, 53; Etinski, *op. cit.*, at 83.



two explorations a bigger employment had only had previous case law which was referred to in about 80 % of reviewed decisions. Fauchald did not speak on the ordinary meaning but said that the objective interpretation was prevailing.<sup>95</sup> Under objective interpretation he most probably understood textual interpretation. Actually he illustrated an objective interpretation on the factual basis that the tribunal used dictionaries.<sup>96</sup> Further, he observed usage of context in about fifty decisions.<sup>97</sup> Evidence of the scrupulous adherence to the words was the frequent reference to the principle of *effet utile*. Fauchald and Etinski explorations noted the reference to *effet utile* in about 20%<sup>98</sup> or 30%<sup>99</sup> of the reviewed decisions.

Fauchald<sup>100</sup> and Etinski<sup>101</sup> investigations disclosed employment of the object and purpose in about 50% of the reviewed case. Hai Yen observed that method just in 35% of the reviewed cases.<sup>102</sup> Using comparative treaty practice (comparisons with other investment treaties) was detected in about 30 % by Fauchald<sup>103</sup> and in 45% by Etinski.<sup>104</sup> References to the scholarly writings were observed in more than 70 % of the reviewed decisions by Fauchald,<sup>105</sup> in 44% by Hai Yen<sup>106</sup> and in 35% by Etinski.<sup>107</sup> Fauchald found the preparatory works in something less than 30%,<sup>108</sup> Etinski in 15%<sup>109</sup> and Hai Yen in some more than 5%<sup>110</sup> of the reviewed cases. References to the subsequent agreements or to the subsequent practice in the application of the treaty were very exceptional.

Bearing in mind that, in comparison with the constituent acts of international organizations and the European Convention on Human Rights, investment treaties govern the smaller scope of social interactions, which are limited to relationships between a State and the foreign investors, it might be expected that the parties to such kind of treaties could much more precisely express their intention in the text of a treaty and consequently that methods of ordinary meaning and context had greater weight in the interpretation of these treaties. The three investigations show that this expectation might have some support in arbitral practice.

<sup>95</sup> O.K. Fauchald *op.cit.*, at 316.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*, at 321.

<sup>98</sup> *Ibid.*, at 318

<sup>99</sup> R. Etinski, *op. cit.*, at 83.

<sup>100</sup> O.K. Fauchald *op.cit.*, at 322.

<sup>101</sup> R. Etinski, *op. cit.*, at 83.

<sup>102</sup> T. Hai Yen, *op. cit.*, at 64.

<sup>103</sup> O.K. Fauchald *op.cit.*, at 345.

<sup>104</sup> R. Etinski, *op. cit.*, at 85.

<sup>105</sup> O.K. Fauchald *op.cit.*, at 351.

<sup>106</sup> T. Hai Yen, *op. cit.*, at 71.

<sup>107</sup> R. Etinski, *op. cit.*, at 85.

<sup>108</sup> O.K. Fauchald, *op.cit.*, at 349.

<sup>109</sup> R. Etinski, *op. cit.*, at 85.

<sup>110</sup> T. Hai Yen, *op. cit.*, at 67.

In the *Ping An Life Insurance Company of China* case, the ICSID Tribunal confirmed the importance of the ordinary meaning method:

“The ordinary meaning approach has been adopted in many investor-State arbitrations to confirm that the presumed intentions of the parties should not be used to override the explicit language of a BIT (*Fraport v. Philippines* at [340]) or to override the agreed upon framework (*Daimler Financial Services v. Argentina* at [164]), or be used as an independent basis of interpretation (*Wintershall v. Argentina* at [88]).”<sup>111</sup>

The ICSID Tribunal reminded the parties in the *Mobil Investments Canada* case that “Articles 31 and 32 of the VCLT attaches the greatest importance for interpretation to the ordinary meaning of the treaty, taken in its context.”<sup>112</sup> That interpretative instruction, given by the Tribunal, is meaningful particularly in respect to investment treaties. As the provisions of a treaty completely express the intention of the parties, there is not great need to consult the object and purposes of the treaty for obtaining further information. In spite of that empirical investigation disclosed that the object and purposes of a treaty have been relatively frequently used in the interpretation. The ICSID tribunals quote often first paragraph of Article 31 of the VCLT which refers to the object and purpose of the treaty. Fauchald came to the impression that the teleological method was “subsidiary to the objective approach”,<sup>113</sup> in other words the purposes were used for interpretation when the text was not clear. Also the tribunals used the object and purpose to control correctness of the interpretation arrived at by using ordinary meaning and context.<sup>114</sup> The object and purpose prevail over the wording of the treaty exceptionally.<sup>115</sup> Small employment of the preparatory works and the practice in the application of the treaty is unexpected.

These treaties contain some legal notions and standards, such as investment, property, expropriation, national treatment, denial of justice, which have autonomous meaning in investment treaties if they are not defined in the specific way in a particular treaty. The ICSID tribunals determine their meaning mainly by referring to the case law of ICSID and other tribunals, by analyzing comparative

---

<sup>111</sup> ICSID, *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) of China, Limited v. Kingdom of Belgium – Award*, 30 April 2015, ICSID Case No. ARB/12/29, para. 166. The same position in ICSID, *Ömer Dede and Mr. Serdar Elhüseyni v. Romania – Award*, 5 September 2013, ICSID Case No. ARB/10/22, para. 210.

<sup>112</sup> ICSID *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Canada -Decision on Liability and on principles of quantum*, 22 May 2012, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, para. 232.

<sup>113</sup> O.K. Fauchald, *op.cit.*, at 316.

<sup>114</sup> *Ibid.*, at. 323.

<sup>115</sup> *Ibid.* See criticism concerning teleological method at S. Djajić, Searching for purpose: Critical assessment of teleological interpretation of treaties in investment arbitration, *International Review of Law*, 2016, available at <http://dx.doi.org/10.5339/irl.2016.iit.4> (Last visited 20. 09. 2017)



treaty practice or by reading scholarly works. Sometimes the ICSID tribunals differ between consistent previous arbitral practices – *jurisprudence constant* – and inconsistent practice attributing importance to consistent practice.

Thus the interpretative model for the investment treaties would give preference to the text of a treaty, to the methods of ordinary meaning and context. The consistent case law and scholarly writings have particular weight in interpreting autonomous concepts of international investment law.

# 10. CHARACTERISTICS OF THE QUESTION APPEARED IN THE APPLICATION OF A TREATY AS THE DETERMINANT OF THE SIGNIFICANCE OF MEANS OF INTERPRETATION

At the beginning of its work the PCIJ was asked to give advisory opinions concerning three questions related to Part XIII of the Versailles Peace Treaty. The first question was: “Was the Workers’ Delegate for the Netherlands at the Third Session of the International Labour Conference nominated in accordance with the provisions of paragraph 3 of Article 389 of the Treaty of Versailles?”<sup>116</sup> The second question read: “Does the competence of the International Labour Organisation extend to international regulation of the conditions of labour of persons employed in agriculture?” And the third question: “Does examination of proposals for the organization and development of methods of agricultural production, and of other questions of a like character, fall within the competence of the International Labour Organisation?”<sup>117</sup> The PCIJ answered the first question by the first Advisory Opinion of 31 July 1922 and the other two questions were answered by the second and third Advisory Opinion of 12 August 1922. Concerning the last two questions, which were answered in the same day, the PCIJ noted that “they are essentially different in their nature, and the considerations applicable to them are different”.<sup>118</sup> In fact the difference was bigger between the first and other two questions. The first question related to the particular provision in Article 389 of the Versailles Treaty. The other two questions did not refer to a particular provision. Thus, naturally the first question directed the PCIJ to the particular provisions of Article 389 which became the subject matter of its attention and the Court investigated “the ideas inspiring the provisions”,<sup>119</sup> object of these provisions,<sup>120</sup> wording of the Article,<sup>121</sup> and rejected

<sup>116</sup> *Workers’ Delegate*, *supra* note 71.

<sup>117</sup> *Organization and Methods of Agricultural Production*, *supra* note 57, at 49.

<sup>118</sup> *Ibid.*, at 55.

<sup>119</sup> *Workers’ Delegate*, *supra* note 71, at 23.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> *Ibid.*

absurd<sup>122</sup> and ineffective solutions.<sup>123</sup> The other two questions were not directed to a particular Article, but asked about the limits of competences of the ILO. Since the aims, expressed in the preamble of Part XIII, inform about the limits of the competences, the Court consulted these provision to arrive at the answers.

In the *Admission of a State to the United Nations* case the question sent to the ICJ related to Article 4, Paragraph 1 of the UN Charter and the Court investigated the text of the Paragraph<sup>124</sup> in the context and spirit of the second paragraph of the same Article<sup>125</sup> and by applying the method of ordinary meaning came to the conclusion that the text was sufficiently clear to give a precise answer. The Court rejected looking at the preparatory work.

However, if the question relates to the particular Article of a constituent act, it does not necessary mean that the broader context and purposes of a treaty are irrelevant in all cases. Considering the question in *the Competence of Assembly regarding admission to the United Nations* case, which related to paragraph 2 of Article 4 of the Charter, the ICJ investigated the broader context of the Article to confirm the conclusions about the clarity of the text of paragraph 2 of Article 4. In the *Certain expenses of the United Nations* case, concerning Article 17, paragraph 2 of the Charter, the ICJ consulted the broad context of the Article<sup>126</sup> and used purposes of the United Nations<sup>127</sup> to determine the meaning of the expenses of the Organization.

The interpretative practice of the ECtHR reveals that certain characteristics of the questions, which have to be answered by interpretation of the European Convention on Human Rights, can justify that the ECtHR departs from some elements of its interpretative model. It was said above that the converging practice in the application of the Convention, as an expression of contemporary understanding of the Convention by majority of the Contracting Parties, has important role in the interpretation of the Convention. However, it is not always the case. In *A, B and C v. Ireland*, the Court found that “the prohibition in Ireland of abortion for health and well-being reasons, based as it is on the profound moral views of Irish people as to the nature of life...”<sup>128</sup> makes the opposite widespread consensus among the Parties without relevance. Or, in *Republican Party of Russia v. Russia*, the Court considered that practice in the Parties reflected a consensus that regional political parties should have been allowed to be established. But, the Court found that “notwithstanding this consensus, a different approach may be

---

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> *Ibid.*, at 25.

<sup>124</sup> *Admission of a State to the United Nations* (Charter, Art. 4), *supra* note 72, at 62.

<sup>125</sup> *Ibid.*, at 63.

<sup>126</sup> *Certain expenses of the United Nations* (Article 17, paragraph 2, of the Charter), *supra* note 50, at 162.

<sup>127</sup> *Ibid.*, at 167.

<sup>128</sup> ECtHR *A, B and C v. Ireland*, Appl. no. 25579/05, Judgment of 16 December 2010, at para. 241.

justified where special historical or political considerations exist which render a more restrictive practice necessary”.<sup>129</sup> Thus, if the question affects “the profound moral views” of people, stability of new born democratic system or something of similar nature, such nature of the question can justify leaving of European consensus as a means of interpretation. If the subject matter of the question is concerns the issue of “autonomous concept,” developed by the ECtHR, the answer will be in line with this autonomous concept.

If the question relates to arbitration clauses of investment treaties, ordinary meaning and context of the clause will have particular importance, but if the question concerns autonomous concepts of international investment law consistent case law and scholarly writings will have prevailing weight.

Obviously, the choice of means of interpretation and attribution to them corresponding weight depends in some measure on the characteristics of the question which has to be answered by interpretation.

## 11. CHARACTERISTICS OF MEANS OF INTERPRETATION AS DETERMINANT OF THEIR SIGNIFICANCE

### 11.1. Characteristics of Means of Interpretation as Determinants of Their Relevance

Having in view that Article 32 of the VCLT enumerates supplementary means of interpretation in an exemplary way and that the list of these means is open, the issue might be whether it is possible to identify determinants of relevance of supplementary means of interpretation. In other words the issue is whether we can know in advance what facts, beyond these determined in Articles 31 and 32, are relevant for interpretation of a treaty provision? If we take Villiger’s assertion that state parties are the masters of the treaty<sup>130</sup> as a starting point, if the treaty is a product of their will and remains under control of their will, the means of interpretation may include all evidences of facts that might be connected with their will, as the products of their will or determinants of their will. Such understanding is in accordance with the ICJ definition of interpretation: “a treaty provision ... must be interpreted ... in accordance with the intentions of its authors as reflected by the text of the treaty and the other relevant factors in terms of interpretation”.<sup>131</sup> However, that definition was given in the context of the bilateral treaty and we have

---

<sup>129</sup> ECtHR *Republican Party of Russia v. Russia*, Appl. no. 12976/07, Judgment of 11 April 2011, at para. 126.

<sup>130</sup> M. E. Villiger, *supra* note 17, at paras 46, 384 and 429.

<sup>131</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 13 July 2009, ICJ Reports (2009), 213, at 273, para 48.

seen that the ICJ distinguished constituent acts of international organizations due to particular characteristics of these treaties, among which is also that an international organization, founded by a treaty, enjoys autonomy in application and interpretation of the treaty. It means that State Parties to such kind of treaties are not exclusive masters of these treaties, at least, not in a way as they are masters of other treaties. Qualifying the European Convention on Human Rights as “a constitutional instrument of European public order”, the ECtHR displaced the Convention beyond the exclusive circle of the will of the State Parties, in a much broader circle of facts that may be taken into account for interpretation. The Court considers reports of non-governmental organizations, scientific reports, material of the Council of Europe etc. In the *Christine Goodwin* case the ECtHR took into account legislative changes in Singapore, Canada, South Africa, Israel, Australia, New Zealand and the United States of America,<sup>132</sup> obviously states beyond the circle of the State Parties to the European Convention on Human Rights. Even more remote facts have been mentioned in literature, such as moral values underling the treaty,<sup>133</sup> “the general features of the world social and power processes”<sup>134</sup> and the expectation of the audiences of different dispute settlement bodies.<sup>135</sup>

On the other hand, we can find in judicial practice examples of refusal of the court to go far beyond the text of the treaty. In the case of the *Competences of the ILO to regulate incidentally the personal work of the employer*, the PCIJ considered that “political principles or social theories” which were not mentioned in the treaty were not of relevance for ascertaining what the contracting parties agreed to.<sup>136</sup>

The attitude of the parties to the dispute may play a particular role in the determination of significance of the means of interpretation. In the *Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne* case, the PCIJ found that the text of Article 3 was sufficiently clear, which made consideration of the preparatory work redundant, but since the Turkish Government referred to some facts of negotiations of the Lausanne Treaty, the Court investigated the preparatory work.<sup>137</sup> A failure of the council for the claimant in the *Kılıç* case to address properly the new evidence of the understanding of the Russian version of the BIT, submitted by the respondent, has proved fatal for the claimant. An attempt of the council to remedy the failure in an annulment procedure was not successful, since the ad hoc Committee found that: “An annulment proceeding is not the appropriate venue

---

<sup>132</sup> ECtHR *Christine Goodwin v. United Kingdom*, Appl. no. 28957/95, Judgment 11 July 2002, at para. 56.

<sup>133</sup> Letsas, *supra* note 74.

<sup>134</sup> M. S. McDougal, H. D. Lasswell and J. C. Miller, *supra* note 16, at 96.

<sup>135</sup> G. Nolte, *supra* note 18, at 140.

<sup>136</sup> *Competence of the International Labour Organization to Regulate, Incidentally, the Personal Work of the Employer*, *supra* note 58, at 23.

<sup>137</sup> *Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne*, 1925 PCIJ, Series B, No. 12, at 22.

for the losing party in ICSID arbitration to make up for failures of the strategy followed by counsel in the arbitration proceeding.”<sup>138</sup>

Beyond these considerations there are at least two general characteristics of the means of interpretation which determine their relevance in the broadest sense. Obviously, if the means of interpretation does not extend any information which might be useful for answering the question raised in the application of a treaty, such means is then without relevance. Another characteristic is accessibility. If relevant material was not accessible to a State, if a State could not have knowledge of material before the disputed event occurred, it would not be fair to take it into account for interpretation. It was explicitly said concerning the preparatory work,<sup>139</sup> but it is not easy to see any reason against general validity.

### **11.2. Characteristics of the Means of Interpretation as Determinants of Their Weight**

Discourse on the significance of various evidences of intention of the parties was running across the pages of three issues of the American Journal of International Law in 1929. In editorial comment Ph. M. Brown disagreed with the US official who asserted that “interpretations,” “understandings,” “precisions,” and “constructions,” by which all signatories, except the US, conditioned their acceptance of the Pact on the Renunciation of War of 1928, did not touch the text of the Pact.<sup>140</sup> Brown emphasized the importance of detection of “real intention of the parties” for interpretation of international treaties.<sup>141</sup> In the next issue of the Journal, A. P. Fachiri replied stressing almost exclusively the relevance of the text of a treaty. He grounded such an approach not only in legal certainty which was, according to him, more important in international than in domestic affairs, but also in conditions of the conclusion of a treaty, on the fact that members of legislative body, by whose consent a state accepts a treaty, did not participate in negotiations and could not be familiar enough with all the details of the preparatory work which might be relevant for interpretation.<sup>142</sup> In his response in the next issue of the Journal Brown did not concur with Fachiri’s opinion that, provided that the text of a treaty was “intelligible,” extraneous evidence could not be used for its interpretation. According to Brown the text could not be taken as sufficiently clear before interpreter found that the meaning embodied the intent of the parties.<sup>143</sup>

<sup>138</sup> ICSID *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan – Decision on Annulment*, 14 July 2015, ICSID Case No. ARB/10/1, para. 110.

<sup>139</sup> M.E. Villiger, *supra* note 1, at 113; Šbolci, *supra* note 2, at 156.

<sup>140</sup> Ph. M. Brown, The Interpretation of the General Pact for the Renunciation of War, *American Journal of International Law*, 1929, 376.

<sup>141</sup> *Ibid.*, at 377.

<sup>142</sup> A.P. Fachiri, Interpretation of Treaties, *American Journal of International Law*, 1929, 746.

<sup>143</sup> Ph. M. Brown, The Interpretation of Treaties, *American Journal of International Law*, 1929, 820.

Something of the same discourse revived itself three years later in the differences between the majority and a minority of the judges of the PCIJ concerning the advisory opinion in the case of *the Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night*.<sup>144</sup> Interestingly, Fachiri appeared in the proceedings as the representative of the UK.<sup>145</sup> The PCIJ found that the text of Article 3 of the Convention was free from ambiguity and obscurity,<sup>146</sup> but contrary to Fachiri's position, the Court searched for "some valid ground for interpreting the provision otherwise than in accordance with the natural sense of the words."<sup>147</sup> The PCIJ investigated title, preamble, other provisions of the Convention<sup>148</sup> the aim, preamble and other provisions of Part XIII of the Versailles Treaty,<sup>149</sup> previous case law of the PCIJ related to the ILO,<sup>150</sup> circumstances of the conclusion of the Convention,<sup>151</sup> preparatory work<sup>152</sup> and comparative practice,<sup>153</sup> but did not find any good reason to depart from the natural meaning of terms. In spite of the fact that the PCIJ investigated all extraneous evidences, Judge Anzilotti criticized the approach of the Court asserting, in line with Brown, that the satisfactory clarity of the text could not be established without previously ascertaining the intention of the parties and invoking the general aim of international labour legislation – protection of manual workers – as the best evidence of the intention of the parties.<sup>154</sup> So, he was of the opinion that the Convention did not prevent women in positions of supervision or management to work during the night. The interpretation of the majority was quite correct, but later practice has shown that Judge Anzilotti read the intention of the parties better than the majority. Two years later, states adopted a revised text of the Convention<sup>155</sup> and exempted women holding position of management and who were not engaged in manual work from prohibition of night work.

The hierarchical relationship between the "ordinary meaning" rule and other methods of interpretation has been considered by the two World Courts. We have seen that the PCIJ thought that "some valid ground" can justify "interpreting

---

<sup>144</sup> *Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night*, 1932 PCIJ, Series A/B, No. 50, at 373.

<sup>145</sup> *Ibid.*, at 368.

<sup>146</sup> *Ibid.*, at 373.

<sup>147</sup> *Ibid.*

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> *Ibid.*, at 374 and 375.

<sup>150</sup> *Ibid.*, at 374.

<sup>151</sup> *Ibid.*, at 376.

<sup>152</sup> *Ibid.*, at 378.

<sup>153</sup> *Ibid.*, at 380.

<sup>154</sup> *Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night*, 1932 PCIJ, Series A/B, No. 50, Dissent Opinion of Judge Anzilotti.

<sup>155</sup> Convention concerning Employment of Women during the Night (Revised), 1934.

the provision otherwise than in accordance with the natural sense of the words”<sup>156</sup> The PCIJ looked for “valid ground” everywhere in all available evidences, as indicated in the previous paragraph. And, the ICJ stated that “To warrant an interpretation other than that which ensues from the natural meaning of the words, a decisive reason would be required...”<sup>157</sup> It rejected looking at the preparatory work, in spite of the fact that a minority of judges believed that preparatory work led to the opposite interpretation. Two years later the ICJ observed that “the first duty of a tribunal ... is to endeavour to give effect to them (words) in their natural and ordinary meaning in the context in which they occur. If the relevant words in their natural and ordinary meaning make sense in their context, that is an end of the matter”<sup>158</sup> In spite of that tough statement, the Court made a short reference to the preparatory work and the practice in the application of the treaty.<sup>159</sup> After twelve years the same Court said that the rule of the natural and ordinary meaning of the words is not an absolute one. “Where such a method of interpretation results in a meaning incompatible with the spirit, purpose and context of the clause or instrument in which the words are contained, no reliance can be validly placed on it.”<sup>160</sup> Thus, the scope of methods that can challenge the “ordinary meaning” rule has varied in the practice of two World Courts from the context, via spirit and purpose to all available evidence. In spite of the mentioned variations, the quoted passages and judicial practice in general conform presumed greater weight of “ordinary meaning” method. At least, it should be the starting point of an interpretation.

The difference between the subsequent practice in the application of the treaty as authentic and supplementary means is clearly established. To be authentic means, subsequent practice has to reflect the common understanding of all parties, but it is not necessary that all parties participate in the practice. In Conclusion 9 [8] of the *Text of the draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties adopted by the Commission* the ILC stated that “the weight of a subsequent agreement or subsequent practice as a means of interpretation under article 31, paragraph 3, depends, *inter alia*, on its clarity and specificity” and that “the weight of subsequent practice under article 31, paragraph 3 (b), depends, in addition, on whether and how it is repeated.”<sup>161</sup>

<sup>156</sup> *Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night*, *supra* note 144, at 373.

<sup>157</sup> *Admission of a State to the United Nations*, *supra* note 72, at 63.

<sup>158</sup> *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations*, *supra* note 73, at 8.

<sup>159</sup> *Ibid.*, at 9.

<sup>160</sup> *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, *supra* note 51, at 336.

<sup>161</sup> ILC, *supra* note 4, at 122.



Taking authenticity of intention or understanding of the parties as a measure of weight of means of interpretation, the following means from Article 31 – ordinary meaning, context, agreement on interpretation of a treaty and subsequent practice in the application of a treaty – might have presumed greater weight.

## 12. CONCLUSIONS

Articles 31 and 32 of the VCLT leave broad discretion concerning the choice and weighing means of interpretation. But, discretion is not unlimited. The interpreter is not free “to choose how to use and apply the different means of interpretation.”<sup>162</sup>

Article 31 of the VCLT implies consideration of all means of interpretation which constitute “general rule” of interpretation in any case of interpretation. It does not mean that all of them will be relevant in each case. The relevance of any means of interpretation is determined by its capacity to extend information useful for answering the question appearing in the application of the treaty. Thus, the Villiger stated: “All means in Article 31 should be considered. However, not every means will necessarily yield a result as to the interpretation of the treaty term. The order chosen in Article 31 among the various means therefore appears to be that of logic, proceeding from the intrinsic to the extrinsic, from the immediate to the remote.”<sup>163</sup>

In spite of the fact that some means of interpretation from Article 31, such as ordinary meaning, context, agreement on the interpretation of a treaty, or subsequent practice in the application of a treaty have, by their authenticity of expression of intention or understanding of the parties, greater weight, it could not be said that they should have in each case primacy over other means.

Exploration of the interpretative practice of different international courts indicates a certain correlation between the nature or other particular characteristics of the treaty and employed means of interpretation, which is expressed in the fact that some means of interpretation are used much more frequently than others and that some are weighted greater than others. The more frequently used and more important means for interpretation of the particular treaty or the particular type of treaties can be named “model of interpretation.” Thus, the model of interpretation of constituent acts of international organizations gives priority to the broad context, object and purpose of the treaty and to the practice in the application of the treaty. Or, the model of interpretation of the European Convention of Human Rights extends the limits of sources of information of relevance for inter-

---

<sup>162</sup> *Ibid.*

<sup>163</sup> M.E. Villiger, *supra* note 1, at 114.



pretation and prioritizes contemporary expressions of understanding of the text of the Convention. The model of interpretation of investment treaties prioritizes the ordinary meaning, context, consistent case law and scholarly writings.

Beside the nature and particular characteristics of the treaty, the choice of means of interpretation and attribution to them corresponding weight depends in some measure on the characteristics of the question which has to be answered by interpretation.

The model of interpretation in combination with particular characteristics of the question which should be answered by interpretation may produce an expectation in respect of the choice and weight of means of interpretation in the specified case. The ILC referred to the importance of the consistency in interpretation in the sense that the interpreter should consider previous assessments of significance of means of interpretation in comparable cases.<sup>164</sup> If an interpreter departs from previous assessments of means of interpretation in comparable cases, the public should expect the explanation.

---

<sup>164</sup> RILC, *supra* note 4, at 131, para. 15.

*Dr Rodoljub M. Etinski, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
R.Etinski@pf.uns.ac.rs*

## **Sredstva tumačenja međunarodnih ugovora i determinante njihovog značaja**

**Sažetak:** Istraživanje prakse tumačenja različitih međunarodnih sudova pokazuje da postoji izvesna korelacija između prirode i drugih karakteristika pojedinih ugovora i korišćenih sredstava tumačenja, koja je izražena u činjenici da su neka sredstva tumačenja korišćena mnogo češće nego druga i da je nekima pridavana veća težina nego drugim. Češće korišćena sredstva i sredstva kojima je pridavan veći značaj u tumačenju nekog posebnog ugovora ili nekih ugovora iste vrste bi mogla da se nazovu „modelom tumačenja“. Model tumačenja konstitutivnih akata međunarodnih organizacija daje prioritet širokom tekstualnom kontekstu, predmetu i cilju ugovora kao i praksi primene ugovora. Ili, model tumačenja Evropske konvencije o ljudskim pravima širi granice izvora informacija relevantnih za tumačenje i daje prioritet izrazima savremenog razumevanja teksta Konvencije. Model tumačenja investicionih ugovora u prvi plan stavlja pripisivanje običnog značenja terminima, kontekst, prethodne arbitražne odluke i doktrinu.

Izbor sredstava tumačenja i određivanje njihove važnosti može da bude delimično određeno karakteristikama i prirodom pitanja na koje tumačenje treba da da odgovor. Naravno, i same karakteristike sredstava tumačenja su relevantne za izbor i značaj sredstava u konkretnom slučaju.

Model tumačenja u kombinaciji sa prirodom postavljenog pitanja bi mogao da rezultira u određenim očekivanju u pogledu izbora sredstava tumačenja i njihovog vrednovanja. Ukoliko bi sud odstupio od takvih očekivanja, koja su zasnovana na njegovor ranijoj praksi, sud bi trebao da opravda to odstupanje navođenjem ubedljivih razloga.

**Ključne reči:** međunarodni ugovori, sredstva tumačenja, značaj.

Datum prijema rada: 16.11.2017.

*Dr Dragan L. Milkov, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
d.milkov@pf.uns.ac.rs*

*Ratko S. Radošević, asistent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs*

## OBAVEŠTAVANJE U UPRAVNOM POSTUPKU<sup>1</sup>

**Sažetak:** Obaveštavanje je zamišljeno kao novi način komunikacije između organa koji vodi upravni postupak i stranke, odnosno drugih učesnika u postupku. U radu se ispituje da li pravila o obaveštavanju zaista znače nešto suštinski novo i drugačije. Analiza pokazuje da „obaveštavanje“ predstavlja veštačku konstrukciju, za kojom ne postoji stvarna potreba. Ono se, suštinski, svodi na dostavljanje, što nam izričito potvrđuje i sam zakonodavac, na više mesta. Želja da se dostavljanje pretvori u nešto novo dovela je do stvaranja konstrukcije koja nije samo konfuzna, već na pojedinim mestima i karikaturalna. Osim neprimerene terminologije, ona ne donosi nikakve suštinske promene.

**Ključne reči:** upravni postupak, obaveštavanje, dostavljanje.

### 1. UVOD

Jednu od „velikih“ novina u Zakonu o opštem upravnom postupku iz 2016. godine trebalo bi da predstavlja i obaveštavanje. Ono je zamišljeno kao novi način komunikacije između organa koji vodi upravni postupak i stranke, odnosno drugih učesnika u postupku. Obaveštavanje se oslanja na dostavljanje, koje je i do sada bilo predviđeno, kao jedan od uobičajenih načina komunikacije kako u upravnom tako i u drugim pravnim postupcima. U odnosu na dostavljanje, međutim,

---

<sup>1</sup> Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ za 2017. godinu.

obaveštavanje bi trebalo da predstavlja širi pojam. Ili, drugačije rečeno, dostavljanje bi sada trebalo da bude samo jedan vid obaveštavanja.

Cilj ovog rada se sastoji u tome da se proverí da li pravila o obaveštavanju zaista znače nešto suštinski novo i drugačije. Radi odgovora na postavljeno pitanje, detaljno ćemo analizirati odredbe novog Zakona o opštem upravnom postupku o obaveštavanju, uz poređenje sa odredbama prethodnog Zakona. Pri tome, polazimo od pretpostavke da je odgovor na postavljeno pitanje negativan. Odredbe o obaveštavanju ne menjaju ništa suštinski, već predstavljaju veštačku konstrukciju, konfuznu i nejasnu. Ono što bi trebalo da bude „novina“, svodi se, zapravo, na ono što je i do sada postojalo, na dostavljanje. Jedina prava novost je stvaranje nove terminologije.

## 2. POJAM OBAVEŠTAVANJA

U toku upravnog postupka preduzimaju se različite procesne radnje. Među njima, u posebnu grupu, mogu da se izdvoje one koje omogućavaju opštenje učesnika u postupku. Pod opštenjem učesnika u postupku podrazumeva se način na koji se uspostavlja komunikacija između organa, koji vodi upravni postupak, i stranke, odnosno drugih učesnika.<sup>2</sup> U tom smislu, Zakonom o opštem upravnom postupku predviđeno je da organ i stranka opšte usmeno ili u pisanom obliku, koji, dalje, obuhvata opštenje elektronskim putem i u papirnom obliku.<sup>3</sup> U Zakonu se, nepotrebno, imajući u vidu da to proizlazi iz osnovnih načela upravnog postupka, naglašava da se opštenje organa i stranke odvija na brz i efikasan način, ali tako da se omogući pravna sigurnost i ekonomičnost postupka.<sup>4</sup>

Zakonom je uređeno nekoliko vidova opštenja organa i stranke, među koje spadaju podnesci, zapisnici, razgledanje spisa i obaveštavanje o toku postupka.<sup>5</sup> Jedan od vidova opštenja je i obaveštavanje, iako je ono izdvojeno u posebnu glavu Zakona, kao da predstavlja nešto drugo, a ne način komunikacije između organa i stranke.<sup>6</sup> Poređenje sa prethodnim Zakonom o opštem upravnom postupku ukazuje na to da je iz opštenja organa i stranke izostavljeno pozivanje, a „umesto“ dostavljanja, predviđeno je „obaveštavanje“.<sup>7</sup> U odnosu na prethodni Zakon, obaveštavanje bi, dakle, trebalo da bude jedna od osnovnih i najvažnijih promena u načinu komunikacije između organa i stranke, odnosno drugih učesnika u upravnom postupku.

<sup>2</sup> Dragan Milkov, *Upravno pravo II, Upravna delatnost*, Novi Sad 2017, 133.

<sup>3</sup> Zakon o opštem upravnom postupku, „*Službeni glasnik RS*“, br. 18/2016 – novi ZUP, čl. 56, st. 1 i 2.

<sup>4</sup> Novi ZUP, čl. 56, st. 1.

<sup>5</sup> Novi ZUP, čl. 58-65.

<sup>6</sup> Novi ZUP, čl. 66-78.

<sup>7</sup> Zakon o opštem upravnom postupku, „*Službeni list SRJ*“, br. 33/97 i 31/2001 i „*Službeni glasnik RS*“, br. 30/2010 – prethodni ZUP, čl. 54-88.

Obaveštavanje nije naš „izum“. Nasuprot pravnoj tradiciji i onome što je uobičajeno, kako u uporednom tako i u domaćem pravu, ovim novim pojmom „obogaćeni“ su pravni sistemi većine zemalja bivše Jugoslavije. Tačnije, onih zemalja koje su u prethodnom periodu, po istom obrascu i modelu, donele nove zakone o opštem upravnom postupku. Odredbe o „obavješćivanju“ u upravnom postupku prva je predvidela Hrvatska, 2009. godine.<sup>8</sup> Crna Gora je to uradila 2014. godine, propisujući pravila o „pozivanju, dostavljanju i obavješćavanju“.<sup>9</sup> Godinu dana kasnije, 2015. godine, odredbe o „izvestivanju i dostavi“, donete su i u Makedoniji.<sup>10</sup>

Iako je nije „izumela“, čini se da je Srbija, propisujući odredbe o „obaveštavanju“, nastojala da u oblikovanju ove nove konstrukcije ode najdalje. U pokušaju da se konstrukcija „obaveštavanja“ sprovede što doslednije i potpunije, pod nju se podvodi i dostavljanje, kao uobičajeni način komunikacije u svakom pravnom postupku. Podvođenjem dostavljanja pod „obaveštavanje“ i nastojanjem da se to uradi do krajnjih granica i po svaku cenu, stvorena je, zapravo, jedna veštačka konstrukcija, na mnogim mestima gotovo karikaturalna, koja osim neprimerene terminologije ne donosi ništa suštinski novo i drugačije.

Obaveštavanje je novim Zakonom o opštem upravnom postupku definisano kao „radnja kojom organ na pogodan način izveštava stranku i drugog učesnika o postupanju u upravnoj stvari“<sup>11</sup>. Ovakva zakonska definicija sporna je iz više razloga. Iz nje proizlaze brojne dileme, protivrečnosti i nelogičnosti, kako terminološkog tako i suštinskog karaktera.

Odmah na početku mora da se postavi pitanje u čemu se sastoji razlika između ovog „obaveštavanja“, pod kojim se podrazumeva „izveštavanje o postupanju u upravnoj stvari“, i obaveštavanja o toku postupka, koje je izdvojeno i predstavlja poseban vid opštenja organa i stranke.<sup>12</sup> Formalno, deluje kao da su u pitanju dve različite vrste „obaveštavanja“. Suštinski, međutim, one se ne razlikuju ni po čemu. Ali to i jeste problem sa konstrukcijama koje su stvorene veštački. One ni ne mogu jasno i smisleno da se razgraniče od srodnih pojava.

Slično pitanje može da se postavi i kada se obaveštavanje uporedi sa pružanjem informacija, kao vrstom upravnih radnji.<sup>13</sup> U čemu je razlika između „radnje kojom organ na pogodan način izveštava stranku i drugog učesnika o postupanju u upravnoj stvari“ i pružanja informacija, kao upravne radnje? Možda u tome što pružanje informacija predstavlja „postupanje u upravnoj stvari“, a obaveštavanje, prateći ovakvu logiku, predstavlja „izveštavanje stranke o pruženim informacijama“?! Naravno, ni ovde ne može da se uoči nikakva smislena i logična razlika.

<sup>8</sup> Zakon o općem upravnom postupku, „Narodne novine“, br. 47/09, čl. 83-95.

<sup>9</sup> Zakon o upravnom postupku, „Službeni list CG“, br. 56/2014, 20/2015 i 40/2016, čl. 70-87.

<sup>10</sup> Zakon za opštata upravna postapka, „Služben vesnik na RM“, br. 124/2015, čl. 69-86.

<sup>11</sup> Novi ZUP, čl. 66, st. 1.

<sup>12</sup> Novi ZUP, čl. 64-65.

<sup>13</sup> Novi ZUP, čl. 27.

Problem i jeste u tome što zakonodavac ne pravi jasnu razliku između procesnih radnji, radnji uprave, upravnih radnji, te akata i radnji uprave bez neposrednog pravnog dejstva. U Zakonu piše da je obaveštavanje radnja, ali ne znamo kakva. Da li je to jedna od procesnih radnji u upravnom postupku? Ili je to upravna radnja? Da li se pod obaveštavanjem misli na posebnu vrstu akata i radnji uprave bez neposrednog pravnog dejstva? Ili to uopšte nije ni važno.<sup>14</sup>

Ovakva konfuzija predstavlja, zapravo, posledicu jednog šireg problema, na koji su autori ovog rada već ukazali.<sup>15</sup> Proširenjem pojma upravne stvari u novom Zakonu o opštem upravnom postupku briše se jasna razlika između pojedinačnih akata i radnji uprave uopšte. Ako je već pojam upravne stvari toliko proširen i razvodnjen, zašto bi ovde bilo drugačije. Ako postupanje u upravnoj stvari nije uređeno na jasan i smislen način, onda ni izveštavanje stranke o tome ne može da bude uređeno drugačije.<sup>16</sup>

### 3. NAČIN, MESTO I VREME OBAVEŠTAVANJA

Zakonom o opštem upravnom postupku predviđeno je više načina obaveštavanja, u zavisnosti od toga da li je stranka prisutna, ili ne. Ako je stranka prisutna, obaveštavanje može da se izvrši usmeno. Ako nije, može da bude obaveštena elektronskim putem, putem pošte, dostavljanjem ili na drugi pogodan način. Kratka i hitna obaveštenja, pak, mogu da se daju telefonom, elektronskim putem ili na drugi pogodan način, o čemu se stavlja zabeleška u spis. Zabeleška sadrži lično ime lica koje daje obaveštenje i lica koje prima obaveštenje. U svakom konkretnom slučaju, način obaveštavanja bira organ koji vodi postupak, pod uslovom,

---

<sup>14</sup> U teoriji upravnog prava, obaveštavanje se uobičajeno svrstava u materijalne akte uprave. Vid. Nikola Stjepanović, *Administrativno pravo FNRJ, Opšti deo*, Beograd 1954, 353-355; Ratko Marković, *Upravno pravo, Opšti deo*, Beograd 2002, 290; Slavoljub Popović, Branislav Marković, Milan Petrović, *Upravno pravo, Opšti deo*, Beograd 1992, 487. „Obaveštavanje“ o kojem je reč u novom Zakonu o opštem upravnom postupku, međutim, ne može da se svrsta u akte i radnje uprave bez neposrednog pravnog dejstva, s obzirom na to da se oni donose, odnosno vrše u upravnim stvarima. Samim tim, radnje koje predstavljaju postupanje u upravnim stvarima ne mogu istovremeno da budu i radnje obaveštavanja stranke o tom postupanju.

<sup>15</sup> Vid. Dragan Milkov, Ratko Radošević, „Neke novine u Zakonu o opštem upravnom postupku – „upravno postupanje““, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)*, br. 3/2016, 733-752; Ratko Radošević, „Pojam upravne stvari i novi Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srbije“, *Pravna riječ*, br. 46/2016, 325-342.

<sup>16</sup> Ovo su samo neke od dilema u vezi sa novim Zakonom o opštem upravnom postupku. Naravno, postoje i druge. Vid. Dragan Milkov, „Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku – korak napred ili deset u stranu?“, *Zbornik radova PFNS*, br. 1/2013, 85-99; Dragan Milkov, „Povodom novog Zakona o opštem upravnom postupku, Kritički osvrt – uvodne odredbe i načela“, *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Novi Sad 2016, 47-63; Zoran Lončar, „O Nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku“, *Pravna riječ*, br. 35/2013, 425-444.

naravno, da nije propisano drugačije. Prilikom izbora konkretnog načina obaveštavanja, organ mora da vodi računa o pravnoj zaštiti stranke, javnosti obaveštavanja, ekonomičnom trošenju sredstava i jednostavnosti u postupku.<sup>17</sup>

Odredbe o načinu obaveštavanja ukazuju na ono što je u prethodnom delu rada već rečeno. Obaveštavanje je zamišljeno kao pojam koji je širi od pojma dostavljanja. Ili, drugačije rečeno, dostavljanje bi trebalo da bude samo jedan od načina obaveštavanja stranke. Problem se i sastoji u tome što je ceo koncept „obaveštavanja“ samo zamišljen, a ne stvaran. Već na prvi pogled je jasno da su se pisci Zakona prihvatili zadatka koji je nemoguć – da precizno razgraniče ono što bi trebalo da predstavlja različite načine „obaveštavanja“. Već na prvi pogled je jasno da između dostavljanja, s jedne strane, i obaveštavanja putem pošte i elektronskim putem, s druge strane, ne može da postoji nikakva suštinska i stvarna razlika. Da je to tako, da su ovi „načini obaveštavanja“ stvoreni potpuno veštački, potvrdiće nam malo kasnije i sami pisci Zakona. Isto može da se kaže i za usmeno obaveštavanje, ako ono podrazumeva, kako to pojedini autori tvrde, da se „prisutnoj stranci (se) može neposredno uručiti i određeni dokument“<sup>18</sup>.

Nejasno je i to zašto se elektronsko obaveštavanje pominje dva puta, u različitim kontekstima. Obaveštavanje elektronskim putem se, najpre, predviđa kao jedan od načina obaveštavanja, a, zatim, i kao jedan od načina za davanje kratkih i hitnih obaveštenja. U čemu bi trebalo da se sastoji razlika između ova dva slučaja? Ako je obaveštavanje elektronskim putem već predviđeno kao način obaveštavanja, zašto je potrebno da se posebno naglasi da tako mogu da se daju i kratka i hitna obaveštenja? Zar se to ne podrazumeva? Kratka i hitna obaveštenja bi trebalo da predstavljaju izuzetak. Zato se i predviđaju posebni načini obaveštavanja u tim slučajevima. Kako je moguće da ono što predstavlja pravilo, obaveštavanje elektronskim putem, odjednom predstavlja i izuzetak, koji se primenjuje u slučaju davanja kratkih i hitnih obaveštenja? U suštini je reč o logičnoj posledici nelogične konstrukcije. Prvo pomenuto „obaveštavanje elektronskim putem“ je, u stvari, elektronsko dostavljanje. To znači da se određeni spisi šalju adresatu elektronskim putem. Drugo obaveštavanje je obaveštavanje u pravom smislu reči: kratka i hitna obaveštenja (informacije) mogu da se saopšte elektronskim putem. U starom ZUP-u je ovo bilo jasno i logično odvojeno, a sada je opšta terminološka konfuzija!

Ukoliko nije propisano drugačije, način obaveštavanja u konkretnom slučaju bira organ, pri čemu mora da vodi računa o pravnoj zaštiti stranke, javnosti obaveštavanja, ekonomičnom trošenju sredstava i jednostavnosti u postupku. I da to nije posebno naglašeno, organ bi o tome morao da vodi računa, imajući u vidu osnovna načela upravnog postupka. I ovde se, stoga, ponavlja nešto što se već

<sup>17</sup> Novi ZUP, čl. 66, st. 3-5.

<sup>18</sup> Zoran Tomić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku – sa sudskom praksom i registrom pojmova*, Beograd 2017, 335-336.



podrazumeva i što proizlazi iz osnovnih načela upravnog postupka. Sporno je, međutim, šta se podrazumeva pod „javnošću obaveštavanja“. U kontekstu osnovnih načela upravnog postupka, pominje se samo pristup informacijama od javnog značaja. Da li bi „javnost obaveštavanja“ trebalo da se odnosi na te informacije? Ili ima veze sa javnim dostavljanjem, kao posebnim načinom dostavljanja? Onako kako je to predviđeno u Zakonu, deluje kao da bi javnost trebalo da bude jedan od osnovnih principa, u skladu sa kojim se vrši obaveštavanje. Šta to zaista i znači, ostaje potpuno nejasno.

Bez obzira na konkretan način, organ, po pravilu, obaveštava samu stranku. Ako, pak, stranka ima zakonskog zastupnika ili punomoćnika, onda se obaveštavaju oni. Zakonom o opštem upravnom postupku je, kao posebna vrsta punomoćnika, predviđen i punomoćnik za prijem obaveštenja. Njemu se, kada stranka o tome u pisanom obliku ili usmeno izvesti organ koji vodi postupak, upućuju sva pismena koja su naslovljena na stranku.<sup>19</sup> Ovim se još jednom potvrđuje teza o veštačkoj konstrukciji obaveštavanja. Punomoćniku za prijem „obaveštenja“ se, zapravo, ni ne upućuju nikakva obaveštenja, već pismena naslovljena na stranku. Ako je tako, zašto se on ne zove onako kako se zvao i do sada – punomoćnik za primanje pismena?<sup>20</sup> Jedino objašnjenje je želja da se nova terminologija prime ne što doslednije, čak i onda kada za njom nema nikakve stvarne potrebe.

Određivanje punomoćnika za prijem obaveštenja je, po pravilu, fakultativno. Stranka može da ga odredi i da o tome izvesti organ koji vodi postupak. Izuzetno, određivanje punomoćnika za prijem obaveštenja je obavezno. „Ako se stranka ili zakonski zastupnik stranke nalaze u inostranstvu, a nemaju punomoćnika u Republici Srbiji organ njima, pri upućivanju prvog pismena, ostavlja rok koji ne može biti duži od 30 dana da odrede punomoćnika za prijem obaveštenja.“<sup>21</sup> Istovremeno ih upozorava na to da će im, ako to propuste, punomoćnik za prijem obaveštenja biti postavljen, o njihovom trošku. Ovako postavljeni punomoćnik ima, zapravo, karakter privremenog zastupnika.<sup>22</sup> Bez obzira na to da li je punomoćnika za prijem obaveštenja odredila stranka, ili je on postavljen, kao privremeni zastupnik, „smatra se da je stranka primila pismeno kada ga primi punomoćnik za prijem obaveštavanja“<sup>23</sup>. Nejasno je samo zašto se sada ovaj punomoćnik više ne zove punomoćnikom za prijem obaveštenja, već obaveštavanja. Da li je obaveštavanje još uvek radnja, ili sada ima neko novo značenje? Da li uopšte i postoji razlika između obaveštenja i obaveštavanja, ili su to sinonimi? Ovakva konfuzija deluje zaista neverovatno i još jednom potvrđuje da su odredbe novog Zakona pisane bez jasne predstave o tome šta je akt, a šta je radnja, šta je upravna radnja, a šta je procesna radnja!

---

<sup>19</sup> Novi ZUP, čl. 69, st. 1.

<sup>20</sup> Prethodni ZUP, čl. 79.

<sup>21</sup> Novi ZUP, čl. 69, st. 2.

<sup>22</sup> D. Milkov, *Upravno pravo II, Upravna delatnost*, 129.

<sup>23</sup> Novi ZUP, čl. 69, st. 3.



Obaveza određivanja punomoćnika za prijem obaveštenja postoji i kada u istom postupku učestvuje više od pet stranaka, koje nemaju suprotne interese i zajedničkog punomoćnika. One su dužne da na zahtev organa i u roku koji im organ za to ostavi, odrede zajedničkog punomoćnika za prijem obaveštenja. Ako tako ne postupe, zajedničkog punomoćnika za prijem obaveštenja će im, o njihovom trošku, postaviti organ.<sup>24</sup> Povezanost ovih stranaka određena je negativno. Dovoljno je da stranke nemaju suprotan interes u postupku. Zajednički interes ne moraju da imaju.

Punomoćnik za prijem obaveštenja ima specijalno pomoćje i ne može, po pravilu, da preduzima ostale radnje u upravnom postupku u ime i za račun stranke. Može samo da primi pismeno namenjeno stranci i da joj to pismeno prosledi. Izuzetno, ukoliko svoju osnovnu ulogu ne može da izvrši, odnosno ukoliko stranci ne može da prosledi pismeno, a ona može da propusti rok za izjavljivanje pravnog sredstva, ovlašćenja punomoćnika za prijem obaveštenja se proširuju. Punomoćnik za prijem obaveštenja je tada ovlašćen da izjavi pravno sredstvo u ime stranke.<sup>25</sup> Doduše, u Zakonu ne piše punomoćnih za prijem obaveštenja, već „on“. Pošto se u prethodnom stavu pominje zajednički punomoćnik za prijem obaveštenja, zamenica „on“ bi se, jezički posmatrano, odnosila samo na njega. To, naravno, nije smisao ove odredbe. Ovlašćenje da pod navedenim uslovima izjavi pravno sredstvo ima svaki punomoćnik za prijem obaveštenja, a ne samo zajednički.

Zakonom o opštem upravnom postupku uređeno je i obaveštavanje u posebnim, specifičnim slučajevima. Tačnije, radi se o obaveštavanju specifičnih kategorija lica. U prvu kategoriju spadaju fizička i pravna lica koja se nalaze u inostranstvu. Ona se obaveštavaju neposredno ili diplomatskim putem, ako potvrđenim međunarodnim ugovorom nije drugačije predviđeno. U drugu kategoriju spadaju lica koja se nalaze u Vojsci Srbije i pripadnici specijalnih jedinica ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove. Obaveštavanje ovih lica vrši se preko njihove komande. Konačno, u posebne slučajeve spada i obaveštavanje lica lišenih slobode, koje se vrši preko uprave ustanove u kojoj se nalaze. U svim ovim, posebnim slučajevima, obaveštavanje se smatra izvršenim onda kada pismeno bude predato primaocu.<sup>26</sup> Mogli bismo samo da postavimo sledeće pitanje: zašto se, kada pismeno bude predato primaocu, smatra da je „izvršeno obaveštavanje“? Zar tada pismeno nije dostavljeno primaocu? Naravno da jeste. Kada pismeno bude predato primaocu, ono je dostavljeno! Svi ovi slučajevi se i odnose na dostavljanje, bez obzira na izmišljenu konstrukciju obaveštavanja.

U pogledu mesta na kojem se vrši obaveštavanje, predviđeno je, kao pravilo, da se stranka obaveštava u stanu, poslovnoj prostoriji ili na radnom mestu. Kada

<sup>24</sup> Novi ZUP, čl. 69, st. 4.

<sup>25</sup> Novi ZUP, čl. 69, st. 5.

<sup>26</sup> Novi ZUP, čl. 68.

su u pitanju advokati, oni se obaveštavaju u advokatskoj kancelariji, pri čemu obaveštavanje može da se izvrši i licu zaposlenom u kancelariji. Obaveštavanje može da se izvrši i na drugom mestu, ako se primalac obaveštenja sa tim saglasi.<sup>27</sup> Da li je uopšte potrebno da se i ovde naglasi da ove odredbe nemaju nikakve veze sa „obaveštavanjem“, već isključivo sa dostavljanjem. U stanu, poslovnoj prostoriji ili radnom mestu ne vrši se nikakvo obaveštavanje, već dostavljanje, predaja određenog pismena. Dostavljač nije došao u stan, poslovnu prostoriju ili radno mesto kako bi „obavestio stranku“, već kako bi joj dostavio određeno pismo! Odredbe o mestu relevantne su samo za dostavljanje pismena, i to dostavljanje koje se vrši poštom ili preko službenog lica.

Kako bi „obaveštavanje“ moglo nesmetano da se izvrši, stranka i njen zakonski zastupnik imaju obavezu da odmah obaveste organ o promeni prebivališta, boravišta ili sedišta. Ukoliko propuste da to urade, a službeno lice ne može da stupi u kontakt sa njima, stranka se dalje obaveštava javnim dostavljanjem. Ukoliko prebivalište ili boravište promeni punomoćnik ili punomoćnik za prijem obaveštenja, a o tome ne obavesti organ, obaveštavanje se dalje vrši kao da nije ni određen.<sup>28</sup> Sve ovo deluje veoma konfuzno i komplikovano. Najpre stranka i njen punomoćnik obaveštavaju organ, a onda organ obaveštava njih!<sup>29</sup>

U pogledu vremena obaveštavanja, u Zakonu o opštem upravnom postupku nisu predviđene nikakve odredbe. Odmah može da se postavi pitanje zašto. Ako postoje pravila o mestu obaveštavanja, onda bi trebalo da postoje i pravila o vremenu obaveštavanja. Ta pravila bi bila jednako smisljena. Pošto se ovde ni ne radi o „obaveštavanju“, ne postoje ni pravila o vremenu obaveštavanja, već samo o vremenu dostavljanja. „Dostavljanje se vrši radnim danom od 8 do 20 sati. Organ iz naročito važnih razloga može odlučiti da se dostavljanje izvrši i u dan kada se ne radi, kao i posle 20 sati.“<sup>30</sup> Zašto se kod vremena radi samo o dostavljanju, a kod mesta o obaveštavanju, ostaje nejasno.

U odnosu na prethodni Zakon o opštem upravnom postupku, pravila o vremenu dostavljanja su u jednom delu precizirana, a u drugom su nejasnija. Precizirano je da se dostavljanje vrši od 8 do 20 sati, a ne danju, kako je pisalo u prethodnom Zakonu.<sup>31</sup> Nejasno je, međutim, šta se podrazumeva pod radnim danima, a šta pod danima „kada se ne radi“. Iz odredbi prethodnog Zakona proizlazilo je da se neradnim danima smatraju nedelja i dani državnih praznika. U novom Zakonu to nije precizirano. Dani državnih i verskih praznika svakako

---

<sup>27</sup> Novi ZUP, čl. 67, st. 1-3.

<sup>28</sup> Novi ZUP, čl. 67, st. 4-5.

<sup>29</sup> Stranka, dakle, mora da obavesti organ o promeni prebivališta, boravišta ili sedišta, kako bi organ mogao nju da obavesti o postupanju u upravnoj stvari. A ako to ne uradi, onda se obaveštavanje vrši dostavljanjem, i to javnim!

<sup>30</sup> Novi ZUP, čl. 74.

<sup>31</sup> Prethodni ZUP, čl. 72.

spadaju u neradne dane, na osnovu Zakona o državnim i drugim praznicima u Republici Srbiji.<sup>32</sup> Šta se, osim državnih i verskih praznika, smatra neradnim danom, odnosno „danom kada se ne radi“, ostaje sporno. Odredbe o tome ne sadrži ni Zakon o radu, u kojem se samo navodi da „radna nedelja traje, po pravilu, pet radnih dana“<sup>33</sup>.

Konačno, novim Zakonom o opštem upravnom postupku uređene su i posledice greške pri obaveštavanju. „Kad je pri obaveštavanju načinjena očigledna greška, smatra se da je obaveštavanje izvršeno na dan kada je stvarno izvršeno.“<sup>34</sup> Ovakva odredba deluje veoma neobično, kao i, uostalom, sve odredbe o „obaveštavanju“. Odredba prethodnog Zakona o opštem upravnom postupku bila je mnogo jasnija. Tamo je pisalo da se u slučaju greške pri dostavljanju smatra da je dostavljanje izvršeno onog dana za koji se utvrdi da je lice kome je pismeno namenjeno stvarno dobilo to pismo.<sup>35</sup> Ovo svakako deluje mnogo logičnije od toga da je „obaveštavanje izvršeno kad je stvarno izvršeno“. Značajnija promena se, ipak, ogleda u tome da se sada traži da greška bude očigledna. Ranije se nije pravila nikakva gradacija. Bilo je dovoljno da pri dostavljanju postoji greška. Sada se zahteva da ta greška bude očigledna. Samo one greške koje su očigledne, što mora da se proceni u svakom konkretnom slučaju, mogu da dovedu do propisane posledice. Pitanje je samo da li je ovakvo stepenovanje ispravno. Obaveštavanje je, ili bi bar trebalo da bude, procesna radnja organa koji vodi upravni postupak. U skladu sa tim pravilima ona i mora da se izvrši. Stranka ne bi trebalo da trpi štetne posledice greške pri dostavljanju, bez obzira na to da li je ta greška očigledna. Očigledne greške može da učini stranka, kao što je to i predviđeno kod vraćanja u predašnje stanje.<sup>36</sup> To, međutim, ne bi trebalo da važi i za organ.

#### 4. POSTUPCI OBAVEŠTAVANJA

U zavisnosti od načina obaveštavanja, Zakonom o opštem upravnom postupku uređeni su i postupci obaveštavanja. Predviđena su pravila u skladu sa kojima se vrši obaveštavanje elektronskim putem, obaveštavanje putem pošte i dostavljanje. Naravno, veštački karakter „obaveštavanja“ i ovde može jasno da se uoči. Iako se govori o različitim postupcima, postoji samo jedan, a to je dostavljanje. Sve ostalo je izmišljeno, bez ikakve stvarne potrebe za tim.

<sup>32</sup> Zakon o državnim i drugim praznicima u Republici Srbiji, „*Službeni glasnik RS*“, br. 43/2001, 101/2007 i 92/2011.

<sup>33</sup> Zakon o radu, „*Službeni glasnik RS*“, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 i 13/2017 – odluka US, čl. 55, st. 1.

<sup>34</sup> Novi ZUP, čl. 66, st. 7.

<sup>35</sup> Prethodni ZUP, čl. 88, st. 1.

<sup>36</sup> Novi ZUP, čl. 82.

#### 4.1. Obaveštavanje elektronskim putem

Mogućnost elektronske komunikacije između organa i stranke predstavlja novinu u Zakonu o opštem upravnom postupku. Za nju može da se kaže da je opravdana i u skladu je sa načelom delotvornosti i ekonomičnosti postupka. Zakonom o opštem upravnom postupku ova mogućnost je samo uopšteno predviđena, ali nije uređena detaljno. Bliže odredbe o elektronskoj komunikaciji mogu da se pronađu u posebnim propisima.<sup>37</sup>

U vezi sa obaveštavanjem, Zakonom o opštem upravnom postupku predviđeno je da obaveštavanje elektronskim putem može da bude neformalno i formalno. Pod formalnim obaveštavanjem elektronskim putem podrazumeva se ono koje se odvija saglasno zakonu i koje obavezno uključuje potvrdu kojom se dokazuje prijem dokumenta.<sup>38</sup> Pretpostavljamo da bi to trebalo da znači da se neformalno obaveštavanje ne odvija saglasno zakonu i ne uključuje, obavezno, potvrdu kojom se dokazuje prijem dokumenta. O kakvom se tu zapravo „obaveštavanju“ radi i kada se to organ i stranka „neformalno dopisuju“ ostaje potpuno nejasno. Ako se ne odvija „saglasno zakonu“, da li je ovo „obaveštavanje“ uopšte pravno relevantno? Nasuprot tome, o formalnom obaveštavanju elektronskim putem ne moramo ništa da pretpostavljamo. „Formalno obaveštavanje elektronskim putem izjednačava se sa dostavljanjem.“<sup>39</sup> Ovde nam sam zakonodavac daje izričitu potvrdu postavljene teze: ne postoji nikakvo obaveštavanje, radi se, prosto i jednostavno, o dostavljanju. Umesto da se tako i kaže, da dostavljanje može da se izvrši i na elektronski način, što predstavlja značajnu i opravdanu novinu, izmišlja se konstrukcija „obaveštavanja“, koja ne znači ništa.

#### 4.2. Obaveštavanje putem pošte

Obaveštavanje putem pošte može, takođe, da se izvrši na dva načina. Ono može da se izvrši kako običnom poštom tako i preporučenom. Razlika se ogleda u momentu od kojeg se smatra da je pismeno primljeno. „Smatra se da je pismeno koje je upućeno običnom poštom primalac primio sedmog dana od kada je predato poštanskom operatoru, ako je upućeno na adresu u Republici Srbiji, odnosno petnaestog dana od kada je predato poštanskom operatoru ako je upućeno na adresu u inostranstvu. Primalac može da dokazuje da je pismeno kasnije primio, odnosno da ga nije primio.“<sup>40</sup> S druge strane, „smatra se da je pismeno koje je upućeno preporučenom poštom primljeno na dan koji stoji u potvrdi o prijemu

---

<sup>37</sup> Vid. Zakon o elektronskom dokumentu, elektronskoj identifikaciji i uslugama od poverenja u elektronskom poslovanju, „*Službeni glasnik RS*“, br. 94/2017.

<sup>38</sup> Novi ZUP, čl. 70, st. 1 i 2.

<sup>39</sup> Novi ZUP, čl. 70, st. 3.

<sup>40</sup> Novi ZUP, čl. 71, st. 2.

pošiljke<sup>41</sup>. Ovakvo obaveštavanje, preporučenom poštom, izjednačava se sa dostavljanjem.<sup>42</sup>

I ovde bismo mogli da kažemo da se ovakvo obaveštavanje ne izjednačava sa dostavljanjem, već zaista i predstavlja dostavljanje. To, međutim, ne važi samo za preporučenu poštu, već i za običnu. U oba slučaja stranci se predaje određeno pismeno, što u Zakonu i izričito piše. Ako se već radi o „obaveštavanju“, zašto se stranci ne predaje obaveštenje. Zašto se ne smatra da je „izvršeno obaveštavanje“, nego da je primljeno pismeno? Zato što se zaista i radi o dostavljanju, bez obzira na način na koji se ono vrši.

Od besmislene igre terminima, mnogo ozbiljniji problem predstavlja način na koji je određen momenat od kojeg se smatra da je pismeno predato stranci. U oba slučaja, kako kod obične tako i kod preporučene pošte, kao relevantan momenat se uzima momenat predaje poštanskom operatoru. Razlika je samo u tome što kod obične pošiljke od tog trenutka treba da protekne i određeni rok, dok kod preporučene pošiljke to nije slučaj. „Kod pisanog dokumenta u obliku preporučene pošiljke, za dan prispeća se svakad smatra onaj dan koji je naznačen na potvrdi o prijemu pošiljke od strane pošte u kojoj je predat.“<sup>43</sup> S jedne strane, nameće se pitanje da li ovakva pravila u dovoljnoj meri štite prava i pravne interese stranaka, imajući u vidu da u upravnom postupku važi načelo zaštite prava stranaka i ostvarivanja javnog interesa. U upravnom postupku mora da se postigne ravnoteža između javnog interesa i interesa stranke. Ovde se čini da ta ravnoteža nije postignuta. Prednost se očigledno daje javnom interesu. Organ preda pismeno pošti i smatra se da je ono predato stranci?! Ili da je predato sedmog, odnosno petnaestog dana od tada. Da li je stranka zaista i primila to pismeno izgleda nije ni važno. Neka dokazuje da je pismeno primila kasnije ili da ga nije ni primila.

Osim prethodno navedenog, čini se da su ove odredbe protivrečne odredbama o dostavljanju. Ako je već obaveštavanje preporučenom poštom izjednačeno sa dostavljanjem, ako se dostavljanje vrši i preko poštanskog operatora, šta je onda sa pravilima o ličnom i posrednom dostavljanju? Zar kod ličnog i posrednog dostavljanja nisu predviđena pravila o tome kada se smatra da je dostavljanje izvršeno? Da li je dostavljanje izvršeno kada se pismeno preda pošti, ili kada se preda primaocu? Šta je sa slučajevima u kojima se primaocu ostavlja obaveštenje o pokušaju da se izvrši dostavljanje i rokom koji od tog trenutka počinje da teče, a nakon kojeg se smatra da je dostavljanje izvršeno? Kako je moguće da o tome postoje pravila koja su protivrečna, koja se međusobno isključuju? Šta je sa dostavnicom? Da li se u takvim slučajevima dostavnica ne sačinjava? Kako je ona uopšte relevantna i čemu služi, ako se smatra da je dostavljanje izvršeno na dan koji stoji u potvrdi o prijemu pošiljke?

<sup>41</sup> Novi ZUP, čl. 71, st. 3.

<sup>42</sup> Novi ZUP, čl. 71, st. 4.

<sup>43</sup> Z. Tomić, 347.

### 4.3. Dostavljanje

Kao procesna radnja organa koji vodi upravni postupak, dostavljanje je usmereno na to da se određena pismena predaju strankama i drugim učesnicima. Smisao dostavljanja je u tome da se strankama i drugim učesnicima omogući upoznavanje sa sadržinom donetih pismena, čime im se, ujedno, omogućava da zaštite i ostvare svoja prava i pravne interese. Precizna pravila o dostavljanju, ipak, ne služe samo zaštititi prava i pravnih interesa stranke i drugih učesnika u postupku. Ona treba da budu formulisana tako da se spreče zloupotrebe adresata, i obezbedi normalno odvijanje upravnog postupka.<sup>44</sup>

U prethodnom Zakonu o opštem upravnom postupku, kao što je to uobičajeno i u drugim postupcima uređenim pravnim normama, dostavljanje je bilo izdvojeno kao posebna i jasno prepoznatljiva procesna radnja. U novom Zakonu o opštem upravnom postupku to više nije slučaj. Dostavljanje, koje može da bude lično, posredno i javno, trebalo bi da predstavlja samo jedan od vidova obaveštavanja, uz obaveštavanje elektronskim putem i obaveštavanje putem pošte.<sup>45</sup> Ni ovde, međutim, zakonodavac ne daje nikakvu razliku između pomenutih „vidova obaveštavanja“. Naprotiv, još jednom nam potvrđuje da ta razlika ni ne postoji, pošto se lično i posredno dostavljanje vrši preko službenog lica organa, poštanskog operatora ili elektronskim putem.<sup>46</sup> Zakonodavčeva logika je, dakle, sledeća. Postoje tri vida obaveštavanja: obaveštavanje elektronskim putem, obaveštavanje putem pošte i dostavljanje. U odnosu na obaveštavanje elektronskim putem i putem pošte, dostavljanje je specifično po tome što se vrši elektronskim putem i putem pošte?!

Kao izuzetak od pravila, u skladu sa kojim se pismena dostavljaju adresatu, odnosno primaocu, kako glasi zakonska terminologija, predviđena je mogućnost da se primalac pozove da preuzme pismo, i to onda kada to nalažu priroda ili značaj pismena.<sup>47</sup> Ne znamo samo na koji način to treba da se uradi, jer pozivanje, kao oblik opštenja organa i stranke, u novom Zakonu o opštem upravnom postupku više nije ni predviđeno. Možda zakonodavac i pozivanje smatra „obaveštavanjem“, te ga zato posebno ni ne uređuje.

Posebno pravilo predviđeno je za dostavljanje pismena pravnom licu. „Dostavljanje pravnom licu vrši se predajom pismena u sedištu pravnog lica zaposlenom licu u pravnom licu, odnosno na posebnu adresu za prijem pošte koja je registrovana u skladu sa zakonom, ili zastupniku pravnog lica na adresu iz javnog registra, odnosno na adresu njegovog prebivališta.“<sup>48</sup> A „obaveštavanje“ pravnog lica? Zašto i ono nije uređeno na opšti način, ako već obuhvata i nešto drugo, osim

---

<sup>44</sup> D. Milkov, *Upravno pravo II, Upravna delatnost*, 147.

<sup>45</sup> Novi ZUP, čl. 72, st. 1.

<sup>46</sup> Novi ZUP, čl. 72, st. 2.

<sup>47</sup> Novi ZUP, čl. 72, st. 3.

<sup>48</sup> Novi ZUP, čl. 73.

dostavljanja. Zar pravna lica ne mogu da budu „obaveštena“ i na neki drugi način? Deluje kao da je zakonodavac nasumično neka pravila predvideo u okviru opštih odredbi o obaveštavanju, a neka u okviru posebnih odredbi o dostavljanju.

O izvršenom ličnom i posrednom dostavljanju sačinjava se potvrda, dostavnica. Ona sadrži lično ime i adresu lica, kao i podatke pomoću kojih se identifikuje uručeno pismeno. Dostavnicu potpisuju dostavljač i primalac, ili drugo lice kojem je pismeno uručeno. Pored potpisa, oni brojevima i slovima unose datum kada im je pismeno uručeno.<sup>49</sup> Zakonodavac opet koristi ličnu zamenicu. Umesto da jasno napiše ko unosi datum, zakonodavac navodi „oni“. U prethodnoj rečenici se pominju dostavljač, primalac i drugo lice. „Oni“ se odnosi na sva ova lica. To, međutim, nije smisao navedene odredbe. Pošto je u pitanju datum kada im je pismeno uručeno, ova odredba se odnosi na primaoca, ili na drugo lice, ali ne i na dostavljača. Koristeći zamenice, umesto preciznog izražavanja, zakonodavac samo stvara nepotrebnu zbrku.

Kada primalac ili drugo lice kojem je pismeno uručeno odbiju da potpišu dostavnicu, predviđeno je da dostavljač to beleži na dostavnici i da brojevima i slovima ispisuje datum uručjenja pismena. Ovim se smatra da je dostavljanje uredno izvršeno.<sup>50</sup>

Kod posrednog dostavljanja, koje se vrši drugom licu, a ne samom primaocu, dostavljač u dostavnici mora da navede i odnos tog lica sa primaocem.<sup>51</sup> Ovaj dodatni element u dostavnici omogućava da se proveri da li je pismeno predato licima kojima posredno dostavljanje uopšte i može da se izvrši. Međutim, proširivanje kruga lica kojima pismeno može da se uruči za primaoca, o čemu će biti reči kasnije, umanjilo je značaj ove dodatne obaveze dostavljača.

Kao novina, predviđena je mogućnost da dostavnica bude sačinjena i u elektronskom obliku.<sup>52</sup> Ovakva mogućnost je potpuno opravdana, imajući u vidu savremenu tehniku. To je, zapravo, i trebalo da bude smisao novih odredbi o dostavljanju u upravnom postupku. Trebalo je samo da se predvidi mogućnost korišćena savremenih sredstava komunikacije i tehnike, kako bi se ova procesna radnja učinila što jednostavnijom i ekonomičnijom.

Po svojoj pravnoj prirodi, dostavnica predstavlja javnu ispravu. Kao i sve javne isprave i dostavnica ima posebnu dokaznu snagu. Njome se dokazuje način i trenutak izvršenog dostavljanja. U skladu sa opštim pravilom, koje se odnosi na sve javne isprave, pretpostavka istinitosti sadržine dostavnice spada u oborive pretpostavke. Dozvoljeno je da se dokazuje da su u dostavnici činjenice neistinite potvrđene, ili da je dostavnica neispravno sastavljena.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> Novi ZUP, čl. 77, st. 1.

<sup>50</sup> Novi ZUP, čl. 77, st. 2.

<sup>51</sup> Novi ZUP, čl. 76, st. 3.

<sup>52</sup> Novi ZUP, čl. 77, st. 3.

<sup>53</sup> Novi ZUP, čl. 120.



#### 4.3.1. Lično dostavljanje

Lično dostavljanje podrazumeva neposrednu predaju pismena onom licu kojem je pismo namenjeno. Na taj način, primaocu se pruža stvarna mogućnost da se upozna sa sadržinom pismena, čime se ostvaruje i sama svrha dostavljanja. Svako dostavljanje je, stoga, usmereno na predaju pismena primaocu. Razlika je jedino u tome što je u nekim slučajevima lično dostavljanje i obavezno, a u nekim slučajevima nije, te pismo može da se preda i nekom drugom licu. Generalno posmatrano, lično dostavljanje je obavezno u onim slučajevima u kojima je neposredna predaja pismena bitna za ostvarivanje prava i pravnih interesa primaoca, što zavisi od procene zakonodavca.<sup>54</sup>

U skladu sa novim Zakonom o opštem upravnom postupku, lično dostavljanje je obavezno kada od dana dostavljanja počinje da teče rok koji ne može da se produži. Obavezno lično dostavljanje u ovim slučajevima predstavlja pravilo, od kojeg može da se odstupi samo onda kada je zakonom predviđeno drugačije, kada je, izuzetno, obaveza ličnog dostavljanja zakonom izričito isključena. S druge strane, zakonom može da se predvidi da je lično dostavljanje obavezno i u nekim drugim slučajevima, u kojima se ne radi o roku koji ne može da se produži.<sup>55</sup> Time se, pre svega, ostavlja mogućnost propisivanja obaveze ličnog dostavljanja posebnim zakonima, u pojedinim oblastima.

Posebna pravila predviđena su za one situacije u kojima primalac odbije da primi pismo, kao i one u kojima dostavljač ne zatekne primaoca na mestu dostavljanja. „Ako primalac pismena odbije uručenje, službeno lice organa ili poštanski operator (dostavljač) o tome sačinjava belešku i potom ostavlja obaveštenje na mestu na kome je pismo trebalo da bude uručeno, u kome naznačava lično ime primaoca, podatke kojim se pismo identifikuje, prostoriju unutar organa u kojoj pismo može da se preuzme, rok u kome se preuzimanje može izvršiti i datum kada je obaveštenje ostavljeno.“<sup>56</sup> Ova pravila se razlikuju u odnosu na pravila propisana prethodnim Zakonom o opštem upravnom postupku. U prethodnom Zakonu je pisalo da dostavljač, kada primalac bez zakonskog razloga odbije da primi pismo, ostavlja samo pismo, a ne obaveštenje o tome gde pismo može da se preuzme.<sup>57</sup> Zašto je došlo do ovakve promene nije sasvim jasno. U ovoj situaciji, dostavljač zatiče primaoca pismena na mestu na kojem treba da se izvrši dostavljanje. Zašto bi mu ostavljao obaveštenje, a ne samo pismo?

Slična pravila važe i u situaciji u kojoj dostavljač ne zatekne primaoca. „Ako službeno lice organa ili poštanski operator (dostavljač) ne zatekne primaoca pismena na adresi na kojoj je trebalo da mu se uruči pismo, dostavljač će ponovo

---

<sup>54</sup> D. Milkov, *Upravno pravo II, Upravna delatnost*, 149.

<sup>55</sup> Novi ZUP, čl. 75, st. 1 i 2.

<sup>56</sup> Novi ZUP, čl. 75, st. 4.

<sup>57</sup> Prethodni ZUP, čl. 85, st. 1.



pokušati dostavu (*sic!*) u roku od 24 sata. Ako se primalac pismena ponovo ne zatekne na adresi na kojoj je trebalo da mu se uruči pismeno, dostavljač o tome sačinjava belešku i potom ostavlja obaveštenje na mestu na kome je pismeno trebalo da bude uručeno, u kome naznačava lično ime primaoca, podatke kojim se pismeno identifikuje, prostoriju unutar organa u kojoj pismeno može da se preuzme, rok u kome se preuzimanje može izvršiti i datum kada je obaveštenje ostavljeno.<sup>58</sup> U odnosu na odredbe prethodnog Zakona, nova pravila više ne predviđaju obavezu dostavljača da se obavesti o tome kada i na kom mestu može da nađe primaoca, niti obavezu da kod lica kojima bi, inače, moglo da se izvrši posredno dostavljanje ostavi pismeno obaveštenje za primaoca, da određeni dan i čas bude na mestu na kojem treba da se izvrši dostavljanje.<sup>59</sup> Prema pravilima novog Zakona, dakle, obaveze dostavljača su manje i uprošćene. To će, možda, dovesti do efikasnijeg dostavljanja u ovakvim slučajevima. Međutim, šta je sa zaštitom prava i pravnih interesa primaoca? Utisak je da su odredbe prethodnog Zakona bile formulisane tako da se obezbedi ravnoteža oba interesa.

Dostavljanje se, u obe situacije, smatra izvršenim kada istekne 15 dana od kada je na mestu na kojem je pismeno trebalo da bude uručeno ostavljeno navedeno obaveštenje.<sup>60</sup> U ovim slučajevima se zaista i radi o obaveštavanju, s obzirom na to da se primaocu ne ostavlja pismeno, već obaveštenje. No, time konfuzija još više dolazi do izražaja. Najpre se dostavljanje podvodi pod obaveštavanje, a sada se obaveštavanje podvodi pod dostavljanje! Izraz „obaveštavanje“ koristi se potpuno proizvoljno i u različitom kontekstu. Na ovom mestu i u ovom kontekstu to je i primereno, jer se zaista radi o obaveštavanju. Na drugim mestima je to potpuno neprimereno i pogrešno.

#### 4.3.2. Posredno dostavljanje

Dostavljanje, po pravilu, podrazumeva predaju pismena onom licu kojem je pismeno namenjeno. No, ponekad takvo dostavljanje ne može da se izvrši, s obzirom na to da bi moglo da spreči normalno odvijanje upravnog postupka. U takvim slučajevima pismeno može da se preda i drugom licu, a ne samom primaocu. Pravno dejstvo je, međutim, isto. Smatra se da je dostavljanje izvršeno onda kada je pismeno predato drugom licu, bez obzira na to kada se primalac stvarno upoznao sa sadržinom pismena.<sup>61</sup>

Posredno dostavljanje može da se izvrši pod pretpostavkom da lično dostavljanje nije obavezno i da primalac nije pronađen na adresi na kojoj je trebalo da mu se uruči pismeno. Tada pismeno može da se uruči drugom licu koje prihvati

<sup>58</sup> Novi ZUP, čl. 75, st. 5.

<sup>59</sup> Prethodni ZUP, čl. 77.

<sup>60</sup> Novi ZUP, čl. 75, st. 6.

<sup>61</sup> D. Milkov, *Upravno pravo II, Upravna delatnost*, 151.

da ga potom preda primaocu. Najpre, ako je to moguće, pismeno može da se uruči svakom punoletnom članu domaćinstva primaoca, a ako se dostavljanje vrši na radnom mestu primaoca, licu koje sa njim radi.<sup>62</sup>

Odredbe koje uređuju posredno dostavljanje najpre ukazuju na to da drugo lice nema obavezu da primi pismeno za primaoca. Posredno dostavljanje može da se izvrši samo onda kada drugo lice prihvati da primi pismeno i da ga posle preda primaocu, bez obzira na to gde se vrši dostavljanje. U prethodnom Zakonu pristanak se tražio samo od lica koja su zaposlena na istom radnom mestu kao i primalac, ali se nije tražio od odraslih članova njegovog domaćinstva, koji su, samim tim, imali obavezu da prime pismeno.<sup>63</sup>

Osim ove razlike, iz odredbi prethodnog Zakona jasno je proizlazilo da je krug lica kojima može da se izvrši posredno dostavljanje bio ograničen. S jedne strane, na radnom mestu primaoca dostavljanje je moglo da se izvrši samo licima koja su na istom mestu zaposlena. S druge strane, u stanu primaoca pismeno se predavalo samo odraslim članovima njegovog domaćinstva. Naravno, pod uslovom da ta druga lica, u oba slučaja, ne učestvuju u istom postupku sa suprotnim interesima.<sup>64</sup>

U odredbama novog Zakona, zadržava se samo ovo poslednje ograničenje. Pismeno ne može da se preda onom licu koje je protivna stranka u istom postupku.<sup>65</sup> Drugih ograničenja, međutim, nema. Istina, prednost bi trebalo da imaju punoletni članovi domaćinstva primaoca i lica koja rade sa njim. Ako je to moguće, pismeno se „najpre“ predaje njima. Suprotno ovome, ako to nije moguće, proizlazi da pismeno može da se preda bilo kom drugom licu, ako ono prihvati da ga potom preda primaocu. Ovakvo proširenje kruga lica kojima može da se izvrši posredno dostavljanje ne deluje ispravno. Smisao odredbi o dostavljanju ne može da bude samo efikasnost postupka. One moraju da budu formulisane tako da se podjednako vodi računa i o zaštiti prava i pravnih interesa stranke. Krug lica kojima može da se izvrši posredno dostavljanje treba da bude preciziran tako da se u što većoj meri osigura da se primalac zaista i upozna sa sadržinom pismena.

„Ako drugo lice ne prihvati da mu se pismeno uruči, ono se ostavlja na mestu ne kome je trebalo da bude uručeno primaocu, a vreme i datum ostavljanja pismena i rok posle koga se smatra da je dostavljanje izvršeno naznačavaju se na koverti i u dostavnici. Smatra se da je posredno dostavljanje izvršeno kada istekne 15 dana od kad je pismeno uručeno drugom licu ili od kada je ono ostavljeno na mestu na kome je trebalo da bude uručeno primaocu.“<sup>66</sup> Ni ove odredbe ne deluju sasvim logično. Drugo lice nema obavezu da prihvati prijem pismena, ali se

---

<sup>62</sup> Novi ZUP, čl. 76, st. 1.

<sup>63</sup> Prethodni ZUP, čl. 74, st. 1 i 2.

<sup>64</sup> Prethodni ZUP, čl. 74, st. 3.

<sup>65</sup> Novi ZUP, čl. 76, st. 2.

<sup>66</sup> Novi ZUP, čl. 76, st. 4 i 5.

ono, uprkos tome, ostavlja na mestu na kojem je trebalo da bude uručeno primaocu. A kada sam primalac odbije prijem, onda se pismeno ne ostavlja, već mu se ostavlja obaveštenje o tome gde će se pismeno nalaziti i gde će moći da ga preuzme?! Rezultat je, dakle, sledeći: u prvom slučaju se zanemaruje interes stranke i predviđa pravilo koje služi isključivo ostvarivanju efikasnosti postupka; u drugom slučaju se, pak, nepotrebno komplikuje postupak, a interes stranke je manje ugrožen nego u prvom! Sve deluje naopako i pogrešno! Dodajmo i sledeće. Zakonodavac se u okviru osnovnih načela upravnog postupka poziva na zaštitu podataka o ličnosti.<sup>67</sup> Da li tome treba da služi i ovo proširivanje kruga lica kojima može da se izvrši posredno dostavljanje? Da li tome treba da služi i ostavljanje pismena na mestu na kojem se vrši dostavljanje, kada ta druga lica ne prihvate prijem?

#### *4.3.3. Javno dostavljanje*

Kao poslednja vrsta dostavljanja predviđeno je javno dostavljanje, koje se vrši u tri slučaja. Najpre, javno dostavljanje se vrši onda kada nijedan drugi način dostavljanja nije moguć. Zatim, ako se dostavlja rešenje koje se tiče većeg broja lica koja organu nisu poznata, a dostavljanje na drugi način nije bilo moguće ili nije bilo odgovarajuće. Na kraju, javno dostavljanje se vrši i u drugim slučajevima određenim zakonom.<sup>68</sup>

U prvom slučaju, nemogućnost da se pismeno dostavi na neki drugi način odnosi se, zapravo, na lično i posredno dostavljanje. Sporno je, međutim, kako obavezno lično dostavljanje može da se zameni javnim dostavljanjem. Ako je lično dostavljanje obavezno zato što od tog trenutka počinje da teče rok koji ne može da se produži, onda je izuzetak moguć, kada je to predviđeno zakonom. Onda bi i javno dostavljanje možda moglo da se podvede pod taj izuzetak, predviđen zakonom. Ali, ako je lično dostavljanje predviđeno kao obavezno nekim posebnim zakonom, onda ovaj izuzetak nije predviđen i nije jasno kako javno dostavljanje može da zameni lično, koje je obavezno.

U drugom slučaju, takođe, postoji nemogućnost dostavljanja pismena na drugi način. Tačnije, lično i posredno dostavljanje nije moguće ili nije odgovarajuće, jer se rešenje dostavlja većem broju lica koja organu nisu poznata. Po čemu se ovaj slučaj razlikuje od prethodnog? Onako kako je to napisano ni po čemu. Ovaj drugi slučaj više predstavlja primer prethodno navedenog slučaja, nego nešto novo i drugačije. Pri tome, potpuno je besmisleno reći da je lično i posredno dostavljanje rešenja licima koja nisu poznata organu neodgovarajuće. O čemu je ovde, zapravo, reč? Radi se o generalnim upravnim aktima, koji se tiču većeg broja neodređenih, ali odredivih lica. Radi se, dakle, o većem broju lica koja su određiva, a ne nepoznata. Lično i posredno dostavljanje ovim licima bilo bi mo-

<sup>67</sup> Novi ZUP, čl. 15, st. 2.

<sup>68</sup> Novi ZUP, čl. 78, st. 1.

guće, ali ne bi bilo, da se poslužimo zakonskom terminologijom, „odgovarajuće“. A zašto ne bi bilo „odgovarajuće“? Zato što lično i posredno dostavljanje ovim licima ne bi bilo u skladu sa efikasnošću i ekonomičnošću postupka.

Osim u navedenim, javno dostavljanje može da se vrši i u drugim slučajevima, izričito predviđenim zakonom. Jedan takav slučaj predviđen je samim Zakonom o opštem upravnom postupku i odnosi se na neobaveštavanje organa o promeni prebivališta, boravišta ili sedišta primaoca.

Javno dostavljanje vrši se objavljivanjem pismena na veb prezentaciji i oglasnoj tabli organa. Osim na ovaj, obavezan način, pismeno može, ali ne mora, da se objavi i u službenom glasilu, dnevnim novinama ili na drugi pogodan način.<sup>69</sup> „Smatra se da je javno dostavljanje izvršeno kada istekne 15 dana od kada je pismeno objavljeno na veb prezentaciji i oglasnoj tabli organa. Organ može iz opravdanih razloga da produži rok.“<sup>70</sup> Nije propisano jedino od kada se rok računa ako pismeno nije objavljeno istog dana i na oglasnoj tabli i na veb prezentaciji. U takvoj situaciji, čini se da je jedini ispravan stav da bi rok trebalo da se računa od kasnijeg trenutka.

U slučaju javnog dostavljanja rešenja, može da bude izostavljeno obrazloženje rešenja. Ali onda, uz rešenje, mora da se istakne obaveštenje o mestu, prostoru i načinu uvida u izostavljeno obrazloženje.<sup>71</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

Obaveštavanje bi trebalo da predstavlja radnju kojom organ na pogodan način izveštava stranku i drugog učesnika o postupanju u upravnoj stvari. Vršiti se na više različitih načina, uključujući obaveštavanje elektronskim putem, putem pošte, dostavljanjem, ali i usmeno. Iz zakonske definicije obaveštavanja i načina na koji su uređeni pojedini vidovi obaveštavanja proizlaze brojne dileme i protivrečnosti.

Na osnovu zakonske definicije, obaveštavanje ne može jasno da se razdvoji od nekih sličnih pojmova. Tako, nikakva smisljena razlika ne može da se uoči između ovog obaveštavanja i obaveštavanja o toku postupka, iako ih zakonodavac reguliše odvojeno. Do sličnog zaključka se dolazi i kada se obaveštavanje uporedi sa pružanjem informacija, kao posebnom upravnom radnjom. Zapravo, iz zakonske definicije obaveštavanja ni ne može jasno da se uoči kakva je to radnja. To ni ne čudi, imajući u vidu da se u novom Zakonu o opštem upravnom postupku ni ne pravi jasna razlika između pojedinih akata i radnji uprave. Konfuzija, koja se

---

<sup>69</sup> Novi ZUP, čl. 78, st. 2.

<sup>70</sup> Novi ZUP, čl. 78, st. 3.

<sup>71</sup> Novi ZUP, čl. 78, st. 3.

uočava već pri određivanju predmeta postupka, prisutna je i u ostalim delovima Zakona, a obaveštavanje ne predstavlja izuzetak.

Analiza odredbi koje se odnose na pojedine vidove „obaveštavanja“ pokazuje da je početna pretpostavka ispravna. „Obaveštavanje“ predstavlja veštačku konstrukciju, za kojom ne postoji stvarna potreba. Ono se, suštinski, svodi na dostavljanje, što nam izričito potvrđuje i sam zakonodavac, na više mesta. Želja da se dostavljanje pretvori u nešto novo dovela je do stvaranja konstrukcije koja nije samo konfuzna, već na pojedinim mestima i karikaturalna.

*Dragan L. Milkov, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
d.milkov@pf.uns.ac.rs*

*Ratko S. Radošević, Assistant  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs*

## **Notification in Administrative Procedure**

**Abstract:** *In the new Law on general administrative procedure of the Republic of Serbia, passed in 2016, the notification is conceived as a new way of communication between the authorities conducting the administrative procedure and the parties or other participants. The paper examines whether the rules on notification really mean something essentially new and different. The analysis shows that “notification” is an artificial construction, for which there is no real need. Essentially, it is reduced to delivery, which is explicitly confirmed by the legislator himself, in several places. The desire to turn delivery into something new led to the creation of a construction that is not only confusing, but in some places caricatured. In addition to inappropriate terminology, it does not make any substantial changes.*

**Keywords:** *administrative procedure, notification, delivery.*

Datum prijema rada: 05.02.2018.

*Dr Predrag P. Jovanović, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
p.jovanovic@pf.uns.ac.rs*

*Darko M. Božićić, asistent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
d.bozicic@pf.uns.ac.rs*

## NORMATIVNI OKVIR ZAŠTITE MORALNOG INTEGRITETA ZAPOSLENIH\*

**Sažetak:** *Pitanje zaštite zaposlenih na radu spada u red onih koja naročito okupiraju pažnju radnog prava, pri čemu treba imati u vidu da ono ima dva aspekta – zaštitu fizičkog i moralnog integriteta. Za razliku od zaštite fizičkog integriteta kojom se radno pravo tradicionalno bavi i to od svojih začetaka, zaštita moralnog integriteta tek poslednjih decenija budi znatiželju stručne javnosti. Ova promena rezultat je pogleda da u radnom odnosu, na strani zaposlenog, nije samo radna snaga čoveka, kao njegova psiho-fizička komponenta, već i njegova sveukupna ličnost sa svim moralnim, etičkim i drugim svojstvima što čini legitimnom potrebu zaštite moralnog integriteta zaposlenih. Prilikom prikazivanja normativnog okvira za ovu temu mora se poći od dve tačke – morala i prava – dva skupa društvenih normi koji stoje u određenoj vezi koja predstavlja polaznu osnovu za predmetnu temu. Uz to, ne treba gubiti iz vida činjenicu da je pitanje moralnog integriteta zaposlenih izuzetno kompleksno i višedimenzionalno i zato je pravno interesantno i značajno, iz razloga što se, samo po sebi, nameće pitanje koje strane moralnog integriteta obuhvatiti i pravom zaštititi, a koje sankcionisati, ali tako da se pritom bitno ne naruši, pre svega, interesna ravnoteža subjekata radnog odnosa (zaposlenog i poslodavca). Pored toga, različiti aspekti zaštite moralnog integriteta zaposlenih uživaju različitu zaštitu, kako u međunarodnom, tako i domaćem radnom pravu, što prikaz normativnog okvira zaštite moralnog integriteta zaposlenih čini još aktuelnijim i potrebnijim.*

---

\* Ovaj rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ koji sprovodi Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

**Ključne reči:** zaštita zaposlenih, moralni integritet zaposlenih, izvori prava, međunarodno, evropsko i domaće pravo.

## 1. UVOD

Zaštita zaposlenih predstavlja jedno od ključnih pitanja radnog prava. Tiče se zaštite zdravlja i bezbednosti na radu koja zapravo pretpostavlja zaštitu fizičkog i moralnog integriteta zaposlenih u kontekstu očuvanja bezbednih i humanih uslova rada.<sup>1</sup> Iako dve strane iste medalje, radno pravo nije imalo isti pristup u regulisanju ova dva vida zaštite zaposlenih. Tome svedoči činjenica da zaštita fizičkog integriteta zaposlenih predstavlja pitanje kojim se radno pravo tradicionalno bavi. Zapravo, prvi izvori radnog prava odnosili su se upravo na ovaj aspekt zaštite zaposlenih.<sup>2</sup> Konsekventno tome, na svojim počecima, i međunarodno radno pravo je za svoj predmet imalo upravo ovaj aspekt zaštite zaposlenih. I danas, prilično je bogato izvorima koji neposredno regulišu ovu materiju,<sup>3</sup> a kako se rizici po zdravlje zaposlenih konstantno menjaju, paralelno sa promenama u procesu rada, dopunjava se (dodatno se obogaćuje) i međunarodna regulativa sa tim u vezi. No, poslednjih decenija na horizontu međunarodnog radnog prava primetna je promena u pogledu zaštite moralnog integriteta zaposlenih, kao pitanja koje sve više dobija na značaju. Ova, svakako pozitivna promena, u svom temelju ima potrebu za zaštitom celokupne ličnosti zaposlenog na radu, kako fizičkog, tako i moralnog integriteta, što zapravo odgovara složenosti pojma zdravlja, koje se, u skladu sa odredbama preambule Ustava Svetske zdravstvene organizacije ne odnosi samo na odsustvo bolesti, već podrazumeva stanje potpune fizičke, mentalne i socijalne dobrobiti. Ova promena u pristupu došla je na talasu ideja o afirmisanju ljudskih prava i osnovnih sloboda zaposlenih u kontekstu preispitivanja tradicionalnog shvatanja radnog prava u svetlu ograničavanja poslodavčeve vlasti i garantija ljudskih prava i osnovnih sloboda.<sup>4</sup>

Iako prvo samo ideja u peru teoretičara radnog prava, danas smo svedoci da je pitanje moralnog integriteta zaposlenih i njegove zaštite i ostvarenja sve prisutnije u izvorima radnog prava, kako međunarodnim, tako i izvorima regionalnog i domaćeg

---

<sup>1</sup> Branko Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Centar za izdavaštvo i informisanje, Pravni fakultet u Beogradu 2012, 365

<sup>2</sup> Zakon o zdravstvenoj i duhovnoj zaštiti učenika i drugih lica zaposlenih u predionicama i tkalnicama pamuka i drugih fabrika (Zakon o zaštiti dečjeg rada) donet u Engleskoj 1802. godine.

<sup>3</sup> O okvirnim međunarodnim standardima u oblasti zaštite fizičkog integriteta više u: Predrag Jovanović, Darko Božićić, *Zaštita i bezbednost zaposlenih na radu*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* br. 3/2016, 757 – 761

<sup>4</sup> Ljubinka Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Beograd 2013, 465 – 466



porekla. No ipak, ono što moramo primetiti, to je da različiti aspekti zaštite moralnog integriteta zaposlenih uživaju različitu zaštitu u (međunarodnom) radnom pravu.

## 2. MORALNI INTEGRITET ZAPOSLENOG

Kao što je poznato, u radnom odnosu nije samo radna snaga čoveka, kao njegova psiho-fizička komponenta, već i njegova ukupna ličnost sa svim moralnim, etičkim i drugim svojstvima. To dodatno čini legitimnom potrebu zaštite moralnog integriteta zaposlenih.<sup>5</sup>

Moral i pravo su dva skupa društvenih normi koji stoje u određenoj vezi, ali se i bitno razlikuju. Bitno se razlikuju po tome što je pravo, kao skup normi, državna tvorevina snabdevena prinudom, a moral je tvorevina određene zajednice ljudi iza koje stoji „unutrašnja sankcija“ – griža savesti. Moral i pravo se delimično poklapaju, jer je moral po svom izvoru autonoman i vezan za pojedina društva, delove društva, slojeve u društvu i pojedince, a pravo kao heteronomna tvorevina obavezuje sve. U jednom društvu, po pravilu, postoji više morala koji su interesno obojeni i međusobno se razlikuju. Na primer, razlikuju se moral zaposlenih i moral poslodavaca. Težnja zakonodavca je da u pravo ugradi što više moralnih vrednosti, jer će tako obezbediti potpuniju i efektniju primenu prava.

Moralni integritet je *individualni fenomen*, lično svojstvo čoveka u koje su utkane društvene norme koje govore o tome šta se smatra dobrim i društveno dopuštenim, a šta se smatra zlim i društveno nedopuštenim. Šta je za datu ljudsku zajednicu dobro, a šta zlo – to je objektivno procenjivo ako je utvrđena jedna osnovna, najviša moralna vrednost, iz koje se lako izvede niže vrednosti. Takva vrednost obično se shvata kao čovečnost, čoveštvo, očovečavanje čoveka u sve većoj meri.<sup>6</sup>

*Moralni integritet zaposlenog*, kao lično svojstvo, može imati *pozitivnu i negativnu* stranu. Pozitivna strana se ispoljava u društveno prihvatljivom odnosu zaposlenog prema: **(1)** samom radu; **(2)** prema drugim zaposlenima i poslodavcu i **(3)** opštim moralnim vrednostima i njihovoj primeni na radnom mestu i pod radnim uslovima. Pozitivna strana zahteva odgovarajuću radnopravnu zaštitu (zabrana diskriminacije, zlostavljanja na radu itd.). Negativna strana se ispoljava u društveno neprihvatljivom odnosu zaposlenog u navedenom smislu. Ova strana zahteva osudu i odgovarajuće pravno sankcionisanje.<sup>7</sup>

Pitanje moralnog integriteta zaposlenih je posebno izraženo u delatnostima od šireg interesa (državna služba, prosveta itd.), kao i kod tzv. licencnih zanimanja (u oblasti zdravstva). Ovo zbog toga, jer u ovim delatnostima zaposleni oba-

---

<sup>5</sup> Predrag Jovanović, Aktuelni aspekti principa zaštite zaposlenih, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* br. 3/2011, 143

<sup>6</sup> *Pravna enciklopedija*, Beograd 1985, 832.

<sup>7</sup> P. Jovanović (3/2011), 153

vljaju poslove koji tangiraju interese ne samo poslodavca već šireg kruga lica ili čitave društvene zajednice. Otuda, moralni integritet zaposlenih u ovim delatnostima ima i svoj posebni pravni okvir koji je definisan kodeksima profesionalne etike. Etika kao viši stepen svesti, indukovana je društvenim ugledom profesije kojom se zaposleni bavi i pretpostavlja poštovanje objektivnosti u radu, morala i ljudskog dostojanstva. U tom smislu, kodeksi profesionalnog i etičkog ponašanja predstavljaju svojevrsnu sintezu prava i morala.

Kao što se vidi, pitanje moralnog integriteta zaposlenih je izuzetno kompleksno i višedimenzionalno i zato je pravno interesantno i značajno. Interesantno je i značajno jer nameće se pitanje koje strane moralnog integriteta obuhvatiti i pravom zaštititi, a koje sankcionisati, ali tako da se pritom bitno ne naruši, pre svega, interesna ravnoteža subjekata radnog odnosa (zaposlenog i poslodavca).

### 3. ZAŠTITA MORALNOG INTEGRITETA ZAPOSLENIH U MEĐUNARODNOM RADNOM PRAVU

U međunarodnim aktima najprisutniji, a samim tim i najrazrađeniji vid zaštite moralnog integriteta zaposlenih na radu jeste zabrana diskriminacije. Štaviše, zabrana diskriminacije u sticanju i ostvarivanju prava i sloboda prisutna je u svim međunarodnim aktima o ljudskim pravima, tako da se može reći da je zabrana svake diskriminacije ujedno i princip međunarodnog prava.<sup>8</sup> Ali, paralelno sa prikazom međunarodnih standarda u vezi sa diskriminacijom, isto ćemo učiniti i sa drugim vidom zaštite moralnog integriteta – zabrani zlostavljanja na radu – iz jednog praktičnog razloga. Naime, za razliku od zabrane diskriminacije (na radu) o kojoj se eksplicitno govori, u međunarodnim aktima pravni tretman zabrane zlostavljanja na radu izvodi se posrednim putem, u okviru regulisanja, ostvarivanja i zaštite socijalno-ekonomskih prava i u okviru regulisanja zabrane diskriminacije u vezi sa tim pravima.<sup>9</sup>

Kada je u pitanju Organizacija Ujedinjenih nacija (u daljem tekstu: OUN), već u preambuli prvog akta ove organizacije, *Povelje OUN*,<sup>10</sup> kao jedan od razloga za njeno osnivanje, navodi se borba za potvrdu vere u osnovna prava čoveka, u dostojanstvo i vrednost ljudske ličnosti, u ravnopravnost muškaraca i žena i nacija velikih i malih, kao i borba na polju socijalnog napretka i poboljšanju životnih uslova. Dalje, u članu 1 istog akta, u kojem se određuju ciljevi OUN, kao jedan

---

<sup>8</sup> Borivoje Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Beograd 2001, 179

<sup>9</sup> Pored toga, sagledavanje normativnih standarda u pogledu zlostavljanja na radu otežava i činjenica da su isti razasuti u različitim pravnim izvorima i u okviru različitih pravnih oblasti. Predrag Jovanović, *Zlostavljanje na radu kao pravno pitanje u međunarodnom i evropskom pravu*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1-2/2008, 218-219

<sup>10</sup> Naša zemlja je ratifikovala Povelju OUN u „Službeni list FNRJ“, br.4/1945

od njih ističe se unapređivanje i podsticanje poštovanja prava i osnovnih sloboda za sve bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru. Zapravo, ideja jednakosti prožima sve navode u Povelji, a razlike nema ni kada je u pitanju *Univerzalna deklaracija o pravima čoveka* iz 1948. godine (u daljem tekstu: Deklaracija)<sup>11</sup> kao jedan od najznačajnijih akata OUN. U članu 2 Deklaracije kaže se da sva prava i slobode koje su njome predviđene pripadaju svakom čoveku, bez ikakvih razlika u pogledu rase, boje, pola, jezika, veroispovesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porekla, imovine, rođenja ili drugih okolnosti. Ono što je uočljivo na prvi pogled jeste razlika između Povelje i Deklaracije u pristupu kada su u pitanju osnovi diskriminacije.<sup>12</sup> Za razliku od Povelje u kojoj su taksativno navedeni osnovi diskriminacije, u Deklaraciji su oni samo egzemplarno određeni, tako da se okolnosti koje mogu dovesti do diskriminacije ne iscrpljuju samo sa navedenim. U kontekstu zabrane zlostavljanja na radu bitno je obratiti pažnju na član 23 Deklaracije, jer se ova zabrana izvodi iz stava 1 ovog člana prema kojem svako ima pravo na pravične i povoljne uslove rada.

Na sličan način kao u Deklaraciji, o zabrani diskriminacije govori se i u dva pakta usvojena u okviru OUN 1966. godine – *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima* (u članu 2) i *Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* (u članu 2).<sup>13</sup> Pored toga, u okviru OUN usvojeno je još niz posebnih dokumenata o zabrani diskriminacije.<sup>14</sup>

Ipak, kako su radni odnosi jedna od društvenih oblasti u kojoj je diskriminacija najprisutnija, mnogi međunarodni akti o ljudskim pravima, a posebno oni koji se tiču socijalno-ekonomskih prava, naročitu pažnju posvećuju diskriminaciji na radu, a samim tim, posredno, i zabrani zlostavljanja na radu.<sup>15</sup> Prvi među njima jeste prethodno pomenuti *Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima*, koji u članu 7 govori o pravu svakog pojedinca na povoljne uslove rada, a naročito se ističe jednakost u plaćanju za rad iste vrednosti, posebno između muškaraca i žena (član 7 tačka a), alineja i).<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Usvojena i proklamovana od strane Generalne skupštine rezolucijom 217A(III) od 10. decembra 1948. godine

<sup>12</sup> O otvorenoj i zatvorenoj klauzuli formulisanja osnova diskriminacije šire u: Aalt Willem Heringa, „Standards of Review for Discrimination. The Scope of Review by the Courts“, *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives* (eds Titia Loenen, Peter R. Rodrigues), Kluwer Law International, The Hague 1999, 27

<sup>13</sup> Oba pomenuta međunarodna pakta ratifikovana su od strane naše države – „Službeni list SFRJ“, br. 7/1971

<sup>14</sup> Šire o tome u: *Human Rights: A Compilation of International Instruments*, United Nations, New York and Geneva 2002, 109-153

<sup>15</sup> Senad Jašarević, Zaštita od diskriminacije na radu, *Radno i socijalno pravo* 1/2012, 63

<sup>16</sup> O pravu na jednaku zaradu za rad iste vrednosti šire u: Predrag Jovanović, Načelo jednake plaćenosti za isti rad u međunarodnim, regionalnim i nacionalnim aktima, *Radno i socijalno pravo* 4-7/2003, 21-33

Imajući u vidu značaj koji obrazovanje ima za realizaciju prava na rad, na ovom mestu moramo pomenuti i *Konvenciju protiv diskriminacije u obrazovanju* usvojenu od strane UNESKO-a 1960. godine.<sup>17</sup>

Kada je u pitanju međunarodnopravni okvir zabrane diskriminacije i zlostavljanja na radu, najdalje je otišla Međunarodna organizacija rada (u daljem tekstu: MOR). Temelj za borbu protiv diskriminacije na radu postavljen je još u *Ustavu* ove organizacije iz 1919. godine, gde se u Preambuli ističe da princip jednakih mogućnosti i jednakog tretmana ljudi spada u krug onih koji su od naročitog interesa i urgentnog značaja, i da standardi koji se, u zavisnosti od ekonomskih uslova, zakonom uspostavljaju u svakoj državi članici, moraju da vode računa o nepristrasnom tretmanu svih zaposlenih u toj državi.<sup>18</sup> Ovaj princip potvrđen je i u *Deklaraciji o svrsi i ciljevima MOR* (tzv. Filadelfijska Deklaracija) iz 1944 kojom je noveliran Ustav MOR, i to u delu II, gde se svim ljudima, bez obzira na rasu, veroispovest ili pol, priznaje pravo na materijalni napredak i duhovni razvoj u slobodi i dostojanstvu, ekonomskoj obezbeđenosti i sa jednakim mogućnostima.<sup>19</sup> U pogledu zabrane zlostavljanja na radu, bitno je pomenuti načelo *rad nije roba*, proklamovano Filadelfijskom deklaracijom, na kojem mora biti zasnovana sveukupna delatnost MOR.<sup>20</sup>

Posmatrajući tok (ne samo normativnih) aktivnosti koje je MOR preduzimala na polju eliminacije diskriminacije na radu može se reći da je na tom putu nastojala da: 1) spreči diskriminaciju pojedinih kategorija radnika (žena, stranaca, migranata, poljoprivrednih radnika itd.); 2) spreči određene vrste (forme) diskriminacije u odnosu na sve radnike na određenim područjima; 3) sprovede opšti princip zabrane diskriminacije na polju radnih odnosa.<sup>21</sup> Svakako najznačajniji korak na tom putu učinjen je usvajanjem *Konvencije broj III koja se odnosi na diskriminaciju u pogledu zapošljavanja i zanimanja* (usvojena 1958. godine)<sup>22</sup> i istoimene Preporuke, koja upotpunjuje konvenciju i bliže objašnjava određene pojmove.<sup>23</sup> Koliki je značaj ove konvencije svedoči i činjenica da je *Deklaracijom MOR-a o osnovnim principima i pravima na radu* iz 1998. godine ukidanje diskriminacije u zapošljavanju

---

<sup>17</sup> Naša zemlja ratifikovala je ovu konvenciju („Službeni list SFRJ“, br. 4/1964)

<sup>18</sup> Bojan Urdarević, *Uticao globalizacije na međunarodne radnopravne standarde*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu 2011, 271

<sup>19</sup> Goran Obradović, *Pravo na jednak tretman u zapošljavanju osoba sa mentalnim poremećajima*, *Temida* 3/2007, 47

<sup>20</sup> O načelu „rad nije roba“ šire u: Paul O'Higgins, *Labour Is Not a Commodity – An Irish Contribution To International Labour Law*, *Industrial Law Journal* 3/1997, 225-234; Stein Evju, *Labour Is Not a Commodity: Reappraising the Origins of the Maxim*, *European Labour Law Journal* 3/2013, 222-229

<sup>21</sup> B. Šunderić, 179

<sup>22</sup> Naša zemlja ratifikovala je ovu konvenciju („Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori“, br. 3/1961)

<sup>23</sup> *Ibidem*

postavljeno za jedan od tri fundamentalna principa kojima se priznaje prioritetni karakter budući da su oni izraz osnovnih prava iz oblasti rada.<sup>24</sup> Posledično tome, Konvencija br. 111 prema tački 2 ove Deklaracije, spada u red onih koje su sve države članice MOR dužne da poštuju na osnovu činjenice da su članice ove organizacije, čak iako je prethodno nisu ratifikovale. Pored pomenute konvencije, MOR je u vezi sa temom diskriminacije usvojila još niz različitih dokumenata,<sup>25</sup> kao što su *Konvencija br. 100 o jednakosti nagrađivanja muške i ženske radne snage za rad jednake vrednosti*,<sup>26</sup> ili *Konvencija br. 156 o jednakim mogućnostima i tretmanu za radnike i radnice* (radnici sa porodičnim obavezama).<sup>27</sup>

Kada je u pitanju zabrana zlostavljanja na radu, MOR je usvojila čitav niz konvencija i preporuka u različitim oblastima rada, iz kojih se posredno, izvodi i normativna podloga za zaštitu od zlostavljanja na radu. Reč je o oblastima bezbednosti i zdravlja na radu,<sup>28</sup> ravnopravnosti polova u vezi sa radom, zdravstvene zaštite, prestanka radnog odnosa, ostvarivanju prava na rad, socijalnog dijaloga, poboljšanja životnog standarda itd.<sup>29</sup> Uz to, ovde je bitno istaći i neobavezujuće akte koje je MOR usvojila na ovu temu. Radi se o *Rezoluciji o jednakim mogućnostima i jednakom tretmanu muškaraca i žena na radu* (1985. godina), *Rezoluciji o akcijama MOR u korist žena radnika* (1991. godina) i *Kodeksu prakse o nasilju na radu u uslužnom sektoru i merama za borbu protiv ovog fenomena* (2003. godina).<sup>30</sup>

#### 4. ZAŠTITA MORALNOG INTEGRITETA ZAPOSLENIH U EVROPSKOM RADNOM PRAVU

Kada govorimo o regionalnim izvorima u vezi sa predmetnom temom, za nas su od značaja akti usvojeni u okviru dve organizacije – Saveta Evrope (u daljem tekstu: SE) i Evropske unije (u daljem tekstu EU).<sup>31</sup> Naša država članica

<sup>24</sup> B. Urdarević, 52

<sup>25</sup> Šire o tome u: Arturo Bronstein, *International and Comparative Labour Law – Current challenges*, Palgrave Macmillan&ILO, UK 2009, 132 – 180

<sup>26</sup> Naša zemlja ratifikovala je ovu konvenciju („Službeni list FNRJ“, br. 11/1952)

<sup>27</sup> Naša zemlja ratifikovala je ovu konvenciju („Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, br. 7/1987)

<sup>28</sup> U pitanju je Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini iz 1981. godine iz koje se posredno izvodi i zaštita od zlostavljanja na radu koja se prepoznaje kao integralni deo bezbednih i zdravih uslova rada. Naša zemlja ratifikovala je ovu konvenciju („Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, br. 7/1987)

<sup>29</sup> P. Jovanović (1-2/2008), 224-228

<sup>30</sup> Senad Jašarević, Seksualno uznemiravanje i zdrava radna sredina, *Radno i socijalno pravo* 2/2013, 6

<sup>31</sup> Pravo SE naziva se još i evropskim nekomunitarnim pravom, za razliku od prava EU koje se u literaturi oslovljava i kao evropsko komunitarno pravo. O razlici između evropskog komunitarnog i nekomunitarnog prava šire u: Branko Lubarda, *Evropsko radno pravo*, CID, Podgorica 2004, 18.

je SE od 2003. godine, nakon potpisivanja dva najznačajnija akta ove organizacije – *Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* (usvojena 1950. godine; u daljem tekstu: EKZLjP)<sup>32</sup> i *Evropske socijalne povelje* (usvojena 1961. godine, revidirana 1996. godine).<sup>33</sup> Oba navedena dokumenta od posebnog su značaja za našu temu. Što se tiče EKZLjP, ona eksplicitno govori o zabrani diskriminacije, gde članom 14 proklamuje zabranu diskriminacije u odnosu na sva prava zagarantovana Konvencijom. Iako akt koji je pretežno posvećen građanskim i političkim pravima,<sup>34</sup> član 14 je od naročitog značaja i u vezi sa diskriminacijom na radu. Ovde se moramo vratiti na prethodno pominjano načelo MOR da „rad nije roba“ koje podrazumeva da zaposleni na radnom mestu ne može biti posmatran samo kroz prizmu radne snage (fizičkog integriteta), nego kao čovek, ljudsko biće, sa sveukupnostima svoje ličnosti, ne samo njene fizičke, nego i duhovne i socijalne komponente, kao i različitih prava koja štite sve aspekte ljudskog bića. Posmatrajući iz ovog ugla, jasno je da je itekako moguće da dođe do diskriminacije u ostvarivanju određenih građanskih i političkih prava na radnom mestu. Na taj način EKZLjP, upravo kroz član 14, ostvaruje prodor i u oblast radnog prava, kao granu koja se temelji pretežno na socijalno ekonomskim ljudskim pravima. Primer za ovu konstataciju predstavlja presuda Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud) iz 2012. godine u slučaju Konstantin Markin protiv Rusije.<sup>35</sup> Kada govorimo o zabrani diskriminacije u svetlu EKZLjP moramo pomenuti i protokol broj 12 usvojen 2000. godine koji je u celosti posvećen upravo zabrani diskriminacije, a dejstvo ovog principa proširuje na sva prava zagarantovana (nacionalnim) zakonom.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda „Službeni list SCG – međunarodni ugovori“, br. 9/2003

<sup>33</sup> Zakon o potvrđivanju Revidirane Evropske socijalne povelje „Službeni glasnik RS – međunarodni ugovori“, br. 42/2009

<sup>34</sup> Ipak, vrlo skromno tangira i materiju od značaja za radno pravo i to u članu 2 (zabrana ropstva prinudnog rada) i članu 11 (sloboda okupljanja i udruživanja).

<sup>35</sup> U ovom predmetu Evropski sud je presudio da je Rusija prekršila član 14 u vezi sa članom 8 EKZLjP kojim se proklamuje pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. Konstantin Markin zaposlen je u Vojsci Rusije na radnom mestu radiste u vezi sa obaveštajnim poslovima. Nakon razvoda od supruge i rođenja trećeg deteta gospodin Markin je zatražio trogodišnje odsustvo sa rada radi nege deteta. Ovaj njegov zahtev je odbijen sa obrazloženjem da prema zakonu, odsustvo sa rada radi nege deteta tolike dužine mogu dobiti samo žene u vojnoj službi. U ovom slučaju, Sud je stao na stanovište da je gospodin Markin diskriminisan po osnovu pola u ostvarivanju prava na porodičan život. Naime, iako član 8 EKZLjP ne pominje eksplicitno pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta, Evropski sud je zauzeo stav da to odsustvo podstiče i doprinosi ostvarivanju prava na porodični život, jer njegova svrha jeste da omogući roditelju da ostane kod kuće i stara se o detetu, te da je, imajući to u vidu, gospodin Markin kao muškarac u vojnoj službi u istom položaju kao i žena na istom radnom mestu, te s toga, ima i biti izjednačen u pravima. Više o ovom slučaju u presudi Evropskog suda broj 30078/06 Case of Konstantin Markin V. Russia.

<sup>36</sup> Član 1 stav 1 Protokla 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.



U odnosu na EKZLjP, *Evropska socijalna povelja*, a posebno u svom revidiranom obliku, daleko je posvećenija zaštiti moralnog integriteta zaposlenih. Naravno, ovo i ne treba da čudi iz razloga što, dok se EKZLjP pretežno bavi građanskim i političkim pravima, Povelja se odnosi na socijalno ekonomska ljudska prava. Štaviše, reč je o najznačajnijem i najsistematичnijem aktu posvećenom ljudskim pravima druge generacije u evropskom nekomunitarnom pravu.<sup>37</sup> O njoj se govori i kao o socijalnom ustavu SE, jer je njen nastanak uzrokovan potrebom da se na evropskom tlu obezbede garancija i protekcija socijalno ekonomskih prava, slično sistemu zaštite građanskih i političkih prava. U svom primarnom obliku (1961. godina) Povelja je sadržala 19 proklamovanih prava, da bi nakon nekoliko novela (protokoli iz 1988, 1991. I 1995. godine), broj proklamovanih prava bio proširen na 31 u njenom revidiranom obliku.<sup>38</sup>

Princip zabrane diskriminacije u celosti obeležava realizaciju prava predviđenih Poveljom. Na ovakav zaključak navodi nas deo V Povelje, gde se u članu E kaže da ostvarivanje prava predviđenih ovom Poveljom obezbeđuje se bez ikakve diskriminacije na osnovu rase, boje, pola, jezika, vere, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, zdravlja, pripadnosti nacionalnoj manjini, rođenju ili drugom statusu. Sa druge strane, kada je reč o pravima zagarantovanim Poveljom, pojedina su okrenuta upravo zabrani diskriminacije na radu. U prvom redu tu mislimo na član 20 Povelje kojim se utvrđuje pravo na jednake mogućnosti i jednak tretman u zapošljavanju i radu bez diskriminacije po osnovu pola. Ovim članom ustanovljava se obaveza za države članice da u cilju efikasnog ostvarivanja ovog prava, preduzmu i odgovarajuće mere u pravcu obezbeđivanja i unapređenja njegove primene, a naročito u oblastima a) pristupanja zapošljavanju, zaštiti od otpuštanja i vraćanja na rad; b) profesionalnog usmeravanja, obuke, prekvalifikacije i rehabilitacije; c) uslova za zapošljavanje ili radnih uslova, uključujući tu i adekvatnu nadoknadu; d) razvoja karijere koji podrazumeva i unapređenje. Na naročit značaj ovog pitanja upućuje nas i član A u delu III Povelje koji pravo iz člana 20 svrstava u krug devet osnovnih prava koji predstavljaju tzv. tvrdo jezgro Povelje. Pored toga, o pojedinim aspektima zabrane diskriminacije na radu govore i članovi 27 (Pravo radnika sa porodičnim obavezama na jednake mogućnosti i jednak tretman) i 28 (Pravo radničkih predstavnika na zaštitu u preduzeću i na dodeljivanje adekvatnih pogodnosti) Povelje.

Ovde se ne završava normativni značaj Evropske socijalna povelje za našu temu. Naime, Povelja spada u krug retkih dokumenata kojim se garantuje pravo na dostojanstvo na radu (član 26), a iz kojeg se izvodi nekomunitarni pravni okvir za sprečavanje zlostavljanja na radu. U cilju realizacije ovog prava, države koje

<sup>37</sup> Predrag Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu 2015, 114

<sup>38</sup> O Evropskoj socijalnoj povelji, njenim specifičnostima i mehanizmu zaštite prava zagarantovanih Poveljom šire u: Ljubinka Kovačević, *Evropska socijalna povelja – zagarantovana prava, ugovorne obaveze i nadzorni mehanizam*, *Radno i socijalno pravo* 1-6/2005, 550-571

su prihvatile član 26 dužne su da, u konsultacijama sa organizacijama poslodavaca i radnika: 1) unapređuju svest, informisanost i sprečavanje seksualnog uznemiravanja na radnom mestu ili u vezi sa radom i da preduzmu sve odgovarajuće mere za zaštitu radnika od takvog ponašanja; 2) unapređuju svest, informisanost i da sprečavaju ponavljano neprihvatljivo ili izrazito negativno i uvredljivo ponašanje protiv pojedinih radnika na radnom mestu ili u vezi sa poslom kao i da preduzmu sve odgovarajuće mere da zaštite radnike od takvog ponašanja.<sup>39</sup>

Iako naša zemlja nije članica EU, dokumenti ove komunitarne organizacije su od posebne važnosti, s obzirom da je Republika Srbija na putu ka članstvu u EU i da trenutno ima status zemlje kandidata, što ujedno znači i obavezu delimičnog usaglašavanja nacionalnog prava sa pravom EU, shodno sporazumu o pridruživanju.<sup>40</sup> Kada je u pitanju zaštita moralnog integriteta u komunitarnom pravu, najpre moramo istaći dve činjenice: s jedne strane, u komunitarnom pravu ne postoje akti koji eksplicitno tangiraju materiju zlostavljanja na radu, nego se zaštita od ove neželjene pojave, baš kao i u međunarodnom radnom pravu, ostvaruje samo posrednim putem; sa druge strane, radi adekvatnog sagledavanja celokupne slike zaštite moralnog integriteta, bitno je izneti podatak da se oko polovine ukupne radnopravne regulative u pravu EU odnosi upravo na pitanje diskriminacije na radu, od čega je pretežni deo posvećen zabrani diskriminacije na radu između muškaraca i žena.<sup>41</sup> Naime, čitava ideja evropskih integracija imala je pre svega ekonomsku notu, oličenu u uspostavljanju jedinstvenog evropskog tržišta. Ovo tržište zasnovano je na četiri osnovne slobode – slobodi kretanja ljudi, robe, kapitala i usluga. Prvopomenuta od njih, da bi se ostvarila, pretpostavlja zabranu diskriminacije po osnovu državljanstva, a samo jedinstveno tržište, da bi funkcionisalo, pretpostavlja i zabranu diskriminacije na radu, jer jedinstveni uslovi rada su bitan segment jedinstvenog tržišta. Otuda, za princip jednakosti, tj. zabrane diskriminacije, može se reći da predstavlja princip komunitarnog prava,<sup>42</sup> te je kao takav prisutan kako u primarnim, tako i u sekundarnim izvorima prava EU.<sup>43</sup>

Već u *Ugovoru o osnivanju Evropske zajednice za uglj i čelik* iz 1951. godine našle su se odredbe o zabrani diskriminacije na radu (član 69 stav 4) i izuzetaka nije bilo niti u jednom od narednih osnivačkih ugovora. Ovakav pristup potvrđen je i u poslednjem, tzv. *Lisabonskom ugovoru* koji se sastoji iz dva ugo-

---

<sup>39</sup> Evropski komitet za socijalna prava ovaj član Povelje tumači tako da podrazumeva obavezu poslodavca da spreči seksualno uznemiravanje svojih zaposlenih i sa njima izjednačenih lica. Lj. Kovačević (2013), 426

<sup>40</sup> P. Jovanović (2015) 113

<sup>41</sup> Senad Jašarević (1/2012), 64

<sup>42</sup> Rodoljub Etinski, Ivana Krstić, *EU Law on the Elimination of Discrimination*, Pogestei, Maribor/Belgrade 2009, 45

<sup>43</sup> O primarnim i sekundarnim izvorima u pravu EU više u: P. Jovanović, (2015), 115; B. Lubarda (2004), 79-80; Radovan Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac 2012, 96.



vora: Ugovora o Evropskoj uniji (*Mastrihtski ugovor*) i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (*Rimski ugovori*).<sup>44</sup> Pored ova dva ugovora, sastavni deo Lisabonskog ugovora čine i protokoli, prilozi i izjave koji su dodati uz Mastrihtski i Rimске ugovore. Među njima posebno mesto u kontekstu ove teme zauzima *Povelja o osnovnim pravima Evropske unije* (u daljem tekstu: Povelja), koja na taj način dobija obavezujuću pravnu snagu. Povelja je prethodno predstavljena 2000. godine, prilikom zaključenja Ničanskog sporazuma, ali kako u tom mementu nije predstavljala integralni deo tog ugovora, radilo se o aktu programske, a ne pravne prirode. Sama povelja sastoji se iz šest delova, pri čemu su dva dela od posebne važnosti za zaštitu moralnog integriteta zaposlenih. Najpre, čitav III deo Povelje (članovi 20-26), koji nosi naziv Jednakost, posvećen je zabrani diskriminacije. O diskriminaciji na radu, i to po osnovu pola, eksplicitno govori član 23 Povelje prema kojem ravnopravnost žene i muškarca mora biti osigurana u svim oblastima, uključujući zapošljavanje, rad i plaćanje. Sa druge strane, u delu IV Povelje (Solidarnost), shodno članu 26 stav 1 svaki zaposleni ima pravo na uslove rada kojima se poštuje njegovo zdravlje, bezbednost na radu i dostojanstvo. Iz ovog člana Povelje izvodi se ujedno i zaštita od zlostavljanja na radu. Naime, prema aktu *Objašnjenja u vezi sa Poveljom o osnovnim pravima EU*,<sup>45</sup> ovaj stav člana 31 Povelje treba tumačiti u kontekstu članova 3 i 26 Revidirane Evropske socijalne povelje, što znači da moralni integrit zaposlenog na radu uživa zaštitu u vidu poštovanja dostojanstva na radu.

Navedene odredbe primarnih izvora evropskog komunitarnog prava, predstavljale su temelj za sekundarno zakonodavstvo u ovoj oblasti. Reč je o nizu direktiva od kojih su najznačajnije: *Direktiva 89/391/EES o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja radnika na radu*,<sup>46</sup> *Direktiva 2000/78/EZ o uspostavljanju opšteg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja*,<sup>47</sup> *Direktiva 2006/54/EZ o primeni načela jednakih mogućnosti i jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu zapošljavanja i uslova rada*.<sup>48</sup> Ono što je zajedničko za sve navedene sekundarne akte jeste da je

<sup>44</sup> Potvrdu principa zabrane diskriminacije u pravu EU nalazimo u članovima 2, 3 i 9 Ugovora o Evropskoj uniji i u članovima 8 i 10 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. Ono što je interesantno primetiti to je da se jedino u članu 10 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije navode osnovi diskriminacije, koji su postavljeni prema sistemu zatvorene klauzule.

<sup>45</sup> OJ S 303

<sup>46</sup> Zaštita moralnog integriteta zaposlenih u vidu zabrane zlostavljanja na radu iz ove direktive ostvaruje se takođe posrednim putem kroz materiju bezbednih i zdravih uslova rada. Direktiva objavljena u OJ L 183/1 od 29.6.1989. godine.

<sup>47</sup> Ova direktiva posvećena je zabrani diskriminacije prilikom zapošljavanja i u pogledu uslova rada po različitim diskriminatornim osnovama. Direktiva objavljena u OJ L 303 od 2.12.2000. godine.

<sup>48</sup> Direktiva 2006/54/EZ predstavlja sublimaciju direktiva donetih na ovu temu počev od 1975. godine. Direktiva objavljena u OJ L 204/23 od 26.7.2006. godine

njihovo donošenje, a dobrim delom i elementarna sadržina, inspirisana prethodno pominjanim međunarodnim aktima u ovoj oblasti.

U okviru komunitarne regulative uznemiravanja kao posebnog vida diskriminacije i zlostavljanja na radu usvojeni su i akti koji nisu pravno obavezujući. Reč je o *Kodeksu ponašanja za suzbijanje seksualnog uznemiravanja na radu* (1992. godina) i *Rezolucija o uznemiravanju na radu* (2001. godina).<sup>49</sup>

Pregled komunitarnih pravila završili bismo sa jednim specifičnim izvorom. Radi se o evropskim okvirnim kolektivnim ugovorima. Čak dva (od ukupno sedam zaključenih) se odnose na moralni integritet zaposlenih. U pitanju su *Okvirni kolektivni ugovor o stresu na radu* (zaključen 2004. godine) i *Okvirni kolektivni ugovor o sprečavanju zlostavljanja i nasilja na radu* (zaključen 2007. godine).<sup>50</sup>

Na kraju, nikako ne smemo zanemariti ni praksu Evropskog suda pravde, čije su odluke u velikoj meri doprinele unapređenju zaštite moralnog integriteta zaposlenih.<sup>51</sup>

## 5. ZAŠTITA MORALNOG INTEGRITETA ZAPOSLENIH U DOMAĆEM PRAVU

U domaćem pravu, radnopravni okvir zaštite moralnog integriteta zaposlenog ogleda se prevashodno u sledećem: (1) zabrana diskriminacije; (2) zabrana zlostavljanja na radu; (3) zaštita ličnih podataka zaposlenog; (4) zaštita od zloupotrebe prava; i (5) kodeksi profesionalnog i etičkog ponašanja.<sup>52</sup> Ovom prilikom osvrnućemo se na pitanje zabrane diskriminacije, a ostala pitanja obrađivaćemo u daljim istraživanjima na ovom projektu.

Zabrana diskriminacije (ili nediskriminacija), predstavlja pružanje jednakih šansi i jednako postupanje prema ljudima i jeste izraz pravde i jednakosti među ljudima. Ovo načelo je deo prirodnog prava koji je najneposrednije povezan sa moralnim integritetom čoveka. U filozofiji prirodnog prava ideja nediskriminacije, odnosno jednakosti i pravde je uvek zauzimala centralno mesto.<sup>53</sup>

Načelo nediskriminacije u sticanju i ostvarivanju prava i sloboda svoje pravno utemeljenje nalazi gotovo u svim važnim međunarodnim i regionalnim aktima koji govore o ljudskim i socijalno-ekonomskim pravima,<sup>54</sup> o kojim aktima je napred bilo reči.

---

<sup>49</sup> Više o ovim dokumentima u: S. Jašarević (2/2013), 7

<sup>50</sup> Implementacija oba pomenuta okvirna kolektivna ugovora se sprovodi kroz delovanje socijalnih partnera na nacionalnom nivou država članica.

<sup>51</sup> S. Jašarević (2/2013), 8

<sup>52</sup> P. Jovanović (3/2011), 143

<sup>53</sup> *Ibidem*

<sup>54</sup> P. Jovanović (3/2011), 144

Takođe, u uporednom pravu, u velikom broju zemalja postoje ustavne odredbe o zabrani diskriminacije i odgovarajuća zakonska regulativa za opštu primenu ovog principa. Pritom, neke zemlje preferiraju da ovaj princip uključe u generalne odredbe o neopravdanoj diskriminaciji u svojim zakonima o radu<sup>55</sup>, dok druge o tome govore u posebnim zakonima, npr. zakoni o jednakosti između žena i muškaraca. Recimo, sve nordijske zemlje imaju posebne zakone o jednakosti između muškaraca i žena.<sup>56</sup> Tako, prema *Zakonu o jednakosti Švedske*,<sup>57</sup> poslodavci i u privatnom i u javnom sektoru dužni su da aktivno rade na uspostavljanju i promociji jednakosti između muškaraca i žena, pa tako i u oblasti jednakih plata i odgovarajuće podele rada. Uz to, poslodavac je dužan, ukoliko ima najmanje 10 zaposlenih, da sačini godišnji plan jednakosti koji uključuje i polno kategorisanu statistiku o platama, raspored zaposlenih prema položaju i zanimanju, novozaposlene, kretanja u službi i unapređenja itd. Slično je i u Finskoj. Prema njihovom *Zakonu o jednakosti između žena i muškaraca*, poslodavac, koji ima najmanje 30 zaposlenih, takođe je dužan da ima godišnji plan jednakosti koji obuhvata plate i naknade, raspodelu poslova između žena i muškaraca i druge pokazatelje koji promovišu jednakost. Međutim, interesantno je podvući da iako su zakonima predviđene obaveze poslodavaca da imaju godišnje planove o jednakosti, kao normativna ogledala odgovarajuće prakse i projekcije za budućnost, ipak do izrade planova ne mora i da dođe ukoliko sami zaposleni i njihovi sindikati to ne zahtevaju. Akcije sindikata i zaposlenih su još potrebnije kada je reč o realizaciji planova. Dakle, propisi o jednakosti jesu instrumenti obezbeđivanja jednakosti žena i muškaraca, ali stvarna realizacija toga i ovde zavisi od volje učesnika u ovim procesima.<sup>58</sup>

Neki od propisa u nordijskim zemljama predviđaju i jasne mehanizme kontrole primene pravila o jednakosti. Recimo, prema *Zakonu o jednakosti polova Norveške* iz 1978,<sup>59</sup> „ako tretman pravljenja razlika po pitanju plata između muškaraca i žena postoji pri obavljanju posla iste vrednosti, poslodavac mora dokazati da to nije prouzrokovano polom zaposlenih.“ Najvažniji organi kontrole vršenja ovih obaveza jesu Ombud za jednakost polova<sup>60</sup> i Odbor za žalbe. Ombud

<sup>55</sup> Recimo, to je slučaj sa Francuskom, ali i sa našom zemljom (član 20 Zakona o radu Republike Srbije).

<sup>56</sup> O zakonodavnoj razradi principa nediskriminacije u nordijskim zemljama vidi: Peter Wahlgren, *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Stocholm Insitute for Skandinavian Law, Stocholm 2002, 216 i dalje.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Zbornik dokumenata i tekstova Saveta Evrope o jednakosti među polovima*, Savet Evrope, Strazbur 1999, 60, navedeno prema P. Jovanović (3/2011), 148

<sup>59</sup> Vidi: dr Zorica Mršević, *Standardi i mehanizmi za postizanje rodne ravnopravnosti u demokratskim zemljama*, OSCE, Misija OEBS-a u SR Jugoslaviji, Beograd 2002, 207.

<sup>60</sup> Koristi se izraz “**ombud**” umesto već ustaljenog – “ombuds**man**”, jer se smatra da reč “**man**” upućuje na muški pol i njegovu favorizaciju. Neke zemlje koriste izraz “ombudsperson”.

se stara da ne dolazi do kršenja Zakona, a u spornim slučajevima pokušava da postigne sporazumno rešenje. Ako to izostane, slučaj se iznosi pred Odbor koji može da zabrani bilo koji akt suprotan Zakonu. Nepoštovanje odluka Ombuda i Odbora može rezultirati i odgovarajućom odgovornošću i sudskim gonjenjem.<sup>61</sup>

U pravu Srbije, zabranu diskriminacije predviđaju Ustav i zakonski akti (sistemski i posebni). Prema *Ustavu Srbije* (čl. 21.)<sup>62</sup> građani su jednaki u slobodama, pravima i dužnostima i imaju jednaku zaštitu pred državnim i drugim organima, bez obzira na rasu, pol, jezik, veru, političko ili drugo uverenje, obrazovanje, socijalno poreklo, imovno stanje i drugo lično svojstvo.

*Zakon o radu*,<sup>63</sup> kao sistemski akt koji celovito reguliše sistem radnih odnosa, u poglavlju gde se govori o osnovnim pravima i obavezama (čl.18.-23.), zabranjuje i neposrednu i posrednu diskriminaciju lica koja traže zaposlenje, kao i zaposlenih, a sa obzirom na pol, rođenje, jezik, rasu, boju kože, starost, trudnoću, zdravstveno stanje, odnosno invalidnost, nacionalnu pripadnost, veroispovest, bračni status, porodične obaveze, seksualno opredeljenje, političko ili drugo uverenje, socijalno poreklo, imovinsko stanje, članstvo u političkim organizacijama, sindikatima ili neko drugo lično svojstvo.

Preciznije rečeno, u užem – radnopravnom smislu, zabrana diskriminacije odnosi se na: (1) uslove za zapošljavanje i izbor kandidata za obavljanje određenog posla; (2) uslove rada i sva prava iz radnog odnosa; (3) obrazovanje, usavršavanje i osposobljavanje; (4) napredovanje na poslu i (5) otkaz ugovora o radu.<sup>64</sup>

Zakonom o radu definisani su pojmovi: *neposredna, posredna diskriminacija i uznemiravanje*, uključujući i *seksualno uznemiravanje* u sferi rada.

Neposredna diskriminacija jeste svako postupanje uzrokovano nekim od osnova diskriminacije koji se smatraju nedopuštenim (pol, jezik, rasa, vera, boja kože itd.), a kojim se lice koje traži zaposlenje, kao i zaposleni, stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica u istoj ili sličnoj situaciji.

Posredna diskriminacija postoji kada određena naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa stavlja ili bi stavila u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica – lice koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog, zbog određenog svojstva, statusa, opredeljenja ili uverenja. Da ne bi došlo do diskriminacije, takve, naizgled neutralne, odredbe, treba uvek preispitivati iz ugla cilja koji se njima želi postići i prirode posla za koji se ta odredba vezuje, tj. da li je cilj legalan i legitiman i da li je „sporna“ odredba nužna i primerena cilju i prirodi posla<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> P. Jovanović (3/2011), 148-149

<sup>62</sup> Ustav R. Srbije „Službeni glasnik RS“, br.98/2006.

<sup>63</sup> Zakon o radu „Službeni glasnik RS“, br.24/2005;61/2005;54/2009;32/2013;75/2014;13/2017.- odluka US.

<sup>64</sup> P. Jovanović (3/2011), 149

<sup>65</sup> Primer: Mogla bi biti „sporna“ odredba po kojoj poslodavac daje prednost ženama lepog izgleda i telesne građe pri zapošljavanju u prodavnici (kiosku) brze hrane – na radnom mestu

Ne smatra se diskriminacijom sledeće: **(a)** pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva u odnosu na određeni posao kada je priroda posla takva ili se posao obavlja u takvim uslovima da karakteristike povezane sa nekim od osnova po kojima je zabranjena diskriminacija (pol, jezik, vera itd.), zapravo predstavljaju stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla, te da je svrha koja se time želi postići opravdana i **(b)** kada pojedine odredbe predviđaju posebnu zaštitu i pomoć određenim kategorijama zaposlenih – zaštita invalida, žena za vreme trudnoće i tokom porodijskog odsustva i odsustva radi posebne nege deteta i slično.

U slučajevima diskriminacije, lice koje traži zaposlenje, kao i zaposleni, može da pokrene pred nadležnim sudom postupak za naknadu štete. *Opseg štete*: (a) povreda prava zaposlenog; (b) narušavanje zdravlja zaposlenog; (v) materijalna šteta – izgubljena primanja; (g) nematerijalna šteta – *strah, bol, poremećaj psihičke i emocionalne ravnoteže posebno ako je posledica zlostavljanja (mobinga)*

Uznemiravanje može biti opšte i seksualno. Opšte uznemiravanje jeste svako neželjeno ponašanje uzrokovano nekim od nedopuštenih osnova za diskriminaciju, a koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog, te koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

Seksualno uznemiravanje jeste svako verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog u sferi polnog života, te koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

Definišući pojam uznemiravanja (opšteg i seksualnog) Zakon o radu se približava pojmu zlostavljanja na radu (mobinga), jer i za uznemiravanje i za mobing karakteristično je neprijateljsko, ponižavajuće i uvredljivo okruženje.

Postoje i posebni zakoni koji jednim delom govore i o zabrani diskriminacije u oblasti rada, ili koji su posvećeni isključivo pitanju zabrane diskriminacije uopšte, te i u oblasti rada. Sama ta činjenica da postoje posebni zakoni svedoči o značaju ovih pitanja i pažnji koju država njima posvećuje, tretirajući ih i kao sastavni deo unutrašnje socijalne politike, nacionalnih planova, strategija, ali i kao deo programa integracije Srbije u Evropsku uniju.

Pomenimo najpre *Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti*.<sup>66</sup> Među osnovnim načelima (od ukupno šest), na kojima se zasniva ovaj

spremanja i prodaje hrane. Ovde se može raditi o naizgled prihvatljivom uslovu za zaposlenje, sobzirom na, kod nas, prisutni stereotip da žene, uglavnom, pripremaju i serviraju hranu i sobzirom na činjenicu da je prodavac u ovakvim prodavnicama u neposrednom vizuelnom kontaktu sa kupcem (mada isti posao sasvim uspešno mogu i muškarci da obavljaju). Sem toga, ovde može biti reči i o diskriminaciji među samim ženama po osnovu fizičkog izgleda, boje kože, očiju, kose itd. Međutim, nema diskriminacije, ako poslodavac daje prioritet ženama lepog izgleda i građe pri zapošljavanju na poslu reklamiranja ženskih odevnih predmeta, kupaćih kostima i slično.

<sup>66</sup> Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, „Službeni glasnik RS“, br.36/2009; 88/2010;38/2015.

Zakon, nalazi se pet načela koja su najtešnjoj vezi sa pitanjem zabrane diskriminacije i pozitivne diskriminacije: 1) zabrana diskriminacije; 2) nepristrasnost pri obavljanju poslova zapošljavanja; 3) rodna ravnopravnost; 4) afirmativne akcije usmerene prema teže zapošljivim nezaposlenim licima; 5) sloboda u izboru zanimanja i radnog mesta (čl. 5.).

Zatim, važani posebni zakoni su *Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom*,<sup>67</sup> *Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom*,<sup>68</sup> i *Zakon o radnom osposobljavanju i zapošljavanju invalida*.<sup>69</sup> O važnosti predmeta ovih zakona, i to ne samo u domenu nacionalne već i evropske socijalne politike, svedoči činjenica da je utvrđena posebna Nacionalna strategija unapređenja položaja osoba sa invaliditetom, kao i Evropska strategija za osobe sa invaliditetom.<sup>70</sup>

*Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom*, u sferi zapošljavanja i rada sadrži tri grupe odredaba. U prvu grupu ulaze odredbe u kojima se govori o licima koja mogu biti diskriminirana u vezi sa invaliditetom (osoba sa invaliditetom koja traži zaposlenje, zaposlena osoba sa invaliditetom, pratilac osobe sa invaliditetom koji traži zaposlenje ili je zaposlen). U drugu grupu ulaze odredbe koje govore o aktima diskriminacije ovih osoba (izbegavanje zaposlenja invalida; predviđanje određenih zdravstvenih uslova i provera istih pri zapošljavanju invalida, kada to ne zahtevaju potrebe procesa rada; neprilagođavanje uslova rada prirodi invaliditeta; određivanje manje zarade, bez obzira na učinak; postavljanje posebnih uslova za rad i prava po osnovu rada, kada to ne proizilazi iz potreba procesa rada; omalovažavanje, vređanje i uznemiravanje osobe sa invaliditetom po osnovu invaliditeta – posebno težak vid diskriminacije). U treću grupu ulaze odredbe koje govore o o posebnim merama koje se ne smatraju diskriminacijom po osnovu invalidnosti.

Što se tiče *Zakona o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom*, njegove osnove sadržane su u sledećim načelima, relevantnim za pitanje diskriminacije (čl.2.): 1) poštovanje ljudskih prava i dostojanstva osoba sa invaliditetom; 2) uključenosti osoba sa invaliditetom u sve sfere društvenog života na ravnopravnoj osnovi – u skladu sa profesionalnim sposobnostima; 3) podsticanje zaposlenosti osoba sa invaliditetom na odgovarajućim radnim mestima i u odgovarajućim uslovima rada; 4) zabrane diskriminacije osoba sa invaliditetom;

---

<sup>67</sup> Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, „Službeni glasnik RS“, br.33/2006;13/2016.

<sup>68</sup> Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom, „Službeni glasnik RS“, br.36/2009; 32/2013.

<sup>69</sup> Zakon o radnom osposobljavanju i zapošljavanju invalida, „Službeni glasnik RS“, br.25/1996; 101/2005.

<sup>70</sup> Vidi sajt Vlade Srbije, kao i druga dokumenta sa tim u vezi na sajtu Nacionalne organizacije osoba sa invaliditetom Srbije (NOOIS), [www.noois.rs](http://www.noois.rs)



5) jednakih prava i obaveza; 6) rodne ravnopravnosti osoba sa invaliditetom. Pozitivna diskriminacija osoba sa invaliditetom u sferi rada, ogleda se naročito kroz prava koja te osobe imaju i, naspram toga, obaveze koje poslodavci imaju. Najvažnija prava su usmerena u pravcu profesionalne rehabilitacije i podsticanja njihovog zapošljavanja pod opštim i posebnim uslovima, te ostvarivanja mera aktivne politike zapošljavanja.

*Zakonom o radnom osposobljavanju i zapošljavanju invalida* regulisana su pitanja vezana isključivo za radno osposobljavanje invalida i lica ometenih u razvoju, u okviru preduzeća za radno osposobljavanje i zapošljavanje invalida, nakon čega invalid dobija uverenje o završenom osposobljavanju sa navođenjem poslova koje može da obavlja u zavisnosti od psihofizičkih sposobnosti. U tom smislu i ovaj Zakon možemo tretirati kao akt kojim se uređuju mere posebne zaštite osoba sa invaliditetom od akata diskriminacije, jer se osposobljavaju na poseban način za odgovarajući posao i tako dovode u položaj većih šansi za ostvarivanje prava na rad.

Sledeći važan (posebni) zakonski akt u vezi sa našom temom jeste *Zakon o zabrani diskriminacije*.<sup>71</sup> Važan je iz više razloga. Kako je navedeno u obrazloženju predlagača ovog zakona, donošenjem zakona udovoljiće se trima potrebama: 1) poštovanju međunarodnih dokumenata koji govore o zabrani diskriminacije; 2) potrebi za celovitijom pravnom platformom za utemeljenje zabrane diskriminacije; 3) potrebi za harmonizacijom našeg prava sa evropskim nekomunitarnim i komunitarnim pravom na putu učlanjenja Srbije u Evropsku uniju. Zakonom se uređuje: 1) opšta zabrana diskriminacije; 2) oblici i slučajevi diskriminacije; 3) kao i postupci zaštite od diskriminacije.<sup>72</sup>

U vezi sa opštom zabranom diskriminacije, u Zakonu se polazi od načela jednakosti (čl.4.), normirajući da su svi jednaki i uživaju jednak položaj i jednaku pravnu zaštitu, bez obzira na lična svojstva, te da je svako dužan da poštuje načelo jednakosti, odnosno zabranu diskriminacije. Dakle, *opštost* zabrane diskriminacije bazira na tome da *svi* uživaju jednak položaj i jednaku pravnu zaštitu i na tome da je *svako* dužan da to poštuje.

Normirajući oblike i slučajeve diskriminacije (čl.5.), izdvajaju se: 1) neposredna i posredna diskriminacija; 2) povreda načela jednakih prava i obaveza; 3) pozivanje na odgovornost; 4) udruživanje radi vršenja diskriminacije; 5) govor mržnje; i 6) uznemiravanje i ponižavajuće postupanje. Polazeći od činjenice da su neka lična svojstva posebno osteljiva i da neki akti diskriminacije mogu biti naročito opasni i uzrokovati teške posledice i štetu po lične i opštedruštvene interese, Zakon izdvaja i teške oblike diskriminacije (čl.13.).

<sup>71</sup> Zakon o zabrani diskriminacije, „Službeni glasnik RS“, br.22/2009.

<sup>72</sup> Zakonom o zabrani diskriminacije (čl.1.stav 2.) ustanovljen je, po prvi put kod nas, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, kao samostalni državni organ, nezavisan u obavljanju poslova utvrđenih ovim zakonom.

Na kraju, kao važan segment domaćeg pravnog okvira zabrane diskriminacije izdvajamo još i *Zakon o ravnopravnosti polova*.<sup>73</sup> Ravnopravnost polova je tradicionalno pitanje za koje se vezuju problemi diskriminacije. Zakonom o ravnopravnosti polova (čl.2. stav 2.) jemči se ravnopravnost polova, u skladu sa opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima, Ustavom i drugim zakonima, o kojim aktima je napred bilo reči. U tom smislu postoje tri grupe odredaba: 1) odredbe o stvaranju *jednakih mogućnosti* ostvarivanja prava i obaveza, nezavisno od pola; 2) odredbe o preduzimanje *posebnih mera* za sprečavanje i otklanjanje diskriminacije zasnovane na polu i rodu; i 3) odredbe o postupku *pravne zaštite* lica izloženih diskriminaciji. Ove grupe odredaba važe za nekoliko važnih oblasti društvenog života: 1) zapošljavanje, socijalna i zdravstvena zaštita; 2) porodični odnosi; obrazovanje, kultura i sport; 3) politički i javni život. Pod *jednakim mogućnostima* podrazumeva se poštovanje i ostvarivanje ljudskih prava zasnovanih na polu u svim oblastima društvenog života i mogućnost njihovog ravnopravnog korišćenja, kao i ukupnih rezultata koji proizilaze iz razvoja društva. Pod *posebnim merama* podrazumevaju se mere privremenog karaktera usmerene na ukidanje nejednakosti i ubrzavanje i postizanje pune ravnopravnosti polova u praksi. Postupak *pravne zaštite* podrazumeva građanskopravnu zaštitu – postupak u parnicama, po načelima hitnosti, oslobađanja od prethodnog plaćanja troškova postupka, predpostavke krivice na strani tuženog.

Prema Zakonu o ravnopravnosti polova (čl.11.) poslodavac je dužan da prilikom zapošljavanja i zaposlenima, bez obzira na pol, obezbedi jednake mogućnosti i tretman, a u vezi sa ostvarivanjem prava na rad i prava iz radnog odnosa i po osnovu rada, u skladu sa zakonom kojim se uređuje rad (u skladu sa Zakonom o radu). Preciznije rečeno (shodno čl.15.), prilikom javnog oglašavanja poslova i uslova za njihovo obavljanje i odlučivanja o izboru lica koja traže zaposlenje radi zasnivanja radnog odnosa ili drugog vida radnog angažovanja, nije dozvoljeno pravljenje razlike po polu, osim ako postoje opravdani razlozi utvrđeni u skladu sa zakonom kojim se uređuje rad. Takođe, shodno čl.16. – 21., pripadnost polu ne može biti smetnja napredovanja na poslu; odsustvovanje sa posla zbog trudnoće i roditeljstva ne sme da bude smetnja za izbor u više zvanje, napredovanje i stručno usavršavanje, raspoređivanje na odgovarajuće poslove i za otkaz ugovora o radu; zaposleni, bez obzira na pol, ostvaruju pravo na jednaku zaradu za isti rad ili rad jednake vrednosti kod istog poslodavca; uznemiravanje, seksualno uzne-

---

<sup>73</sup> Zakon o ravnopravnosti polova, „Službeni glasnik RS“, br.104/2009. Naravno, postoje i drugi propisi koji, u širem pristupu našoj temi, mogu se imati u vidu. Na primer, propisi iz oblasti prava socijalnog osiguranja – Zakon o zdravstvenom osiguranju, Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju; propisi iz oblasti socijalne zaštite – Zakon o socijalnoj zaštiti; propisi iz oblasti obrazovanja – zakoni koji govore o osnovama sistema obrazovanja, srednjem i visokom obrazovanju, jer u svim ovim oblastima moguća je diskriminacija.



miravanje i seksualno ucenjivanje na radu i u vezi sa radom koje čini zaposleni prema drugom zaposlenom smatra se povredom radne obaveze koja predstavlja osnov za otkaz ugovora o radu, odnosno za izricanje mere prestanka radnog odnosa, kao i osnov za udaljenje zaposlenog sa rada; u svakom ciklusu stručnog usavršavanja ili obuke poslodavac treba da vodi računa o tome da zastupljenost polova odslikava u najvećoj mogućoj meri strukturu zaposlenih; pokretanje postupka, od strane zaposlenog, za zaštitu od diskriminacije ne može se smatrati opravdanim razlogom za prestanak radnog odnosa, ili da se zaposleni proglasi viškom zaposlenih; sindikati zaposlenih i udruženja poslodavaca, pri radu njihovih tela i odbora, dužni su da vode računa o proporcionalnoj zastupljenosti polova saobrazno učešću polova u njihovom ukupnom članstvu.

*Predrag P. Jovanović, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
p.jovanovic@pf.uns.ac.rs*

*Darko M. Božićić, Assistant  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
d.bozicic@pf.uns.ac.rs*

### **Legal Framework for Employee's Moral Integrity Protection**

**Abstract:** *Question of employee's protection at work is one of the most significant in Labour law. Here it is important to recognize two aspects of employee's protection. On the one hand it is protection of the employee's physical integrity, and on the other, it is protection of the employee's moral integrity. Unlike protection of the employee's physical integrity which is object of Labour law's interest since its beginnings, protection of employee's moral integrity is in Labour law's focus just in last few decades. This shifting is a consequence of considering employee in employment relationship not just as a manpower, but as a person, with all aspects of it – physical, spiritual, social. Legal framework for our topic relies on relation of two social phenomena – moral and law. Nowadays, question of employee's moral integrity protection is legally and socially significant because of its complexity and multidimensionality. In addition, the fact that different aspects of the employee's moral integrity have different legal frameworks, makes this paper even more actual and more necessary.*

**Keywords:** *Employee's protection, Moral integrity, Legal sources, International, European and national labour law.*

Datum prijema rada: 17.01.2018.

*Dr Ranko I. Keča, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
r.keca@pf.uns.ac.rs*

*Dr Marko S. Knežević, docent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
m.knezevic@pf.uns.ac.rs*

DOZVOLJENOST REVIZIJE U PARNIČNOM  
POSTUPKU ZBOG PREINAČUJUĆE ŽALBENE  
PRESUDE: POSLEDICA USTAVNE GARANTIJ  
PRAVA NA PRAVNO SREDSTVO ILI SAMO  
PRAVNOPOLITIČKO PITANJE?  
– ujedno i prilog učenju o kontrolnom konceptu  
postupka po pravnim lekovima –

**Sažetak:** *Novela ZPP iz 2014. godine donela je krupnu promenu u sistemu pravnih lekova, time što je uvedena dozvoljenost revizije zbog preinačujuće žalbene presude. Ona je direktna posledica nove doktrine Ustavnog suda, po kojoj je takva presuda uvek „suštinski prvostepena“, pa je stranci koja je oštećena preinačenjem nužno da se obezbedi pravno sredstvo, zarad ostvarivanja ustavnog prava na pravno sredstvo protiv svake prvostepene presude. U radu se ispituje osnovanost ove doktrine, tako što se polazi od prirode ovakvog drugostepenog presuđenja u svim slučajevima u kojima je ono moguće. Rezultati rada pokazuju da je doktrina Ustavnog suda pogrešna, jer se preinačenjem žalbenog suda ne preuzima funkcija prvostepenog. Uvođenje ove izmene nije dogmatička posledica ustavnog prava na pravno sredstvo, osim jednog izuzetka (preinačenje zbog ocene dokaza koje prvostepeni sud nije izveo), već je čisto pravnopolitičko pitanje, koje je rešeno tako da se Vrhovni kasacioni sud dodatno opterećuje stvarima u kojima nije izvesno da će se ostvariti njegova samosvojna uloga ujednačavanja sudske prakse i unapređenja, odnosno razvoja prava.*

**Ključne reči:** revizija u parničnom postupku, ustavno pravno na pravno sredstvo, preinačenje presude u žalbenom postupku, kontrolni koncept žalbenog postupka, Ustavni sud, Vrhovni kasacioni sud.

## 1. UVODNE NAPOMENE

### 1.1. Jedno od većitih pitanja uređenja parničnog postupka: izbor načina ograničenja pristupa najvišem sudu

Može se slobodno reći da parnični postupak ima par većitih neuralgičnih tačaka. Pored onih koje su dogmatičke prirode, i koje teško da mogu da se uredе preciznije zakonom (pre svega razlikovanje pravnih i činjeničnih pitanja), to je svakako i uređenje načina ograničenja pristupa najvišem sudu putem pravnih lekova. Odavno je postalo jasno da najviša instanca države ne može da bude uvek dostupna ukoliko se pretenduje na ostvarivanje njene uloge – ujednačavanje sudske prakse i razvoj prava. Jer, ako se i pretenduje na to, uz povećanu dostupnost, onda je svakako nužno da se najviša instanca učini enormnom u personalnom supstratu. No, tada se ugrožava ne samo jedinstvo njene sudske prakse (što više veća, više i rizika divergencije), već i sam kvalitet – u svakoj državi postoji ipak samo mali broj najkvalifikovanijih sudija, pa bi stoga u jednom glomaznom vrhovnom sudu morale da sude sve više i samo prosečne sudije.<sup>1</sup>

Situacija u domaćem pravu se u tom smislu ne razlikuje. Istorija menjanja posleratnog parničnog prava je, pre svega, istorija menjanja koncepata ograničenja dozvoljenosti revizije – pravnog leka protiv drugostepenih presuda o kojem odlučuje najviši sud.<sup>2</sup>

### 1.2. Izvorna koncepcija ZPP o dozvoljenosti revizije

U izvornoj koncepciji Zakona o parničnom postupku<sup>3</sup> bio je preuzet dotadašnji model uspostavljen njegovim (noveliranim) prethodnikom (ZPP iz 2004) – dozvoljenost revizije u određenim vrstama sporova bez izuzetka, vrednosna revizija u imovinskim sporovima, i to uz zadržavanje enormnog, u nauci i javnosti ozloglašenog cenzusa od 100.000, odnosno 300.000 evra u privrednim sporovima

---

<sup>1</sup> Hans Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien 1990<sup>2</sup>, 930 (marg. br. 1848).

<sup>2</sup> O promenama koncepta revizije od 1945. do 2010. godine vid. Anđelija Adamović, „Tendencije u razvoju revizije u srpskom građanskom procesnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* LV1 (2010), 253 i dalje.

<sup>3</sup> ZPP, *Službeni glasnik RS (SG RS)* 72/11, 73.

(izvorni čl. 403 st. 3),<sup>4</sup> i posebna revizija onda kada nije dozvoljena jedna od prethodno dve navedene (izvorni čl. 404).

### 1.3. Novela 2014

Dosta teško podnošljivo stanje dostupnosti *VKS* u parničnom postupku temeljno je promenjeno Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku<sup>5</sup> (u daljem tekstu: Novela 2014). Ne samo da je prilično neprikladan revizijski cenzus za imovinskopravne sporove spušten, već su uvedena i dva zasebna razloga za dozvoljenost revizije. Ona je sada uvek dopuštena i u slučaju da je žalbeni sud preinačio prvostepenu presudu (čl. 403 st. 2 t. 2 ZPP), odnosno onda kada je žalbeni sud ukinuo prvostepenu presudu i odlučio o zahtevima stranaka (čl. 403 st. 2 t. 3 ZPP), što se dešava kada se održava obavezna drugostepena rasprava. Uz to, zadržana je, uz određene pre tehničke nego suštinske izmene, posebna revizija (novi čl. 404 ZPP).

Kada se navedeno stanje teorijski uobličiti, može se govoriti o jednom manje-više komplikovanom sistemu dostupnosti *VKS* u parničnom postupku. Iako se pojmovno još uvek govori o redovnoj reviziji i posebnoj reviziji, čini se da je opravdano da se uspostavi trihotomija – opšta, vrednosna i posebna revizija.<sup>6</sup>

Opšta revizija je ona koja je uvek dopuštena, i to da li zbog prirode spora (čl. 403 st. 1. t. 1 ZPP), da li zbog određenog presuđenja žalbenog suda (čl. 403 st. 2 t. 2 i 3 ZPP). U njoj se, što je zajednička karakteristika sva tri osnova dozvoljenosti, može isticati, barem prema redakciji zakonskih odredaba, i nepravilno utvrđeno činjenično stanje (čl. 407 st. 2 u vezi sa čl. 403 st. 2 ZPP; čl. 416 st. 3 u vezi čl. 403 st. 2 ZPP). Ipak, ovo pitanje je veoma sporno u teoriji i naročito u sudskoj praksi *VKS*.

Vrednosna revizija je dozvoljena protiv odluka u imovinskim sporovima, i to onda kada nije dozvoljena opšta. To je, dakle, slučaj napadanja potvrđujućih presuda u tim sporovima, odnosno delova presuda koje su potvrđujućeg karaktera, kada vrednost pobijanog dela prelazi 40.000 evra, odnosno 100.000 evra u privrednim sporovima.

<sup>4</sup> O kritici visine cenzusa vid. Vesna Rakić-Vodinelić, „Zakon o parničnom postupku Republike Srbije 2011“, *Pravni zapisi* 2/2011, 551 i dalje; Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2012<sup>6</sup>, 633 (t. 3379 i dalje). *US* je ipak smatrao da takvo uređenje nije neustavno, s obzirom na to da je legitimno s jedne strane, a s druge strane postoje drugi mehanizmi pored revizije da se ujednači praksa – rešavanje spornog pravnog pitanja (čl. 180-185 ZPP); uz to, postoji i posebna revizija; 14.3.2013 – IUz 2/10, *SG RS* 55/13, 128 i dalje. Ipak, dve sudije su izdvojile negativno mišljenje (Nenadić, Manojlović Andrić), *SG RS* 55/13, 134 i dalje.

<sup>5</sup> *SG RS* 55/14, 53.

<sup>6</sup> Slično, ali bez terminološkog odvajanja, Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2015<sup>17</sup>, 501 i dalje.

Na kraju, posebna revizija je dozvoljena onda kada nije dozvoljena ni redovna, ni vrednosna, ako su ispunjeni uslovi iz čl. 404 st. 1 ZPP.<sup>7</sup> Bliže, to je slučaj sa potvrđujućim presudama u neimovinskim sporovima, kao i potvrđujućim presudama u imovinskim sporovima kada pobijani deo ne doseže revizijski cenzus.

S obzirom da se ovaj rad bavi samo revizijom zbog preinačujuće žalbene presude, koja spada u opštu reviziju, treba samo istaći dve stvari. Prvo, ovaj razlog dozvoljenosti revizije nije novost u domaćem pravu. To je bio opšti uslov dozvoljenosti revizije u predratnom pravu, a tako nešto je preuzeto iz noveliranog austrijskog prava.<sup>8</sup> Drugo, sudska praksa se izjasnila o opsegu dozvoljenosti revizije po ovom osnovu. U tom smislu, *Građansko odeljenje VKS (GO VKS)* se izjasnilo da revizija zbog tog osnova nije dozvoljena u sporovima male vrednosti (bagatelni sporovi), sporovima radi zaštite državine (državinski sporovi), kao ni u drugim sporovima u kojima je revizija posebnim zakonom isključena,<sup>9</sup> što praksa veća VKS sledi.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> To su: potreba razmatranja pravnih pitanja od opšteg interesa ili pravnih pitanja u interesu ravnopravnosti građana, potreba ujednačavanja sudske prakse ili davanje novog tumačenja prava.

<sup>8</sup> Izvorna verzija tog zakona (*Klajnova verzija*) nije tako nešto predviđala, već je, za razliku od nemačkog prava koje je poslužilo *Klajnu* u nizu stvari kao uzor, predviđala opštu dozvoljenost revizije – protiv svake drugostepene presude (izvorni § 502 st. 1), osim u bagatelnim sporovima. Ograničenje na dozvoljenost zbog preinačujuće presude, uz novčani cenzus za revizije protiv potvrđujućih, sledi 1. Novelom o rasterećenju sudova iz 1915, ukida se 1921. 3. Novelom o rasterećenju sudova, a ponovo se uvodi 1922. 4. Novelom o rasterećenju sudova; vid. Franz Klein, Friedrich Engel, *Der Zivilprozeß Oesterreichs*, Mannheim–Berlin–Leipzig 1927, 424 i dalje. Međutim, u Austriji je još 80tih godina prošlog veka napušten ovaj koncept, i prešlo se na isključivi model tzv. načelne revizije, odnosno revizije po dopuštenju (*Grundsatz- bzw. Zulassungrevision*), koji bi odgovarao u osnovnoj karakteristici našoj posebnoj – revizija je bilo kom slučaju dozvoljena samo onda kada je rešavanje jednog značajnog pravnog pitanja, kauzalnog za rešenje spora, potrebno radi ujednačavanja sudske prakse, pravne sigurnosti ili razvoja prava (§ 502 st. 1); o tome vid. Andreas Geroldinger, „Der Zugang zum OGH in Zivilsachen“, u: Kodek (Hrsg.), *Zugang zum OGH – Vorträge des Symposiums „Zugang zum OGH in Zivil- und Strafsachen“*, Wien 2012, 68 i dalje. Ipak, deo domaće teorije i sudije US izveštavaju da je u Austriji još uvek na snazi sistem vrednosne revizije; tako V. Rakić-Vodinelić, *Revizija protiv presude*, Novi Sad 1995, 78; V. Rakić-Vodinelić (2011), 551; B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić (2015), 504; Bosa Nenadić, Katarina Manojlović Andrić, u Izdvojenom mišljenju u odnosu na odluku od 14.3.2013 – IUz 2/10, SG 53/13, 135.

<sup>9</sup> *Bilten VKS* 1/2015, 335.

<sup>10</sup> Za bagatelni spor: 7. veće, 1.6.2017 – Rev 944/17; 3. veće, 17.3.2016 – Prev 195/15; 10.9.2015 – Rev 1613/15; 18.12.2015 – Rev 2194/15; za državinski spor: 3. veće, 28.12.2016 – Rev 2321/16. Međutim, iako se u ovom sporu radilo o reviziji protiv preinačujuće, meritornog rešenja žalbenog suda, ona je bila izjavljena kao posebna, a veće je i takvu reviziju ocenilo kao nedozvoljenu, jer po njemu ni posebna revizija nije dozvoljena u toj vrsti spora, s obzirom na izričitu odredbu ZPP o isključenju revizije (čl. 452 st. 5 ZPP). Taj stav je očito suprotan još uvek „važećem“ stavu GO VKS o mogućnosti posebne revizije „i onda kada revizija nije dozvoljena po posebnom propisu ili po Zakonu o parničnom postupku“ (*Bilten VKS* 1/2015, 318), koji je prihvaćen u praksi drugih veća i povodom posebne revizije u državinskom sporu; upor. 2. veće, 24.11.2016 – Rev 2122/16; 4.2.2016 – Rev 1363/15.

## 2. POREKLO NOVELE: DOKTRINA USTAVNOG SUDA O PREINAČUJUĆOJ ŽALBENOJ PRESUDI KAO SUŠTINSKI NOVOJ PRESUDI I POSLEDIČNA NUŽNOST OBEZBEĐIVANJA PRAVNOG SREDSTVA

### 2.1. Ranije shvatanje US

*Ustavni sud (US)* je u više navrata imao povod da se izjašnjava o ustavnom pravu na pravno sredstvo (čl. 36 st. 2 Ustava), i to baš u kontekstu dostupnosti pravnog leka protiv drugostepene presude u parničnom postupku. Ustaljeno je bilo shvatanje da ustavna garantija podrazumeva garantiju dvostepenosti, tako da je pitanje daljih pravnih lekova stvar zakonodavne politike.<sup>11</sup> Štaviše, povodom argumenata da se protiv preinačujuće drugostepene presude stranci koja je time oštećena uskraćuje ustavno pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo – jer ona ni nije izjavila žalbu zato što nije imala pravnog interesa – odnosno da to podrazumeva povredu jednakosti, u situaciji kada revizija nije dozvoljena, *US* je izričito istakao, doduše bez daljih argumenata, da to nije problematično u ustavnopravnom aspektu.<sup>12</sup> Iako nije spominjao sadržinu ustavnog prava na pravni lek, zasigurno je pošao od do tada neupitnog stava da ono podrazumeva garantiju dvostepenosti, a da preinačujuća presuda žalbenog suda nije po svojoj prirodi „prvostepena“.

### 2.2. Obrt u praksi: uspostavljanje nove doktrine u odluci od 30. juna 2011 i pismo Narodnoj skupštini

Do promene shvatanja *US* dolazi u odluci iz 2011. povodom inicijative za ocenu ustavnosti u kojoj je ponovo napadano ograničenje revizije. Iznova se istakao argument da je stranci koja gubi spor preinačujućom žalbenom presudom uskraćeno ustavno pravo na pravno sredstvo, u situaciji kada revizija prema zakonskim kriterijumima nije dozvoljena. *US* je negirao neustavnost tadašnje odredbe o dozvoljenosti revizije, ali je ujedno i odlučio da obavesti Narodnu skupštinu u smislu čl. 105 Zakona o Ustavnom sudu o nužnosti uvođenja revizije u slučaju preinačujuće žalbene presude.<sup>13</sup> Svoje shvatanje je, polazeći od toga da ustavna garantija podrazumeva nužnost postojanja pravnog sredstva protiv svake prvostepene odluke, argumentovao na sledeći način:

Ustavni sud ukazuje da je nesporno i to da je preinačujuća odluka drugostepenog suda, u materijalnom pravnom smislu, nova odluka kojom se odlučuje o pravima i obavezama stranaka u postupku i to na način koji je manje ili

---

<sup>11</sup> 30.4.2009 – IU 28/05, *Bilten US* 1/2009, 192.

<sup>12</sup> 19.2.2009 – IU 38/07, *Bilten US* 1/2009, 142.

<sup>13</sup> *Bilten US* 1/2011, 645.



više različit od načina na koje je sporni odnos bio razrešen prvostepenom presudom. [...] Sud ističe da važeća zakonska rešenja imaju za posledicu da se stranka koja zbog ishoda spora nije imala razloga da izjavljuje žalbu protiv prvostepene sudske odluke donete u parničnom postupku, može naći u situaciji da bude uskraćena u ostvarivanju zajemčenog prava na pravno sredstvo ako prvostepena odluka na njenu štetu bude preinačena u postupku po žalbi protivne stranke, a nisu ispunjeni zakonski uslovi u pogledu vrste i vrednosti predmeta spora za izjavljivanje revizije, iako se novom odlukom po prvi put na preinačeni način odlučuje o njenim pravima i obavezama [...]. [P]ropuštanje da se zakonski uredi situacija koja se odnosi na pravo stranke na izjavljivanje revizije protiv svake preinačujuće drugostepene odluke, nezavisno od toga da li su ispunjeni opšti zakonski uslovi za podnošenje ovog vanrednog pravnog leka, može da dovede u pitanje ostvarivanje prava na jednaku zaštitu prava.<sup>14</sup>

Tako je na osnovu ove odluke došlo do uvođenja revizije zbog preinačujuće žalbene presude. U obrazloženju Novele 2014 se ne upućuje izričito na odluku *US* kao razlog za uvođenje revizije zbog preinačujuće žalbene presude, ali nedvosmisleno je da ona to jeste.<sup>15</sup>

Nakon Novele 2014 *US* je kroz *obiter dicta* izjašnjenja u odlukama o ustavnim žalbama potvrdio navedeno shvatanje. Prvo je izričito ponovio tezu da se prilikom preinačenja žalbeni sud „faktički stavlja u položaj prvostepenog suda, jer tada on sud zauzima sasvim drugačije (novo) pravno stanovište u odnosu na prvostepeni sud“.<sup>16</sup> Potom je na podlozi istog stava naveo da je sadašnje stanje u ZPP upravo sprovođenje ustavnog prava na pravni lek, čini se izražavajući zadovoljstvo učinjenim promenama koje su inicirane njegovom odlukom. Kako je istakao, u slučaju preinačenja žalbenom presudom, stranci koje je uspela u prvom stepenu se kroz dozvoljenost revizije omogućava pravo na pravno sredstvo, „što korespondira i sa odredbom čl. 36 st. 2 Ustava“.<sup>17</sup>

### 3. POSTAVLJANJE PROBLEMA

#### 3.1. Suština nove doktrine US

Jasno je da *US* u svojoj novoj doktrini ne shvata drugačije ustavnu garantiju prava na pravno sredstvo, tako da on sada rezonuje da je to garantija trostepe-

---

<sup>14</sup> 30.6.2011 – IUz 1242/10, *Bilten US* 1/2011, 292/293.

<sup>15</sup> Nažalost, uopšte nije ni dat razlog za ovu promenu, što se vraća na sadašnji vladajući pristup u zakonodavnom postupku, koji podrazumeva da predlagač zakona izgleda da ni ne treba da daje razloge i objašnjenja predloženih odredaba. Primera radi, sam ZPP – nov zakon od 508 članova – je 2011. pratilo svega 11 strana obrazloženja, koje se mahom svodi na opšta mesta.

<sup>16</sup> 6.10.2016 – UŽ 1281/14 (t. 5 obrazloženja).

<sup>17</sup> 7.9.2017 – UŽ 4320/15 (t. 5 obrazloženja).

nosti.<sup>18</sup> On jasno ostaje na liniji dvostepenosti kao ustavnog minimuma, ali kroz drugačije shvatanje jednog dogmatičkog pitanja procesnog prava, on izvodi svoj zaključak o nužnosti dozvoljenosti revizije protiv preinačujuće žalbene presude. Za njega je, kako jasno ističe, ona „suštinski prvostepena“, i to da li zbog toga što je u njoj sadržano „novo pravno shvatanje“, da li zbog toga što ona glasi (njena izreka) drugačije nego prvostepena.

### 3.2. Plan izlaganja

Da bi se ispitala osnovanost nove doktrine *US*, nužno je da se prethodno izloži koncept ustavnog prava na pravno sredstvo (4), kao i slučajevi u kojima žalbeni sud svojom presudom preinačava pobijanu prvostepenu presudu (5). Potom će se preći na meritum, i to tako što će se, najpre, pokazati posledice doslednog shvatanja doktrine *US* (6). Dalje će se, što je i centralni deo, ispitati osnovanost teze o preinačujućoj presudi žalbenog suda kao uvek „suštinski novoj, prvostepenoj“, i u skladu sa tim zauzeti stav o nužnosti revizije u tom slučaju u smislu ustavne garantije (7). Sažetak ukupnog rezultata (8) prati ocena stanja koje je prouzrokovao *US*, s obzirom da je on svojim Pismom Narodnoj skupštini doveo do Novele 2014 (9).

## 4. USTAVNA GARANTIJA PRAVA NA PRAVNO SREDSTVO

U katalogu ljudskih procesnih prava u domaćem sistemu odavno postoji i pravo na pravno sredstvo protiv svake prvostepene odluke kojom se odlučuje o nečijem pravu ili obavezi. Ova garantija se uvodi 1963. i do danas je opstala, i to ne samo u Srbiji, već i u većini država nastalih raspadom SFRJ.<sup>19</sup> Koncipirana je tako da se nedvosmisleno jemči dvostепенost svih sudskih postupaka u kojima se odlučuje o pravima i obavezama – zajemčen je instancioni put koji vodi makar do još jedne instance.<sup>20</sup>

Danas je ova garantija zbog sada već dugog prisustva kod nas gotovo neupitna, samorazumljiva, čak toliko da se ponegde tvrdi da je on imanentna savremenom konceptu ljudskih prava.<sup>21</sup> To međutim uopšte nije tako. Radi se o auto-

<sup>18</sup> To i potvrđuje u odluci od 14.3.2013 – IUz 1/10, *SG* 53/13, 131: „Pri tome, za razliku od žalbe koja je ustavna kategorija i koja je svakome zajemčena članom 36. stav 2. Ustava, obaveza propisivanja trostepenog postupka ne proističe iz Ustava.“

<sup>19</sup> Koliko je poznato, samo Federacija BiH ne poznaje ovo ustavno pravo.

<sup>20</sup> Deo ustavnopravne teorije, međutim, zastupa tezu da je ovo ustavno pravo vezano za krivični postupak, s tim da ne nudi argumente; tako Dragan Bataveljić, *Ustavno pravo Republike Srbije II*, Kragujevac 2007, 97/98; slično Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Beograd 2009, 50.

<sup>21</sup> Tako Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 2004<sup>7</sup>, 659 ističu da je u „suvremenim pravnim sistemima pravo na žalbu protiv odluka sudova i drugih tela nerazdvojan element osnovnih prava čoveka i građanina“.

nomnom jugoslovenskom konceptu koji nema svoj pandan u uporednom pravu, pa ni u socijalističkom pravu sovjetskog tipa.<sup>22</sup> Tradicionalni uporednopravni uzori našeg prava ne poznaju takvo ljudsko pravo.<sup>23</sup> Na kraju, ne radi se ni ljudskom pravu koje je apsolutno zagarantovano u međunarodnim konvencijama čija je Srbija članica (Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Evropska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda), a najvažnije – u kontekstu predmeta ovog rada – u njima se ne garantuje pravo na pravno sredstvo u građanskim sudskim postupcima.<sup>24</sup> Stav *ESLJP* o tom pitanju je jasan,<sup>25</sup> iako u domaćoj doktrini ima shvatanja da je pravo na pravno sredstvo integralni deo prava na pravično suđenje.<sup>26</sup>

Smisao ustavne garantije je svakako ideja o obezbeđivanju pravilnosti odlučivanja, s obzirom da se jemči mogućnost da se preispita pravilnost prvostepene odluke. Nezavisno od pravih razloga njenog uvođenja i opravdanosti daljeg zadržavanja,<sup>27</sup> jasno je da je ona integralni deo sadašnjeg pravnog sistema, pa je zato ključno pitanje određivanje njene sadržine. Može se reći da je odavno predmet interesovanja, što potvrđuje upravo nova doktrina *US*, određivanje kada je jedna odluka instancionog suda zaista instanciona, odnosno obrnuto, kada je suštinski, funkcionalno prvostepena. To pitanje zavisi od konkretnog uređenja instancionog postupka, što je zapravo i predmet ovog rada. Međutim, na margini je ostao problem sadržine ovog ustavnog prava, na šta je ukazivao još *Triva*, a što je u skorajšnjim istraživanjima izričito akcentovano. Naime, ustavna garantija znači i to da se obezbeđuje ne samo mogućnost napadanja prvostepenih odluka tako da se omogućiti njihovo preispitivanje, već i mogućnost napadanja iz svih razloga koji predstavljaju grešku prvostepenog suda, a ne isključivo stranke.<sup>28</sup> Zbog toga je

---

<sup>22</sup> O tome opširno vid. Alan Uzelac, „Ustavno pravo na žalbu u građanskim stvarima: jamstvo ispravnog presuđenja ili relikv prošlosti?“, u: Alan Uzelac et. alt. (ur.), *Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku*, Zagreb 2013, 227 i dalje.

<sup>23</sup> Za Nemačku vid. samo odluku Saveznog ustavnog suda (*Bundesverfassungsgericht*) od 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 107, 402 sa daljim upućivanjima; za Austriju vid. samo H. Fasching, 930 (marg. br. 1849).

<sup>24</sup> Garantija, podložna ograničenju, postoji za krivične postupke; o tome, u smislu čl. 2 Protokola 7 EKLJP vid. Aleksandar Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, Beograd 2006, 241 i dalje; Goran P. Ilić, u: Violeta Beširević et. alt., *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Beograd 2017, 710 i dalje.

<sup>25</sup> Vid. samo presudu *Dunn v. United Kingdom* od 23.10.2012 – 62793/10, § 29 sa upućivanjem na raniju praksu.

<sup>26</sup> Tako D. Bataveljić, 97.

<sup>27</sup> O tome vid. A. Uzelac, 227 i dalje.

<sup>28</sup> Upor. Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1986<sup>2</sup>, 576; Marko Knežević, „O žalbi protiv presude u postupku u sporu male vrednosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (ZboNS)* 4/2012, 393 i dalje; A. Uzelac, 222.

tradicionalna odlika domaćeg parničnog postupka u vidu ograničene žalbe u bagatelnom sporu (nemogućnost isticanja pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, čl. 479 st. 1 i 2 ZPP), u ZPP uvedena i na potrošačke sporove (čl. 493 st. 1), krajnje ustavnopravno sporna.<sup>29</sup> Jer, iako se predviđa žalba, ona nije „puna“ žalba, jer se isključuje mogućnost ispitivanja grešaka prvostepenog suda u oceni dokaza.

Tezu o mogućnosti redukcije ustavnog prava na pravno sredstvo kao *lex lata*, zastupa Uzelac. On polazi od svakako opravdane teze da totalno, apsolutno pravo na pravno sredstvo dovodi do ugrožavanja drugih ustavnih vrednovanja, pre svega prava na suđenje u razumnom roku. U tom smislu redukcija ustavne garantije pravnog sredstva podrazumeva da se ona može u zakonima suziti, ali samo onda kada je to proporcionalno. Stoga, ograničenje pravnog sredstva samo na neke razloge, uz isključivanje napadanja ocene dokaza, moglo bi da bude ustavno prihvatljivo.<sup>30</sup>

Shvatanje *Uzelca* je bez sumnje pionirski potez u shvatanju ustavne garantije pravnog sredstva na celokupnom bivšem jugoslovenskom prostoru, a rezultat je namenjen i otklanjanju defekata u parničnom postupku koji su nastali kao posledica strogog sprovođenja ustavnog prava u parničnom sistemu. Kao takvo, ono je, što se tiče Srbije, samo pravopolitički opravdano. Naime, *Uzelac* svoje shvatanje zauzima povodom hrvatskog prava, u kojem bi, spram tamošnjeg Ustava, i došla u obzir takva redukcija. Tamo je dozvoljeno zakonsko sužavanje ustavom zagarantovanih prava ako je to proporcionalno cilju (čl. 16 st. 2 u vezi st. 1 hrvatskog Ustava). Suprotno, domaći Ustav mnogo uže dozvoljava zakonsko ograničenje ustavom zagarantovanih ljudskih prava – samo onda kada ustavna odredba tako nešto dozvoljava (čl. 20 st. 1). S obzirom da ne postoji ustavna klauzula o mogućnosti zakonskog ograničenja prava na pravno sredstvo, zaključak bi bio da je ono zaista apsolutno.<sup>31</sup> Okolnost da je to možda pravopolitički pogrešno, nikako nije razlog da se vrši korekcija kroz metodološki zahvat, s obzirom da je to suprotno konceptu pravne države.<sup>32</sup>

Prema tome, ustavno pravo na pravno sredstvo podrazumeva mogućnost da se preispita napadnuta odluka spram svih zamislivih grešaka u odlučivanju. Zagarantovano je „puno“ pravno sredstvo, a garantija dvostepenosti znači garantiju „pune“ kontrole, gde spada i kontrola ocene dokaza.

<sup>29</sup> M. Knežević (2012), 396 i dalje.

<sup>30</sup> A. Uzelac, 236 i dalje.

<sup>31</sup> Vid. već M. Knežević (2012), 397.

<sup>32</sup> Ovde naročito dolazi do izražaja temeljna postavka pravne države, da se pravopolitičke greške donosioca jednog akta saniraju samo kroz izmenu akta, ne i kreativnom sudskom praksom, makar ona bila ustavnosudska; upor. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin–Heidelberg–New York 1979<sup>4</sup>, 419.

## 5. O MOGUĆNOSTI DONOŠENJA PREINAČUJUĆE ŽALBENE PRESUDE PREMA ZPP

### 5.1. Dogmatika preinačujuće odluke instancionog suda

Preinačujuća odluka instancionog suda predstavlja uvek odluku dvostruke sadržine, iako se to nikada ne vidi iz njene izreke. Ona nužno podrazumeva prethodno ukidanje pobijane odluke, i donošenje nove, sadržinski drugačije, makar i delimično.<sup>33</sup> To se čini *uno actu* – preinačujućom odlukom se ujedno i ukida pobijana. Prema tome, nema prethodnog ukidanja, pa sprovođenja postupka, makar i u sednici veća, pa potom preinačenja.

### 5.2. Kada se donosi preinačujuća žalbena presuda?

Izolovano, samo na osnovu matične zakonske odredbe (čl. 394 ZPP), do preinačujuće žalbene presude dolazi u sledećim slučajevima: ako se na osnovu drugostepene rasprave utvrdi drugačije činjenično stanje nego što je ono u prvostepenoj presudi (t. 1); ako je prvostepeni sud pogrešno ocenio isprave ili posredno izvedene dokaze, a odluka prvostepenog suda je zasnovana isključivo na tim dokazima (t. 2); ako je prvostepeni sud iz činjenica koje je utvrdio izveo nepravilan zaključak o postojanju drugih činjenica na kojima je zasnovana presuda (t. 3); ako je činjenično stanje u prvostepenoj presudi pravilno utvrđeno, ali je prvostepeni sud pogrešno primenio materijalno pravo (t. 4).

Čl. 394 ZPP mora ipak sistemski da se poveže, pa da se dođe do jasnog i preciznog određenja, što je važno i za dozvoljenost revizije. Jer, ustanova „obavezne drugostepene rasprave“ u potpunosti menja koncept preinačenja, pa tako, sistemskim povezivanjem se dolazi do prave sadržine važećeg prava.

#### 5.2.1. Pogrešna primena materijalnog prava (čl. 394 t. 4 ZPP)

Preinačenje zbog pogrešne primene materijalnog prava podrazumeva da je i spram pravne ocene žalbenog suda činjenično stanje potpuno. U ovom slučaju se koriguje greška u zaključivanju, a uzrok je pogrešna pravna ocena, koja se samo na fenomenološkom planu deli na pravu supsumpcionu i interpretativnu grešku. No, nema razlike između slučaja da je prvostepeni sud primenio relevantnu normu, ali pogrešno,<sup>34</sup> i slučaja da nije primenio relevantnu normu, ali da je i za

---

<sup>33</sup> Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 2009, 937; B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 493; Leo Rosenberg, Karl-Heinz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010<sup>17</sup>, 813 (§ 139 br. 18).

<sup>34</sup> Najčešće je to slučaj pogrešnog zaključka da su ispunjeni uslovi pravnog standarda; upor. Apelacioni sud u Novom Sadu, 11.7.2014 – Gž2 356, *Bilten AS u Novom Sadu* 7 (2016), 138 (prei-

primenu relevantne norme činjenično stanje dovoljno.<sup>35</sup> Bitno je jedino da je činjenično stanje „potpuno“, ili kako se još kaže, da je stvar zrela za presuđenje, a da je prema oceni žalbenog suda izreka pobijane presude pogrešna.

Do preinačenja zbog pogrešne primene materijalnog prava dolazi ne samo kada se presuda pobija prvi put, već i onda kada je prethodno već jednom bila ukinuta.

### *5.2.2 Menjanje činjeničnog stanja: drugačija ocene dokaza i indicija o činjenicama koje je utvrdio prvostepeni sud (čl. 394 t. 1-3 ZPP)*

U čl. 394 t. 1-3 ZPP su sadržani razni slučajevi u kojima je moguće donošenje preinačujuće presude, a koji se svode na zajednički imenitelj, a to je da je žalbeni sud promenio činjenično stanje u odnosu na prvostepenu presudu. Međutim, do preinačenja ne dolazi automatski, već samo ako iz izmenjenog činjeničnog stanja sledi, zbog pogrešne izreke presude, potreba za preinačenjem.<sup>36</sup> Prema tome, ako žalbeni sud zaista promeni činjenično stanje, ali i na osnovu njega zaključi da je prvostepena presuda ispravna, onda nema preinačenja, već se napadnuta presuda potvrđuje.<sup>37</sup>

Ova opcija podrazumeva neizostavno da se kao žalbeni razlog ističe pogrešno utvrđeno činjenično stanje. Ipak, do preinačenja zbog promenjenog činjeničnog stanja dolazi samo ako prethodno presuda nije već jednom bila ukinuta. Ako jeste, te ako u sednici veća žalbeni sud oceni žalbeni razlog kao osnovan, on mora da usvoji žalbu i ukinе presudu, zakaže drugostepenu raspravu, sprovede je, i presudi (čl. 383 st. 4 ZPP).

načenje zbog toga što je pogrešno zaključeno da tužilac nije na „redovnom školovanju“ u smislu zahteva za izdržavanje iz čl. 155 st. 2 Porodičnog zakona).

<sup>35</sup> Prema radi, usvojen je tužbeni zahtev, jer je prvostepeni sud smatrao da je prigovor zastarelosti neosnovan – smatra da se radi o privilegovanom, dužem roku zastarelosti za odštetni zahtev (čl. 377 ZOO). Drugostepeni sud smatra da je prigovor osnovan, jer smatra da se radi o opštem zastarnom roku iz čl. 376 ZOO za takve zahteve, i zato donosi preinačavajući presudu kojom odbija tužbeni zahtev.

<sup>36</sup> Tako već Franjo Bačić, u: Borivoje Poznić, Mihailo Vražalić, Franjo Bačić, *Zakon o parničnom postupku sa komentarom*, Beograd 1957, 332; isto i B. Poznić (2009), 938 i dalje; suprotno A. Jakšić (2017), 686 (t. 3591).

<sup>37</sup> To će biti uvek slučaj kada je prvostepeni sud zaključio da postoji *non liquet*, a žalbeni sud na osnovu ponovljenog dokazivanja utvrdi neistinitost činjenične tvrdnje. Primer: prvostepeni sud nije mogao sa sigurnošću da utvrdi činjenicu od koje zavisi prestanak potraživanja, pa je primenom pravila o raspodeli tereta dokazivanja usvojio zahtev za isplatu (čl. 231 st. 3 ZPP). Njegovu činjenično utvrđenje je, dakle, *non liquet*. Povodom istaknutog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja kao žalbenog razloga, drugostepeni sud ponavlja izvođenje dokaza, pa utvrđuje da je neistinita tvrdnja o tim činjenicama – sa sigurnošću utvrđuje činjenice. Činjenično stanje jeste promenjeno – umesto *non liquet*, uverenje o neistinitosti činjenične tvrdnje. U rezultatu, potvrđuje se presuda. Da je prelazak sa *non liquet* zaključka o činjeničnoj tvrdnji na zaključak o njenoj (ne) istinitosti promena činjeničnog stanja, i *vice versa* dosta jasno US (23.6.2016 – UŽ 2747/14 [t. 5 obrazloženja]). To je i vladajuće shvatanje u teoriji, upor. samo Erich Kodek, u: Walter Rechberger (Hrsg.), *Kommentar zur ZPO*, Wien 2006<sup>3</sup>, 1582 (§ 498 marg. br. 2).



Promena činjeničnog stanja je tipološki, spram očuvanja načela neposrednosti, podeljena na promenu koja se vrši na drugostepenoj raspravi (ponovno izvođenje neposredno izvedenih dokaza, ali i izvođenje dokaza koje je prvostepeni sud odbio [čl. 394 t. 1]), i na promenu koja se vrši u sednici veća (drugačija ocena pisanih dokaza i posredno izvedenih [čl. 394 t. 2], kao i drugačije zaključivanje putem indicija [čl. 394 t. 3]).<sup>38</sup> U svim varijantama se menja činjenično stanje u pogledu ocene istinitosti činjeničnih tvrdnji koje su već ocenjene u činjeničnom stanju prvostepene presude. Isključeno je menjanje činjeničnog stanja koje bi podrazumevalo njegovu dopunu tako da su u njemu sadržane pravnorelevantne činjenice koje nisu bile utvrđene u prvostepenoj presudi (vid. dole 5.2.3).

Mogućnost da se ne ukinе presuda i vrati predmet na ponovno suđenje zbog pogrešne ocene neposredno izvedenih dokaza, već da se oni ponove na raspravi pred žalbenim sudom, odavno je redigovana kao fakultativna. U tom smislu vladajuće shvatanje polazi od toga da je to stvar ocene drugostepenog suda (može i ne mora),<sup>39</sup> što je dovelo posledično do toga da je tako nešto još od vremena ZPP 56 retkost u pravnom životu. Suprotno, deo savremene literature pod očiglednim uticajem austrijskog prava smatra da žalbeni sud u ovom slučaju ne može da optira, već da je dužan da sam ponovo izvede dokaze.<sup>40</sup> Koliko god ovo shvatanje izgledalo kao neutemeljeno zbog toga što ne odgovara redakciji zakonskog testa, ono bi moglo da se brani ukupnim vrednovanjem. Dužnost je suda da ekonomično i efikasno sprovede postupak (čl. 10 st. 2 ZPP), a vraćanje predmeta prvostepenom sudu je gotovo uvek skuplja i sporija opcija od drugostepene rasprave, s obzirom da nakon novog prvostepenog presuđenja predstoji nov instancijski put koji ne isključuje ni reviziju.<sup>41</sup> Tako je ovo shvatanje mnogo više u skladu i sa pravom na suđenje u razumnom roku. Ipak, s obzirom na davno utemeljeno shvatanje, kao i nespremnost sudske prakse da kreativnije a još uvek u granicama *lex lata* shvati zakonski tekst, teško je da će se bez zakonodavne intervencije promeniti ovo opšte mesto.

### 5.2.3. Nemogućnost preinačenja u slučaju nepotpunog činjeničnog stanja

U bilo kojoj varijanti do preinačenja ne dolazi ako je činjenično stanje nepotpuno.<sup>42</sup> Ako presuda nije ranije ukinuta, ona se mora ukinuti – žalbeni sud ne

---

<sup>38</sup> Opširnije vid. A. Jakšić (2017), 686 i dalje (t. 3591 i dalje).

<sup>39</sup> Umesto svih B. Poznić (2009), 922/923.

<sup>40</sup> A. Jakšić (2017), 682 i dalje (t. 3569 i dalje).

<sup>41</sup> O tome da načelno uvek celishodnije da žalbeni sud ponovi dokaze umesto da vraća predmet prvostepenom sudu E. Kodek, u: W. Rechberger (Hrsg.), 1579 (§ 496 marg. br. 6); isto već Srećko Zuglia, u: Srećko Zuglia, Siniša Triva, *Komentar Zakona o parničnom postupku II*, Zagreb 1957, 228/229.

<sup>42</sup> O pojmu nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i klasifikovanju kao razloga pravnog leka iscrpno Marko Knežević, *Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku*, Beograd 2016, 546 i dalje (§ 28 t. 7 i dalje).



sme da na drugostepenoj raspravi utvrđuje nove, deficitarne činjenice (*arg.* čl. 392 ZPP). No, ako je prethodno presuda bila ukinuta jednom, žalbeni sud mora da dopuni postupak (*arg.* čl. 383 st. 4 ZPP). On to čini tako što prethodno u sednici veća usvaja žalbu i ukida presudu,<sup>43</sup> sprovodi glavnu raspravu i na osnovu njenih rezultata presuđuje – odlučuje o zahtevima stranaka (*arg.* čl. 387 st. 1 t. 6 u vezi čl. 383 st. 4 ZPP).<sup>44</sup> Čak i da njegova presuda glasi isto kao i prvostepena,<sup>45</sup> to nije potvrđivanje, jer nema šta da se potvrdi – presuda je prethodno već ukinuta. I obratno, ako ne glasi kao i prvostepena, to nije preinačenje, jer opet nema šta da se preinači. U oba slučaja revizija je dozvoljena na osnovu drugog razloga – zato što je održana obavezna drugostepena rasprava (čl. 403 st. 2 t. 3 u vezi čl. 387 st. 1 t. 6, 383 st. 4 ZPP) – a ne zato što je drugačije presuđeno u odnosu na prvostepeni postupak.

## 6. PRINCIPIJELNI NIVO: POSLEDICA DOSLEDNOSTI DOKTRINE *US*

Dve osnovne teze *US*, i bez zalaženja u ispitivanje osnovanosti, vode prethodno potrebi prikazivanju, može se reći, neslučenih posledica njihovog doslednog shvatanja.

### 6.1. Posledica teze o preinačujućoj presudi kao novoj zbog „novog pravnog stanovišta“

Ako je smisao ustavnog prava na pravno sredstvo kontrola „novog pravnog stanovišta“ koje je uvek sadržano u preinačujućoj žalbenoj presudi, kako to *US* u odluci od 23.6.2016. ističe,<sup>46</sup> onda doslednost zahteva i da se protiv nekih potvrđujućih žalbenih presuda takođe obezbedi dalje pravno sredstvo. Radi se o slučajevima u kojima se žalba odbija i potvrđuje se presuda, iako je prvostepeni sud pogrešno primenio materijalno pravo. To će biti onda kada je i pri pravilnoj primeni materijalnog prava rezultat presuđenja (izreka, odnosno zaključak glavnog

<sup>43</sup> Tako i A. Jakšić (2017), 678 (t. 3539).

<sup>44</sup> O opravdanju važećeg koncepta da nepotpuno činjenično stanje nikada ne sme automatski da vodi „presuđenju na osnovu tereta dokazivanja“, ispravnije „na osnovu tereta tvrdnje“, što se dešava u sudskoj praksi (tako Apelacioni sud u Beogradu, 9.7.2010 – Gž 7774/10, *Bilten Apelaionog suda u Beogradu* 1 [2010], 154 i dalje), vid. M. Knežević (2016), 556 i dalje (§ 28 t. 61 i dalje).

<sup>45</sup> Suprotno A. Jakšić (2017), 678 (t. 3540), smatra da se u slučaju obavezne drugostepene rasprave presuda uvek ukida i „preinačuje se“. Ovakvo shvatanje ne odgovara tekstu zakona (čl. 387 st. 1 t. 6 ZPP), ni shvatanju teorije, da kada se vrši „dopuna“ postupka, presuda se ukida, raspravlja se, i presuđuje se. Uopšte nije nezamislivo da i nakon dopune postupka drugostepeni sud presudi na isti način kao i prvostepeni, na šta i tekst zakona računa kada se predviđa da se „presuđuje“.

<sup>46</sup> UŽ 1281/14.

silogizma) isti, a činjenično stanje je i za potrebe pravilne primene potpuno. Jer, pogrešna primena materijalnog prava uopšte nije uvek razlog da se presuda ukine ili preinači, već samo onda kada je posledica toga nepotpuno činjenično stanje ili pogrešna izreka.<sup>47</sup> Drugim rečima kada je ona kauzalna za rezultat presuđenja.<sup>48</sup> To je imanentno sadašnjem sistemu, iako nema izričite odredbe da će se pravni lek odbiti čak i da postoji pogrešna primena materijalnog prava, ali da je u rezultatu (izreci) ispravna.<sup>49</sup> Sudska praksa odavno potvrđuje takvo shvatanje.<sup>50</sup>

Na osnovu rečenog, novo pravno shvatanje izraženo u potvrđujućoj žalbenoj presudi bi moralo da bude, sledeći dosledno tezu *US*, neizostavno dostupno ispitivanju kroz dalji pravni lek. Ono je zaista nešto „novo“ u odnosu na prvostepenu presudu, pa tako i to mora da bude kontrolisano. Osnovano se može reći da *US* nije računao na takvu konstrukciju, iako je to dosledno sprovođenje njegovog stava, naročito imaju u vidu vrednovanje koje je imao.

## **6.2. Posledica teza o preinačujućoj presudi kao „novoј, suštinskoј prvostepenoј presudi“**

Da je doktrina *US* kao takva krajnje upitna, jasno pokazuje primer daleko najčešćeg slučaja preinačujuće žalbene presude – potpuno (i pravilno) utvrđeno činjenično stanje, uz pogrešnu primenu materijalnog prava – i posledično prenošenje vrednovanja na revizijski postupak. Naime, i revizijski sud takođe ima isto ovlašćenje kao i žalbeni – on mora da preinači pobijanu presudu onda kada je činjenično stanje potpuno, ali je pogrešna primena materijalnog prava dovela do pogrešnog presuđenja (čl. 416 st. 1 u vezi st. 2 ZPP). To podrazumeva i ne tako retku situaciju, a svakako moguću, da se preinačuje drugostepena presuda kojom se potvrdila prvostepena. U tom smislu, preinačujuća presuda revizijskog suda je, ako se dosledno prihvati shvatanje *US*, takođe „materijalnopravno prvostepena“. Jer, po prvi put se presuđuje na taj način. Sledstveno tome, prema doktrini *US*, to bi značilo da se stranci koja je uspela u prethodne dve instance, mora obezbediti pravni lek protiv revizijske presude, jer je ona u suprotnom „onemogućena da

---

<sup>47</sup> O tome iscrpno M. Knežević (2016), 546 i dalje (§ 28 t. 7 i dalje).

<sup>48</sup> U istom smislu A. Jakšić (2017), 681 (t. 3562); B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić (2015), 492; upor. već B. Poznić (2009), 930/931, 939. Suprotno, deo nemačke doktrine vidi u takvoj presudi suštinski preinačujuću presudu; tako L. Rosenberg, K.-H. Schwab, P. Gottwald, 843 sa daljim upućivanjima (§ 145 br. 3).

<sup>49</sup> Suprotno Nevena Petrušić, „Reviziono ovlašćenja drugostepenog suda u novom parničnom procesnom sistemu Republike Srbije“, *Pravni život* 12/2005, 64 fn. 17, smatra da deficit takve odredbe znači da žalbeni sud u tom slučaju ne sme da potvrdi presudu, već mora da je ukine.

<sup>50</sup> Reprezentativno Vrhovni sud Srbije, 10.11.1999 – Rev 5233/99, *Zbirka sudskih odluka (ZSO)* XXVII, 2001, br. odluke 108: „Ako viši sud, radi pravilne primene materijalnog prava, može preinačiti pobijanu odluku, može je i potvrditi uz korekcije u pogledu tačnog navođenja izvora materijalnog prava“.

ostvari svoje ustavno pravo na pravno sredstvo protiv prvostepene presude<sup>51</sup>. Kao rezultat, morao bi da se zarad ustavnosti uspostavi novi pravni lek, nekakva superrevizija, nadrevizija. Ne menja ništa okolnost da bi se napadala odluka najvišeg suda u državi. To što nema instance iznad VKS nije smetnja da se uspostavi pravni lek koji će prema samoj praksi US biti u skladu sa ustavnom garantijom. Naime, US smatra da je pravno sredstvo iz čl. 36 st. 2 Ustava nužno devolutivno, ali pojam devolutivnosti nije za njega, kao što nije ni za vladajući domaću doktrinu, ograničen na odlučivanje o pravnom sredstvu od strane višeg, nadređenog suda. Za devolutivnost je dovoljno da o njemu odlučuje drugo sudeće telo suda čija se odluka pobija.<sup>51</sup> Upravo na toj ideji je funkcionisao revizijski sistem do 2010, kada je o revizijama protiv žalbenih presuda najviše instance, odlučivalo njegovo drugo sudeće telo, naravno bez učešća članova žalbenog veća.<sup>52</sup> Većina domaće teorije je smatrala da je na taj način obezbeđena devolutivnost,<sup>53</sup> iako je to itekako bilo upitno.<sup>54</sup>

S druge strane, dosledno primenjujući doktrinu US, sadašnje stanje u nekim posebnim parničnim postupcima je deficitarno u smislu obezbeđivanja ustavnog prava na pravno sredstvo. Radi se o posebnim slučajevima kada je zakonom u potpunosti isključena revizija: bagatelni i državinski sporovi,<sup>55</sup> sporovi povodom izvršnih tužbi (opozicione, odnosno izlučne [čl. čl. 81 st. 4, 111 st. 4 u vezi čl. 81 st. 4 ZIO]), bračni sporovi u delu drugostepene presude kojom je odlučeno o razvodu ili poništaju braka (čl. 227 st. 2 Porodičnog zakona),<sup>56</sup> pojedini medijski

<sup>51</sup> 17.6.2004 – 74/04, *Bilten US* 1/2004, 38, 40 sa upućivanjem na raniju praksu. Ipak, u skoroj praksi, i to u *obiter dictum* izjašnjenjima, ističe se da ustavno pravo na pravno sredstvo podrazumeva da o njemu odlučuje „organ više instance“, vid. samo odluku od 18.5.2017 – UŽ 7451/15. Pitanje je da li je to svesno napuštanje ranijeg shvatanja, budući da US nije imao zamerke na raniji sistem u ZIO koji je predviđao prigovor kao isključivo pravno sredstvo.

<sup>52</sup> Oni su bili, zbog nepristrasnosti, isključeni; izričito Savezni sud, 10.11.1994 – Gzs 15/94, ZSO XIX (1994), odluka br. 153 = *Izbor sudske prakse* 3/1996, odluka br. 72.

<sup>53</sup> S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1986), 543 i dalje; Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 1999<sup>15</sup>, 311 (t. 584); upor. i V. Rakić-Vodinelić (1995), 65; Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2007<sup>2</sup>, 562 (t. 2996). Ovo je vladajuće shvatanje i u sadašnjoj hrvatskoj teoriji: vid. Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, X. knjiga, Pravni lijekovi*, Zagreb 2010, 10; upor. A. Uzelac, 221/222.

<sup>54</sup> Menjanjem sudećeg tela istog suda se teško može obezbediti devolutivnost, već je nužno da to zaista bude drugi sud, i to nadređen sudu čija se odluka pobija; upor. Ranko Keča, u: Borivoje Starović, Ranko Keča, *Građansko procesno pravo*, Novi Sad 2004<sup>3</sup>, 428.

<sup>55</sup> To je izričit stav i VKS, vid. gore 1.3.

<sup>56</sup> Nesporno je da protiv žalbene presude kojom se razvodi ili poništava brak revizija nije dozvoljena, ali je sporno da li je dozvoljena protiv žalbene presude kojom se odbija tužbeni zahtev za razvod ili poništaj braka. Teorija je jedinstvena da je tada ona dozvoljena; vid. Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2010<sup>16</sup>, 417; Marija Draškić, *Komentar Porodičnog zakona*, Beograd 2016, 548 i dalje; Zoran Ponjavić, *Porodično pravo*, Beograd 2017<sup>5</sup>, 191/192; Gordana Kovaček Stanić, *Porodično pravo*, Novi Sad 2014<sup>5</sup>, 172/173; Olga Cvejić-Jančić, *Porodično pravo*, Novi Sad 2009, 190. Suprotno, ustaljena praksa VKS negira do-

sporovi (čl. 122 Zakona o javnom informisanju i medijima), itd. Dakle, u tim slučajevima još uvek stoji zamerka *US* o uskraćivanju ustavne garantije stranci koja je oštećena drugostepenim preinačenjem.<sup>57</sup>

Na kraju, doslednost doktrine *US* bi podrazumevala da se i stanje u izvršnom postupku i u nizu vanparničnih oceni kao ustavnopravno deficitarno. Prvo, u izvršnom postupku se delimično odlučuje o „pravima i obavezama“, pre svega onda kada se odlučuje o predlogu za izvršenje. U slučaju da se, primera radi, po žalbi protiv rešenja o izvršenju ono preinači, pa se predlog za izvršenje odbije, izvršnom poveriocu je, sledeći doktrinu *US*, uskraćeno ustavno pravo na pravno sredstvo, jer je revizija nedozvoljena (čl. 27 st. 3 ZIO), a prema praksi *VKS*, nije dozvoljena ni kao posebna.<sup>58</sup> Drugo, u nizu vanparničnih postupaka revizija nije dozvoljena, pa čak i kada su statusne prirode. Primera radi, u postupku rehabilitacije u kojem je revizija izričito nedozvoljena (čl. 18 st. 3 Zakona o rehabilitaciji),<sup>59</sup> kada se protiv rešenja o rehabilitaciji izjavi žalba, pa se ono preinači i predlog za rehabilitaciju odbije, dosledno razvijanje doktrine *US* vodi zaključku da je uskraćeno ustavno pravo na pravno sredstvo licu koje traži sopstvenu rehabilitaciju.

Sve rečeno govori da je zarad dosledne primene doktrine *US*, zakonodavac obavezan da uvede čitav niz novih pravnih lekova – ili da dozvoli reviziju, ili da uspostavi nadreviziju, ili da uspostavi žalbu protiv drugostepenih odluka o kojima bi odlučivali žalbeni sudovi u drugom sastavu, što nije nepoznato u sadašnjem pravnom sistemu.<sup>60</sup> Takav potez bi izazvao, može se slobodno reći, potres u pravosuđu i paralisanje sistema. Sadašnji sistem sudova spram broja sudija i predmeta u radu je notorno već preopterećen. Na kraju, dosledno sprovođenje doktrine *US* znači i to da sve stranke koje su na prikazane načine uskraćene za pravo na pravno sredstvo zbog nedozvoljenosti revizije, legitimno mogu da očekuju uspeh po ustavnoj žalbi protiv rešenja o odbacivanju revizije. Jer, po ovoj doktrini takvim postupanjem je povređen čl. 36 st. 2 Ustava, bez obzira što zakon sam ne dozvo-

---

zvoljenost i tada: *GO VKS* u vezi odluke od 2.9.2010 – Rev 3149/10, *Bilten VKS* 1/2011, 99 = *Bilten VKS* 2/2014, 217; 7.9.2017 – [5] Rev 1899/17; 13.7.2017 – [3] Rev 1377/17; 21.12.2016 – [1] Rev 2238/16; 27.10.2016 – [4] Rev 1864/16.

<sup>57</sup> *US* nedvosmisleno smatra da se i u državinskom sporu „odlučuje o pravima i obavezama“, s obzirom da prema njegovoj praksi i taj postupak potpada pod polje primene prava na pravično suđenje; vid. 16.6.2016 – UŽ 4870/14. Otuda bi doslednost nalogala i stav da se garantija pravnog sredstva odnosi na ove sporove.

<sup>58</sup> 6. veće, 27.9.2017 – Rev 1812/17; 3. veće, 16.3.2017 – Prevl 67/17.

<sup>59</sup> Prema shvatanju *US* i u ovom postupku se „odlučuje o pravima i obavezama“, pa zato on potpada pod polje primene čl. 32 st. 1 Ustava (pravo na pravično suđenje); vid. samo odluku od 12.10.2017 – UŽ 1948/14, *SG RS* 119/17, 34. Štaviše, *US* tako smatra i kada se postupak rehabilitacije vodi na predlog naslednika, a ne lica čija se rehabilitacija zahteva; vid. odluku od 21.12.2017 – UŽ 1671/14, *SG RS* 7/18.

<sup>60</sup> Tako funkcioniše žalba protiv drugostepene presude apelacionog suda u krivičnom postupku (čl. 464 ZKP), odnosno žalba protiv rešenja apelacionih sudova u parničnom postupku (čl. 399 st. 4 u vezi st. 3 ZPP).

ljava reviziju, odnosno dalje pravno sredstvo. Čini se da *US* uopšte nije imao na umu prikazane posledice kada je olako napravio kopernikanski obrt u procesnoj dogmatici, posledično u shvatanju ustavne garantije.

## 7. PRIRODA PREINAČUJUĆE PRESUDE I PITANJE USTAVNE GARANTIJE

### 7.1. Shvatanje doktrine i sudske prakse

Ovde će se izložiti koncepti domaće i austrijske teorije o prirodi preinčujuće presude, i to spram uslova za preinačenje shodno sadašnjem pravu – uzimaju se, dakle, u obzir i raniji teorijski koncepti, i stavljaju se u kontekst sadašnjeg stanja stvari. Potom, oni se dovode u vezu sa osnovim pitanjem rada, a to je posledica na pitanje dozvoljenosti revizije u smislu ustavnog prava na pravno sredstvo.

#### *7.1.1. Preinačenje zbog pogrešne primene prava (današnji čl. 394 t. 4 ZPP)*

Daleko najčešći slučaj preinačenja žalbenom presudom je onaj iz čl. 394 t. 4 ZPP – pogrešna primena prava uz potpuno činjenično utvrđenje. O prirodi takve presude u teoriji do sada nije primećen stav da se radi o „suštinski prvostepenoj“. Iako se naglašava reformatorno ovlašćenje u vidu preinačenja pobijane presude, nema sumnje da se radi o vršenju kontrolne uloge žalbenog suda.<sup>61</sup> Shodno tome, do sada se nije zastupao stav da je zarad ustavne garantije nužno obezbeđivanje daljeg pravnog sredstva kojim bi se napadala takva presuda.

#### *7.1.2. Preinačenje zbog izmenjenog činjeničnog stanja (današnji čl. 394 t. 1-3 ZPP)*

##### 7.1.2.1. Uže predratno shvatanje; austrijsko shvatanje

Po uzoru na austrijsku doktrinu i sudsku praksu, predratna teorija je zastupala jedno krajnje usko shvatanje. Stavljeno u kontekst sadašnjeg sistema, žalbeni sud kada menja činjenično stanje na osnovu istih dokaza, indicija, kao i na osnovu dokaza koje je prvostepeni sud odbio, ali koji se odnose na činjenice koje je on utvrdio u napadnutoj presudi, vrši kontrolnu delatnost. To se vidi iz konteksta celokupnog izlaganja o prirodi tadašnjeg drugostepenog postupka, koji u tim slučajevima nije nastavak raspravljanja, već nastavak suđenja, tako što se kontrolišu i saniraju greške prvostepenog suda. Obrnuto, samo ako žalbeni sud na svojoj raspravi utvrđuje i činjenice koje nije utvrdio prvostepeni sud zbog svoje pogrešne

---

<sup>61</sup> Upor. samo R. Keča, u: B. Starović, R. Keča, 419.

pravne ocene – tzv. dopuna rasprave – onda on preuzima ulogu prvostepenog, pa je rasprava prema prirodi prvostepena.<sup>62</sup> No, danas to ni ne vodi preinačujućoj žalbenoj presudi, već ukidanju presude, sprovođenju raspravljanja i presuđenju.

Kako je rečeno, ova doktrina je preuzeta iz Austrije, s obzirom da se ona artikulisala već na početku važenja austrijskog zakona (početak XX veka).<sup>63</sup> Ona je i danas u potpunosti vladajuća.<sup>64</sup> Misao o kontrolnoj ulozi žalbenog suda se dalje manifestuje na rešavanje praktičnih problema u austrijskom pravu. Tako, ako se radi o funkcionalno prvostepenoj raspravi (dopuna rasprave), onda na žalbenoj raspravi ne važi zabrana novota, a vremenska granica pravnosnažnosti se određuje prema vremenu njenog zaključenja.

Ovo shvatanje bi podrazumevalo da revizija zbog preinačujuće žalbene presude u ovim slučajevima nije nužna posledica ustavnog prava na pravno sredstvo.

#### 7.1.2.2. Šire posleratno shvatanje

Shvatanje koje u bilo kojoj promeni činjeničnog stanja u drugostepenom postupku i sledeućem preinačenju vidi ujedno i negaciju kontrolne uloge žalbenog suda, odnosno „suštinsko prvostepeno presuđenje“ potiče iz vremena važenja ZPP 56. To se vidi iz obrazlaganja tadašnje dozvoljenosti revizije zbog promene činjeničnog stanja, kada se ističe da je njen smisao „obezbeđivanje pune dvostepenosti“.<sup>65</sup>

Pored doktrine, i sudska praksa je zastupala takvo shvatanje. Prema *Vrhovnom sudu Jugoslavije*, smisao tadašnje dozvoljenosti revizije zbog izmene činjeničnog stanja, koje je bilo moguće pod istim uslovima kao i danas, jeste „obezbeđivanje dvostepenosti“: kada postoji izmenjeno činjenično stanje, radi se „u suštini o jednostepenom presuđenju u pogledu odlučnih činjenica, a to je upravo i

---

<sup>62</sup> Upor. Dragoljub Arandelović, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije III*, Beograd 1933, 72; Franja Goršić, *Komenitar Građanskog parničnog postupka II*, Beograd 1933, 369; Ante Verona, Srećko Zuglia, *Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama (Građanski parnički postupak)*, Zagreb s.a. [oko 1930], 726/727.

<sup>63</sup> Vid. već austrijski Vrhovni sud (*Oberster Gerichtshof*), 1.12.1903 – 16.501, *Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen (AmtlSlg)* V, br. odluke 745; 12.3.1902 – 2.504, *AmtlSlg* IV, br. odluke 547;

<sup>64</sup> Vid. austrijski Vrhovni sud, 14.7.1986 – 1 Ob 623/86, *Juristische Blätter* 1987, 189; H. Fasching, 918 (marg. br. 1820); Walter Rechberger, Daphne-Ariane Simotta, *Zivilprozessrecht*, Wien 2009<sup>7</sup>, 531 (marg. br. 1008); Andreas Konecny, „Die Berufung im österreichischen Recht und ihre Bewährung“, *Zeitschrift für Zivilprozess* 107 (1994), 490; E. Kodek, u: W. Rechberger (Hrsg.), 1557 (§ 482 marg. br. 5), 1579/1580 (§ 496 marg. br. 6).

<sup>65</sup> Tako Samuel Kamhi, *Građanski sudski postupak*, Sarajevo 1961<sup>3</sup>, 443; Sinša Triva, *Građansko procesno pravo I*, Zagreb 1972<sup>2</sup>, 601; upor. i Srećko Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb 1957, 555, po kome je tako nešto zarad pune dvostepenosti nužno samo ako je žalbeni sud promenio činjenično stanje na osnovu rasprave, ne i onda kada u sednici veća drugačije ocenio indicije, isprave, i posredno izvedene dokaze u prvostepenom postupku.



motiv i razlog dopustivosti pravnog leka (revizije) donete u drugom stepenu“.<sup>66</sup> Dakle, bilo koja promena činjeničnog stanja značila je ujedno i da je drugostepeni sud preuzeo funkciju prvostepenog.

Posledica ovog pristupa, u kontekstu ustavne garantije, jeste koncept po kojem je revizija uvek dozvoljena ako je drugostepeni sud promenio činjenično stanje.

### 7.1.2.3. Uže posleratno shvatanje

Suprotno od prikazanog šireg shvatanja, u doktrini se uoči, a naročito nakon donošenja ZPP 76, uspostavlja uže shvatanje, po kojem menjanje činjeničnog stanja i sledujuće preinačenje prvostepene presude nije ujedno uvek i suštinski prvostepeno presuđenje. Ovo shvatanje je dato u kontekstu tada uspostavljenog modela žalbenog postupka kao „isključivo kontrolnog“, koji je prema toj koncepciji onemogućavao da žalbeni sud menja činjenično stanje tako što bi izvodio nove dokaze o istim činjenicama, a svakako tako što bi utvrđivao nove činjenice. Obrnuto, menjanje činjeničnog stanja na osnovu drugačije ocene istih dokaza, nije ujedno i negacija kontrolne uloge, pa sledstveno tome nedozvoljenost revizije protiv preinačujuće presude ne ugrožava ustavno pravo na pravno sredstvo.<sup>67</sup> Tom shvatanju se priklonio, čini se, i Triva,<sup>68</sup> čime je zapravo napustio svoje ranije. Dakle, po ovom konceptu, sve dok žalbeni sud radi što i prvostepeni, on vrši kontrolnu ulogu, pa makar i promenio činjenično stanje. Ali, ako izvodi i ocenjuje dokaze koje prvostepeni sud nije izveo, već ih je odbio, on preuzima njegovu ulogu. Dakle, samo u toj varijanti iz čl. 394 st. 1 ZPP preinačujuća presuda bi bila „suštinski prvostepena“.

Posledica ovog shvatanja je nužnost dozvoljenosti revizije samo onda kada je drugostepeni sud izveo nove dokaze, ne i ako je promenio činjenično stanje ocenom istih dokaza, ili zaključivanjem indicijama na osnovu već utvrđenih činjenica.

## 7.2. Pogled preko granice – stanje u postjugoslovenskim zemljama

S obzirom da je ustavna garantija pravnog sredstva protiv svake prvostepene sudske odluke kojom se odlučuje o pravima i obavezama zaostavština jugoslovenskog posleratnog prava, te da ju je većina postjugoslovenskih država preuzela (vid. gore 4), treba ukratko izneti stanje stvari povodom ovog pitanja. Konkretno uređenje itekako zavisi od teorijskih shvatanja tamošnje doktrine.

<sup>66</sup> 29.7.1966 – Rev 184/66, ZSO H/2 (1966), odluka br. 118.

<sup>67</sup> Aleksandar Markičević, *Zakon o parničnom postupku sa komentarom*, Beograd 1977, 164; Mihajlo Dika, u: Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Novo građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1978, 109/110 (§ 30 t. 26); B. Poznić (2009), 923; R. Keča, u: B. Starović, R. Keča, 422; upor. i Ranko Keča, „O drugostepenoj raspravi u parničnom postupku“, *ZboNS* 2/2006, 209.

<sup>68</sup> Upor. Siniša Triva, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1978), 122 (§ 33 t. 2); S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1986), 576, 581.



Pandan današnjem stanju u Srbiji postoji samo u Makedoniji, utoliko što je revizija uvek dozvoljena protiv preinačujuće žalbene presude. Izvorna koncepcija tamošnjeg ZPP je 2010. izmenjena i uveden je ovaj poseban osnov svakodobne dozvoljenosti revizije. Ipak, iz dostupnog materijala se ne vidi da je takvo rešenje bilo posledica shvatanja tamošnjeg *Ustavnog suda*.<sup>69</sup>

Srednje rešenje je prisutno u Hrvatskoj, u kojoj je vladajuće shvatanje ono koje smo označili „širim“ (gore 7.1.2.3). Revizija je dozvoljena u bilo kom slučaju menjanja činjeničnog stanja u drugostepenoj presudi,<sup>70</sup> jer je to nužna posledica ustavnog prava na pravno sredstvo, čime se pokazuje nit sa ranijim *Trivini* shvatanjem.<sup>71</sup> Obrnuto, preinačenje zbog pogrešne primene materijalnog prava ne vodi automatski dozvoljenosti revizije.

Na kraju, potpuno suprotno stanje od onog u Srbiji postoji u Sloveniji, Crnoj Gori i Republici Srpskoj. Revizija uopšte nije dozvoljena zbog promene činjeničnog stanja u drugostepenom postupku, još manje zbog preinačujuće žalbene presude, iako postoji ustavna garantija prava na pravno sredstvo. U tim sistemima žalbeni sud preinačava presudu u identičnim slučajevima kao u ZPP, ali povrh toga on može i da dopunjuje postupak kada je činjenično stanje nepotpuno (Slovenija).

### 7.3. Kontrolna delatnost žalbenog suda kao ishodište problema

Čini se da je nakon izlaganja stanja doktrine i sudske prakse, zaključno sa osvrtnom na stanje u austrijskoj dogmatici i sudskoj praksi, jasno da je ključni problem u određivanju prirode preinačujuće presude žalbenog suda kvalifikacija njegove delatnosti. Suprotno, *US*, iako sam govori o „materijalnom aspektu“ sagledavanja, čisto formalno pristupa problemu. Naime, nesporno je da je preinačujuća žalbena presuda „nova“ odluka o predmetu spora koji je putem žalbe dospao u drugi stepen, i da se razlikuje od prvostepene. No, to još ne znači ujedno da je ona suštinski prvostepena presuda, i da bi shodno tome morao da se obezbedi pravni lek zarad ustavne garantije stranci koja je uspela u prvom stepenu, a preinačenjem je oštećena. Jer, garantija dvostepenosti od koje i sam *US* polazi, znači da se protiv svake prvostepene odluke mora obezbediti pravni lek stranci, što smisleno znači onoj koja ima za to pravni interes. I dalje, što je najbitnije, dvostepenost podrazumeva garantiju suđenja u (minimum) dva stepena. Dakle, da još jedna instanca kontroliše prvostepeno presuđenje, što ne isključuje i mogućnost drugačijeg presuđenja. Ukoliko je preinačenje prvostepene presude rezultat kontrolne delatnosti žalbenog suda, onda ono nije nikako prvostepeno presuđenje,

---

<sup>69</sup> Upor. odluku od 13.9.2006 – U 35/06, u kojoj je ispitivana ustavnost izvornog koncepta vrednosne revizije, kada uopšte nije spomenut aspekt ustavne garantije u slučaju preinčujuće žalbene presude, već je bez izuzetka zauzet stav da je ustavna garantija ograničena na dvostepenost.

<sup>70</sup> Upor. M. Dika, 270 i dalje.

<sup>71</sup> Upor. M. Dika, 271.

već drugostepeno. I obrnuto, ukoliko preinačenje prvostepene presude nije posledica kontrolne delatnosti, već delatnosti koja je suštinski prvostepena, , onda je to suštinski prvostepeno presuđenje, ili kako se to još kaže „funkcionalno prvostepeno presuđenje“. Prema tome, treba da se ispita da li je uopšte presuđenje žalbenog suda, ali i revizijskog, izraz kontrolne delatnosti ili ne.

#### 7.4. Spojivost kontrolne delatnosti i presuđenja suda pravnog leka

Osnovna teza *US* je nesumnjivo ta da je preinačenje žalbenom presudom uvek preuzimanje funkcije prvostepenog suda. Drugim rečima, da je preinačenje negiranje kontrolne uloge. Otuda se postavlja kao osnovno pitanje koliko je uopšte presuđenje žalbenog suda spojivo sa njegovom kontrolnom ulogom. Čini se da je u tom aspektu delimično koren pogrešnog shvatanja *US*, a on potiče i od teorijskog pristupa u domaćoj literaturi. Radi se o tezi koja može da se okarakterise kao ekstremni, radikalni pojam kontrolne uloge žalbenog suda, pa čak i revizijskog. Uzrok je zapravo negiranje mogućnosti da dođe do presuđenja u drugostepenom postupku, a da to ostane u okviru kontrolne uloge žalbenog suda. Jednom rečju, kao da je presuđenje rezervisano za prvostepeni postupak.

U čisto teorijskom smislu, samo sistem nesuđenja povod pravnog leka – francuski sistem kasacije – jeste isključivo kontrolni, jer u njemu ne postoji mogućnost presuđenja, i to ne samo preinačenja pobijane presude, već i prave potvrde. U tom modelu sud pravnog leka ili „odobrava“ pobijanu odluku, ali ne presudom, ili je poništava, kasira; on nikada ne sudi, i zato je i francuski model pravnog leka o kojem odlučuje najviši sud države, koji je postojao u Kneževini/Kraljevini Srbiji, odnosno na srpskom pravnom području do stupanja na snagu jugoslovenskog Grpp iz 1929, značio i to da takav sud, teorijski, ne vrši sudsku vlast.<sup>72</sup> Obrnuto, čim sud pravnog leka može da donese i potvrđujuću presudu, što je odavno kod nas slučaj čak i u revizijskom postupku, on nesporno vrši sudsku vlast. Upravo zbog toga je ispravno shvatanje da je reformatorno ovlašćenje instancionog suda kako preinačenje, tako i potvrđenje napadnute presude presudom.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Takav model je istorijski uslovljen, i to u kontekstu ideja Francuske revolucije – Kasacioni sud je bio pomoćni organ parlamenta, koji je vršio kontrolu zakonitosti sudskih odluka; on je bio zamišljen kao garant da će ostvariti „volja“ zakonodavnog organa, tj. da će onemogućiti sudije da probijaju *lex lata* granicu. Naravno, danas je takav položaj Kasacionog suda u Francuskoj prevaziđen u teorijskom smislu, i pored toga što on još uvek nema revizionu, reformatorna ovlašćenja, već samo kasaciona. O tome vid. Hein Kötz, „Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 37 (1973), 249 i dalje; za istorijski kontekst vid. i V. Rakić-Vodinelić (1995), 19 i dalje. O diskusiji u srpskoj teoriji u Kneževini/Kraljevini Srbiji o ulozi Kasacionog suda vid. Maša Kulauzov, *Postupak pred Apelacionim i Kasacionim sudom po Zakoniku o građanskom sudskom postupku iz 1865. godine*, Novi Sad 2015, 99 i dalje.

<sup>73</sup> Vladajuće shvatanje u Austriji: W. Rechberger, D.-A. Simotta, 532 (marg. br. 1011); Oskar Ballon, *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht*, Graz 2009<sup>12</sup>, 257 (marg. br. 356); Walter Buchegger, Klaus Markowetz, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, Wien 2016, 384. U ne-

S druge strane, čini se da je uloga žalbenog suda, ali i revizijskog, kod nas nedovoljno jasno određena, što je posledica delom i nedovoljno izričitog teksta zakona. Radi se o tome da se u ZPP, osim za obaveznu drugostepenu raspravu, odnosno preinačenje u žalbenom postupku, ne spominje izričito da instancioni sud odlučuje o „zahtevima stranaka“, u smislu predmeta spora. Ipak, taj deficit je prividan, jer se iz jasnog određenja da instancioni sud može da donese presudu, vidi da on tada presuđuje, tj. da uvek u tim slučajevima odlučuje o predmetu spora. Ta okolnost je kod *Fašinga (Fasching)* jasno teorijski uobličena, u konceptu dva predmeta spora instancionog postupka: prvo, zbog toga što se presuđuje, on ima za predmet inicijalni predmet spora; drugo, pošto je neposredan povod za presuđenje izjavljivanje pravnog leka, on ima i svoj „poseban“ predmet – to je zahtev stranke iz pravnog leka i razlozi pravnog leka.<sup>74</sup> Tako gledano, instancioni sud kada presudom odlučuje o pravnom leku, on uvek odlučuje o predmetu spora,<sup>75</sup> bez obzira što se u ZPP ne govori o tome.<sup>76</sup> Drugačije ne može da se objasni činjenica da se donosi presuda i kada se žalba odbija i pobijana presuda potvrđuje,<sup>77</sup> odnosno da revizijski sud donosi potvrđujuću presudu kada odbija reviziju protiv presude. Na kraju, zbog toga potvrđujuća žalbena presuda postoje pravnosnažna, a ne prvostepena.<sup>78</sup>

Iz radikalnog shvatanja kontrolne uloge instancionog suda bi logički sledilo da je i potvrđujuća presuda žalbenog njena negacija. To međutim većinska doktrina s pravom ne zastupa. Jednostavno, razlozi pravne politike zahtevaju da se smisleno

---

mačkoj teoriji tako Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht*, München 2007<sup>29</sup>, 227 (§ 72 II). U domaćoj i postjugoslovenskoj literaturi o ovom pitanju nema jedinstvenog stava. Prema jednom shvatanju potvrđivanje presude nema značaj reformatornog postupanja; tako S. Triva, M. Dika, 671; M. Dika, 103; u istom smislu A. Jakšić (2017), 682 (t. 3564). Prema drugom, ispravnom, i to je reformatorno postupanje, jer ono podrazumeva meritorno presuđenje o predmetu spora; vid. već R. Keča, u: B. Starović, R. Keča, 418 i dalje.

<sup>74</sup> Vid. H. Fasching, 880 i dalje (marg. br. 1739 i dalje). Naravno, zbog domaćeg sistema u kojem uopšte ni ne treba da se u žalbi ili reviziji postavi žalbeni/revizijski predlog, odnosno ne treba ni da se iznesu konkretni razlozi, rečeno se relativizuje zakonskom fikcijom: u tom slučaju „zahtev podnosioca pravnog leka“ je napadanje dela odluke u kojem nije uspeo, a „razlozi pravnog leka“ su oni na koje sud pravnog leka pazi po službenoj dužnosti.

<sup>75</sup> Tako i B. Poznić (2009), 928, kada ističe da odlučivanje o žalbi presudom podrazumeva odluku o „osnovanosti tužbenog zahteva“.

<sup>76</sup> Predratni Grpp je predviđao, s obzirom da je prevod austrijskog Grpp, da instancioni sud „odlučuje presudom o samoj stvari“ – u žalbenom (prizivnom) postupku (§ 591 st. 1), u revizijskom postupku (§ 604 st. 1 reč. 1). Još uvek je ista redakcija u austrijskom pravu (§§ 497 st. 1, 510 st. 1 reč. 1), a tako je i u nemačkom pravu (§§ 538 st. 1, 563 st. 3) – „*in der Sache selbst zu entscheiden*“.

<sup>77</sup> Suprotno A. Jakšić (2017), 682 (t. 3564), koji izričito ističe da se potvrđivanjem presude ne odlučuje o predmetu spora, obrazlažući stav prirodom drugostepenog postupka u smislu da on nije kognicioni, već kontrolni.

<sup>78</sup> O ovom problemu vid. Ranko Keča, Marko Knežević, „Paricioni rok u srpskom parničnom postupku“, *ZboNS* 1/2015, 58; B. Poznić, V. Rakić-Vodinelic (2015), 492-493.

uspostavi sistem,<sup>79</sup> što vodi realnom shvatanju kontrolne uloge bilo kog instancionog suda, a pre svega žalbenog. Stoga, presuđenje u žalbenom postupku ne znači nužno da se negira kontrolna uloga žalbenog suda. Isto važi i za revizijski postupak.

Iz navedenog sledi da se priroda delatnost žalbenog suda, od koje zavise pravne posledice, ne može kvalifikovati na osnovu stroge, rigidne teorijske podele, po kojoj je kontrolna delatnost samo ukidanje presude, a sve preko toga je preuzimanje prvostepene funkcije. Stoga, presuđenje suda pravnog leka nije *a priori* nespojivo sa njegovom kontrolnom funkcijom, jer presuđenje očito nije samosvojna delatnost prvostepenog suda. Time se pokazuje da je osnovna teza *US* da je preinačujuća presuda žalbenog suda *uvek* nespojiva sa njegovom kontrolnom ulogom neosnovana.

### 7.5. Suštinske karakteristike prvostepenog postupka

Zaključak da presuđenje kao takvo nije samosvojna karakteristika prvostepenog postupka, vodi dalje potrebi pronalaženja takvih karakteristika. O tome šta je suština prvostepenog postupka, odnosno koja je samosvojna uloga prvostepenog suda, postoje različiti stavovi, koji su vidljivi iz izjašnjavanja kada žalbeni sud preuzima ulogu prvostepenog.

Prvostepeni postupak nesumnjivo služi pribavljanju materijala na osnovu kojeg se presuđuje o predmetu spora. U tom smislu, raspravlja se o postavljenom predmetu spora, što podrazumeva, pre svega iznošenje činjeničnih tvrdnji, raspravljanje o njima, po potrebi izvođenje i ocena dokaza radi formiranja činjeničnog stanja. Tek kada je stvar zrela za presuđenje, odlučuje se presudom, na podlozi sprovedene rasprave.<sup>80</sup>

Stoga, utvrđivanje činjeničnog stanja u najčistijem vidu – zauzimanje stava povodom postojanja činjenica, preciznije zauzimanje stava o istinitosti činjeničnih tvrdnji putem ocene dokaza – nije nešto što je samosvojno prvostepenom postupku. Ono što ga izdvaja kod nas, odavno, jeste raspravljanje o predmetu spora, gde spada postavljanje zahteva i činjeničnih tvrdnji i dokaznih predloga, i na osnovu toga utvrđenje činjenične podloge. Po tome se on jasno odvaja od instancionog postupka, čija je uloga, primarno, kontrolna. On je uspostavljen kao kontrolna instanca, pa zato ulaganje pravnih lekova, pre svega žalbe, ne vodi uvek, a ni po pravilu, nastavku raspravljanja.<sup>81</sup> Postojanje izuzetaka, danas nesporno obavezna drugostepena rasprava, ne dovodi u pitanje principijelni karakter drugostepenog postupka.

<sup>79</sup> Upor. R. Keča, u: B. Starović, R. Keča, 418.

<sup>80</sup> O pojmu zrelosti za presuđenje u ambijentu (ublaženog) raspravnog načela, koje je važeće u ZPP, vid. M. Knežević (2016), 378/379 (§ 22 t. 49).

<sup>81</sup> Zbog toga je razumljivo da se novote, čak i da su dopuštene (čl. 372 st. 1 ZPP), ograničavaju na *nova reperta* – zabranjeno je iznošenje *nova producta*; o tome umesto svih A. Jakšić (2017), 667 i dalje (t. 3475 i dalje).

### 7.6. Pravo značenje „kontrolnog karaktera“ postupka po pravnim lekovima

Uporednopravno gledano, osnovna razlika modela postupaka po pravnim lekovima, a koji su za domaće stanje aktuelni, jeste ona koja postoji između izvornog nemačkog koncepta i austrijskog. To razlikovanje je bilo veoma dobro objašnjeno u domaćoj predratnoj literaturi, ali se vremenom, može se reći, vulgarizovalo, tako da se stvorio čak i privid da je karakterisanje žalbene instance kao „činjenične“ nespojivo sa njegovom kontrolnom ulogom. To je upravo shvatanje koje smo nazvali širim u smislu menjanja činjeničnog stanja (gore 7.1.2.2).

Suština austrijskog sistema, u odnosu na izvorni, ali i sadašnji nemački je ta, kako to *Arandelović* još ističe, da kontrolni karakter znači da se žalbom inicira postupak koji znači „produženje stadijuma presuđenja sa zaključenom raspravom stanja i spora“, dok negacija kontrolnog karaktera, nemački koncept, znači „produženje stadijuma raspravljanja“.<sup>82</sup> Tako još uvek jasno rezonuje savremena austrijska doktrina, što na kraju ima svoju potvrdu pri rešavanju praktičnih problema (gore 7.1.2.1).

Koren problema u delu domaće literaturi i u praksi *US* je, čini se, poistovećivanje, konfundiranje kvalifikacije „činjenične instance“ i „prvostepene delatnosti“. Radi se o dve sasvim različite stvari. S jedne strane je pitanje koja instanca je činjenična (*Tatsacheninstanz*) – u kojoj instanci smeju da se zauzimaju činjenični zaključci, tj. koje sudije su, kako bi se to prevело sa nemačkog, „činjenične“ (*Tatrichter*). Sasvim je drugo pitanje koji sud sprovodi usmenu raspravu o predmetu spora, a koji ne. Ključna stvar u određivanju ovog pitanja nije ta da li smeju da se izvode dokazi (utvrđivanje činjenica), već o čemu se izvode dokazi – koje činjenice se utvrđuju. Ako se oni izvode o činjenicama koje je već utvrdio prvostepeni sud, onda to nije preuzimanje funkcije prvostepenog suda. To je čista kontrolna delatnost, jer se ne raspravlja o novim aspektima spora, već se ispituje da li su činjenični zaključci prvostepenog suda u rezultatu ispravni ili ne.<sup>83</sup> Ako se, međutim, raspravlja o činjeničnim pitanjima koja nisu bila predmet rasprave, onda je to preuzimanje funkcije prvostepenog suda. Kako je rečeno, njegova samosvojna delatnost je uzimanje na znanje činjeničnih tvrdnji, omogućavanje raspravljanja o njima, eventualno izvođenje dokaza, i na osnovu toga presuđenje. Upravo zbog toga je vladajuće shvatanje u Austriji da drugostepeni sud gubi kontrolnu ulogu onda kada sam sanira greške prvostepenog suda koje se odnose na neraspravljanje o bitnim aspektima spora, što je posledično vodilo neutvrđivanju činjenica u prvostepenoj presudi. Kako je rečeno, drugostepeni sud postaje tada funkcionalno prvostepeni, pa su na drugostepenoj raspravi dozvoljene novote, čak i *nova producta*, a vremenska granica pravnosnažnosti se određuje prema

---

<sup>82</sup> D. Arandelović, 14 fn. 2.

<sup>83</sup> U tom smislu već R. Keča, u: B. Starović, R. Keča, 418.

zaključenju drugostepene glavne rasprave (vid. gore 7.1.2.1). Imajući to u vidu, onda je jasno da je sadašnji nemački sistem, i pored uvođenja određenih ograničenja novota u žalbi, i dalje uvek funkcionalno prvostepeni, jer se objektivne novote (*nova producta*) bez ograničenja mogu iznositi,<sup>84</sup> sa posledicom da se vremenska granica pravnosnažnosti uvek određuje prema trenutku zaključenja drugostepene rasprave.

Shodno rečenom, kao dalji zaključak, nema ni nužnog poistovećivanja zabrane pokretanja činjeničnih pitanja u reviziji, koja je inače danas itekako olabavljena, i kontrolne uloge revizijskog suda. On bi, naime, i dalje imao kontrolnu ulogu i da mu se daje mogućnost da kontroliše činjenične zaključke iz pobijanih presuda, pa i da sam ponovo izvodi iste dokaze, ocenjuje ih i menja činjenično stanje. To bi i dalje bilo samo kontrolisanje ispravnosti pobijane presude, ne i raspravljanje o predmetu spora. Zabrana kontrolisanja činjeničnih zaključaka putem revizije je samo pravopolitički opravdana, tj. nema dogmatičke nužnosti između nje i kontrolne uloge revizijskog suda.<sup>85</sup>

Prema tome, kontrolni karakter instancionog postupka, a pre svega žalbenog, znači da se on ograničava na ispitivanje ispravnosti pobijane presude, što ne isključuje i drugačije utvrđivanje činjeničnog stanja u pogledu činjenica o kojima je raspravljano i koje je prvostepeni sud već utvrdio. Žalbeni sud gubi kontrolnu ulogu i pretvara se u *de facto* prvostepeni samo onda kada se pred njim raspravlja o do tada neraspavljenim činjeničnim aspektima predmeta spora.

## **7.7. Ispitivanje kontrolne uloge žalbenog suda pri preinačenju presude u pojedinostima**

### *7.7.1. Preinačenje zbog pogrešne primene prava*

U suštinskom smislu, ovakvo preinačenje je izraz kontrolne funkcije, jer je drugostepeni sud presudio u potpunosti na osnovu istog procesnog materijala kao i prvostepeni. On uopšte nije sprovodio raspravu. To je najčistiji vid kontrolne funkcije, koja inače prema *Fašingu* podrazumeva da se žalbeni sud stavlja u položaj koji je imao prvostepeni, i sudi onako kako je on trebao, da nije napravio grešku.<sup>86</sup> Do danas u teoriji tako nešto niko ni nije doveo u pitanje, pa upravo zbog

<sup>84</sup> Vidi samo odluku nemačkog Saveznog suda (*Bundesgerichtshof*) od 14.7.2016 – V ZR 258/15, *Neue Juristische Wochenschrift* 2017, 736 (marg. br. 12), kao i Rainer Oberheim, u: Hans Prütting, Markus Gehrlein (Hrsg.), *ZPO Kommentar*, Köln 2012<sup>4</sup>, 1366 (§ 531 marg. br. 12).

<sup>85</sup> Nužna uslovljenost zabrane ispitivanja činjeničnih zaključaka od strane najvišeg suda, time i svakako nemogućnosti promene činjeničnog stanja, postojala je u pravnom sistemu Kraljevine Srbije, i to kao dogmatička posledica ustavne uloge Kasacionog suda. Prema čl. 150 st. 2 Ustava iz 1888, odnosno čl. 149 st. 2 Ustava iz 1903, Kasacioni sud „ne sudi o delu nego samo o pravu“.

<sup>86</sup> H. Fasching, 874 (marg. br. 1724).



toga u ranijem sistemu u kojem nije bilo dozvoljenosti revizije zbog preinačujuće presude, nije ni dovođena u pitanje ustavnost nepostojanja daljeg pravnog leka u ovom slučaju. Kako se vidi, sa razlogom je takvo shvatanje apsolutno vladajuće. Prema tome, ovaj vid preinačujuće žalbene presude nema značaj „suštinski prvo-stepene“, jer žalbeni sud nikako ne preuzima funkciju prvostepenog suda.

#### *7.7.2. Preinačenje zbog drugačije ocene izvedenih dokaza u širem smislu*

Drugačija ocena istih dokaza u širem smislu obuhvata ne samo ponavljanje izvedenih dokaza na drugostepenoj raspravi, već i drugačiju ocena isprava i posredno izvedenih dokaza u sednici veća, zaključno sa drugačijem zaključivanjem putem indicija.

I ovde je priroda delatnosti kontrolna, iako se menja činjenično stanje. Promena činjeničnog stanja je u ovim slučajevima uvek *samo* drugačije utvrđenje istinitosti već postavljenih činjeničnih tvrdnji, koje je prvostepeni sud već ocenio. To nikada nije dopuna postupka u smislu raspravljanja i utvrđivanja pravnorelevantnih činjenica koje nisu ni spomenute u prvostepenoj presudi. Ako je činjenično stanje zbog pogrešne pravne ocene prvostepenog suda nepotpuno, onda presuda po žalbi ni ne može da se preinači, već se ukida i vraća prvostepenom sudu na dopunu (čl. 392 st. 2 ZPP). Isto i ako prvostepeni sud pogrešnom primenom čl. 314 ZPP nije uzeo u obzir činjenične tvrdnje stranke. Sadašnjem domaćem pravu je strana mogućnost da žalbeni sud i u tim slučajevima otvori raspravu i sam dopuni prvostepeni postupak tako što će utvrditi deficitarne činjenice.<sup>87</sup> Odnosno, takva mogućnost ne postoji kada se žalbom presuda napada prvi put, a obavezno je takvo postupanje ako je presuda već bila jednom ukinuta (*arg.* čl. 383 st. 3 ZPP). No, kako je već rečeno, to tada ni nije preinačenje žalbenom presudom, jer se prvostepena presuda obavezno ukida, sprovodi se rasprava, i presuđuje se. Tada žalbeni sud zaista preuzima ulogu prvostepenog, ali to se ne odnosi na problem ovog rada.

Iz okolnosti da se dolazi do drugačijeg činjeničnog stanja, ali na osnovu istih dokaza, proizlazi zaključak da je to čista kontrolna delatnost, principijelno ista kao i preinačenje zbog pogrešne primene materijalnog prava. Ovde se koriguje greška u oceni dokaza, a tamo u pravnoj oceni. Razlike nema, jer i ovde žalbeni sud dolazi u poziciju u kojoj je prvostepeni bio i postupa onako kako je on trebao

---

<sup>87</sup> Takva mogućnost, koja je postojala u Grpp i ZPP 56, je ukinuta u ZPP 76. Suprotno, ona postoji u austrijskom i nemačkom pravu, štaviše to je redovni način saniranja ovih grešaka, dok je ukidanje presude i vraćanje predmeta prvostepenom sudu izuzetak (§ 496 st. 3 *öZPO*; § 538 st. 2 *dZPO*). O tome, sa daljim upućivanjima na sudsku praksu i teoriju, za austrijsko pravo vid. E. Kodek, u: W. Rechberger (Hrsg.), 1579 (§ 496 marg. br. 6), odnosno za nemačko Wolfgang Ball, u: Hans-Joachim Musielak (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München 2013<sup>10</sup>, 1550 i dalje (§ 538 marg. br. 3 i dalje)



– kako je trebao da oceni dokaze. Jednom rečju, on otklanja grešku, i to ne tako da se iznova raspravlja o predmetu spora. Kako je rečeno, zarad rešenja sasvim drugog problema, i austrijska teorija i sudska praksa isto smatra. Zbog toga se shvatanje sadašnje hrvatske doktrine, koja se bazira na ranijem *Trivinom* shvatanju, ne može prihvatiti. Ustavna garantija prava na pravno sredstvo ne vodi nužnosti dozvoljenosti revizije protiv ovakve presude, jer ona nije „suštinski prvostepena“.

### *7.7.3. Preinačenje zbog menjanja činjeničnog stanja na osnovu ocene dokaza koje je prvostepeni sud odbio*

Izvođenje ovih dokaza i njihova ocena, te posledično menjanje činjeničnog stanja i po pravilu preinačenje presude, najspornije je u kvalifikovanju uloge žalbenog suda. Dogmatički gledano, ni ovde se žalbeni sud ne pretvara u prvostepeni, već on koriguje njegove greške u činjeničnim zaključcima. Ovaj slučaj se odnosi isključivo na situaciju da se izvode dokazi koji su odbijeni u prvostepenom postupku, ali koji se odnose na već utvrđene činjenice. O njima je, dakle, raspravljano u prvostepenom postupku. To nije dopuna raspravljanja, već ono ima za cilj da se proveri ispravnost već zauzetog činjeničnog zaključka prvostepenog suda. Čini se da je upravo to razlog zbog čega se u austrijskoj teoriji i sudskoj praksi, kao i u domaćoj predratnoj, drugostepena rasprava u ovom slučaju ne kvalifikuje kao suštinski prvostepena.

Stavljeno u kontekst ustavnog prava na pravno sredstvo, međutim, stvar izgleda drugačije. Ako je činjenično stanje izmenjeno na osnovu takvih dokaza, to znači da je ono rezultat i razloga koji su zaista novi – oni nisu bili sadržani u prvostepenoj presudi. Stoga, ako se pođe od toga da ustavno pravo na pravno sredstvo podrazumeva nužnost kontrole svih mogućih zaista novih razloga na kojima se zasniva presuda (vid. gore 4), onda bi to značilo da je u ovom slučaju dozvoljenost revizije nužna. Dakle, samo u ovom delu je u rezultatu shvatanje *US* ispravno.

## 8. UKUPAN ZAKLJUČAK O ISPRAVNOSTI DOKTRINE US

Rezultati koji su izneti mogu da se sažmu, u kontekstu provere ispravnosti doktrine *US*, na sledeći način: žalbeni postupak ne gubi *a priori* svoj kontrolni karakter time što se preinačuje presuda prvostepenog suda. Žalbeni sud ne preuzima ulogu prvostepenog, pa sledstveno tome ni preinačujuća žalbena presuda nije suštinski prvostepena. Zbog toga uopšte ne sledi nužnost obezbeđivanja daljeg pravnog leka protiv takve presude zarad obezbeđivanja ustavne garantije iz čl. 36 st. 2 Ustava. Dozvoljenosti revizije zbog preinačujuće žalbene presude, stoga, nije dogmatička posledica postojanja ustavnog prava na pravno sredstvo. Radi se

o čistom pravno-političkom pitanju. Izuzetak je samo slučaj promene činjeničnog stanja na u drugostepenom postupku na osnovu izvođenja i ocene dokaza koje prvostepeni sud odbio, kada se samo radi obezbeđivanja ustavne garantije mora omogućiti kontrola ocene tih dokaza.

## 9. EPILOG: POSLEDICE DOZVOLJENOSTI REVIZIJE ZBOG PREINAČUJUĆE PRESUDE ŽALBENOG SUDA – KOLIKO JE TO BILO PRAVNOPOLITIČKI OPRAVDANO?

S obzirom da uvođenje ovog razloga dozvoljenosti revizije nije bilo nužno u ustavnopravnom smislu, osim jednog izuzetka, treba se na kraju osvrnuti na pravno-političku opravdanost, čime se vraćamo na sam početak rada, i većito pitanje parničnog postupka. Šta je dobro, a šta loše donela Novela 2014 u ovom delu?

Svako otvaranje instancionog puta je jedna pogodnost za stranke, jer im se stavlja na raspolaganje mogućnost pobijanja odluka kojima su oštećene. U tom smislu, svaki pravni lek služi obezbeđivanju zakonitosti, ili možda bolje rečeno, s obzirom na danas nespornan cilj parničnog postupka, on služi obezbeđivanju pojedinačne, materijalne pravičnosti. Širenje dostupnosti *VKS* u parničnom postupku svakako da ima takav značaj. Međutim, zbog pozicije i uloge najvišeg suda u državi, takvo širenje je uvek problematično. Time se vraćamo na sam početak ovog rada i jednu od „većitih dilema“ parničnog postupka.

I pored deficita ustavne odredbe o ulozi *VKS*, nema sumnje da je već zbog njegovog statusa – vrhovna instanca – ona određena. To je ujednačavanje sudske prakse i razvoj prava kroz odlučivanje o pravnim lekovima, što je danas naročito potvrđeno kroz postojanje posebne revizije. Naime, iako je odavno nesporno u teoriji da je uloga jednog vrhovnog suda da kroz odlučivanje ujednačava sudsku praksu i razvija pravo,<sup>88</sup> od uvođenja posebne revizije je to zaista i zagarantovano. Ona postoji isključivo zbog toga, iako se ne može reći da funkcioniše onako kako bi trebalo, odnosno onako kako je to u sistemima koji su nam bili uzor.<sup>89</sup> No i

---

<sup>88</sup> Upor. već Borivoje Poznić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 1965<sup>2</sup>, 404.

<sup>89</sup> Tom stanju je doprinelo i shvatanje u teoriji, po kojem posebna revizija nije pravo stranke, već stvar diskrecionog ovlašćenja revizijskog suda; tako izričito V. Rakić-Vodinelić (2011), 552; B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić (2015), 505. U izdvojenom mišljenju uz odluku *US*, 14.3.2013 – *IUz* 2/10, sudije B. Nenadić i K. Manojlović Andrić su izričito prihvatile tu tezu, vid. *SG RS* 53/13, 135. Suprotno, posebna revizija nije diskreciono pravo *VKS*, jer on mora da je dopusti ako su ispunjeni uslovi. Prvo, to nije tako ni u nemačkom pravu, iako se tako nešto, bez upućivanja tvrdi. Drugo, „po oceni *VKS*“ u smislu čl. 404 st. 1 *ZPP* ne znači da je to diskreciona ocena, već ima smisao određivanja nadležnosti, odnosno isključivog ovlašćenja *VKS* da ispituje ispunjenost uslova, a ne da to čini prvostepeni sud preko koga se revizija izjavljuje. Treće, sama praksa *US* pokazuje da on smatra da to nije diskreciono ovlašćenje, jer poništava odluke o odbacivanju ove revizije ako nisu dati razlozi za to – da je to diskreciona ocena, onda nju ni *US* ne bi smeo da kontroliše. Četvrto,

pored toga, opterećivanje *VKS* sa predmetima u kojima je pitanje da li će se ostvariti njegova samosvojna uloga vodi neproporcionalnom opterećenju, posledično ne samo nemogućnosti da „u razumnom roku sudi“, već, smatramo mnogo važnije, nemogućnosti da odgovori izazovu svoje uloge. Kako to *US*, upravo u kontekstu ograničenja dozvoljenosti revizije ističe, stranke u postupku pred najvišim sudom imaju pravo na postupak „određenog kvaliteta“.<sup>90</sup> Zapravo, gledano iz perspektive uloge *VKS*, svi građani imaju pravo da taj postupak bude u rezultatu kvalitetan. Pravni stavovi koje *VKS* zauzima u svojim odlukama, imaju bez sumnje značaj koji prevazilazi konkretan postupak, bez obzira na opšte mesto da domaći sistem nije precedentnog karaktera.<sup>91</sup> U tom smislu *Fašing* napominje da opterećenje najvišeg suda onemogućava ostvarenje njegovog zadatka, a to je temeljno i pažljivo rešavanje pravnih pitanja.<sup>92</sup> Da bi se odgovorilo takvom izazovu, nužno je da sudije vrhovne instance imaju dovoljno vremena da temeljno i pažljivo pripreme predmet, što u postupku pred takvim sudom ne znači bavljenje spisima predmeta, već istraživanje teorije i sudske prakse o pravnim pitanjima koje rešava. U sadašnjim uslovima sudije *VKS* teško da imaju takvu mogućnost, a uzroci su razni – počev od neprimereno malog broja sudija,<sup>93</sup> preko nedostatka resursa (materijalnih<sup>94</sup> i ljudskih – dovoljan broj savetnika), zaključno sa preopterećenosti predmetima.

Epilog Novele 2014, kao posledica uspostavljene doktrine *US*, jeste dodatno neproporcionalno opterećivanje najviše instance, i sprečavanje ispunjavanja njegovog zadatka. *VKS* se još u većoj meri bavi stvarima i onda kada je sigurno da se ne ostvaruje njegova samosvojna uloga. Ne samo da je u prilici da odlučuje o revizijama zbog preinačujućih žalbenih presuda, u kojima je upravo sledena njegova praksa, već uz to, u tim slučajevima, mora da se bavi i stvarima od malog

---

ustavnopravno, dostupnost pravnog leka mora da bude predvidljiva za stranku, jer u suprotnom ona rizikuje; izričito nemački Savezni ustavni sud, 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, *BVerfGE* 107, 416; upor. i *US*, 14.3.2013 – IUz 2/10, *SG* 53/13, 132. To što je dozvoljenost određena u vidu pravnih standarda ne znači da je nepredvidljivo, a na revizijskom sudu je da kroz svoju praksu uspostavi njihovu konkretizaciju; tako izričito *ESLJP*, *Hajiyev v. Azerbaijan*, 16.11.2007 – 5548/03, § 35 sa daljim upućivanjem na raniju praksu.

<sup>90</sup> 30.4.2009 – IU 28/05, *Bilten US* 1/2009, 192. Ipak, ovaj aspekt je drugorazredni u argumentaciji *US*, jer je za njega ograničenje revizije inspirisano pre svega idejom o suđenju u razumnom roku.

<sup>91</sup> Za takav značaj prakse vrhovne instance, u jednom tipičnom neprecedentnom sistemu, vid. shvatanje austrijskog Ustavnog suda (*Verfassungsgerichtshof*) u odluci od 28.6.1990 – G 315/89, G 67/90, *Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes* 55 (1990), odluka br. 12409.

<sup>92</sup> H. Fasching, 930 (marg. br. 1848).

<sup>93</sup> Paralela može da jasno da se postavi sa austrijskim sistemom, s obzirom na približno isti broj stanovnika: tamo se građanima stavlja na raspolaganje 40 sudija vrhovnog suda koji postupaju u građanskim stvarima, dok u Srbiji taj broj iznosi gotovo dvostruko manje – 21.

<sup>94</sup> Tu se misli na odgovarajuću biblioteku sa redovnim prilivom periodike i knjiga, kao i na odgovarajuću bazu podataka sudske prakse i literature.

značaja. Jer, čak i pobijanje preinačujućeg dela drugostepene presude, u vrednosti od par desetina hiljada dinara, vodi dozvoljenosti revizije.<sup>95</sup> Hipotetički je međutim dovoljno je da se dosuđeni iznos u prvostepenoj presudi preinači makar i za par dinara, pa da mora da se angažuje najviši sud države. Sve to zarad nepromišljenog izleta *US* u dogmatiku procesnog prava.

---

<sup>95</sup> Primer iz presude *VKS*, 6. veće, 7.9.2017 – Rev 932/16, kada je vrednost preinačujućeg dela žalbene presude, koji se pobijao, bio 63.000 dinara, a pravna ocena žalbenog suda nije bila takva da odstupa od prakse *VKS*, štaviše radilo se o primeni norme koja ni ne zadaje probleme u tumačenju.

*Dr. Ranko I. Keča, ordentlicher Professor  
Universität Novi Sad  
Juristische Fakultät Novi Sad  
r.keca@pf.uns.ac.rs*

*Dr. Marko S. Knežević, Dozent  
Universität Novi Sad  
Juristische Fakultät Novi Sad  
m.knezevic@pf.uns.ac.rs*

**Die Zulässigkeit der Revision im Zivilprozess wegen abänderndes  
Berufungsurteils: eine Folge von der Verfassungsgarantie des  
Rechtes auf Rechtsmittel oder nur rechtspolitische Frage?**  
– zugleich Beilage zur Lehre vom Kontrollcharakter  
des Rechtsmittelverfahren –

**Zusammenfassung:** *Die ZPO-Novelle vom 2014 hat eine wichtige Veränderung im Rechtsmittelsystem gebracht, dadurch dass die Zulässigkeit der Revision wegen abänderndes Berufungsurteils eingeführt wurde. Es ist direkte Folge einer neuen Doktrin des Verfassungsgerichtshofs, die davon ausgeht, dass dieses Urteil immer ein neues Urteil ist, d. h. immer der Natur nach ein erstinstanzliches Urteil ist, sodass der Partei, die beschwert ist, man ein neues Rechtsmittel zur Verfügung stellen müsste, um Verfassungsgarantie des Rechtes auf Rechtsmittel gegen jedes erstinstanzlichen Urteil (Art. 36 Abs. 2 Verfassung) zu gewähren. In der Arbeit wird nach der Richtigkeit dieser Doktrin gesucht, ausgehend von der Rechtsnatur des abändernden Berufungsurteils in allen Fällen, in den es nach ZPO möglich ist. Die Ergebnisse zeigen, dass die Doktrin des Verfassungsgerichtshofs fehlerhaft ist, weil meritorische Entscheidung des Berufungsgerichts über den Streitgegenstand in diesen Fällen gar keine funktionelle erstinstanzliche Entscheidung darstellt. Einführung der Zulässigkeit der Revision deswegen ist dementsprechend keine dogmatische Folge von Verfassungsgarantie des Rechtes auf Rechtsmittel, außer einer Ausnahme (Abänderung des angefochtenen Urteils aufgrund der Aufnahme und Bewertung der Beweise, die in der Erstinstanz abgelehnt wurden), sondern ausschließlich eine rechtspolitische Frage, die beantwortet in der Weise ist, dass der Oberste Kassationsgerichtshof immer mehr mit der Sachen überbelastet wird, in den überhaupt nicht gewiss ist, ob seine eigenständige Funktion – Vereinheitlichung der Rechtsprechung und Rechtsfortbildung bzw. Rechtsentwicklung – verwirklicht wird.*

**Schlüsselwörter:** *Revision im Zivilprozess, Verfassungsrecht auf Rechtsmittel, Abänderung des Urteils in der Berufungsverfahren, Kontrollcharakter des Berufungsverfahrens, Verfassungsgerichtshof, Oberster Kassationsgerichtshof*

Datum prijema rada: 06.03.2018.

*Dr Gordana B. Kovaček Stanić, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
G.KovacekStanic@pf.uns.ac.rs*

*Sandra O. Samardžić, asistent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
Sandra.Samardzic@pf.uns.ac.rs*

*Milica S. Kovačević, saradnik u nastavi  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
M.Kovacevic@pf.uns.ac.rs*

## RAZVOD BRAKA I ZAJEDNIČKO RODITELJSKO STARANJE KAO POSLEDICA RAZVODA BRAKA U TEORIJI I PRAKSI<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Vršenje roditeljskog prava može se javiti u dva oblika. Naime, sa jedne strane moguće je zajedničko vršenje roditeljskog prava, a sa druge je moguće samostalno vršenje roditeljskog prava. Zajedničko vršenje roditeljskog prava i u slučaju kada roditelji ne žive zajedno, u naš pravni sistem je prvi put uvedeno Porodičnim zakonom. Jedan od uslova za zajedničko staranje u ovim situacijama je pismeni sporazum roditelja. U radu je dat prikaz sudske prakse i to u različitim vremenskim periodima, a po pitanju poveravanja dece posle razvoda. Najpre je dat prikaz za 1969. i 1979. godinu. Zatim je dat prikaz istraživanja sudske prakse o poveravanju dece za 1987., 1988. i 1989. godinu sprovedenog u dva prvostepena suda – Višem sudu u Novom Sadu i Višem sudu u Subotici. Na kraju, prikazani su i rezultati istraživanja o vršenju roditeljskog prava posle razvoda braka u 2007. i 2016. godini, sprovedenog u Osnovnom sudu u Novom Sadu, kada je analiziran i broj slučajeva zajedničkog vršenja roditeljskog*

---

<sup>1</sup> Rad je nastao kao rezultat rada na naučno-istraživačkom projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.



*prava, imajući u vidu da ovaj oblik staranja postoji tek od 2005. godine donošenjem Porodičnog zakona.*

**Ključne reči:** *roditeljsko pravo, zajedničko vršenje roditeljskog prava, razvod.*

## 1. O RAZVODU BRAKA

Razvod braka se pojavio kao sredstvo kojim stranke razrešavaju svoj pravni odnos. Međutim, tokom istorije na razvod se nije gledalo blagonaklono, zbog velikog uticaja koji je crkva imala na ovu sferu života. Brak je smatran svetinjom, a razvod sankcijom za neprimereno ponašanje supružnika. Naime, zahtevano je da se dokaže da jedan od supružnika nije uspeo da ispuni očekivanja društva u pogledu ponašanja u braku<sup>2</sup>, te je tako krivica igrala veliku ulogu u brakorazvodnom postupku. Tako je supružnik koji je bio kriv za razvod imao male ili nikakve šanse da mu zajednička deca budu poverena na staranje i istovremeno je gubio pravo na izdržavanje. U skladu sa ovakvim shvatanjem razvoda bili su formulisani uzroci koji su do razvoda dovodili. Oni su bili regulisani Srpskim građanskim zakonikom iz 1844. godine, kao i Bračnim pravilnikom Srpske pravoslavne crkve iz 1933. godine.<sup>3</sup>

Nakon Drugog svetskog rata dolazi do reforme brakorazvodnih uzroka. I dalje su se zadržali posebni, skrivljeni uzroci, ali su pored njih uvedeni i novi, neskrivljeni uzroci i to nepodnošljivost zajedničkog života i teški poremećaj bračnih odnosa.<sup>4</sup> Iako su prvi bili brojniji,<sup>5</sup> počelo je da se formira shvatanje o razvodu braka kao rešenju, kao izlazu iz poremećenih partnerskih odnosa.

Dalji razvoj prava doveo je do potpunog isključivanja skrivljenih brakorazvodnih uzroka, te je tako Zakon o braku i porodičnim odnosima iz 1980. godine, predviđao samo dva neskrivljena brakorazvodna uzroka i to poremećaj bračnih

---

<sup>2</sup> Evan Wright, Agree to Disagree: Moving Tennessee toward Pure No-Fault Divorce, 4 *Lincoln Mem'l U. L. Rev.* 86, 2017.

<sup>3</sup> Srpski građanski zakonik (u daljem tekstu: SGZ), [orig. *Zakonikъ građanskiъ za Kняžestvo Srbsko*, obnarodovanъ Na Blagovъsti 25. Marta 1844. godine, u Bъogradu, u Княгопечатни Княжества Srbskogъ, K.V. № 365, Sov. № 56; dostupno na: [https://books.google.rs/books?id=FglfAAAcAAAJ&printsec=frontcover&hl=sr&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0-v=onepage&q&f=false](https://books.google.rs/books?id=FglfAAAcAAAJ&printsec=frontcover&hl=sr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0-v=onepage&q&f=false), 8.12.2017; Nešto čitljivije i bliže savremenom srpskom jeziku vid. Drugo izdanje ministarstva pravde iz 1873. godine; dostupno na: [https://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/pages/prilozi/Građjanski\\_zakonik.pdf&regactid=422166&doctype=reg&removelinks=true](https://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/pages/prilozi/Građjanski_zakonik.pdf&regactid=422166&doctype=reg&removelinks=true), 8.12.2017.

Srpska pravoslavna crkva dozvoljavala je razvod, u skladu sa Bračnim pravilnikom Srpske pravoslavne crkve od 29. maja 1933. godine.

<sup>4</sup> Vid. čl. 56 Osnovnog zakona o braku, *Sl. list FNRJ*, br. 49/1947.

<sup>5</sup> Vid. čl. 57-63. Osnovnog zakona o braku, koji su predviđali sledeće uzroke: preljubu, nečastan život i teške uvrede, zlostavljanje, rađenje o glavi, zlonamerno ili neopravdano napuštanje, nestalost dužu od 2 godine, neizlečivu umnu bolest, nesposobnost za rasuđivanje, zlostavljanje i osudu na kaznu zatvora.

odnosa, koji je obuhvatao i neke druge razloge koji su mogli dovesti do nemogućnosti ostvarivanja svrhe braka, te razvod po sporazumu.<sup>6</sup>

Od samog početka na sporazumni razvod se nije gledalo sa odobravanjem. Kao model razvoda gde su supružnici ti koji samostalno odlučuju o sudbini bračne zajednice, sporazumni razvod je posmatran kao glavni uzročnik izuzetno velikog povećanja broja razvoda u jednom društvu i kao glavni neprijatelj stabilnosti braka i porodice.<sup>7</sup> U početku je bio predviđen više kao sporazumni zahtev za razvod braka, nego što je bio sporazum o samom razvodu. Navedeno iz razloga što je sud imao obavezu da i pored postojanja sporazuma supružnika, utvrđuje okolnosti koje su do razvoda dovele. Vremenom je postajao liberalniji i bliži sporazumu koji je i danas poznat.<sup>8</sup>

Države se danas generalno mogu podeliti u dve grupe u pogledu predviđenih razloga za razvod braka. Jednu čine pravni sistemi koji predviđaju samo jedan osnov po kom se brak može razvesti, te se nazivaju monističkim<sup>9</sup> i drugu, brojniju grupu koju čine pravni sistemi sa nekoliko osnova za razvod braka, te se nazivaju pluralističkim. Neki pravni sistemi su i dalje zadržali skrivljene uzroke za razvod braka, međutim ne postoji savremeni pravni sistem koji pravo razvoda temelji isključivo na njima.<sup>10</sup>

Zakonska regulativa koja se odnosi na razvod morala bi da predstavlja odraz evolucije u pogledu shvatanja braka, te da kao takva obezbedi efikasan i pravičan prestanak braka. Tako je u jednom američkom slučaju istaknuto stanovište da „brak nije nepromenljiva institucija, već odraz društvenih vrednosti koje su priznate pravom“.<sup>11</sup> Na isti način treba posmatrati i pravila koja regulišu razvod.

Porodični zakon Srbije<sup>12</sup> je tako u potpunosti napustio koncept krivice prilikom propisivanja brakorazvodnih uzroka. Pomenuti zakon u članovima 40 i 41 reguliše dva brakorazvodna uzroka, te bi se mogao svrstati u grupu zakona koji predviđaju više od jednog brakorazvodnog uzroka. Prvi je razvod po sporazumu, dok je drugi poremećaj bračnih odnosa (koji treba da bude ozbiljan i trajan) odnosno nemogućnost ostvarivanja zajednice života (koja treba da bude objektivna). Oba uzroka sud

<sup>6</sup> Vid. čl. 83 i 84 Zakona o braku i porodičnim odnosima, *Sl. glasnik SFRJ*, br. 22/80, 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94, 46/95, 29/01; u daljem tekstu: ZBPOS.

<sup>7</sup> Ignjatović Marija, Kitanović Tanja, Sporazumni razvod braka u rimskom i savremenom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, 2/2013, 316.

<sup>8</sup> Gordana Kovaček-Stanić, *Porodično pravo (partnersko, dečje i starateljsko)*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2014, 160.

<sup>9</sup> To su Češka, Velika Britanija, Škotska, Italija, Holandija, Poljska, Nemačka, Mađarska i Rusija. Navedeno prema: Katarine Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law Regarding Divorce*, Antwerpen – Oxford, 2004, 24.

<sup>10</sup> K. Boele-Woelki et al., *op. cit.*, p. 13.

<sup>11</sup> *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

<sup>12</sup> Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015, u daljem tekstu: PZS.

proverava utvrđivanjem objektivnih merila. PZS ne sadrži ni zaštitnu odredbu kojom ograničava mogućnost razvoda braka tokom trudnoće i određenog perioda nakon rođenja deteta samo na sporazum. Supružnici u svakom momentu mogu birati između podnošenja tužbe za razvod braka i predloga za sporazumni razvod braka.

Prema statističkim podacima, broj zaključenih brakova u Srbiji već dugi niz godina je u znatnom padu, te je tako 1986. godine broj zaključenih brakova iznosio oko 56.000<sup>13</sup>, dok je za 30 godina taj broj opao za oko 30%, pa je u 2016. godini iznosio 36.000.<sup>14</sup> Sa druge strane, broj razvedenih brakova je ostao približno isti, te ih je tako 1986. bilo 10.000, a 2016. godine oko 9000. Naravno, posmatrajući ovaj broj u odnosu sa brojem zaključenih brakova, može se приметiti da je nekada svaki peti brak bio razveden, a sada je svaki četvrti.

Jedan od bitnih uzroka smanjenog broja zaključenih brakova, svakako je i izjednačavanje vanbračne zajednice sa bračnom, te se tako, veliki broj parova danas odlučuje da izbegne formalnosti oko sklapanja braka. Prema podacima iz 2011. godine, preko 230.000 stanovništva Srbije nalazi se u vanbračnim zajednicama, što svakako da nije zanemarljiv udeo. Sa druge strane, iako se broj zaključenih brakova smanjio, broj razvoda je ostao isti. Činjenica da je razvod danas garantovan i Ustavom, te da lica koja se razvode nisu više stigmatizovana kao ranije, u mnogome je doprineo popularizaciji razvoda. Pored toga, neki autori smatraju da su u današnje vreme ljudi postali sebičniji, te ostaju u braku sve dok je takva zajednica u skladu sa njihovim shvatanjem lične autonomije i ličnog ispunjenja,<sup>15</sup> te smatraju da kada brak ne zadovolji njihovo shvatanje o savršenoj zajednici, treba da odu i pokušaju da tu, idealnu sliku, ostvare sa nekim drugim.<sup>16</sup> Hohšild sa druge strane smatra da danas ljudi imaju daleko manje slobodnog vremena, te činjenica da porodica danas ne provodi dovoljno vremena zajedno utiče i na povećan broj razvoda.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Podatak se odnosi na 1986. godinu bez teritorije Kosova i Metohije, kako bi podaci o broju zaključenih brakova bili uporedivi sa podacima iz 2016. godine, budući da RZS od 1999. godine ne raspolaže podacima za AP Kosovo i Metohija. Ukupan broj zaključenih brakova 1986. godine, na teritoriji cele SR Srbije iznosio je 64.304. (*Jugoslavija 1918 -1988, Statistički godišnjak*, Savezni zavod za statistiku, Beograd, 1989, 43.)

<sup>14</sup> *Statistički godišnjak Republike Srbije*, 2017, Republički zavod za statistiku, Beograd, str. 26. dostupno na <http://pod2.stat.gov.rs/ObjavljenePublikacije/G2017/pdf/G20172022.pdf> i *Žene i muškarci u Republici Srbiji*, Republički zavod za statistiku, Beograd, 2017, 21. dostupno na [http://www.stat.gov.rs/WebSite/userFiles/file/Aktuelnosti/Zene%20i%20muskarci%20u%20Republici%20Srbiji\\_web\\_2017.pdf](http://www.stat.gov.rs/WebSite/userFiles/file/Aktuelnosti/Zene%20i%20muskarci%20u%20Republici%20Srbiji_web_2017.pdf)

<sup>15</sup> Anthony Giddens, *The Transformation of Intimacy Sexuality, Love, and Eroticism in Modern Societies*, 1992.

<sup>16</sup> F. Furstenberg, G. Spanier, *Recycling the Family: Remarriage After Divorce* (Sage, 1984), 53. preuzeto iz Shelley Day Sclater; Christine Piper, *Re-Moralising the Family – Family Policy, Family Law and Youth Justice*, *Child & Family Law Quarterly* 12/2000, 144.

<sup>17</sup> Arlie Russell Hochschild, *The Emotional Geography of Work and Family Life* In: Morris L., Lyon E.S. (eds) *Gender Relations in Public and Private Explorations in Sociology* (British Sociological Association conference volume series), Palgrave Macmillan, London, 1996.

Iako se danas razvod ne posmatra kao *a priori* neprihvatljiva društvena pojava, znanje o pitanjima kao što su efekti razvoda, a naročito posledice koje razvod ima na decu su nesigurna i u mnogome zavise od varijabli koje se razlikuju od slučaja do slučaja.<sup>18</sup> Bilo kakve uopštene pravne informacije nisu od velike pomoći, jer je neophodno da pojedinci saznaju kakav će ishod biti u njihovom slučaju.<sup>19</sup> Sa druge strane, iako na prvi pogled može izgledati neobično, odredbe koje regulišu razvod nastoje da brak očuvaju, što je u skladu sa jednim od načela bračnog prava – *favor matrimonii*. Imajući sve navedeno u vidu, Porodični zakon je uveo mogućnost sprovođenja postupka posredovanja, koji obuhvata postupak za pokušaj mirenja i postupak za pokušaj sporazumnog okončanja spora.<sup>20</sup> Način na koji se do rešenja dolazi, razlikuje se od tradicionalnog parničnog postupka, te se zbog toga u sve većem broju zemalja on propisuje kao sastavni deo redovnog brakorazvodnog postupka. U nekim državama prethodi postupku (npr. u Hrvatskoj), a u nekim je obavezan samo onda kada postoje maloletna deca (npr. u Norveškoj). U domaćem pravu ono se ne sprovodi onda kada stranke izričito izjave da ne pristaju na posredovanje, kada je jedan od supružnika nesposoban za rasuđivanje, ako je boravište nepoznato ili ukoliko žive u inostranstvu.<sup>21</sup>

Ovaj postupak, kojim se na prvom mestu nastoji spasiti brak, odnosno omogućiti supružnicima da preuzmu odgovornost za prestanak braka, istovremeno predstavlja način informisanja ljudi o tome kako bi trebalo da se ponašaju i način da se na supružnike vrši pritisak kako bi se ponašali na odgovoran način u slučaju kada razvod podrazumeva i donošenje odluke o vršenju roditeljskog prava. Naime, osnovni interes koji bi morao da prožima pravila koja se tiču razvoda svakako da mora biti interes dece. U situacijama kada je to moguće, za decu bi svakako bilo najbolje, da održavaju odnos sa oba roditelja, koji bi shodno tome, morali biti u stanju da ostanu u prijateljskim odnosima i nakon razvoda.

Tako, Robinson posmatra razvod kao „porodičnu transformaciju“, u smislu da normalan porodični životni ciklus može podrazumevati i porodicu nakon razvoda, te da razvod ne mora nužno da podrazumeva krah jedne porodice, već može da se posmatra i kao sredstvo za njeno spašavanje.<sup>22</sup> Na sličan način stav o razvodu ističu i neki drugi autori koji smatraju da razvod ne podrazumeva destrukciju porodice, već stvaranje nove vrste porodice, tzv. binuklearne porodice, te da razvod nije toliko bekstvo iz bračnog života, već tzv. mehanizam reciklaže.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> John Eekelaar, Family Law: Keeping Us on Message, *Child & Family Law Quarterly* 11/1999, 389.

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

<sup>20</sup> V. čl. 229 Porodičnog zakona.

<sup>21</sup> V. čl. 229 i 230 Porodičnog zakona.

<sup>22</sup> Margaret Robinson, Family Transformation Through Divorce and Remarriage: A Systemic Approach, Routledge, 1991.

<sup>23</sup> F. Furstenberg, G. Spanier, *op. cit.*, fn. 16.

## 2. VRŠENJE RODITELJSKOG PRAVA POSLE RAZVODA BRAKA

Vršenje roditeljskog prava (roditeljsko starenje) se javlja u dva osnovna oblika. Jedan je zajedničko vršenje roditeljskog prava, a drugi samostalno vršenje roditeljskog prava. Zajedničko vršenje roditeljskog prava je oblik staranja koji je karakterističan za roditelje koji vode zajednički život (ako su formalno i faktički u braku, ili u vanbračnoj zajednici). Do promene u obliku staranja može doći zbog promene bračnog statusa nakon razvoda (poništaja) braka ili u slučaju prekida zajednice života, kada jedan od roditelja može dobiti samostalno vršenje roditeljskog prava. Slično je i kada se radi o vanbračnim roditeljima, ali ako nije uspostavljena vanbračna zajednica, najčešće se vanbračna majka samostalno stara o detetu. Savremena tendencija komparativnog porodičnog prava, međutim, ide u pravcu odvajanja ustanove roditeljskog staranja od statusa roditelja (bračni, vanbračni, razvedeni roditelji) i njihovih faktičkih međusobnih odnosa (nepostojanje ili prestanak zajednice života).<sup>24</sup>

Porodični zakon Srbije prvi put uvodi mogućnost zajedničkog vršenja roditeljskog prava i kada roditelji ne žive zajedno (čl. 75/2 PZS). Zajedničko vršenje roditeljskog prava moguće je, dakle, posle razvoda braka, ali i u drugim situacijama kada roditelji ne vode zajednički život (prekid zajednice života koji nije doveo do razvoda braka, prestanak vanbračne zajednice, poništaj braka). Uslov za zajedničko staranje u ovim situacijama je pismeni sporazum roditelja, (čl. 76/2 PZS). Roditelji imaju veliku slobodu u sačinjavanju sporazuma, mogu da se dogovore o pitanjima vezanim za dete na način koji najviše odgovara njihovoj, sasvim konkretnoj situaciji. Jedino postavljeno ograničenje je obaveza roditelja da postignu sporazum o tome šta će se smatrati prebivalištem deteta. Radi se o tome da se u cilju pravne sigurnosti, a prvenstveno omogućavanja nesmetanog pravnog prometa (dostavljanje pravnih dokumenata, obaveštavanje roditelja itd.) odredi prebivalište, a koje prati adresa deteta. Po mišljenju Komisije koja je sačinila Nacrt Porodičnog zakona, ovo ograničenje ne sprečava roditelje da se dogovore o tzv. faktičkom zajedničkom staranju. Faktičko zajedničko staranje podrazumeva da dete živi sa oba roditelja i ono predstavlja jednu od komponenata zajedničkog staranja u uporednom pravu. Dakle, bilo bi moguće da dete ima naizmenično boravište (i kod majke i kod oca).<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> O uporednom pravu više u: Gordana Kovaček Stanić, Zajedničko vršenje roditeljskog prava, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 2006, No 1-2, str. 32-45 i Gordana Kovaček Stanić, Zakonodavne promene u savremenom roditeljskom pravu Francuske i Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2004, No 3, str. 145-166.

<sup>25</sup> Gordana Kovaček Stanić, Najbolji interes deteta: Zakonska pretpostavka za određivanje naizmeničnog boravišta deteta kao oblika zajedničkog vršenja roditeljskog prava, u: *Harmonizacija*

U uporednom pravu postoje primeri detaljnijeg regulisanja sadržine sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. Tako je u Hrvatskoj donet poseban pravilnik o obaveznoj sadržini roditeljskog plana (sporazuma) koji roditelji moraju sačiniti nakon razvoda braka kako bi nastavili zajednički da vrše roditeljsko pravo. Obavezni podaci koji se moraju uneti su lični podaci o detetu i roditeljima, zatim prebivalište deteta, vreme koje će dete provesti sa svakim roditeljem, visinu izdržavanja, način rešavanja spornih pitanja u budućnosti i način razmene informacija u vezi sa donošenjem odluka o bitnim pitanjima. Roditeljski plan se popunjava na unapred utvrđenom obrascu i mora biti potpisan od strane oba roditelja. Svi podaci sadržani u njemu predstavljaju službenu tajnu.<sup>26</sup> Nakon što se donese, mora se potvrditi od strane suda, koji to čini rešenjem.<sup>27</sup> Slično je regulisano i Građanskim zakonikom Katalonije<sup>28</sup> izmenjenim 2010. godine. Član 233-9 predviđa uvođenje roditeljskog plana (*plan de parentalidad*) koji se može okarakterisati kao sporazum roditelja o većini pitanja vezanih za decu.

Drugi oblik vršenja roditeljskog prava posle razvoda braka je samostalno vršenje. Jedan roditelj sam vrši roditeljsko pravo kada on živi sa detetom, sve dok sud ne donese odluku o vršenju roditeljskog prava. Sud može doneti odluku da jedan roditelj sam vrši roditeljsko pravo i to na osnovu sporazuma roditelja o samostalnom vršenju roditeljskog prava, ako sud proceni da je njihov sporazum u najboljem interesu deteta ili bez sporazuma roditelja (čl. 77 PZS). Sporazum obuhvata sledeća pitanja: sam sporazum o poveravanju zajedničkog deteta jednom roditelju, sporazum o visini doprinosa za izdržavanje deteta od drugog roditelja i sporazum o načinu održavanja ličnih odnosa deteta sa drugim roditeljem. (čl. 78/1,2 PZS). Roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo ima osim prava i dužnosti da izdržava dete, pravo da sa detetom održava lične odnose ima i pravo da o pitanjima koja bitno utiču na život deteta odlučuje zajednički i sporazumno sa roditeljem koji vrši roditeljsko pravo. Pitanja koja bitno utiču na život deteta, u smislu Porođičnog zakona, smatraju se naročito: obrazovanje deteta, preduzimanje većih medicinskih zahvata nad detetom, promena prebivališta deteta i raspolaganje imovinom deteta velike vrednosti, (čl. 78/3,4 PZS).<sup>29</sup>

---

*srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije: tematski zbornik*. Knj. 3 [glavni i odgovorni urednik Ranko Keča], Novi Sad, Pravni Fakultet, 2015, str. 137-156.

<sup>26</sup> Vid. Pravilnik o obaveznom sadržaju obrasca plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi, *Narodne novine*, br. 123/15. Donet je od strane ministra socijalne politike i mladih.

<sup>27</sup> Vid. čl. 107 i čl. 466 Obiteljskog zakona.

<sup>28</sup> Građanski zakonik Katalonije; dostupno na <https://www.boe.es/boe/dias/2010/08/21/pdfs/BOE-A-2010-13312.pdf>, datum posete: 15.11.2017. godine.

<sup>29</sup> Više o samostalnom vršenju roditeljskog prava videtu u: Gordana Kovaček-Stanić, Dete u porodici sa jednim roditeljem – izdržavanje i porodični dom, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, 1-2/2008, 341-358.



### 3. SUDSKA PRAKSA O VRŠENJU RODITELJSKOG PRAVA POSLE RAZVODA BRAKA

Posmatrano u periodu od oko pola veka, od sedamdestih godina XX veka do danas, statistički podaci o poveravanju dece posle razvoda braka pokazuju da su u Republici Srbiji (u okviru tadašnje SFR Jugoslavije), u 1969. godini deca poverena majkama u 65% slučajeva poveravanja, ocu u oko 28%, razdvojena između roditelja u oko 6%, a poverena trećem licu ili ustanovi u samo oko 0,5%. U 1979. godini deca su poverena majkama 69% slučajeva poveravanja, ocu u oko 28%, razdvojena između roditelja u oko 6%, a poverena trećem licu ili ustanovi u samo oko 0,5%. U Pokrajini Vojvodini (u okviru tadašnje SFR Jugoslavije) u 1969. godini deca poverena majkama u 74%, ocu u oko 19%, razdvojena između roditelja u oko 6%, a poverena trećem licu ili ustanovi u samo oko 0,4%. U 1979. godini deca su poverena majkama 78% slučajeva poveravanja, ocu u oko 17%, razdvojena između roditelja u oko 4%, a poverena trećem licu ili ustanovi u samo oko 0,4% – *tabela 1.*

| dete povereno    | Jugoslavija broj / % |       | Srbija broj / % |       | Vojvodina broj / % |       | Kosovo i Metohija broj / % |       | Bosna i Hercegovina broj / % |       | Hrvatska broj / % |       | Crna Gora broj / % |       | Slovenija broj / % |       | Makedonija broj / % |       |
|------------------|----------------------|-------|-----------------|-------|--------------------|-------|----------------------------|-------|------------------------------|-------|-------------------|-------|--------------------|-------|--------------------|-------|---------------------|-------|
|                  | 1969                 | 1979. | 1969            | 1979. | 1969               | 1979. | 1969                       | 1979. | 1969                         | 1979. | 1969              | 1979. | 1969               | 1979. | 1969               | 1979. | 1969                | 1979. |
| maici            | 7283                 | 9137  | 2775            | 3900  | 1068               | 1519  | 41                         | 53    | 861                          | 1055  | 2257              | 2417  | 74                 | 80    | 1191               | 1416  | 125                 | 269   |
|                  | 72,0                 | 76,2  | 65,1            | 69,4  | 74,1               | 78,1  | 36,9                       | 31,1  | 65,8                         | 72,5  | 79,3              | 85,1  | 55,6               | 80,1  | 87,7               | 89,3  | 60,9                | 68,3  |
| ocu              | 2209                 | 2245  | 1215            | 1412  | 276                | 338   | 60                         | 109   | 374                          | 333   | 411               | 286   | 51                 | 15    | 92                 | 109   | 66                  | 90    |
|                  | 21,8                 | 18,8  | 28,5            | 25,1  | 19,1               | 17,4  | 54,1                       | 64,1  | 28,6                         | 22,9  | 14,4              | 10,1  | 38,3               | 15,1  | 6,8                | 6,9   | 32,1                | 22,8  |
| maici i ocu      | 535                  | 487   | 250             | 237   | 90                 | 79    | 10                         | 4     | 72                           | 62    | 138               | 118   | 8                  | 2     | 53                 | 36    | 14                  | 32    |
|                  | 5,3                  | 4,1   | 5,9             | 4,2   | 6,2                | 4,1   | 9,0                        | 2,4   | 5,5                          | 4,3   | 4,8               | 4,1   | 6,0                | 2,0   | 3,9                | 2,3   | 6,8                 | 8,1   |
| trećem licu/stan | 77                   | 49    | 21              | 15    | 6                  | 8     | /                          | /     | 1                            | 4     | 37                | 12    | /                  | 2     | 18                 | 13    | /                   | 3     |
|                  | 0,8                  | 0,4   | 0,5             | 0,3   | 0,4                | 0,4   |                            |       | 0,1                          | 0,3   | 1,3               | 0,4   |                    | 2,0   | 1,3                | 0,8   |                     | 0,7   |
| druge kombin     | 9                    | 78    | 3               | 60    | 2                  | 2     | /                          | 4     | 1                            | /     | 2                 | 7     | /                  | /     | 3                  | 11    | /                   | /     |
|                  | 0,1                  | 0,6   | 0,1             | 1,0   | 0,1                | 0,1   |                            | 2,4   | 0,1                          |       | 0,1               | 0,2   |                    |       | 0,2                | 0,7   |                     |       |
| ukupno           | 10113                | 11996 | 4264            | 5624  | 1442               | 1946  | 111                        | 170   | 1309                         | 1454  | 2845              | 2840  | 133                | 99    | 1357               | 1585  | 205                 | 394   |

\* "Statistički godišnjak SFRJ" 1981; "Demografska statistika" 1971.

Tabela 1 – Podaci za SFR Jugoslaviju (1969. i 1979.)

| dete povereno        | Jugoslavija broj / % |       | Srbija broj / % |       | Vojvodina broj / % |       | Kosovo i Metohija broj / % |       | Bosna i Hercegovina broj / % |       | Hrvatska broj / % |       | Crna Gora broj / % |       | Slovenija broj / % |       | Makedonija broj / % |       |
|----------------------|----------------------|-------|-----------------|-------|--------------------|-------|----------------------------|-------|------------------------------|-------|-------------------|-------|--------------------|-------|--------------------|-------|---------------------|-------|
|                      | 1987                 | 1988. | 1987            | 1988. | 1987               | 1988. | 1987                       | 1988. | 1987                         | 1988. | 1987              | 1988. | 1987               | 1988. | 1987               | 1988. | 1987                | 1988. |
| maici                | 10724                | 10924 | 5172            | 5267  | 1810               | 1692  | 45                         | 86    | 735                          | 765   | 2962              | 2972  | 134                | 147   | 1371               | 1394  | 350                 | 397   |
|                      | 79,0                 | 78,9  | 75,0            | 74,8  | 81,5               | 80,5  | 34,6                       | 37,4  | 70,6                         | 69,7  | 85,1              | 85,4  | 77,9               | 74,6  | 89,0               | 91,6  | 72,0                | 74,3  |
| ocu                  | 2197                 | 2283  | 1369            | 1445  | 320                | 316   | 85                         | 138   | 243                          | 260   | 350               | 356   | 31                 | 37    | 101                | 87    | 103                 | 98    |
|                      | 16,2                 | 16,5  | 19,9            | 20,5  | 14,4               | 15,0  | 65,4                       | 60,0  | 23,3                         | 24,6  | 10,0              | 10,1  | 18,0               | 18,8  | 6,6                | 5,7   | 21,2                | 18,3  |
| maici i ocu          | 563                  | 539   | 284             | 291   | 81                 | 88    | /                          | 5     | 51                           | 39    | 138               | 127   | 7                  | 13    | 50                 | 31    | 33                  | 38    |
|                      | 4,1                  | 3,9   | 4,1             | 4,1   | 5,6                | 4,2   |                            | 2,2   | 4,9                          | 3,6   | 4,0               | 3,6   | 4,0                | 6,6   | 3,2                | 2,0   | 6,8                 | 7,1   |
| trećem licu/ustanovi | 66                   | 83    | 27              | 32    | 6                  | 7     | /                          | /     | 7                            | 1     | 21                | 43    | /                  | /     | 11                 | 6     | /                   | 1     |
|                      | 0,5                  | 0,5   | 0,4             | 0,5   | 0,3                | 0,3   |                            |       | 0,7                          | 0,1   | 0,6               | 1,2   |                    |       | 0,7                | 0,4   |                     | 0,2   |
| druge kombin.        | 31                   | 15    | 13              | 5     | 3                  | /     | /                          | 1     | 4                            | 1     | 8                 | 6     | /                  | /     | 6                  | 3     | /                   | /     |
|                      | 0,2                  | 0,1   | 0,2             | 0,1   | 0,1                |       |                            | 0,4   | 0,4                          | 0,1   | 0,2               | 0,2   |                    |       | 0,4                | 0,2   |                     |       |
| ukupno               | 13581                | 13844 | 6892            | 7040  | 2222               | 2103  | 130                        | 230   | 1040                         | 1055  | 3479              | 3504  | 172                | 197   | 1539               | 1521  | 486                 | 534   |

\* "Statistički godišnjak SFRJ" 1990; "Demografska statistika" 1989.

Tabela 2 – Podaci za SFR Jugoslaviju (1987. i 1988.)



Posle deset/dvadeset godina, u 1987. godini i 1988. godini statistički podaci su slični, pokazuju da su u Republici Srbiji (u okviru tadašnje SFR Jugoslavije) deca poverena majkama u 75% slučajeva poveravanja, ocu u oko 20%, razdvojena između roditelja u oko 4%, a poverena trećem licu ili ustanovi u samo oko 0,5%. U Pokrajini Vojvodini (u okviru tadašnje SFR Jugoslavije) u 1987. godini i 1988. godini deca poverena majkama u oko 81% slučaju poveravanja, ocu u oko 15%, razdvojena između roditelja u oko 4-5%, a poverena trećem licu ili ustanovi u samo oko 0,3% – *tabela 2*.

Posle trideset godina u Srbiji, u 2016. godini, dete je povereno majci u 73% slučajeva, ocu u 14% slučajeva, dok je zajedničko vršenje roditeljskog prava uspostavljeno u 13%. Dakle, u vrlo malom broju slučajeva je određeno zajedničko vršenje roditeljskog prava.<sup>30</sup>

Istraživanje sudske prakse o poveravanju dece sprovedeno je pre 30 godina i to za 1987. godinu, 1988. godinu i 1989. godinu.<sup>31</sup> Jednogodišnje istraživanje je sprovedeno posle 20 godina, za 2007. godinu i u najnovije, posle nepunih 30 godina, za 2016. godinu. Osnovni cilj sprovedenih istraživanja je upoređenje sudske prakse o poveravanju dece posle razvoda braka, a posebno upoređenje odnosa predmeta u kojima je majka određena kao roditelj koji primarno vrši roditeljsko pravo i predmeta u kojima je određen otac i to za sve periode, te zajedničko vršenje roditeljskog prava za 2007. godinu i 2016. godinu, s obzirom da ovaj oblik staranja postoji od 2005. godine donošenjem Porodičnog zakona.

Istraživanje sudske prakse o poveravanju dece za 1987. godinu, 1988. godinu i 1989. godinu je sprovedeno u dva prvostepena suda, tada nadležna i to: Višem sudu u Novom Sadu i Višem sudu u Subotici – *tabele 3 i 4*.

U Višem sudu u Novom Sadu pregledano je u 1989. godini 400 parničnih predmeta od kojih je bilo 54 predmeta razvoda sa maloletnom decom; u 1988. godini 300 parničnih predmeta od kojih je bilo 52 predmeta razvoda sa maloletnom decom; u 1987. godini 310 razvoda, od čega 167 razvoda sa maloletnom decom. U Višem sudu u Subotici pregledano je u 1989. godini 554 predmeta okončanih razvodom, od čega posebno 264 predmeta razvoda braka sa maloletnom decom; u 1988. godini 300 parničnih predmeta, od čega 49 razvoda sa maloletnom decom.

U najvećem broju slučajeva deca su nakon razvoda braka poverena majci, i u okviru suda u Novom Sadu i Subotici. Ukupan procenat poveravanja dece majkama je bio najniži 77%, a najviši 88% godišnje u pojedinom sudu. Kada se radilo

<sup>30</sup> Saopštenje – Zaključeni i razvedeni brakovi, Republički zavod za statistiku, 2016. [http://www.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/02/53/07/SN50\\_173\\_srb-2016.pdf](http://www.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/02/53/07/SN50_173_srb-2016.pdf)

<sup>31</sup> Gordana Kovaček Stanić, *Pravni izraz roditeljstva*, Novi Sad, 1994, 62-85. i Gordana Kovaček Stanić, *Parenthood: Child Custody Types, Law and Court Practice in Yugoslavia*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1-2/1990, 83-90.

| god.                                                                  | broj predmeta |     |    | majci broj / % |      |      | ocu broj / % |      |      | majci i ocu broj / % |     |      | trećem licu ili ustanovi |
|-----------------------------------------------------------------------|---------------|-----|----|----------------|------|------|--------------|------|------|----------------------|-----|------|--------------------------|
|                                                                       | A             | B   | C  | A              | B    | C    | A            | B    | C    | A                    | B   | C    |                          |
| 1987.                                                                 | 167           | 130 | 37 | 135            | 107  | 28   | 16           | 13   | 3    | 16                   | 10  | 6    | /                        |
|                                                                       |               |     |    | 80,8           | 82,3 | 75,7 | 9,6          | 10,0 | 8,1  | 9,6                  | 7,7 | 16,2 |                          |
| 1988.                                                                 | 183           | 149 | 34 | 145            | 122  | 25   | 27           | 23   | 4    | 11                   | 4   | 5    | /                        |
|                                                                       |               |     |    | 79,2           | 81,9 | 73,5 | 14,8         | 15,4 | 11,8 | 6,0                  | 2,7 | 14,7 |                          |
| 1989.                                                                 | 264           | 188 | 76 | 219            | 153  | 66   | 31           | 25   | 6    | 14                   | 10  | 4    | /                        |
|                                                                       |               |     |    | 83,0           | 81,4 | 86,8 | 11,7         | 13,3 | 7,9  | 5,3                  | 5,3 | 5,3  |                          |
| A - ukupan broj predmeta razvoda braka (sa maloletnom decom)          |               |     |    |                |      |      |              |      |      |                      |     |      |                          |
| B - broj predmeta razvoda na osnovu nepodnošljivog zajedničkog života |               |     |    |                |      |      |              |      |      |                      |     |      |                          |
| C - broj predmeta razvoda po sporazumu                                |               |     |    |                |      |      |              |      |      |                      |     |      |                          |

Tabela 3 – Viši sud Novi Sad

| god.                                                                        | broj predmeta |    |    | majci broj / % |      |      | ocu broj / % |      |      | majci i ocu broj / % |     |   | trećem licu ili ustanovi |
|-----------------------------------------------------------------------------|---------------|----|----|----------------|------|------|--------------|------|------|----------------------|-----|---|--------------------------|
|                                                                             | A             | B  | C  | A              | B    | C    | A            | B    | C    | A                    | B   | C |                          |
| 1987.                                                                       | 49            | 47 | 2  | 38             | 36   | 2    | 7            | 7    | /    | 3                    | 3   | / | 1                        |
|                                                                             |               |    |    | 77,5           | 76,6 | 100  | 14,3         | 14,9 |      | 6,1                  | 6,4 |   | 2,0                      |
| 1988.                                                                       | 52            | 47 | 5  | 46             | 42   | 4    | 2            | 1    | 1    | 4                    | 4   | / | /                        |
|                                                                             |               |    |    | 88,5           | 89,4 | 80,0 | 3,8          | 2,1  | 20,0 | 7,7                  | 8,5 |   |                          |
| 1989.                                                                       | 54            | 44 | 10 | 44             | 35   | 9    | 9            | 8    | 1    | 1                    | 1   | / | /                        |
|                                                                             |               |    |    | 81,5           | 79,5 | 90,0 | 16,6         | 18,2 | 10,0 | 1,8                  | 2,3 |   |                          |
| A - ukupan broj predmeta razvoda braka (sa maloletnom decom)                |               |    |    |                |      |      |              |      |      |                      |     |   |                          |
| B - broj predmeta razvoda braka na osnovu nepodnošljivog zajedničkog života |               |    |    |                |      |      |              |      |      |                      |     |   |                          |
| C - broj predmeta razvoda braka po sporazumu                                |               |    |    |                |      |      |              |      |      |                      |     |   |                          |

Tabela 4 – Viši sud Subotica

o razvodu na osnovu nepodnošljivog zajedničkog života najniži je 76%, a najviši 89%, a kada se radilo o razvodu po sporazumu najniži je 73%, a najviši 100%. Ukupan procenat poveravanja dece ocu je bio najniži 4%, a najviši 16%. Kada se radilo o razvodu na osnovu nepodnošljivog zajedničkog života najniži je 2%, a najviši 18%, a kada se radilo o razvodu po sporazumu najniži 8%, a najviši 20%. Deca su razdvojena između roditelja ukupno u procentu najnižem 2%, a najvišem 9%. Kada se radilo o razvodu na osnovu nepodnošljivog zajedničkog života najniži je 2%, a najviši 8%, a kada se radilo o razvodu po sporazumu najniži je 0%, a najviši 16%.

U istraživanju o vršenju roditeljskog prava posle razvoda braka, sprovedenom u Osnovnom sudu u Novom Sadu u 2007. godini, došlo se do sledećih podataka. Samostalno vršenje roditeljskog prava je preovlađujući oblik roditeljskog staranja (oko 87%), a zajedničko staranje je određeno samo u oko 12% slučajeva. S obzirom da je zajedničko vršenje roditeljskog prava nakon razvoda braka uvedeno u pravni sistem Srbije Porodičnim zakonom iz 2005. godine, radilo se o godini kada je primena ovog Zakona ustvari, bila tek na početku. Upoređujući ove podatke sa podacima u drugim zemljama, na primer podacima u Švajcarskoj, može se zaključiti da je stanje slično. Na primer u Švajcarskoj je uvedeno zajedničko staranje 2000. godine i tada je ono određeno u oko 15% slučajeva.<sup>32</sup> Samostalno vršenje roditeljskog prava je bilo određeno u preovlađujućem broju majci kao roditelju

<sup>32</sup> G. Kovaček Stanić (2015), 142., fn. 25.

(oko 94%). Očevima je određeno samostalno vršenje roditeljskog prava samo u oko 6% predmeta. Upoređenjem sa istraživanjem koje je sprovedeno dvadeset godina ranije u tadašnjem Višem sudu u Novom Sadu kao prvostepenom, vidi se da su maloletna deca bila poverena majci u oko 81% slučajeva, ocu u oko 10%, a da su maloletna deca iz istog braka razdvojena između roditelja u oko 10% slučajeva.<sup>33</sup> Na prvi pogled se čini da podaci ukazuju na postojanje velikih razlika u broju slučajeva u kojima se majka starala o deci pre 20 godina i sada. Međutim, ako se ima u vidu broj slučajeva zajedničkog staranja u 2007. godini, a u kojima uglavnom deca žive sa majkom, može se zaključiti da je *de facto* stanje u praksi slično u 2007. godini kao što je bilo 20 godina ranije.

U istraživanju o vršenju roditeljskog prava posle razvoda braka, sprovedenom u Osnovnom sudu u Novom Sadu u 2015. godini i 2016. godini utvrđeno je da su tokom 2015. godine vođena ukupno 1232 brakorazvodna postupka, od čega je 614 razvoda zbog poremećaja bračnih odnosa, a 618 razvoda braka po sporazumu – *tabela 5*.

| Начин решавања                                  | Споразумни<br>развод брака | Развод на основу<br>поремећаја<br>брачних односа | Укупно      |
|-------------------------------------------------|----------------------------|--------------------------------------------------|-------------|
| Пресуда на основу расправе – усвојено           | 246                        | 214                                              | 460         |
| Пресуда – разводи се брак                       | 307                        | 192                                              | 499         |
| Пресуда на основу расправе – делимично усвојено | 0                          | 32                                               | 32          |
| Решење о повлачењу тужбе – сматра се повученом  | 45                         | 77                                               | 122         |
| Решење о спајању поступка                       | 1                          | 43                                               | 44          |
| Решење о обустави поступка                      | 17                         | 24                                               | 41          |
| Пресуда на основу расправе – одбијено           | 0                          | 2                                                | 2           |
| Решење којим се прекида поступак                | 1                          | 12                                               | 13          |
| Решење о ненадлежности                          | 0                          | 4                                                | 4           |
| Решење о одбачају                               | 1                          | 11                                               | 12          |
| Нерешено                                        | 0                          | 3                                                | 3           |
| <b>УКУПНО</b>                                   | <b>618</b>                 | <b>614</b>                                       | <b>1232</b> |

Tabela 5

Pored brakorazvodnih postupaka, tokom 2015. godine pokrenuto je 177 postupaka u kojima je naknadno rešavano o poveravanju dece i 182 postupka o izdržavanju dece.

Tokom 2016. godine vođeno je ukupno 1218 postupaka o razvodu braka, 603 razvoda zbog poremećaja bračnih odnosa, dok je 615 razvoda braka po sporazumu – *tabela 6*.

<sup>33</sup> G. Kovaček Stanić (1994), 62-80., fn. 31.

| Начин решавања                                  | Споразумни<br>развод брака | Развод на основу<br>поремећаја<br>брачних односа | Укупно      |
|-------------------------------------------------|----------------------------|--------------------------------------------------|-------------|
| Пресуда на основу расправе – усвојено           | 230                        | 191                                              | <b>421</b>  |
| Пресуда – разводи се брак                       | 313                        | 210                                              | <b>523</b>  |
| Пресуда на основу расправе – делимично усвојено | 0                          | 22                                               | <b>22</b>   |
| Решење о повлачењу тужбе – сматра се повученом  | 44                         | 66                                               | <b>110</b>  |
| Решење о спајању поступка                       | 0                          | 51                                               | <b>51</b>   |
| Решење о обустави поступка                      | 19                         | 20                                               | <b>39</b>   |
| Пресуда на основу расправе – одбијено           | 1                          | 1                                                | <b>2</b>    |
| Решење којим се прекида поступак                | 2                          | 8                                                | <b>10</b>   |
| Решење о ненадлежности                          | 1                          | 1                                                | <b>2</b>    |
| Пресуда на основу одрицања                      | 0                          | 1                                                | <b>1</b>    |
| Решење о одбачају                               | 2                          | 6                                                | <b>8</b>    |
| Пресуда без расправе                            | 1                          | 0                                                | <b>1</b>    |
| Нерешено                                        | 2                          | 26                                               | <b>28</b>   |
| <b>УКУПНО</b>                                   | <b>615</b>                 | <b>603</b>                                       | <b>1218</b> |

Табела 6

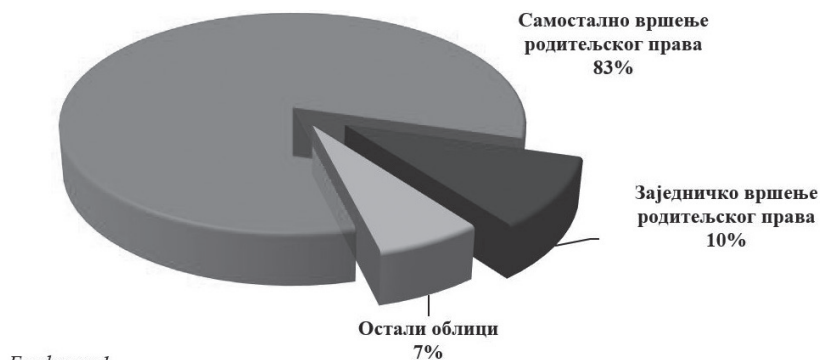
Tokom 2016. godine o poveravanju dece odlučivano je u 113 slučajeva, dok je o izdržavanju dece odlučivano u 177 slučajeva.

Navedeni podaci odnose se na sve slučajeve razvoda braka, bez obzira da li među njima ima dece ili ne i da li su ona maloletna ili punoletna. Predmet našeg interesovanja bili su samo slučajevi u kojima ima maloletne dece. Pregledano je ukupno 430 predmeta, od čega je za rad relevantno 228 odluka, jer se u tim slučajevima radilo o razvodu lica koja u trenutku razvoda braka imaju maloletnu decu. Od 339 dece, 287 je bilo maloletno u trenutku razvoda, što čini 84% ukupnog broja rođene dece u pregledanim predmetima.

Kada se posmatraju ukupni podaci za 2015. godinu i 2016. godinu može se izvesti zaključak da se brakovi skoro podjednako razvode po sporazumu i na osnovu poremećaja bračnih odnosa. Međutim kada se posmatraju podaci izdvojeni za istraživanje, dobija se nešto drugačiji rezultat. Da li je rezultat slučajnost ili na njega na neki način utiče činjenica da se radi o razvodima u kojima ima maloletne dece, ostaje otvoreno pitanje. Sud je razveo 69% brakova na osnovu poremećaja bračnih odnosa naspram svega 31% brakova koje je razveo po sporazumu. Sporni su slučajevi u kojima je sud tužbu smatrao sporazumom, s obzirom da u tim slučajevima sudija ne daje nikakvo obrazloženje niti navodi član na osnovu kog je brak razveo, što smatramo propustom. Navedene predmete smo svrstali u sporazumne razvode braka. U 15% slučajeva tužba se smatrala povučenom.

Što se tiče vršenja roditeljskog prava, roditelji će zajednički vršiti roditeljsko pravo u samo 11% slučajeva, dok će se roditeljsko pravo vršiti samostalno u čak 82% slučajeva.

Već na prvi pogled uočljiva je znatna razlika u broju između zajedničkog i samostalnog vršenja roditeljskog prava. Razlozi mogu biti brojni. Prva logična pomisao bila bi da roditelji ne mogu da se dogovore oko vršenja roditeljskog prava, te da je zbog toga ovaj vid vršenja iz tog razloga isključen. Međutim, roditelji su podnosili predlog za sporazumni razvod braka i u toku samog postupka su postizali dogovor, ali nisu uvek birali zajedničko vršenje roditeljskog prava (odnos je pola-pola). Jedan od razloga može biti taj što u domaćem pravu nema velike razlike između zajedničkog i samostalnog vršenja roditeljskog prava u pogledu sadržine samih prava. Kada se roditelji ne opredele za mogućnost podeljenog boravišta, prebivalište deteta će biti kod jednog roditelja. Ukoliko roditelji postignu dogovor oko fleksibilnog načina održavanja kontakta, razlike praktično i nema u vezi sa svakodnevnom brigom o detetu. Roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo ima pravo da učestvuje u donošenju svih važnih odluka vezanih za dete, ali zakonski zastupnik deteta je onaj roditelj koji vrši roditeljsko pravo. Prilikom opredeljivanja za zajedničko vršenje roditeljskog prava, roditelji nisu koristili mogućnost određivanja podeljenog boravišta, već je u 6 slučajeva detetovo prebivalište bilo kod oca, dok je u 14 slučajeva ono bilo kod majke. Čak je i u situacijama kada roditelji nastavljaju da žive zajedno sa decom u istom domaćinstvu, prebivalište deteta bilo u izreci presude određeno pojedinačno, kod oca ili kod majke. U jednom predmetu predlog roditelja, koji je prihvaćen od strane suda, bio je podeljeno prebivalište, ali tako da žensko dete živi sa majkom, a muška deca sa ocem, iako zajednički vrše roditeljsko pravo.



Графикон 1

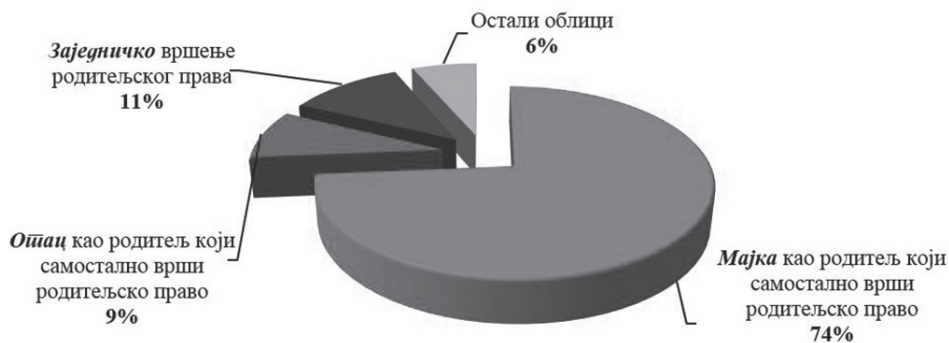
Sud je u svakom predmetu posebno cenio sporazum roditelja i isti prihvatao kao rešenje koje odgovara najboljem interesu deteta – *grafikon 1*.

Postoje primeri u kojima su deca podeljena između roditelja (5%), kao i primeri lišenja roditeljskog prava, kada su deca poverena trećim licima (2%) – *grafikon 2*.

Prilikom odlučivanja o razdvajanju dece, sud se prevashodno vodio željom deteta kao kriterijumom, u slučajevima kada je ona bila izjavljena, a u njenom nedostatku bitnu činjenicu za donošenje odluke igrao je kriterijum *status quo*. Ukoliko dete nije izričito izrazilo želju da živi sa jednim od roditelja, sud je odluku donosio na osnovu činjenice da dete već živi sa konkretnim roditeljem. Treći kriterijum kojem je sud pribegavao jeste sporazum roditelja. U 8 od 9 slučajeva gde je doneta odluka o razdvajanju dece, sud je cenio izveštaj centra za socijalni rad i po pravilu ga prihvatao, sa tim da tu svoju odluku nije posebno obrazlagao. Od tri slučaja lišavanja roditeljskog prava, u prvom su oba roditelja potpuno lišena, dok su u druga dva slučaja roditelji lišeni prava samo delimično. Nakon lišavanja roditeljskog prava deca su smeštena u hraniteljske porodice, a u jednom slučaju detetova baba po ocu preuzela je brigu o detetu.

Na osnovu iznetog može se konstatovati da se deca po pravilu poveravaju roditeljima, a samo izuzetno trećim licima. Najčešći razlog za poveravanje dece trećim licima jeste lišenje roditeljskog prava.

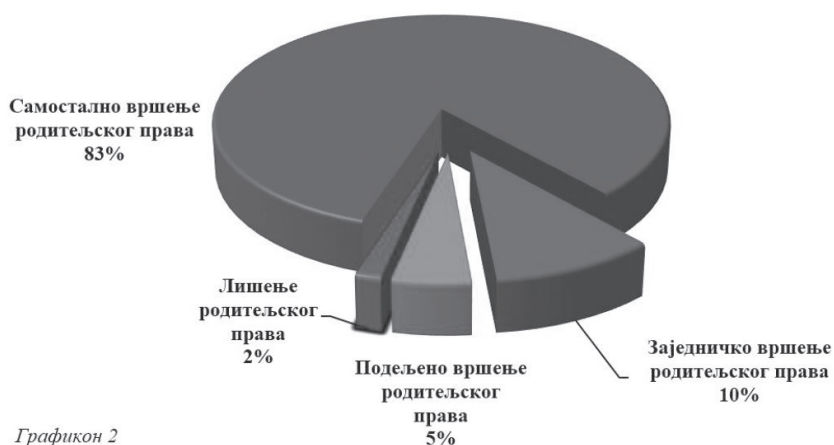
Kako je daleko najčešći vid vršenja roditeljskog prava nakon razvoda samostalno vršenje, postavlja se pitanje ko od roditelja ima prednost prilikom odlučivanja o poveravanju zajedničke dece. Analizom predmeta dolazi se do podatka da je u čak 74% slučajeva majka određena kao roditelj koji se samostalno stara o deci, dok je otac dobio samostalno staranje u 9% slučajeva – *grafikon 3*.



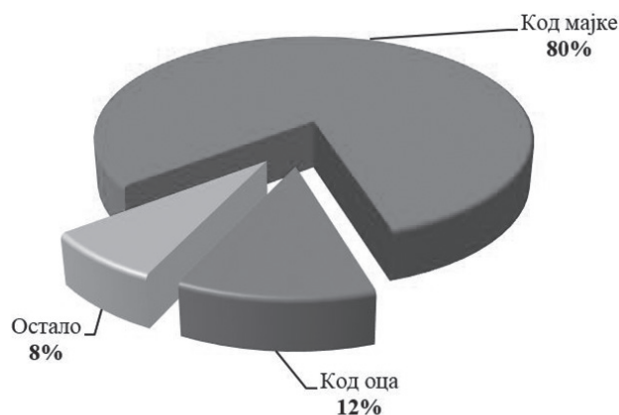
*Графикон 3*

U skladu sa ovim su i podaci o prebivalištu dece nakon razvoda braka, koja će u najvećem broju slučajeva nakon razvoda živeti sa majkom – *grafikon 4*.





Графикон 2



Графикон 4

Radi upoređenja podataka o poveravanju dece u Srbiji i drugim zemljama, navešćemo podatke za dve države, Švedske i Španije. U Švedskoj je između 2000. godine i 2010. godine oko 50.000 dece na godišnjem nivou prošlo kroz razvod svojih roditelja. Zajedničko staranje čini 93%, dok ostalih 7% čini samostalno staranje, u kom slučaju su deca poverena majkama (u 75% slučajeva). Uglavnom majke traže samostalno staranje, dok očevi uglavnom traže ili zajedničko staranje ili više mogućnosti za ostvarivanje kontakta sa decom. Ono što statistički podaci dalje pokazuju jeste da je došlo i do povećanja od 60% u sporovima roditelja oko staranja nad decom.<sup>34</sup> U Španiji je izvršena reforma porodičnog prava 2005. go-

<sup>34</sup> Demografski izveštaj iz 2013. godine; deca, roditelji i razdvajanje: trend 21. veka. Navedeno prema: Ann-Sofie Bergman, Annika Rejmer, „Parents in child custody disputes: Why are



dine. Jedan od razloga za reformu su bili podaci koji su ukazivali na to da su u Španiji, po pravilu, majke samostalno vršile roditeljsko pravo nakon razvoda braka, te da su očevi retko tražili da samostalno vode brigu o deci, s obzirom da su postojale male šanse da u tome uopšte uspeju. Kada bi se deca poveravala očevima, obično su se utvrđivale negativne činjenice na strani majke, da ona nije u stanju ili je nezainteresovana da o deci brine. Izneto je potvrdila i analiza 782 slučajeva razvoda braka sprovedena između 1993. godine i 1999. godine, čiji rezultati pokazuju da su očevi češće morali da navode razloge zbog kojih zahtevaju samostalno vršenje roditeljskog prava u odnosu na majku (odnos je 60% prema 40%).<sup>35</sup>

#### 4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Upoređenjem podataka o staranju o deci posle razvoda braka u ranijim periodima i danas, može se zaključiti da su se pre pola veka majke starale o deci u Srbiji u manjem broju slučajeva u odnosu na kasnije periode (u oko 65%), pa su se konsekvntno, očevi starali o deci u većem broju slučajeva nego kasnije (28%). Podaci od pre 30 godina pokazuju da su u Republici Srbiji (u okviru tadašnje SFR Jugoslavije) deca poverena majkama u 75% slučajeva poveravanja, ocu u oko 20%. U Republici Srbiji u 2016. godini 73% dece je povereno majci, 14% dece je povereno ocu, dok je zajedničko vršenje roditeljskog prava uspostavljeno u 13%. Prilikom opredeljivanja za zajedničko vršenje roditeljskog prava, roditelji nisu koristili mogućnost određivanja naizmeničnog boravišta.

Slično je i u Vojvodini. Pre pola veka majke su se starale o deci u 74%, a očevi u 19%, a pre 30 godina (u 1987. godini i 1988. godini) deca su poverena majkama u oko 81% slučaju poveravanja, ocu u oko 15%.

Rezultati istraživanja sudske prakse u prvostepenom sudu u Novom Sadu pre 30 godina pokazuju da je između 80% i 83% dece povereno majkama u tri posmatrane godine, a ocu između 10% i 15%. Rezultati istraživanja sudske prakse u prvostepenom sudu u Novom Sadu danas pokazuju da je u 74% slučajeva majka određena kao roditelj koji se samostalno stara o deci, dok je otac dobio samostalno staranje u 9% slučajeva, dok je zajedničko vršenje roditeljskog prava određeno u 11% slučajeva. Ako se ima u vidu da i kada je roditeljsko staranje zajedničko deca uglavnom žive sa majkom (14 slučajeva), a sa ocem u 6 slučajeva, procenat dece koja žive sa majkama se povećava na 82,5%, pa se može zaključiti da je *de facto* stanje u praksi slično posmatrajući stanje od pre 30 godina i danas.

---

they disputing?“, *Journal of Child Custody*, dostupno na: <http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/15379418.2017.1365320>, datum posete: 30.11.2017. godine.

<sup>35</sup> Ramon Arce, Francisca Farina, Dolores Seijdo, „Razonamientos judiciales en procesos de separación: análisis cognitivo y de contenido de las motivaciones“, *Psicothema*, 17(1), 2005, p. 57-63; navedeno prema: *Ibid.*

Što se tiče odnosa zajedničkog i samostalnog staranja pre 10 godina i danas, primećuje se da je odnos sličan. Pre 10 godina samostalno vršenje roditeljskog prava je bilo određeno u oko 87%, a zajedničko vršenje roditeljskog prava je određeno u oko 12% slučajeva, a u 2016. godini samostalno vršenje roditeljskog prava je bilo određeno u oko 82%, a zajedničko vršenje roditeljskog prava je određeno u oko 11% slučajeva. Inače, kada se radi o razvodima u kojima ima maloletne dece, brak je u 2016. godini u mnogo većem procentu razveden na osnovu poremećaja bračnih odnosa (69%), nego po sporazumu (31%). Ovaj podatak pokazuje da supružnici nisu mogli da postignu sporazum ni o samom razvodu, pa su se verovatno teže sporazumevali o vršenju roditeljskog prava. Kako je za zajedničko vršenje roditeljskog prava u domaćem pravu neophodan uslov sporazum roditelja, to je, može se pretpostaviti, osnovna prepreka da ovaj oblik staranja dobije veći značaj u praksi. I na kraju, zaključuje se da je iako od donošenja Porodičnog zakona i uvođenja zajedničkog vršenja roditeljskog prava do istraživanja prošlo 11 godina, stanje je slično kao u prvoj godini primene Porodičnog zakona. Očigledno je da je u sredini u kojoj je sprovedeno istraživanje (grad Novi Sad), a slično stanje je i na nivou cele Srbije, zajedničko vršenje roditeljskog prava još uvek izuzetan oblik staranja, koji roditelji teško prihvataju kao soluciju posle razvoda braka.

*Gordana B. Kovaček Stanić, Ph.D., Full Professor*  
*University of Novi Sad*  
*Faculty of Law Novi Sad*  
*gkstanic@pf.uns.ac.rs*

*Sandra O. Samardžić, Assistant*  
*University of Novi Sad*  
*Faculty of Law Novi Sad*  
*sandra.samardzic@pf.uns.ac.rs*

*Milica S. Kovačević, Teaching Assistant*  
*University of Novi Sad*  
*Faculty of Law Novi Sad*  
*M.Kovacevic@pf.uns.ac.rs*

## **The Divorce and Joint Parental Responsibilities as a Result of Divorce in Theory and Practice**

**Abstract:** *Exercising parental responsibilities can take two forms. On the one hand, parents having parental responsibilities can exercise them jointly. Another possibility is a sole custody arrangement when one parent exercises parental responsibilities alone. Joint exercise of parental responsibilities even in the cases when parents live separately was first introduced into our legal system by the Family Act of 2005. One of the conditions for jointly exercising parental responsibilities in these situations is the written agreement between the parents. This paper gives a review of the case law concerning parental responsibilities after divorce for different periods of time: the reviews of 1969 and of 1979 are given first, followed by the 1987, 1988 and 1989 case law reviews of two courts of first instance – the High Court in Novi Sad and the High Court in Subotica. Finally, the research results on the exercise of parental responsibilities after divorce in 2007 and 2016, conducted at the Basic Court in Novi Sad, are also presented, when a certain number of cases of joint exercise of parental rights are also analyzed, bearing in mind that this form of parental responsibility has existed since 2005, when the Family Act was adopted.*

**Keywords:** *parental responsibilities, joint exercise of parental responsibilities, divorce.*

Datum prijema rada: 08.01.2018.

*Dr Danica D. Popov, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
dpopov@pf.uns.ac.rs*

## POJAM I PREDMET PRAVA PLODOUŽIVANJA U PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Pravo plodouživanja je, vremenski ograničeno, najšire pravo upotrebe i pribiranja plodova sa tuđe stvari (poslužno dobro) uz očuvanje njene supstancije. Predmet prava plodouživanja mogu biti stvari, prava, imovina ili imovinska celina kao i zaostavština ili njen alikvotni deo kako je predloženo u Prednacrtu Građanskog zakonika. Plodouživanje obuhvata i pripatke, proizvode i priraštaje poslužnog dobra kao i koristi koje ono daje, ako strane tako ugovore ili ako zakonom nije predviđeno nešto drugo. Stvar kao predmet plodouživanja može da bude pokretna ili nepokretna, ali mora da bude nepotrošna. Može se konstituisati i plodouživanje na potrošnim stvarima, (nepravo plodouživanje), ali za njega važe posebna pravila. Prava kao predmet plodouživanja, moraju da budu prenosiva imovinska prava koja se mogu neposredno ili posredno koristiti. Prednacrtom Građanskog zakonika se predlaže da zaostavština ili njen alikvotni deo mogu biti predmet plodouživanja, jer je čine stvari i prava kao deo imovine ili imovinske celine. U radu se dalje razmatra način pribiranja plodova koje daje poslužno dobro. Plodouživanje kao sveobuhvatno i isključivo pravo lične službenosti je vremenski ograničeno. Ako je konstituisano u korist fizičkog lica, može trajati najduže do kraja njegovog života, ako se ugovorom ili zaveštanjem ne predvidi kraći rok. Za pravno lice se u Prednacrtu Građanskog zakonika predviđa da traje do prestanka pravnog lica, a najduže 50. godina.*

**Ključne reči:** *pojam prava plodouživanja, predmet prava plodouživanja, nepravo plodouživanje, pribiranje plodova, trajanje plodouživanja.*

---

<sup>1</sup> Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“, čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

## 1. POJAM PRAVA PLODOUŽIVANJA

Plodouživanje (*ususfructus*) je stvarno pravo koje ovlašćuje plodouživaoca na sveobuhvatnu upotrebu i ubiranje plodova sa tuđe stvari, bez prava zahvatanja supstancije poslužnog dobra<sup>2</sup>. Ova definicija potiče od rimskog pravnika Paulusa: „*Usus fructus est ius alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia*“.<sup>3</sup>

Ima mišljenja da je Gajeva (2.9.3.) definicija plodouživanja, kao *ius utendi, fruendi* preciznija, jer obuhvata i pravo korišćenja stvari koje omogućava izvlačenje prihoda od stvari koji se ne mogu tretirati kao plodovi (na primer vađenje peska, kamena itd.) jer se njima zadire u suštinu, supstanciju stvari.<sup>4</sup>

Plodouživanje je stvarno, neotuđivo, nenasledivo pravo najpotpunijeg korišćenja tuđe pokretne ili nepokretne stvari bez povrede njene suštine.<sup>5</sup>

*Ususfructus* je stvarno pravo uživati tuđu stvar bez ograničenja čuvajući njenu suštinu. *Ususfructus*, obuhvata u sebi pravo potpune upotrebe stvari i pravo na sve plodove bez obzira na svoje potrebe.<sup>6</sup> Ovom definicijom plodouživanja prema kojoj plodouživalac ima pravo potpune upotrebe stvari i pravo na sve plodove „bez obzira na svoje potrebe“ naglašena je razlika u odnosu na drugu ličnu službenost, pravo upotrebe, čiji titular ima ovlašćenje da upotrebljava poslužnu stvar i pribira plodove u granicama svojih potreba i potreba članova svoje porodice.<sup>7</sup>

Prema Srpskom građanskom zakoniku iz 1844. godine, plodouživanje i druge lične službenosti regulisane su u okviru glave osam: „O služnostima (servitutima),“ na sledeći način: „Kome pripada pravo na uživanje tuđe stvari, onaj može tuđu stvar, samo suštinu njenu ne narušavajući bez svakog ograničenja uživati“.<sup>8</sup> I Austrijski građanski zakonik (§509), sadrži identičnu definiciju prava plodouživanja.

Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru iz 1888. godine sadržavao je obuhvatniju definiciju plodouživanja: „Ko ima pravo da uživa neku tuđu stvar (dobro, imanje), on je uopšte vlastan sve plodove i dohotke kao gospodar od nje primati i njome se najpotpunije koristovati, ma kako imućan bio. Pored svega toga, ipak, on treba da suštinu stvari, na kojoj je pravo uživanja, uzdrži u njenoj potpunoj cjelini.“<sup>9</sup> U šestom delu Kodifikacije „Objašnjenja, određenja, dopune“ navodi se: „Pravo

---

<sup>2</sup> Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Niš 2009, 189.

<sup>3</sup> D.7.1.1. *Paulus libro tertio ad Vitellium*.

<sup>4</sup> Fritz Schultz, *Classical Roman Law*, Oxford 1969, 386, citirano prema, Obrad Stanojević, *Rimsko pravo* Beograd 1999, 226.

<sup>5</sup> Dragoljub Stojanović, *Stvarno pravo*, Kragujevac 1998, 19. Po prof. D. Stojanoviću ovo je drugim rečima prevedena gore navedena definicija *Paulusa*

<sup>6</sup> Čedo Rajačić, *Stvarno pravo* Zagreb 1956, 356.

<sup>7</sup> Ova tehnika regulisanja plodouživanja preuzeta je iz Nemačkog građanskog zakonika, par. 1090-1093. Detaljnije vid. Karl-Heinz Schwab, Hanns Prutting, *Sachenrecht*, 32 Aufl., Beck, München 2006, 357-359.

<sup>8</sup> § 374.

<sup>9</sup> Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, čl. 156.

uživanja, i ako je vezano lično za uživaoca te ga on na drugoga ne može prenjeti, ipak, u koliko je zakonito postavljeno, ima potpuni značaj stvarnog prava kao i svako drugo poslužje; šta više, uživanje je najopširnija vrsta prava poslužja<sup>10</sup>.

Norme o plodouživanju iz ovih zakonika primenjivale su se sve do završetka Drugog svetskog rata kada su Zakonom o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. i za vreme neprijateljske okupacije<sup>11</sup> proglašene nevažećim i mogle su se primenjivati samo pod uslovima iz člana 4. pomenutog Zakona. U pokušaju kodifikovanja materije građanskog prava posle Drugog svetskog rata koja je samo delimično bila izvršena<sup>12</sup>, plodouživanje kao i ostale lične službenosti nije bilo posebno regulisano. Donošenjem Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima,<sup>13</sup> koji od izmena Zakona iz 1996. godine,<sup>14</sup> nosi naziv Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa (ZOSPO), plodouživanje je i dalje ostalo neregulisano. U Glavi III ZOSPO pod naslovom „Pravo službenosti“ regulišu se samo stvarne službenosti, ali ne i lične službenosti i stvarni tereti<sup>15</sup>. U čl. 60. Zakona navodi se: „Pravo plodouživanja, upotrebe i pravo stanovanja, kao i pravo stvarnog tereta uređuje se zakonom“, čime je njihovo regulisanje prepušteno republičkom odnosno pokrajinskom zakonodavstvu iako su u prvobitnom tekstu Nacrta ZOSPO bili regulisani i pravo plodouživanja, pravo upotrebe i pravo stanovanja. U vezi toga se u „Obrazloženju Predloga ZOSPO“ navodilo: „Razlog za ovakav stav je u tome što se mnoge lične službenosti, kao što su, pravo upotrebe i pravo stanovanja, u nekim krajevima zemlje uopšte ne zasnivaju. Što se tiče prava plodouživanja, ono je veoma detaljno regulisano republičkim propisima o nasleđivanju, kao i stvarni tereti kod ugovora o doživotnom izdržavanju, pa ukoliko je potrebno još nešto kod ovih instituta dodati, o tome će odlučivati svaka republika odnosno autonomna pokrajina“<sup>16</sup>.

Zakonsku regulativu prva plodouživanja odredilo je i shvatanje da lične službenosti ne predstavljaju osnovni svojinsko-pravni odnos, nasuprot stvarnim službenostima. Ostalo je da se na plodouživanje i ostale lične službenosti primenjuju predratna pravna pravila.<sup>17</sup>

Razlozi koji su uticali na umanjenje značaja plodouživanja u našem pravu su između ostalog i značajne promene u svojinskim oblicima nastalih posle Drugog svetskog rata (dominantan oblik svojine predstavljala je socijalistička, držav-

<sup>10</sup> *Ibid.*, čl. 859.

<sup>11</sup> *Službeni list FNRJ* br.86/46.

<sup>12</sup> Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad 2013,171.

<sup>13</sup> Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 6/80 i 36/90.

<sup>14</sup> *Službeni list SRJ*, br.29/96, izmene u *Službeni glasnik RS*, br. 115/05 (dalje ZOSPO).

<sup>15</sup> Danica Popov, *Načela stvarnih službenosti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2014,117.

<sup>16</sup> Opširnije, Boris Vizner, *Komentar Zakona o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima*, Zagreb 1980, 305.

<sup>17</sup> Radmila Kovačević Kuštrimović, „Plodouživanje i naše pravo“, *Pravni život* 10/1996, 111.

na, kolektivna svojina), što je u suprotnosti sa suštinom plodouživanja koje pretpostavlja privatnu svojinu i slobodno raspolaganje njome. Privatna svojina koja je bila marginalizovana, kao relikv prošlosti koji je trebalo da nestane, kao i ograničenje s obzorom na objekt (poljoprivredno zemljište i stambeni maksimum) i ograničenje sadržine prava svojine, naročito prava raspolaganja, uticali su na umanjenje značaja prava plodouživanja.

Drugi razlog koji je uticao na skoro iščezavanje ovog pravnog instituta nalazio se u promeni koja je nastala u porodičnom i naslednom pravu u posleratnim godinama pa je prestala i potreba za postojanjem plodouživanja predviđenim u predratnim propisima (udovički užitek § 413, 414 SGZ, i užitek muža na miraznim dobrima žene (§ 766, 767 SGZ, kao i plodouživanje roditelja na posebnoj imovini maloletnog deteta § 122 SGZ).<sup>18</sup>

Plodouživanje kao zapostavljeni pravni institut doživljava afirmaciju u tranzicionom periodu u kojem se nalazi Srbija, posle raspada SFR Jugoslavije; napuštanjem socijalističkog društveno ekonomskog uređenja i prelaskom na savremeni tržišni model privređivanja sa dominantnom privatnom svojinom. U tom smislu intenzivno se radi na donošenju zakonika kojima se afirmiše evropski model uređenja stvarnog prava koji se ogleda u pokušaju kodifikacije stvarnog prava izradom *Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*<sup>19</sup> kao i sveobuhvatne kodifikacije građanskog prava izradom *Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije*<sup>20</sup>.

Pored rada na Građanskom zakoniku potrebno je nastaviti i rad na kodifikaciji stvarnog prava gde Nacrt Zakonika o svojini i stvarnim pravima predstavlja vrlo dobar osnov. Ova dva teksta bi u završnim fazama njihovog donošenja trebalo usaglasiti imajući u vidu različite pristupe prilikom određivanja nekih pravnih instituta kao i uvođenja nekih novih, kao što su pravo realnog tereta, pravo zadržane obezbeđujuće svojine, pravo obezbeđujuće svojine. Sa druge strane „struktura Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima u grubim crtama odgovara strukturi hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (1996), i slovenačkom Stvarnopravnom zakoniku (2002). Srpski Nacrt samo po obimu zauzima poseban položaj: Sa 682 člana on je daleko obuhvatniji od hrvatskog Zakona o

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, 114. i Miroslav Lazić, „Moderan pristup pravu ličnih službenosti u pravu Srbije“, *Aktuelna pitanja građanske kodifikacija, Zbornik radova*, Niš, 2008, 166.

<sup>19</sup> *Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima* izrađen je još 2007. i objavljen u publikaciji, *Ka novom stvarnom pravu Srbije, GTZ i Ministarstvo pravde Republike Srbije*, Beograd 2007. Poslednja verzija ovog Nacrta iz 2012. godine dostupna je na internet stranici Ministarstva pravde <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>, pristup 20.11.2017. Reference u radu odnose se na ovu veziju iz 2012.

<sup>20</sup> Od 2006. godine kada je Vlada Republike Srbije oformila Komisiju za izradu Građanskog zakonika do danas odvija se rad na Građanskom zakoniku. Prednacrt je dostupan na, <http://arhiv.mpravde.gov.rs/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/gradanski-zakonik/pristup> 20.11.2017. na koji ćemo se u ovom radu pozivati.



vlasništvu i drugim stvarnim pravima sa nepunih 400 članova i slovanačkog Zakona sa nepunih 300 članova<sup>21</sup> Za potrebe ovog rada pozivaćemo se na pomenute zakone donete u Hrvatskoj i Sloveniji, ali i na kodifikaciju stvarnog prava u Republici Srpskoj koja je izvršena 2008 godine,<sup>22</sup> i vršiti poređenje sa Nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije.

Pravo plodouživanja se u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije (u daljem tekstu Prednacrt GZ), definiše kao: „najšire pravo upotrebe i pribiranja plodova sa tuđe stvari (poslužno dobro) uz obavezu da se očuva njena suština“. Ova definicija je identična onoj *Paulus-ovoj* (D.7.1.1.) i čini nam se potpuno odražava suštinu plodouživanja.

Za razliku od ove definicije, pojam plodouživanja u Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima (u daljem testu Nacrt ZSDSP) je nepotrebno iskomplikovan time što se u pojmu navodi: „Pravo plodouživanja je pravo lica da, kao dobar domaćin odnosno privrednik, potpuno iskorišćava tuđu nepotrošnu stvar, odnosno prenosivo pravo (poslužno dobro) isključujući imaoca poslužnog dobra iz njegovog iskorišćavanja, ne menjajući poslužno dobro i njegovu namenu“.<sup>23</sup>

Ova opširna definicija je nepotrebno opterećena, „obavezom plodouživaoca da kao dobar domaćin, odnosno privrednik“ potpuno iskorišćava tuđu nepotrošnu stvar. S druge strane nepotrebno je pominjati i „da isključi imaoca poslužnog dobra iz njegovog ikorišćavanja“ što se podrazumeva jer plodouživalac ima pravo da „potpuno iskorićava tuđu nepotrošnu stvar“. I deo definicije koji se odnosi na predmet plodouživanja „prenosivo pravo“ je suvišan jer predmet može biti i šire formulisano što se vidi iz stava 2. istog člana (predmet plodouživanja može biti i imovinska celina).

Definicija bi po nama trebalo da glasi, plodouživanje je pravo lica da potpuno iskorišćava tuđu nepotrošnu stvar ili prenosiva prava (poslužno dobro) ne menjajući supstanciju poslužnog dobra.

## 2. PREDMET PRAVA PLODOUŽIVANJA

Predmet prava plodouživanja u Prednacrtu GZ, je široko postavljen, pa to mogu biti stvari pokretne ili nepokretne, prava, imovina ili imovinske celine kao i alikvotni deo (čl. 1968).

<sup>21</sup> Nacrt srpskog Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima iz 2006. Mišljenje profesora *dr. Ulrich Drobinga*, Hamburg u saradnji sa gospođom *dr. Krista Jesel-Holst*, *Ka novom stvarnom pravu Srbije GTZ* i Ministarstvo pravde R. Srbije, Beograd, 2007, 154.

<sup>22</sup> Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, „*Službeni glasnik Republike Srpske*“, br. 124/08.

<sup>23</sup> Nacrt ZSDSP, 348 (1).

**2.1. Stvari** kao predmet plodouživanja mogu biti pokretne ili nepokretne, ali moraju biti nepotrošne, što je posebno istaknuto u čl. 358 Nacrta ZSDSP. Nepotrošne stvari su one koje svoju korisnost ne iscrpljuju prvom upotrebom, već se mogu upotrebljavati više puta ili neograničeno, a da se pri tome ne iscrpljuje njihova supstancija. Ovo pravilo datira iz rimskog prava. U *Justinijanovim, Institucijama* je stajalo: „Plodouživanje se može osnovati ne samo na zemljištu i zgradama nego i na robovima stoci i drugim stvarima, izuzev onih koje se upotrebom troše, kod kojih ni po prirodnom, ni po pravnom smislu, ne može postojati plodouživanje.“<sup>24</sup> Svrha plodouživanja koja se sastoji u upotrebi tuđe stvari i pribiranju plodova sa nje, a da se ne ugrozi sama supstancija stvari i da se po isteku roka na koje je ugovoreno stvar vrati vlasniku, je moguća samo na nepotrošnim stvarima. Izuzetak od ovog pravila, je mogućnost ustanovljenja plodouživanja na pokretnoj stvari, tzv. nepravo plodouživanje (*quasi ususfructus*).<sup>25</sup>

Nepotrošne stvari trebalo bi da budu i upotrebljive, što znači da imaju svojstvo da mogu da daju plodove ili druge koristi koje zadovoljavaju interes plodouživaoca.<sup>26</sup> Pravo plodouživanja isključivo na pokretnim stvarima kao samostalnom pravu se ređe ugovara, nego se češće javlja uz plodouživanje na imovini ili imovinskim celinama.

Kada je predmet plodouživanja nepokretnost, ugovor se zaključuje u formi javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) isprave, i upisuje u katastar nepokretnosti.<sup>27</sup>

Predmet plodouživanja može biti i zbir stvari ili zbirna stvar, na primer, robni lager biblioteka, stado ovaca i sl. Predmet prava plodouživanja su i pripaci, proizvodi i priraštaji poslužnog dobra, kao i koristi koje ono daje, osim ako nije drugačije propisano ili ugovoreno.<sup>28</sup>

Ako više lica ima pravo plodouživanja iste poslužne stvari, svako lice je samostalni nosilac svog dela prava plodouživanja, osim kada su u takvom odnosu da im pravo plodouživanja ili neki deo prava pripada zajednički. U sumnji se smatra da svakom licu pripada jednak deo prava plodouživanja. Kada je poslužna

---

<sup>24</sup> *Justiniani, Institutiones*, 2,4,2. Ante Romac, *Izvori rimskog prava*, Zagreb, 1973,201.

<sup>25</sup> „U klasično doba se zahtevalo da stvar bude nepotrošna, što nameće sama suština ovog prava. Postklasično pravo je omogućilo „nepravi ususfrukt“ (*quasiususfructus*) na potrošnim stvarima. Tada se daje na plodouživanje novac ili druga potrošna i zamenljiva stvar, a titular se obavezuje da će po prestanku službenosti vratiti istu količinu stvari iste vrste. O. Stanojević, *op.cit.* 226.

<sup>26</sup> Miroslav Lazić, *Lične službenosti*, Niš, 2000,11.

<sup>27</sup> Zakon o izmenama i dopunama Zakona o javnom beležništvu, *Službeni glasnik RS*, br.6/15, čl. 7 (3).

<sup>28</sup> Čl. 348(5) Nacrta ZSDSP. Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 124/2008, čl. 233(4) propisuje da su „predmet prava plodouživanja i pripaci opterećene stvari ili prava“. Sličnu odredbu sadrži i hrvatski Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, *Narodne novine*, br. 91/96 sa mnogobrojnim kasnijim izmenama. „Predmet svakog prava plodouživanja je stvar zajedno sa svim pripacima,“ čl. 203 (4).

nepokretnost u svojini više suvlasnika ili zajedničkih vlasnika svaki od njih mora da trpi da se nosilac prava plodouživanja služi nepokretnošću na način proizašao iz njegovog prava.<sup>29</sup>

Od pravila da se plodouživanje konstituiše na tuđoj stvari, Nacrt ZSDSP poznaje i plodouživanje na svojoj stvari (**svojinsko plodouživanje**). Svojinsko plodouživanje postoji u slučaju kada se u istom licu steknu svojstvo plodouživaoca i vlasnika poslužnog dobra. Svojinsko plodouživanje može nastati u slučaju konsolidacije, kao načina prestanka plodouživanja, ili izvorno na osnovu zakona. Prema Nacrtu ZSDSP ono nastaje na osnovu samog zakona i predviđeno je čl. 349. prema kojem: „Isto lice može biti plodouživalac i imalac poslužnog dobra. Imalac prava svojine, odnosno drugog prava koje se upisuje u javni registar može jednostranom izjavom volje u pisanom obliku odrediti plodouživanje u svoju korist, a pravo plodouživanja nastaje upisom u javni registar.“<sup>30</sup>

U nemačkoj pravnoj teoriji se naročito raspravljalo pitanje izvornog svojinskog plodouživanja. Ima mišljenja da je ono nedopušteno jer je u suprotnosti sa principom da se plodouživanje konstituiše na tuđoj stvari (*nemini res sua servit*).<sup>31</sup> Pristalice izvornog svojinskog plodouživanja navode argumente da ga treba dozvoliti ako vlasnik ima „pravni interes“, „ekonomski interes“, „potrebu“, „praktičnu potrebu“, „neizbežnu potrebu“ i sl.<sup>32</sup> Uvođenje instituta izvornog svojinskog plodouživanja smatramo korisnim jer ono proizlazi iz načela autonomije volje i principa lične procene interesa i slobode u izboru i načinu vršenja svog prava.<sup>33</sup> „Sprečavanje ili neregulisanje svojinskih ograničenih stvarnih prava je dogmatsko zatvaranje očiju pred stvarnošću“<sup>34</sup> U Prednacrt GZ bi trebalo uvrstiti i izvorno svojinsko plodouživanje kao jedan vrlo koristan pravni institut radi zadovoljenja različitih potreba vlasnika stvari.

**2.2. Prava** mogu biti predmet plodouživanja pod uslovom da su imovinska i prenosiva i da su podobna za korišćenje. To mogu biti: zakup, realni teret, imovinska ovlašćenja iz autorskog i pronalazačkog prava, potraživanja iz hartija od vrednosti, životna renta, akcije, udeo u privrednom društvu, udeo na stvari i druga prava.<sup>35</sup>

Načelno posmatrano, ako neko pravo po svojoj prirodi daje nekakav prihod koji ne zadire u njegovu supstanciju (na primer, autorsko pravo, patent, neka lična prava, pravo na udeo u društvu sa ograničenom odgovornošću, pravo iz akcije ili

<sup>29</sup> Ova pravila sadržana su u gore pomenutim zakonima, čl. 233 (5 i 6) i čl. 203 (5 i 6).

<sup>30</sup> Čl. 349. Jednostrana izjava o svojinskom plodouživanju regulisana je u čl. 374.

<sup>31</sup> S.D. Wolff, *Nießbrauch am eigenem Grundstuck*, NJW, 36/1968,1679.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 1678.

<sup>33</sup> Vid. M. Lazić, *Lične službenosti*, Niš, 2000,112.

<sup>34</sup> Milan Bartoš, „Sopstvenička stvarna službenost“, *Arhiv*, Beograd, knjiga XXXIV, 4/1937,356.

<sup>35</sup> Za nemačko pravo, vid. Karl Heinz Schwab, *Sachenrecht, Ein Studienbuch (Kurzlehrbuch Sudium)*, C.H Beck'sche Verlagsbuchhandlung, M. 1989. 368.

obveznice) ono je podobno da bude predmet plodouživanja, dok u suprotnom može postojati samo nepravo plodouživanje (*quasi ususfructus*) na pravu, u kom slučaju je plodouživalac dužan da imaocu nadoknadi njegovu vrednost kada plodouživanje prestane.<sup>36</sup>

„Pravo može biti predmet plodouživanja ako daje plodove i druge koristi (na primer glavnica koja daje kamate). To je jedan od retkih slučajeva gde i pravo (redovito tražbina) može biti predmet stvarnog prava“.<sup>37</sup>

Plodouživanje na potraživanju je izuzetak od pravila da stvarno pravo ima prioritet u odnosu na obligaciono pravo, jer u ovom slučaju stvarno pravo nastaje iz obligacionog prava.<sup>38</sup>

Plodouživalac prava potraživanja ima pravo da pribira kamate. Kada potraživanje na kome postoji pravo plodouživanja dospe za naplatu, plodouživalac je dužan naplatiti ga. Sa ispunjenjem potraživanja, pravo plodouživanja prelazi na stvar, koja je bila predmet ispunjenja.

„Kada je predmet potraživanja novac, plodouživalac je dužan, na zahtev sopstvenika, položiti naplaćeni iznos kod suda, ali ako plodouživalac pruži dovoljno obezbeđenje sopstveniku (imaocu prava potraživanja) može zadržati naplaćeni novac kod sebe“.<sup>39</sup> Ovaj stav ima alternativu koja glasi. Kada je predmet potraživanja novac, plodouživalac je dužan, na zahtev sopstvenika, položiti naplaćeni iznos kod suda, ali ako je predmet njegovog potraživanja takode novac (kamata) i ako je ono dospelo za naplatu, plodouživalac može zadržati za sebe koliko mu se duguje, a ostalo je dužan predati sopstveniku.

Mišljenja smo da bi ovaj stav 3. trebalo da glasi, Kada je predmet potraživanja novac plodouživalac je dužan da na zahtev sopstvenika položi naplaćeni iznos kod suda, ali ako plodouživalac pruži dovoljno obezbeđenje sopstveniku (imaocu prava potraživanja) može zadržati naplaćeni novac kod sebe, a ostalo je dužan predati sopstveniku.

Sopstvenik kao i plodouživalac mogu zahtevati da se naplaćeni novac uloži tako da donosi prihod.<sup>40</sup>

Plodouživanje na hartijama od vrednosti smatra se posebnim oblikom plodouživanja na pravu sadržanom u hartijama od vrednosti. Plodouživanje na potraživanjima iz hartijama od vrednosti predviđa, Prednacrt GZ u čl. 1971.<sup>41</sup> Čini

---

<sup>36</sup> M. Živković, *ibidem.*, 187.

<sup>37</sup> Nikola Gavella *et alia*, *Stvarno pravo*, svezak 2, Zagreb 2007, 38.

<sup>38</sup> R. Kovačević Kuštrimović, *Plodouživanje i naše pravo*, *Pravni život*, br. 10/ 1996, 109.

<sup>39</sup> Prednacrt GZ, čl. 2003, st.3.

<sup>40</sup> Prednacrt GZ, čl. 2003, st. 4.

<sup>41</sup> „Ugovornik (pribavilac) stiče pravo plodouživanja na potraživanju upisanom na obveznici na donosioca kada mu bude predata obveznica. Prenos prava na potraživanje iz hartije pod vrednosti po naredbi vrši se indosamentom u kome je naznačeno da je (hartija) predana na (u) plodouživanje“.

nam se nepotrebnim treći i četvrti stav ovog člana, već bi trebalo da stoji: prenos prava na plodouživanje iz hartija od vrednosti kao i drugih prava na plodouživanje vrši se na način za njihovo prenošenje, ako za određeni slučaj nije predviđeno nešto drugo. Za sticanje plodouživanja na nekom pravu potraživanja potrebno je da dužnik bude obavešten o zaključenom ugovoru između poverioca (imaoca prava) i plodouživaoca.<sup>42</sup> Mišljenja smo da alternativa ovom članu stav 2. nije adekvatna.

Plodouživanje na pravima retko nastaje kao samostalno pravo nego se najčešće javlja kao segment plodouživanja na imovini, imovinskim celinama ili zastavštini.

Neki građanski zakonic, sadrže pravilo da se na plodouživanje koje za predmet ima neko pravo shodno primenjuju opšta pravila o plodouživanju na stvarima ukoliko za konkretan slučaj ne važi nešto drugo.<sup>43</sup> Slično pravilo predviđeno je u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske. Prema čl. 203 (3). „plodouživanje može postojati i na pravu koje daje plodove ili druge koristi; u tom slučaju uzima se da je to pravo stvar, pa se na odgovarajući način primenjuje ono što je određeno za stvari“.

Nacrt ZSDSP je predviđeno da plodouživalac može pravo plodouživanja dati na plodouživanje (podplodouživanje)<sup>44</sup>. Plodouživanje na pravu plodouživanja, po pravilu, nije dopušteno, nego se može ustupiti samo vršenje prava plodouživanja.

Objekt plodouživanja ne mogu biti pravne moći jer nemaju samostalan objekt i njihovo korišćenje ne može dati dobit (npr. pravo preče kupovine), kao i neimovinska prava (prava ličnosti) i neprenosiva imovinska prava (npr. lične službenosti, ali se na njima može konstituisati pravo korišćenja obligacionog karaktera).<sup>45</sup>

**2.3. Imovina ili imovinska celina** kao predmet plodouživanja podrazumeva konstituisanje ovog prava na pojedinim imovinskim pravima i stvarima koje čine nečiju imovinu. Imovinu čine sva subjektivna imovinska prava koja za svoj objekt imaju dobra kao imovinske vrednosti i koja se mogu izraziti u novcu.<sup>46</sup> Plodouživanje imovine može imati za objekt celokupnu ili deo imovine koji obuhvata više tačno određenih stvari i prava. Zbog prava sledovanja koje važi za službenosti uopšte, plodouživanje na imovini važi i u slučaju kada se određene stvari ili prava iz imovine prenesu u drugu imovinu (npr. prodajom ili poklonom). Plodouži-

<sup>42</sup> Čl. 1971, st. 5 i 2.

<sup>43</sup> Nemački građanski zakonik (§ 1068). Inače ovaj Zakonik o plodouživanju na pravima ima 17 paragrafa (1068-1084). Detaljnije vidi u Friedrich Lent, *Sachenrecht*, C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München und Berlin 1960, 232-235.

<sup>44</sup> Nacrt ZSDSP, čl.361. Složili bi se sa mišljenjem prof. M. Lazića da ovo nije trebalo predvideti u Nacrtu ZSDSP, jer plodouživanje je načelno nedopušteno, ali se može ustupiti vršenje prava plodouživanja. *Ibid.*, 178.

<sup>45</sup> M. Lazić, *Ibid.*, 12.

<sup>46</sup> Danica Popov, *Građansko pravo, opšti deo*, Novi Sad, 2012, 165.

vanje na imovini ne prostire se automatski na stvarima ili pravima koje naknadno budu pripojene imovini koja je predmet plodouživanja.

Konstituisanje plodouživanja na imovini vrši se najčešće univerzalnom sukcesijom. Najčešću primenu ima kod plodouživanja na zaostavštini koja se tretira kao oblik plodouživanja na imovini.<sup>47</sup>

Imovinska celine kao delovi imovine sa tačno određenom namenom su za razliku od celokupne imovine mnogo češći predmet plodouživanja (npr. trgovačko društvo, robni lager i sl.) i stiču se prema pravilima koja važe za svaku pojedinu vrstu predmeta plodouživanja.<sup>48</sup>

**2.4.** U pogledu **zaostavštine** se postavlja pitanje, da li i ona može biti predmet plodouživanja. Zaostavština je imovina ostavioca koja je privremenog karaktera i traje od smrti ostavioca do njene deobe. Prema Zakonu o nasleđivanju (ZON), zaostavštinu čine sva nasleđivanju podobna prava koja su ostaviocu pripadala u trenutku smrti.<sup>49</sup> Prema NGZS, zaostavština može biti predmet plodouživanja ili njen alikvotni deo. Na ovaj vid plodouživanja primenjuju se pravila koja se odnose na plodouživanje na imovini ili imovinskim celinama.<sup>50</sup> ZON je predvideo nekoliko slučajeva plodouživanja. Najpre, kada je naslednik postavljen pod raskidnim uslovom ili rokom on ima položaj uživaoca zaostavštine.<sup>51</sup> Drugi slučaj je predviđen čl. 188. „pri ustupanju i raspodeli, ustupilac može za sebe ili svog bračnog supružnika ili za oboje, ili za koga drugog, zadržati pravo uživanja na svim ili nekim ustupljenim dobrima, može ugovoriti doživotnu rentu u stvarima i novcu, doživotno izdržavanje ili kakvu drugu naknadu“. Bračni supružnik i ostali naslednici uvek mogu sporazumom doživotno uživanje preinačiti u doživotnu rentu (čl. 30 ZON). Plodouživanje na posebnim stvarima ili pravima iz zaostavštine nastaje tek deobom zaostavštine.

**2.5.** Prednacrt GZ predviđa posebna pravila za plodouživanje na šumama i rudnicima.<sup>52</sup> Specifičnost šume i rudnika kao predmeta plodouživanja je u tome što upotreba i pribiranje plodova podrazumeva i delimično zahvatanje supstancije stvari. U slučaju šuma plodouživanje se sastoji u periodičnoj seči drveća „onoliko drveća godišnje koliko je redovno činio sopstvenik u skladu sa pravilima posebnog zakona.“<sup>53</sup> U našem pravu način korišćenja šuma regulisan je posebnim Zakonom o šumama<sup>54</sup>. Prema čl. 2005. Prednacrt GZ, plodouživanje na stvarima

---

<sup>47</sup> M. Lazić, *Ibid.*, 14.

<sup>48</sup> Prednacrt GZ, čl. 1972.

<sup>49</sup> Zakon o nasleđivanju, *Službeni glasnik RS*, br.46/95,101/2003,odluka USRS i 6/2015, čl. 1.st.1. Izuzeci od ovog pravila predviđeni su u čl. 1. st. 2 i 3.

<sup>50</sup> Prednacrt GZ, čl. 1972.

<sup>51</sup> ZON, čl.128, st.1.

<sup>52</sup> Prednacrt GZ, čl. 2004, 2005.

<sup>53</sup> Prednacrt GZ čl. 2004.

<sup>54</sup> Zakon o šumama,“*Sl. glasnik RS*“ br. 30/10, 93/12, 85/15.



kod kojih se pribiranje koristi sastoji u vađenju sastavnih delova supstancije, posebno u rudnicima primenjuju se pravila o plodouživanju na šumama. Metodologija kojom se za plodouživanje na rudnim bogatstvima primenjuju analogna pravila kao za plodouživanje na šumama prihvaćena je iz Švajcarskog građanskog zakonika.<sup>55</sup> Prema Zakonu o javnoj svojini,<sup>56</sup> prirodna bogatstva u koje između ostalog spadaju i rudna, mineralna bogatstva i rezerve mineralnih sirovina, su u svojini Republike Srbije, a način korišćenja i upravljanja prirodnim bogatstvom uređuje se posebnim zakonom.<sup>57</sup>

Predmet plodouživanja mogu biti i **potrošne stvari**. Ovaj oblik plodouživanja se naziva, **nepravo plodouživanje** (*quasiususfructus*).<sup>58</sup>

### 3. NEPRAVO PLODOUŽIVANJE

Nepravo plodouživanje se konstituiše na potršnim stvarima koje se ne mogu koristiti bez zadiranja u njihovu supstanciju. Plodouživalac stiče pravo svojine na predmetu plodouživanja i raspolaže njime, ali je po proteku roka na koji je plodouživanje ugovoreno obavezan da vlasniku stvari vrati stvari iste vrste, kvaliteta, količine ili da naknadi njihovu vrednost. Nepravi plodouživalac ne stiče stvarno pravo na objektu plodouživanja, već svojinu, a vlasnik koji je ustupio stvar plodouživaocu stiče samo obligaciono pravo na povraćaj stvari i naknadu štete.

Predmet nepravog plodouživanja mogu biti i nepotrošne ali zamenljive stvari, koje su po svojoj prirodi namenjene otuđenju (novac, roba na stovarištu i sl.). Ove stvari prelaze u svojinu plodouživaoca s tim da je po prestanku plodouživanja dužan da vlasniku nadoknadi njihovu vrednost.

Pravo svojine na novcu plodouživalac stiče u trenutku predaje i njime može raspolagati po svojoj volji. Ako je plodouživanje osnovano na već uloženoj glavnici, plodouživalac može zahtevati samo kamate.<sup>59</sup>

Nacrt ZSDSP je precizno regulisao slučaj kada je predmet plodouživanja novac. „Lice koje je dobilo novac na plodouživanje, postaje njegov vlasnik, i ulaže ga u sporazumu sa davaocem, uz obavezu da po prestanku prava, davaocu vrati jednaku vrednost, a u nedostatku sporazuma ulaže ga kao dobar domaćin, odnosno privrednik“.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> Vidi čl. 771 Švajcarskog građanskog zakonika

<sup>56</sup> „Sl. glasnik RS“ br. 72/11, 88/13, 105/14, 104/16, 108/16, 113/17.

<sup>57</sup> Čl. 9. Zakona o javnoj svojini.

<sup>58</sup> Quasi ususfructus je prvi put ustanovljen u rimskom pravu jednom senatskom odlukom (*senatus consultum*) iz doba carstva (1.1. D VII, 5), a poznaju ga Nemački građanski zakonik § 1067. Austrijski građanski zakonik § 510. Srpski građanski zakonik, § 375. Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, čl. 159.

<sup>59</sup> Čl. 241(3) Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske.

<sup>60</sup> Nacrt ZSDSP, čl. 389(2).



Nepravo plodouživanje postoji i kada je objekt plodouživanja pravo koje ne daje plodove (na primer neukamačena glavnica). U ovom slučaju pravo prelazi na plodouživaoca koji je dužan da po prestanku plodouživanja vlasniku nadokadi njegovu vrednost. Plodouživanje na imovini i zaostavštini može da sadrži i oblike nepravog plodouživanja što se procenjuje prema objektu i karakteru plodouživanja.

Iz navedenog proizlazi da se nepravo plodouživanje može konstituisati na potrošnim stvarima ili nepotrošnim zamenljivim stvarima namenjenim otuđivanju i na pravima koja ne daju plodove. U slučaju nepravog plodouživanja poslužna stvar je novčana vrednost stvari koja će se vlasniku vratiti nakon isteka plodouživanja.

„Plodouživanje na potrošnim stvarima, protivreći suštini plodouživanja da ne ovlašćuje titulara na zahvatanje u supstanciju stvari. Nepravo plodouživanje se samo u ekonomskom, a ne i u pravnom smislu može tretirati kao lična službenost. Potrošivost supstance, tj. objekta kvazi plodouživanja i obligacionopravni karakter koji usled toga dobija plodouživanje, znatno umanjuju, pa i onemogućavaju ostvarenje funkcija koje uobičajeno ima „pravo“ plodouživanje.“<sup>61</sup>

„Dok kod redovnog užitka postoje na istoj stvari dva stvarna prava: pravo užitka i pravo svojine, dotle kod *quasiususfructusa* samo jedna strana ima stvarno pravo (svojину), a druga ima tražbeno pravo.“<sup>62</sup>

„Nepravo plodouživanje je obligaciono pravo koje je slično besplatnom zajmu ali se od njega razlikuje u sledećem: 1. Po nameni (svrsi); kod *quasiususfructusa*, svrha je obezbediti, osigurati neko lice (na primer sin uživa glavicu do punoletstva), a kod zajma svrha je kredit, pri čemu je merodavna volja stranaka; 2. Kod zajma se vraćaju stvari iste vrste, količine i kvaliteta, a kod *ususfructusa*, samo novčana vrednost; 3. *Quasiususfructus* prestaje smrću ili protekom roka na koji je unapred određen, a zajam može biti vremenski neograničen i prestaje otkazom; 4. Kod *quasiususfructusa* može se tražiti kaucija, a kod zajma zaloga.“<sup>63</sup>

Prednacrt GZ u posebnom Odseku VI, reguliše nepravo plodouživanje, i predviđa posebna pravila kada je predmet plodouživanja nepotrošna stvar tzv. nepravo plodouživanje.

Kada vlasnik stvari preda potrošne stvari na plodouživanje, plodouživalac stiče pravo svojine na njima i može ih slobodno potrošiti ili otuđiti. Po prestanku prava plodouživanja, plodouživalac je dužan da vrati vlasniku istu količinu iste vrste potrošnih stvari istog kvaliteta, ili naknaditi novčanu vrednost primljenih stvari u vreme prestanka plodouživanja.

Sličnu formulaciju sadrži i Nacrt ZSDSP: „Ako nije drugačije ugovoreno, lice koje je ovlašćeno da potpuno iskorističava tuđu potrošnu stvar, odnosno stvar namenjenu otuđenju, postaje njen vlasnik, uz obavezu da, po prestanku prava, po

---

<sup>61</sup> M. Lazić, *Ibid.*, 102.

<sup>62</sup> Lazar Marković, *Građansko pravo, opšti deo i stvarno pravo*, Beograd 1927, 478.

<sup>63</sup> Čedo Rajačić, *Stvarno pravo*, II i III deo, Zagreb 1956, 357.

svom izboru, njenom ranijem imaoću pribavi svojinu na drugoj takvoj stvari ili naknadi vrednost koju je stvar imala u času zasnivanja plodouživanja.<sup>64</sup>

Razlika između Prednacrtu GZ i Nacrta ZSDSP je u vrednosti predmeta plodouživanja koja treba da se vrati vlasniku stvari po proteku roka plodouživanja. Rešenje koje je predloženo u Prednacrtu GZ, da se naknađuje vrednost stvari u vreme prestanka plodouživanja je pravičnije, od rešenja koje je predloženo u Nacrtu ZSDSP da se naknađuje vrednost koju je stvar imala u času zasnivanja plodouživanja, s tim da se može i drugačije ugovoriti.

Ako su nepotrošne stvari prilikom predaje plodouživaocu bile procenjene, on stiče pravo svojine na njima, ali je po prestanku plodouživanja dužan naknaditi vlasniku njihovu procenjenu vrednost.

Na nepravo plodouživanje se na odgovarajući način primenjuju opšta pravila o pravu plodouživanja ukoliko nešto drugo nije određeno zakonom i ako nije u suprotnosti sa prirodom nepravog plodouživanja.<sup>65</sup>

#### 4. PRAVO PLODOUŽIVAoca NA PLODOVIMA KOJE DAJE POSLUŽNO DOBRO

Osnovno ovlašćenja plodouživaoca da izvlači ekonomsku korist iz poslužne stvari jednako je odgovarajućim ovlašćenjima samog vlasnika i stoga ima pravo da poslužnu stvar drži, da je upotrebljava da pribira plodove i druge koristi koje stvar daje. U pogledu obima pribiranja plodova, prema Srpskom građanskom zakoniku (§376.) plodouživaocu pripadaju svi prihodi od jedne stvari, i obični i vanredni u najširem smislu. Izuzima se sokrovište (skriveno blago), ako bi se u zemlji koja je data na plodouživanje našlo, koje vlasniku zemlje pripada na osnovu zakona.<sup>66</sup>

U pogledu nalaza blaga u poslužnom dobru Nacrt ZSDSP, predviđa specifična pravila, dispozitivne prirode. „Plodouživalac i imalac poslužnog dobra u kojem je nađeno skriveno blago, dele na jednake delove nagradu koja po osnovu nalaza blaga pripada imaoću tog dobra, ako drugačije ne ugovore.“<sup>67</sup> Prednacrt GZ u pogledu nalaza skrivenog blaga na poslužnom dobru nema posebnu odredbu. Kao što nema pravo na sokrovište, plodouživalac nema pravo na odvojene delove supstance sa poslužne stvari (na primer, stablo koje je oborio grom i sl.)

Pojam „prihod“ je širi od pojma „plod“ jer obuhvata i prinos koji se ne javlja periodično.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> Nacrt ZSDSP, čl. 389(1).

<sup>65</sup> Prednacrt GZ, 2001 stav 4.

<sup>66</sup> Sličnu definiciju sadrži i Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske. „Plodouživaocu pripada sav prihod koji stvar daje. Prihod poslužne stvari čine plodovi i druge koristi koje stvar daje bez umanjenja sadržaja. Blago nađeno u poslužnoj nije prihod plodouživaoca“. Čl. 235 (1)(2).

<sup>67</sup> Nacrt ZSDSP, čl.372.

<sup>68</sup> Lazar Marković, *Građansko pravo-Opšti deo i stvarno pravo*, Beograd,1928,463.

Ako drugačije nije određeno poslužno dobro se iskorišćava u skladu sa njegovom prirodom i na uobičajen način.<sup>69</sup>

Obim plodouživanja može se ograničiti isključenjem određenih koristi koje daje poslužna stvar, čime se smanjuje razlika u odnosu na ostale lične službenosti. Ova mogućnost predviđana je u Prednacrtu GZ u čl. 1965. a poznaju je na primer, građanski zakonici Nemačke, Francuske, Švajcarske i dr. Pravo plodouživanja na nepokretnosti može biti ograničeno na određeni deo zgrade ili zemljišta.

Plodouživaocu pripadaju plodovi poslužnog dobra i stiče pravo svojine na njima u **trenutku** odvajanja od plodonosne stvari. Ovo pravilo predviđeno je Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa (ZOSPO), prema kome, „svestan držalac, plodouživalac i zakupac stvari koja daje plodove stiče pravo svojine na plodove u trenutku njihovog odvajanja.”<sup>70</sup> Prednacrt GZ je u članu 1976. predvideo isto kao i ZOSPO, da plodouživalac stiče pravo svojine na prirodnim plodovima, koji su sazreli u vreme plodouživanja, odvajanjem od glavne stvari. Nacrt ZSDSP je predvideo da plodouživaocu pripadaju plodovi poslužnog dobra njihovim odvajanjem, odnosno koji su dospeli za vreme trajanja plodouživanja, ako drugačije nije ugovoreno. Za razliku od ZOSPO i Prednacrt GZ, prema Nacrtu ZSDSP gore navedeno pravilo je dispozitivnog karaktera („ako drugačije nije ugovoreno“).

Plodouživalac stiče pravo na plodove u novčanom obliku (na primer, kamate na glavno potraživanje, zakupnine dividende) od dana kada je plodouživanje nastalo do dana kada je prestalo, uključujući i plodove koji su nastali pre, ali koji dospevaju posle prestanka plodouživanja. Novčani plodovi nastali pre, ali dospeli posle nastanka plodouživanja, pripadaju vlasniku, kao i svi plodovi koji nastanu posle prestanka plodouživanja.<sup>71</sup> Formulaciju „za trajanja plodouživanja“ iz čl. 352. Nacrta ZSDSP, koja se odnosi na pribiranje civilnih plodova, trebalo bi preformulisati tako da glasi „srazmerno vremenskom trajanju plodouživanja“, što je prihvaćeno u uporednom pravu. U nekim građanskim zakonima usvojeno je pravilo da plodouživalac stiče civilne plodove srazmerno vremenskom trajanju plodouživanja, „dan po dan“, bez obzira da li su u vreme nastanka, odnosno prestanka plodouživanja dospeli ili ne i da li su u to vreme naplaćeni ili ne.<sup>72</sup> Složili bi se sa mišljenjem, M. Lazića da obračunavanje civilnih plodova „dan po dan“ srazmerno trajanju plodouživanja treba primeniti i na raspodelu naturalnih plodova, čime se ne dele plodovi nego njihova vrednost.<sup>73</sup>

U pogledu **troškova stvaranja plodova** i Nacrt ZSDSP i Prednacrt GZ, predviđaju slična pravila.

---

<sup>69</sup> Nacrt ZSDSP, čl. 350,351.

<sup>70</sup> ZOSPO, čl. 27 st.2.

<sup>71</sup> Prednacrt GZ, čl. 1977.

<sup>72</sup> Francuski građanski zakonik, čl. 586, Austrijski građanski zakonik § 519. Švajcarski građanski zakonik čl. 757.

<sup>73</sup> M. Lazić, *Ibid.*, 172.

Prema Nacrtu ZSDSP plodouživalac i vlasnik poslužnog dobra mogu da se dogovore da, plodouživalac koji po zasnivanju plodouživanja prisvoji plodove u čijem stvaranju nije učestvovao ili je delimično učestvovao, je dužan da imaocu poslužnog dobra naknadi troškove stvaranja plodova, odnosno njihov srazmeran deo, pod uslovom da troškovi stvaranja plodova ne nadilaze vrednost prisvojenih plodova. Ako je tako ugovoreno, imalac poslužnog dobra koji je po prestanku plodouživanja prisvojio plodove u čijem je stvaranju delimično učestvovao, dužan je da plodouživaocu naknadi troškove stvaranja plodova odnosno njihov srazmerni deo, pod uslovom da troškovi ne nadilaze vrednost prisvojenih plodova. Obaveza naknade gore pomenutih troškova ne postoji ako plodovi nisu prisvojeni iz opravdanih razloga, odnosno ako je imalac prava na naknadu troškova pozvan da ih prisvoji.<sup>74</sup>

Prema, Prednacrtu GZ (čl. 1976) sopstvenik poslužne stvari ima pravo da zahteva pravičnu naknadu izdataka (*impensae*, troškova) uložених u stvaranje plodova pod uslovom da njihov iznos ne prelazi vrednost plodova. Po prestanku plodouživanja plodouživalac ima pravo da pod istim uslovima kao i sopstvenik poslužne stvari zahteva od njega pravičan iznos naknade za izdatke (troškove) koje je uložio u stvaranje plodova. Formulacija „pravična naknada“ koju koristi Prednacrt GZ je termin koji ne bi trebalo koristiti, nego umesto njega samo izraz „naknada“ pod kojom bi se podrazumevala naknada prema tržišnoj vrednosti u vreme njihovog nastanka.

## 5. TRAJANJE PLODOUŽIVANJA

Pravo plodouživanja ustanovljeno u korist fizičkog lica traje najduže do smrti plodouživaoca, ali se ugovorom ili testamentom može predvideti kraći rok trajanja prava plodouživanja. Plodouživanje se gasi danom smrti plodouživaoca, čak i kada je oročeno, a smrt nastupi pre isteka roka.

Pravo plodouživanja u korist pravnog lica traje do prestanka pravnog lica, ali najduže 50 godina.<sup>75</sup> Nacrt ZSDSP predviđa da pravno lice može biti plodouživalac do njegovog prestanka, ali najduže 30 godina, sa mogućnošću obnavljanja po proteku 10 godina od dana zasnivanja, odnosno prethodnog obnavljanja, uz saglasnost imaoca poslužnog dobra.<sup>76</sup> Ograničenost plodouživanja za pravna lica je opravdano jer bi u suprotnom vlasnik stvari neopravdano bio uskraćen za svoje pravo, što je u suprotnosti sa funkcijom plodouživanja.

<sup>74</sup> Nacrt ZSDSP, čl. 353.

<sup>75</sup> Prednacrt GZ, 1967, st. 3.

<sup>76</sup> Nacrt ZSDSP, čl. 358(1).

Pravo plodouživanja nije nasledivo.<sup>77</sup> Prema rešenjima usvojenim u uporednom pravu ovo pravo može se naslediti. Austrijski građanski zakonik, a po uzoru na njega i SGZ, predviđao je mogućnost da se ugovorom može predvideti da plodouživanje prelazi na naslednike u kom slučaju, ako ništa drugačije nije određeno (u slučaju sumnje), plodouživanje prelazi na prve naslednike i prestaje njihovom smrću, a ako je ugovoreno plodouživanje u korist jedne porodice ono prelazi na sve članove iste porodice, i prestaje smrću svih članova porodice (smrću poslednjeg naslednika).<sup>78</sup>

Prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Hrvatske, „plodoužiteljeve dužnosti i odgovornosti prelaze i na njegove naslednike“<sup>79</sup>

Zakonom o stvarnim pravima Republike Srpske, predviđeno je: „Lične službenosti ne mogu se naslediti, osim službenosti izričito osnovanih i za naslednike ovlašćenog lica. Lična službenost izričito osnovana i za naslednike ovlašćenog lica gasi se smrću poslednjeg naslednika. Ako je lična službenost zasnovana u korist jedne porodice, prestaje kada ta porodica izumre. U slučaju sumnje smatra se da je osnovana za naslednika, a ko tvrdi da je osnovana za porodicu, treba to i da dokaže“.<sup>80</sup>

Ima mišljenja da su ovakva rešenja u pravu Republike Srpske i Hrvatske posledica sleđenja pravne tradicije iz Austrijskog građanskog zakonika.<sup>81</sup>

## ZAKLJUČAK

Pravo plodouživanja je, vremenski ograničena lična službenost koja svog titulara (plodouživaoca) ovlašćuje da se u svakom pogledu služi tuđom stvari (poslužno dobro) u skladu sa njegovom namenom čuvajući njenu supastanciju. Osnovno ovlašćenja plodouživaoca da izvlači ekonomsku korist iz poslužne stvari jednako je odgovarajućim ovlašćenjima samog vlasnika i stoga ima pravo da poslužnu stvar drži, da je upotrebljava da pribira plodove i druge koristi koje stvar daje. U pogledu obima pribiranja plodova, plodouživaocu pripadaju svi prihodi koje stvar daje, kako redovni tako i vanredni u najširem smislu. Predmet prava plodouživanja mogu biti stvari, prava, imovina ili imovinska celina kao i zaostavština ili njen alikvotni deo kako je predloženo u Prednacrtu Građanskog za-

---

<sup>77</sup> Nacrt ZSDSP, čl.358 (1). „Pravo plodouživanja traje najduže do smrti plodouživaoca i nije nasledivo“. I prema Prednacrtu GZ pravo plodouživanja nije nasledivo jer prestaje smrću fizičkog lica, a prestankom postojanja pravnog lica gasi se i njegovo pravo plodouživanja (čl. 1993).

<sup>78</sup> Austrijski građanski zakonik, § 529, SGZ, § 392.

<sup>79</sup> Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske, čl. 210, st.6.

<sup>80</sup> Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, čl. 232 (2) i (3) i čl. 260.

<sup>81</sup> Miloš Živković, *Uređenje ličnih službenosti u Srpskom građanskom Zakoniku, Zbornik radova povodom 170 godina Srpskog građanskog zakonika, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu*, 2014. 190.

konika. Stvar kao predmet plodouživanja, može da bude pokretna ili nepokretna, ali mora da bude nepotrošna. Može se konstituisati i plodouživanje na potrošnim stvarima, (nepravo plodouživanje), ali pod posebnim uslovima. Prava kao predmet plodouživanja, moraju da budu prenosiva imovinska prava koja se mogu neposredno ili posredno koristiti. Prednacrtom Građanskog zakonika se predlaže da zaostavština ili njen alikvotni deo mogu biti predmet plodouživanja. Plodouživanje kao sveobuhvatno i isključivo pravo lične službenosti je vremenski ograničeno. Ako je konstituisano u korist fizičkog lica, može trajati najduže do kraja njegovog života, ako se ugovorom ili zaveštanjem ne predvidi kraći rok. Za pravno lice se u Prednacrtu Građanskog zakonika predviđa da traje do prestanka pravnog lica a najduže 50. godina.

Smatramo da je u Prednacrtu Građanskog zakonika pravo plodouživanja, regulisano sveobuhvatno i na savremen način što će doprineti afirmaciji, ovog još u rimskom pravu, utemeljenog pravnog instituta i doprineti pravnoj sigurnosti u našem pravu. Ako se uzme u obzir da je pravo plodouživanja na detaljniji i originalniji način regulisano i Nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima (verzija iz 2012. godine), s pravom možemo konstatovati da postoji solidan temelj da se potpuno i u skladu sa savremenim tendencijama uredi pravo plodouživanja u našem pravu.

Danica D. Popov, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
dpopov@pf.uns.ac.rs

## **The usufruct in The Draft of Civil Law in Serbia**

**Abstract:** *Usufruct is the right of using and taking the fruits of something belonging to another. It was understood to be given for the life of the receiver the usufructuary, unless of shorter period was expressed, and then it was to be restored to the owner in the good condition as when it was given except for ordinary wear and tear*

*In this paper, the author points some legal solutions pertaining to the institute of usufruct as envisaged in the Draft Civil Code, and in the Draft Code on Property and other Rights.*

*This institute in the Republic of Serbia positive Law has not been comprehensively regulated yet, but in the most of cases we still apply the legal provisions contained in the Serbian Civil Code of 1884.*

*For the first time in modern legal history in Serbia, usufruct is completely regulated in the Draft Civil Code, in about 42 articles and in the 43 articles in the Draft Code on Property and another Rights.*

*In addition, the author's focus is on the object of usufruct. Providing that both Drafts will be adopted, the Serbian legislation will obtain a modern institute of usufruct.*

**Keywords:** *usufruct, subject matter of usufruct, cessation of usufruct, Draft Civil Code, Draft Code of Property and other Rights.*

Datum prijema rada: 16.01.2018.



*Dr Ljubomir S. Stajić, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs*

*Nenad P. Radivojević, asistent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs*

*Vladan M. Mirković, asistent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs*

## NEKI ASPEKTI POLITIKE UNUTRAŠNJE BEZBEDNOSTI KAO ELEMENTA STRATEGIJE NACIONALNE BEZBEDNOSTI REPUBLIKE SRBIJE<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Uspostavljanje i reorganizovanje sistema nacionalne bezbednosti uvek ima svoje utemeljenje na određenim strateškim i normativnopravnim aktima kojima se određuju organizacija, nadležnosti, ovlašćenja, koordinacija, saradnja, kontrola i druga pitanja od značaja za rad subjekata sistema nacionalne bezbednosti. Ta dokumenta moraju biti izraz konsenzusa relevantnih činilaca jednog društva.*

*Republika Srbija je svoju prvu Strategiju nacionalne bezbednosti usvojila 2009. godine, iako su reforme sistema nacionalne bezbednosti počele i pre toga. S obzirom na aktuelnost pitanja ustavnih reformi, kao i najave usvajanja nove strategije nacionalne bezbednosti koje se očekuju u predstojećem periodu, u ovom radu ćemo se osvrnuti na neka opšta pitanja strateških akata, kao i praktične domete realizovanja politike unutrašnje bezbednosti koja je vođena u prethodnih osam*

---

<sup>1</sup> Rad je nastao kao rezultat rada na naučno-istraživačkom projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

*godina. Takođe, u radu smo izvršili nove klasifikacije strateških dokumenata kojima se uređuju pitanja nacionalne bezbednosti i ukazali na neka pitanja koja je potrebno uzeti u obzir prilikom kreiranja i realizacije politike nacionalne bezbednosti. Uzimajući u obzir veliki broj subjekata sistema bezbednosti zaduženih za ostvarivanje unutrašnje bezbednosti, kao i obim ovog rada, analiziraćemo samo neke od donetih strateških i normativnopravnih akta, proisteklih iz Strategije nacionalne bezbednosti. Tim aktima se uređuju organizacija i nadležnosti policije kao organizacione jedinice Ministarstva unutrašnjih poslova, a tiču se borbe protiv organizovanog kriminala.*

**Ključne reči:** *bezbednost, unutrašnja bezbednost, strategija nacionalne bezbednosti, politika nacionalne bezbednosti, politika unutrašnje bezbednosti.*

## UVOD

Izmenjeno bezbednosno okruženje nakon završetka Hladnog rata, a naročito nakon 11. septembra 2001. godine i napada na svetski trgovinski centar u Njujorku, niza tzv. „obojenih“ revolucija i lokalnih ratova u Iraku, Libiji, Siriji, uslovilu su pojavu novih bezbednosnih rizika i pretnji po nacionalnu bezbednost. Nova paradigma u oblasti bezbednosti polako se pomera sa bezbednosti države na bezbednost društva i građana. S tim u vezi, javila su se „nova promišljanja i novi koncepti bezbednosti“ kao što su ljudska bezbednost, socijetalna bezbednost, ekološka bezbednost, ekonomska bezbednost, energetska bezbednost i dr.<sup>2</sup> U tom smislu možemo pomenuti predstavnike tzv. Kopenhagenske škole koji za predmet svojih analiza uzimaju proces u kome neko pitanje postaje prioriteto sa stanovišta bezbednosti, pri čemu se ograničavaju samo na oblasti u kojima takva pitanja mogu da se jave, ne upuštajući se u probleme definisanja sadržaja samog pojma bezbednosti.<sup>3</sup> Međutim, bez obzira na različite pristupe, sa razvojem država, njihovom demokratizacijom, novim oblicima organizacije, novim zadacima u zaštiti ljudskih prava i sloboda jedino se naglašava obim i poimanje suštine bezbednosti, pa samim tim i obaveza u zaštiti te „nove“ bezbednosti koju danas definišemo kao integralna bezbednost.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Autori smatraju da se ne radi o novim konceptima. Ljudska prava su uvek postojala u pojmu bezbednosti samo nisu bila tako centralizovana i naglašena. Obrazloženje ovog stava se nalazi u aksiomu da je bezbednost jedna, jedina i nedeljiva i da nema bezbednosti države bez bezbednosti ljudi, ekonomske bezbednosti, energetske bezbednosti i obrnuto.

<sup>3</sup> O procesu sekuritizacije kao sredstvu bezbednosne politike vid. Vladan Mirković, „The Process of Securitization as a Possible Means of Security Policy“, *Tematski zbornik radova međunarodnog značaja, Tom I, Međunarodni naučni skup „Dani Arčibalda Rajsa“*, [glavni i odgovorni urednik: Biljana Simeunović-Patić], Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2017, 429-436.

<sup>4</sup> Ljubomir Stajić, „Strategija nacionalne bezbednosti u funkciji bezbednosti Republike Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 2/2009, 222.

U fokusu pitanja nacionalne bezbednosti trenutno se naglašavaju pitanja kao što su: borba protiv terorizma, (transnacionalnog) organizovanog kriminala, korupcije, siromaštvo, zaštita životne sredine, zdravstvena bezbednosti, borba protiv svih oblika nasilja, ekstremizma, verskih, etničkih sukoba i sl. Kao posledica toga, bilo je neophodno reorganizovati strukturu „starih“ sistema nacionalne bezbednosti kako bi adekvatno reagovali na novonastale opasnosti. Uspostavljanje i reorganizovanje sistema nacionalne bezbednosti uvek ima svoje utemeljenje na određenim strategijsko-doktrinarnim, političko bezbednosnim i normativnopravnim dokumentima kojima se određuju organizacija, nadležnosti, ovlašćenja, koordinacija, saradnja, kontrola i druga pitanja od značaja za rad subjekata sistema nacionalne bezbednosti. Ta dokumenta su izraz konsenzusa relevantnih činilaca jednog društva.<sup>5</sup> Najdalje u ovom procesu prilagođavanja su otišle razvijene zemlje, a taj proces polako prate i tzv. države u tranziciji.

Osnovni strateški dokument kojim se uređuju najvažnija pitanja od interesa za nacionalnu bezbednost jeste strategija nacionalne bezbednosti. Zbog toga se kaže da je strategija nacionalne bezbednosti uslov, osnov, usmeravajući i korektivni dokument jedne države (društva) nastao kao izraz uvažavanja opšteprihvaćenih standarda bezbednosnog organizovanja savremenih država. To je ujedno i dokument projekcije razvoja funkcionisanja sistema bezbednosti u budućnosti, kao i osnova za sve druge dokumente koji se bave nekim od bezbednosnih tema. To je otvoren i dinamičan programski i delimično doktrinarni sadržaj u koji „ulaze“ stavovi društva o najopštijem državnom cilju na zaštiti sopstvenih vrednosti društva, njegovom opstanku, rastu i razvoju, a „izlaze“ stavovi o *aktivnostima i merama na preventivnom i represivnom planu usmerenih ka ostvarivanju bezbednosti* kao prevashodne državne funkcije. Strategija nacionalne bezbednosti je ujedno i poruka drugim međunarodnim i unutrašnjim činiocima šta država svrstava u svoje vitalne vrednosti neophodne za opstanak, rast i razvoj, a koje će braniti svojom ukupnom moći, čiji je sistem bezbednosti najznačajniji deo.<sup>6</sup>

Republika Srbija je 2009. godine usvojila svoju prvu strategiju iz oblasti nacionalne bezbednosti, pod nazivom „Strategija nacionalne bezbednosti Republike Srbije“.<sup>7</sup> Polazeći od iskustava većine država koje su usvojile strategije nacionalne bezbednosti, možemo videti da se kao jedan od elemenata u strukturi

<sup>5</sup> Konsenzus relevantnih činilaca društva o bezbednosnim pitanjima često se ostvaruje kroz proces sekuritizacije u kome se kroz interakciju svih važnijih društvenih aktera (nosilaca političke vlasti, stručnjaka iz oblasti bezbednosti i javnosti) dolazi do konstrukcije nekih bezbednosnih pitanja kao prioriteta. To ne znači da bezbednost postoji samo u okviru procesa sekuritizacije, već da je u datom momentu, zbog ograničenih resursa svakog društva, potrebno usmeriti pažnju na najdestruktivnije oblike ugrožavanja.

<sup>6</sup> Ljubomir Stajić, „Strategija nacionalne bezbednosti u funkciji bezbednosti Republike Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 2/2009, 224.

<sup>7</sup> Odluka o usvajanju Strategije nacionalne bezbednosti Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 88/09.

navodi i politika nacionalne bezbednosti (ili samo politika bezbednosti). S obzirom na aktuelnost pitanja ustavnih reformi, kao i usvajanja nove strategije nacionalne bezbednosti koje se očekuju u predstojećem periodu, u ovom radu ćemo se osvrnuti na praktične domete sprovođenja politike unutrašnje bezbednosti koja je vođena u prethodnih osam godina. S tim u vezi, posebno ćemo analizirati neka od strateških i pozitivnopravnih akta donetih u tom periodu. Bitno je reći da strategije kao akta donose i Narodna skupština i Vlada<sup>8</sup> kao zakonodavni i izvršni organi vlasti, a kojima utvrđuju pravce politika koju planiraju da vode u pogledu određenih pitanja nacionalne bezbednosti (borba protiv trgovine ljudima, terorizma, korupcije, suzbijanje nasilja, postupanje u vanrednim situacijama, zaštiti od požara i sl.). Strateška dokumenta takođe donose i pojedina resorna ministarstva, a njima se prvenstveno uređuju njihova organizaciona pitanja, pitanja kadrovske strukture, materijalnih sredstava i slično.

## 1. STRATEGIJA DRŽAVE I/ILI STRATEGIJA NACIONALNE BEZBEDNOSTI

Termin strategija potiče od grčke reči *strategos* i označava vojskovođu. Iz pretežno vojne terminologije gde je predstavljala veštinu ratovanja, reč strategija je do današnjih dana evoluirala do značenja *najopštijeg i najvišeg planskog dokumenta koji predstavlja okvir, smernicu ili način dolaska do nekog cilja*, bilo da je taj cilj postavio pojedinac, neka organizacija ili država. Kada je u pitanju država, svakako da je jedan od njenih najviših ciljeva (funkcija) ostvarivanje bezbednosti nje same i njenih građana. Kao sredstva za ostvarivanje te funkcije, državi na raspolaganju stoje određena pravna, politička i druga sredstva, pa se zato i kaže da je država i pravna i politička organizacija. Kako bi ostvarila svoje ciljeve, država donosi i sprovodi određene strateške akte. Najopštiji i u hijerarhijskom pogledu najviši strateški akt koji država donosi jeste strategija države.

Pod strategijom države se podrazumeva „opšte i integralno programsko stano-  
vište za očuvanje i dostizanje najviših nacionalnih (državnih) vrednosti i interesa, uz angažovanje celokupnih umnih, duhovnih i materijalnih potencijala države radi njene zaštite i uspešnog razvoja, kroz ostvarivanje definisanih ciljeva u miru i ratu. U praktičnom pogledu, strategija države je opšta ideja o realnom i/ili virtuelnom usmeravanju političke, ekonomske i vojne moći države radi zaštite i dostizanja najviših nacionalanih (državnih interesa kroz realizovanje posebnih i pojedinačnih strategija).“<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Vid. Zakon o Narodnoj skupštini, *Službeni glasnik RS*, br. 92/10, čl. 53, st. 1, tač. 7 i Zakon o Vladi, *Službeni glasnik RS*, br. 55/05, 71/05 – ispr., 101/07, 65/08, 16/11, 68/12 – odluka US, 72/12, 7/14 – odluka US i 44/14, čl. 45, st. 1.

<sup>9</sup> Mitar Kovač, *Strategijska i doktrinarna dokumenta nacionalne bezbednosti – teorijske osnove*, Svet knjige, Beograd 2003, 26.

Iz navedene definicije vidimo da je strategija države<sup>10</sup> najopštiji i najviši strateški dokument iz kojeg proističu sve ostale posebne i pojedinačne strategije. S obzirom na širok opseg pitanja koje obuhvata nacionalna bezbednost, često se u teoriji i praksi strategija nacionalne bezbednosti poistovećuje sa strategijom države, iako je zapravo reč o odnosu posebnog prema opštem. Zbog toga se kaže da „strategija nacionalne bezbednosti u suštini označava niži kategorijalni pojam, jer je neopravdano, a i besmisleno totalitet nacionalnog delovanja i rezultata podvesti pod pojam nacionalne bezbednosti, kao da ne postoje univerzalno prihvatljive vrednosti za sve subjekte međunarodne zajednice.“<sup>11</sup>

U domaćoj literaturi možemo naći i termine „krovná“, opšta, državna ili nacionalna strategija. Naime, Vlada Republike Srbije je 2008. godine donela Nacionalnu strategiju održivog razvoja.<sup>12</sup> Iako sam naziv Nacionalna strategija održivog razvoja ukazuje da bi se moglo raditi o svojevrsnoj „strategiji države“, uvidom u njenu strukturu vidimo da nije tako. Naime, glavni nedostatak te strategije je što se odnosi na razvoj samo tri pojedinačne oblasti društvenog života, a to su: ekonomski sistem, socijalni sistem i ekologija. Izvan okvira navedene strategije ostala su brojna suštinska pitanja srpskog društva, kao što su obezbeđenje regionalnog mira i stabilnosti, ljudskih prava i sloboda; suvereniteta i teritorijalnog integriteta zemlje; statusa i prava srpskog naroda u zemljama u okruženju i dijaspori; rešavanje povratka izbeglih i interno raseljenih lica i njihovih imovinskih prava, itd. Pored toga, izvan fokusa pomenute strategije ostao je čitav niz vrlo važnih bezbednosnih pitanja, kao što su: efikasno suprotstavljanje terorizmu, organizovanom kriminalu, korupciji, trgovini ljudima, ilegalnim migracijama, izgradnja efikasnog i efektivnog sistema nacionalne bezbednosti, saradnja sa subjektima unutar države i na međunarodnom planu, itd. Iako su navedena pitanja uglavnom obuhvaćena brojnim posebnim i pojedinačnim strategijama, istraživanjem je utvrđeno da nema jasne kauzalne veze među njima, niti hijerarhije prioriteta razvoja, jer navedena pitanja ne spadaju u prioritete Nacionalne strategije održivog razvoja Srbije, što je ozbiljan nedostatak navedenog dokumenta.<sup>13</sup> Takođe, poređenjem Nacionalne strategije odr-

<sup>10</sup> Francuski general i strateg Andre Bofr je koristio termin *totalna strategija*. Po njemu, totalna strategija određuje pojedinačne zadatke i kombinaciju različitih generalnih (čitaj posebnih) strategija u političkom, ekonomskom, diplomatskom i vojnom pogledu. Andre Bofr, *Uvod u strategiju*, Vojnoizdavački zavod, Beograd 1968, 30-31.

<sup>11</sup> M. Kovač, 63.

<sup>12</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 57/08.

<sup>13</sup> U tom smislu postoji i opcija donošenja svojevrsne Strategije razvoja koja bi zapravo predstavljala krovnu državnu strategiju, a kojom bi se uredila sva najvažnija pitanja razvoja jedne zemlje. O nepostojanju ovog dokumenta svedoči i istraživanje sprovedeno od strane Republičkog sekretarijata za javne politike, u kojem se između ostalog navodi da „u Srbiji ne postoji krovni dokument u vidu nacionalnog strateškog plana razvoja, koji bi bio zasnovan na dugoročnoj viziji sa jasno definisanim prioritetima, merama i aktivnostima/projektima za sprovođenje. Mnoge

živog razvoja i Strategije nacionalne bezbednosti, došlo se do saznanja o nepostojanju konvergencija sadržaja i ciljeva dva pomenuta ključna strategijska dokumenta.<sup>14</sup> Ne treba zaboraviti da je bezbednost instrumentalna vrednost koja se objašnjava kao način da se nešto postigne, a ne samo pojava (stanje) sama za sebe. U tom smislu, bezbednost treba shvatiti i kao uslov opstanka i razvoja (države, društva, nacije, ljudi i živog sveta na planeti). Važna je činjenica da bezbednost ništa ne stvara (naročito ne materijalna dobra), već da samo omogućava mnogo toga (život, zdravlje, slobodu i sl.), pa i stvaranje materijalnih dobara.<sup>15</sup> Navedena analiza, kao i uvid u ostala do sada doneta strateška akta pokazuju da u Republici Srbiji ne postoji strateški dokument koji bi po formi, sadržini i opštosti mogao da se podvede pod strategiju države.

Za razliku od strategije države kao opštiji dokument, strategija nacionalne bezbednosti predstavlja „sistem komplementarnih normi, iz domena državnih strategija koje se neposredno odnose na sistem bezbednosti i na realizovanje specifičnih odbrambenih funkcija države u političkoj, ekonomskoj, pravnoj, tehnološkoj, edukativnoj, informacionoj, vojnoj, verskoj i drugim oblastima funkcionisanja države. To je celovit i relativno trajan program, čijom realizacijom treba da se ostvare spoljna i unutrašnja bezbednost države, u miru i ratu, kroz efikasno rešavanje bezbednosnih rizika, izazova i pretnji, radi zaštite sloboda, imovinske sigurnosti, prava građana i demokratskih tekovina.“<sup>16</sup> Iz navedenog se vidi da strategija nacionalne bezbednosti „nije niti može biti izolovan dokument, bez veze sa hijerarhijski višim dokumentima, u koje bi se mogli svrstati ‘državne’, ‘nacionalne’ ili ‘totalne’ strategije, koje strategija nacionalne bezbednosti konkretizuje u delu posvećenom bezbednosti i u hijerarhijski nižim strategijskim i doktrinarnim dokumentima, kao što su strategija odbrane, vojne strategije, vojne doktrine, strategije za borbu protiv kriminala i slične strategije i doktrine koje se odnose na posebna pitanja dostizanja i očuvanja nacionalne bezbednosti.“<sup>17</sup>

Uzimajući u obzir prethodno navedeno, javila se potreba da se izvrši klasifikacija strateških dokumenata. S tim u vezi, ako bismo želeli da izvršimo naučnu klasifikaciju strateških dokumenata, možemo ih podeliti na sleći način.

---

strategije u svom nazivu imaju prefiks nacionalna strategija ili strategija razvoja, ali one po svom sadržaju i oblasti koju obrađuju ne mogu se smatrati krovnom strategijom, jer se bave isključivo strategijskim planiranjem pojedinih sektora“. Dokument dostupan na: <http://www.rsjp.gov.rs> (7. februar 2018.)

<sup>14</sup> Biljana Stojković, „Bezbednosni aspekti nacionalne strategije razvoja Republike Srbije“, *Bezbednost*, broj 3/2012, 49, Božidar Forca, Biljana Stojković, „O hijerarhiji strategijskih dokumenata“, *Vojno delo*, leto/2014, 159-160.

<sup>15</sup> Ljubomir Stajić, *Osnovi sistema bezbednosti – sa osnovama istraživanja bezbednosnih pojava*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2015, 23.

<sup>16</sup> M. Kovač, 82.

<sup>17</sup> Zoran Dragišić, „Bezbednost, strategija, politika i sistem“, *Politika nacionalne bezbednosti*, broj 1/2013, 118.

1. Prema stepenu opštosti:

- opšte;
- posebne i
- pojedinačne.

2. Prema donosiocu:

- strategije koje donose najviši nosioci zakonodavne i izvršne vlasti (narodna skupština, vlada i predsednik države);
- strategije koje donose resorna ministarstva (spoljnih poslova, odbrane, unutrašnjih poslova i dr.);
- strategije koje donose decentralizovane jedinice državne vlasti (autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave) i civilni sektor.

3. Prema predmetu (materiji) koju uređuju:

- strategije iz oblasti nacionalne bezbednosti;
- strategije koje se delimično tiču oblasti nacionalne bezbednosti;
- ostale strategije.

Navedena klasifikacija je neohodna zbog jasnog određenja donosioca, postupka izrade i primene kao i sadržine strategije nacionalne bezbednosti, a onda i ostalih strategija koje iz nje proističu.<sup>18</sup> Kada je u pitanju sadržina strategije nacionalne bezbednosti, u teoriji u velikoj meri postoji konsenzus oko tog pitanja. Naime, strukturu većine strategija nacionalne bezbednosti čine: Uvod (strategijske osnove nacionalne bezbednosti); 1) Bezbednosni izazovi, rizici i pretnje; 2) Nacionalni bezbednosni interesi; 3) Nacionalni bezbednosni ciljevi u različitim oblastima društvenog života; 4) Sistem nacionalne bezbednosti (podsystemi i elementi, struktura i funkcionisanje); 5) Upravljanje sistemom i u sistemu nacionalne bezbednosti (mesto, uloga i zadaci državnih ustanova i institucija); Završne odredbe.<sup>19</sup>

Postupak izrade i primene strategije nacionalne bezbednosti, kao najvišeg strateškog dokumenta u oblasti nacionalne bezbednosti, može se predstaviti kroz sledeće faze: 1) proučavanje-analiza bezbednosnog okruženja (na globalnom, regionalnom i nacionalnom nivou); 2) definisanje bezbednosnih izazova, rizika i pretnji; 3) formulisanje nacionalnih bezbednosnih interesa i ciljeva; 4) definisanje organizacionih struktura (sistema, podsystema i elemenata) bezbednosti; 5) defi-

---

<sup>18</sup> U dokumentu pod nazivom „Analiza strateških dokumenata“ koji je doneo Republički sekretarijat za javne politike 2014. godine, između ostalog, izvršena je klasifikacija strateških dokumenata. Dokumenta su klasifikovana u određeni broj sektora, a nakon analize 90 strateških dokumenata. Jedan od tih sektora je i sektor unutrašnjih poslova. Na tom spisku nalazi se ukupno 16 strategija iz oblasti unutrašnjih poslova, a jedna od njih je i Strategija nacionalne bezbednosti. Postavlja se pitanje kako jedan znatno opštiji, širi i sveobuhvatniji dokument, koji između ostalog i obuhvata oblast unutrašnjih poslova, može da se nalazi ovde. A ako je već tako, postavlja se i pitanje zašto se kao krovni dokument iz oblasti unutrašnjih poslova navodi Strategija razvoja Ministarstva unutrašnjih poslova (2011-2016), a ne Strategija nacionalne bezbednosti. Dokument dostupan na: <http://www.rsjp.gov.rs> (7. februar 2018.)

<sup>19</sup> M. Kovač, 130.



nisanje načina-metoda funkcionisanja sistema bezbednosti; 6) izrada dokumenta strategija nacionalne bezbednosti; 7) verifikacija (vrednovanje) strategije nacionalne bezbednosti; 8) izgradanja normativnopravnih pretpostavki za primenu strategije; 9) primena strategije nacionalne bezbednosti; 10) kontrola sprovođenja i delotvornosti strategije nacionalne bezbednosti; 11) redefinisane strategije nacionalne bezbednosti.<sup>20</sup>

## 2. OPŠTA PITANJA STRATEGIJE NACIONALNE BEZBEDNOSTI REPUBLIKE SRBIJE

Izrada strateških dokumenata i strateško planiranje razvoja u Srbiji počinje od 2000. godine donošenjem Strategije privrednog razvoja Srbije za period 2000. do 2010. godine. Od tog perioda do danas doneto je blizu 200 raznih strategija kojima se uređuje vođenje politike u brojnim oblastima društvenog života. Istine radi, treba reći da u Srbiji donošenje strateških dokumenata nije isključivo vezano za aktivnost državnih organa, tako da strategije razvoja donose i Autonomna pokrajina Vojvodina, jedinice lokalne samouprave (gradovi i opštine), privredna društva i dr.

Vlada Srbije je u aprilu 2009. godine usvojila Strategiju nacionalne bezbednosti Republike Srbije (u daljem tekstu: SNB RS). Država, odnosno njeni najviši zakonodavni, izvršni i sudski organi su zaduženi za ostvarivanje bezbednosti. Tome u prilog govore i odredbe Ustava, gde se u članu 97, stavu 1, tački 4 navodi da Republika Srbija *uređuje i obezbeđuje odbranu i bezbednost Republike Srbije i njenih građana*.<sup>21</sup> Vlada kao organ izvršne vlasti utvrđuje i vodi politiku, pa u skladu sa tim i politiku bezbednosti.<sup>22</sup> Kada je u pitanju uređivanje oblasti bezbednosti, zanimljive su odredbe Ustava u kojima se navode nadležnosti Narodne skupštine. Naime, Narodna skupština kao najviše predstavničko telo i nosilac ustavotvorne i zakonodavne vlasti, među svoje nadležnosti nema nadležnost usvajanja strategije nacionalne bezbednosti, već samo strategije odbrane (koja je kao što smo ranije videli strateški akt nižeg nivoa opštosti u odnosu na strategiju nacionalne bezbednosti).<sup>23</sup> Ovo je zanimljivo zbog toga što je Narodna skupština 26. oktobra 2009. godine, u formi odluke, usvojila Strategiju nacionalne bezbednosti.<sup>24</sup> Po-

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, 134-135.

<sup>21</sup> Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06.

<sup>22</sup> *Ibid.*, čl. 123, st. 1, tač. 1.

<sup>23</sup> Vid. Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06, čl. 99, st. 1., tač. 9. Moguće je da su tvorc Ustava, u odsustvu strategije nacionalne bezbednosti uzeli u obzir ranije donetu Strategiju odbrane Državne zajednice (*Službeni list SCG*, broj 55/04).

<sup>24</sup> Odluka o usvajanju Strtegije nacionalne bezbednosti Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 88/09.

slovníkom Narodne skupštine je predviđen postupak donošenja deklaracija, rezolucija, preporuka i *strategija*, a na taj postupak se shodno primenjuju odredbe vezane za postupak donošenja zakona.<sup>25</sup> S obzirom da su najavljene ustavotvorne reforme, smatramo da bi u budućem ustavu, među nadležnostima Narodne skupštine svakako trebalo da se nalazi i usvajanje strategije nacionalne bezbednosti, kao najvišeg strateškog dokumenta iz oblasti bezbednosti.

Strategiju nacionalne bezbednosti je stručna javnost u našoj zemlji godinama očekivala sa velikim nestrpljenjem, jer je njeno nepostojanje ostavilo veliku prazninu u normativnom delu našeg sistema nacionalne bezbednosti. Izostanak ovog dokumenta predstavljao je veliki problem u praksi za donosiocce pozitivnopravnih akata iz oblasti nacionalne bezbednosti. Kako nisu bili definisani bezbednosni rizici i pretnje po nacionalnu bezbednost, *nedostajala su polazišta za politiku nacionalne bezbednosti*, a odnos prema bezbednosnim integracijama nije bio jasno definisan.<sup>26</sup> Na taj način, uspostavljanje sistema nacionalne bezbednosti bez ovog dokumenta nije bilo moguće, odvijalo se voluntaristički i bez jasno podeljenih nadležnosti između državnih organa i drugih organizacija koje se bave pitanjima nacionalne bezbednosti, što je u različitim kriznim situacijama izazivalo probleme u koordinaciji.<sup>27</sup> Na taj način, delovanje subjekata sistema bezbednosti je više bilo reaktivno nego proaktivno. Naime, primetno je da su brojne posebne i pojedinačne strategije koje uređuju pojedina pitanja nacionalne bezbednosti donete i pre SNB RS.

Polazeći od izvršene klasifikacije strateških dokumenata, možemo reći da SNB RS spada u strateška dokumenta opšteg tipa (kada je u pitanju oblast nacionalne bezbednosti, a posebna u odnosu na strategiju države), strateška dokumenta koja donose najviši nosioci zakonodavne i izvršne vlasti, prema materiji koju uređuje u strateška dokumenta koja se direktno tiču pitanja nacionalne bezbednosti. Posmatrajući sadržinu SNB RS, možemo videti da se ona u velikoj meri poklapa sa navedenim teorijskim modelom sadržaja strategije nacionalne bezbednosti. Njenu sadržinu čine: Uvod, pet poglavlja i Zaključak. U pitanju su sledeća poglavlja: 1. Bezbednosno okruženje; 2. Izazovi, rizici i pretnje bezbednosti; 3. Nacionalni interesi u oblasti bezbednosti; 4. Politika nacionalne bezbednosti; Sistem nacionalne bezbednosti.

<sup>25</sup> Poslovnik Narodne skupštine, *Službeni glasnik RS*, br. 20/12 – prečišćen tekst, čl. 190 i 191.

<sup>26</sup> Zanimljivo je da SNB RS ne sadrži ni jednu odrednicu po pitanju rata. Jedno od pitanja bezbednosnih integracija jeste i pitanje članstva u pojedinim vojnim i političkim savezima. O pitanjima vojne neutralnosti Republike Srbije vid. Ljubomir Stajić, Nenad Radivojević, Vladan Mirković, „Vojna neutralnost kao princip strateškog opredeljenja Republike Srbije – problemski pristup“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 4/2016, 1067-1083.

<sup>27</sup> Zoran Dragišić, „Strategija nacionalne bezbednosti Republike Srbije kao stratejska bezbednosna procena“, *Godišnjak Fakulteta bezbednosti*, Beograd 2010, 106-107.

### 3. POLITIKA UNUTRAŠNJE BEZBEDNOSTI KAO ELEMENT STRATEGIJE NACIONALNE BEZBEDNOSTI REPUBLIKE SRBIJE

Kako danas svaka država može biti ugrožena delovanje snaga unutar države, spolja od strane drugih država i organizacija, kao i kombinovanim delovanje snaga unutar države i van nje, ona svoj sistem nacionalne bezbednosti mora organizovati tako da ima najmanje dve komponente: spoljnu i unutrašnju bezbednost.<sup>28</sup> Unutrašnja bezbednost štiti vitalne vrednosti i interese unutar granice zemlje, prvenstveno od pojava ugrožavanja koje nastaju iznutra ili su kombinovane (potpomognute spolja). Funkcije unutrašnje bezbednosti su zaštita ustavnog uređenja, političkog, ekonomskog i socijalnog sistema, ljudskih prava i sloboda, životne sredine i dr.<sup>29</sup> U skladu sa tim, sistem unutrašnje bezbednosti je sistem subjekata koji se staraju o zaštiti državnog uređenja, unutrašnjeg javnog poretka i bezbednosti ljudi od različitih oblika oružanog i neoružanog ugrožavanja koje nastaje unutar države (oružana pobuna, terorizam, prirodne nepogode, tehničko-tehnološki akcidenti i sl.), ali i od nevojnih pretnji koje dolaze spolja (prekogranični kriminal, zarazne bolesti itd.). Čine ga više podsistema: *sektor unutrašnjih poslova, pravosuđe, bezbednosno-obaveštajni sistem, inspekcije, carina, subjekti privatne bezbednosti*.<sup>30</sup>

Savremeni bezbednosni problemi zahtevaju od država promenu i ažuriranje sadržaja politike nacionalne bezbednosti. Danas to prvenstveno podrazumeva opredeljenje u pogledu nekog od koncepata bezbednosti, u kojima se prioritet daje nevojnim (neoružanim) oblicima ugrožavanja kako spoljne tako i unutrašnje bezbednosti. Ako politiku nacionalne bezbednosti shvatimo kao veštinu upravljanja ili kao delatnost najviših nosilaca političke vlasti kojom se uređuju pitanja uspostavljanja, očuvanja i unapređenja nacionalne bezbednosti na svim nivoima, možemo reći da je sistem nacionalne bezbednosti „političko-institucionalni, normativni i operativni instrument u ostvarivanju politike bezbednosti“.<sup>31</sup>

Pri oblikovanju politike nacionalne bezbednosti, potrebno je odgovoriti na nekoliko pitanja, među koje spadaju i:

1. Koja prethodno usvojena strateško-doktrinarna, međunarodnopravna i nacionalna pozitivnopravna akta treba uzeti u obzir prilikom kreiranja politike nacionalne bezbednosti?

---

<sup>28</sup> Ljubomir Stajić, *Osnovi sistema bezbednosti – sa osnovama istraživanja bezbednosnih pojava*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2015, 44-45.

<sup>29</sup> Saša Mijalković, „Unutrašnja bezbednost Republike Srbije u uslovima evropskih integracija“, zbornik radova *Bezbednosni i odbrambeni aspekti priključenja Republike Srbije Evropskoj uniji*, Institut za strategijska istraživanja i Misija OEBS u Srbiji, Beograd 2010, 184.

<sup>30</sup> Vid. Ljubomir Stajić, Radoslav Gaćinović, *Uvod u studije bezbednosti*, Draslar partner, Beograd 2007, 99 i S. Mijalković, 188.

<sup>31</sup> Zoran Keković, „O nacrtu strategije nacionalne bezbednosti Republike Srbije – kritički prilog za raspravu“, *Vojno delo*, broj 2/2009, 102.

2. Za koji koncept bezbednosti se odlučiti?<sup>32</sup>
3. Imaju li drugi pravo da svoju bezbednost ostvaruju ugrožavanjem naše bezbednosti?<sup>33</sup>
4. Kako održavati ravnotežu između bezbednosnih interesa i zaštite ljudskih prava?
5. Kako se najbolje postiže odgovarajući stepen zaštite nacionalne bezbednosti?
6. Koje mere i aktivnosti treba da preduzimaju subjekti sistema nacionalne bezbednosti?
7. Šta su prioriteti u radu subjekata sistema nacionalne bezbednosti?
8. Koja sredstva i koji državni (ali i nedržavni) subjekti treba da budu uključeni u realizovanje politike nacionalne bezbednosti, koliko dugo i pod kojim okolnostima?
9. Na osnovu kojih pokazatelja je moguće vrednovati efekte realizacije politike nacionalne bezbednosti?

Na neka od navedenih pitanja su tvorci SNB RS odgovorili, a na neka su ostali nedorečeni. *Politika nacionalne bezbednosti* je u SNB RS određena kao „deo ukupne državne politike i sprovodi se kroz usklađen program mera i aktivnosti koje država preduzima radi dostizanja ciljeva politike nacionalne bezbednosti. Njenom realizacijom stvaraju se pretpostavke za politički, ekonomski, socijalni, kulturni i ukupni društveni razvoj Republike Srbije.“ Navedeno još jednom potvrđuje stav koji smo ranije naveli, a to je da bezbednost (shvaćena i kao politika) omogućava rast, razvoj i unapređenje drugih vrednosti u jednom društvu.

Kao *ciljevi politike nacionalne bezbednosti* identifikovani su: „unapređenje bezbednosti građana, društva i države, *jačanje institucija nacionalne bezbednosti, preventivno delovanje* kroz sprovođenje efikasnih mera i aktivnosti, kao i adekvatno rešavanje rizika i pretnji bezbednosti radi zaštite nacionalnih interesa.“ Osnovna načela na kojima počiva politika nacionalne bezbednosti su: *prevencija*, pravo na odbranu, kompatibilnost, *nedeljivost bezbednosti i odgovornost*. Elemente politike nacionalne bezbednosti čine spoljna politika, ekonomska politika, politika odbrane, *politika unutrašnje bezbednosti*, politika zaštite ljudskih i manjinskih prava, socijalna politika i politike u drugim oblastima društvenog života.

U SNB RS se navodi da se politikom unutrašnje bezbednosti obezbeđuje „zaštita demokratskog političkog sistema, ljudskih prava i sloboda, javnog reda i mira i imovinske sigurnosti građana i drugih društvenih vrednosti. U ostvarivanju politike unutrašnje bezbednosti zajednički deluju *zakonodavni, izvršni i sudski organi*, uz efikasnu politiku u privrednoj, socijalnoj i zdravstvenoj oblasti, kao

---

<sup>32</sup> Pitanje izbora koncepta bezbednosti nameće i pitanje oblika i vrsta bezbednosti. Vid. Ljubomir Stajić, „Neke nedoumice oko shvatanja pojma bezbednosti u XXI veku“, Zbornik radova *Rizik/Moć/Zaštita, Uvođenje u nauke bezbednosti*, Fakultet bezbednosti Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd 2010, 332-352.

<sup>33</sup> *Ibid.*

i drugim oblastima koje imaju uticaj na unutrašnju bezbednost.“ Kako SNB predstavlja okvir, smernicu za ostvarenje nacionalne bezbednosti, to znači da su neophodne dalje normativne aktivnosti pre svih zakonodavnih i izvršnih organa kojima se stvaraju uslovi za ostvarivanje ciljeva politike unutrašnje bezbednosti. U skladu sa tim, u SNB se navodi da za sprovođenje politike unutrašnje bezbednosti „poseban značaj ima *normativna dogradnja delatnosti nadležnih državnih organa i drugih subjekata koji se bave poslovima bezbednosti. Donošenje odgovarajućih strategija*,<sup>34</sup> blagovremeno prikupljanje i razmena podataka i informacija, koordiniranje rada službi bezbednosti i jačanje njihovih organizacionih, ljudskih i materijalnih kapaciteta predstavljaju neophodan preduslov u ostvarivanju ciljeva politike unutrašnje bezbednosti.“

Daljom analizom stavova zauzetih u SNB RS, a u pogledu preciznijeg određenja subjekata sistema nacionalne bezbednosti nadležnih za ostvarivanje unutrašnje bezbednosti, vidimo da su to: službe bezbednosti, *ministarstvo nadležno za unutrašnje poslove*, pravosudni organi i subjekti iz oblasti privatnog obezbeđenja.<sup>35</sup> S tim u vezi, a uzimajući u obzir obim ovog rada, u narednom delu rada ćemo posebno analizirati samo aktivnosti preduzete na planu uspostavljanja nadležnosti i jačanje organizacionih kapaciteta policije kao organizacioni jedinice Ministarstva unutrašnjih poslova kada je u pitanju borba protiv organizovanog kriminala.<sup>36</sup>

Uvažavajući ranije navedene klasifikacije strateških dokumenata, u narednom izlaganju ćemo se osvrnuti na jednu posebnu strategiju koja se direktno tiče pitanja nacionalne bezbednosti, a koju je donela Vlada Republike Srbije. Ovom strategijom se uređuju organizaciono-funkcionalna pitanja policije u borbi protiv organizovanog kriminala, a u pitanju je *Nacionalna strategija za borbu protiv organizovanog kriminala*.<sup>37</sup> Ovu strategiju je donela Vlada iste godine kada i SNB RS.<sup>38</sup> Strategijom je Ministarstvo unutrašnjih poslova identifikovano kao jedan od nosilaca

---

<sup>34</sup> Nižeg nivoa opštosti u odnosu na SNB, sa kojom moraju biti u saglasnosti.

<sup>35</sup> Ovde odmah treba izneti zamerku na deo koji je vezan za kako SNB RS kaže „subjekte iz oblasti privatnog obezbeđenja“. Naime, adekvatan termin bi bio subjekti privatne bezbednosti, čiji su subjekti privatnog obezbeđenja deo, pored subjekta iz oblasti detektivske delatnosti i tzv. privatnih vojnih kompanija. To je naročito bitno zato što je u Srbiji 2013. godine pored Zakona o privatnom obezbeđenju (*Službeni glasnik RS*, br. 104/13 i 42/15) donet i Zakon o detektivskoj delatnosti (*Službeni glasnik RS*, br. 104/13).

<sup>36</sup> Kada je u pitanju Ministarstvo unutrašnjih poslova, treba reći da su određeni reformski procesi počeli dosta ranije nego što je doneta SNB. U organizacionom smislu, još 2002. godine donošenjem Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji (*Službeni glasnik RS*, br. 42/02) došlo je do izdvajanja tadašnjeg Resora državne bezbednosti iz sastava Ministarstva unutrašnjih poslova i formiranja Bezbednosno-informativne agencije kao posebne organizacije odgovorne neposredno Vladi. Donošenjem Zakona o policiji 2005. godine, nekadašnji Resor javne bezbednosti je preimenovan u Direkciju policije. Vid. Zakon o policiji, *Službeni glasnik RS*, br. 101/05.

<sup>37</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 23/09.

<sup>38</sup> Ali pre donošenja Odluke o usvajanju Strategije nacionalne bezbednosti Republike Srbije od strane Narodne skupštine.

borbe protiv organizovanog kriminala i kao subjekt koji raspolaže posebno organizovanim, opremljenim i obučanim organizacionim jedinicama za borbu protiv organizovanog kriminala. Strategijom je takođe predviđeno da će se *zakonom urediti organizacija i nadležnost državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala*, kao i da će se u tom cilju formirati posebni državni organi. Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela<sup>39</sup> predviđa formiranje Službe za suzbijanje organizovanog kriminala koja će obavljati policijske poslove u vezi krivičnih dela predviđenih tim zakonom. Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, terorizma i korupcije<sup>40</sup> takođe predviđa postojanje posebne organizacione jedinice nadležne za suzbijanje organizovanog kriminala. Ovaj zakon počinje da se primenjuje 1. marta 2018. godine, kada prestaje da važi prethodno pomenut zakon. Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela<sup>41</sup> između ostalih organa nadležnih za otkrivanje, oduzimanje i upravljanje imovinom proisteklom iz krivičnog dela, predviđa formiranje organizacione jedinice Ministarstva unutrašnjih poslova nadležne za finansijske istrage. Ovde ćemo još spomenuti i Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala<sup>42</sup> kojim se takođe u okviru Ministarstva unutrašnjih poslova predviđa formiranje Službe za borbu protiv visokotehnološkog kriminala. Ta služba je nadležna za postupanje u predmetima krivičnih dela iz člana 3 ovog zakona.

Kao što vidimo, predmetni zakoni predviđeni Nacionalnom strategijom za borbu protiv organizovanog kriminala su usvojeni. Donošenjem Zakona o policiji<sup>43</sup> izvršena je nova sistematizacija radnih mesta i formirane su neke nove organizacione jedinice u Ministarstvu unutrašnjih poslova. Uvidom u tu organizacionu strukturu Ministarstva unutrašnjih poslova posebni organi formirani za borbu protiv organizovanog kriminala se organizaciono nalaze u okviru Uprave kriminalističke policije. Naime, Uprava kriminalističke policije kao organizaciona jedinica Direkcije policije objedinjuje sve jedinice koje učestvuju u borbi protiv organizovanog kriminala među kojima je Služba za borbu protiv organizovanog kriminala (SBPOK) nosilac tih aktivnosti. Danas u okviru SBPOK-a funkcionišu organizacioni delovi koji se bave suzbijanjem organizovanog kriminala iz oblasti krijumčarenja narkotika, opšteg, finansijskog i *visokotehnološkog kriminala*, kao i *jedinica za finansijske istrage*.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 58/04-dr. zakon, 45/05, 72/09, 72/11-dr. zakon i 32/13.

<sup>40</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 94/16.

<sup>41</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 32/13 i 94/16.

<sup>42</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 61/05 i 104/09.

<sup>43</sup> *Službeni glasnik RS*, broj 6/16.

<sup>44</sup> Vid. Informator o radu Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije, Beograd, novembar 2017, 12. Dostupno na: <http://www.mup.gov.rs/wps/portal/sr/ministarstvo/informator> o radu mup-a (8. februar 2018.)



Uz ovu strategiju, Vlada je iste godine donela i Akcioni plan za sprovođenje Nacionalne strategije za borbu protiv organizovanog kriminala. Ovim Akcionim planom su uređeni pojedinačni ciljevi, kao i konkretne aktivnosti Ministarstva unutrašnjih poslova u ostvarivanju tih ciljeva.<sup>45</sup>

Za efikasno sprovođenje ove strategije, Vlada je 2009. godine osnovala Koordinaciono telo koje su činili tadašnji ministri unutrašnjih poslova, finansija, pravde i odbrane. Zadatak Koordinacionog tela je da prati, usmerava i koordinira aktivnosti vezane za sprovođenje strategije, i u skladu s tim da: formira Radnu grupu za izradu Akcionog plana; koordinira radom organa državne uprave odgovornih za sprovođenje Strategije; podnosi izveštaje Vladi o sprovođenju Strategije; predlaže revidiranja Strategije u skladu sa nastalim okolnostima i potrebama. Koordinaciono telo podnosi izveštaj Vladi svakih 90 dana.<sup>46</sup>

## ZAKLJUČAK

Strateško planiranje razvoja praćeno izradom strateških dokumenata u Republici Srbiji počinje od 2000. godine. Osnovni i najvažniji strateški dokument u svakoj državi jeste i strategija nacionalne bezbednosti, kojom se u najopštijem smislu uređuju pitanja od značaja za nacionalnu bezbednost. Koja će to pitanja biti, zavisi od opredeljenja u politici nacionalne bezbednosti, koja je ujedno i element strategija nacionalnih bezbednosti većine savremenih država.

Prilikom utvrđivanja politike nacionalne bezbednosti, svaka država polazi od svojih vitalnih vrednosti kojima ujedno i namerava da pruži zaštitu. Politika nacionalne bezbednosti se sastoji od većeg broja politika (spoljna politika, politika odbrane, politika unutrašnje bezbednosti i dr.) kojima se omogućava uspostavljanje, očuvanje i unapređenje vitalnih vrednosti. Ovo opredeljenje u pogledu vitalnih vrednosti praktično nameće pitanje izbora nekog od teorijskih koncepata bezbednosti. Od tog opredeljenja zavisi i organizacija i funkcionisanje sistema nacionalne bezbednosti. Na ovaj način, država daje odgovor na dva pitanja: od koga i čega treba da se štitimo i na koji način to da činimo.

Republika Srbija je svoju prvu Strategiju nacionalne bezbednosti usvojila 2009. godine. U prethodnih osam godina je došlo do značajnih promena u pogledu globalnog i regionalnog bezbednosnog okruženja koja su nužno uticala i na identifikaciju novih bezbednosnih izazova, rizika i pretnji, što je i iniciralo pitanje redefinisanja postojeće ili usvajanja nove strategije. U tom duhu menjala se i politika nacionalne bezbednosti.

---

<sup>45</sup> Vid. Akcioni plan za sprovođenje Nacionalne strategije za borbu protiv organizovanog kriminala, *Službeni glasnik RS*, broj 81/09.

<sup>46</sup> Vid. Odluka o osnivanju Koordinacionog tela za sprovođenje Nacionalne strategije za borbu protiv organizovanog kriminala, *Službeni glasnik RS*, br. 84/09.



Kada je u pitanju politika unutrašnje bezbednosti, možemo reći da ona predstavlja operacionalizaciju stavova zauzetih u strategiji nacionalne bezbednosti. Za sprovođenje politike unutrašnje bezbednosti neophodno je usvojiti i određena normativnopravna i strateška dokumenta vezana za organizaciju i funkcionisanje državnih organa i drugih subjekata koji se bave poslovima bezbednosti. To nužno podrazumeva utvrđivanje jasnih kriterijuma u pogledu klasifikacije i hijerarhije strateških dokumenata. Bez toga, usvajanje navedenih dokumenata će se odvijati proizvoljno i bez postojanja kauzalne veze među njima.

Analizirajući Nacionalnu strategiju za borbu protiv organizovanog kriminala, kao i usvojene zakone, možemo zaključiti da je deo aktivnosti vezan za sprovođenje politike unutrašnje bezbednosti na planu borbe protiv organizovanog kriminala ostvaren. Formirane su organizacione jedinice u okviru Ministarstva unutrašnjih poslova i doneti su zakoni kojima se uređuje njihove nadležnosti. Tim zakonima su ojačani organizacioni i kadrovski potencijali policije, kao i njihova saradnja sa drugim subjektima sistema unutrašnje bezbednosti. Sada ostaje da se ostali elementi strategije i usvojeni zakoni sprovedu u praksi. Tek tada ćemo moći da cenimo pune efekte ostvarivanja ciljeva politike unutrašnje bezbednosti.

*Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs*

*Nenad P. Radivojević, Assistant  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs*

*Vladan M. Mirković, Assistant  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs*

## **Some Aspects of Internal Security Policy as an Element of the National Security Strategy of the Republic of Serbia**

**Abstract:** *The establishment or reorganization of the national security system is always based on certain strategic and legal acts that determine organization, competencies, powers, coordination, cooperation, control and other issues relevant for the work of the subjects of the national security system. These documents must be an expression of the consensus of the relevant actors of a society.*

*The Republic of Serbia passed its first National Security Strategy in 2009, although reforms of the national security system had begun before that. Given the current status of the constitutional reform issues, as well as the announcement of the adoption of a new national security strategy that is expected in the upcoming period, we looked at some general issues of strategic acts as well as practical scope of implementation of the internal security policy conducted in the previous eight years. Also, we introduced new classifications of strategic documents dealing with national security issues and pointed out some issues that need to be taken into account when creating and implementing national security policy. Taking into account the large number of security system subjects in charge of achieving internal security, as well as the scope of this paper, we have only analyzed only some of the adopted strategic and normative legal acts derived from the National Security Strategy. These acts regulate the organization and functioning of the police as an organizational unit of the Ministry of the Interior, and they are concerned with the fight against organized crime.*

**Keywords:** *security, internal security, national security strategy, national security policy, internal security policy.*

Datum prijema rada: 14.02.2018.

*Dr Radenka M. Cvetić, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
R.Cvetic@pf.uns.ac.rs*

## PRAVO ETAŽNIH VLASNIKA NA ZAJEDNIČKIM DELOVIMA ZGRADE<sup>1</sup>

**Sažetak:** U radu se nakon uvodnih napomena o pojmu etažne svojine i određenih preciziranja u pogledu postojeće terminologije, određuje normativni okvir ovog instituta u Republici Srbiji. Naglasak se stavlja na pozitivnopravni režim zajedničkih delova zgrade uspostavljen Zakonom o stanovanju i održavanju zgrada iz 2016. godine. Izlaganje o elementima pojma etažne svojine praćeno je detaljnom analizom pitanja relevantnih za zajedničke delove zgrade: pojam, prava etažnih vlasnika u pogledu ovih delova zgrade (uključujući i njihove obaveze i odgovornost), te raspolaganje zajedničkim delovima zgrade. Kroz ukazivanje na bitna obeležja prava zajedničke nedeljive svojine etažnih vlasnika na zajedničkim delovima zgrade, obrazložen je način odlučivanja pri raspolaganju tim delovima u cilju promene njihove namene. Na kraju je prikazano pravo prečeg prenosa koje imaju etažni vlasnici.

**Ključne reči:** etažna svojina, poseban deo zgrade, zajednički delovi zgrade, zajednička nedeljiva svojina, pravo prečeg prenosa.

### 1. UVODNE NAPOMENE U POGLEDU POJMA ETAŽNE SVOJINE I TERMINOLOŠKO PRECIZIRANJE

Nekoliko specifičnosti u osnovi je postojanja etažne svojine kao posebnog oblika složene svojinske zajednice. Stvaranje posebnog pravnog režima uslovljeno je, pre svega, specifičnim predmetom svojine. Radi se o posebnom delu zgrade koji je realno (fizički) određen, ali koji predstavlja potpuno inkorporisan (nedodvojen) deo zgrade kao jedinstvene stvari. Nasuprot opštem pravnom režimu

---

<sup>1</sup> Ovaj članak sadrži rezultate istraživanja u okviru projekta *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*, koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu.

neodvojivih delova stvari,<sup>2</sup> ovi delovi mogu biti objekt posebnog prava svojine i drugih stvarnih prava, pod uslovom da predstavljaju zakonom predviđenu funkcionalnu celinu. Međutim, upravo karakter fizičke veze posebnih delova zgrade, čini nužnim priznavanje vlasnicima tih delova posebnih ovlašćenja u pogledu zajedničkih delova zgrade. Pored toga, budući da zgrada nije čardak ni na nebu ni na zemlji, neophodno je odrediti na kojem zemljištu i kakva prava imaju vlasnici posebnih delova zgrade. Dakle, etažna svojina je takav oblik svojine koji je sužen po svom predmetu (to mogu biti samo posebni delovi zgrade određeni zakonom), ali je proširen po sadržini na dva akcesorna prava čije postojanje je neophodno za vršenje prava na posebnom delu (pravo na zajedničkim delovima zgrade i pravo na zemljištu na kojem je zgrada podignuta).<sup>3</sup>

Navedene specifičnosti etažne svojine utiču na složenost svojinskih odnosa i međusobnih odnosa vlasnika posebnih delova jedne zgrade, što je rezultiralo nastankom posebnog pravnog režima.<sup>4</sup> Povrh toga, međusobni odnosi etažnih vlasnika moraju se sagledati u svetlu komšijskih odnosa, kao svojevrsnog sociološkog fenomena. To, sa jedne strane, znači da adekvatan pravni okvir, koliko god neophodan, nije svemoguć, te da, s druge strane, pri propisivanju pravila treba naći odgovarajuću meru mešanja države u ovu vrstu privatnopravnih odnosa, ma koliko ona bila potrebna radi zaštite opšteg (javnog) interesa.<sup>5</sup> U tom kontekstu veoma je značajan regulativni okvir za učešće u upravljanju etažnom zajednicom.<sup>6</sup>

Delikatnost problema naglašena je suživotom različitih ljudi koji, po pravilu, nisu povezani ni imovinski, ni lično, a treba da žive pod istim krovom, na zajednič-

---

<sup>2</sup> Mogućnost odvajanja od stvari, po pravilu, određuje da li delovi stvari mogu imati samostalnu pravnu sudbinu, odnosno da li na njima može postojati neko stvarno pravo različito od prava na celoj stvari. O pojmu i praktičnopravnom značaju neodvojivih delova stvari vid. Radmila Kovačević Kuštrimović u: Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Niš 2006, 18, Nikola Gavella u: Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb 2007, 74, Obren Stanković, u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd 1996, 9, 11, Nina Planojević, „Predmet etažne svojine – sadašnjost i budući razvoj“, *Pravni život* 10/1996, 61-62.

<sup>3</sup> Vid. Mihailo Mitić, „Etažna svojina“, *Glasnik AK Vojvodine*, 5/1960, 13-14.

<sup>4</sup> O potrebi i značaju određenja posebne pravne prirode etažne svojine, o različitim teorijskim pokušajima da se ona odredi, o unitarnim i dualističkim konceptima vid. Nina Planojević, „Pravna priroda etažne svojine“, *Pravni život* 10/1995, 309-327, Ivanka Spasić, „Etažna svojina“, *Promene svojinskog zakonodavstva u Srbiji*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2004, 91-93.

<sup>5</sup> Vid. Dušan Nikolić, „Pravno regulisanje komšijskih odnosa“, Radenka Cvetić, „Komšijski odnosi etažnih vlasnika“. Oba članka objavljena su u: *Komšija, pa Bog*, PČESA, Edicija Istorija poljoprivrede, salaša i sela, knj. XII/1996, 60-62, 82-85.

<sup>6</sup> I. Spasić, 110: „Odredbe o upravljanju i održavanju treba uneti u zakon, ali u razumnoj meri. U svakom slučaju nisu za preporuku rešenja koja zajednici stanara daju izuzetno velika ovlašćenja, kao ni ona koja prepuštaju neke najznačajnije odluke sporazumima stanara. ... Ovakva rešenja podrazumevaju veoma visoku svest i kulturu stanara, članova zajednice. Osim toga što ne odgovaraju našem stepenu razvoja i mentalitetu, ovakva rešenja nisu dobra ni uopšte uzevši, jer suviše ograničavaju raspolaganje etažnom svojinom.“

kom temelju i da svakodnevno koriste brojne zajedničke delove i uređaje. Različitost pravnog režima u pogledu posebnih i zajedničkih delova zgrade, akcesornost prava na zajedničkim delovima i zemljištu na kojem se zgrada nalazi, u svetlu činjenice da će savremena društva sve više morati tražiti rešenje stambenih problema gradnjom u visinu, samo su neki od pokazatelja društvenog značaja adekvatnih pravila.

Prikladnost termina etažna svojina za označavanje ovako specifičnog pravnog instituta, posebno je pitanje.<sup>7</sup> U Zakonu o stanovanju i održavanju zgrada<sup>8</sup>, koji, između ostalog, reguliše i etažnu svojinu, koristi se termin *svojina nad posebnim delom zgrade*, mada je u našoj pravnoj teoriji skoro pa opšteprihvaćen termin etažna svojina.<sup>9</sup> Uprkos činjenici da ni sam termin etažna svojina nije sasvim adekvatan i da ne može da izrazi specifičnost predmeta svojine i ovlašćenja titulara u svojoj ukupnosti, priklanjajući se u potpunosti stavu da „naziv jedne ustanove ne može pretendovati da bude i njena definicija“<sup>10</sup>, korišćićemo termin *etažna svojina*, a titulara ovog prava označavati izrazom *etažni vlasnik*.<sup>11</sup>

## 2. NORMATIVNI OKVIR

Etažna svojina (pravo svojine na posebnom delu zgrade) regulisana je odredbom jednog člana (čl. 19) Zakona o osnovama svojinskopравnih odnosa – ZOS-PO.<sup>12</sup> Njome je određeno šta može biti predmet etažne svojine (stan, poslovna prostorija, garaža, odnosno garažno mesto) i koje pravo imaju vlasnici na zajedničkim delovima zgrade i uređajima u zgradi (pravo zajedničke nedeljive svojine).

Dopuna regulative sadržane u ZOSPO trebala je da usledi, donošenjem republičkog zakona kojim bi bila upotpunjena regulativa stvarnopravnih odnosa. U

<sup>7</sup> O nejednačenosti u uporednom pravu i mogućim pristupima, vid. Nina Planojević, *Etažna svojina*, Kragujevac 1997, 31-38.

<sup>8</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 104/2016. Naslov čl. 5 ovog Zakona je *Svojina nad posebnim delom zgrade*. Smatramo da je adekvatniji izraz svojina na umesto upotrebljenog svojina nad. Predlog na uobičajen je u pravnim aktima, kao i u pravnoj teoriji i praksi.

<sup>9</sup> Zanimljiv je predlog da se usvoji naziv *svojina na etaži*, obrazložen činjenicom da se pridev *etažna* ne upotrebljava kao kvalifikativ svojine, nego kao sredstvo da se opredeli njen predmet. Vid. Ivan Krkljuš, „Primerbe na glavu V – Prava na posebnim delovima zgrade, Nacrta Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima SR Srbije“, *Glasnik AK Vojvodine* 5/1983, 14.

<sup>10</sup> N. Planojević (1997), 36.

<sup>11</sup> U prilog zadržavanja naziva etažna svojina vid. Vlado Belaj, „Vlasništvo posebnog dijela nekretnine (etažno vlasništvo) u: Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb 2007, 736: „Naziv etažno vlasništvo i pored toga što ne izražava najpravičniji sadržaj ove pravne ustanove, jer može postojati na različitim delovima nekretnine, a ne samo na određenom spratu zgrade, ima i izvesne prednosti, a to su jednostavnost i uvrženost u praksi.“

<sup>12</sup> *Službeni list SFRJ*, br. 6/1980, 36/1990, *Službeni list SRJ*, br. 29/1996, *Službeni glasnik RS*, br. 115/2005 – dr. zakon.

Republici Srbiji to do danas nije učinjeno. U ovom momentu postoje dve radne verzije nastale kao rezultat pokušaja kodifikacije stvarnog prava. Jedna je data u vidu zakona koji reguliše samo stvarnopravne odnose (*Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*<sup>13</sup> – Nacrt ZSDSP), a druga u okviru kodifikacije građanskopravne materije (*Nacrt Građanskog zakonika*<sup>14</sup> – Nacrt GZ). Obe sadrže predlog regulative etažne svojine.<sup>15</sup>

Ipak, niz pitanja značajnih za institut etažne svojine regulisan je posebnim zakonom. To je, kao što je već istaknuto, Zakon o stanovanju i održavanju zgrada – ZSOZ, čije će odredbe kojima se reguliše pravo etažnih vlasnika na zajedničkim delovima zgrade, biti predmet analize u ovom radu. Radi se o Zakonu koji je usvojen krajem 2016. godine tako da se vrednost njegovih odredbi još uvek ne može procenjivati sa stanovišta praktične primene, što ne sprečava njihovu teorijsku analizu i ukazivanje na pojedina nova pravila. Pre stupanja na snagu ZSOZ, neka pitanja relevantna za etažnu svojinu bila su regulisana Zakonom o održavanju stambenih zgrada,<sup>16</sup> tako da ćemo ukazati na neke bitne razlike. Na kraju opredeljenja normativnog okvira instituta etažne svojine u Republici Srbiji, radi njegove svobuhvatnosti skrećemo pažnju i na odredbe Zakon o planiranju i izgradnji,<sup>17</sup> kojima je predviđena konverzija, tj. pretvaranje prava korišćenja građevinskog zemljišta u pravo svojine, odnosno susvojine.

### 3. PRAVILA SADRŽANA U AKTUELNIM NACRTIMA

Pravila postojećih Nacrta biće sumarno prikazana, u meri koja je potrebna da bi se uočile konceptualne razlike, kako međusobno, tako i u odnosu na ZSOZ.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>, 2. decembar 2017, Zakonik o svojini i drugim stvarnim pravima, radna verzija sa obrazloženjem – april 2012.g. (tekst je u određenoj meri izmenjen u odnosu na tekst Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima koji je, takođe, objavljen na navedenom sajtu. Numeracija članova u ovom radu navedena je prema kasnijem tekstu, tj. radnoj verziji iz aprila 2012. godine.

<sup>14</sup> <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 2. decembar 2017.

<sup>15</sup> Nacrt ZSDSP: pravila o etažnoj svojini sadržana su u okviru Dela III (*Svojina*), glava Ž. (*Pravo etažne svojine*), čl. 241-276. Nacrt GZ: Knjiga treća (*Stvarno pravo*), Deo prvi (*Pravo svojine*), Odeljak peti (*Modaliteti prava svojine / Pravo svojine više lica na jednoj stvari*), glava III (*Etažna svojina*), čl. 1868-1902.

<sup>16</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 44/1995, 46/1998, 1/2001 – odluka US, 101/2005 – dr. zakon, 27/2011 – odluka US. 88/2011.

<sup>17</sup> *Službeni glasnik RS* br. 72/2009, 81/2009, 64/2010 – odluka US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – odluka US, 50/2013 – odluka US, 98/2013 – odluka US, 132/2014, 145/2014, čl. 104.

<sup>18</sup> O pravnoj strukturi etažne svojine u uporednom pravu vid. N. Planojević (1997), 52-57. Sumarno o pozitivnopravnim rešenjima u Hrvatskoj, Sloveniji i Crnoj Gori vid. I. Spasić, 97-107.

Za koncept etažne svojine predložen u Nacrtu ZSDSP<sup>19</sup> ključno je nekoliko odredbi. Pre svega, pri određenju pojma etažne svojine polazište je da je predmet ovog svojinskog oblika poseban deo zgrade, a da etažni vlasnici imaju određena prava u pogledu zajedničkih delova zgrade i zemljišta. Etažna svojina je, dakle, pravo svojine specifično po svom predmetu, a sa tim pravom neraskidivo su povezana određena prava etažnih vlasnika u pogledu zgrade kao celine. Predmet etažne svojine je poseban deo zgrade: stan, poslovna prostorija, garaža i jasno obeleženo garažno mesto, pri čemu je irelevantno da li je posebni deo zgrade u isključivoj svojini, susvojini ili zajedničkoj svojini. Samim sticanjem prava svojine na posebnom delu zgrade etažni vlasnik stiče pravo upotrebe zajedničkih delova zgrade i pravo susvojine na zemljištu (pod zgradom i onom koje služi za redovnu upotrebu zgrade). Naslov čl. 245 *Neodvojivost* naglašava akcesornost navedenih prava u odnosu na pravo svojine na posebnom delu zgrade. Smatramo da nije potrebno eksplicitno propisivanje da se sa pravom svojine na posebnom delu zgrade na pravnog sledbenika prenose i ova prava jer su ona nedvosmisleno vezana za svojstvo vlasnika posebnog dela zgrade.<sup>20</sup> Pored posebnih i zajedničkih delova u etažiranoj zgradi mogu postojati i samostalni delovi (čl. 249).<sup>21</sup>

Nadalje, na etažiranoj zgradi kao celini (zgrada koja se sastoji iz najmanje dva posebna dela<sup>22</sup>) niko nema pravo svojine, dok na zajedničkim delovima zgrade pravo svojine ima zajednica etažnih vlasnika (čl. 247. st. 1). Etažnu zajednicu čine svi etažni vlasnici. Etažna zajednica (a ne zgrada) ima status pravnog lica čija su prava, obaveze i odgovornost uređene zakonom. Obavezni organi etažne zajednice su skupština i upravnik (etažne zajednice, a ne zgrade). Svoje pravo upravljanja zgradom kao celinom etažni vlasnici vrše u okviru etažne zajednice, a pri odlučivanju po osnovu svojine na jednom posebnom delu etažnim vlasnicima pripada jedan glas.<sup>23</sup> U slučajevima predviđenim zakonom, iz zajedničkih delova može se izdvojiti deo koji će putem adaptacije ili dogradnje biti pretvoren u poseban deo.<sup>24</sup> Pri prodaji izdvojenog dela etažni vlasnici imaju pravo preče kupovine.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> Kao što je već istaknuto, odredbe o pravu etažne svojine sadržane su u čl. 241-276 Nacrta ZSDSP.

<sup>20</sup> Suprotno vid. Zlatko Stefanović, „Etažna svojina de lege ferenda“, *Pravni život* 10/1996, 40.

<sup>21</sup> To su delovi čiji vlasnik ne mora biti zajednica etažnih vlasnika niti etažni vlasnik u toj zgradi. Takvi delovi su, na primer, instalacije kablovske televizije, reklamni pano, deo fasade sa posebnim svojstvima.

<sup>22</sup> Da bi se primenile odredbe o etažnoj zajednici potrebno je da u etažiranoj zgradi budu barem dva različita etažna vlasnika (čl. 259). Sledstveno, kada jedno lice stekne pravo svojine na svim posebnim delovima zgrade, prestaje primena tih odredbi sve dok bar još jedno lice ne stekne pravo svojine na posebnom delu te zgrade (čl. 274).

<sup>23</sup> Vid. čl. 271 Nacrta ZSDSP.

<sup>24</sup> Vid. čl. 246, st. 4-7, čl. 256-258, čl. 271 Nacrta ZSDSP.

<sup>25</sup> Odredbom čl. 261 Nacrta ZSDSP regulisano je ostvarenje ovog prava uključujući i kriterijume po kojima se određuje ko od više zainteresovanih etažnih vlasnika ima prednost. Budući da je poslednji u nizu predviđenih kriterijuma po nama vrlo diskutabilan, navodimo ih sve (vid. čl.



Nasuprot pravilu sadržanom u Nacrtu ZSDSP, u Nacrtu GZ<sup>26</sup> etažna svojina se definiše kao pravo koje se sastoji iz prava svojine na posebnom delu zgrade i susvojine na zajedničkim delovima zgrade i zemljištu.<sup>27</sup> Nije se, dakle, pošlo od toga da je etažna svojina pravo svojine na posebnom delu zgrade, a da su za to pravo, kao glavno, neraskidivo vezana određena akcesorna prava u pogledu zajedničkih delova zgrade i zemljišta. Ipak, takav pristup nije izbegnut do kraja, budući da se ne govori o raspolaganju etažnih sopstvenika<sup>28</sup> etažnom svojinom, već je predviđeno da oni raspolazu svojim posebnim delom zajedno i neodvojivo sa suvlasničkim udelom na zajedničkim delovima u zgradi i suvlasničkim udelom na zemljištu.<sup>29</sup>

Predmet etažne svojine<sup>30</sup> određen je kao i sam pojam ovog prava, odnosno jedinstveno i on obuhvata posebni deo zgrade, zajedničke delove zgrade i zemljište.<sup>31</sup> Pri tome, za posebni deo zgrade je odlučujuće da predstavlja samostalnu funkcionalnu celinu sa posebnim ulazom (kao što su stan ili poslovne prostorije), odnosno drugu individualno određenu prostoriju koja je u funkcionalnoj vezi sa zgradom (garaža, garažno mesto, sklonište, podrum, magacin). Nabranje je egzemplarno, što je novina u odnosu na, u našem pravu, uobičajeno taksativno nabranje posebnih delova zgrade koji mogu biti predmet etažne svojine.

261, st. 6). Tako, između više njih prednost ima etažni vlasnik čiji se posebni deo fizički dodiruje sa delom koji se prodaje. Ako je takvih više onda prednost ima onaj čija je površina posebnog dela manja, a kada su površine iste, onaj koji je ranije stekao pravo svojine na svom posebnom delu zgrade. U slučaju da su istovremeno stekli pravo svojine, prednost ima onaj etažni vlasnik koji je stariji. Nama se, imajući u vidu kada u praksi najčešće dolazi do ovakvih situacija, nameće pitanje da li je, uz dužno poštovanje starijih, logično dati prednost, na primer, etažnom vlasniku koji ima 60 godina i živi sam, u odnosu na etažnog vlasnika koji je znatno mlađi i ima petočlanu porodicu. Isto tako, kako odlučiti ko ima prednost kada su „konkurentni“ posebni delovi u susvojini ili zajedničkoj svojini. Ako bi se računala prosečna starost moglo bi se doći i do apsurdnih situacija.

<sup>26</sup> Odredbe o etažnoj svojini sadržane su u čl. 1868-1902. Napominjemo da je znatan broj odredbi formulisan sa više varijanti ili alternativa. Tako, odredba čl. 1868 u kojoj je određen pojam etažne svojine sadrži čak četiri predložene varijante.

<sup>27</sup> Suvlasnički deo etažnog sopstvenika na zajedničkim delovima zgrade i zemljištu, određuje se srazmerno površini njegovog posebnog dela u odnosu na ukupnu površinu posebnih delova zgrade (čl. 1871, st. 2). Srazmerno veličini njihovih suvlasničkih uдела određuju se prava i obaveze etažnih sopstvenika na zajedničkim delovima zgrade i zemljištu (čl. 1874).

<sup>28</sup> U Nacrtu GZ se umesto termina *vlasnik*, kao uobičajenog za označavanje titulara prava svojine u našem zakonodavstvu, teoriji i praksi, koristi izraz *sopstvenik*. U Nacrtu GZ jedino se za označavanje titulara susvojine ostaje pri uobičajenom izrazu suvlasnik. Slažemo se da nazivu prava (pravo svojine) više odgovara termin sopstvenik. Tako je, na primer, u Republici Hrvatskoj samo pravo označeno kao pravo vlasništva, a titular tog prava kao vlasnik.

<sup>29</sup> Upor. odredbu čl. 1868 i čl. 1875 Nacrta GZ.

<sup>30</sup> Vid. čl. 1869 (*Poseban deo zgrade*), 1870 (*Garaža*), 1871 (*Zajednički delovi zgrade i zemljište*) uz alternativu (stilsku) da se ta tri člana zamene jednim, 1872 (*Predmet*).

<sup>31</sup> Analogno jedinstvenom objektu etažne svojine francuskog prava. U pitanju je *lot* „... koji sjedinjuje poseban, realni deo zgrade koji pripada jednom etažnom vlasniku i njegov udeo u nepodeljenim zajedničkim delovima zgrade i zemljištu, koji su u susvojini.“ N. Planojević (1997), 95-96. Vid. I. Spasić, 90, 93.

Budući da etažni sopstvenici imaju pravo susvojine na zajedničkim delovima zgrade, u pogledu upravljanja predviđena je shodna primena pravila o susvojini (čl. 1885). O upravljanju zgradom odlučuje skupština etažnih sopstvenika<sup>32</sup> koja, između ostalog, imenuje upravnika zgrade.<sup>33</sup> Svaki etažni sopstvenik ima pravo da učestvuje u radu skupštine i odlučivanju. Nema eksplicitnog pravila o tome da svakom etažnom sopstveniku po osnovu prava svojine na jednom posebnom delu zgrade pripada jedan glas, ali ono proističe iz pravila predviđenog za slučaj kada je poseban deo zgrade u susvojini ili zajedničkoj svojini više lica. Oni u tom slučaju imaju jedan glas u skupštini i određuju ko će im biti predstavnik (čl. 1893, st. 1). Upravnik zgrade je zastupnik etažnih sopstvenika prema trećim licima. Međutim, da bi bio stranka u postupku (kao tužilac ili tuženi), upravnik mora biti prethodno ovlašćen od strane skupštine etažnih sopstvenika (osim u hitnim slučajevima, kada ovlašćenje može biti dato naknadno).

U poređenju sa pravilima sadržanim u Nacrtu ZSDSP, uočava se da Nacrt GZ ne predviđa pravila o posebnom pravnom subjektivitetu zgrade ili zajednice etažnih sopstvenika. Zatim, nije posebno propisana mogućnost raspolaganja zajedničkim delovima zgrade radi dogradnje ili pretvaranja u poseban deo zgrade,<sup>34</sup> kao ni mogućnost da postoje samostalni delovi zgrade koji nisu u režimu etažne svojine.

#### 4. POZITIVNO PRAVO

Kao što je već istaknuto, niz pitanja značajnih za institut etažne svojine regulisan je posebnim zakonom, ZSOZ. Njime su uređeni i drugi odnosi relevantni za stambenu politiku,<sup>35</sup> ali će predmet interesovanja u ovom radu biti samo one odredbe koje su značajne za institut etažne svojine. U Zakonu se ne koristi termin etažna svojina, već se reguliše pravo na posebnim, samostalnim i zajedničkim delovima zgrade.

Poseban deo zgrade određuje se pre svega kao posebna funkcionalna celina, a zatim se taksativno navodi da se može raditi o stanu, poslovnom prostoru, garaži, garažnom mestu ili garažnom boksu.<sup>36</sup> Poseban deo zgrade može biti u re-

<sup>32</sup> Vid. odredbe čl. 1890-1896 Nacrta GZ.

<sup>33</sup> Vid. odredbe čl. 1897-1898 Nacrta GZ.

<sup>34</sup> Takvo raspolaganje bi predstavljao jedan od poslova koji prelaze okvire redovnog upravljanja. Vid. čl. 1887 Nacrta GZ.

<sup>35</sup> To su: održivi razvoj stanovanja, upravljanje zgradom, korišćenje i održavanje zgrade, njenih posebnih i zajedničkih delova, postupak iseljenja i preseljenja, stambena podrška, odgovarajući registri i evidencije. Vid. čl. 1 ZSOZ.

<sup>36</sup> Značenje ovih izraza, odnosno pojmovi navedenih posebnih delova zgrade, određeno je u čl. 3, st. 2 ZSOZ: tač. 9) *stan* je poseban deo zgrade koji čini funkcionalnu celinu, sastoji se od jedne ili više prostorija namenjenih za stanovanje i po pravilu ima zaseban ulaz; tač. 10) *poslovni*

žimu isključive svojine, susvojine ili zajedničke svojine. Zbog činjenice da se radi o delovima jedne druge celine (zgrade), određeno je koja još prava stiže onaj ko postane vlasnik (suvlasnik, zajedničar) posebnog dela. Za svojstvo vlasnika posebnog dela zgrade vezuju se sledeća prava: pravo (zajedničke nedeljive) svojine na zajedničkim delovima zgrade, pravo učešća u upravljanju stambenom zajednicom i pravo susvojine na zemljištu na kome je zgrada izrađena i onom koje služi za redovnu upotrebu zgrade. Propisivanjem da se navedena prava stižu u momentu sticanja prava svojine na posebnom delu (čl. 5, st. 2 ZSOZ), određen je akcesorni karakter tih prava i u nastanku, i u prenosu, i u prestanku. Ona nemaju samostalnu pravnu sudbinu, odnosno ne mogu se „osamostaliti“ u pravnom prometu i bez ikakvog posebnog ugovaranja prelaze na novog vlasnika posebnog dela zgrade. U skladu sa propisanom procedurom, poseban deo zgrade može se pretvoriti u zajednički deo (na osnovu ugovora zaključenog između vlasnika posebnog dela i stambene zajednice), a može mu se i promeniti namena (na osnovu zahteva vlasnika).<sup>37</sup>

Samostalni delovi zgrade su prostorija sa tehničkim uređajima, prostorija transformatorske stanice i skloništa.<sup>38</sup> Takav deo zgrade može biti u zajedničkoj nedeljivoj svojini vlasnika posebnih delova zgrade ili u svojini lica koje je vlasnik uređaja, odnosno transformatorske stanice (čl. 11 ZSOZ).

Prava i obaveze vlasnika posebnih i samostalnih delova zgrade određena su u onoj meri u kojoj je neophodno modifikovati opšti režim prava svojine na nepokretnim stvarima, zbog specifičnosti samog predmeta.<sup>39</sup> Suština je u tome da

*prostor* je poseban deo zgrade koji čini funkcionalnu celinu, sastoji se od jedne ili više prostorija namenjenih za obavljanje delatnosti i ima zaseban ulaz. U funkciji stana ili poslovnog prostora može biti prostor koji se nalazi izvan njih, što se naziva *pomoćni prostor* (tač. 11), a u pitanju su podrum, šupa, tavan, toalet. Tač. 12) *garaža* je zatvoreni prostor u zgradi ili van nje, koji čini posebnu funkcionalnu celinu, a sastoji se od jednog ili više garažnih mesta ili garažnih boksova (ako ih ima više onda garaža sadrži i zajedničke delove za pristup mestu, odnosno boksu); tač. 13) *garažno mesto* je poseban deo garaže koji čini prostor obeležen određenom površinom za parkiranje vozila; tač. 14) *garažni boks* je poseban deo garaže koji čini prostorija namenjena za parkiranje vozila.

Z. Stefanović, 45: „Taksativno nabranje predmeta etažne svojine, odn. posebnih delova zgrade na kojima ona može da postoji predstavlja smetnju u svakodnevnom životu. Mnogo je prihvatljivije fleksibilno određenje da to može biti svaki deo koji predstavlja građevinsku i funkcionalnu celinu, a prema svojoj nameni ne služi korišćenju više posebnih delova.“

<sup>37</sup> Vid. odredbe čl. 6 i 7 ZSOZ.

<sup>38</sup> Vid. čl. 3, st. 2, tač. 18-21 ZSOZ

<sup>39</sup> Pravo da isključivo vrši svojinska ovlašćenja na svom posebnom delu zgrade, uz dužnost da dozvoli prolaz kroz svoj deo ili njegovu upotrebu na odgovarajući način kada je to neophodno za popravku ili održavanje drugog dela zgrade ili za ispunjenje druge zakonske obaveze. Pravo da preduzme radove na zajedničkim delovima zgrade radi otklanjanja opasnosti od prouzrokovanja štete na svom posebnom delu (ako to blagovremeno ne učini lice koje je dužno da izvrši popravku). Pravo adaptacije svog posebnog dela u skladu sa zakonom, uz ograničenje da se time ne zadire u ostale delove zgrade (posebne, zajedničke ili samostalne), osim kada za to ima ovlašćenje. Pravo da pokrene sudski postupak radi utvrđivanja ništavosti odluke skupštine stambene zajednice kada

se korišćenjem svog dela ne ometa korišćenje drugih delova zgrade i da im se ne nanosi šteta. Etažni vlasnik odgovara za štetu koja potiče od njegovog posebnog dela ako ne postupi u skladu sa propisanom obavezom održavanja, bez obzira na krivicu.<sup>40</sup> Izričito je propisano pravo svakog etažnog vlasnika i stambene zajednice da zahteva ispunjenje obaveza koje se vezuju za pravo svojine na posebnom delu zgrade (čl. 14, st. 2).<sup>41</sup>

#### 4.1. Zajednički delovi zgrade

##### 4.1.1. Šta se smatra zajedničkim delom zgrade

Delovi zgrade koji, u skladu sa ZSOZ, nisu određeni kao posebni ili samostalni smatraju se zajedničkim delovima zgrade. Oni služe posebnim i samostalnim delovima zgrade i zgradi kao celini. Zavisno od njihove funkcije razvrstani su u tri kategorije: *zajednički prostori* (stepenište, zajednički hodnik, podrum, tavanski prostor, biciklarnica i dr.), *zajednički građevinski elementi* (temelji, noseći zidovi i stubovi, krov, dimnjaci, svetlarnici, kanali za provetravanje, fasada i dr.) i *zajedničke instalacije, oprema i uređaji* (lift, gromobrani, električne, vodovodne, kanalizacione, gasovodne, toplovodne, telefonske instalacije i dr.). Navođenje je egzemplarno, a odlučujuća karakteristika je da se, bez obzira na prirodu zajedničkog dela, ne radi o delu koji je sastavni deo samostalnog ili posebnog dela, odnosno da ne služi isključivo jednom posebnom delu.<sup>42</sup> Ako je neki od navedenih delova zbog svog položaja istovremeno poseban i zajednički deo zgrade (na primer, noseći zid, krov), smatra se zajedničkim delom zgrade, a vlasnik tog posebnog dela ima pravo njegove upotrebe, bez prava da mu menja fizička svojstva (čl. 10, st.1).<sup>43</sup> Kada je u pitanju deo zgrade u sastavu dva ili više posebnih

---

smatra da je odluka doneta suprotno važećim propisima (u roku od 45 dana od saznanja za odluku – subjektivni rok, a najkasnije u roku od šest meseci od dana donošenja odluke – objektivni rok, odnosno rok u kome je saznanje za odluku relevantno u smislu zahtevanja utvrđenja njene ništavosti). Dužan je da korišćenjem svog posebnog dela zgrade ne ometa korišćenje drugih delova i da svoj deo održava u stanju kojim se ne otežava, ne onemogućava i ne remeti uobičajena upotreba ostalih delova zgrade. Vid. čl. 12 i 13 ZSOZ.

<sup>40</sup> Vid. čl. 69, st. 1-2 u vezi sa čl. 60 ZSOZ.

<sup>41</sup> To pravo proizlazi iz obaveze vlasnika posebnog dela zgrade. Zahtev, prema opštim pravilima, nastaje u momentu kada se obavezno lice nije ponašalo u skladu sa svojom obavezom.

<sup>42</sup> Vid. čl. 3, st. 1, tač. 16 i čl. 8 ZSOZ.

<sup>43</sup> Ne sme mu menjati oblik, strukturu, boju, osim u tačno određenim slučajevima (kada je u pitanju površina koja je deo unutrašnjosti tog posebnog dela ili se izvode radovi na unapređenju svojstva tog posebnog dela ili zgrade kao celine, ako se time ne ugrožavaju funkcije tog dela kao zajedničkog dela).

Vlasnik posebnog, odnosno samostalnog dela zgrade u čijem sastavu je zajednički deo zgrade dužan je da ga održava u granicama mogućnosti vršenja ovlašćenja upotrebe tog dela (čl. 14, st. 1, tač. 3 ZSOZ).

delova, a ne služi zgradi kao celini, na njemu vlasnici tih posebnih delova imaju pravo susvojine sa jednakim delovima, srazmerno broju posebnih delova.<sup>44</sup>

Nejasan je smisao odredbe da se zajednički delovi zgrade smatraju jednom stvari, ako zakonom nije drugačije određeno (čl. 8, st. 2). Argumenti koji upućuju na suvišnost ove odredbe su sledeći. Pre svega, pravo na zajedničkim delovima zgrade neraskidivo je vezano za pravo svojine na posebnom, odnosno samostalnom delu zgrade. Zatim, na njima se ne može zasnivati hipoteka ili drugi stvarnopravni tereti. Takvim teretima zajednički delovi zgrade mogu biti obuhvaćeni samo ako se oni ustanovljavaju na zgradi kao celini (čl. 9, st. 7 ZSOZ). U tom smilu ništa ne menja činjenica da je moguće raspolaganje zajedničkim delovima zgrade u cilju dogradnje, nadzidiivanja, pripajanja (posebnom delu zgrade) ili pretvaranja (u poseban ili samostalni deo), o čemu će posebno biti reči.

#### *4.1.2. Pravo etažnih vlasnika na zajedničkim delovima zgrade, njihove obaveze u pogledu održavanja i odgovornost za štetu*

Pravni režim zajedničkih delova zgrade ustanovljen ZSOZ zasnovan je na polaznom pravilu sadržanom u ZOSPO (čl. 19, st. 2).<sup>45</sup> Na zajedničkim delovima zgrade vlasnici posebnih delova imaju pravo zajedničke nedeljive svojine (čl. 8, st. 3 ZSOZ).<sup>46</sup> To pravo je, kao što smo već istakli, akcesornog karaktera u odnosu na pravo svojine na posebnom delu zgrade. Što se tiče nedeljivosti ove zajedničke svojine, tim atributom se ne izražava svojstvo objekta prava već nemogućnost da se zahteva podela, odnosno prestanak režima zajedničke svojine dok postoji zgrada kao celina.<sup>47</sup>

Etažni vlasnici su ovlašćeni da namenski upotrebljavaju zajedničke delove zgrade u granicama svojih potreba.<sup>48</sup> To znači da veličina posebnog dela nema nikakvog uticaja na vršenje ovog ovlašćenja. Budući da ovlašćenje upotrebe pripada svim etažnim vlasnicima, svaki od njih istovremeno ima obavezu da trpi

<sup>44</sup> Vid. čl. 10, st. 2 ZSOZ. Ako su u pitanju, na primer, četiri posebna dela zgrade u čijem sastavu je deo koji ne služi zgradi kao celini, vlasnici tih delova će biti suvlasnici, a suvlasnički udeo svakog od njih je  $\frac{1}{4}$  bez obzira kolika je površina pojedinih posebnih delova.

<sup>45</sup> O značaju ovog pravila, stavljanju van snage Zakona o svojini na delovima zgrada odlukom Saveznog ustavnog suda (1996. godine) zbog toga što nije u skladu sa Ustavom SRJ i ZOSPO, kao i višegodišnjoj primeni tog Zakona od strane nekih vojvođanskih sudova uprkos činjenici da je prestao da važi, vid. Dušan Nikolić, „Čiji su zajednički delovi zgrada“, *Pravni život* 10/2001, 27-31.

<sup>46</sup> Podsećamo na pravila sadržana u aktuelnim nacrtima. Prema Nacrtu ZSDSP na zajedničkim delovima zgrade pravo svojine ima etažna zajednica, dok prema Nacrtu GZ etažni sopstvenici imaju pravo susvojine na zajedničkim delovima zgrade.

<sup>47</sup> O. Stanković, 177. O neadekvatnosti takvog rešenja i teškoći njegovog uklapanja u režim koji sadrži mogućnost raspolaganja zajedničkim delovima zgrade (radi pripajanja nekom posebnom delu, adaptacije ili nadzidiivanja) i pravilo o kriterijumu raspodele obaveza etažnih vlasnika u pogledu tih delova zgrade srazmerno površini njihovih posebnih delova, vid. Z. Stefanović, 38-39.

<sup>48</sup> Vid. čl. 12, st. 1, tač. 4 ZSOZ.

namensku upotrebu zajedničkih delova od strane ostalih etažnih vlasnika.<sup>49</sup> Takođe je dužan da učestvuje u troškovima održavanja i upotrebe zajedničkih delova zgrade.<sup>50</sup> Kriterijumi za učešće u ovim troškovima propisani su Zakonom na sledeći način. Za troškove tekućeg održavanja i upravljanja zgradom predviđeno je učešće vlasnika posebnih delova zgrade srazmerno broju svojih posebnih delova u odnosu na ukupan broj svih posebnih delova, dok je za troškove investicionog održavanja i unapređenja svojstva zgrade učešće vezano za srazmeru površine posebnog dela u odnosu na ukupnu površinu svih posebnih delova (čl. 63, st. 2, tač. 1-2).<sup>51</sup> Zakonodavac je ostavio mogućnost da se etažni vlasnici dvotrećinskom većinom saglase da bilo koji od ova dva kriterijuma primene i na tekuće i na investiciono održavanje, i čak ostavio mogućnost da se način učešća u ovim troškovima utvrdi na osnovu pravila o međusobnim odnosima vlasnika posebnih delova zgrade.<sup>52</sup>

Ko vrši poslove upravljanja zgradom<sup>53</sup> određeno je zavisno od toga o kakvoj zgradi je reč,<sup>54</sup> svojinskog režima njenih posebnih delova i, donekle, namenom zgrade (čl. 15 ZSOZ). U stambenoj zgradi koja ima zajedničke delove zgrade i najmanje dva posebna dela čiji su vlasnici različita lica, poslove upravljanja zgradom vrši stambena zajednica preko svojih organa ili profesionalni upravnik kome su povereni poslovi upravljanja. Svi etažni vlasnici, odnosno vlasnici posebnih

<sup>49</sup> Pored toga, dužan je da trpi namensku upotrebu zajedničkih delova zgrade od strane lica koja je angažovao etažni vlasnik za izvođenje određenih radova, kao i prolaženje trećih lica radi dolaska do određenog posebnog ili samostalnog dela zgrade (čl. 14, st. 1, tač. 5 ZSOZ).

<sup>50</sup> Kao i u troškovima održavanja i upotrebe katastarske parcele na kojoj se zgrada nalazi. Vid. čl. 14, st. 1, tač. 4.

<sup>51</sup> Aktivnosti na održavanju zgrade vrše se kroz hitne intervencije, tekuće održavanje i investiciono održavanje. Vid. čl. 3, st. 2, tač. 23 (održavanje zgrade), 25 (tekuće održavanje), 26 (investiciono održavanje), čl. 58 (održavanje zgrade i unapređenje svojstva zgrade) i čl. 59 (hitne intervencije).

<sup>52</sup> Vid. čl. 63, st. 3 i 5 i s njim u vezi čl. 17 ZSOZ.

<sup>53</sup> Upravljanje zgradom, u smislu ZSOZ, obuhvata sve organizacione poslove i aktivnosti koje kontinuirano obavlja izabrano ili postavljeno lice (upravnik ili profesionalni upravnik), odnosno organ upravljanja, u svrhu rukovođenja zgradom. To podrazumeva odgovorno preduzimanje mera radi organizovanja održavanja zgrade, odlučivanja o korišćenju finansijskih sredstava i obezbeđivanja korišćenja zgrade (njenih delova) u skladu sa njenom namenom, i druga pitanja od značaja za upravljanje zgradom (čl. 3, st. 2, tač. 22).

<sup>54</sup> Vid. čl. 3, st. 2, tač. 3-7 ZSOZ: *stambena zgrada* – zgrada namenjena za stanovanje, koristi se za tu namenu i sastoji se od najmanje tri stana; *porodična kuća* – zgrada namenjena za stanovanje, koristi se za tu namenu i sastoji se od najviše dva stana; *stambeno-poslovna zgrada* – zgrada koja se sastoji od najmanje jednog stana i jednog poslovnog prostora; *poslovna zgrada* – zgrada namenjena za obavljanje delatnosti, koristi se za tu namenu i sastoji se od jednog ili više poslovnih prostora; *zgrada javne namene* – zgrade namenjene za javno korišćenje (zgrade koje mogu biti ili samo u javnoj svojini, kao što su zgrade za potrebe nadležnih organa, ili u svim oblicima svojine, kao što su bolnice, domovi zdravlja, zgrade za obrazovanje, zgrade kulture, saobraćajni terminali i druge zgrade namenjene za javno korišćenje).



delova stambene zgrade (i stambeno-poslovne zgrade), čine stambenu zajednicu.<sup>55</sup> Ova zajednica ima status pravnog lica,<sup>56</sup> a stiće ga onog momenta kada najmanje dva lica postanu vlasnici dva posebna dela.

Onaj ko je ovlašćen da vrši poslove upravljanja zgradom ima obavezu održavanja zgrade u cilju otklanjanja opasnosti nastanka štete od zgrade i zajedničkih delova zgrade (čl. 60 ZSOZ). Za štetu koja je uzročno povezana sa zajedničkim delovima zgrade odgovara stambena zajednica. Za takvu štetu supsidijarno je propisana odgovornost vlasnika posebnih delova zgrade, kada stambena zajednica svoju obavezu naknade štete ne izvrši u roku koji je u svojoj odluci odredio nadležni organ. Za slučaj da se ne može odrediti da li šteta potiče od posebnog ili zajedničkih delova zgrade predviđena je solidarna odgovornost stambene zajednice i vlasnika posebnih delova.<sup>57</sup> Smatramo da su ovakva pravila adekvatan odgovor na brojna i svakodnevno postavljana pitanja u vezi sa štetama koje potiču od zgrada.<sup>58</sup>

Da postoji javni interes da se zgrade održavaju i njihova svojstva unapređuju, svedoči kako način regulisanja obaveza etažnih vlasnika i njihove odgovornosti, tako i izričito predviđanje da u slučaju propuštanja ispunjenja obaveza predviđenih u tom cilju, radove na održavanju zgrade preuzima jedinica lokalne samouprave, ako bi zbog takvog propuštanja mogle da nastanu štetne posledice po život ili zdravlje ljudi, životnu sredinu, privredu ili imovinu veće vrednosti.<sup>59</sup> Upravo radi ostvarenja javnog interesa jedinica lokalne samouprave svojim aktom

<sup>55</sup> O stambenim zajednicama vodi se poseban registar u svakoj jedinici lokalne samouprave. Registratora određuje nadležna opštinska, odnosno gradska uprava. Sadržina registra, ovlašćenja registratora i postupak registracije detaljno su uređeni čl. 18-39 ZSOZ. Podaci o stambenim zajednicama iz svih registara na teritoriji Republike Srbije objedinjeni su u jedinstvenu evidenciju (jedinstvena, centralna, javna, elektronska baza podataka) koju vodi Republički geodetski zavod (čl. 21 ZSOZ).

<sup>56</sup> Poslovno ime stambene zajednice pod kojim se ona pojavljuje u pravnom prometu obavezno sadrži oznaku *stambena zajednica* i adresu zgrade za koju je formirana. Kao i sva druga pravna lica, stambena zajednica ima svoj matični broj, PIB i tekući račun. Vid. čl. 16 ZSOZ – *Pojam i pravni status stambene zajednice*.

Danom stupanja na snagu ZSOZ (31. decembar 2016. godine) stambena zgrada u kojoj najmanje dva lica imaju pravo svojine na dva posebna dela u toj zgradi, postaje stambena zajednica i stiće svojstvo pravnog lica koje je pravni sledbenik stambene zgrade u poslovima nastalim prema propisima o održavanju stambene zgrade koji su derogirani stupanjem na snagu ZSOZ (čl. 137 ZSOZ).

<sup>57</sup> Vid. čl. 69, st. 3-4 ZSOZ. Ako poslove upravljanja zgradom vrši profesionalni upravnik, on je odgovoran stambenoj zajednici (ili vlasniku posebnog dela zgrade) ako je šteta nastupila usled njegove radnje ili propuštanja (st. 5).

<sup>58</sup> „Čija je fasada zgrade i ko odgovara kada se njen deo uruši i prouzrokuje štetu?“ „Šta kada se lift zaglavi ili „otkači“ i kada neko bude povređen?“ To su samo neki od svakodnevnih naslova u medijima.

<sup>59</sup> Vid. čl. 61 ZSOZ (*Preuzimanje poslova održavanja zgrade i unapređenja svojstava zgrade radi ostvarenja javnog interesa*). Aktivnosti koje u tom cilju odredi jedinica lokalne samouprave mogu se po nalogu nadležnog organa ispuniti prinudno na teret obaveznih lica, ako ih oni ne preduzmu. Takođe se odlukom jedinice lokalne samouprave može propisati obaveza održavanja spoljnog izgleda zgrade (fasade) i zabrana njene promene, sa različitim stepenom obaveznosti zavisno od urbanističke zone ili bloka u kome se zgrada nalazi. Jedinica lokalne samouprave može u svom



utvrđuje minimalnu visinu iznosa za obezbeđenje tekućeg održavanja i izdvajanja za investiciono održavanje zajedničkih delova zgrade, kao i visinu naknade koju plaćaju vlasnici posebnih delova u slučaju prinudnog postavljanja profesionalnog upravnika (čl. 61, st. 7 ZSOZ).

## 4.2. Raspolaganje zajedničkim delovima zgrade

Pravom zajedničke nedeljive svojine koje imaju etažni vlasnici na zajedničkim delovima zgrade, ne može se samostalno raspolagati zbog akcesornosti tog prava. Ono nije samostalno u pravnom prometu ni u smislu prenosa, ni u pogledu ograničenja, o čemu je već bilo reči u ovom radu. Ipak, u ZSOZ čl. 9 nosi naziv *Raspolaganje zajedničkim delovima zgrade* i njime se reguliše prenos prava svojine nad zajedničkim delovima zgrade radi dogradnje, nadzidivanja, pripajanja ili pretvaranja.<sup>60</sup> U suštini, radi se o promeni namene zajedničkih delova zgrade.

Pre nego što izložimo važeće rešenje ovog pitanja, osvrnućemo se na regulativu sadržanu u Zakonu o održavanju stambenih zgrada koji je derogiran stupanjem na snagu ZSOZ,<sup>61</sup> kao i na Odluku Ustavnog suda koja je po našem mišljenju ključna za adekvatan pristup. Derogiranim Zakonom bilo je regulisano odlučivanje o promeni namene zajedničkih delova zgrade radi nadogradnje,<sup>62</sup> ili njegovog pretvaranja u posebni deo zgrade,<sup>63</sup> ili pripajanja posebnom delu zgrade.<sup>64</sup> O tome je odlučivala skupština zgrade *saglasnošću vlasnika stanova i drugih posebnih delova zgrade kojima pripada više od polovine ukupne površine stanova i drugih posebnih delova zgrade*. Odlukom Ustavnog suda<sup>65</sup> utvrđeno je da u navedenom delu<sup>66</sup> odredbe Zakona o održavanju stambenih zgrada<sup>67</sup> nisu u sa-

budžetu obezbediti sredstva za bespovratno sufinansiranje aktivnosti na investicionom održavanju i unapređenju svojstava zgrade.

<sup>60</sup> Za pojam pripajanja, pretvaranja, dogradnje i nadzidivanja vid. čl. 3, st. 2, tač. 27, 28, 31, 32, 33 ZSOZ.

<sup>61</sup> Vid. deo ovog rada koji se odnosi na razmatranje normativnog okvira instituta etažne svojine u Republici Srbiji.

<sup>62</sup> Vid. čl. 18 Zakona o održavanju stambenih zgrada. Odredbom ovog člana regulisano je donošenje odluke o izvođenju radova na sanaciji ravnog krova odnosno krovne konstrukcije kojom se, saglasno propisima o planiranju i uređenju prostora i izgradnji objekata, može izgraditi, odnosno adaptirati novi stan.

<sup>63</sup> Vid. čl. 21 Zakona o održavanju stambenih zgrada. Odredbom ovog člana regulisano je donošenje odluke da se zajedničke prostorije pretvore u stan ili poslovni prostor, ako su za to ispunjeni uslovi po propisima o planiranju i uređenju prostora i izgradnji objekata.

<sup>64</sup> Vid. čl. 22 Zakona o održavanju stambenih zgrada. Odredbom ovog člana regulisano je donošenje odluke o pripajanju zajedničke prostorije susednom stanu ili poslovnoj prostoriji, ako zajednička prostorija ne ispunjava propisane uslove za pretvaranje u poseban deo zgrade.

<sup>65</sup> Odluka US IU broj 95/2006, *Službeni glasnik RS*, br. 27/2011.

<sup>66</sup> Radi se o delu odredaba koje smo u prethodnoj rečenici istakli italicom.

<sup>67</sup> U pitanju su odredbe čl. 18, st. 1, čl. 21, st. 3 i čl. 22, st. 2 Zakona o održavanju stambenih zgrada.

glasnosti sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima, tako da su one prestale da važe danom objavljivanja ove Odluke (20. april 2011. godine). U obrazloženju se navodi da se odluke o pitanjima koja se odnose na promenu namene predmeta zajedničke nedeljive svojine mogu donositi samo pod uslovom da svi etažni vlasnici imaju pravo jednakog odlučivanja o načinu korišćenja zajedničkih delova zgrade, kao i pravo na delotvornu zaštitu u slučaju da odlukom skupštine zgrade bude izigran cilj zbog koga je pravo na promenu namene zajedničkih delova zgrade zakonom ustanovljeno. Polazeći od toga da se radi o zajedničkoj nedeljivoj svojini, odnosno da udeli nisu opredeljeni (jer nije u pitanju susvojina), kao i da se ne može zahtevati njihovo određivanje (što je moguće u ostalim slučajevima zajedničke svojine), Ustavni sud je zauzeo stanovište da „... svojinska ovlašćenja zajedničara na zajedničkim delovima zgrade ne mogu biti uslovljena veličinom površine stanova i drugih posebnih delova zgrade čiji su vlasnici.“<sup>68</sup>

Navedene odredbe koje su prestale da važe na osnovu Odluke Ustavnog suda, zakonodavac je „nadomestio“ na sledeći način.<sup>69</sup> Predviđeno je da se odluka o navedenim pitanjima (nadogradnja, pretvaranje i pripajanje) donosi *većinom od ukupnog broja članova skupštine zgrade*. Nije bilo eksplicitno utvrđeno da svakom etažnom vlasniku po osnovu svojine na jednom posebnom delu (bez obzira na njegovu površinu) pripada jedan glas,<sup>70</sup> što je s obzirom na suštinu derogiranog pravila bilo potrebno, jer se moglo postaviti pitanje koliko glasova ima etažni vlasnik koji ima više posebnih delova u jednoj zgradi.

Ne zanemarujući značaj donošenja adekvatnih pravila sa stanovišta zaštite javnog interesa, smatramo da je bilo nužno odstupanje od opšteg režima zajedničke svojine po kojem se podrazumeva da zajedničari zajednički i sporazumno upravljaju i raspolazu svojom zajedničkom svojinom. Prevazilaženje nemogućnosti postizanja sporazuma u konačnom ishodu može imati za rezultat određivanje udela i prestanka režima zajedničke svojine (te nastanak susvojine ili isključive svojine). Kada se radi o zajedničkoj svojini na zajedničkim delovima zgrade ona je, međutim, *nedeljiva* i zbog toga je neophodno ustanoviti pravilo koje će sve etažne vlasnike tretirati kao jednake i ravnopravne, a da pri tome ne bude parali-

---

<sup>68</sup> Osporene odredbe ne pružaju garanciju da će odluka skupštine zgrade biti doneta u interesu svih etažnih vlasnika, jer takvim pravilom koje daje mogućnost odlučivanja samo pojedinim zajedničarima (da ih nazovemo „većinskim“) ne obezbeđuje jednakost, ravnopravnost i pravnu sigurnost svih etažnih vlasnika u mirnom uživanju svojine na zajedničkim delovima zgrade. Te odredbe ne pružaju garanciju da će odluka skupštine zgrade biti donesena u interesu svih etažnih vlasnika, odnosno pružaju mogućnost za proizvoljno i neopravdano lišenje svojine pojedinih etažnih vlasnika na zajedničkim delovima zgrade. A to je suprotno jemstvu prava svojine (čl. 58 Ustava RS i čl. 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda). Detaljnije o razlozima Odluke Ustavnog suda vid. u *Službenom glasniku RS*, br. 27/2011, 60–62.

<sup>69</sup> Sedam meseci nakon objavljivanja Odluke Ustavnog suda, donet je Zakon o dopunama Zakona o održavanju stambenih zgrada, *Službeni glasnik RS* br. 88/2011.

<sup>70</sup> Niti je takvo pravilo proizlazilo iz date regulative.

sana mogućnost promene namene zajedničkih delova zgrade, kada je to u interesu samih vlasnika, ali i u javnom interesu.<sup>71</sup>

U navedenom kontekstu treba sagledati važeća pravila sadržana u ZSOZ. Odluku o prenosu prava svojine na zajedničkim delovima zgrade radi njihove prenamene donosi skupština stambene zajednice koju, kao što je već rečeno, čine svi vlasnici posebnih delova.<sup>72</sup> Vlasnik posebnog dela ima jedan glas u skupštini stambene zajednice, a kada je jedno lice istovremeno vlasnik više posebnih delova u zgradi ono ima onoliko glasova koliko ima posebnih delova. Izričito utvrđivanje ovog pravila dokaz je da se prema ranije važećim propisima nije mogao sa sigurnošću izvesti zaključak kako postupiti u ovakvoj situaciji. Značaj takvog pravila je naglašen time što nisu retke situacije da je jedno lice istovremeno vlasnik više posebnih delova u istoj zgradi.<sup>73</sup> Odluku o raspolaganju zajedničkim delovima zgrade skupština stambene zajednice donosi većinom koju čine  $\frac{2}{3}$  ukupnog broja glasova.<sup>74</sup>

Pravni osnov za prenos prava svojine radi prenamene određenih zajedničkih delova zgrade je ugovor zaključen između stambene zajednice i lica koje će postati vlasnik.<sup>75</sup> Ugovorom se određuje rok za završetak svih radova oko promene namene datih zajedničkih delova, odnosno formiranja posebnog (ili samostalnog) dela zgrade, međusobna prava i obaveze ugovornih strana u postupku prenamene, kao i sticanje prava svojine na formiranom posebnom delu zgrade. Zakonom je određeno da rok za završetak svih radova ne može biti duži od pet godina od dana zaključenja ugovora (čl. 9, st. 5). Međutim, ako radovi ne budu završeni u tom roku, on se na osnovu saglasnosti ugovornih strana može produžiti. Saglasnost se

<sup>71</sup> Što bi najčešće bio slučaj kada bi se za donošenje odluke o tome zahtevala saglasnost svih etažnih vlasnika.

<sup>72</sup> Vid. čl. 9, st. 2 i s njim u vezi čl. 42, st. 1, tač. 12 ZSOZ.

<sup>73</sup> U preciziranju se otišlo dalje predviđanjem da vlasnik garaže, garažnog mesta ili garažnog boksa nema poseban glas po osnovu prava svojine na takvom posebnom delu (na primer, ako ima stan i garažu u istoj zgradi ima samo jedan glas u skupštini stambene zajednice). Izuzetno, ako je vlasnik samo takvog posebnog dela (garaže, garažnog mesta ili garažnog boksa) u datoj zgradi ima pravo glasa u skupštini kada se odlučuje o delu zgrade u kome se nalazi garaža, garažno mesto ili garažni boks. Vid. čl. 43, st. 1-3 ZSOZ.

<sup>74</sup> Član 44, st. 2 ZSOZ. Istom većinom skupština stambene zajednice odlučuje o poveravanju upravljanja profesionalnom upravniku i kreditnom zaduživanju stambene zajednice. To su slučajevi kada je za odlučivanje potrebna tzv. kvalifikovana većina. Skupština stambene zajednice inače donosi odluke običnom većinom glasova prisutnih članova koji imaju pravo glasa, kada zakonom nije drugačije propisano (čl. 44, st. 1). Većina potrebna za odlučivanje može biti drugačije određena pravilima o međusobnim odnosima vlasnika posebnih delova (čl. 44, st. 3 i s njim u vezi čl. 17, st. 3 ZSOZ).

<sup>75</sup> Vid. čl. 9, st. 3-4 ZSOZ. Zahtev za punovažnost ugovora u pogledu forme je da potpisi ugovornih strana budu overeni u skladu sa zakonom kojim se uređuje overa potpisa. Budući da se radi o nepokretnosti i da ugovor u jednom momentu treba da predstavlja ispravu na osnovu koje će biti izvršen upis u registar o nepokretnostima i pravima na njima, prema opštim pravilima biće potrebna njegova solemnizacija kao privatne isprave od strane javnog beležnika.

mora manifestovati zaključivanjem aneksa ugovora u roku od 30 dana od dana isteka roka utvrđenog osnovnim ugovorom. U protivnom, ugovor o ustupanju se smatra raskinutim, a lice koje je zaključilo ugovor sa stambenom zajednicom dužno je da deo zajedničkih delova koji mu je ustupljen vrati u pređašnje stanje u roku od šest meseci, ako drugačije nije ugovoreno.<sup>76</sup>

U praksi je primećeno da investitori prilikom zaključenja predugovora o kupoprodaji posebnog dela objekta u izgradnji, insistiraju na odredbi kojom se kupac unapred saglašava sa prenamenom određenih zajedničkih delova zgrade ili odriče prava na korišćenje nekih zajedničkih delova zgrade.<sup>77</sup> Imajući u vidu imperativnost normi o pravu etažnih vlasnika na zajedničkim delovima zgrade, investitor (prodavac) insistira na obavezivanju kupca da se odazove pozivu za davanje posebne saglasnosti pri realizaciji bilo koje ugovorene aktivnosti u vezi sa zajedničkim delovima zgrade. Ugovore sa takvim odredbama javni beležnici potvrđuju, sa ili bez unošenja u solemnizacionu klauzulu izjave o odgovarajućem upozorenju koje je dato ugovornim stranama. Smatramo da je u ovakvim slučajevima adekvatna primena pravila o delimičnoj ništavosti ugovora.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Vid. čl. 9, st. 6 ZSOZ.

<sup>77</sup> Ta odredba se zatim unosi i u ugovor koji se zaključuje nakon izvršene izgradnje. Evo samo jedan primer kako to izgleda: „Svojim potpisom na ovom Ugovoru Kupac daje saglasnost Prodavcu i/ili njegovom pravnom sledbeniku (kupcu nepokretnosti) ili licu koje on odredi da u stambeno-trgovačkom objektu (za svaku lamelu), izgrađenom na kat. parceli ----- KO ----- može da: 1) izvrši prenamenu neprohodnih površina odnosno zajedničkih prostora u stambeni ili poslovni prostor ili pripajanje postojećim stambenim jedinicama, i da se izmeni fasada otvaranjem prozora i vrata na način kako Prodavac odredi, te da istim može slobodno raspolagati i upisati pravo vlasništva u katastru nepokretnosti, kada se za to steknu zakonski uslovi, a bez naknadne saglasnosti Kupca ili njegovog prisustva; 2) da se ograde slobodne površine oko objekta, kao samostalno ili u cilju pripajanja nekom od posebnih delova objekta u prizemlju – lokala, uključujući otvorena parking mesta u okviru regulacione linije izgradnje na katastarskoj parceli na kat. parc. ----- KO -----, te da istim mogu slobodno raspolagati, te upisati pravo vlasništva u katastru nepokretnosti, kada se za to steknu zakonski uslovi; 3) da se na kat.parceli ----- KO ----- i u stambenom objektu može svaki prostor uključujući zajednički prostor, a koji ne utiče na funkcionalnost stambeno poslovnog objekta u smislu vertikalnih komunikacija, horizontalno interne sabračajnice, te fizički opredeljenih celina otuđenih ostalim kupcima u skladu sa odobrenjem za izgradnju predmetnog, da zauzme, izgradi, pretvori u stambeni prostor ili drugi prostor ili pripoji postojećem stambenom ili drugom prostoru, te da istim može slobodno raspolagati, te upisati pravo vlasništva u katastru nepokretnosti, kada se za to steknu zakonski uslovi, a bez naknadne saglasnosti Kupca ili njegovog prisustva. Kupac se odriče bilo kakvih prava na opisanim delovima nepokretnosti i/ili obeštećenja za datu saglasnost u skladu sa ovim članom. Kupac je saglasan da Prodavac i/ili budući vlasnici koje odredi prodavac imaju pravo samostalnog korišćenja cele krovne terase, galerije i tavana koje mogu o svom trošku (bez dalje saglasnosti Kupca) adaptirati i njima raspolagati. Kupac se ovim putem neopozivo odriče prava na korišćenje i raspolaganje navedenim površinama. Kupac se obavezuje da na prvi poziv prodavca pristupi davanju posebne saglasnosti prodavcu ili njegovom pravnom sledbeniku za sve radnje opisane u ovom članu Ugovora.“

<sup>78</sup> Vid. čl. 105 Zakona o obligacionim odnosima *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ, 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustav-

### 4.3. Pravo prečeg prenosa

Pravo prečeg prenosa ustanovljeno je u korist etažnih vlasnika u slučaju prenosa prava svojine na zajedničkim delom zgrade radi pripajanja, pretvaranja, dogradnje ili nadzidiivanja.<sup>79</sup> Po svojoj sadržini i postupku realizacije veoma je slično pravu preče kupovine nepokretnosti,<sup>80</sup> a bitna razlika je u tome što pravo prečeg prenosa postoji i kada se prenos prava svojine vrši bez naknade.

Kada skupština stambene zajednice odluči da se na neki od navedenih načina raspolaze određenim zajedničkim delom, vlasnik posebnog dela ima pravo da mu se prvom ponudi prenos prava svojine na tom delu. Ponuda se istovremeno dostavlja svim imaocima ovog prava,<sup>81</sup> a uručuje se preporučenim pismom. Etažni vlasnik zainteresovan za korišćenje ovim pravom, mora o tome, takođe preporučenim pismom, obavestiti skupštinu stambene zajednice u roku od 15 dana od prijema ponude.

Kriterijumi po kojima se određuje red prvenstva ako ponudu za prenos prava prihvati više etažnih vlasnika su sledeći: prednost ima onaj vlasnik čiji je posebni deo u građevinskom smislu *susedni* zajedničkom delu koji se prenosi, zatim onaj koji taj deo nakon privođenja nameni želi da koristi za *stanovanje porodice*, zatim onaj koji ima *više članova domaćinstva*. Ako nijedan od susednih vlasnika ne prihvati ponudu o prenosu, a prihvati je više vlasnika čiji posebni delovi nisu susedni sa zajedničkim delom koji se ustupa, odluku o tome kome će pravo biti preneto donosi stambena zajednica, vodeći računa o porodičnim stambenim prilikama svakog od njih.<sup>82</sup>

Kada nijedan etažni vlasnik ne prihvati ponudu o prenosu u ostavljenom roku, prenosilac prava (stambena zajednica) može taj zajednički deo ustupiti drugom licu, ali ne pod povoljnijim uslovima od onih koji su ponuđeni etažnim vlasnicima. Ako stambena zajednica povredi pravo prečeg prenosa etažnog vla-

---

na povelja. Član 105 sadrži opšte pravilo o delimičnoj ništavosti: ništavost neke odredbe ugovora na povlači ništavost i samog ugovora, ako ugovor može opstati bez nje, a pri tome ona nije bila ni uslov ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor zaključen. Ugovor će ostati na snazi i onda kada je ništava odredba bila uslov ili odlučujuća pobuda za njegovo zaključenje kada je ništavost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i važio bez nje.

<sup>79</sup> Titulari, sadržina i kriterijumi za utvrđivanje reda prvenstva pri ostvarivanju ovog prava, predmet je regulisanja čl. 13 ZSOZ.

<sup>80</sup> Vid. čl. 5-10 Zakona o prometu nepokretnosti, *Slubeni glasnik RS*, br. 93/2014, 121/2014, 6/2015.

<sup>81</sup> Ponuda mora sadržati podatke o zajedničkom delu zgrade koji je predmet prenosa, ceni, ako se prenos vrši uz naknadu i ostalim uslovima prenosa.

<sup>82</sup> Procena porodičnih stambenih prilika objektivizirana je time što se pri njenom vršenju stambena zajednica rukovodi kriterijumima za određivanje odgovarajućeg stana koji su propisani čl. 90 ZSOZ. Smatramo da je ovaj kriterijum kao krajni trebalo predvideti i za slučaj kada utvrđeni kriterijumi za određivanje koji od više susednih vlasnika posebnih delova ima prednost, ne mogu dovesti do samo jednog koji ih zadovoljava.

snika bilo tako što prenos prava svojine na zajedničkom delu izvrši, a da njemu nije prethodno učinila ponudu ili ga je prenela pod uslovima povoljnijim od onih koji su njemu ponuđeni, imalac prava prečeg prenosa može tužbom zahtevati da se ugovor o prenosu zajedničkog dela oglasi bez dejstva prema njemu i da se ustupanje izvrši njemu pod istim uslovima.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> Vid. čl. 13, st. 10 u vezi sa čl. 12, st. 1, tač. 5 ZSOZ.

Radenka M. Cvetić, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
R.Cvetic@pf.uns.ac.rs

## **Apartment Owner's Rights over Joint Parts of a Building**

**Abstract:** *After introductory remarks on the notion of apartment ownership and some terminological clarifications, the article sets out regulatory framework of this institute in the Republic of Serbia. Attention has been laid to the currently relevant regime of joint parts of a building established by Housing and Building Maintenance Act from 2016. Examining components of the notion of apartment ownership is followed by an in-depth analysis of the issues relevant for the joint parts of the building: notion, apartment owners' rights with regard to these parts of the building (including their duties and responsibility) along with the modes of their disposing. By pinpointing essential features of the indivisible joint ownership rights of apartment owners over joint parts of the building, decision making process aimed at changing the purpose of those parts in case of their disposing has been elaborated. Ultimately, an overview of the pre-transfer right of apartment owners has been given.*

**Keywords:** *apartment ownership, specific part of a building, joint parts of a building, indivisible joint ownership, pre-transfer right.*

Datum prijema rada: 08.01.2018.





*Dr Drago Lj. Divljak, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
D.Divljak@pf.uns.ac.rs*

## ZAŠTITA JAVNIH INTERESA I JAVNO-PRIVATNO PARTNERSTVO<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Predmet analize u radu je ostvarivanje zaštite javnih interesa u javno-privatnom partnerstvu. S obzirom na pravnu konstrukciju partnerstvo i njegove ciljeve, to pitanje je bitno, sa značajnim pravnim i praktičnim reperkusijama. U tom okviru se posebno razmatra položaj javnog partnera u tom odnosu, kao i analiziraju pravni okviri i mogućnosti ostvarivanja i zaštite javnih interesa, kako u predugovornoj fazi, tako i fazi koncipiranja ugovora. U posebnom fokusu će biti pitanje alokacije rizika. Analiza je prevashodno usmerena ka našem pravu, ali ona svakako uključuje i komparativno posmatranje istih pitanja i njihovih praktičnih reperkusija, u nekim nacionalnim pravima i pravu EU.*

*Problem zaštite javnih interesa u našem pravu je posvećena, nominalno gledano, značajna pažnja. Ona je manifestovana s jedne strane, podizanjem tog pitanja na nivo principa, s druge strane, kreiranjem mnoštva posebnih instrumenata u različitim fazama nastanka, ugovaranja i realizacije partnerstva. Ipak, faktički novo zaštite zavisi od primene tih pravila u praksi. S druge strane, ona je jednim delom zavisna i od postupanja javnog partnera u fazi kreiranja ugovornih klauzula. Naime, ostvarivanje zaštite javnih interesa, zbog primene principa autonomije u ovoj oblasti, u određenoj meri je dato u ruke samom javnom partneru. Na taj način ona je zavisna i od njegovog pristupa i pripremljenosti.*

**Ključne reči:** *privatno-javno partnerstvo, zaštita javnih interesa, pravo, ugovor, rizik.*

Javno-privatno partnerstvo ili JPP je specifičan instrument koji ima za cilj osiguranje finansiranja, izgradnje, obnove, upravljanja i/ili održavanja javne

---

<sup>1</sup> Ovaj članak sadrži rezultate istraživanja u okviru projekta *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*, koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu.

infrastrukture<sup>2</sup> ili pružanje odgovarajućih javnih usluga<sup>3</sup> angažovanjem privatnog sektora. Ono je alternativni model dotadašnjem isključivom zadovoljavanju navedenih javnih potreba finansiranjem iz budžeta. Zbog svoje efikasnosti i drugih prednosti,<sup>4</sup> njegov značaj ekspanzivno raste u većem broju zemalja,<sup>5</sup> sa uspešno realizovanim projektima u širokom spektru, od puteva, mostova do zatvora, pa čak i vojnih objekata.<sup>6</sup>

Javno-privatna partnerstva su istovremeno i vrlo složeni mehanizmi zbog svojih raznolikih tehničkih, političkih, ekonomskih, i naravno pravnih dimenzija. U ovako kompleksnom odnosu, posebno značajno pitanje je ostvarivanje zaštite javnih interesa, te će ono biti i predmet analize koja sledi. S obzirom na pravnu konstrukciju partnerstvo i njegove ciljeve, to pitanje je bitno, sa značajnim pravnim i praktičnim reperkusijama. U tom okviru se posebno razmatra položaj javnog partnera u tom odnosu, kao i analiziraju pravni okviri i mogućnosti ostvarivanja i zaštite javnih interesa, kako u predugovornoj fazi, tako i fazi koncipiranja ugovora. U posebnom fokusu će biti pitanje alokacije rizika. Analiza je prevashodno usmerena ka našem pravu, ali ona svakako uključuje i komparativno posmatranje istih pitanja i njihovih praktičnih reperkusija, u nekim nacionalnim pravima i pravu EU.

## 1. JAVNI PARTNER I NJEGOVA POZICIJA U JPP

Javno-privatna partnerstva se često vide kao kooperativni ugovorni aranžmani između javnih subjekata i subjekata privatnog sektora, ali generalno ne postoji saglasnost u pogledu njihovog definisanja.<sup>7</sup> U utvrđivanju njegovog pojma, posebnu teškoću predstavlja činjenica da se ono javlja u različitim, najčešće dva modela, prisutna kako u pravu EU,<sup>8</sup> tako i našem pravu,<sup>9</sup> i to ugovorno i institucionalno javno-privatno

---

<sup>2</sup> U našem pravu, (u čl 4. st. 5.) javna infrastruktura je objekat koji se javno koristi odnosno koji se stavlja na raspolaganje radi korišćenja ili dobrobiti javnosti (ili grupe lica ili subjekata kojoj se može slobodno pristupiti i koja je unapred definisana samo u apstraktnom smislu) u bilo kojem sektoru javnih usluga ili privrede. Čl. 4. st.5. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama (Sl. glasnik RS“, br. 88/2011, 15/2016 i 104/2016).

<sup>3</sup> Marques, R. C., Berg, S. V., Public-Private Partnership Contracts: A Tale of Two Cities with Different Contractual Arrangements, 2010., str. 1.

<sup>4</sup> Ke, Y., Wang, S., Chan, A. P., Lam, P. T., Preferred risk allocation in China's public-private partnership (PPP) projects. *International Journal of Project Management*, 2010, 28(5), str. 482.

<sup>5</sup> Klijn, E. H., Teisman, G., Institutional and strategic barriers to public-private partnership: An analysis of Dutch cases. *Public money and Management*, 2003, 23(3), str. 137.

<sup>6</sup> Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., The diffusion of risks in public private partnership contracts, *European Accounting Association Annual Congress*, Rome, 2011, str. 3.

<sup>7</sup> Hodge, G. A., Greve, C., *Public-Private Partnerships*, str. 33.

<sup>8</sup> COM(2004)327, COM(2005)569 or C(2007)6661.

<sup>9</sup> Ugovorno javno-privatno partnerstvo je javno-privatno partnerstvo u kojem se međusobni odnos javnog i privatnog partnera uređuje ugovorom o javno-privatnom partnerstvu. I institucionalno javno-privatno partnerstvo je javno-privatno partnerstvo zasnovano na odnosu između

partnerstvo.<sup>10</sup> I oni se kao takvi javljaju u različitim varijacijama, u rasponu od naglašavanja javnog u jednom ekstremu, do naglaska privatnog elementa u drugom, i to sve u zavisnosti od njihovog odnosa prema elementima rizika, kontrole, finansiranja i vlasništva.<sup>11</sup> Ipak, za sve njih je karakteristično da predstavljaju oblik saradnje javnog i privatnog sektora, koje se realizuje udruživanjem resursa, kapitala i stručnih znanja, radi zadovoljavanja javnih potreba, pri čemu su rizik, troškovi i koristi podeljeni.

U našem pravu javni partner je jedno ili više javnih tela, odnosno pravno lice koje je nadležno za realizaciju projekta javno-privatnog partnerstva, koje sa privatnim partnerom zaključuje javni ugovor, ili jedno ili više javnih tela koje je sa privatnim partnerom povezano članstvom u zajedničkom privrednom društvu.<sup>12</sup> Kao javno telo se može javiti: državni organ, organizacija, ustanova i drugi direktni ili indirektni korisnik budžetskih sredstava u smislu zakona kojim se uređuje budžetski sistem i budžet, kao i organizacija za obavezno socijalno osiguranje; javno preduzeće; pravno lice koje obavlja i delatnost od opšteg interesa, ukoliko je ispunjen neki od zakonskih uslova i pravno lice osnovano od javnog tela, a koje obavlja i delatnost od opšteg interesa, pod određenim u slovima.

S druge strane, privatni partner je fizičko ili pravno lice, domaće ili strano, sa domaćim ili stranim učešćem ili bez njega, ili konzorcijum jednog ili više takvih fizičkih ili pravnih lica koja su odabrana u postupku javne nabavke i koji sa javnim partnerom zaključuje javni ugovor, odnosno sa javnim partnerom osniva zajedničko privredno društvo.<sup>13</sup> Cilj privatnog partnera je maksimiziranje efikasnosti i inovacija privatnih preduzeća.

Ovi projekti nude različite vrste koristi i javnim i privatnim partnerima, pri čemu je njihova pozicija isprepletena i međusobno zavisna. Prirodno je i logično da je ono i instrument za ostvarenje posebnih interesa privatnih partnera vezanih za sticanje profita ili drugih koristi u ovom odnosu. To u našem pravu znači mogućnost javnog partnera da privatnom partneru za preuzete obaveze izvrši prenošenje određenih stvarnih prava ili da mu za preuzete obaveze vrši plaćanje u novcu ili da mu dozvoli naplatu naknade krajnjim korisnicima za pružene usluge. Isto tako, postoji mogućnost javnog partnera da privatnom partneru dozvoli da obavlja komercijalnu delatnost ili izgradi druge objekte u okviru realizacije projekta partnerstva, ali samo u slučaju da na drugi način nije moguće obezbediti potreban nivo isplativosti realizacije projekta javno-privatnog partnerstva i povraćaj uložених sredstava.<sup>14</sup>

---

javnog i privatnog partnera kao osnivača, odnosno članova zajedničkog privrednog društva, koje je nosilac realizacije projekta javno-privatnog partnerstva. Čl. 4. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama,

<sup>10</sup> Kljtn, E. H., Teisman, G., op.cit. str. 137.

<sup>11</sup> Čl. 4. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>12</sup> Čl. 4. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>13</sup> Čl. 4. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>14</sup> Čl. 7. st. 5. i 7. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

Navedeni koncept našeg relevantnog zakonodavstva, u prvi plan ističe JPP kao pogodan mehanizam za ostvarivanje interesa države i lokalnih zajednica, odnosno ostvarivanja interesa javnog partnera i javnih interesa u različitim sferama.<sup>15</sup> Privatni partner delimično ili potpuno finansira projekat JPP, što omogućava javnom partneru, da izbegavajući velika, neponovljiva ulaganja, svoj ušteđeni novac koristi u druge svrhe. Isto tako, javni partner putem partnerstva dobija izgrađenu ili rekonstruisanu javnu infrastrukturu, odnosno objekte od javnog značaja, kao i održavanje javne infrastrukture. Drugim rečima, u tako konstruisanom partnerstvu sredstva privatnog sektora, menadžerske veštine i operativna efikasnost se stavljaju u funkciju javnih interesa, opet u lukrativnom interesu privatnog partnera. Putem partnerstva se menja tradicionalna pozicija javnog sektora i privatnog sektora i u sektoru javnih usluga, tako da javni sektor postaje klijent a privatni sektor postaje pružalac usluga. Isto tako se omogućava obavljanje usluga od javnog značaja, gde se privatni partner obavezuje na finansiranje, upravljanje i održavanje, a sve u cilju pružanja usluga od javnog značaja krajnjim korisnicima iz okvira nadležnosti javnog partnera, ili u cilju obezbeđivanja neophodnih preduslova javnom partneru za pružanje usluga od javnog značaja iz okvira njegovih nadležnosti, ili pružanje usluga od javnog značaja iz okvira nadležnosti javnog partnera krajnjim korisnicima.<sup>16</sup> Pri svemu tome, finansijske obaveze javnog prema privatnom partneru se vezuje za momenat kada su infrastruktura i usluge isporučene i izvršene na ispravan i dogovoren način.

## 2. PRINCIP ZAŠTITE JAVNOG INTERESA I NJEGOVA SADRŽINA

Priroda javno-privatnog partnerstva i njegova konstrukcija, kao i njegovo zakonsko određenje u našem pravu je uslovilo da se i zaštita javnih interesa podigne na nivo izričitog utvrđenog načela u relevantnom zakonodavstvu. Načelo zaštite javnog interesa obuhvata obavezu javnog tela da pri ostvarenju prava privatnih lica vodi računa da ostvarenje tih prava nije u suprotnosti sa zakonom definisanim javnim interesom.<sup>17</sup> To znači da su prava privatnih partnera uvek ograničena javnim interesima ali se osim načelnog pozivanja na njihovo definisanje apstraktnim pojmom, odnosnim zakonskim pravilima, na ulozi i njihovo bliže preciziranje, kako je to urađeno u nekim drugim zakonodavstvima.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Tieva, A., Junnonen, J. M., Proactive Contracting in Finnish PPP Projects. *International Journal of Strategic Property Management*, 2009, 13(3), str. 219.

<sup>16</sup> Čl. 7. st. 3. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>17</sup> Čl. 6. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>18</sup> U pravu Republike Srpske, zaštita javnog interesa koje podrazumeva potrebu za minimalnim finansijskim izdvajanjem javnog partnera u procesu unapređenja određenih usluga. Zakon o javno-privatnom partnerstvu u Republici Srpskoj iz 2009. godine.

Ipak, postoje i druga zakonska pravila koja mogu biti korisna u datom pogledu. Naime, sadržina načela zaštite javnog interesa se posredno određuje i putem korelacije sa drugim utvrđenim načelima aktuelnog zakonodavstva o javnom-privatnom partnerstvu. Tri su vrste odnosa koje pokrivaju javni interes, definisan zakonom na ovaj način. Prvo je odnos vezan za postupanje državnih organa. Načelo proporcionalnosti je ustrojeno u tom kontekstu i podrazumeva da svaka mera preduzeta od strane državnog organa, odnosno drugog lica, mora biti minimalno potrebna i u srazmeri sa javnim interesom koji se takvom merom nastoji zaštititi.

Drugo je očuvanje javnih vrednosti višeg ranga. Zaštita životne sredine je svakako jedna od njih i ona je i ovde posebno apostrofirana. Načelo zaštite životne sredine obuhvata načela definisana zakonom kojim se uređuje zaštita životne sredine kao što su: načelo integralnosti, načelo prevencije i predostrožnosti, načelo očuvanja prirodnih vrednosti, održivog razvoja, načelo odgovornosti zagađivača i dr.

Treće, javni interes se zakonom definiše i pravilima vezanim za sadržinu javnih ugovora. Nesumnjivo postoji potreba i da se i na ovaj vrlo bitan način, bude ostvarena njegova zaštita, o čemu će biti više reči u drugom delu rada.

Međutim, pitanje je koliko su napred navedena načela međusobno kompatibilna i uravnotežena, što bi moglo otvoriti vrata široj zaštiti javnih interesa. To će svakako zavisiti od njihovog tumačenja u praksi, koji te odnose može odvesti u drugačijem smeru. S druge strane jasno u napred navedena načela samo posredno i na opšti način utvrđuju granice javnog interesa, ali ga i dalje ne preciziraju, što posledično znači da će sadržina ovog pojma biti predmet daljih razmatranja. U tom kontekstu smatramo, da je nesumnjivo da javni interes u sebi treba da sadrži i objektivizirano utvrđen interes javnog partnera. Međutim, smatramo da je to širi i složeniji pojam i da ne može biti tako jednostavno redukovano. Napred navedeno zakonsko rešenje nije protivrečno takvom stavu. Naime, iako je javno-privatno partnerstvo nastalo kao rezultat kontinuiranih budžetskih ograničenja sa kojima se suočavaju različite vlade i iscrpljivanje mogućnosti za neposrednu privatizaciju javne infrastrukture,<sup>19</sup> to ne znači da u prvom planu moraju biti samo usko shvaćeni javni interesi i njihova apsolutizacija. Iako imaju svoje različite ciljeve, partnerima je zajedničko da žele da partnerstvo uspe, što znači da obe strane dobijaju.<sup>20</sup> To pretpostavlja, u celini, partnerski način razmišljanja, balans interesa gde oba partnera pobeđuju, što se kao ideja sve više nameće kao bitan princip ovih projekata.<sup>21</sup> Javno-privatno partnerstvo se vidi kao komplementarni

<sup>19</sup> Olusola Babatunde, S., Opawole, A., Emmanuel Akinsiku, O., Critical success factors in public-private partnership (PPP) on infrastructure delivery in Nigeria. *Journal of facilities management*, 2012., 10(3), str. 213.

<sup>20</sup> Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. str. 226.

<sup>21</sup> Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. str. 221.

odnos javnog i privatnog sektora<sup>22</sup> koji rade u saradnji i partnerstvu na jasno definisanim potrebama i neto koristima, putem odgovarajuće alokacije resursa, rizika i nagrada. Takav model razmišljanja postaje sve prihvaćeniji u svetu.<sup>23</sup>

Na osnovu ovog koncepta se drugačije vidi sadržina javnog interesa. Njega ne treba uže posmatrati, kao mogućnost nametanja i ostvarenja partikularnog interesa javnog partnera, već ga redefinisati na način da on obuhvati potrebu da se uspešno realizuje projekat JPP. To pretpostavlja odgovarajuću komunikaciju, planiranje, monitoring, kontrolu i organizaciju projekata kako bi se olakšala efikasna koordinacija tokom celog ciklusa njegovog trajanja. Uspeh projekta može biti ostvaren samo ako učesnici rade zajedno u ostvarenju zajedničkih ciljeva i koriste definisane procedure za saradnju i rešavanje sporova.<sup>24</sup>

## 1. MEHANIZMI ZAŠTITE JAVNOG INTERESA

Ostvarenje zaštite javnog interesa je moguće ostvariti i pratiti u fazama, i to prevashodno u fazi pripreme ugovora i fazi njegovog zaključenja i realizacije.

### a. Predugovorne aktivnosti

Pripremna faza ugovora i predugovorne aktivnosti su vrlo bitne, kako za sam projekat, tako i za ostvarenje javnih interesa u javno-privatnom partnerstvu. Kao što smo rekli oni su vrlo složeni ugovorni aranžmani koji zahtevaju pažljivu i dugotrajnu pripremu i pažljivo postupanje.<sup>25</sup> Odgovarajućim pristupom, moguće je sprečiti potencijalne probleme i ostvariti postavljene ciljeve.<sup>26</sup> Javni interes u ovoj fazi se primarno ostvaruje putem proceduralnih pravila, odnosno putem postupka u postupku dodele javnih ugovora i izbora privatnog partnera.

Postupak dodele javnog ugovora za JPP, pokreće se objavljivanjem javnog poziva.<sup>27</sup> Zahtevi javnog poziva, odnosa tenderski zahtevi treba da identifikuje sva pitanja potrebna za izvršenje javno-privatnog partnerstva, iako to u praksi najčešće nije slučaj.<sup>28</sup> Pri svemu tome tenderski zahtevi moraju biti odgovarajuće i promišljeno postavljeni da bi se izbegle moguće negativne posledice. Visoko

---

<sup>22</sup> Olusola Babatunde, S., Opawole, A., Emmanuel Akinsiku, O, op.cit. str. 215.

<sup>23</sup> U Kini se tako smatra da s brzim tempom tržišno orijentisane transformacije države delikatna ravnoteža mora se tražiti između kapaciteta privatnog sektora, regulatorna funkcija države i interesa javnosti. Ke, Y., Wang, S., Chan, A. P., Lam, P. T., op.cit. str. 483.

<sup>24</sup> Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. str. 4-5.

<sup>25</sup> Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. str. 223.

<sup>26</sup> Prethodna analiza sugerise da je mogući korektivan faktor u ovoj fazi može biti odgovarajuća državna institucija Šire: Farrugia, C., Reynolds, T., Orr, R. J., Public-private partnership agencies: A global perspective. Collaboratory for Research on Global Projects, 2008,43.

<sup>27</sup> Čl. 22. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>28</sup> Marques, R. C., Berg, S. V., op.cit. str. 6.



postavljeni zahtevi, uz složenost projekta i nemale troškove pripreme tendera, mogu stvoriti barijere za ulazak, posebno za manje firme i firme bez priznatih ranijih rezultata, što sveukupno umanjuje konkurenciju.<sup>29</sup> Isto tako, nisko postavljeni zahtevi umanjuju šanse za zaradu privatnih partnera usled eventualne velike konkurencije, što od ponude može odvratiti referentne ponuđače.

Neka pitanja zahtevaju posebnu pažnju u okviru tenderskih zahteva. Jedno od njih je vezano za podugovaranje, odnosno za angažovanja podizvođača. Dobro je da je to putanje našlo svoje mesto u našem zakonodavstvu da bi se podigao kredibilnost prijave u konkursnoj dokumentaciji i nacrtu javnog ugovora. Tako je predviđeno da javno telo može da zahteva od ponuđača da u svojoj ponudi navede deo vrednosti ugovora u procentima za koji namerava da zaključi ugovor sa podizvođačima. Podugovaranje je moguće jedino ako predloženi podizvođač ispunjava uslove određene od strane javnog tela u konkursnoj dokumentaciji i uslove predviđene važećim propisima za obavljanje profesionalne delatnosti u pogledu ekonomskog i finansijskog stanja, kao i tehničke i/ili stručne osposobljenosti za izvršavanje svog dela ugovornih obaveza. U ovoj situaciji kao krajnja mera, postoji i pravilo, da u slučaju podugovaranja, privatni partner je neograničeno solidarno odgovoran za izvršenje ugovornih obaveza podizvođača.<sup>30</sup>

S aspekta javnog interesa vrlo je bitno da se kao privatni partner izabere najbolji ponuđač.<sup>31</sup> U praksi zemalja sa većom tradicijom, nije retko da „najbolji“ ponuđač, kada se proceni na objektiviziran, sveobuhvatan način, često nije pobednik.<sup>32</sup> To znači da se taj problem u našoj zemlji može samo multiplikovati. Da bi se izbegao političko ili svaki drugo favorizovanje, izbor privatnog partnera treba izvesti putem potpunog istrajavanja na otvorenosti tržišta, jednakom tretmanu ponuđača i posebno, transparentnim procedurama nadmetanja, kao što je to slučaj sa pravom EU.<sup>33</sup>

U našem pravu se navedenim zahtevima izlazi u susret i putem utruđivanja odgovarajućih načela. U ovom pogledu od suštinskog značaja je načelo slobodne tržišne utakmice, koje obuhvata zabranu ograničavanja utakmice između učesnika i obavezu prihvatanja svih učesnika sa odgovarajućim tehničkim, finansijskim i drugim stručnim kvalifikacijama. Isti tretman ima i načelo jednakog i pravičnog tretmana. Ono sadrži i zabranu diskriminacije po bilo kom osnovu između učesnika u postupku dodele javnih ugovora i izbora privatnog partnera, kao i obavezu da učesnici u postupku izbora privatnog partnera, imaju potpune i tačne infor-

<sup>29</sup> Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. str. 23.

<sup>30</sup> Čl. 17. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>31</sup> Ponuđač je pravno ili fizičko lice ili konzorcijum jednog ili više takvih fizičkih ili pravnih lica, koje je dostavilo ponudu u postupku javne nabavke za dodelu javnog ugovora, Čl. 15

<sup>32</sup> Dva slučaja iz portugalskog vodnog sektora koriste se za ilustraciju problema koji se javljaju u ovoj oblasti. Marques, R. C., Berg, S. V., op.cit. str. 3.

<sup>33</sup> Šire: Murton, M., A Practical Guide to PPP in Europe; City and Financial Publishing, 2008.

macije o postupku, standardima i kriterijumima za izbor privatnog partnera. Ni jedan od učesnika u postupku izbora privatnog partnera, ne može imati prednost nad ostalima u pogledu vremena, informacija i pristupa organima i licima nadležnim za postupak dodele javnog ugovora. Odluke se moraju donositi na osnovu unapred objavljenih i objektivnih kriterijuma, i moraju se sa obrazloženjem dostaviti svakom učesniku u postupku izbora.

Ostvarenje ciljeva u ovoj oblasti doprinosi i načelo transparentnosti, koje obuhvata obavezu oglašavanja namere zaključenja javnog ugovora i mogućnost ponuđača da izvrši uvid u podatke o sprovedenom postupku dodele javnog ugovora i sl.<sup>34</sup> Očuvanje kredibilitnosti čitavog procesa i konkurencije doprinosi i zahtev da je javno telo obavezno da čuva poverljivost svih tehničkih, ekonomskih, finansijskih i drugih podataka iz dostavljene ponude. Ako nije drugačije predviđeno zakonom ili sudskom odlukom ili konkursnom dokumentacijom, nijedna strana u pregovorima ne može trećem licu otkriti tehničke, cenovne ili druge elemente u vezi sa razgovorima, komunikacijom ili pregovorima na osnovu gore navedenih odredaba bez saglasnosti druge strane.<sup>35</sup>

U kontekstu zaštite javnih interesa, posebno je značajno način izbora privatnog partnera. U našem pravu postupak izbora privatnog partnera je postupak javne nabavke u skladu sa zakonom kojim se uređuju javne nabavke. Pri tome se na pitanja koja su specijalno uređena ovim zakonom, ne primenjuju opšta pravila o javnim nabavkama.<sup>36</sup> Odluka o izboru najpovoljnije ponude je akt koji donosi javno telo, nakon ocene pristiglih ponuda za dodelu javnog ugovora, a u skladu sa konkursnom dokumentacijom i kriterijumima za izbor najpovoljnije ponude.<sup>37</sup>

Pravila o javnim nabavkama su validna i u pogledu kriterijuma za izbor privatnog partnera, osim odredaba kojima se uređuje prednost domaćih ponuđača u odnosu na strane. U primeni kriterijuma, pod cenom se podrazumeva neto sadašnja vrednost koja se odnosi na ukupne troškove u ugovorenom periodu bez poreza na dodatu vrednost.<sup>38</sup>

U ovoj oblasti bitno je uspostaviti striktna pravila ponašanja, ali je potrebno u čitav postupak uneti i elemente fleksibilnosti tamo gde su ona neophodna. Tome bi svakako doprinela šira primena konkurentnog dijaloga, tj. postupka u kojem sva zainteresovana lica mogu podneti prijavu, a sa licima kojima prizna kvalifikaciju (kandidati) naručilac vodi dijalog radi pronalaženja rešenja koje će zado-

---

<sup>34</sup> Čl. 6. st.3. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>35</sup> Čl. 24. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>36</sup> To su pitanja koja se odnose na : način obračuna procenjene vrednosti javnog ugovora, zajedničku ponudu, podizvođače, rokove za podnošenje ponuda i prijava, rokove u vezi sa donošenjem odluke o izboru najpovoljnije ponude, rokove za zaključenje ugovora i izmene javnog ugovora.

<sup>37</sup> Čl. 4. st. 11. i 14 . Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>38</sup> Čl. 21. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

voljiti njegove potrebe, pozivajući kandidate da podnesu ponude na osnovu usvojenog, odnosno usvojenih rešenja.<sup>39</sup>

### **b. Koncipiranje javnog ugovora**

Posebno bitan segment zaštite javnog interesa u javno-privatnom partnerstvu je vezan za koncipiranje njegove pravne osnove, a to su ugovori o javno-privatnom partnerstvu. Oni se u našem pravu označavaju kao javni ugovori, koji se zaključuje u pisanom obliku između javnog i privatnog partnera, kojim se u cilju realizacije projekta javno-privatnog partnerstva, uređuju međusobna prava i obaveze ugovornih strana.<sup>40</sup> Oni se opravdano karakterišu kao novi složeni i veoma izazovni, ugovorni aranžmani,<sup>41</sup> čije vreme trajanja može biti duže od dvadeset ili trideset godina.<sup>42</sup> On u našem pravu ne može biti kraći od pet godina ni duži od 50 godina, uz mogućnost da se nakon isteka ugovorenog perioda zaključi novi ugovor uz izbor privatnog partnera na način i u postupku propisanom ovim zakonom.<sup>43</sup> Pri tom važi pravilo da se rok na koji se zaključuje javni ugovor određuje na način koji ne ograničava tržišnu utakmicu više nego što je to potrebno da se obezbedi amortizacija ulaganja privatnog partnera i razuman povraćaj uloženog kapitala, istovremeno uzimajući u obzir rizik koji je povezan sa komercijalnim korišćenjem predmeta ugovora.

Za razliku od ostvarivanja javnog interesa u predugovornoj fazi, gde je ona konceptualno usmerena prema neodređenom broju subjekata, faza zaključenja ugovora, je usmerena ka njegovom ostvarenju i zaštiti u odnosu prema privatnom partneru. Većina problema koji se uočavaju u zaštiti javnih interesa, ali samog partnerstva je vezana za koncipiranje ugovora i njegovih klauzula, odnosno za utvrđivanje njegove sadržine. Stoga dobro pripremljen ugovor može imati esencijalnu ulogu.<sup>44</sup>

Pored drugih važnih pitanja koja uključuju regulaciju drugih prava i obaveza u partnerstvu, adekvatnost i jasnoću planova i tehničke specifikacije, formalan proces rešavanja sporova i motivaciju i podsticaje ugovornim stranama i sl.<sup>45</sup> U kontekstu zaštite javnih interesa u javno-privatnim partnerstvima od suštinske važnosti je adekvatno regulisanje problema rizika, odnosno njihova identifikacija i alokacija u ovim aranžmanima.

<sup>39</sup> Čl. 3. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>40</sup> Čl. 4. st. 3. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>41</sup> Hodge, G. A., Greve, C., Public-Private Partnerships, op.cit, str. 34.

<sup>42</sup> Engel, E., Fischer, R., Galetovic, A., The Basic Public Finance of Public-Private Partnerships, 2007., Journal of the European Economic Association, 2013., str. 1.

<sup>43</sup> Čl. 18. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>44</sup> Marques, R. C., Berg, S. V., op.cit. str. 3 i 4.

<sup>45</sup> Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. str. 7.

Javno-privatna partnerstva prate desetine različitih rizika,<sup>46</sup> uključujući političke, građevinske i rizike finansiranja. Stoga su im ona inherentna<sup>47</sup> i kao takva njihov bitan elemenat<sup>48</sup> i ključno pitanje javnih ugovora.<sup>49</sup> Jasnu identifikaciju rizika i podela rizika između javnog i privatnog partnera je važna i za uspeh projekata, jer neadekvatna specifikacija zahteva i neodgovarajuće raspodela odgovornosti među ugovornim stranama ga može bitno ugroziti.<sup>50</sup> Istovremeno, optimalna alokacija rizika i umanjuje potrebu i za sporovima i pravnim procesima.<sup>51</sup>

Distribucija rizika se vrši putem složene mreže ugovornih klauzula i mehanizama,<sup>52</sup> kao što su osiguranja, hartija od vrednosti i garancije.<sup>53</sup> Međutim, njegova konačna arhitektura ne uspostavlja se samo ugovorom.<sup>54</sup> Naime, i pored normativnog uređenja, u praksi su moguća faktička odstupanja u fazi realizacije ugovora,<sup>55</sup> u kojoj ugovorne strane pokušavaju da nametnu svoju volju.<sup>56</sup>

Zbog svog značaja i složenosti, ovo pitanje izaziva posebnu pažnju,<sup>57</sup> čemu doprinosi i dug period trajanja ugovora.<sup>58</sup> Stoga je bitno njihovo identifikovanje i prenos ugovornim stranama, jer je u praksi registrovano da najproblematičnije situacije nastaju kada rizici nisu individualizovani ili nije određen njen nosilac.<sup>59</sup> Stoga je taj zadatak zahtevan i odgovoran posao,<sup>60</sup> jer nije lako postići optimalnu alokaciju rizika koji minimiziraju ukupne troškove upravljanja javnog i privatnog sektora, iako je ona suštinski drugačija od onih u tradicionalnim javnim projektima,<sup>61</sup> ne samo u pogledu rizika, već i u pogledu obezbeđenja ekonomske i finansijske ravnoteže obe strane.<sup>62</sup>

---

<sup>46</sup> Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. str. 226.

<sup>47</sup> Ke, Y., Wang, S., Chan, A. P., Lam, P. T., op.cit. str. 483.

<sup>48</sup> Neki autori i definišu JPP pozivanjem, između ostalog i na elemenat rizika. Brinkerhoff, D. W., & Brinkerhoff, J. M., *Public-private partnerships: Perspectives on purposes, publicness, and good governance*. Public Administration and Development, 2011., 31(1), str. 3.

<sup>49</sup> Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. str.4.

<sup>50</sup> Jin, X. H., Zhang, G., *Modelling optimal risk allocation in PPP projects using artificial neural networks*. International journal of project management, (2011.), 29(5),str. 599.

<sup>51</sup> Marques, R. C., Berg, S. V., op.cit. str. 4. Ke, Y., Wang, S., Chan, A. P., Lam, P. T., op.cit. str. 483,

<sup>52</sup> Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. str. 3.

<sup>53</sup> Takav je slučaj u finskoj poslovnoj praksi: Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. str. 225.

<sup>54</sup> Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. str. 223.

<sup>55</sup> Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. str.3.

<sup>56</sup> Bajari, P., S. Houghton, Tadelis, S., *'Bidding for Incomplete Contracts: an Empirical Analysis'*, Working Paper, no. 12051, NBER, 2006..

<sup>57</sup> Engel, E., Fischer, R., Galetovic, A., op.cit. str. 6.

<sup>58</sup> Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. str. 221.

<sup>59</sup> Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. str. 225.

<sup>60</sup> Jin, X. H., Zhang, G., op.cit. str. 592.

<sup>61</sup> Jin, X. H., Zhang, G., op.cit. str. 591.

<sup>62</sup> Marques, R. C., Berg, S. V., op.cit. str. 2.

U koncipiranju ugovorne pozicije oba partnera u pogledu rizika, vrlo je važno utvrditi načelnu startnu poziciju oba partnera, koja svakako nije ista. Često se rizici identifikuju sa obavezama i sa konceptom odgovornosti.<sup>63</sup> Sveukupno, to stvara različiti polazni status javnog i privatnog partnera u ovom aranžmanu.

Konvencionalno gledano, u pogledu rizika, JPP predstavlja potpuno novi model gde se bitno smanjuje rizik javnog partnera u odnosu na klasične modele izgradnje javne infrastrukture. On ne podleže riziku u pogledu izgradnje, upravljanja i održavanja infrastrukturnog projekata, niti ima dodatnih troškova, osim u vidu naknade privatnom partneru.<sup>64</sup> Iako se ponekad procenjuje da su države sklone, posebno u sektoru usluga, da skoro sve rizike prebace na privatne partnere,<sup>65</sup> to svakako nije opšte važeće pravilo. Javni partner ima rizik u pogledu ispunjenosti tenderskih zahteva, tumačenja značaja promenjenih okolnosti i u pogledu uslova prevremenog raskida ugovora i sl. Druga je stvar, što stoji ocena da javni sektor često nije osposobljen u upravljanju rizicima.<sup>66</sup>

Za privatnog partnera u pogledu rizičnosti je bitno da potražnja za projektom nesmanjeno postoji, a da za svoje napore kao protivuslugu dobija ugovorenu naknadu.<sup>67</sup> Za njega je osnovno da mu se za njegovo učešće u partnerstvu obezbedi povoljno političko, pravno, ekonomsko i komercijalno okruženje. S obzirom da u tom pogledu ključnu ulogu ima to u velikoj meri eliminiše strahove privatnog partnera u vezi sa različitim rizicima, posebno političkim rizicima kao što su eksproprijacija ili nacionalizacija.<sup>68</sup>

Centralna tačka projekta je finansiranje, i stoga je on glavni problem, posebno u zemljama u razvoju. Ali s obzirom da privatni partneri imaju ograničen finansijski kapacitet nosivosti rizika, to stvara rizik i za javnog partnera. Međutim, u praksi se pokazalo da se rizik često difuzno prebacuje putem širokog spektra organizovanja na podizvođače. Shodno svojoj ulozi u partnerstvu, privatni partner osim finansijskog, preuzima samostalno ili u najvećoj meri<sup>69</sup> generalno gledano i tri bitna rizika i to rizik izgradnje, rizik potražnje i rizik raspoloživosti.<sup>70</sup> Posto-

<sup>63</sup> Tieva, A., Junnonen, J. M., op.cit. str. 222.

<sup>64</sup> Engel, E., Fischer, R., Galetovic, A., op.cit. str.3.

<sup>65</sup> Jin, X. H., Zhang, G., op.cit. str. 591-592.

<sup>66</sup> Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. str. 6.

<sup>67</sup> Engel, E., Fischer, R., Galetovic, A., op.cit. str. 3.

<sup>68</sup> Zhang, X., Critical success factors for public-private partnerships in infrastructure development. *Journal of construction engineering and management*, (2005).m 131(1),str. 7.

<sup>69</sup> To je u nekim pravima i izričito predviđeno, kao što je makedonsko pravo. Vidi čl. 5. Zakon o koncesijama i javno-privatnom partnerstvu iz 2012 godine.

<sup>70</sup> Rizik izgradnje k se odnosi na aktivnosti u vezi sa početnim stanjem imovine koja je predmet ugovora. Rizik raspoloživosti se odnosi na slučajeve gde se tokom upravljanja imovinom poziva privatni partner na odgovornost zbog pružanja usluga ispod zadatog standarda ili usluge ne poštuju standarde precizirane ugovorom. Rizik potražnje se odnosi na nestabilnost potražnje u odnosu na očekivanu u trenutku potpisivanja ugovora, nezavisno od angažovanja privatnog par-

je i očekivanja da se većina rizika prenesu od javnog na privatnog partnera.<sup>71</sup> Međutim, većina ugovora o javno-privatnom partnerstvu imaju klauzule koje štite privatne partnere, obezbeđujući načelnu ekonomsku i finansijsku ravnotežu.<sup>72</sup>

U pogledu relokacije rizika, u našem pravu su utvrđeni određeni principi ponašanja u tom pogledu. Polazna pozicija je da se rizici raspodjeljuju prema sposobnosti upravljanja na rizik, odnosno uticaja na njih.<sup>73</sup> Koncept da se rizici dodeljuju ugovornoj strani koja je i najposposobnija da ublaži rizik ili da ga podnese sa najmanjom cenom, skoro da je opšte prihvaćen ne samo u teoriji.<sup>74</sup> Alternativno postoji mogućnost da se predvidi i izbalansirana raspodela rizika među stranama u partnerstvu, sve u cilju optimalnog upravljanja rizikom tokom njegovog trajanja. Jasno je da apsolutna dominacija javnog sektora može potkopati predviđene koristi partnerstva, i obrnuto, ako privatni interesi diktiraju uslove zajedničkog odnosa. Stoga je postizanje prave ravnoteže interesa u ovoj oblasti poželjan izazov.<sup>75</sup>

Rečenička konstrukcija u našem zakonodavstvu ukazuje da su ove mogućnosti istog ranga i da su ugovorne strane slobodne da ih alternativno primene, u skladu sa međusobnim dogovorom. To je i skladu i sa izričito utvrđenim načelom za javne ugovore, a to je načelo autonomije volje, koje obuhvata slobodu ugovornih strana da u skladu sa ovim zakonom, zakonom kojim se uređuju obligacioni odnosi i drugim propisima i dobrim poslovnim običajima, međusobna prava i obaveze urede po svojoj volji. S druge strane, mogućnost balansirane raspodele rizik, je više u skladu sa načelom ravnopravnosti ugovornih strana, koji podrazumeva da se uzajamni odnosi subjekata u javnom ugovoru zasnivaju na njihovoj jednakosti i ravnopravnosti njihovih volja.<sup>76</sup>

Naš zakonodavac pokušava da složenom konstrukcijom koja sledi iza navođenja ovih principa instruiše ugovorne strane da taj izbor čine uz korišćenje upravljačkih, tehničkih, finansijskih i inovativnih sposobnosti privatnog partnera, kao i unapređenjem razmene veština i znanja između javnog i privatnog partnera, a naročito preuzimanje rizika tražnje ili rizika raspoloživosti objekta, usluge, infrastrukture.<sup>77</sup> Instrukcija bi se mogla shvatiti kao pokušaj zakonodavca da utvrdi dopunjujuće kriterijume za ugovaranje u ovoj oblasti, ali je jasno da ovo prateće elaboriranje nema veći praktičan značaj, niti se njim umanjuju neodređenosti i nejasnoće od-

---

ntera, odnosno to je uobičajen rizik koji snosi privatna strana u tržišnoj ekonomiji, odnosno rizik ostvarivanja prihoda od javnog korisnika usluga. Njihovo postojanje je bitno i sa aspekta prava EU u pogledu vođenja bilansa javnog sektora.

<sup>71</sup> Demira, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. str. 18.

<sup>72</sup> Marques, R. C., Berg, S. V., op.cit. str. 6.

<sup>73</sup> Čl. 7. st. 6. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>74</sup> Slična formulacija se koristi i u makedonskom pravu. Čl. 5. Zakona o koncesijama i javno-privatnom partnerstvu iz 2012 godine.

<sup>75</sup> Brinkerhoff, D. W., Brinkerhoff, J. M., op.cit. str. str. 12.

<sup>76</sup> Čl. 6. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.

<sup>77</sup> Čl. 7. st. 6. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.



nosnih zakonskih pravila. Jedino postoji mogućnost da se odredba koja se odnosi na korišćenje upravljačkih, tehničkih, finansijskih i inovativnih sposobnosti privatnog partnera tumači kao intencija da se u potpunosti iskoristi kapacitet privatnog partnera, što neminovno znači i preuzimanje većeg dela rizika. Ipak, to nikako znači da će privatni partner preuzeti sve projektne rizike ili većinu rizika.

U ovoj oblasti, za nas je značajno pitanje koliko se u napred datom okviru može ojačati zaštita javnih interesa, s obzirom na važenje principa autonomije volje i principa ravnopravnosti ugovornih strana, čije važenje je izričito utvrđeno odnosnim zakonodavstvom. Kako vidimo, u pogledu rizika, naše zakonodavstvo faktički ostavlja ugovornim stranama da to pitanje samostalno regulišu. Za javnog partnera je stoga sa aspekta zaštite javnih interesa, vrlo važno da unapred racionalno procene sve potencijalne rizike tokom cijelog trajanja projekta i da posebnu pažnju posveti procesu pregovaranja o sadržini javnih ugovora kako bi se osigurala odgovarajuća raspodela rizika između njih.

Međutim, konkretna raspodela rizika određuje se zasebno za svaki projekt prema mogućnostima pojedinih strana da procene, upravljaju i odgovore na pojedine rizike. Zbog toga oba partnera moraju raditi zajedno, jer mora postojati saglasnost obe strane.<sup>78</sup> Odluka o praktičnoj raspodeli rizika u jednom ugovornom aranžmanu je vrlo kompleksna.<sup>79</sup> Zbog toga, u primeni načelno datih kriterijuma, može doći do različitih, pa i protivrečnih rezultata u kontekstu dodele rizika. Ponekad, partner na koga je rizik prenet, možda neće to moći ostvariti na najefikasniji način i na najnižem nivou troškova<sup>80</sup> što može uvećati i usložiti rizike i pojačati nesigurnost svih učesnika.<sup>81</sup> U praksi se pokazalo se da velika očekivanja o formiranju JPP neretko rezultirali neadekvatnim načinima interakcije između javnog i privatnog partnera,<sup>82</sup> gde se rizici alociraju neadekvatno, niti se osigurava efikasno praćenje.<sup>83</sup> Stega je aktivno delovanje u pogledu ugovaranja vrlo važno, sa ciljem da se problemi izbegnu unapred umesto da se naknadno suočavamo sa njima.

Neke studije pokazuju da u praksi, iako alokacija rizika nije uvek očigledna, ipak se uočava tendencije da rizike na makro nivou, kao što su politički, pravni, socijalni i ekonomski i drugi rizici koji su „egzogenog“ porekla snosi javni partner. S druge strane, građevinski, operativni i industrijski akcioni rizici dodeljuju se privatnom partneru.<sup>84</sup>

<sup>78</sup> To znači da u praksi neki rizici mogu biti individualizovani, a drugi moraju biti podeljeni. Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. str. 5.

<sup>79</sup> U odnosu na ekonomiste koji to čine po osnovu transakcionih troškova. Jin, X. H., Zhang, G., op.cit. str. 592.

<sup>80</sup> Ke, Y., Wang, S., Chan, A. P., Lam, P. T., op.cit. str. 484.

<sup>81</sup> Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., Stevenson, C. E., op.cit. str. 4.

<sup>82</sup> Hodge, G. A., Greve, C., Public-Private Partnerships, op.cit., str. 34.

<sup>83</sup> Engel, E., Fischer, R., Galetovic, A., op.cit. str. 1.

<sup>84</sup> Zhang, X., op.cit. str. 4.



Istovremeno se uočava da u pogledu strukture raspodele ne postoji uravnoteženost. Jedna analiza pokazuje da od trideset sedam mogućih rizika, samo jedan od njih (rizik eksproprijacija i nacionalizacija) dodeljena je isključivo javnom sektoru, dok se drugih dvanaest rizika uglavnom dodeljuje javnom sektoru, i to oni koji i povezani sa vladom, njenim službama i njihovim radnjama. S druge strane, četrnaest rizika su raspodeljeni na obe strane. Privatni partner je trebao da preuzme većinu odgovornosti za preostalih deset rizika, pri tom nijedan rizik isključivo dodeljen privatnom partneru.<sup>85</sup>

## ZAKLJUČAK

Razvijene zemlje su u proteklom decenijama značajno podigle učešće privatnog sektora u razvoju i finansiranju javne infrastrukture i javnih usluga putem JPP. Poučeni tim iskustvom i u skladu sa izraženim potrebama, javno-privatno partnerstvo nije samo poželjan već sve više neophodan instrument i za našu zemlju. Pri tom je naročito važno obezbediti adekvatnu zaštitu javnih interesa, koji se ne svode na interese javnog partnera.

Problem zaštite javnih interesa u našem pravu je posvećena, nominalno gledano, značajna pažnja. Ona je manifestovana s jedne strane, podizanjem tog pitanja na nivo principa, s druge strane, kreiranjem mnoštva posebnih instrumenata u različitim fazama nastanka, ugovaranja i realizacije partnerstva. Ipak, faktički nivo zaštite zavisi od primene tih pravila u praksi. S druge strana, ona je jednim delom plod postupanja javnog partnera u fazi kreiranja ugovornih klauzula. Naime, ostvarivanje zaštite javnih interesa, zbog primene principa autonomije u ovoj oblasti, u određenoj meri je dato u ruke samom javnom partneru. Na taj način ona je zavisna i od njegovog pristupa i pripremljenosti.

---

<sup>85</sup> Ke, Y., Wang, S., Chan, A. P., Lam, P. T., op.cit. str.491.

Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

## Protection of Public Interests and Public-Private Partnership

**Abstract:** *The subject of the analysis in this paper is exercising of protection of public interests in public-private partnership. Considering legal structure of partnership and its objectives, this is an important issue with significant legal and practical repercussions. Within that framework, the status of public partnership in that relationship is analysed separately, as well as legal frameworks and possibilities of exercising and protection of public interests in both pre-contract stage and in the stage of contract drafting. The issue of risk allocation will be in a special focus. The analysis is primarily focused on our law, but it certainly includes the comparative observing of the same issues and their practical repercussions in some national laws and the EU law.*

*Nominally speaking, a significant attention in our law is paid to the issue of protection of public interests. It is manifested, on the one hand, with arising of that issue to the level of principle, and, on the other hand, through creating of numerous special instruments in different stages of establishing, contracting and implementation of partnership. However, the actual level of protection depends on implementation of these rules in practice. On the other hand, it partly depends on actions of public partner in the stage of drafting of contract clauses. Namely, due to the principle of autonomy in this field, the exercising of protection of public interests has been entrusted to a certain extent into the hands of public partner itself. Hence, the protection also depends on its approach and preparedness.*

**Keywords:** *public-private partnership, protection of public interests, law, contract, risk.*

Datum prijema rada: 14.11.2017.



*Dr Senad R. Jašarević, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs*

## SLOBODA KRETANJA RADNIKA U EU U NOVIM OKOLNOSTIMA<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Sloboda kretanja radnika predstavlja jednu od četiri slobode na kojima počiva Evropska unija. Vremenom je ova sloboda postala i fundamentalno pravo građana EU. Danas sloboda kretanja radnika predstavlja jedno od najkontroverznijih rešenja u pravu EU. Postala je svojevrsni balast Unije zbog opasnosti od „socijalnog dampinga“, izazavanog masovnim kretanjem radne snage iz siromašnijih delova Unije u bogatije. To ozbiljno ugrožava smisao ove pozitivne ideje, te bi ona trebalo da se rekompicira.*

**Glavne reči:** *Evropska Unija, sloboda kretanja radnika, radni odnosi.*

### 1) UVOD

Evropska unija (EU) je izuzetno značajna integracija u svetu, a takođe i za Srbiju, koja je u procesu pridruživanja Uniji. Strukturu i pravo Evropske unije nije lako razumeti, pošto je u pitanju specifična tvorevina, sa odlikama međunarodne, regionalne integracije, ali i konfederacije.<sup>2</sup> Jednu od zanimljivosti u organizaciji Unije predstavlja činjenica da počiva na takozvane „četiri osnovne slobode“ – slobodi kretanja robe, lica, usluga i kapitala. Osnovni cilj ovih sloboda je stva-

---

<sup>1</sup> Ovaj rad rezultat je istraživanja na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ koji sprovodi Pravni fakultet u Novom Sadu.

<sup>2</sup> Naime, Uniju čine tri stuba: jedan je organizacione prirode – u vidu dve zajednice („Evropska zajednica“ i „Evropska zajednica za atomsku energiju“), a dva su funkcionalnog karaktera – zajednička spoljna i bezbednosna politika, i policijska i sudska saradnja. Vid: J. G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Community*, London, Kluwer Law International, The Hague, Boston, 1998, str. 47; S. Jašarević, *Radno pravo Evropske unije*, Radno i socijalno pravo, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije i Crne Gore, Beograd, 2005, br. 7-12, str. 23-39.

ranje „zajedničkog tržišta“, čije će funkcionisanje biti pokretač ekonomskog razvoja i omogućiti prosperitet svih zemalja članica EU i celokupne integracije.<sup>3</sup>

Primena, tumačenje i usklađivanje ovih sloboda izaziva niz godina dileme unutar EU. Sloboda kretanja radne snage predstavlja jedno od najoriginalnijih i najkontroverznijih rešenja u pravu EU. Godinama izaziva polemike i diskusije kako u praksi, politici, sudskoj praksi i nauci. Ovaj princip najbolje ilustruje svu složenost primene prava u realnom životu. Od pozitivne ideje, sloboda kretanja radnika pretvorila se u „mač sa dve oštrice“ – sredstvo razvoja i sa druge strane, pretnju egzistenciji Unije. Od kada su u Uniju ušle manje razvijene zemlje Evrope, sloboda kretanja radnika izaziva velike probleme u starim zemljama članicama. Naime, sloboda kretanja radnika, koja se nekada smatrala „najatraktivnijom i civilizovanom karakteristikom EU“,<sup>4</sup> postaje veliki teret zbog opasnosti od masovnog kretanja radne snage iz siromašnijih delova EU u bogatije. Taj proces nazivaju „socijalni turizam“, „socijalna migracija“, a posledice su „socijalni damping“ i socijalne tenzije u starim članicama.<sup>5</sup>

Može se reći da je upravo problem nekontrolisanog masovnog priliva stranih radnika (a sad i imigranata izvan Unije), jedan od osnovnih razloga zbog kojeg su se građani Velike Britanije izjasnili za izlazak iz Unije, što je destabilizovalo i celu EU. Naime, Britanija prilikom proširivanja Unije 2004. godine nije bila uvela ograničenja na priliv radnika iz novih zemalja članica.<sup>6</sup> Takva politika je očigledno skupo koštala, a stanovništvo okrenula protiv EU.<sup>7</sup> Nil npr. navodi

---

<sup>3</sup> „Jedinstveno tržište je jedno od najvećih dostignuća Evropske unije. Podrazumeva postepeno eliminisanje ograničenja trgovine i slobodne konkurencije između država članica, čime se pomaže rastu životnog standarda.“ Vid: *Europe in 12 lessons, The European Union Explained*, European Commission, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014, [https://europa.rs/images/publikacije/26-EU\\_In\\_12\\_Lessons.pdf](https://europa.rs/images/publikacije/26-EU_In_12_Lessons.pdf), str. 21; Camino Mortera--Martinez and Christian Odendahl, *What free movement means to Europe and why it matters to Britain*, Centre for European Reform, January 2017, [http://www.cer.eu/sites/default/files/pb\\_cmm\\_co\\_freemove\\_19jan17.pdf](http://www.cer.eu/sites/default/files/pb_cmm_co_freemove_19jan17.pdf)

<sup>4</sup> Citat iz: J. Donaghes and P. Teague, *The free movement of workers and social Europe: maintaining the European ideal*, Industrial Relations Journal, 2006, No 37, str. 652, a prema: Alan C. Neal, *Freedom of Movement for Employers and Employees in the European Union*, European Labour Law Journal, Volume 4, 2013, No. 1, str. 55.

<sup>5</sup> Socijalni damping je: „Praksa iskorištavanja nižih troškova rada u nekim zemljama zbog nižih doprinosa za socijalno osiguranje i drugih doprinosa. Na taj se način odvlači posao iz drugih zemalja i stvara nepravedno tržišno natjecanje.“ Preuzeto iz: *EuroVoc – višjezični rečnik Europske unije*, <http://eurovoc.europa.eu/drupal/?q=sr> O gore navedenim problemima videti više: Agata Luder-Ruszel, *Free Movement of Workers as an Instrument of Creation of the European Common Market*, European Integration Studies, 2015, No. 9, str. 168.

<sup>6</sup> Britanija je bila jedna od tri zemlje koje nisu uvele ograničenja. Vid: Alan C. Neal, 57.

<sup>7</sup> O tome ilustrativno govori tekst o pregovorima tadašnjeg Premijera Velike Britanije sa EU početkom 2016. godine, neposredno pre „Bregzita“. *Dobili smo poseban status u Europskoj uniji! Britanski premijer likuje, ali što je sve Cameron ispregovarao za svoju državu?* (Jutarnji list, 20. 2. 2016), <http://www.jutarnji.hr/-dobili-smo-poseban-status--u-eu---britanski-premijer-likuje--ali-sto-je-sve-cameron-ispregovarao-za-svoju-drzavu-/1524887/> U tekstu se navodi kako je Ka-

podatak da se broj stranih radnika iz osam zemalja u tranziciji članica EU u Britaniji povećao od 59.153 u 2000. godini, na 864.600 u 2008. godini.<sup>8</sup>

Od trenutka nastanka slobode kretanja radnika, kada je Evropska unija imala šest članova (Belgija, Nemačka, Francuska, Italija, Luksemburg, Holandija), socijalna i ekonomska struktura Unije se drastično promenila. Razvijenoj „šestorici“ su se nešto kasnije pridružile Danska, Irska, Velika Britanija, a potom manje razvijene zemlje Grčka, pa Portugal i Španija (tzv. Mediteransko proširenje), čije pristupanje u ovoj oblasti izazivaju prve, ali ipak manje probleme. Pravi „socijalni udar“ nastaje nakon proširenja 2004. i 2007. godine (i konačno 2013. godine – ulaskom Hrvatske).<sup>9</sup> Proširenjem je znatno povećan broj stanovnika Unije, od 180 miliona, na 500 miliona ljudi, tako da se sada radi o ogromnom tržištu radne snage od oko 230 miliona potencijalnih radnika koji mogu da budu radnici migranti.

Dakle, od zajednice relativno razvijenih zemalja, u kojoj slobodan protok radne snage ne bi predstavljao problem, već prednost, Unija poprima u pogledu ekonomske i socijalne razvijenosti prilično neujednačen karakter (što Nil blago sarkastično naziva „evolucija evropske avanture“).<sup>10</sup> To potpuno menja uslove za funkcionisanje i suštinu slobode kretanja radnika, te ona danas predstavlja veliki problem i jedan od izazova za opstanak same Unije. Zato se mnogi zalažu za reformisanje Unije, kao i da se rekompicira sloboda kretanja radnika. Na primer, da bi se umanjile posledice „socijalnog dampinga“ koji izaziva sloboda kretanja radne snage, predlaže se uvođenje minimalne zarade na nivou cele Unije.<sup>11</sup>

## 2) ISTORIJAT SLOBODE KRETANJA RADNIKA U EU

Od svog nastanka 1957 godine,<sup>12</sup> Evropska unija drastično se izmenila, razvijajući vremenom svoju politiku, obuhvatnost, strukturu, regulativu. Uporedo sa time menjao se i razvijao pristup slobodi kretanja radne snage. Ova sloboda

meron (Cameron) uspeo da ishoduje zaštitnu klauzulu na sedam godina koja predviđa ograničenje socijalnih naknada, indeksaciju dečjih dodataka prema standardima države u kojoj dete živi, a ne prema standardima zemlje u kojoj roditelj radi. To bi se primenjivalo na novopridošle radnike odmah, a na sve ostale od 2020. godine. Britanija je takođe tražila i ishodovala mogućnost da grupa nacionalnih parlamenata može da stavi veto na donošenje evropskih zakona.

<sup>8</sup> Vid: Alan C. Neal, 56.

<sup>9</sup> *The history of the European Union*, Europa.eu, [https://europa.eu/european-union/about-eu/history\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/history_en)

<sup>10</sup> A. Neal, 62.

<sup>11</sup> Vid: Jon Erik Dølvik and Jelle Visser, *Free movement, equal treatment and workers' rights: can the European Union solve its trilemma of fundamental principles?*, *Industrial Relations Journal*, 2009, 40:6, str. 506. Isti autori se još zalažu i da za ograničenje sudskih ovlašćenja Suda pravde u Luksemburgu, za koji smatraju da je svojim odlukama izazvao mnoge probleme upravo u ovoj oblasti.

<sup>12</sup> Smatra se da je Unija faktički nastala formiranjem Evropske ekonomske zajednice, 1957. godine, zaključenjem Sporazuma u Rimu. Vid: Pascal Fontaine.

inače predstavlja korene budućeg radnog prava EU, koje će tek kasnije nastati (od sedamdesetih godina prošlog veka). Naime, u početku EZ nije želela da se meša u oblast radnih odnosa, te je od „radnog prava“ jedino bilo predviđeno slobodno kretanje radnika i princip jednakog plaćanja muškaraca i žena.

Sloboda kretanja radne snage kao evropski koncept u stvari datira od nešto ranije. Godine 1951. kada je ustanovljena Zajednica za ugalj čelik (Sporazumom potpisanom u Parizu),<sup>13</sup> u čl. 69, st. 1 tog sporazuma bilo je navedeno: „Države članice se obavezuju da uklone svako ograničenje zasnovano na državljanstvu u vezi sa zapošljavanjem u industriji uglja i čelika radnika koji su državljani država članica“.<sup>14</sup> Ovo pravo bilo je takođe predviđeno i jednim dokumentom Saveta Evrope iz 1957. godine – rimskom Konvencijom o socijalnoj sigurnosti radnika migranata.<sup>15</sup>

Sporazumom o uspostavljanju Evropske ekonomske zajednice zaključenim 1957. godine (dalje: Sporazum), članom 48 uvodi se sloboda kretanja radnika, bez bilo kakve diskriminacije po nacionalnosti između zemalja članica. Dozvoljeno je bilo jedino ograničenje kod zapošljavanja u javnoj upravi.<sup>16</sup> Sloboda se tada odnosila samo na radnike koji imaju konkretnu ponudu za posao. Vremenom se, izmenama Sporazuma, proširila, kako na lica koja traže zaposlenje, tako i na ona koja ostanu u državi članici zemlji nakon okončanja zaposlenja.<sup>17</sup>

Izuzetno značajnu ulogu u razvoju prava na slobodu kretanja radnika imale su odluke Evropskog suda pravde u Luksemburgu (sada Suda pravde EU). Sud se nije ustručavao da slobodno i veoma široko tumači odredbe Sporazuma, imajući u vidu ne samo pravni sadržaj akata Unije, već i programske ciljeve ove zajednice. Takvo postupanje u praksi se naziva „sudski aktivizam“ Suda pravde.<sup>18</sup> Evropski sud pravde je vremenom znatno obogatio slobodu kretanja radnika, utvrđujući i definicije pojmova koji su nedostajali komunitarnom pravu.

---

<sup>13</sup> *Treaty establishing the European Coal and Steel Community*, ECSC Treaty, EUR-lex, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0022>.

<sup>14</sup> Vid: Desislava Kraveva, *Free Movement of Workers in the EU, Legal Aspects of the Transitional Arrangements*, Center for European Integration Studies, Discussion Paper C217, 2013, str. 5.

<sup>15</sup> Vid: Jon Erik Dolvik and Jelle Visser, str. 495.

<sup>16</sup> Vid: *Treaty establishing the European Economic Community*, [https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1\\_avrupa\\_birligi/1\\_3\\_antlasmalar/1\\_3\\_1\\_kurucu\\_antlasmalar/1957\\_treaty\\_establishing\\_eec.pdf](https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1957_treaty_establishing_eec.pdf)

<sup>17</sup> Videti sada aktuelni član 45 Sporazuma o funkcionisanju EU – 2010, koji je iste godine donet i usvojen zajedno sa Sporazumom o Evropskoj Uniji. Sporazumi su objavljeni u: *Official Journal* (dalje: OJ), C 83, od 30. marta 2010.

<sup>18</sup> Bačić ovo naziva „judizacijom“ („Danas je proces judicijalizacije (judicialization), pod kojim ovdje sasvim generalno podrazumijevamo interveniranje sudbene vlasti i sudaca u socijalna, ekonomska i politička pitanja...“). Vid: Petar Bačić, Ivan Sarić: *Aktivizam europskog suda kroz presude o slobodi kretanja radnika*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51, 2014, br. 1, str. 28; Tomislav Dagen, *Sudski aktivizam Suda Europske unije u pogledu izuzeća primjene čl. 45. Stavka 4 UFEU i hrvatski realitet u primjeni takve prakse – povreda slobode kretanja radnika?*, *Pravni vjesnik*, 2014, god. 30, br. 14, str. 269.



Uporedo sa odlukama Suda i Zajednica je precizirala i proširivala ovu slobodu, donošenjem novih i izmenama postojećih akata. Od izuzetnog je značaja bio prvi dokument kojim se razrađuje sloboda kretanja radnika – to je *Pravilo Saveta EEZ br. 1612/68 od 15. oktobra 1968. godine o slobodnom kretanju radnika unutar Zajednice*.<sup>19</sup> Ovaj dokument, koji inače ima obavezujuću snagu u EU (adekvatnu nacionalnim zakonima),<sup>20</sup> zabranjivao je između ostalog da državljanin zajednice bude „tretiran drugačije od nacionalnih radnika po osnovu njegove nacionalnosti u vezi sa uslovima zaposlenja i rada...” (čl. 7, st. 1). Istovremeno se donosi i *Direktiva saveta br. 68/360/EEZ od 15. oktobra 1968. o ukidanju restrikcija kretanja i boravka unutar Zajednice za radnike država članica i njihove porodice*,<sup>21</sup> čime je u celoj ovoj problematici razjašnjen i poboljšan položaj porodica radnika migranata. Novu dimenziju slobodi kretanja radnika daje *Direktiva br. 96/71/EZ od 16. decembra 1996. o upućenim radnicima u okviru pružanja usluga*,<sup>22</sup> kojom je se uređena problematika kolektivnog upućivanja zaposlenih na rad u inostranstvo u članicama EU.

Godine 2004 donosi se i *Direktiva br. 2004/38/EZ od 29. aprila 2004 o pravu građana Unije i članova njihovih porodica da se slobodno kreću i borave u okviru teritorije države članice* (kojom se menja Pravilo br. 1612/68 i ukidaju Direktive br. 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ).<sup>23</sup> Sledeće godine donosi se i *Direktiva br. 2005/36/EZ o priznavanju profesionalnih kvalifikacija*,<sup>24</sup> što takođe predstavlja jedno od važnih pitanja (barijera) za obezbeđivanje pune slobode kretanja radnika. Pošto je u međuvremenu više puta menjano i osnovno Pravilo o slobodnom kretanju radnika iz 1968, taj dokument je 2011. godine zamenjen novim *Pravilom o slobodnom kretanju radnika unutar EU*.<sup>25</sup> U međuvremenu su više puta inovirane odredbe i Sporazuma o EZ, odnosno Sporazuma o EU, te je sloboda kretanja radnika postala i pravo građana Evropske unije.

Kako se razvijala ova sloboda? Sa jedne strane sloboda kretanja radnika obogaćivana je i proširivana. Sa druge strane, prijemom novih članica, nastaju

<sup>19</sup> Objavljen u: Official Journal (dalje: OJ) L 257, 19/10/1968 P. 0002 – 0012, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31968R1612:en:HTML>

<sup>20</sup> Pravila su akti „sekundarnog zakonodavstva EU“, dokumenti najjače pravne snage i imaju direktno obavezujuće dejstvo u Uniji. O izvorima prava EU i njihovoj pravnoj snazi videti više: S. Jašarević, pomenuti tekst.

<sup>21</sup> OJ L 257, 19.10.1968, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31968L0360>

<sup>22</sup> OJ L 18/1, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0071:en:HTML>

<sup>23</sup> Deo teksta u zagradi predstavlja deo zvaničnog naziva Direktive. Objavljena je u: OJ L 158/77, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:158:0077:0123:en:PDF>

<sup>24</sup> OJ L 255/22, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005L0036>

<sup>25</sup> Objavljen je u glasilu EU od 5. aprila, OJ L 141/1

problemi, pa počinju sudski sporovi i ograničenja. To se desilo prvo prilikom pridruživanja Grčke, ubrzo i Portugala i Španije. Znatno veći problemi izazvani migracijama radnika nastaju priširivanjem 2004. i 2007. godine, kada je u Uniju ušlo deset zemalja veoma različite razvijenosti. Nastaju teškoće u državama koje su primale radnu snagu. Dok su u početku te teškoće bile uglavnom individualnog karaktera, prijemom siromašnijih zemalja nastaju i kolektivni problemi – u vezi sa masovnijim migracijama ili kolektivnim upućivanjem radnika u okviru „slobode pružanja usluga“. Time će se uglavnom baviti Evropski sud pravde, a potom će nove ideje naći mesta i u regulativi EU.

Upućivanje radnika se prvi put našlo pred Sudom Zajednice 1989. godine. To je bio slučaj *Rush Portuguesa* (povodom zapošljavanja portugalskih radnika na izgradnji francuske brze železnice).<sup>26</sup> Francuske vlasti htele su da upućenim radnicima iz Portugala nametnu svoje pravne standarde u vezi sa uslovima rada, pa se postavilo pitanje da li je to u skladu sa slobodom kretanja radnika i slobodom pružanja usluga. U odluci Suda se navodi da vlasti države članice nemaju pravo da nametnu stranom preduzeću „pružaocu usluga“ uslove u vezi sa angažovanjem radne snage na mestu rada. Zbog ovih i sličnih problema, u stvari „socijalnog dampinga“ koji nastaje zbog kolektivnog upućivanja radnika iz zemlje sa jeftinijom radnom snagom, u zemlju u kojoj su više zarade i drugi standardi rada, uslediće donošenje Direktive o upućenim radnicima iz 1996. godine.

Pomenuta direktiva nažalost nije mogla da razreši sve probleme, koji će kulminirati slučajevima *Viking* i *Laval* 2005. godine.<sup>27</sup> Odluke Suda povodom ovih slučajeva uzdrmale su temelje radnog zakonodavstva i celokupnog prava EU, odnosno, otvorile su dilemu o odnosu sloboda na kojima počiva Unija, nacionalnog suvereniteta i tradicionalnih prava zaposlenih.<sup>28</sup> U ovim slučajevima došlo je do sukoba slobode kretanja radne snage, prava na kolektivno pregovaranje i prava na štrajk. Nametnulo se osetljivo pitanje balansa socijalne i ekonomske politike sa osnovnim slobodama u EU. Posle velikih debata, razmene mišljenja vlada, Evropskog pravobranioca, udruženja zaposlenih i poslodavaca, nacionalnih sudova, stručnjaka, pravo na slobodu kretanja radnika dobilo je od strane Suda primat u odnosu na navedena fundamentalna prava i pored dotadašnje „socijalne retorike“ Suda.<sup>29</sup> Ove odluke imale su više „liberalni“, nego „socijalni“ pristup.

---

<sup>26</sup> *Rush Portuguesa Lda v Office national d'immigration*, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 27 March 1990, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61989CJ0113>.

<sup>27</sup> Slučaj „*Viking*“ (C-438/05) i „*Laval*“ (C-341/05). Videti više: R. Zahn, *The Viking and Laval Cases in the Context of European Enlargement*, Web Journal of Current Legal Issues, 2008, <http://webjcli.ncl.ac.uk/2008/issue3/pdf/zahn3.pdf>.

<sup>28</sup> O ovome najbolje govori naziv ranije citiranog Dolvikovog rada – *Sloboda kretanja, jednaki retman i prava radnika: može li da Evropska unija razreši njenu trilemu o fundamentalnim principima?* Vid: Jon Erik Dølvik and Jelle Visser.

<sup>29</sup> Vid: A. C. Neal, 67; Norbert Reich, *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the Laval and Viking Cases before the ECJ*, German Law Journal, 2008, Vol. 09, No. 02, str. 159.

Sindikati koji su prekršili slobodu kretanja radnika osuđeni su da plate poslodavcima penale, u skladu sa odlukama nacionalnih sudova.<sup>30</sup>

Sve ovo je potaklo Lebrajda i Pirsona (Leibfried and Pierson), da zaključie da je razvoj slobode kretanja radnika u EU pretvorio članice EU u polu-suverene države u vezi sa njihovom socijalnom politikom jer je erodirao njihovu kontrolu nad proizvodnjom i upotrebom socijalne politike u četiri dimenzije: „(i) međunacionalna mobilnost radnika podrazumeva da pristup socijalnim davanjima i pravima više ne može biti ograničen samo na svoje građane; (ii) prenosivost beneficija podrazumeva da se ove koristi i prava mogu koristiti i van matične države; (iii) uz mogućnost upućivanja radnika, države članice su izgubile svoje isključivo pravo da donesu i primenjuju propise radnog prava na nacionalnoj teritoriji; (iv) tamo gde postoji „sloboda pružanja usluga“, kada se radi o privatnim ili dodatnim šemama, države članice su izgubile kontrolu nad uređenjem.“<sup>31</sup>

Pojedini autori marginalizuju nastale probleme, ističući da je procenat migranata unutar EU mali i zanemariv. Međutim, statistika ne prikazuje uvek realno stanje, naročito ako je površna, te ako se dublje razmotre podaci, videće se drugačija slika. Prema nekim podacima samo oko 2-3% radne populacije u zemljama članicama trenutno živi i radi u drugoj zemlji (15.3 miliona radnika u 2014).<sup>32</sup> To zaista nije zabrinjavajuća cifra. Ipak, drugi podaci formiraju drugačiju sliku. Prema istraživanju Eurobarometra 10% ljudi u EU živelo je ili radilo u prošlosti u drugoj zemlji, a 17% je planiralo da koristi tu pogodnost.<sup>33</sup> Takođe, posle proširenja 2004. i 2007. došlo je do dramatičnog porasta razmene radnika i to baš u nepovoljnim aspektima migracije radnika (povoljni aspekt je razmena deficitarnih kadrova).<sup>34</sup> Dolvik i Viser navode podatke da je u većim „zemljama pošiljaocima radne snage“, Poljskoj i Baltičkim zemljama, prilikom pridruživanja procenjeno da će 5 do 10 posto od 20 miliona radne snaga otići da radi u inostranstvo. Za Rumuniju i Bugarsku navodi se da je oko deset posto radne snage već otišlo od trenutka kada su bile ukinute vize 2003. godine. Pominje se i da je očekivani priliv migranata do 2007. godine u Italiju i Španiju trebalo da bude oko milion radnika (što se vremenom i pogoršalo). Neke od država članica su posebno iskusile ovaj problem. To su zemlje severne Evrope i Velika Britanija. Do 2008. godi-

<sup>30</sup> Kod slučaja *Laval*, Radni sud u Švedskoj odredio je kaznenu naknadu za sindikat prema Lavalu od 550 000 SEK (oko 55.000 Eura). Jonas Malmberg, Niklas Bruun, *Sanctions for 'EU-unlawful' Collective Action*, Formula-conference 22-23 Mars 2012, Working Paper No. 37 (2012).

<sup>31</sup> Citat iz: Leibfried, S. and P. Pierson (1995), *European Social Policy between Fragmentation and Integration* (Washington, DC, The Brookings Institution). Preuzeto iz: Jon Erik Dølvik and Jelle Visser, str. 494.

<sup>32</sup> Vid: A. C. Neal, 54; *Fact Sheet on the European Union*, European Parliament, [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_3.1.3.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.3.html)

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Dolvik i Viser imaju, na str. 497 svog rada i poseban podnaslov o tome: „Rast međugranične razmene rada posle proširenja 2004. godine“. Vid: Jon Erik Dølvik and Jelle Visser.

ne registrovan je priliv od više od 800.000 radnika migranata iz zemalja centralne i istočne Evrope, od kojih je 300.000 do 400.000 otišlo u Irsku, više stotina hiljada u Nemačku i oko 150.000 u Norvešku. Procena je da je od 2004. godine do 2009. godine 2,2 miliona ljudi otišlo iz zemalja centralne i istočne Evrope, Rumunije i Bugarske u zapadnu Evropu, a migracije su se i kasnije nastavile.<sup>35</sup>

Kako bi se izbalansirali migracioni problemi, Unija je odlučila da odreaguje u korist ugroženih zemalja, te od 2004. godine počinju da se koriste „tranzicioni aranžmani“, kojima se dozvoljava starim članicama da ograniče priliv radne snage iz novih članica na sedam godina.<sup>36</sup> Tranzicione mere odnose se samo na radnike, dok građani ovih država uživaju potpunu slobodu kretanja počev od dana pridruživanja, ukoliko nisu zaposleni (npr. studenti, penzioneri, pružaoci usluga i sl). Tranzicioni aranžmani su prvi put korišćeni prilikom tzv. Mediteranskog proširenja EU osamdesetih godina (priključenja Grčke – 1981, potom Španije i Portugala – 1986), ali su bili skoro zaboravljeni do proširenja 2004. godine.<sup>37</sup>

Vremenom se nametnulo pitanje i odnosa sa „trećim državama“ (koje nisu članice EU). Generalno, za državljanje trećih zemalja ne važi sloboda kretanja radnika. Međutim, s obzirom da Unija ima posebno razvijenu trgovinsku saradnju sa pojedinim evropskim državama, koje su i dovoljno razvijene, te ne postoji opasnost od nekontrolisanog priliva radne snage i „socijalnog dampinga“, Unija je zaključila posebne sporazume sa tim zemljama. To su Island, Lihtenštajn, Norveška i Švajcarska. Između Unije i ovih zemalja primenjuju se sve četiri slobode. Sa prve tri zemlje zaključen je 1994. godine Sporazum o evropskom ekonomskom prostoru,<sup>38</sup> a sa Švajcarskom je 21. juna 1999. zaključen Sporazum o slobodnom kretanju osoba, koji je nekoliko puta revidiran.<sup>39</sup> Švajcarska je takođe koristila mogućnost tranzicionih aranžmana.<sup>40</sup> Godine 2014. došla je u privremeni sukob sa Unijom, kada je na referendumu želela da proveri da li su građani i dalje za to da se poštuje sloboda kretanja radnika sa EU, te su bile uvedene i kvote na priliv migranata. Ipak, krajem 2016. godine se od toga odustalo.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> Vid: Jon Erik Dølvik and Jelle Visser, 498.

<sup>36</sup> Režim ograničenja reguliše se po principu 2+3+2, što znači da se na svake dve, odnosno tri godine ograničenja priliva stranih radnika iz pojedinih zemalja menjaju, ali mogu i da traju u istom intenzitetu svih sedam godina. A. C. Neal, 38.

<sup>37</sup> Vid: D. Kraleva, 9.

<sup>38</sup> *The Agreement on the European Economic Area*, stupio na snagu 1 januara 1994, (objavljen u: OJ No L 1, 3.1.1994, p. 3; and EFTA States' official gazettes), <http://www.efta.int/media/documents/legal-texts/eea/the-eea-agreement/Main%20Text%20of%20the%20Agreement/EEAAgreement.pdf>

<sup>39</sup> Vid: *Free Movement of Persons Switzerland – EU/EFTA*, [https://www.sem.admin.ch/sem/en/home/themen/fza\\_schweiz-eu-efta.html](https://www.sem.admin.ch/sem/en/home/themen/fza_schweiz-eu-efta.html)

<sup>40</sup> Npr. prema Bugarskoj, Rumuniji i novopridošlim članicama 2004, te prema državljanima Hrvatske od 1. jula 2014 do 31. decembra 2016.

<sup>41</sup> Vid: *Referendum u Švajcarskoj udara po džepu?*, Detche Welle, 11.02.2014 <http://www.dw.de/referendum-u-svajcarskoj-udara-po-dzepu/a-17424378>; Samuel Osborne, *Switzerland waters down immigration referendum to protect EU relationship*, Independent, 15 December 2016, <http://>

Kao što Ruselova zaključuje, istorijski razvoj i percepcija slobode kretanja radnika pratila je pravce razvoja Evropskih integracija. „Slobodno kretanje radnika razvijalo se od strogo ekonomske mere koje bi trebalo da olakša ekonomski razvoj država članica, u temeljno individualno pravo koje je značajna komponenta ideje o državljanstvu EU.“<sup>42</sup>

### 3) POJAM I SADRŽINA SLOBODE KRETANJA RADNIKA

„Sloboda kretanja radnika nastoji omogućiti radniku da ode u onu državu članicu, u kojoj je najveća potražnja za njegovim radnim kvalifikacijama i u kojoj su uslovi pod kojima će osigurati svoju životnu egzistenciju najbolji.“<sup>43</sup> Ova sloboda ima dva aspekta: 1) individualni (pojedinačno kretanje radne snage) i 2) kolektivni (spontane migracije ili kretanje radnika prilikom izvođenja radova u inostranstvu).

Pravo na slobodno kretanje radnika se u *personalnom* pogledu odnosi na: 1) radnika, 2) članove njegove porodice, 3) vanbračnog partnera. U *teritorijalnom* smislu, postoji ukoliko se utvrdi postojanje prekograničnog elementa (preseljenje ili boravak u drugoj zemlji), te dakle važi za teritoriju cele Unije, osim matične države. *Vremenski*, pravo/sloboda se primenjuje u toku zaposlenja, pre i posle zaposlenja.<sup>44</sup>

Aktuelne izvore prava kod ove slobode smo već naveli. Ključne odredbe nalaze se u Sporazumu o funkcionisanju EU i delom u Sporazumu o EU – iz 2010. godine (dokumenti kojima je zamenjen Sporazum o EZ),<sup>45</sup> i Pomenutom pravilu o slobodnom kretanju radnika unutar EU, iz 2011. godine. Pored toga, ovo pravo reguliše i Povelja o fundamentalnim pravima u EU iz 2000. godine.<sup>46</sup>

Članom 15, st. 2. i 3 Povelje predviđeno je: „(2) Svaki građanin Unije ima pravo da traži zaposlenje, da radi i koristi pravo na preduzetništvo i pružanje usluga u bilo kojoj zemlji članici. (3) Državljanima trećih zemalja koji imaju radnu dozvolu u nekoj državi članici, imaju pravo na rad pod jednakim uslovima kao i svi građani Unije.“<sup>47</sup>

[www.independent.co.uk/news/world/europe/switzerland-immigration-referendum-result-reduce-water-down-protect-eu-relationship-migrant-a7476801.html](http://www.independent.co.uk/news/world/europe/switzerland-immigration-referendum-result-reduce-water-down-protect-eu-relationship-migrant-a7476801.html)

<sup>42</sup> Vid: Agata Ludera-Ruszel, 168.

<sup>43</sup> Cit. preuzet iz: Meškić, Zlatan; Samardžić, D., *Pravo Evropske unije I*, TDP; GIZ (GmbH); Otvoreni Regionalni Fond za jugoistočnu Evropu – Pravna reforma, Sarajevo, 2012, str. 336. Prema E. Hasanagić, *Utjecaj prakse suda Evropske unije na ostvarivanje slobode kretanja radnika*, Pravni vjesnik, god. 30, br. 2, 2014, str. 308

<sup>44</sup> Vid: E. Hasanagić, 309.

<sup>45</sup> Prvi sporazum je ključan jer direktno uređuje ovo pravo.

<sup>46</sup> Tzv. Povelja iz Nice. Objavljena u: OJ C 364/1, 2000 i ponovo sa sporazumima o EU iz 2010.

<sup>47</sup> Vid: Christophe Vigneau, *Freedom to choose an occupation and right to engage in work (Article 15)*, u *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Ed. Brian Bercusson, European Trade Union Institute (ETUI), Brussels, 2002, str. 29.

Ključne za uređenje ove slobode su odredbe Sporazuma o funkcionisanju EU,<sup>48</sup> koje se nalaze u glavi IV, pod podnaslovom: „Slobodno kretanje ljudi, usluga i kapitala“. Njih ćemo ovde u celini citirati. U poglavlju 1 (Radnici), član 45 (raniji član 39 Sporazuma o EZ), utvrđuje se sledeće: „1. U Uniji se obezbeđuje sloboda kretanja radnika. 2. Sloboda kretanja radnika obuhvata ukidanje svake diskriminacije po osnovu državljanstva između radnika država članica u pogledu zapošljavanja, naknade za rad i drugih uslova rada i zapošljavanja. 3. Ta sloboda podrazumeva pravo, u skladu sa ograničenjima opravdanim razlozima javne politike, javne bezbednosti ili javnog zdravlja: (a) da prihvate ponuđeno zaposlenje; (b) da se u tu svrhu slobodno kreću na teritoriji država članica; c) da borave u nekoj državi članici radi zaposlenja, u skladu sa odredbama zakona i drugih propisa koji uređuju zapošljavanje državljana te države; (d) da nakon prestanka zaposlenja u državi članici ostanu na njenoj teritoriji, u skladu sa uslovima utvrđenim propisima koje će sastaviti Komisija. 4. Odredbe ovog člana ne primenjuju se na zapošljavanje u javnoj službi.“

Član 46 (raniji član 40 Sporazuma o EZ), dalje razrađuje ovo pravo: „Evropski parlament i Savet, odlučujući u skladu sa redovnim zakonodavnim postupkom i nakon savetovanja sa Ekonomsko-socijalnim komitetom, donose direktive ili pravila kojima se utvrđuju mere potrebne za ostvarivanje slobode kretanja radnika iz člana 45, a naročito: (a) obezbeđivanjem tesne saradnje između nacionalnih službi za zapošljavanje; (b) ukidanjem upravnih postupaka i praksi i propisanih rokova za pristup slobodnim radnim mestima, koji proizilaze iz domaćeg zakonodavstva ili iz prethodno zaključenih sporazuma između država članica, čije bi zadržavanje predstavljalo prepreku liberalizaciji kretanja radnika; (c) ukidanjem svih propisanih rokova i drugih ograničenja predviđenih ili domaćim zakonodavstvom ili prethodno zaključenim sporazumima između država članica, koji u pogledu slobodnog izbora zaposlenja radnicima drugih država članica određuju drugačije uslove od onih koji važe za radnike odnosne države; (d) uspostavljanjem odgovarajućih mehanizama za povezivanje ponuda i molbi za zaposlenje i za lakše postizanje ravnoteže između ponude i tražnje na tržištu rada na način da se izbegne ozbiljno ugrožavanje životnog standarda i stope zaposlenosti u različitim regionima i privrednim granama.“

Član 47 (raniji član 41 Sporazuma o EZ) predviđa da države članice, u okviru zajedničkog programa, podstiču razmenu mladih radnika. Član 48 (raniji član 42) reguliše problematiku socijalne sigurnosti: „Evropski parlament i Savet, odlučujući u skladu sa redovnim zakonodavnim postupkom, u oblasti socijalne sigurnosti utvrđuju mere neophodne za ostvarivanje slobode kretanja radnika; u tu svrhu, uspostavljaju sistem koji zaposlenim i samozaposlenim radnicima migranlima i izdržavanim članovima njihovih porodica obezbeđuje: (a) sabiranje svih

---

<sup>48</sup> Ranije je ovu materiju regulisao član 15 i 16 Sporazuma o EZ.



perioda staža koji se uzimaju u obzir u skladu sa zakonima više država, u svrhu sticanja i zadržavanja prava na naknadu i obračunavanje visine naknade; (b) isplatu naknada licima koja imaju prebivalište na teritoriji država članica.“

Prema navedenim odredbama, pravo na slobodno kretanje radnika uključuje: 1) *slobodno kretanje* na teritoriji druge države članice u cilju zapošljavanja i 2) *pravo na ostanak* u toj državi. Ova sloboda obuhvata: a) *pravo prihvatanja stvarno ponuđenog zaposlenja*; b) *pravo slobodnog kretanja* preko teritorija država članica u cilju prihvatanja stvarno ponuđenog zaposlenja; c) *pravo boravka* u državi članici u cilju zapošljavanja (u skladu sa zakonskim i administrativnim propisima kojima su utvrđeni uslovi za zapošljavanje radnika državljana tih država članica); d) *pravo ostanka* na području države članice nakon zapošljavanja.

Navedena prava u okviru slobode kretanja radnika se mogu svesti na dve osnovne grupe: 1) *pravo na prihvatanje stvarno ponuđenog zaposlenja* (obuhvata uslove za zapošljavanje, jednak tretman, obuku u stručnim školama i centrima za obuku i još neka druga prava), i 2) *tzv. imigraciono pravo* (pravo izlaska, pravo ulaska i pravo boravka i ostanka na teritoriji druge države članice).

Pravo na prihvatanje stvarno ponuđenog zaposlenja ostvaruje se kroz određivanje: liberalnih uslova za zapošljavanje, jednak tretman zaposlenih i davanje određenih prava porodici zaposlenog radnika. Prema čl. 3, Pravila o slobodi kretanja radnika iz 2011, godine, ne primenjuju se odredbe zakona i drugih propisa države članice: (a) ako ograničavaju prijave za posao i ponude za posao odnosno pravo stranih državljana na prihvatanje i obavljanje posla ili za njih propisuju uslove koji se ne primenjuju na njihove državljane; ili (b) ako im je, uprkos tome što se primenjuju nezavisno od državljanstva, isključivi ili glavni cilj odnosno efekat da odvрати državljane drugih država članica od ponuđenog posla. To se ne odnosi na uslove koji se odnose na znanje jezika potrebno zbog prirode radnog mesta koje se popunjava. Odredbe i postupci države članice kojima se ograničava sloboda kretanja posebno obuhvataju one koji: (a) propisuju poseban postupak selekcije za strane državljane; (b) ograničavaju oglašavanje slobodnih radnih mesta u štampi ili bilo kojem drugom mediju, ili propisuju različite uslove od onih koji se primenjuju na poslodavce koji posluju na teritoriji te države članice; (c) uslovljavaju pristup zaposlenju upisom u evidenciju kod službe za zapošljavanje ili sprečavaju izbor radnika koji ne borave na teritoriji te države.<sup>49</sup>

Posebno se reguliše i *zabrana diskriminacije*, odnosno polje jednakosti, pošto je upravo to jedna od najučestalijih povreda ove slobode. Zapošljavanje i izbor državljanina jedne države članice na radno mesto u drugoj državi članici ne sme da zavisi od ispunjavanja zdravstvenih, strukovnih ili drugih kriterijuma koji su diskriminišući na osnovu državljanstva u poređenju s onim režimom koji se primenjuje na državljane te države članice koji žele da obavljaju isti rad.<sup>50</sup> Prema čl.

<sup>49</sup> Videti Pravilo o slobodi kretanja iz 2011, čl. 3, st. 2.

<sup>50</sup> Videti Pravilo o slobodi kretanja iz 2011, čl. 6, st. 1.



7. Pravila iz 2011. prema radniku koji je državljanin države članice ne sme se, zbog njegovog državljanstva, u drugoj državi članici postupati drugačije nego što se postupi prema domaćim radnicima kad je reč o uslovima zapošljavanja i rada, a posebno primanjima od rada i otpuštanju te, ako postane nezaposlen, vraćanju na posao ili ponovnom zapošljavanju. Takav radnik uživa jednake socijalne i poreske povlastice kao domaći radnici.<sup>51</sup> On osim toga ima, na osnovu jednakog prava i pod jednakim uslovima kao domaći radnici, pristup osposobljavanju u strukovnim školama i centrima za prekvalifikaciju.

Takođe, radnik koji je državljanin jedne države članice i zaposlen je na području druge države članice uživa sva prava i povlastice koji se domaćim radnicima priznaju u pogledu *stanovanja*, uključujući vlasništvo potrebnog stambenog prostora. Ako je radnikova porodica ostala u zemlji iz koje je on došao, u tu se svrhu smatra da i ona boravi u navedenoj regiji, kada domaći radnici imaju korist od slične pretpostavke.<sup>52</sup>

Imigraciono pravo u okviru slobode kretanja radnika podrazumeva: 1) pravo izlaska, 2) pravo ulaska i 3) pravo boravka i ostanka na teritoriji druge države članice.

Još je Direktivom br. 68/360 propisana obaveza za države članice da radnicima i članovima njihovih porodica omoguće pravo *napuštanja* njihovih teritorija u cilju zapošljavanja, bez uslovljavanja i jedino uz upotrebu važeće lične karte ili pasoša.<sup>53</sup>

Pravo *ulaska* takođe je prvo bilo razrađeno Uputstvom br. 68/360. Prema članu 3 Uputstva, države članice moraju dozvoliti radnicima i članovima njihovih porodica ulazak na njihovu teritoriju jedino uz upotrebu pasoša ili lične karte.<sup>54</sup> Ovo pravo isključuje mogućnost traženja ulazne vize ili sličnog dokumenta, ali se ti dokumenti mogu tražiti od članova porodice koji nisu državljani država članica.<sup>55</sup> Sud smatra da su nacionalni propisi koji zahtevaju od državljana država

---

<sup>51</sup> Videti npr. *Slučaj Schumacker*; Case 279/93 (1995), Finanzamt Köln-Altsdat v. Roland Schumacker, ECR I-225. Radi se o belgijskom državljaninu koji je živeo u Belgiji sa porodicom, ali je radio u Nemačkoj. Njegova zarada je bila oporezovana u Nemačkoj, po propisima za strance. Nisu mu bile priznate poreske olakšice koje važe za domaće obveznike. Sud je našao da nacionalna pravila, koja su izvedena iz razlike zasnovane na boravku i gde su nedržavljeni tretirani manje povoljno nego domaći državljani, mogu da nanesu štetu državljanima drugih država članica, s obzirom da se nedržavljeni tretiraju kao stranci. U ovom slučaju Sud je i usavršio definiciju diskriminacije. Diskriminacija nastaje jedino putem primene različitih pravila na slične situacije, ili primenom istih pravila na različite situacije.

<sup>52</sup> Čl. 9 Pravila o slobodi kretanja.

<sup>53</sup> Vid: G. Obradović, Milan Jevtić, *Značajni aspekti radnog prava Evropske unije*, Friedrich Ebert Stiftung, Beograd, 2008, <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/belgrad/06852.pdf>, str. 16.

<sup>54</sup> Sada ovo pitanje na sličan uređuje pomenuta Direktiva br. 38 iz 2004 o slobodnom kretanju članova porodica. Npr. čl. 4 Direktive glasi: „...svi građani Unije s važećom ličnom kartom ili pasošem te članovi njihovih porodica koji nisu državljani države članice, a imaju važeći pasoš, imaju pravo da napuste područje države članice i putuju u drugu državu članicu“.

<sup>55</sup> Videti čl. 5. Direktive br. 38 iz 2004.

članica da odgovaraju na pitanja o svrsi, vremenu i finansijskim sredstvima vezanim za boravak nespojivi sa Direktivom iz 2004.<sup>56</sup>

Pravo *boravka* podrazumeva pravo neograničenog ostanka na domaćoj teritoriji i predstavlja „centralno“ pravo u principu slobode kretanja lica. Građani Unije imaju pravo boravka na području druge države članice do tri meseca, bez ikakvih uslova i formalnosti, osim da imaju važeću ličnu kartu ili pasoš.<sup>57</sup> Mogu i da borave duže od tri meseca, pod uslovom da su radnici ili samozaposlene osobe u državi članici domaćinu; ili imaju dovoljno sredstava za sebe i članove porodice tako da ne postanu teret za sistem socijalne pomoći države članice domaćina tokom svog boravka, te su sveobuhvatno zdravstveno osigurani u državi članici domaćinu.<sup>58</sup>

Pravo *ostanka* posle zaposlenja primenjuje se na državljane država članica koji treba da rade kao zaposlena lica na teritoriji druge države članice, kao i na članove njihovih porodica. Građani Unije koji više nisu radnici ili samozaposlene osobe zadržavaju položaj radnika ili samozaposlene osobe ako su: (a) privremeno nesposobni za rad zbog bolesti ili nesreće; (b) propisno prijavljeni kao nesvojevoljno nezaposleni nakon što su duže od godinu dana bili zaposleni, te su se prijavili kao tražioci zaposlenja u nadležnoj službi za zapošljavanje; (c) propisno prijavljeni kao nesvojevoljno nezaposleni nakon isteka ugovora o radu na određeno vreme u trajanju kraćem od godinu dana ili tokom prvih dvanaest meseci, te su se prijavili kao tražioci zaposlenja u nadležnoj službi za zapošljavanje (u ovom slučaju položaj radnika se zadržava najmanje šest meseci); (d) krenuli na strukovno osposobljavanje (osim ako su nesvojevoljno nezaposleni; zadržavanje položaja radnika osposobljavanje mora biti povezano sa prethodnim zaposlenjem).<sup>59</sup>

Građanin Unije koji je pet godina neprekidno zakonito boravio u državi članici domaćinu, stiče pravo stalnog boravišta u toj zemlji.<sup>60</sup> Pravo stalnog boravišta u državi članici domaćinu uživaju i pre isteka uzastopnog razdoblja od pet godina boravka: (a) radnici ili samozaposlene osobe koji su u trenutku prestanka rada navršili starosno doba za sticanje prava na starosnu penziju po pravu te države članice ili radnici koji prekinu plaćeno zaposlenje zbog prevremene penzije, pod uslovom da su u toj državi članici radili bar prethodnih dvanaest meseci i neprekidno boravili duže od tri godine;<sup>61</sup> (b) radnici ili samozaposlena lica koji su neprekidno boravili u državi članici domaćinu duže od dve godine te su pre-

<sup>56</sup> Vid: G. Obradović, Milan Jevtić, 8.

<sup>57</sup> Čl. 6, st. 1 i 2 pomenite IZ Direktive (dalje u fusnotama: Direktiva).

<sup>58</sup> Čl. 6, st. 2 Direktive.

<sup>59</sup> Čl. 7, st. 1 i 3 Direktive.

<sup>60</sup> Čl. 16, st. 1 Direktive.

<sup>61</sup> Ako zakonodavstvo države članice domaćina za određene kategorije samozaposlenih lica ne predviđa pravo na starosnu penziju, smatra se da je starosni uslov ispunjen kada ta osoba navršši 60 godina.

stali da rade zbog trajne radne nesposobnosti (ako je nesposobnost posledica povrede na radu ili profesionalne bolesti po kojima te osobe ostvaruju pravo na novčanu pomoć koju u potpunosti ili delom isplaćuje ustanova u državi članici domaćinu, neće se zahtevati ni jedan uslov vezan uz dužinu boravka); (c) radnici ili samozaposlena lica koja nakon tri godine neprekidnog radnog odnosa i boravka u državi članici domaćinu rade kao zaposlene ili samozaposlene osobe u drugoj državi članici, a pritom su zadržali boravište u državi članici domaćinu u koju se u pravilu vraćaju svaki dan ili bar jednom nedeljno. Pored toga, predviđeno je za potrebe ostvarivanja prava iz stava (a) i (b), da se vreme provedeno u radnom odnosu u državi članici u kojoj ta osoba radi uzima kao vreme provedeno u državi članici domaćinu.<sup>62</sup> Bez obzira na državljanstvo, članovi porodice radnika ili samozaposlena lica koja borave s njim na području države članice domaćina, imaju pravo stalnog boravišta u toj državi članici ako je sam radnik ili samozaposlena osoba stekao pravo stalnog boravka u toj državi.<sup>63</sup>

I pored, kao što smo videli, prilično detaljne regulative, pojedini pojmovi su ostali nerazraščeni. To je npr. pojam „radnik“. Ključnu ulogu u određivanju pojma radnika imao je Sud pravde. Kako ne bi bilo neosnovanih ograničenja slobode kretanja radnika (što je bila ispoljena tendencija u praksi), Sud je veoma široko shvatio taj pojam. Osnovno polazište Suda je da se pojam „radnik“ ne sme određivati pozivanjem na nacionalna zakonodavstva, već mora biti određen prema komunitarnom značenju. Sam pojam radnika prema Sudu još nije konačan i dalje se izgrađuje, pošto su se u međuvremenu pojavile i nove forme rada.<sup>64</sup> Prema stavovima Suda, zaštićeni radnik nije jedino onaj koji je trenutno zaposlen, odnosno njegovo je značenje čak i šire od pojma „zaposleni“. U kategoriju radnika prema praksi Suda pravde spadaju: *stalni zaposleni, privremeni radnici, pogranični radnici, lica koja traže zaposlenje, lica koja su ostala bez posla, privremeno nesposobna lica, stalno nesposobna i penzionisana lica*.

Sud je istakao i da je suštinska odluka radnog odnosa da je: 1) lice neko vreme obavljalo usluge za i pod upravom druge osobe (rad za drugoga i subordinacija) i 2) da posao predstavlja ekonomsku aktivnost (te da je lice zauzvrat dobijalo naknadu).<sup>65</sup> Nije presudna forma tj. ugovor o radu. Nije neophodno ni da posao bude prethodno zagarantovan, da bi potpadao pod slobodu kretanja radnika (npr.

---

<sup>62</sup> Razdoblja u kojima je osoba bila nesvojevoljno nezaposlena a koja su propisno evidentirana u nadležnoj službi za zapošljavanje, razdoblja izostanka s rada za koje to lice ne odgovara, te izostanak sa rada ili prekid rada zbog bolesti ili nesreće, smatraju se razdobljima zaposlenosti. Čl. 17, st. 1 Direktive.

<sup>63</sup> Čl. 17, st. 3 Direktive.

<sup>64</sup> Vid: A. C. Neal, 63.

<sup>65</sup> Videti slučaj: *Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg, Judgment of the Court of 3 July 1986, Case 66/85*. Još neke odluke kojima se definiše pojam radnika videti u: Petar Bačić, Ivan Sarić, 33 i G. Obradović, Milan Jevtić, 15.

rad na poziv).<sup>66</sup> Sud je izrazio shvatanje da neko, da bi se smatrao radnikom, mora obavljati korisne i prave aktivnosti, sa izuzetkom aktivnosti malog obima i potpuno marginalnih i pomoćnih poslova.<sup>67</sup> Zauzet je i stav da se pojam radnika mora tumačiti široko, te da ne mogu biti isključeni oni radnici koji ne rade puno radno vreme, već na primer 12 časova nedeljno ili zato što ne zarađuju dovoljno. Takođe, u pojam radnika ulaze i sportisti.<sup>68</sup> Sud je istakao i da odredbe sporazuma o slobodi kretanja radnika nemaju samo „vertikalni“ direktni efekat (prema državi), već i „horizontalni“ (prema privatnim subjektima). U tom smislu u slučaju Bosman sud navodi: „zabrana svake diskriminacije ne odnosi se samo na postupke javnih vlasti, već se takođe proteže i na ulogu bilo kog drugog subjekta koji određuje pravila kolektivnog ponašanja u obavljanju unosnog posla ili pružanja usluga.“ Sud je zauzeo stav i da odredbe Ugovora koje se odnose na slobodu kretanja lica imaju za cilj da olakšaju sve vrste profesionalnih aktivnosti na celoj teritoriji Zajednice, kao i da spreče mere koje mogu da naškode građanima Zajednice kada oni žele da se bave ekonomskim aktivnostima u drugoj državi članici.<sup>69</sup>

#### 4) IZUZECI I OGRANIČENJA

Pomenutim članom 45 (st. 3 i 4). Sporazuma o funkcionisanju EU, predviđeno je da se odredbe o slobodi kretanja radnika ne primenjuju na zapošljavanje u javnoj službi. Istim članom dozvoljena su i *ograničenja opravdana razlozima javne politike, javne bezbednosti ili javnog zdravlja*. Takođe, prema čl. 27 pomenute Direktive iz 2004. godine, države članice imaju pravo da ograniče slobodu kretanja i boravka građanima Unije (radnicima) i članovima njihovih porodica, bez obzira na njihovo državljanstvo, u svrhu zaštite javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja. Na ove razloge ne može se pozivati u privredne svrhe.

Mere preduzete zbog javnog poretka ili javne sigurnosti moraju da budu u skladu su s načelom proporcionalnosti i da se temelje isključivo na ličnom ponašanju pojedinca. Tako npr. postojanje ranije krivične osude samo po sebi ne predstavlja razlog za poduzimanje takvih mera. Lično ponašanje dotičnog pojedinca mora da predstavlja stvarnu, trenutnu i značajnu opasnost koja ugrožava neki temeljni interes društva. Neprihvatljivi su razlozi koji nisu usko povezani s pojedinim slučajem ili se odnose na opštu prevenciju.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Takav stav Sud je izrazio u slučaju *Raulin v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, od 26. februara 1992, C-357/89.

<sup>67</sup> Slučaj *Kempf v. Staatssecretaris van Justitie*, Case C-357/89.

<sup>68</sup> S Slučaj *Walrave & Koch i Bosman*, Case 415/93 *Union Royal Belge des Sociétés de Football Association ASBL & others v. Jean-Marc Bosman* (1995), ECR I-4921.

<sup>69</sup> Navedeno u gornjem pasusu je izraženo u pomenutom slučaju Bosman.

<sup>70</sup> Vid: čl. 27 Direktive.

Sud pravde dosta se bavio i ovom problematikom. Neki od zaključaka Suda su: da mere zasnovane na razlozima javne politike ili javne bezbednosti moraju biti utemeljene isključivo na ličnom ponašanju svake pojedinačne osobe; da je izuzetak ili ograničenje u pogledu putovanja unutar državnih granica moguć jedino ako držanje ili ponašanje osobe predstavlja pravu i ozbiljnu pretnju po javnu politiku. Izložen je i stav Suda da se izuzeci od slobodnog kretanja lica moraju shvatati ograničeno. Sud je smatrao i da aktivnosti moraju biti dovoljno štetne po društvo da bi predstavljale ozbiljnu pretnju zahtevima javne politike koji utiču na jedan od osnovnih interesa društva.<sup>71</sup> Upućena je i jasna poruka nacionalnim sudovima da se ne mogu olako pozivati na izuzetke. Naime, veliki broj povreda navedene slobode bio je povezan sa mogućnostima restrikcija koje se odnose na javnu upravu. Problem je što su države suviše široko shvatale pojam javne uprave, neosnovano isključujući veliki broj radnika iz slobode kretanja. Sud je jasno stavio do znanja da neće dozvoljavati takvu praksu, niti maliciozno tumačenje pojma „javna uprava“, da bi se eliminisali strani radnici. Takav stav je zauzela veoma rano i sama Unija (još u jednom pravilu iz 1961. godine – br. 15/61 EEZ; kao i Pravilu br. 38/64 EEZ).<sup>72</sup>

Kao što smo ranije naveli, u ograničenja spadaju i *tranzicioni sporazumi*. Iako se smatra da oni služe samo za zaštitu starih (razvijenih) članica Unije, ističe se da ove klazule služe i zaštiti novih članica, od odliva kvalitetne radne snage.<sup>73</sup> Primena ovih sporazuma znači i da stare članice Unije neće primenjivati prema novim članicama oštrij režim od onog kakav su imale u trenutku potpisivanja ugovora o pristupanju EU. Kao što smo rekli, tranzicionim sporazumima dozvoljava se derogacija principa slobodnog kretanja radnika za maksimalni period od sedam godina. Taj period se deli u tri faze, u kojima obično postepeno se smanjuje ograničenja (tzv. formula 2+3+2).<sup>74</sup>

## 5) ZAKLJUČAK

Slobodno kretanje radnika pokazuje svu slojevitost i složenost modernog radnog prava, a ujedno i njegovu delikatnost u primeni. Ova sloboda danas zahteva prefinjeno balansiranje između ljudskih prava i ekonomske efikasnosti, odnosno pretpostavlja kompromis između socijalne i ekonomske politike. U jednom

---

<sup>71</sup> Vid: *Slučaj Van Duyn v. Home Office, Case 41/74, Van Duyn v. Home Office, (1974), ECR 1337; Slučaj Rutili, Case 36/75, Rutili v. Minister for the Interior (1975), ECR 1219.*

<sup>72</sup> Videti više o ovome i sudskoj praksi: Algis Junevicius, *Free Movement of Workers in the European Union: the Exemption of Employment in the Public Service*, European integration studies, 2012. No 6, str. 202.

<sup>73</sup> D. Kraleva, 3.

<sup>74</sup> Vid: D. Kraleva, 9.

periodu ova sloboda (kasnije i pravo), postaje svojevrsni balast Uniji, naročito razvijenim zemljama članicama, koji pretilo da ugrozi i samu Uniju. Istorijski razvoj ovog prava pokazao je ipak da ono, kao i svako drugo subjektivno pravo, mora da bude izbalansirano i podložno ograničenjima. Zato bi trebalo da se rekoncipira i prilagodi novim okolnostima. Tek tada bi mogla da ima do kraja pozitivnu ulogu, usklađenu i sa ostale tri slobode u Uniji.

Senad R. Jašarević, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs

## **Freedom of Movement of Workers in the EU in New International Circumstances**

**Abstract:** *The freedom of movement of labor is one of the four basic freedoms on which the European Union rests. Over time, it has become fundamental right of EU citizens. This freedom represents today one of the most controversial solutions in EU law. From a positive idea, it has become a threat to the very existence of the Union itself. The freedom of movement of workers, once considered as the most effective characteristic of the EU, became a ballast because of the danger of massive movement of labor from the poorer parts of the Union to the richer. This seriously threatens this concept. It might need to be reconfigured and adapted to new circumstances.*

**Keywords:** *European Union, freedom of movement of workers, worker, labor relations.*

Datum prijema rada: 24.11.2017.



*Dr Snežana S. Brkić, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
S.Brkić@pf.uns.ac.rs*

## TEZE O PROCESNIM FUNKCIJAMA U KRIVIČNOM POSTUPKU<sup>1</sup>

**Sažetak:** *U fokusu ovog rada jesu razmatranja o procesnim funkcijama u krivičnom postupku. Autor najpre daje pregled vladajućih shvatanja o ovom pitanju i konstatuje da se teorija krivičnog procesnog prava nije dovoljno bavila opštom problematikom krivičnoprocesnih funkcija. Nakon opšteg određenja funkcije, daje se pojmovno određenje krivičnoprocesnih funkcija i zaključuje da nije osnovano praviti razliku između osnovnih i sporednih procesnih funkcija. Na kraju rada navode se razlozi zbog kojih postoji potreba za teorijskom obradom krivičnoprocesnih funkcija.*

**Ključne reči:** *procesne funkcije, krivični postupak, procesni subjekti.*

### 1. PREGLED VLADAJUĆIH SHVATANJA O PROCESNIM FUNKCIJAMA

Teorija krivičnog procesnog prava do sada nije pokazivala veliko zanimanje za opštu problematiku procesnih funkcija u krivičnom postupku. U udžbeničkoj literaturi najčešće se pominju osnovne krivičnoprocesne funkcije (optužbe, odbrane i suđenja), po pravilu bez njihovog prethodnog definisanja. Neki autori govore o principu odeljenosti krivičnoprocesnih funkcija koji u najvećoj mogućoj meri čuva jedinstvo ličnosti i akcije svakog krivičnoprocesnog subjekta i tako omogućava njegovo najbolje angažovanje u radu.<sup>2</sup> Međutim, odavno je primećeno da razdeljenost tri osnovne krivičnoprocesne funkcije nije neizbežna i da to potvrđuje istorijski razvoj krivičnog postupka.<sup>3</sup> Tako su, npr., u inkvizitorskom krivičnom postupku sve tri osnovne procesne funkcije bile sjedinjenje u rukama

---

<sup>1</sup> Rad je nastao u okviru projekta koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“.

<sup>2</sup> Dragoljub V. Dimitrijević, *Krivično procesno pravo, osmo dopunjeno izdanje*, Beograd 1982, 81.

<sup>3</sup> Tako, Toma Živanović, *Osnovni problemi građanskog i krivičnog procesnog prava (postupka)* 2, Beograd 1941, 138.

jednog organa – suda. Nasuprot tome, u akuzatorskom i mešovitom tipu krivičnog postupka osnovne procesne funkcije su raspodeljene između tri odvojena osnovna procesna subjekta: tužioca, suda i okrivljenog.<sup>4</sup> Često se o odvojenim osnovnim krivičnoprocesnim funkcijama govori i u kontekstu načela akuzatornosti ili optužbe,<sup>5</sup> koje karakteriše savremena procesna prava.

Neki drugi autori pišu o načelu monofunkcionalnosti u smislu zabrane sticaja različitih krivičnoprocesnih funkcija u rukama jednog subjekta.<sup>6</sup> U pravnom smislu ta zabrana se izražava kroz ustanovu izuzeća. Ovde vidimo da ovi autori ne misle samo na osnovne krivičnoprocesne funkcije, već i na neke druge perifernije funkcije, kao što su npr., funkcija svedoka i veštaka, koja se ne može kumulirati sa funkcijom sudije.<sup>7</sup>

Neki autori pokušavaju da odrede pojam osnovnih procesnih subjekata preko osnovnih procesnih funkcija. Tako, npr., Toma Živanović ističe da „*samo sud, tužilac i tuženi* a ne i *ostali sudelovači* raspolažu po *sopstvenoj odluci* svojim procesnim *radnjama* (presuđivanjem, gonjenjem i odbranom), tzv. glavnim delatnostima ili funkcijama postupka, „formama i sredstvima“ istog, t.j. mogu iz svoje *sopstvene* odluke izvršiti ih ili ih ne izvršiti, iako s raznim ograničenjima.“<sup>8</sup> I neki savremeni autori preko osnovnih ili glavnih krivičnoprocesnih funkcija dolaze do pojma osnovnih procesnih subjekata, odnosno do pojma stranaka.<sup>9</sup>

Takođe, treba napomenuti da neki autori pored osnovnih procesnih funkcija, spominju i sporedne procesne funkcije.<sup>10</sup> Njihovi nosioci su sporedni procesni subjekti, čiji primarni cilj nije ostvarivanje krivičnoprocesnog zadatka, ali koji svojom ulogom mogu doprineti njegovom ostvarivanju.

## 2. OPŠTA ODREĐENJA FUNKCIJE

Izraz funkcija je latinskog porekla<sup>11</sup> i u najopštijem smislu označava rad, radnju, poziv, službu, službovanje, vršenje neke dužnosti; dužnost; zadatak.<sup>12</sup> U biolo-

<sup>4</sup> Tako, npr. Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd 1981, 19; Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2011, 70.

<sup>5</sup> M. Škulić, 55; Stanko Bejatović, *Krivično procesno pravo – prema Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine*, Beograd 2016, 99.

<sup>6</sup> Zagorka Jekić, Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Istočno Sarajevo 2005, 37; S. Bejatović, 129.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> T. Živanović, 141.

<sup>9</sup> Tako, S. Bejatović, 126; V. Đurđić, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Niš 2014, 89, 93; Saša Knežević, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Niš, 2015, 103; Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2014, 90.

<sup>10</sup> S. Bejatović, 125; V. Đurđić, 89; S. Knežević, 103;

<sup>11</sup> Latinska imenica *functio*, *onis* znači obavljanje, vršenje (Jovan D. Čolić, *Rečnik latinsko-srpsko-hrvatski*, Beograd 1991, 200).

<sup>12</sup> Milan Vujaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd 1980, 984.

giji funkcijom se označava rad koji obavlja neki organ. U matematici funkcija je promenljiva veličina koja zavisi od neke druge veličine, zavisnost, odnos. Za jednu veličinu kaže se da je funkcija druge veličine kad za svaku posebnu vrednost jedne postoji odgovarajuća vrednost ili niz odgovarajućih vrednosti druge.<sup>13</sup>

Konceptualni okvir svake, pa i procesne funkcije treba tražiti na relaciji celina – deo. Tako možemo naći sledeća određenja funkcije:

a) razbijanje jednog celovitog zadatka na delove, uže podzadatke, koje se dešava u kontekstu podele rada;<sup>14</sup>

b) ponovljeno izvršavanje radnje koju karakteriše vrsta njenog značaja za cilj koji ujedinjuje radnje ostalih učesnika nekog kolektiva;<sup>15</sup>

v) izvesna uloga koju vrši dati element unutar sopstvenog sistema;<sup>16</sup>

g) ukupno dejstvo jednog elementa u celini kojoj pripada, a na osnovu zavisnosti između tog elementa i date celine.<sup>17</sup>

### 3. POJMOVNO ODREĐENJE PROCESNIH FUNKCIJA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Nama su navedena opšta određenja funkcije poslužila kao inspiracija za definisanje procesnih funkcija u krivičnom postupku. To, pre svega, znači da krivični postupak treba posmatrati kao jedan sistem.<sup>18</sup> Svaki sistem se nalazi u neprestanom kretanju i menjanju radi ostvarenja nekog cilja u odnosu na njegovo okruženje. Svaki element tog sistema ima odgovarajuću ulogu kojom se doprinosi ostvarenju cilja celog sistema. Između pojedinih elemenata datog sistema postoji odnos zavisnosti. Takav odnos postoji i između nekog elementa i sistema kao celine. Svaki sistem ima svoj *input* (ulaz) i *output* (izlaz).

Glavni elementi sistema krivičnog postupka su određeni procesni subjekti i njima odgovarajuće procesne funkcije koje se razvijaju povodom određenog objekta (krivičnopravne stvari). *Input* sistema krivičnog postupka predstavlja određen stepen sumnje da je učinjeno krivično delo. *Output* tog sistema predstavlja odgovarajuća sudska odluka kojom se rešava krivičnopravna stvar. To bi, po mogućnosti, trebalo da bude meritorna presuda, kao kruna krivičnog postupka. Međutim,

<sup>13</sup> M. Vujaklija, 984.

<sup>14</sup> Eugen Pusić, *Nauka o upravi*, Zagreb 1989, 154.

<sup>15</sup> Tadeuš Kotarbinjski, *Traktat o dobrom delanju*, Beograd 1964, 105.

<sup>16</sup> Stevan Vračar, *Socijalna sadržina funkcije državnopravnog poretka*, Beograd 1965, 96.

<sup>17</sup> D. Vukčević, „Funkcija prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Titogradu* 6-7-/1981, 104.

<sup>18</sup> Izraz sistemski pristup počeo se upotrebljavati u sociologiji šezdesetih godina, u smislu rastavljanja neke celine na elemente i proučavanja njihovih funkcija u međusobnoj povezanosti i uticaju. Po nekima, sadašnju metodološku etapu u razvoju naučne misli karakteriše upravo tzv. sistemsko mišljenje, za razliku od dve prethodne etape koje su počivale na metodu opservacije i analize (C. West Churhman, *Sistemski pristup*, Zagreb 1986, 8-9).

i kad se krivični postupak ne završi na taj način, on ispunjava svoju svrhu. Svaka radnja je u načelu mnogociljna, jer služi bar dvoma ciljevima: daljem, glavnom i bližem, sporednom, čije je postizanje samo sredstvo ka onom glavnom.<sup>19</sup> U tom smislu, krivični postupak nije samom sebi cilj. Njegov neposredan cilj jeste pravilna primena krivičnog materijalnog prava, koja treba da dovede i do ostvarenja konačnog cilja – zaštite društva od kriminaliteta.<sup>20</sup> Kontinuirani tok tog sistema obezbeđuju njegovi elementi. Glavni elementi tog sistema jesu osnovni procesni subjekti koji su nosioci odgovarajućih krivičnoprocesnih funkcija. Tim procesnim subjektima dodajemo atribut „osnovni“, jer se bez njih ne može zasnovati niti teći krivičnoprocesni odnos. Takođe, gubitak (izostanak) jednog od njih (npr., odustanak od optužbe ovlašćenog tužioca ili smrt okrivljenog) dovodi do okončanja krivičnog postupka. U tom smislu mogli bismo reći da su krivičnoprocesne funkcije odgovarajuće noseće uloge koje pripadaju osnovnim procesnim subjektima povodom raspravljanja predmeta krivičnog postupka, bez kojih se ne može zamisliti krivični postupak. U krivičnoprocesnoj literaturi postoji saglasnost oko toga ko su osnovni procesni subjekti i koje su njihove procesne funkcije. Prema Tomi Živanoviću, osnovni procesni subjekat je izvršilac procesne radnje u procesu, koji ima pravo ili i dužnost vršenja takve radnje s procesnim pravom raspolaganja i ovu radnju je voljno izvršio. Prema ovom shvatanju, osnovni kriterijum razlikovanja između osnovnih procesnih subjekata i drugih učesnika u krivičnom postupku je pravo procesnog raspolaganja, bez obzira da li se ono zasniva na pravu ili na dužnosti nekog subjekta. Osnovni procesni subjekti ili procesni subjekti u užem smislu su ovlašćeni tužilac (kome pripada funkcija krivičnog gonjenja), okrivljeni (kome pripada funkcija odbrane) i sud (kome pripada funkcija suđenja).

#### 4. DA LI POSTOJE JOŠ NEKE PROCESNE FUNKCIJE U KRIVIČNOM POSTUPKU?

Pošto se u teoriji krivičnog procesnog prava redovno pominju osnovne procesne funkcije, postavlja se pitanje da li u krivičnom postupku postoje i neke druge procesne funkcije koje nisu osnovne. Već je rečeno da neki autori u tom smislu pominju sporedne procesne funkcije, koje vrše sporedni procesni subjekti. Međutim, u teoriji je sporno ko spada u sporedne procesne subjekte. Neki autori pod sporednim procesnim subjektima podrazumevaju sve ostale učesnike krivičnog postupka, npr. i svedoke i veštake.<sup>21</sup> Naše poimanje sporednih procesnih

---

<sup>19</sup> T. Kotarbinjski, 93.

<sup>20</sup> Tako, T. Vasiljević, 15; M. Grubač, 34; Snežana Brkić, *Krivično procesno pravo I*, Novi Sad 2014, 115-116.

<sup>21</sup> S. Bejatović, 121; Čedomir Stevanović, Vojislav Đurđić, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Niš 2006, 92; Drago Radulović, *Krivično procesno pravo*, Podgorica 2009, 76.

subjekata je uže. Oni nisu nosioci krivičnoprocesnih funkcija i nemaju pravo procesnog raspolaganja. Oni stupaju u tuđ procesnopravni odnos i u njemu imaju određen fond prava i dužnosti. Njihovi interesi su bliski interesima nekog od osnovnih procesnih funkcija. Postoje tri takva sporedna procesna subjekta: 1) oštećeni, koji se javlja na strani javnog tužioca; 2) fizičko ili pravno lice kome treba izreći meru oduzimanja imovinske koristi, koje se javlja na strani okrivljenog i 3) organ starateljstva, koji se javlja na strani suda u maloletničkom postupku.<sup>22</sup> Po našem mišljenju, ni ovako usko shvaćeni sporedni procesni subjekti ne vrše sporedne procesne funkcije. Oni samo potpomažu nosiocima osnovnih procesnih funkcija u granicama svojih prava i dužnosti.

Subjekti pripojenog imovinskopravnog odnosa (lice ovlašćeno da postavi imovinskopravni zahtev i lice prema kome se postavlja imovinskopravni zahtev) nisu nosioci krivičnoprocesnih funkcija, već građanskoprocesnih funkcija.

Ostali učesnici krivičnog postupka su samo nosioci određenih prava i dužnosti, koji se ostvaruju u sklopu vršenja krivičnoprocesnih funkcija osnovnih procesnih subjekata. Tako, npr., svedok je učesnik krivičnog postupka koji je angažovan u sklopu vršenja funkcije suđenja. Iz ovih razmatranja proizlazi da se u krivičnom postupku vrše samo tri krivičnoprocesne funkcije, koje ne treba zvati osnovnim procesnim funkcijama, jer nemaju svoju protivtežu u nekim drugim sporednim i perifernim funkcijama. Obavljanje nekih drugih zadataka u krivičnom postupku od strane ostalih učesnika krivičnog postupka nema karakter vršenja krivičnoprocesnih funkcija, ni osnovnih, ni sporednih.

## 5. ZAŠTO JE POTREBNA TEORIJSKA OBRADA KRIVIČNOPROCESNIH FUNKCIJA?

Iz gornjeg pregleda vidimo da se krivičnoprocesna teorija do sada nije bavila opštom problematikom krivičnoprocesnih funkcija. Najviše što se u tom pogledu nudi je objašnjenje pojedinih vidova procesne funkcije (optužbe, odbrane i suđenja). Međutim, čak ni po tom pitanju u teoriji se ne daju uvek zadovoljavajući odgovori po pitanju sadržajnog određivanja pojedinih krivičnoprocesnih funkcija.

Može se postaviti pitanje zašto nam je potrebna konstrukcija krivičnoprocesnih funkcija, pošto već imamo jedan dinamički element u realističkom pojmu krivičnog postupka – procesnu radnju. Po našem mišljenju, procesne funkcije i procesne radnje nisu ekvivalenti ni u zakonskom, ni u teorijskom smislu. U strukturi procesnih funkcija uočavamo skup odgovarajućih prava i obaveza procesnih subjekata. Procesne radnje su samo pravno-tehnički instrument za realizaciju tih

---

<sup>22</sup> Tako i M. Grubač, 195.

prava i obaveza, a time i samih procesnih funkcija, kao nosećih uloga u krivičnom postupku. U pojmovnoj hijerarhiji na prvom mestu su krivičnoprocesne funkcije, na drugom mestu su prava i obaveze osnovnih procesnih subjekata a na trećem mestu su procesne radnje kojima se realizuju prava i obaveze procesnih subjekata, a time i njima odgovarajuće procesne funkcije. Procesne radnje mogli bismo definisati kao zakonom uređene delatnosti procesnih subjekata koje oni preduzimaju u propisanoj formi na osnovu njihovih prava ili obaveza, u vršenju osnovnih procesnih funkcija, sa ciljem da neposredno utiču na zasnivanje, tok ili okončanje krivičnoprocesnog odnosa.<sup>23</sup>

Procesne radnje se razlikuju od procesnih funkcija svojom brojnošću, raznovrsnošću i svojevrsnom neutralnošću.<sup>24</sup> Tako, npr., istu vrstu procesne radnje mogu da preduzmu različiti procesni subjekti u sklopu njima odgovarajućih procesnih funkcija. Npr., i ovlašćeni tužilac i okrivljeni mogu da izjave pravni lek protiv odluke suda. Kada to radi tužilac, to će biti manifestacija funkcije krivičnog gonjenja, a kada to radi okrivljeni, to će biti izraz vršenja funkcije odbrane. Osim toga, procesne radnje nisu podoban element za razgraničenje osnovnih istorijskih tipova krivičnih postupaka. Kao što se to iz gornjih razmatranja vidi, njihovu distinkciju vršimo upravo preko sagledavanja odnosa između procesnih funkcija i osnovnih procesnih subjekata. Procesne radnje nisu podoban element ni za dinamičko praćenje toka krivičnog postupka. Osnovni procesni subjekti i procesne radnje evoluiraju u razvoju krivičnog postupka, ali krivičnoprocesne funkcije ostaju iste, obeležavajući jedinstvo krivičnoprocesnog odnosa.

Krivičnoprocesne funkcije su podobne i za sagledavanje razlika između krivičnoprocesnog odnosa i drugih sličnih pravnih odnosa:

a) Tako, npr., krivičnoprocesni odnos treba razlikovati od krivičnomaterijalnog pravnog odnosa, koji nastaje izvršenjem krivičnog dela i uspostavlja se između države i učinioca krivičnog dela. Kao nosilac krivičnomaterijalne pravne funkcije, država ima pravo i dužnost da propisuje krivična dela i krivične sankcije. Za razliku od krivičnomaterijalne funkcije koja je jedna, postoje tri krivičnoprocesne funkcije. Krivičnomaterijalna funkcija je primarna, a krivičnoprocesne funkcije su sekundarne. Iako krivičnomaterijalna funkcija ima primat, ona se oživotvoruje tek posredstvom vršenja krivičnoprocesnih funkcija. Ako se ne bi vršile krivičnoprocesne funkcije, krivičnomaterijalna funkcija bi ostala mrtvo slovo na papiru. Tako se ove dve funkcije dopunjuju i međusobno podupiru. Krivičnomaterijalna funkcija je na neki način statična, dok su krivičnoprocesne funkcije dinamičke. Navedene funkcije se razlikuju i po organima preko kojih se vrše. Krivičnomaterijalnu funkciju vrši država preko svog zakonodavnog organa, funkciju krivičnog gonjenja vrši država preko posebnog pravosudno-upravnog organa – javnog (državnog)

---

<sup>23</sup> S. Brkić, 228.

<sup>24</sup> S. Brkić, 227.

tužilaštva a funkciju suđenja preko sudskih organa. Razlika je i u tome što je krivičnomaterijalna funkcija nepodeljena i ne može se prenositi na neke druge organe. Međutim, funkcija krivičnog gonjenja se može preneti i na neka druga fizička ili pravna lica u svojstvu supsidijarnog ili privatnog tužioca. I funkcija suđenja se izuzetno i u unekoliko modifikovanom obliku može prenositi na neke druge organe. Osim toga, funkciju odbrane po pravilu ne vrši državni organ, već neko fizičko lice. Izuzetak od ovog pravila predstavljaju slučajevi tzv. dopunske ili komplementarne odbrane okrivljenog, koju u krivičnom postupku vrše sud i javni tužilac u meri u kojoj utvrđuju ne samo činjenice koje idu na štetu okrivljenog, već i činjenice koje idu u njegovu korist.

b) Krivičnoprocesni odnos treba razlikovati i od pretkrivičnog postupka, koji mu prethodi i omogućava ga. Oni se razlikuju prema svojoj pravnoj prirodi, funkcijama, subjektima a nekad i po uslovima za zasnivanje tih odnosa.<sup>25</sup> Subjekti pretkrivičnog postupka nisu procesni subjekti, već policija, javni tužilac kao rukovodeći organ, osumnjičeni, a nekad i obični građani.<sup>26</sup> U pretkrivičnom postupku se ne vrše procesne funkcije, već neprocesne funkcije otkrivanja, rasvetljavanja i prijavljivanja krivičnih dela i pronalaženja njihovih učinilaca.

v) Krivičnoprocesni odnos treba razlikovati i od diverzionog modela, koji predstavlja alternativnu vansudsku formu postupanja, koja zamenjuje krivični postupak. U ovom modelu takođe učestvuju neprocesni subjekti (javni tužilac, osumnjičeni i organi neformalne socijalne kontrole). U diverzionom modelu se ne vrši nijedna procesna funkcija, već neprocesne funkcije – izmirenje, lečenje, obeštećenje, itd.<sup>27</sup>

Najzad, krivičnoprocesne funkcije mogu predstavljati i jedan od elemenata pravne definicije krivičnog postupka. Krivični postupak je pravni odnos koji nastaje između osnovnih procesnih subjekata (suda i stranaka), povodom zahteva za raspravljanje krivičnopravne stvari, koji pretpostavlja određeni stepen sumnje da je učinjeno krivično delo kao uslov zasnivanja konkretnog odnosa, sastoji se u vršenju krivičnoprocesnih funkcija, s ciljem pravilne primene krivičnomaterijalnog prava, a u krajnjoj liniji radi zaštite društva od kriminaliteta.<sup>28</sup> U prilog ovakve definicije krivičnog postupka govore sledeći razlozi: a) ona je izvedena iz opšte (proširene) definicije pravnog odnosa; b) bitne karakteristike krivičnog

<sup>25</sup> Tako se u našem pravu do primene ZKP iz 2011. godine pravila razlika između osnova sumnje koji su bili dovoljni za preduzimanje radnji u pretkrivičnom postupku i osnovane sumnje, koja je bila potrebna za pokretanje istrage kao prve faze krivičnog postupka. Sada su osnovi sumnje dovoljni i za pokretanje istrage. Više o tome videti kod S. Brkić „Kritički osvrt na uređenje istrage u ZKP Srbije iz 2011. godine”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 2/2015, 564-566.

<sup>26</sup> S. Brkić, 44.

<sup>27</sup> Više o tome videti kod S. Brkić, „Klasifikacija procesnih formi u krivičnom procesnom pravu Srbije”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 3/2010, 292-293.

<sup>28</sup> Ovo je unekoliko modifikovana definicija u odnosu na onu u udžbeniku S. Brkić, 42.



postupka povezujemo sa osnovnim elementima ove definicije (procesni subjekti, predmet krivičnog postupka, uslovi za pokretanje krivičnog postupka, krivično-procesne funkcije i cilj krivičnog postupka); v) na elementima ove definicije krivičnog postupka može se izgraditi i sistematika opšteg dela Krivičnog procesnog prava;<sup>29</sup> g) u njoj su istaknuti elementi po kojima se krivičnoprocesni pravni odnos razlikuje od sličnih pravnih odnosa.

## 6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Teorija krivičnog procesnog prava se do sada nije dovoljno bavila opštom problematikom procesnih funkcija u krivičnom postupku. Međutim, pokazuje se da je opšti pojam krivičnoprocesnih funkcija potreban kao element pravne definicije krivičnog postupka; kao pojam višeg ranga od pojma procesnih radnji; kao jedan od kriterijuma razgraničenja krivičnoprocesnog odnosa od drugih pravnih odnosa; kao kriterijum razgraničenja istorijskih tipova krivičnih postupaka, itd.

Krivičnoprocesne funkcije su odgovarajuće noseće uloge koje pripadaju osnovnim procesnim subjektima povodom raspravljanja predmeta krivičnog postupka, bez kojih se ne može zamisliti krivični postupak. Iako se u teoriji često pominju osnovne procesne funkcije, za to nema dovoljno osnova, jer se iz sistemskog prilaza krivičnom postupku pokazuje da pored njih ne postoje sporedne, niti kakve druge procesne funkcije.

---

<sup>29</sup> Tako je izvedena sistematika udžbenika S. Brkić.

*Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
S.Brkić@pf.uns.ac.rs*

## **Thesis of Procedural Functions in Criminal Proceedings**

**Abstract:** *In the focus of this paper are considerations about procedural functions. The author first gives an overview of the ruling concepts about this issue and notes that the theory of criminal procedural law did not sufficiently address the general problems of criminal procedural functions.*

*The author concludes that is not reasonable to distinguish between basic and secondary criminal procedural functions. There are also the reasons for which there is a need for theoretical processing of criminal procedural functions.*

**Keywords:** *procedural functions, criminal procedure, process entities.*

Datum prijema rada: 04.01.2018.



*Dr Tatjana D. Bugarski, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs*

*Dr Milana M. Pisarić, asistent sa doktoratom  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs*

## UREĐENJE PRAVA NA ODBRANU U PRAVU EVROPSKE UNIJE<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Kako je uzajamno priznavanje odluka u krivičnom postupku, kao osnov međunarodne saradnje u krivičnim stvarima u Evropskoj uniji, nezamislivo bez uzajamnog poverenja između država članica, a uzajamno poverenje je neraskidivo povezano sa uverenjem države da se njeni državljani štite i u drugoj državi članici, u smislu da im se garantuje isti nivo zaštite osnovnih procesnih prava u krivičnom postupku, postalo je jasno, a moguće, nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora o Evropske unije, da je neophodno urediti procesna prava okrivljenog na nadnacionalnom nivou. Pojedina prava okrivljenog u krivičnom postupku, kao elementi prava na odbranu, u pravu Evropske unije uređuju se setom direktiva koje su usvojene s ciljem da se propisivanjem minimalnih pravila ojačaju procesne garancije prava na odbranu.*

**Ključne reči:** *krivični postupak, okrivljeni, pravo na odbranu, pravo Evropske unije.*

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Procesna prava osumnjičenog i okrivljenog (u daljem tekstu: procesna prava okrivljenog)<sup>2</sup> u krivičnom postupku u poslednjih nekoliko godina dobijaju sve

<sup>1</sup> Rad je nastao kao rezultat rada na Projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ u 2017. godini, čiji nosilac je Pravni fakultet u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu

<sup>2</sup> Iako se u relevantnim izvorima prava EU i zvaničnim dokumentima organa EU, kao i literaturi, govori o pravima „osumnjičenog i optuženog“, kako bi se proširio obuhvat ovih prava i

više na značaju u Evropskoj uniji (u daljem tekstu: EU). U članu 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP)<sup>3</sup> i članu 47. Povelje Evropske unije o osnovnim pravima (u daljem u tekstu: Povelja) utkano je pravo na pravično suđenje, a članom 48. stav 2. Povelje jamči se poštovanje prava na odbranu. Iako su sve države članice EU, pa i sama EU<sup>4</sup>, potpisnice EKLJP, kao međunarodnog ugovora kojim se utvrđuju osnovni standardi za zaštitu procesnih prava okrivljenog u krivičnom postupku, sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) i u državama članicama EU nemali je broj slučajeva u kojima se krše prava okrivljenog u krivičnom postupku, kao elementa prava na pravično suđenje iz člana 6. EKLJP. Naime u praksi se pokazalo da usklađenost propisa i postupanja državnih organa država članica u skladu sa EKLJP nije optimalno. Tako je jedna studija iz 2012. pokazala da su države članice kolektivno, kršile članove 5. i 6. EKLJP preko 500 puta u vezi sa krivičnim postupcima u prethodnih pet godina<sup>5</sup>. Prisutni su brojni primeri nepoštovanja osnovnih ljudskih prava okrivljenog u krivičnom postupku – recimo, u pojedinim državama članicama nije obezbeđeno besplatno tumačenje i prevodeње u krivičnom postupku<sup>6</sup>; okrivljenom nije dozvoljen pristup spisima, kako bi mu se omogućilo da na delotvoran način traži preispitivanje odluke o pritvoru u prethodnom postupku<sup>7</sup>; okrivljenom nije omogućeno da u krivičnom postupku ima stručnu pomoć advokata<sup>8</sup>. Razumno je da se pretpostavi da je obim problema u realnosti još i veći, sa mnogim kršenjima koja su neosporena i neotkrivena.

Kako je uzajamno priznavanje odluka u krivičnom postupku, kao osnov međunarodne saradnje u krivičnim stvarima u EU, nezamislivo bez uzajamnog poverenja između država članica, a uzajamno poverenje je neraskidivo povezano

---

na lica protiv kojih se preduzimaju određene radnje i pre početka krivičnog postupka, opredelili smo se za termin „okrivljeni“, jer je u domaćoj krivičnoprocesnoj teoriji, „okrivljeni“ zajednički naziv i za osumnjičenog i za okrivljenog u užem smislu i za optuženog.

<sup>3</sup> The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf).

<sup>4</sup> Evropska unija, kao međunarodna organizacija, pristupila je Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, kao 48. potpisnica. Pristupanje je bilo predviđeno kao obaveza za Uniju Lisabonskim ugovorom, koji je stupio na snagu 1.12.2009. godine. Pristupanjem Konvenciji, državljani EU su stekli pravo da se obrate Evropskom sudu za ljudska prava ukoliko smatraju da su njihova prava garantovana EKLJP povređena aktima organa i institucija EU. Više o tome, vid. [http://www.echr.coe.int/Documents/UE\\_FAQ\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/UE_FAQ_ENG.pdf).

<sup>5</sup> Fair Trials International, *Defence Rights in the EU*, 2012, str. 16. i druga istraživnja pokazuju da je sistem zaštite procesnih prava okrivljenog pred ESLJP ograničenog dometa. Vid. L. Van Puyenbroeck, G. Vermeulen, „Towards minimum procedural guarantees for the defence in criminal proceedings in the EU“, *The International and Comparative Law Quarterly journal*, 60/2011, str. 1017 – 1038; M. Morgan, „Are article 6 ECHR and ECtHR enough to protect defence rights?“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2/2007, str. 27 – 35.

<sup>6</sup> ECtHR *Hovanessian v. Bulgaria* App. No 31814/03 (Judgment of 21 December 2010).

<sup>7</sup> ECtHR *Igna v. Romania* App. No 21249/05 (Judgment of 26 November 2013).

<sup>8</sup> ECtHR *Martin v. Estonia* App. No 35985/09 (Judgment of 30 May 2013).

sa uverenjem države da se njeni državljani štite i u drugoj državi članici, u smislu da im se garantuje isti nivo zaštite osnovnih procesnih prava u krivičnom postupku, postalo je jasno da je neophodno urediti prava okrivljenog na nadnacionalnom nivou, naročito nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora o EU<sup>9</sup>. Bilo je, dakle, potrebno da se stvore uslovi za povećanje poverenja između država članica radi omogućavanja uzajamnog priznavanja odluka u vezi sa međunarodnom saradnjom u krivičnim stvarima. Od 2009. godine usvojeno je nekoliko propisa sa ciljem da se utvrde minimalna pravila o pojedinim procesnim pravima, a polazeći od standarda koje je ESLJP u svojoj praksi utvrdio u pogledu procesnih prava okrivljenog.

## 2. RAZVOJ IDEJE O UREĐENJU PRAVA OKRIVLJENOG U KRIVIČNOM POSTUPKU U EVROPSKOJ UNIJI

Različita zakonska rešenja i praksa postupanja u različitim državama članicama EU ometali su međusobno poverenje – princip koji je predviđen „Zaključcima iz Tamperea“ 1999. godine kao osnov saradnje u krivičnim stvarima. Tada je zaključeno da uzajamno priznavanje treba da postane kamen temeljac pravosudne saradnje, i naglašeno je da će *međusobno priznavanje i neophodno približavanje zakonodavstva olakšati i poboljšati sudsku zaštitu individualnih prava*<sup>10</sup>. Zbog toga je dato ovlašćenje Savetu EU i Evropskoj komisiji da preduzmu potrebne mere radi učvršćivanja principa uzajamnog priznavanja odluka u krivičnim stvarima, uz poštovanje osnovnih pravnih principa članica država (a naročito osnovnih ljudskih prava)<sup>11</sup>. U Saopštenju Komisije Savetu EU i Evropskom parlamentu 2000. godine „Međusobno priznavanje pravosnažnih odluka u krivičnim stvarima“ navedeno je da se mora obezbediti ne samo da postupanje prema okrivljenom i prava odbrane ne budu umanjene i obezvređene kroz primenu principa [uzajamnog priznavanja], nego i *da se mere zaštite ovih prava moraju poboljšati*

<sup>9</sup> Od stupanja na snagu Lisabonskog ugovora i pitanja iz oblasti nekadašnjeg Trećeg stuba mogu se uređivati donošenjem direktiva, koje su obavezujuće za države članice u pogledu rezultata koje treba postići, dok je oblik i način postizanja tih rezultata prepušten državama. Direktive su države dužne da prenesu u nacionalno pravo do određenog roka. Vid. član 288. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – Protocols – Annexes – Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 (*Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390*) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>.

<sup>10</sup> Tampere European Council 15 and 16 October 1999 Presidency Conclusions, [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm), Zaključak 33.

<sup>11</sup> Op. cit, Zaključak 37.

*i kroz pravila krivičnog postupka*<sup>12</sup>. Kao posledica tog stava, usvojen je „Program mera za sprovođenje načela međusobnog priznavanja odluka u krivičnim stvarima“, u kom je navedeno da *međusobno priznavanje u velikoj meri zavisi od određenih parametara koji određuju njegovu efikasnost, među kojim su i mehanizmi zaštite prava osumnjičenih i okrivljenih lica*. Zbog toga je bilo potrebno da se preduzmu koraci ka zaštiti procesnih prava okrivljenog na nivou EU. Da bi se, dakle, doprinelo unapređenju saradnje u krivičnim stvarima, Evropska komisija je 2003. godine usvojila „Zelenu knjigu o procesnoj zaštiti osumnjičenih i optuženih u krivičnom postupku širom EU“<sup>13</sup>. Komisija je jasno istakla stav da u ovoj oblasti *samo delovanje na nivou EU može biti efikasno, u smislu obezbeđivanja zajedničkih minimalnih standarda zaštite procesnih prava okrivljenog koje bi države članice bile dužne da na nacionalnom nivou obezbede i ispoštuju*. U „Haškom programu“ iz 2004. godine je još jasnije izražena potreba da se, u cilju ostvarenja principa uzajamnog priznavanja odluka kao temelja međusobne pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, *razviju ekvivalnetni standardi za procesna prava u krivičnom postupku, na osnovu istraživanja postojećeg stepena i mehanizama zaštite ovih prava* u državama članicama, a poštujući njihovu pravnu tradiciju<sup>14</sup>. Iste godine, Savet EU je uputio Predlog „Okvirne odluke o određenim prošenim pravima u krivičnom postupku širom Evropske unije“<sup>15</sup>, sa ciljem da se definišu zajednički minimalni standardi u pogledu određenih procesnih prava u krivičnim postupcima. Predlog je sadržao *pet procesnih prava okrivljenog (kao elemenata prava na odbranu) u pogledu kojih je potrebno postići približavanja nacionalnih zakonodavstava radi jačanja uzajamnog poverenja*, i to: pravo na pravni savet, uključujući pravo na pravnu pomoć; pravo na tumačenje i prevođenje u vezi sa krivičnim postupkom; posebna prava za lica koja imaju poteškoće da prate tok krivičnog postupka; pravo na komuniciranje sa pravnim zastupnikom i njegovu pomoć, i pravo na obaveštavanje okrivljenog o njegovim pravima i razlozima koji stoje protiv njega. Razlog zašto se u *početnoj fazi određivanja minimalnih standarda za zaštitu prava okrivljenog pošlo od ovih prava* ogleđa se u tome što su to *prava od posebnog značaja u kontekstu međusobnog priznavanja, jer imaju ele-*

---

<sup>12</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament „Mutual Recognition of Final Decisions in Criminal Matters“ (COM(2000) 495 final, 29.7.2000), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0495:FIN:EN:PDF>.

<sup>13</sup> Green Paper from the Commission – Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings throughout the European Union /\* COM/2003/0075 final /, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003DC0075&from=en>.

<sup>14</sup> The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union (2005/C 53/01), [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303(01)&from=EN).

<sup>15</sup> Proposal for a Council Framework Decision on Certain Procedural Rights in Criminal Proceedings throughout the European Union 2004, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004PC0328&from=HR..>



*ment prekograničnosti*, koji nije karakteristika drugih elemenata prava na pravično suđenje. Naime, okrivljenom, koji je strani državljanin, potreban je prevodilac, i manje je verovatno da je upoznat sa njegovim pravima u zemlji hapšenja, pa će mu obaveštavanje na svom jeziku o njegovima pravima pomoći. Osim toga, okrivljeni je u boljem položaju ako ima branioca i verovatnije je da će se njegova druga prava poštovati, jer ima za pomoć nekoga ko poznaje pravne propise i može potvrditi da se u skladu sa njima i postupuje. Ipak, ove ideje iz Predloga Okvirne odluke nisu dobile u tom momentu odgovarajuću političku podršku i Okvirna odluka nije usvojena, a nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona je povučena iz procedure usvajanja.

Komisija je u cilju stvaranja prostora pravde u EU zasnovanog na uzajamnom priznavanju odluka i uzajamnom poverenju između država članica dobila u „Štokholmskom programu“ 2009. godine<sup>16</sup> politički mandat da iznese *predloge za jačanje procesnih prava okrivljenih u krivičnom postupku, a radi obezbeđenja prava na pravično suđenje*. Naime, da bi postojalo međusobno poverenje radi uzajamnog priznavanja odluka u vezi sa krivičnim postupkom između država članica, potrebno je da se u njima obezbedi jednak, odnosno približno isti nivo garancije prvenstveno prava na odbranu u krivičnom postupku i mehanizam njihove primene i zaštite. Da bi se stvorili potrebni standarde za zaštitu minimalnih prava i osnove za uzajamno poverenje, 2009. godine usvojene su „Smernice o procesnim pravima okrivljenog“<sup>17</sup>, kojima se predviđa preduzimanje određenih zakonodavnih mera, korak po korak, a u pogledu sledećih prava:

1. prava okrivljenog na tumačenje i prevođenje (mera A);
2. prava okrivljenog na obaveštavanje o njegovim pravima i optužbama protiv njega (mera B);
3. prava okrivljenog na pravni savet i na pravnu pomoć (mera C);
4. prava pritvorenog lica da komunicira sa porodicom, poslodavcem i konzularnim predstavništvom (mera D);
5. posebnih prava osetljivih kategorija okrivljenih lica (mera E).

Cilj Smernica je da se *razjasne i ojačaju standardi za zaštitu prava utvrđeni u EKLJP i potvrđeni u praksi ESLJP i da se predvidi njihova obavezna primena u državama članicama*. Shodno tome, postale su sastavni deo Štokholmskog programa, a njihova realizacija postavljena je i kao jedan od strateških ciljeva u agendi EU za period 2015-2019<sup>18</sup>. Na osnovu Smernica, koje predviđaju postepen

<sup>16</sup> The Stockholm Programme – an Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens (2010/C 115/01), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:en:PDF>.

<sup>17</sup> Resolution of the Council of 30 November 2009 on a Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings (2009/C 295/01), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:295:0001:0003:en:PDF>.

<sup>18</sup> European Council Conclusions of 26/27 June 2015 (EUCO 79/14), [https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ec/143478.pdf](https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/143478.pdf)

pristup stvaranju i unapređenju kataloga procesnih prava okrivljenog u krivičnom postupku, u Evropskoj uniji je učinjeno dosta toga na jačanju elemenata prava na pravično suđenje.

### 3. STANDARDI ZA ZAŠTITU PRAVA OKRIVLJENOG U PRAKSI ESLJP

Usvajanje Smernica o procesnim pravima okrivljenog je bila prilika da se započne sa sistemastkim radom na povećanju usaglašenosti propisa država članica sa standardima za zaštitu prava okrivljenog utvrđenim u praksi ESLJP<sup>19</sup>.

#### 3.1. Prava okrivljenog na tumačenje i prevođenje

Pravo na tumačenje i prevođenje za okrivljenog koji ne govori ili ne razume jezik postupka predviđeno je u članu 6. EKLJP, a tumačeno u sudskoj praksi ESLJP. Okrivljeni koji ne razumeju jezik postupka su u nezavidnom položaju i naročito su ranjivi, bez obzira na okolnosti konkretnog slučaja. Pravo na besplatno tumačenje, odnosno prevođenje izvodi se i člana 5. stav 2. i člana 6. stav 3. EKLJP i utvrđeno je u praksi ESLJP<sup>20</sup>. Oba člana (član 5. stav 2. i član 6. stav 3. EKLJP) ukazuju na važnost pružanja obaveštenja okrivljenom na jeziku koji razume u kombinaciji s pravom na besplatan prevod i tumačenje<sup>21</sup>.

Iako je dužnost da se obezbedi odgovarajuće prevođenje na sudu, jer je on zaštitinik pravičnosti postupka<sup>22</sup>, ovo pravo proteže se na sve faze krivičnog postupka (pa i pretkrivičnog postupka), što znači da države treba da obezbede ostvarenje ovog prava u što ranijem procesnom momentu, od trenutka kada se za tim ukaže potreba. Činjenica da prvom saslušanju okrivljenog u policiji nije prisustvovao prevodilac upisan u registar ovlašćenih prevodilaca ne kompromituje pravo na pravično suđenje, konkretno pravo na prevođenje, ukoliko je prevođenje u konkretnom slučaju odgovarajuće po kvalitetu i obimu<sup>23</sup>.

Pravo na besplatan prevod isprava ne pominje se eksplicitno u članu 6. EKLJP, ali je ustanovljeno u praksi ESLJP. Pravo na besplatnu pomoć prevodioca ne odnosi se samo na usmene izjave na suđenju, već i na pisane materijale i na pretpretresni postupak. Okrivljeni koje ne može da razume ili govori jezik koji se koristi u postupku ima pravo na besplatnu pomoć prevodioca za prevođenje i/ ili

---

<sup>19</sup> A. Tinsley, „Protecting Criminal Defense Rights through EU Law: Opportunities and Challenges“, *New Journal of European Criminal Law* 4/2013, str. 468.

<sup>20</sup> ECtHR 28 November 1978, Luedicke, Belkacem and Koç (A 29).

<sup>21</sup> ECtHR 28 November 1978, Luedicke (No. 6210/73).

<sup>22</sup> ECtHR 24 September 2002, Cuscani (No. 32771/96); ECtHR 18 October 2006, Hermi (No. 18114/02).

<sup>23</sup> ECtHR 19 December 1989, Kamasinski (A 168).

tumačenje svih dokumenata ili izjava u postupku koji je pokrenut protiv njega, što je neophodno da bi on nešto razumeo ili učinio određene radnje na jeziku na kom se postupak vodi, a kako bi takav postupak zadovoljio zahteve pravičnog suđenja<sup>24</sup>. Član 6. EKLJP sadrži zahtev da se okrivljenom obezbedi odgovarajuća pomoć prilikom saslušanja, ukoliko je oštećenje njegovog sluha takvo da mu se onemogućava da prati redovan tok postupka<sup>25</sup>.

ESLJP smatra da je potrebno obezbediti prevođenje samo onih dokumenata, koje okrivljeni treba da razume da bi postupak bio pravičan. Naime, član 6. EKLJP ne ide tako daleko da zahteva pisani prevod svih dokaza u pisanoj formi ili službenih dokumenata u postupku – pomoć u tumačenju i prevođenju treba da bude takva da omogući okrivljenom da sazna suštinu razloga koji stoje protiv njega i da se brani, time što je u mogućnosti da iznese svoju verziju događaja<sup>26</sup>. Kako optužnica igra ključnu ulogu u krivičnom postupku, optuženi koji ne razume jezik suda može biti u nepovoljnom položaju, ukoliko ne dobije pisani prevod optužnice na jeziku koji razume – činjenica da su samo nazivi krivičnih dela u optužnici prevedeni, ali ne i materijali na kojima je optužba zasnovana, ne predstavlja nužno kršenje prava na obaveštavanje i prava na prevođenje i tumačenje, u slučaju da činjenice nisu toliko komplikovane i usmeno objašnjenje je dovoljno da informiše optuženog o prirodi i razlozima optužbe koji stoje protiv njega<sup>27</sup>. Može se zaključiti da je pravo na prevođenje i tumačenje u funkciji ostvarivanja prava okrivljenog da bude obavešten o njegovim pravima i optužbama protiv njega.

### **3.2. Pravo okrivljenog da bude obavešten o njegovim pravima i optužbama protiv njega**

Pravo na okrivljenog na obaveštavanje je jedno od ključnih elemenata prava na odbranu i prepoznato je u ustavnoj tradiciji evropskih država, a garantuju ga i drugi evropski i međunarodni ugovori i povelje (na primer, član 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine<sup>28</sup>, član 48. Povelje o osnovnim pravima u EU iz 2000. godine<sup>29</sup>, član 8. Američke konvencije o ljudskim pravima iz 1969. godine<sup>30</sup>). Iako pravo na obaveštavanje nije izričito

<sup>24</sup> ECtHR Luedicke, Belkacem and Koç judgment of 28 November 1978 (Series A No. 29).

<sup>25</sup> ECtHR 14 October 2008, Timergaliyev, (No. 40631/02).

<sup>26</sup> ECtHR 19 December 1989, Kamasinski (A 168); ECtHR 14 January 2003, Lagerblom (No. 26891/95).

<sup>27</sup> ECtHR 19 December 1989, Kamasinski (A 168).

<sup>28</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

<sup>29</sup> The Charter of Fundamental Rights of the EU, [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/index_en.htm).

<sup>30</sup> The American Convention on Human Rights, <http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>.

predviđeno u EKLJP, u praksi ESLJP je prepoznato tokom godina. Tako, okrivljeni treba da dobije obaveštenje o prirodi i razlozima optužbe protiv njega, i to odmah, odnosno u najkraćem mogućem roku (član 5. tačka 3. i član 6. tačka 3 EKLJP), a u slučaju da je lice uhapšeno, potrebno je da bude obavešteno i o razlozima lišenja slobode<sup>31</sup>. Daljih određenja (osim pružanja informacija okrivljenom o razlozima i prirodi optužbe, razlozima lišenja slobode i odgovarajućem pravnom osnovu<sup>32</sup>), u smislu sadržaja obaveštenja i načina obaveštavanja, EKLJP ne sadrži. Konvencija ne zahteva da se okrivljeni obaveštava o drugim pravima koja mu prema EKLJP pripadaju (npr. o pravu na branioca, pravu da tumačenje ili pravu da ispituje svedoke). Ipak, od država se očekuje da preduzmu sve potrebne korake kako bi okrivljeni bio u potpunosti svestan, odnosno upoznat sa svim pravima koja mu pripadaju, kao i da ta prava razume<sup>33</sup>. Prihvatljivije je da obaveštavanje okrivljenog bude u pisanom obliku, dok obim informacija koje se predočavaju okrivljenom zavisi od prirode i složenosti konkretnog predmeta. Iako u smislu člana 6. tačka 3. EKLJP okrivljenom treba omogućiti dovoljno vremena i uslova uopšte za pripremu odbrane, a koje pravo podrazumeva i pristup svim činjenicama od značaja za pripremu odbrane<sup>34</sup>, uključujući i okolnosti koje idu njemu u prilog a koje organ postupka poseduje<sup>35</sup>, ESLJP je utvrdio princip pretežnosti javnog interesa (*Public Interest Immunity*). Po ovom principu, pravo okrivljenog na potpuno otkrivanje informacija, odnosno obaveštavanje o svim činjeničnim okolnostima u posedu organa postupka, nije apsolutno i može biti ograničeno, ako to zahtevaju interesi zaštite nacionalne bezbednosti, ugroženih svedoka ili izvora informacija<sup>36</sup>. Svako takvo ograničavanje ovog elementa prava na odbranu mora biti srazmerno i obezbeđeno određenim procesnim garancijama koje treba da kompenzuju na taj način učinjen „hendikep“ odbrani, a odluku o tome da li će se pristup određenim informacijama ograničiti u svakom slučaju treba da proceni sud<sup>37</sup>.

### 3.3. Pravo okrivljenog na pravnu pomoć i pravni savet

Pravo na pravni savet je jedno od ključnih pitanja u vezi sa procesnim pravima okrivljenog. Okrivljeni koji ima stručnu pomoć advokata je u mnogo boljem položaju u pogledu poštovanja svih njegovih drugih prava, delom zato što je bolje

---

<sup>31</sup> Član 5, stav 3. EKLJP.

<sup>32</sup> ECtHR 18 March 2008, Ladent, (No. 11036/03); ECtHR 19 December 1960, Ofner (No. 524/59).

<sup>33</sup> ECtHR 11 December 2008, Panovits (No. 4268/04); ECtHR 27 March 2007, Talat Tunç (No. 32432/96), § 61; ECtHR 10 August 2006, Padalov (No. 54784/00).

<sup>34</sup> ECtHR, 14 December 1981, Jespers (No. 8403/78).

<sup>35</sup> ECtHR, 16 December 1992, Edwards (No. 13071/87), 35-38.

<sup>36</sup> ECtHR, 16 February 2000, Jasper (No. 27052/95).

<sup>37</sup> ECtHR, 16 February 2000, Rowe and Davis (No. 28901/95).

informisan o tim pravima, a delom zato što će mu advokat pomoći u obezbeđenju poštovanja njegovih prava. Pravo na pravni savet/ pravnu pomoć proizlazi iz člana 6. EKLJP, a pravo na pravnu pomoć garantuju i drugi evropski i međunarodni ugovori i povelje (na primer, član 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine<sup>38</sup>, član 11. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima<sup>39</sup>, član 47. Povelje o osnovnim pravima u EU iz 2000. godine<sup>40</sup>, član 8. Američke konvencije o ljudskim pravima iz 1969. godine<sup>41</sup>, član 7. Afričke povelje o ljudskim pravima i ljudskim pravima iz 1981. godine<sup>42</sup> i Rezolucija UN o osnovnim principima uloge advokata iz 1990. godine<sup>43</sup>)<sup>44</sup>.

Pravni savet pre davanja odgovora na pitanja u vezi sa optužbom treba da zaštiti okrivljenog od iznošenja izjava bez razumevanja pravnih implikacija. Svaki okrivljeni treba da ima potrebno vreme i sredstva na raspolaganju kako bi pravilno pripremio svoju odbranu. Trajanje ovog „potrebnog vremena“ nije precizirano, jer zavisi od složenosti svakog pojedinačnog slučaja. Međutim, postavljanje novog branioca po službenoj dužnosti samo nekoliko sati pre početka suđenja jasno krši pravo okrivljenog da ima potrebno vreme za pripremu odbrane<sup>45</sup>. Prema članu 6. stav 3. EKLJP okrivljeni ima pravo da izabere branioca ili da se brani sam (pri čemu ne može biti prisiljen da se odrekne svog prava na branioca<sup>46</sup>), da mu pomogne branilac po sopstvenom izboru (stoga odbijanje pravne pomoći predstavlja kršenje ovog prava<sup>47</sup>, kao i propuštanje da mu se omogući vođenje poverljivog razgovora sa braniocem<sup>48</sup>) ili da mu se postavi branilac u slučaju da nema sredstava za plaćanje naknade/nagrade za njegov rad<sup>49</sup>. Bez obzira na to što

<sup>38</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

<sup>39</sup> The Universal Declaration on Human Rights, <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.

<sup>40</sup> The Charter of Fundamental Rights of the EU, [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/index_en.htm).

<sup>41</sup> The American Convention on Human Rights, <http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>.

<sup>42</sup> The African Charter on Human Rights and Peoples Rights, <http://www.achpr.org/instruments/achpr/>.

<sup>43</sup> UN-resolution on 'Basic Principles on the Role of Lawyers', <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/basic-principles-on-the-role-of-lawyers/>.

<sup>44</sup> Osnovni principi na kojima treba da se zasniva sistem pravne pomoći opisani su u Principima i uputstvima Ujedinjenih nacija o pristupu pravnoj pomoći u krivičnim pravosudnim sistemima, usvojenim 20. decembra 2012. godine od strane Generalne skupštine.

<sup>45</sup> ECtHR 7 October 2008, Bogumil, (No. 35228/03); ECtHR 9 June 1998, Twalib, Reports, 1998.

<sup>46</sup> ECtHR 12 June 2008, Yaremenko, (No. 32092/02).

<sup>47</sup> ECtHR 22 July 2008, Panasenko, (No. 10418/03); ECtHR 26 June 2008, Shulepov (No. 15435/03).

<sup>48</sup> ECtHR 27 November 2007, Zagaria, (No. 58295/00).

<sup>49</sup> ECtHR 11 November 2008, Timergaliyev, (No. 40631/02); ECtHR 10 August 2006, Padalov (No. 54784/00).

okrivljeni ima pravo da se sam brani, mogu se propisati i slučajevi obaveznog pravnog zastupanja (obavezne odbrane) pod određenim okolnostima, na primer kada se podnosi određeni pravni lek<sup>50</sup>.

Ipak, EKLJP ne predviđa način ostvarivanja ovog prava, pa je državama ugovornicama prepušten izbor u pogledu sredstava kojim će da obezbede da je pravo na pravni savet i pravnu pomoć osigurano u njihovom pravnom sistemu, a zadatak Suda je samo da se utvrdi da li je metod koji su odabrale države u skladu sa zahtevima pravičnog suđenja<sup>51</sup>. Pravo na traženje pravnog zastupanja ne predstavlja odricanje od prava na lično učešće tokom suđenja, jer odredbe člana 6. stav 3. EKLJP nisu same po sebi cilj, već se moraju tumačiti u svetlu njihove funkcije u celokupnom kontekstu postupka<sup>52</sup>.

Od okrivljenog se ne može očekivati da ocenjuje delotvornost pravnog zastupanja, nego je potrebno da države uvedu odgovorajući nadzorni sistem, što nije predviđeno EKLJP, ali se pravo na delotvornu pravnu pomoć može izvesti iz sudske prakse ESLJP. Naime, jedna od osnovnih obaveza advokata je da pomogne svom klijentu, ne samo u pripremi samog suđenja, već i u kontroli zakonitosti svih mera i radnji koje se preduzimaju u toku istražnog postupka<sup>53</sup>. Pored toga, ova pravna pomoć mora biti delotvorna i država je dužna da obezbedi da advokat ima informacije potrebne za vršenje funkcije odbrane na odgovarajući način<sup>54</sup>. Ukoliko je pravno zastupanje neefikasno, država je dužna da okrivljenom osigura drugog advokata<sup>55</sup>. Ipak, ESLJP je jasno utvrdio da ponašanje advokata spada, u suštini, u odnos između advokata i njegovog klijenta. Ovo je važno stanovište ESLJP u pogledu nezavisnosti advokature<sup>56</sup>, koja bi bila ugrožena ukoliko bi država bila odgovorna za sve nedostatke jednog advokata. Okrivljeni ne bi trebao da bude opterećen rizikom neefikasnog pravnog zastupanja, ali je ESLJP utvrdio da „države moraju intervenisati samo ako je propust od strane branioca da pruži efikasno zastupanje očigledno“<sup>57</sup>. Pri tome, okrivljeni ne mora dokazati da je bio oštećen usled nedostatka efektivne pravne pomoći<sup>58</sup>, niti je potrebno da je šteta nastala<sup>59</sup>.

---

<sup>50</sup> ECtHR 24 November 1986, *Gillow* (A 109); ECtHR 25 September 1992, *Croissant* (A 237-B); ECtHR 14 January 2003, *Lagerblom* (No. 26891/95).

<sup>51</sup> ECtHR 27 April 2006, *Sannino* (No. 30961/03).

<sup>52</sup> ECtHR 12 July 1984, *Can* (B 79) – „Sud smatra da je njegov zadatak da utvrdi da li su postupci koji se razmatraju bili pravični kao celina“, što je standardna praksa Evropskog suda za ljudska prava. Takođe, vid. ECtHR 20 November 1989, *Kostovski*, A 166 i ECtHR 16 December 1992, *Edwards* (A 247-B).

<sup>53</sup> ECtHR 12 July 1984, *Can* (B 79); ECtHR 4 March 2003, *Öcalan*, (No. 63486/00).

<sup>54</sup> ECtHR 9 April 1984, *Goddi* (A 76); ECtHR 4 March 2003, *Öcalan*, (No. 63486/00).

<sup>55</sup> ECtHR 13 May 1980, *Artico* (A 37).

<sup>56</sup> ECtHR 24 November 1993, *Imbrioscia*, (A 275).

<sup>57</sup> ECtHR 24 November 1993, *Imbrioscia* (A 275), § 41, ECtHR 10 October 2002, *Czekalla*, *Recueil/Reports* 2002, § 65; ECtHR 7 October 2008, *Bogumil*, (No. 35228/03).

<sup>58</sup> ECtHR 13 May 1980, *Artico* (A 37).

<sup>59</sup> ECtHR 19 February 1991, *Alimena* (A 195-D).



Okrivljeni ima pravo na pravno zastupanje, a time i na kontakt sa pravnim savetnikom, odnosno *pravo na poverljiv razgovor sa braniocem*, odmah nakon hapšenja, iako se dozvoljava razumno vreme da advokat stigne na mesto saslušanja<sup>60</sup>. ESLJP je detaljno razmotrio okolnosti u vezi sa pravom okrivljenog na konsultacije sa braniocem (na pravni savet) u svojoj sudskoj praksi. Tako je zauzeo stav da su zahtevi pravičnog suđenja ugroženi, ukoliko je propisano da se konsultacije održavaju u prisustvu zatvorskog stražara<sup>61</sup>, u prisustvu policijskih službenika<sup>62</sup> ili ako okrivljeni komunicira sa braniocem koji je odvojen od njega staklom<sup>63</sup>. Ipak, određene mere predostrožnosti mogu biti dozvoljene, ako se dokaže da su zaista neophodne<sup>64</sup>.

Što se tiče *prisustva branioca prilikom saslušanja od strane policije*, zauzet je stav da je to neophodno kao protivteža pritisku koji je na okrivljenom.<sup>65</sup> Ukoliko okrivljeni u policiji treba da prilikom saslušanja donese odluku koja će biti značajna za njegov dalji položaj, njemu se pre toga mora omogućiti da sa braniocem ima poverljiv razgovor<sup>66</sup>. ESLJP je ranije bio stava da se pravo da branilac prisustvuje saslušanju okrivljenog u policiji ne može izvesti iz prava na pravično suđenje<sup>67</sup>. Međutim, u predmetu Salduz, Sud je utvrdio da usled toga što istražna faza ima izuzetan značaj za pripremu daljeg postupka, a da bi pravo na pravično suđenje bilo delotvorno i praktično, neophodno je da se pravo na prisustvo branioca saslušanju okrivljenog, i uopšte pravo na pravni savet, obezbedi okrivljenom što ranije, osim ukoliko se pokaže u svetlu posebnih okolnosti svakog slučaja da postoje nesoporni razlozi za ograničenje ovog prava. ESLJP dalje navodi da čak i ukoliko takvi razlozi mogu izuzetno opravdati onemogućavanje pristupa advokatu, takva ograničenja ne smeju ugroziti druga prava okrivljenog. Kao posledica toga, nedostatak pravne pomoći tokom saslušanja osumnjičenog predstavljalo bi ograničenje njegovog prava na odbranu, koja bi, u načelu, bila nepovratno ugrožena, kada bi se inkriminirajuće izjave date tokom saslušanja bez branioca koristile kao osnov za osuđujuću presudu<sup>68</sup>. Ovakvo „novo“ tumačenje člana 6. stava 3. (tzv. Salduz doktrina) potvrđeno je u nekoliko presuda – ESLJP je osudilo države prosto pozivajući se na principe utvrđene u presudi

<sup>60</sup> ECtHR 8 February 1996, John Murray (Reports 1996-I).

<sup>61</sup> ECtHR 29 November 1991, S. v Switzerland, (no. 13965/88).

<sup>62</sup> ECtHR 13 January 2009, Rybacki (No. 52479/99).

<sup>63</sup> ECtHR 19 December 2006, Oferta Plus SRL (No. 14385/04), § 145-156; ECtHR 13 March 2007, Castravet, (No. 23393/05).

<sup>64</sup> ECtHR 31 January 2002, Lanz (No. 24430/94).

<sup>65</sup> ECtHR 6 June 2000, Magee (No. 28135/95) i ECtHR 2 May 2000, Codron (No. 35718/97).

<sup>66</sup> ECtHR 6 June 2000, Averill (No. 36408/97).

<sup>67</sup> ECtHR 14 December 1999, No. 44738/98 i ECtHR 16 October 2001, Brennan (No. 39846/98).

<sup>68</sup> ECtHR, 27 November 2008, Salduz (No. 36391/02) i ECtHR 11 December 2008, Panovits (No. 4268/04).



povodom ovog predmeta, dodajući da nisu postojale izuzetne okolnosti koje bi mogle opravdati izuzetak<sup>69 70</sup>.

*U pogledu prava na besplatnu pravnu pomoć*, utvrđeno je da ono nije bezuslovno – okrivljeni ima pravo na besplatnu pravnu pomoć ukoliko su ispunjena dva uslova, odnosno ako: (1) nema dovoljno sredstava za plaćanje pravne pomoći, i (2) kada to zahtevaju interesi pravde. Pa tako, ukoliko je okrivljeni lišen slobode, uslov koji se odnosi na interes pravde, treba ekstenzivno posmatrati<sup>71</sup>. ESLJP smatra da okrivljeni ne mora dokazati „izvan svake sumnje“ da nema sredstava za plaćanje svoje odbrane<sup>72</sup>, ali se ukazuje na tri faktora koje treba uzeti u obzir: ozbiljnost krivičnog dela i težinu zaprećene kazne, složenost predmeta, i socijalnu i ličnu situaciju okrivljenog<sup>73</sup>. Ipak, odbijanje prava na besplatnu pravnu pomoć, u periodu tokom kog je izvršeno ispitivanje podnosilaca predstavke i njihovi zdravstveni pregledi, neprihvatljivo je prema ESLJP<sup>74</sup>.

#### 4. DIREKTIVE KOJE UREĐUJU PROCESNA PRAVA OKRIVLJENOG

Iako su sve države članice EU potpisnice EKLJP, iskustvo je pokazalo da to ne pruža uvek dovoljan stepen poverenja u sistem krivičnog pravosuđa drugih država članica. Jačanje međusobnog poverenja zahteva konzistentnije sprovođenje prava i garancija utvrđenih članom 6. EKLJP. Zbog toga je bilo potrebno da se usvoje direktive i preduzmu druge mere radi daljeg razrađivanja i jačanja minimalnih standarda za zaštitu prava iz EKLJP i Povelje. Do sada su usvojene sledeće direktive:

1. Direktiva o pravu okrivljenog na tumačenje i prevođenje u krivičnom postupku (iz 2010. godine)<sup>75</sup>;
2. Direktiva o pravu okrivljenog da bude obavešten (iz 2012. godine)<sup>76</sup>;

---

<sup>69</sup> ECtHR, 10 March 2009, Böke and Kandemir (71912/01; 26968/02 i 36397/03); ECtHR, 3 March 2009, Aba (No. 7638/02 i 24146/04); ECtHR, 17 February 2009, Aslan and Demir (No. 38940/02 i 5197/03); ECtHR, 17 February 2009, Oztürk (No. 16500/04).

<sup>70</sup> Osim toga, u presudi u predmetu Šabelnik protiv Ukrajine od 19. februara 2009. godine, ESLJP je zauzeo jasan stav, da ukoliko je okrivljeni bio upozoren na krivičnu odgovornost za odbijanje davanja iskaza i istovremeno obavešten o pravu da ne svedoči protiv sebe, on je mogao biti zbunjen, naročito u odsustvu pravnog saveta tokom tog saslušanja, čime je povređeno pravo na pravnu pomoć (ECtHR 19 February 2009, Shabelnik (No.16404/03)).

<sup>71</sup> ECtHR 10 June 1996, Benham (Reports 1996-III).

<sup>72</sup> ECtHR 25 April 1983, Pakelli (A, 64).

<sup>73</sup> ECtHR 24 May 1991, Quaranta (A, 205).

<sup>74</sup> ECtHR 20 June 2002, Berlinski (No. 27715/95 i 30209/96).

<sup>75</sup> Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, 20 October 2010, <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010L0064&from=EN>.

<sup>76</sup> Directive 2012/13/EU of the European Parliament and the Council on the right to information in criminal proceedings, 22 May 2012, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:142:0001:0010:en:PDF>.

3. Direktiva o pravu okrivljenog na pristup braniocu u krivičnom postupku i u postupku povodom evropskog naloga za hapšenje, te o pravu okrivljenog da o njegovom lišenju slobode bude obavešteno treće lice i na komunikaciju s trećim licima i konzularnim telima (iz 2013. godine)<sup>77</sup>;
4. Direktiva o jačanju pojedinih aspekata pretpostavke nevinosti i pravu okrivljenog da bude prisutan na suđenju (iz 2016. godine)<sup>78</sup>;
5. Direktiva o procesnim garancijama za maloletne učinioce krivičnih dela (iz 2016. godine)<sup>79</sup>; i
6. Direktiva o pravnoj pomoći za okrivljenog u krivičnom postupku i tražena lica u postupku na osnovu evropskog naloga za hapšenje (iz 2016. godine)<sup>80</sup>.

#### **4.1. Direktiva o pravu okrivljenog na tumačenje i prevođenje u krivičnom postupku<sup>81</sup>**

Pravo na tumačenje i prevođenje ima okrivljeni koji ne govore ili ne razume jezik na kojem se krivični postupak protiv njih vodi. Smisao ove Direktive je da se olakšava primena toga prava, pa je njen cilj da se okrivljenom obezbedi pravo na tumačenje i prevođenje u krivičnom postupku kako bi im se zajamčilo pravo na pravično suđenje. Što se obuhvata Direktive tiče, predviđeno je da se njome uređuju pravila o pravu na tumačenje i prevođenje u krivičnom postupku u državama članicama i u postupku izvršenja evropskog naloga za hapšenje.

---

<sup>77</sup> Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, 22 October 2013, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013L0048&from=EN>.

<sup>78</sup> Directive 2016/343 of the European Parliament and of the Council on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, 9 March 2016, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=en>.

<sup>79</sup> Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0800&qid=1502876659-452&from=EN>.

<sup>80</sup> Directive (EU) 2016/1919 of the European Parliament and of the Council of 26 October 2016 on legal aid for suspects and accused persons in criminal proceedings and for requested persons in European arrest warrant proceedings, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1919&qid=1502876659452&from=EN>.

<sup>81</sup> Direktiva se odnosi na meru A iz Smernica o procesnim pravima okrivljenog i njome se utvrđuju zajednički minimalni standardi za zaštitu prava okrivljenog na prevođenje i tumačenje. Direktiva se zasniva na pravima utvrđenim u Povelji, a posebno na članovima 47. i 48, kojima se nadograđuju članovi 5. i 6. EKLJP, kako ih tumači ESLJP. Direktiva je stupila na snagu dvadeset dana nakon objavljivanja u Službenom listu Evropske unije, a države su bile dužne da je prenesu do 27.10.2013. godine.

Propisano je da okrivljeni ima ovo pravo od trenutka kad ga nadležni državni organ neke države članice službenim obavještenjem ili na neki drugi način obavesti da se smatra okrivljenim za izvršenje krivičnog dela, pa do pravnosnažnog okončanja postupka (uključujući, prema potrebi, i izricanje presude i rešavanje po žalbi). Pravo na tumačenje uključuje i odgovarajuću pomoć licima sa slušnim ili govornim smetnjama. U postupku izvršenja evropskog naloga za hapšenje, država izvršilac naloga dužna je da osigura da nadležni organi licima na koje se nalog odnosi, ukoliko ne govore ili ne razumeju jezik postupka, omogućiti tumačenje i prevođenje u skladu sa Direktivom.

Direktiva u dva posebna člana uređuje 1. Pravo na tumačenje, odnosno (usmeno) prevođenje (član 2), i 2. Pravo na prevođenje bitnih dokumenata (član 3).

U pogledu *prava na tumačenje, odnosno prevođenje* države članice dužne su da obezbede da se okrivljenom koji ne govori ili ne razume jezik krivičnog postupka bez odlaganja omogućiti tumačenje, odnosno prevođenje, tokom postupka pred istražnim i pravosudnim organima, pa i tokom policijskih ispitivanja, svih sudskih rasprava i svih drugih potrebnih saslušanja. Osim toga, potrebno je obezbediti i tumačenje, odnosno prevođenje, ako je to potrebno radi zaštite pravičnosti postupka i komunikacije između okrivljenog i branioca koja se neposredno odnosi na ispitivanja ili rasprave u postupku, podnošenje žalbe ili drugih zahteva u postupku.

Pre nego što se licu omogućiti korišćenje ovih prava, činjenica da li govore ili razumeju jezik postupka i treba li im pomoć prevodioca, odnosno tumača, proverava se pod uslovima i na način, kako to predvide države članice. U vezi sa tim, potrebno je predvideti i mogućnost okrivljenog da ospori odluku o tome da prevođenje, odnosno tumačenje nije potrebno, a ukoliko je prevođenje, odnosno tumačenje omogućeno, da ima mogućnost da uloži žalbu zbog toga što njegov kvalitet nije odgovarajući i podoban da jamči pravičnost postupka. Predviđeno je da je kvalitet prevođenja, odnosno tumačenja podoban da jamči pravičnost postupka posebno ukoliko osigurava da se okrivljeni upoznaju sa tim koja im se dela stavljaju na teret i da imaju mogućnost da ostvare svoje pravo na odbranu. U pogledu načina ostvarivanja prava na prevođenje, odnosno, moguće je da se predvidi upotreba tehničkih sredstava za komunikaciju, putem videokonferencijske veze, telefona ili interneta, osim ako je lična prisutnost prevodioca, odnosno tumača nužna radi zaštite pravičnosti postupka.

Što se tiče *prava na prevođenje bitnih dokumenata*, države članice dužne su da obezbede da se okrivljenom koji ne govori ili ne razume jezik krivičnog postupka bez odlaganja omogućiti prevođenje, odnosno tumačenje tokom postupka pred istražnim i pravosudnim organima, pa i tokom policijskih ispitivanja, svih sudskih rasprava i svih drugih potrebnih saslušanja. Osim toga, potrebno je obezbediti i tumačenje, odnosno prevođenje, ako je to potrebno radi zaštite pravičnosti postupka, i komunikacije između okrivljenog i branioca koja se neposredno odnosi na ispitivanja ili rasprave u postupku, podnošenje žalbe ili drugih zahteva u postupku.

U svakom slučaju kad istražni ili sudski organ saslušava okrivljenog uz pomoć prevodioca, odnosno tumača u skladu s članom 2., kad im je u prisustvu tih organa u skladu s članom 3. stavom 7. osiguran usmeni prevod ili usmeni sažetak bitnih dokumenata ili kad se lice odrekne ovih prava, ove činjenice moraju biti zabeležene u skladu s pravom dotične države članice.

Direktiva predviđa za države članice određene obaveze, koje treba da doprinesu delotvornom ostvarivanju prava na prevođenje, odnosno tumačenje. Tako je propisano da sve troškove tumačenja i prevođenja u vezi sa primenom Direktive snose države članice, i to bez obzira na ishod postupka. Osim toga, obaveza je države da preduzme konkretne mere kako bi pruženo tumačenje i prevođenje udovoljilo kriterijumima kvaliteta, u smislu da kvalitet tumačenja, odnosno prevođenja bude podoban da jamči pravičnost postupka. Radi unapređenja nivoa kvaliteta tumačenja i prevođenja i njihove lakše dostupnosti, države članice treba da obrazuju i vode registar odgovarajuće osposobljenih nezavisnih prevodilaca i tumača, koji će biti stavljen na raspolaganje pravnim zastupnicima i nadležnim organima. Takođe, na državi je da osigura da su tumači i prevodioci dužni da poštuju tajnost vezanu za tumačenje i prevođenje, a da od odgovornih za stručno osposobljavanje sudija, tužilaca i pravosudnog osoblja uključenog u krivični postupak zahtevaju da posebnu pažnju posvete posebnostima komuniciranja uz pomoć prevodilaca i tumača, kako bi se obezbedila uspešna i efikasna komunikacija.

#### 4.2. Direktiva o pravu okrivljenog da bude obavešten<sup>82</sup>

Što se tiče područja primene, Direktivom o pravu okrivljenog da bude obavešten se utvrđuju pravila o pravu na obaveštavanje okrivljenog o njegovim pravima u krivičnom postupku i optužbama protiv njega, kao i lica na koje se odnosi evropski nalog za hapšenje, bez obzira na njihov pravni status, državljanstvo ili nacionalnost. Direktiva se primenjuje od trenutka kada nadležni organi država članica obaveste lica da su okrivljeni za izvršenje krivičnog dela, pa do okončanja postupka (odnosno, kad se pravnosnažnom odlukom utvrdi da je lice učinilo delo koje mu se stavilo na teret, uključujući, ako je to potrebno i postupak po pravnim lekovima).

U pogledu *prava okrivljenog na obaveštavanje o njegovim pravima*, država treba da obavesti da lice bude obavešteno makar o sledećim pravima (a kako bi im se omogućilo delotvorno ostvarivanje tih prava): (a) pravu na pristup braniocu; (b) pravu na besplatan pravni savet i o uslovima za dobijanje takvog saveta; (v)

<sup>82</sup> Direktiva se odnosi na meru B Smernica o procesnim pravima okrivljenog i njome se utvrđuju zajednički minimalni standardi u pogledu obaveštenja okrivljenog o njegovim pravima i o optužbama protiv njega, a koje se tim licima trebaju dati. Direktiva se zasniva na pravima utvrđenim u Povelji, a posebno na članovima 6, 47. i 48, kojima se nadograđuju članovi 5. i 6. EKLJP, kako ih tumači ESLJP. Direktiva je stupila na snagu dvadeset dana nakon objavljivanja u Službenom listu Evropske unije, a države su bile dužne da je prenesu do 2.6.2014. godine.

pravu na obaveštavanje o optužbama u skladu s članom 6. Direktive; (g) pravu na tumačenje i prevođenje; (d) pravu na uskraćivanje iskaza.

Osim obaveštavanja o pravima koje pripadaju okrivljenom, *uhapšena i zadržana lica* obaveštavaju se i o: (a) pravu na pristup spisu predmeta; (b) pravu na obaveštavanje konzularnih organa i jednog lica o tome da su uhapšeni, odnosno zadržani; (v) pravu na pristup hitnoj lekarskoj pomoći; i (g) najvećem mogućem broju sati ili dana za vreme kojih mogu biti lišeni slobode pre njihovog izvođenja pred sud. Osim toga, zadržana, odnosno uhapšena lica moraju biti obaveštena o mogućnosti pobijanja zakonitosti hapšenja prema nacionalnom pravu, o načinu kako se ostvaruje preispitivanje odluke o zadržavanju ili podnošenju zahteva za privremeno puštanje na slobodu.

Države članice su dužne da obezbede da okrivljeni dobiju obaveštenje o pravima na jeziku koji oni razumeju, predloženo na jednostavan i razumljiv način, bez nepotrebnog odlaganja. Samo ukoliko obaveštenje o pravima nije dostupno na odgovarajućem jeziku, lica se o njihovim pravima obaveštavaju usmeno na jeziku koji oni razumeju (član 4).

Obaveštenja o navedenim pravima se daju usmeno ili u pisanom obliku, uzimajući u obzir posebne potrebe ranjivih kategorija okrivljenih lica (član 3). Međutim, izričito je predviđeno da lica koja su zadržana ili uhapšena moraju navedena obaveštenja dobiti u pisanom obliku i mora im biti omogućeno da to pisano obaveštenje pročitaju i drže u svom posedu dok im je sloboda oduzeta.

Osim obaveštavanja o njegovim pravima, okrivljeni ima *pravo da bude obavešten o optužbama*, odnosno o krivičnim delima za koje su sumnjiče, odnosno optužuju. Pored toga, uhapšena i zadržana lica moraju se obavestiti o razlozima njihovog hapšenja ili zadržavanja. Ta obaveštenja dostavljaju se hitno, uz onoliko podataka koliko je potrebno kako bi se osigurala pravičnost postupka i delotvorno ostvarivanje prava na odbranu. Izričito je propisano da se navedena obaveštenja okrivljenom imaju dostaviti najkasnije po dostavljanja optužnice sudu, do kog procesnog momenta se okrivljenom moraju pružiti detaljne informacije o optužbama, uključujući vrstu i pravnu kvalifikaciju krivičnog dela, kao i oblik učestvovanja okrivljenog u izvršenju krivičnog dela (član 6).

Direktiva uređuje i *pravo na pristup spisima predmeta* (član 7). Tako, kada je lice zadržano ili uhapšeno u bilo kojoj fazi krivičnog postupka, neophodno je obezbediti tim licima da isprave povezane s predmetnim slučajem koji se nalaze u posedu nadležnih organa, a koji su ključni za delotvorno pobijanje zakonitosti hapšenja ili zadržavanja, budu dostupne tim licima ili njihovim braniocima. Osim toga, navedenim licima se mora jamčiti pristup barem svim onim materijalnim dokazima koji se nalaze u posedu nadležnih organa, bez obzira na to da li su ti dokazi u korist ili na štetu okrivljenog, kako bi se obezbedila pravičnost postupka i kako bi oni mogli da pripreme odbranu. Pristup tim dokazima se omogućava pravovremeno kako bi se omogućilo delotvorno ostvarivanje prava na odbranu, a

najkasnije prilikom podnošenja optužnice sudu na razmatranje. Ukoliko u posed nadležnih organa dođu dodatni materijalni dokazi, pristup tim dokazima se omogućava pravovremeno kako bi se omogućilo njihovo razmatranje. Ipak, pristup dokazima se, pod uslovom da se time ne dovodi u pitanje pravo na pravično suđenje, može uskratiti, ukoliko bi takav pristup mogao dovesti do ozbiljnog ugrožavanja života ili osnovnih prava drugog lica, ili ukoliko bi takvo uskraćivanje bilo preko potrebno radi zaštite važnog javnog interesa, kao što je to u slučajevima kada bi pristup mogao ugroziti istragu koja je u toku ili ozbiljno naštetiti nacionalnoj bezbednosti države članice u kojoj se vodi krivični postupak. Potrebno je predvideti da, pod navedenim uslovom i u navedenim slučajevima, odluku o uskraćivanju pristupa određenim materijalima donosi sud ili takva odluka makar podleže preispitivanju od strane suda.

Osim navedenog, od država se očekuje da postupe u skladu sa određenim obavezama. Tako su države dužne da obezbede da se, kada se obaveštenja pružaju okrivljenom, o tome vodi evidencija u skladu s postupkom evidentiranja u nacionalnom pravu. Države moraju omogućiti okrivljenom ili njegovim braniocima da osporavaju moguće propuštanje ili odbijanje nadležnih organa da pruže obaveštenja u skladu s Direktivom. Takođe, potrebno je obezbediti da pristup spisima predmeta i dokaznom materijalu bude besplatan. Države članice dužne su da obezbede da organi nadležni za osposobljavanje sudija, državnih tužilaca, policije i zaposlenih u pravosuđu koji su uključeni u krivične postupke osiguraju odgovarajuće osposobljavanje poštujući ciljeve Direktive.

#### **4.3. Direktiva o pravu okrivljenog na pristup braniocu u krivičnom postupku i u postupku povodom evropskog naloga za hapšenje, te o pravu okrivljenog da o njegovom lišenju slobode bude obavješteno treće lice i na komunikaciju s trećim licima i konzularnim telima<sup>83</sup>**

Ovom Direktivom utvrđuju se minimalna pravila vezana za prava okrivljenog u krivičnom postupku i lica protiv kojih se vodi postupak povodom evropskog naloga za hapšenje (traženo lice), a koja prava se odnose na pristup braniocu (član 3), na obavještanje trećeg lica da je okrivljeni lišen slobode (član 5) i na komunikaciju s trećim licima i konzularnim telima tokom trajanja lišenja slobode (član

<sup>83</sup> Direktiva se odnosi na mere C i D Smernica o procesnim pravima okrivljenog i njome se utvrđuju zajednički minimalni standardi u pogledu prava na pristup braniocu. Zasniva se članovima 4, 6, 7, 47. i 48. Povelje, i članovima 3., 5., 6. i 8. EKLJP, a kako ih tumači Evropski sud za ljudska prava koji, u svojoj sudskoj praksi, stvarajući standarde prava na pristup braniocu. Ta sudska praksa, između ostalog, predviđa da pravičnost postupka zahteva da okrivljeni budu u mogućnosti da imaju pred sobom bogat izbor usluga koje se posebno tiču pravne pomoći. Direktiva je stupila na snagu dvadeset dana nakon objavljivanja u Službenom listu Evropske unije, a države su bile dužne da je prenesu do 27.11. 2016. godine.



6. i 7). Što se tiče područja primene, predviđeno je da se pravila iz Direktive primenjuje od trenutka kada nadležni organi države članice, putem službenog obaveštenja ili na drugi način, ukažu licima na to da su osumnjičeni za izvršenje krivičnog dela, nezavisno od toga da li su lišeni slobode ili ne (ovo se odnosi i na lica koja nisu osumnjičeni, ali to postanu tokom ispitivanja u policiji ili od strane drugog organa postupka), pa do završetka postupaka (odnosno, konačnog razjašnjenja pitanja da li je li okrivljeni izvršio krivično delo i, ukoliko je to moguće, i do rešavanja po bilo kakvom pravnom leku). Na tražena lica se pravila iz Direktive primenjuju od trenutka lišenja slobode u državi članici izvršenja evropskog naloga za hapšenje.

U pogledu prava na pristup braniocu u krivičnom postupku, države su dužne da obezbede da okrivljenom ovo pravo pripada u takvom trenutku i na takav način da licu omogućava praktično i delotvorno ostvarivanje prava na odbranu<sup>84</sup>. Pravo na pristup braniocu obuhvata<sup>85</sup>:

1. pravo okrivljenog na privatni sastanak i komunikaciju sa braniocem<sup>86</sup>, uključujući i trenutak pre ispitivanja od strane policije ili drugog organa postupka;
2. pravo okrivljenog da njegov branilac prisustvuje i da učestvuje u njegovom ispitivanju, u skladu s nacionalnim pravom, pod uslovom da pravila postupka ne dovode u pitanje delotvorno ostvarivanje i suštinu dotičnog prava, pri čemu učestvovanje branioca mora biti zabeleženo na odgovarajući način;
3. pravo okrivljenog da njegov branilac prisustvuje sledećim dokaznim radnjama: prepoznavanje, suočenje, i rekonstrukcija.

Okrivljeni ima pravo na pristup braniocu, bez nepotrebnog odlaganja, i to: (a) pre nego što je ispitivan od strane policije ili drugog organa postupka; (b) prilikom izvršenja dokazne radnje, (v) nakon lišenja slobode<sup>87</sup>; (g) ako mu je upućen poziv na sud, pravovremeno pre nego što se pojavi pred tim sudom.

---

<sup>84</sup> Osim propisivanja ovih prava, radi njihovog ostvarivanja, države su dužne da učine dostupnima opšte informacije kako bi se okrivljenom olakšalo pronalaženje branioca.

<sup>85</sup> U izuzetnim okolnostima i samo tokom faza koje prethode sudskom postupku, države članice mogu predvideti privremeno odstupanje od primene ovih pravila, u meri u kojoj je to opravdano, s obzirom na posebne okolnosti slučaja, ukoliko postoji jedan od sledećih razloga: (a) ako postoji hitna potreba za sprečavanjem ozbiljnih štetnih posledica po život, slobodu ili fizički integritet lica; (b) ako je trenutno postupanje organa nužno za sprečavanje značajnih opasnosti po krivični postupak (član 3. stav 6).

<sup>86</sup> Države članice dužne su da obezbede da se poštuje poverljivost komunikacije između okrivljenog i njegovog branioca u ostvarivanju prava na pristup braniocu, a koja uključuje sastanke, korespondenciju, telefonske razgovore i druge oblike komunikacije dopuštene nacionalnim pravom (član 4).

<sup>87</sup> U izuzetnim okolnostima i samo tokom faza koje prethode sudskom postupku, države članice mogu predvideti privremeno odstupanje od primene ovog pravila, ukoliko geografska udaljenost onemogućava ostvarivanje prava na pristup braniocu bez nepotrebnog odlaganja nakon lišenja slobode (član 3. stav 5).



Okrivljeni ima *pravo da ukoliko bude lišen slobode, o tome*, bez nepotrebnog odlaganja *bude obavešteno bar jedno lice*, kao što su srodnik ili poslodavac. Ukoliko je u pitanju maloletnik, o lišenju slobode se što je pre moguće obaveštava njegov zakonski zastupnik (osim ako bi to bilo protivno najboljim interesima maloletnika, u kom se slučaju obaveštava drugo odgovarajuće punoletno lice)<sup>88</sup>. Osim toga, okrivljeni ima tokom trajanja lišenja slobode, bez nepotrebnog odlaganja pravo na komunikaciju s trećim licima, odnosno s barem jednim licem koje sam odredi.

Okrivljeni koje su strani državljani, a koji su lišeni slobode, imaju *pravo na komunikaciju s konzularnim telima* države čiji su državljani, odnosno pravo da ih bez nepotrebnog odlaganja obaveste o lišenju slobode, te da ga predstavnici tih tela posete okrivljenog, pravo na razgovor i korespondenciju s njima, te pravo da im njihovo konzularno telo organizuje pravno zastupanje (odnosnom angažuje branioca).

Direktiva predviđa mogućnost privremenog odstupanja od prava okrivljenog (u članu 3. stav 5. i 6. i članu 5. stav 3) koja se mogu odrediti samo obrazloženom odlukom organa postupka (protiv koje postoji mogućnost ulaganja žalbe, o kojoj odlučuje sud), ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi: (a) da su odstupanja srazmerna i da ne prelaze okvir onog što je potrebno; (b) da su strogo vremenski ograničena; (v) da se ne odnose isključivo na vrstu ili težinu navodnog krivičnog dela; i (g) da ne dovode u pitanje celokupnu pravičnost postupka (član 8).

Okrivljeni prima jasno i zadovoljavajuće obaveštenje u usmenom ili pisanom obliku, kojim se na jednostavnom i razumljivom jeziku upoznaje sa sadržajem prava i mogućim posledicama odricanja od tih prava. Odricanje od prava treba da zadovolji uslov dobrovoljnosti i nedvosmislenosti, može se dati u usmenom ili pisanom obliku i mora biti zabeleženo u skladu sa nacionalnim pravilima. Okrivljeni se upoznaje sa mogućnošću da naknadno opozove odricanje od prava, u bilo kom trenutku tokom krivičnog postupka, a takav opoziv stupa na snagu od trenutka kad je učinjen.

Što se tiče *prava u postupku na osnovu evropskog naloga za hapšenje*, traženo lice ima odmah nakon hapšenja: (a) pravo na pristup braniocu u državi članici izvršenja na takav način i u takvom trenutku koji omogućava traženim licima da ostvare svoja prava delotvorno i u svakom slučaju, bez nepotrebnog odlaganja od trenutka lišenja slobode; (b) pravo na sastanak i komunikaciju s braniocem koji ih zastupa; (v) pravo da njegov branilac, u skladu s postupcima utvrđenim nacionalnim pravom, prisustvuje i učestvuje u saslušanju traženog lica od strane organa postupka (i da učestvovanje branioca bude zabeleženo u skladu s pravom dotične

<sup>88</sup> Izuzetno, o lišenju slobode se ne obaveštava treće lice, ukoliko je to opravdano s obzirom na posebne okolnosti slučaja, usled postojanja nekog od sledećih razloga: (a) ako postoji hitna potreba za sprečavanjem ozbiljnih štetnih posledica po život, slobodu ili fizički integritet lica; (b) ako postoji hitna potreba za sprečavanjem situacije u kojoj bi krivični postupak mogao biti ozbiljno ugrožen. U tim slučajevima, državni organ nadležan za zaštitu dobrobiti maloletnika obaveštava se bez nepotrebnog odlaganja o lišenju slobode maloletnika (član 5. stav 3).

države članice). Osim toga, traženo lice se, bez nepotrebnog odlaganja nakon lišenja slobode, obaveštava da ima pravo da imenuje branioca u državi članici koja je izdala nalog, čija je uloga da pomogne braniocu u državi izvršenja i pruži mu informacije i savet s ciljem delotvornog ostvarivanja prava traženog lica (ukoliko traženo lice želi da ostvari pravo na imenovanje branioca u državi članici koja je izdala nalog i nema već branioca, nadležni organ u državi članici izvršenja dužan je da odmah obavesti nadležni organ u državi članici koja je izdala nalog, koji, bez nepotrebnog odlaganja, pruža informacije traženom licu kako bi mu se olakšalo da u toj državi odredi branioca) (član 10).

Države članice su dužna da obezbede da okrivljeni u krivičnom postupku, kao i traženo lice u postupku na osnovu evropskog naloga za hapšenje imaju na *raspolaganju delotvoran pravni lek* u okviru nacionalnog prava u slučaju kršenja njihovih prava iz Direktive. Osim toga, propisano je da je potrebno obezbediti da se poštuju prava odbrane i pravičnost postupka prilikom procene iskaza okrivljenog ili dokaza prikupljenih usled kršenja njegovog prava na branioca ili u slučajevima kad je odstupanje od tog prava bilo odobreno u skladu s članom 3. stavom 6, a ne dovodeći u pitanje nacionalna pravila i sisteme o prihvatljivosti dokaza (član 12).

Izričito je predviđeno da nijedna odredba Direktive nema za cilj niti dejstvo ograničavanja ili odstupanja od bilo kojih prava ili procesnih zaštitnih mera utvrđenih u Povelji, EKLJP ili drugim relevantnim odredbama međunarodnog prava ili prava bilo koje države članice koje predviđaju viši stepen zaštite prava okrivljenog (član 14).

#### **4.4. Direktiva o jačanju pojedinih aspekata pretpostavke nevinosti i pravu okrivljenog da bude prisutan na suđenju<sup>89</sup>**

Utvrđivanjem zajedničkih minimalnih pravila o jačanju pojedinih aspekata pretpostavke nevinosti, i ova Direktiva nastoji da pojača međusobno poverenje država članica u njihove sisteme krivičnog pravosuđa, a samim tim i da olakša uzajamno priznavanje odluka u krivičnim stvarima. Direktiva se primenjuje na fizička lica koja su osumnjičena, odnosno optužena u krivičnom postupku. Primenjuje se u svim fazama krivičnog postupka, od trenutka kada je lice osumnjičeno ili optuženo za izvršenje krivičnog dela ili navodnog krivičnog dela, pa sve do trenutka kada odluka o konačnom utvrđivanju da li je to lice učinilo predmetno krivično delo postane konačna (član 2).

---

<sup>89</sup> Svrha Direktive je jačanje prava na pravično suđenje u krivičnom postupku utvrđivanjem zajedničkih minimalnih pravila o određenim vidovima pretpostavke nevinosti i prava na učestvovanje na glavnom pretresu. Ova Direktiva je stupila na snagu dvadesetog dana od dana objavljivanja u Službenom listu Evropske unije, a države članice su dužne da donesu zakone i druge propise koji su potrebni radi usklađivanja sa ovom Direktivom do 1. aprila 2018. godine.

*Uređivanje pretpostavke nevinosti* (poglavlje 2) podrazumeva nekoliko elemenata u pogledu obaveza država da osumnjičenom, odnosno optuženom licu garantuje određena prava. Države članice su dužne da obezbede da se osumnjičeni, odnosno optuženi smatraju nevinim dok se ne dokaže njihova krivica u skladu sa zakonom (član 3). Države članice su dužne da preduzimaju odgovarajuće mere kako bi se obezbedilo da se, dokle god se osumnjičenom, odnosno optuženom licu ne dokaže krivica u skladu sa zakonom, u izjavama za javnost koje daju organi javne vlasti i sudskim odlukama, osim onih o krivici, za to lice ne navodi da je krivo. Time se ne dovode u pitanje radnje krivičnog gonjenja kojima je cilj dokazivanje krivice osumnjičenog, odnosno optuženog lica, kao ni privremene odluke procesne prirode koje donose sudski ili drugi nadležni organi i koje se temelje na sumnji ili inkriminirajućim dokazima. Države članice su dužne da obezbede da u slučaju kršenja ove obaveze, postoje odgovarajuće mere. Ipak, obaveza da se za osumnjičenog, odnosno optuženog lica ne navodi da je kriv ne sprečava organe javne vlasti da u javnosti šire informacije o krivičnom postupku, ukoliko je to potrebno iz razloga povezanih sa istragom koja se vodi, ili je to u javnom interesu (član 4).

Države članice su, osim toga, dužne da preduzmu odgovarajuće mere kako bi se obezbedilo da se osumnjičeni, odnosno optuženi na sudu i u javnosti, upotrebom mera ograničavanja slobode kretanja, ne predstavljaju kao krivi, jer to sprečava da se primenjuju mere ograničavanja slobode kretanja, potrebne zbog posebnosti određenog slučaja, a koje se odnose na bezbednost ili sprečavanje bekstva osumnjičenog, odnosno optuženog lica ili na njihov kontakt s trećim licima (član 5).

Što se tiče tereta dokazivanja, potrebno je predvideti da je teret dokazivanja u postupku utvrđivanja krivice osumnjičenog, odnosno optuženog na tužiocu. Time se ne dovodi u pitanje obaveza nadležnog suda da traži kako dokaze koji okrivljenom idu u korist, tako i one koje mu idu na štetu, kao ni pravo obrane da podnese dokaze u skladu sa merodavnim nacionalnim pravom. Takođe, države članice su dužne da obezbede da svaka sumnja u krivicu ide u korist osumnjičenog, odnosno optuženog, čak i kada sud ocenjuje mogućnost puštanja lica na slobodu (član 6). Države članice imaju obavezu da obezbede da osumnjičeni, odnosno optuženi imaju pravo da se brane ćutanjem u vezi sa krivičnim delom koje im se stavlja na teret, kao i pravom da sami sebe ne izlože krivičnom gonjenju (što ne sprečava prikupljanje dokaza koji mogu dobiti od osumnjičenog, odnosno optuženog lica u skladu sa zakonom). Ostvarivanje prava da se brane ćutanjem i da sami sebe ne izlože krivičnom gonjenju ne sme se upotrebiti protiv osumnjičenog, odnosno optuženog lica i ne sme se smatrati dokazom da su učinili delo koje im se stavlja na teret (član 7)<sup>90</sup>.

<sup>90</sup> Više o tome vid. T. Bugarski, „Pretpostavka nevinosti“, u: S. Bejatović (ur.), *Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2017, 344-362.

#### **4.5. Direktiva o procesnim garancijama za maloletne učinioce krivičnih dela<sup>91</sup>**

Svrha ove Direktive je da se utvrde procesne garancije koje treba da obezbede da maloletnici<sup>92</sup> koji su učinioци krivičnog dela, odnosno tražena lica u postupku po osnovu evropskog naloga za hapšenje razumeju i prate postupak koji se prema njima vodi i da ostvare pravo na pravično suđenje, kao i da se maloletnici spreče da ponovo izvrše krivično delo, te da se podstakne njihova reintegracija u društvo (član 1). Pravila utvrđena u Direktivi primenjuju se do donošenja odluke o tome da li je maloletnik izvršio krivično delo koje mu se stavlja na teret, odnosno od trenutka hapšenja lica koja su tražena lica po osnovu evropskog naloga za hapšenje (član 2). Direktivom se propisuju zajednička minimalna pravila u vezi s određenim *pravima maloletnika* (i to: prava da bude obavešten o svojim pravima (član 4), prava da zakonski zastupnik bude obavešten o pravima koje maloletnik ima u smislu Direktive (član 5)<sup>93</sup>, prava na pomoć branioca (član 6), prava na pojedinačnu ocenu (član 7), prava na zaštitu privatnosti (član 14), prava na pratnju zakonskog zastupnika tokom postupka (član 15), pravu da lično prisustvuje i učestvuje na glavnom pretresu (član 16)) i *drugim procesnim garancijama*.

U pogledu *prava maloletnika da bude obavešten o svojim pravima*, države su dužne da obezbede da se maloletnici od trenutka kada se smatraju osumnjičenim da su izvršili krivično delo obaveste o njihovim pravima u skladu s Direktivom 2012/13/EU<sup>94</sup>, o opšim aspektima vođenja postupka i o pravima utvrđenim u ovoj Direktivi<sup>95</sup>. Obaveštenja o ovim pravima se maloletniku daju u pisanom, usmenom ili u oba oblika, jednostavnim i pristupačnim jezikom.

---

<sup>91</sup> Ova Direktiva zasniva se na meri E iz Smernica o procesnim pravima okrivljenog i njome se utvrđuju zajednički minimalni standardi za zaštitu prava ranjivih kategorija okrivljenih – maloletnih izvršilaca krivičnih dela. Direktiva je stupila na snagu dvadeset dana nakon objavljivanja u Službenom listu Evropske unije, a države su dužne da je prenesu do 11.6.2019. godine.

<sup>92</sup> Direktiva u članu 3. koji sadrži definicije u smislu ovog propisa koristi termin „dete“, a koje je lice mlađe od 18 godina. Ipak, u radu se koristi termin „maloletnik“, što je lice starije od 14, a mlađe od 18 godina.

<sup>93</sup> U članu 3. se definiše nosilac roditeljske odgovornosti, kao lice koje ima prava i obaveze koje se odnose na maloletnika ili njegovu imovinu, a koja su fizičkom ili pravnom licu dodeljena sudskom odlukom, primenom prava ili sporazumom, što je u smislu pozitivnopravnih propisa zakonski zastupnik.

<sup>94</sup> Direktiva o pravu okrivljenog da bude obavešten.

<sup>95</sup> Maloletnik se obaveštava o pravu da zakonski zastupnik bude obavešten (kako je predviđeno u članu 5), pravu na pomoć advokata (kako je predviđeno u članu 6), pravu na zaštitu privatnosti (kako je predviđeno u članu 14), pravu na pratnju zakonskih zastupnika tokom faza postupka koje nisu saslušanja pred sudom (kako je predviđeno u članu 15. stavu 4) i pravu na pravnu pomoć (kako je predviđeno u članu 18). Osim toga, maloletnici se u najranijoj fazi postupka obaveštavaju i o: pravu na pojedinačnu ocenu (kako je predviđeno u članu 7), pravu na lekarski pregled i pomoć (kako je predviđeno u članu 8) i pravu na ograničenje lišenja slobode i korišćenje alternativnih mera, uključujući pravo na periodično preispitivanje odluke o određivanju pritvora

Zakonski zastupnik se u najkraćem mogućem roku obaveštava o pravima koje maloletnik ima u smislu Direktive (u smislu člana 4)<sup>96</sup>. Ukoliko pružanje informacija zakonskom zastupniku (a) nije u najboljem interesu maloletnika; (b) nije moguće, jer nijedan zakonski zastupnik nije dostupan ili njegov identitet nije poznat; (v) može na osnovu objektivnih i činjeničnih okolnosti znatno ugroziti krivični postupak, obaveštenja se daju punoletnom licu koga odredi maloletnik (ako to lice nije odgovarajuće po mišljenju nadležnog organa, taj organ, imajući u vidu najbolji interes maloletnika određuje drugo lice i njemu pruža obaveštenja).

Maloletnici imaju, od trenutka kad im je saopšteno da se smatraju osumnjičenim za izvršenje krivičnog dela, i to bez nepotrebnog odlaganja, *pravo na pomoć branioca* u skladu s Direktivom 2013/48/EU<sup>97</sup>, a kako bi im se omogućilo delotvorno korišćenje prava na odbranu. U svakom slučaju, imaju pravo na pristup braniocu (a) pre nego što budu ispitana od strane policije ili drugog organa postupka; (b) pri izvršenju dokazne radnje; (v) bez nepotrebnog odlaganja nakon lišenja slobode; (d) ako su pozvani na sud nadležan za krivične stvari, pravovremeno pre nego što se pojave pred tim sudom<sup>98</sup>. Ipak, i u tom slučaju maloletniku se mora obezbediti pomoć branioca ako je pozvan pred sud radi donošenja odluke o određivanju pritvora i tokom trajanja pritvora.

Maloletnik ima pravo na privatni sastanak i komunikaciju s braniocem, i to pre ispitivanja od strane policije ili organa postupka (poverljiv razgovor uključuje sastajanje, dopisivanje, telefonske razgovore i druge oblike komunikacije dopuštene nacionalnim pravom). Takođe, potrebno je obezbediti da maloletnik ima pomoć branioca tokom ispitivanja, kom je na delotovoran način omogućeno učestvovanje u ispitivanju (u skladu sa nacionalnim pravom, pod uslovom da ta pravila ne dovode u

(kako je predviđeno u članovima 10. i 11), pravu na pratnju nosioca roditeljske odgovornosti tokom saslušanja pred sudom (kako je predviđeno članom 15. stavom 1), pravu na lično prisustvo suđenju (kako je predviđeno članom 16), pravu na delotvorni pravni lek (kako je predviđeno u članu 19).

<sup>96</sup> U članu 3. se definiše nosilac roditeljske odgovornosti, kao lice koje ima prava i obaveze koje se odnose na maloletnika ili njegovu imovinu, a koja su fizičkom ili pravnom licu dodeljena sudskom odlukom, primenom prava ili sporazumom, što je u smislu pozitivnopravnih propisa zakonski zastupnik.

<sup>97</sup> Direktiva o pravu okrivljenog na pristup braniocu u krivičnom postupku i u postupku povodom evropskog naloga za hapšenje, te o pravu okrivljenog da o njegovom lišenju slobode bude obavešteno treće lice i na komunikaciju s trećim licima i konzularnim telima.

<sup>98</sup> Od ovog pravila se može odstupiti ukoliko pomoć branioca nije srazmerna u svetlu okolnosti predmeta, uzimajući u obzir težinu krivičnog dela, složenost predmeta i mere koje bi se mogle preduzeti u pogledu takvog krivičnog dela, ali samo pod uslovom da se na taj način ne bi povredilo pravo na pravično suđenje i ukoliko bi to odstupanje bilo u najboljem interesu maloletnika. Naime, u izuzetnim okolnostima i samo tokom faze koja prethodi sudskom postupku, može se privremeno odstupiti od primene ovog prava u meri u kojoj je to opravdano, s obzirom na posebne okolnosti predmeta, na osnovu jednog od sledećih uverljivih razloga: (a) ako postoji hitna potreba za sprečavanjem ozbiljnih štetnih posledica po život, slobodu ili telesni integritet lica; (b) ako je preduzimanje trenutnog delovanja istražnih organa nužno za sprečavanje bitnih opasnosti za krivični postupak u vezi s teškim krivičnim delom.

pitanje delotvorno ostvarivanje ili suštinu ovog prava). Osim toga, branilac može da prisustvuje određenim dokaznim radnjama, ako su te radnje predviđene nacionalnim pravom i ako se od okrivljenog zahteva ili mu je dopušteno da prisustvuje njihovom izvođenju, a naročito u pogledu prepoznavanja, suočenja i rekonstrukcije.

Vodeći računa o posebnim potrebama maloletnika u vezi sa zaštitom, obrazovanjem, osposobljavanjem i društvenom integracijom, maloletnike je potrebno *pojedinačno ocenjivati*, uzimajući posebno u obzir ličnost maloletnika i njegovu zrelost, njegovu ekonomsku, socijalnu i porodičnu situaciju, te svaku eventualnu pojedinačnu ranjivost maloletnika. Opseg i detalji pojedinačne ocene mogu se razlikovati zavisno od okolnosti predmeta, mera koje je moguće izreći prema maloletniku, kao i od toga da li je maloletnik u bližoj prošlosti bio podvrgnut pojedinačnoj oceni. Pojedinačnu ocenu vrše u što ranijoj fazi postupka stručni organi, a služi tome da se utvrde i ocene podaci o pojedinačnim karaktersitikama i okolnostima koji bi mogli biti od koristi nadležnim organima prilikom: (a) određivanja da li se prema maloletniku trebaju preduzeti posebne mere; (b) ocenjivanja primerenosti i efikasnosti mera opreza u pogledu maloletnika; (v) odlučivanja ili delovanja u postupku prema maloletniku.

Maloletnik ima *pravo na lekarski pregled* bez nepotrebnog odlaganja, posebno u svrhu procene njegovog opšteg psihičkog i fizičkog stanja, a koji pregled je što manje invazivan. Rezultati pregleda uzimaju se u obzir prilikom utvrđivanja sposobnosti maloletnika da bude podvrgnut ispitivanju ili drugim dokaznim radnjama ili drugim merama koje se prema njemu mogu odrediti. Lekarski pregled se obavlja ili na inicijativu nadležnih organa, posebno u slučajevima kada specifične zdravstvene indikacije opravdavaju takav pregled, ili na zahtev maloletnika, zakonskog zastupnika ili branioca.

Što se tiče *prava maloletnika na zaštitu privatnosti*, predviđeno je da su sudovi dužni da je štite tokom celog postupka, te da se suđenje održava bez prisustva javnosti.

U toku saslušanja maloletnika pred sudom, on *ima pravo da njegovom saslušanju priustvuje zakonski zastupnik*. Umesto zakonskog zastupnika, saslušanju prisustvuje drugo punoletno lice (koga odredi maloletnik a to prihvati nadležni organ), ukoliko (a) prisustvo zakonskog zastupnika nije u najboljem interesu maloletnika; (b) nije moguće, jer nijedan zakonski zastupnik nije dostupan ili njegov identitet nije poznat; (v) može na osnovu objektivnih i činjeničnih okolnosti znatno ugroziti krivični postupak.

Maloletnik ima prava da lično *prisustvuje i učestvuje na glavnom pretresu*, te preduzimaju sve procesne radnje dopštene u toj fazi postupka (da bi im se omogućilo delotvorno ostvarivanje tog prava), uključujući mogućnost da bude saslušan i iznese svoj stav o optužbama i dokazima koji stoje protiv njega. Maloletnici koji nisu bili prisutni na glavnom pretresu imaju pravo da traže ponavljanje postupka ili pravo na drugi pravni lek (u smislu Direktive 2016/343).



U pogledu *procesnih garancija*, Direktiva predviđa da su države dužne da obezbede da: 1) svako ispitivanje maloletnika od strane organa postupka audiovizuelno bude snimljeno, ako je to potrebno u konkretnom slučaju, a naročito uzimajući u obzir da li je branilac prisutan ispitivanju i da li je maloletnik lišen slobode, a vodeći računa o najboljem interesu maloletnika (član 9); 2) da lišenje slobode maloletnika bude ograničeno na što kraće trajanje (uzimajući u obzir dob i pojedinačnu situaciju maloletnika, kao i okolnosti konkretnog slučaja), a da se pritvor određuje samo kao krajnja mera, te da odluka o određivanju pritvora bude obrazložena i da se redovno preispituje, bez nepotrebnog odlaganja (član 10); 3) da se koriste mere koje su alternativa pritvoru i drugim oblicima lišenja slobode (član 11); 4) da se maloletniku kome je određen pritvor obezbedi poseban tretman<sup>99</sup> (član 12); i 5) da se svi postupci prema maloletniku traju što kraći vremenski period (član 13).

#### **4.6. Direktiva o pravnoj pomoći za okrivljene u krivičnom postupku i tražena lica u postupku na osnovu evropskog naloga za hapšenje<sup>100</sup>**

Ovom Direktivom se utvrđuju zajednička minimalna pravila o pravu na pravnu pomoć za okrivljenog u krivičnom postupku i za tražena lica u postupku povodom evropskog naloga za hapšenje. Ovim pravilima se dopunjuju direktive 2013/48/EU<sup>101</sup> i 2016/800<sup>102</sup>. Naime, pravo na pravnu pomoć imaju lica kojima na osnovu Direktive 2013/48/EU pripada pravo na branioca, i to lica (a) koja su lišena slobode, (b) kojima mora pomagati branilac u skladu s pravom EU ili nacionalnim pravom; (v) od kojih se traži ili kojima se dopušta da prisustvuju dokaznim radnjama (prevashodno se odnosi na prisustvo dokaznim radnjama prepoznavanja, suočavanja i rekonstrukcije događaja na mestu izvršenja krivičnog dela); (g) prema kojima je određen pritvor.

Pod „pravnom pomoći“ podrazumeva se finansiranje pomoći branioca od strane države članice, čime se omogućava ostvarivanje prava na pristup braniocu.

<sup>99</sup> Da se maloletnik smešta u odvojene prostorije u odnosu na punoletne učinioce krivičnih dela (osim, ukoliko bi to bilo u najboljem interesu maloletnika ili u izuzetnim okolnostima, ako to nije moguće, pod uslovom da su maloletnici smešteni s punoletnim izvršiocima na način da to bude u njihovom najboljem interesu); da se osigura i očuva njegov fizički i psihički razvoj, njegovo pravo na obrazovanje i vaspitanje i pravo na porodični život, te njegove slobode veroispovedi ili uverenja.

<sup>100</sup> Ova Direktiva zasniva se na meri C iz Smernica o procesnim pravima okrivljenog i njome se utvrđuju zajednički minimalni standardi za zaštitu prava ranjivih kategorija okrivljenih – maloletnih izvršilaca krivičnih dela. Direktiva je stupula na snagu dvadeset dana nakon objavljivanja u Službenom listu Evropske unije, a države su dužne da je prenesu do 25.5.2019. godine.

<sup>101</sup> Vid. Direktiva o pravu okrivljenog na pristup braniocu u krivičnom postupku i u postupku povodom evropskog naloga za hapšenje, te o pravu okrivljenog da o njegovom lišenju slobode bude obavešteno treće lica i na komunikaciju s trećim licima i konzularnim telima.

<sup>102</sup> Vid. Direktiva o procesnim garancijama za maloletne učinioce krivičnih dela.



Naime, države članice su dužne da obezbede da se okrivljenom u krivičnom postupku, koji nema dovoljno sredstava za plaćanje stručne pomoći advokata, obezbedi pravo na pravnu pomoć kad to nalaže interes pravde. Pre ostvarivanja ovog prava, može se sprovesti provera imovinskog stanja<sup>103</sup> i provera osnovanosti zahteva<sup>104</sup> ili obe te provere kako bi se utvrdilo da li su ispunjeni uslovi da se okrivljenom odobri pravna pomoć. Pravna pomoć se odobrava samo za potrebe konkretnog krivičnog postupka i to bez nepotrebnog odlaganja, a najkasnije pre ispitivanja okrivljenog od strane organa postupka ili pre sprovođenja dokaznih radnji (član 4). U postupku povodom evropskog naloga za hapšenje, tražena lica imaju pravo na pružanje pravne pomoći od trenutka lišenja slobode pa dok ne budu predati državi koja je izdala nalog ili dok odluka o tome da neće biti predati ne postane pravnosnažna (član 5).

Odluke o odobravanju ili odbijanju zahteva za pružanje pravne pomoći i o dodeli branioca donosi nadležni organ bez nepotrebnog odlaganja, brižljivo i poštujući prava odbrane, pri čemu podnosilac zahteva dobija pisano obaveštenje o tome da li je njegov zahtev za pravnu pomoć odbijen u celosti ili delimično (član 6).

Države članice se obavezuju da preduzmu potrebne mere, uključujući i mere u pogledu finansiranja, kako bi se obezbedilo postojanje učinkovitog sistema pravne pomoći adekvatnog kvaliteta i da su usluge pravne pomoći kvaliteta adekvatnog za zaštitu pravičnosti postupka, uz poštovanje nezavisnosti pravne struke. S tim u vezi, potrebno je obezbediti odgovarajuće osposobljavanje za osoblje koje učestvuje u donošenju odluka o pravnoj pomoći u krivičnom postupku i postupku na osnovu evropskog naloga za hapšenje. Takođe, uz poštovanje nezavisnosti pravne struke i uloge lica odgovornih za osposobljavanje advokata u državi članici preduzimaju se odgovarajuće mere radi podsticanja adekvatnog osposobljavanja advokata koji pružaju usluge pravne pomoći (član 7).

## 5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Sud EU zauzeo je u više odluka stav da se načelo uzajamnog priznavanja zasniva na međusobnom poverenju između država članica u smislu da su njihovi pravni sistemi sposobni da obezbede jednaku i efikasnu zaštitu osnovnih ljudskih

---

<sup>103</sup> Prilikom provere imovinskog stanja uzimaju se u obzir sve relevantne i objektivne okolnosti, kao što su prihod, imovina i porodične prilike tog lica, kao i troškovi pomoći advokata i životni standard u toj državi članici, kako bi se, na osnovu kriterijuma koji se primenjuju u toj državi članici, utvrdilo da li okrivljenom nedostaje dovoljno sredstava za plaćanje pomoći branioca.

<sup>104</sup> Prilikom provere osnovanosti zahteva uzima se u obzir težina krivičnog dela, složenost predmeta i težina očekivane sankcije kako bi utvrdila da li interes pravde nalaže odobravanje pravne pomoći. Smatra se da su uslovi ispunjeni u sledećim situacijama: (a) kada je okrivljeni izveden pred nadležni sud kako bi se odlučilo o pritvoru u bilo kom stadijumu postupka; i (b) tokom trajanja pritvora.

prava priznatih na nivou Evropske unije, posebno u Povelji. Direktive usvojene radi ostvarenja ovog cilja uglavnom se zasnivaju na standardima za zaštitu prava iz EKLJP utvrđenim u praksi ESLJP. Ipak, pravila predviđena u njima predstavljaju i bitan iskorak u zaštiti procesnih prava okrivljenog u krivičnom postupku, jer se prilikom donošenja direktiva nastojalo da se unapredi efikasnost i delotvornost ostvarenja prava na odbranu. Naime, pojedina procesna prava okrivljenog predviđena direktivama korespondiraju pozitivnim obavezama država članica u pogledu ostvarivanja tih prava, i predviđen je odgovarajući mehanizam kontrole ispunjenosti obaveza koje direktive postavljaju pred države članice. Naročito doprinos direktiva ogleda se u isticanju uloge nacionalnih sudova i Suda pravde EU u implementaciji predviđenih pravila.

Najznačajniji doprinos direktiva koje uređuju prava okrivljenog u krivičnom postupku ogleda se, dakle, u tome što su kroz njih prepoznati i na određeni način kodifikovani standardi za zaštitu pojedinih elemenata prava okrivljenog utvrđeni u EKLJP i potvrđeni u praksi ESLJP. Osim toga, direktive kao izvori prava EU, za razliku od nekadašnjih okvirnih odluka koje su se donosile u okviru Trećeg stuba EU obavezuju države na jasan način, zahtevajući njihovo prenošenje u nacionalno zakonodavstvo do određenog roka, i što je najvažnije predviđen je efikasan sistem kontrole njihove primene, što je izuzetno važno za zaštitu ljudskih prava koja su njima uređena. Naime, pre usvajanja ovih direktiva i pre nego što je EU pristupila EKLJP, pojedinac se ukoliko smatra da mu je povređeno određeno ljudsko pravo garantovano EKLJP mogao obratiti ESLJP tek ukoliko bi prethodno iscrpeo sva pravna sredstva u svojoj državi.

Sadašnji mehanizam postavljen je tako da omogućava efektivnu kontrolu primene direktiva. Prvenstveno, Evropska komisija ima mogućnost da nagleda primenu direktiva (što je od stupanja na snagu Lisabonskog ugovora 2009. godine novost za oblast krivičnog prava), države članice su dužne da je izveštavaju o implementaciji propisa, a Komisija može da pokrene postupak protiv države članice zbog povrede propisa EU, pa i pred Sudom EU (*infringement procedure*)<sup>105</sup>.

<sup>105</sup> Zadatak i obaveza Evropske komisije je da u javnom interesu bude zaštitnik pravnog sistema Evropske unije. Član 258. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU) daje Komisiji ovlašćenje da preduzme određene pravne radnje protiv države članice koja ne poštuje svoje obaveze prema pravu EU. Tzv. postupak povodom povrede propisa (*infringement procedure*) počinje upućivanjem *zahteva za podnošenje informacija* – tzv. pismo o formalnom obaveštenju (*letter of formal notice*), državi članici, na koju mora država odgovoriti u određenom roku, koji obično iznosi dva meseca. Ukoliko Komisija ne bude zadovoljna podnetim formalnim obaveštenjem i zaključi da država članica ne ispunjava propisane obaveze, postoji mogućnost da joj uputi formalni zahtev za usaglašenjem sa pravom EU (*reasoned opinion*), kojim traži od države članice da obavesti Komisiju o merama koje je u određenom roku dužna da preduzme (koji rok obično iznosi dva meseca). Ako država članica u određenom roku ne obezbedi usaglašenost sa pravom EU, Komisija može da odluči da protiv nje pokrene postupak pred Sudom pravde Evropske unije povodom povrede propisa EU. Država članica je dužna da postupi u skladu sa obavezama utvrđen-

Ipak, glavni kontrolori usaglašenosti nacionalnih propisa sa usvojenim direktivama biće nacionalni sudovi, polazeći od toga da je svaki sudija u državama članica istovremeno i sudija EU i dužan je da štiti ljudska prava utvrđena u izvorima prava EU, pa i da odbije da primeni nacionalno pravilo ukoliko je u suprotnosti sa standardima utvrđenim u nadnacionalnim propisima<sup>106</sup>. Osim toga, nacionalni sudovi mogu od suda EU da traže tumačenje određenih odredaba direktiva (*preliminary ruling*). Presuda u predmetu Kovači<sup>107</sup> je jedna od prvih u seriji preliminarne odluke koje će razjasniti obuhvat prava na odbranu i njegovih pojedinih elementat u okviru sistema krivičnog pravosuđa u okviru EU. Uloga Suda pravde EU u pogledu tumačenja šta pravo na odbranu obuhvata je još važnija u pogledu primene Povelje EU – član 51. Stav 2. Povelje predviđa da Povelja obavezuje države članice kada one implementiraju izvore prava EU<sup>108</sup>, što znači da je Sud pravde EU nadležan da donosi odluku o usaglašenosti nacionalnih propisa sa Poveljom<sup>109</sup>.

Moglo bi se reći da direktive o pojedinim procesnim pravima okrivljenog predstavljaju potencijalno vredan doprinos međunarodnim standardima za zaštitu ljudskih prava, naročito prava na pravično suđenje. Pun smisao ovako viđenog doprinosa, ipak, moći će biti potvrđen tek kroz praksu nacionalnih sudova, pred kojima će se ostvarivati zaštita garantovanih prava u slučaju njihove povrede.

---

im u odluci Suda pravde EU, u suprotnom, u skladu sa članom 260. UFEU, Komisija može pokrenuti ponovo postupak povodom povrede propisa EU pred Sudom, u kom slučaju Sud može odlukom državu članicu obavezati na plaćanje novčane kazne, čiji iznos zavisi od težine i trajanja povrede i veličine države članice (a sastoji se iz dva elementa: određene sume, u zavisnosti od toga koliko je vremena proteklo od prve odluke Suda, i dnevnih penala za svaki dan od druge odluke Suda, pa dok se povreda ne otkloni). Osim toga, ukoliko država članica ne implementira direktivu u određenom roku, Komisija može tražiti od Suda da odredi novčanu kaznu i u svojoj prvoj odluci (član 260. stav 3. UFEU). Vid. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (*Official Journal C 326, 26/10/2012*), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.

<sup>106</sup> N. Fennelly, 'The National Judge as Judge of the European Union', u: *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Asser 2013, str. 61.

<sup>107</sup> CJEU, 15 October 2015, Gavril Kovaci, case C- 216/14, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d529c6527a1cbc41c09995f03f3557a2f5.e34KaxiLc3eQc40Lax-qMbN4PaNeMe0?text=&docid=169826&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1920756>.

<sup>108</sup> CJEU, 26 February 2013, Åklagaren v. Hans ÅkerbergFransson, case C-617/10, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134202&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1921025>.

<sup>109</sup> CJEU, 6 October 2015, Delvigne v. Commune de Lesparre-Médoc and Préfet de la Gironde, Case C- 650/13, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=169189&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1921207>.

*Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs*

*Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs*

## **Defence Rights in European Union Law**

**Abstract:** *Since mutual recognition of decisions in criminal proceedings, as the basis for international cooperation in criminal matters in the European Union, is unthinkable without mutual trust between the member states, and mutual trust is inextricably linked to the state's belief that its citizens are protected in another Member State, in the sense that they are guaranteed the same level of protection of basic procedural rights in criminal proceedings, it became clear and possible, after the entry into force of the Lisbon Treaty on the European Union, that it is necessary to regulate the procedural rights of the defendant at the supranational level. The individual rights of the defendant in criminal proceedings, as elements of the right to defense, are governed in the law of the European Union by a set of directives that have been adopted with the aim of strengthening procedural guarantees of the right to defense by imposing minimum rules.*

**Keywords:** *criminal proceedings, defendant, defence rights, European Union Law.*

Datum prijema rada: 16.11.2017.



*Dr Branislav R. Ristivojević, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs*

*Dr Stefan S. Samardžić, asistent sa doktoratom  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
S.Samardzic@pf.uns.ac.rs*

## ZAKON O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI – KRITIČKI OSVRT IZ UGLA KRIVIČNOG PRAVA

**Sažetak:** Članak predstavlja osvrt na novi srpski Zakon o sprečavanju nasilja u porodici. Kritikuje se pre svega odsustvo potrebe za ovakvim specijalnim propisom u srpskom pravnom sistemu. Kao naročito problematične analizirane su zakonske kategorije mogućeg učinioca nasilja i predviđanja mogućnosti da dođe izvršenja krivičnog dela nasilja u porodici. Ostaje pitanje da li je stvaranjem jednog novog preventivnog kvazikrivičnog prava uopšte moguće pružiti bilo kakvu zaštitu porodici i njenim članovima.

**Ključne reči:** porodica, krivično delo, nasilje u porodici, žrtva.

Porodično nasilje, kako se čini, zauzima centralno mesto u srpskoj medijskoj ikonografiji i postaje okosnicom mazohističkog [pod plaštom unapređenja pravnog poretka, prikriivenog] populističkog politikantskog folklora.

Za krivičnopravnim instrumentarijumom naš zakonodavac je posegnuo još 2002. godine kada je u naše krivično materijalno zakonodavstvo, u glavu krivičnih dela protiv braka i porodice, uneo posebno krivično delo – nasilje u porodici.<sup>1</sup> Tri godine nakon toga, u našem pravnom sistemu pojavio se novi temeljni propis u oblasti porodičnog prava, kojim se primarno i celovito uređuju odnosi u porodici i reguliše oblast porodičnog života. Tako je od 2005. godine u našem pravnom sistemu, osim krivičnopravne zaštite od nasilja u porodici, ova patološka društve-

---

<sup>1</sup> Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakona RS, *Službeni glasnik RS*, broj 10/2002.

na pojava regulisana i jednim od osnovnih propisa u oblasti građanskog prava – *Porodičnim zakonom*.<sup>2</sup>

*Uz nekoliko međukoraka koji su usledili u međuvremenu, od kojih se kao najznačajniji ističe usvajanje Nacionalne strategije za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima.*<sup>3</sup> Upravo iz ovog „strateškog“ dokumenta moguće je saznati i nekoliko prethodnih koraka koji su učinjeni u oblasti posebne pravne regulative u odnosnoj oblasti. Tako je, pre usvajanja navedene nacionalne strategije, Vlada Republike Srbije donela jedan akt koji, iako se na odnosi direktno na nasilje u porodici, bavi se povezanim pitanjima. Radi se takođe o još jednom „strateškom“ političkom aktu Vlade – *Nacionalnoj strategiji za poboljšanje položaja žena i unapređivanje rodne ravnopravnosti*.<sup>4</sup>

Istražujući dalje genealogiju posebne regulative u oblasti nasilja u porodici i nasilja nad ženama i srpskom zakonodavnom poretku, saznajemo da je u Beogradu još 2007. godine u održana „Nacionalna konferencija o borbi protiv nasilja nad ženama“.<sup>5</sup> Kako se ističe i u samoj Strategiji iz 2011. godine, „cilj Konferencije bio je objedinjavanje svih napora na polju borbe protiv nasilja nad ženama i stvaranje zajedničke osnove za planiranje nacionalne politike za borbu protiv nasilja nad ženama u skladu sa Zaključnim komentarima i preporukama CEDAW Komiteta i preporukama Komiteta ministara Saveta Evrope.“

U samom tekstu Strategije iz 2011. Godine, u njenom prvom delu, sasvim paušalno ističe se da je ovaj dokument usvojen „...demokratskim konsenzusom svih relevantnih državnih i društvenih aktera...“. Najznačajniju pažnju privlači jedan od ciljeva koje Strategija postavlja u prvi plan – „konsolidovanje i ujedinjavanje relevantnih rešenja sadržanih u odgovarajućim zakonima, u prvom redu u Krivičnom zakoniku i Porodičnom zakonu“. Iako još nije posegnuo za ovakvim usaglašavanjima osnovnih izvora srpskog krivičnog i porodičnog zakonodavstva, pod čime se, kako se nama čini, pre svega misli na terminološko širenje kruga lica kojima se pruža posebna zaštita od nasilja u porodici i na istopolne i druge partnerske odnose, na šta ćemo se osvrnuti nešto kasnije, naš zakonodavac zaključio je da ova oblast i pored zaštite u fundamentalnim propisima, poseduje takve osobenosti da zaslužuje da bude regulisana propisom specijalnog karaktera. Upravo Strategija iz 2011. godine predviđa da su neophodne „izmena i uvođenje novih rešenja kojima se omogućava delotvorno postupanje i saradnja nadležnih organa i službi i obezbeđuje delotvorna zaštita žrtava nasilja.“

---

<sup>2</sup> Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, broj 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015.

<sup>3</sup> *Službeni glasnik RS*, broj 27/2011.

<sup>4</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 15/2009.

<sup>5</sup> Vid. *Zaključci sa Nacionalne konferencije o borbi protiv nasilja nad ženama*, [https://www.praxis.org.rs/images/praxis\\_downloads/zakljuci\\_sa\\_nacionalne\\_konferencije\\_o\\_borbi\\_protiv\\_nasilja\\_nad\\_zenama.pdf](https://www.praxis.org.rs/images/praxis_downloads/zakljuci_sa_nacionalne_konferencije_o_borbi_protiv_nasilja_nad_zenama.pdf), 21.5.2017.



Još jedan korak u odnosnoj oblasti učinjen je 2013. godine, kada je *Zakonom o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici*, u naš pravni sistem uneta istoimena tzv. *Istanbulska konvencija*.<sup>6</sup> Upravo iz ovog ratifikovanog međunarodnog ugovora proizilaze „obaveze“ Republike Srbije da preduzme određene zakonodavne mere kako bi nacionalnu regulativu uskladila sa ovom Konvencijom.

Osim toga, što je pre larpurlartističkog formalističkog „usaglašavanja“ nacionalnog zakonodavstva sa određenim obavezama sa međunarodnog nivoa nužno sagledati postojeću regulativu u odnosnoj oblasti i uočiti (ne)postojanje potrebe za zakonodavnom intervencijom, postavlja se pitanje kojoj grani prava bi bilo najcelishodnije dodeliti ovaj zadatak. Za krivičnopravnom intervencijom se sasvim lako i sasvim često poseže, što, osim što je štetno po samu efikasnost krivičnog prava, čini se da nije uvek najbolji način za ostvarivanje određenih društvenih ciljeva koji se žele postići.<sup>7</sup>

Nakon svih učinjenih koraka u smeru posebne regulative u pogledu nasilja u porodici, naposljetku je u naše zakonodavstvo ušao, kako se čini, sasvim kontroverzan *Zakon o sprečavanju nasilja u porodici*<sup>8</sup> (u daljem tekstu: *Zakon*). Osim pitanja koja se nameću u pogledu same potrebe i opravdanosti ovakvog jednog zakona, pred nama ostaju gotovo sasvim otvorena pitanja obima porodičnog nasilja u srpskom društvu, te mogućnosti samog Zakona da utiče na suzbijanje, ali i sasvim neželjeno na eventualno povećanje broja slučajeva porodičnog nasilja. Da li je sve aktuelnija tema nasilja u porodici zaista doživela kakvu ekspanziju u našem društvu ili je to zapravo posledica (možda ne samo) pomalo izopačenog izveštavanja naših medija o pojavama koje se mogu podvesti pod ovu temu. Javlja se pitanje, na osnovu čega smo zaključili da je naša porodičnopravna i krivičnopravna zaštita od nasilja u porodici nedovoljna ili neadekvatna pa nam je u našem, ionako hipertrofiranom zakonodavnom sistemu potreban još jedan, u mnogo čemu kontroverzan propis. Kako je ranije isticano u bavljenju autora ovom temom, sasvim su problematične kategorije „mogućeg učinioaca“ nasilja u porodici kao i „neposredne opasnosti“ da učini nasilje. U navedenom smislu isticali smo da nam se čini kao da se u neku ruku odustaje od osnovne funkcije krivičnog prava – njegove zaštitne funkcije, dok se sa druge strane pribegava merama koje prevashodno deluju preventivno, ali kako nam se čini i pretkrivično, odnosno bezbednosno.

<sup>6</sup> *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, broj 12/2013.

<sup>7</sup> Detaljno o pojedinim obavezama koje strane ugovornice preuzimaju potpisivanjem i ratifikacijom Istanbulske konvencije i tome da li su u našem zakonodavstvu (ne)potrebne takve izmene vid. Samardžić, S, „Krivičnopravni aspekti Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2014, 375-390.

<sup>8</sup> *Službeni glasnik RS*, broj 94/2016.

## 1. FEMINISTIČKI PRISTUP ZAKONODAVCA

Polazeći još od postavke pomenute Istanbulske konvencije koja se naročito odnosi na nasilje nad ženama, smatramo korisnim napomenuti da se u našem krivičnom materijalnom zakonodavstvu gotovo uopšte ne pravi razlika prema polu pasivnog subjekta, odnosno žrtve. U tom smislu, iako pomenuta Konvencija ističe da su strane ugovornice dužne da preduzmu posebne mere u cilju obezbeđivanja zaštite žena od nasilja u porodici, postavlja se pitanje da li bi ovo odgovaralo prirodi i duhu našeg ustavnog poretka. Naime, u srpskom pravnom sistemu muškarac i žena uživaju potpuno jednaku krivičnopravnu zaštitu, i ostaje otvoreno pitanje svojevrzne diskriminacije koja potiče iz jednog ekstremno feminističkog pristupa našeg zakonodavca.

Naime, kako je isticano Zakon u ogromnoj meri počiva na tzv. „radikalnoj feminističkoj paradigmi“.<sup>9</sup> Osnovne konture ovakvog pristupa predmetnoj problematici izražavaju se kroz nekoliko teza. Iz feminističkog ugla posmatrano, nasilje u porodici je praktično uvek i isključivo nasilje nad ženama od strane muškaraca. Naime, kako se ističe u literaturi koja zastupa ovakva stanovišta, muškarci kontrolišu živote svojih žena, dok sa druge strane žene to ne rade sa životima muškaraca sa kojima žive. Prema pojedinim stavovima u literaturi, osnovni faktor seksualne delinkvencije jeste društvo u kome muškarci sprovode patrijarhalnu vlast nad ženama.<sup>10</sup> Nadalje, pitanje nasilja u porodici se iz pomenutog aspekta posmatra uvek kao pitanje ljudskih prava i sloboda žene koja je žrtva nasilja i naposljetku se gotovo uvek uspostavlja veza sa polnim nasiljem odnosno nasiljem koje je uzrokovano seksualnošću.<sup>11</sup>

Međutim, ovakvi stavovi, sasvim očekivano predmet su ozbiljne naučne kritike u kojoj se ističe da istraživanja na kojima se zasnivaju nisu ozbiljno koncipirana, te da su sledstveno tome i njihovi zaključci iskrivljeni.<sup>12</sup> Kao jedna od najznačajnijih kritika, onih teorija koje problem porodičnog nasilja zasnivaju na lošem odnosu između muškaraca i žene, te njihove međusobne subordinacije i seksualnosti, koju iznosi *Pagelow*, zasniva se na stavu da je problem mnogo širi i da se radi o problemima u funkcionisanju porodice i svih njenih učesnika, a ne samo dvoje partnera kao njenog stožera.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Ovakva učenja su u velikoj meri prevaziđena u daleko najvećem broju nauka, odnosno pojedinih škola u okviru određenih nauka koje se bave srodnom problematikom. Vid. Dutton, D. G, Nicholls, T. L., „The Gender Paradigm In Domestic Violence: Research and Theory“, *Aggression and Violent Behaviour*, 6/2005, 683.

<sup>10</sup> S. Schechter, *Woman and Male Violence: The Vision and Struggles of the battered Women's Movement*, Cambridge, 1982, 37.

<sup>11</sup> Dutton, Nicholls, op. cit., 326-328.

<sup>12</sup> Sokoloff, N. J, Dupont, I., „Domestic Violence at the Intersection of Race, Class and Gender: Challenges and Contributions to Understanding Violence Against Marginalised Women in Diverse Communities“, *Violence Against Women*, 1/2005, 41.

<sup>13</sup> Pagelow, M. D, *Family Violence*, New York, 1984, 31-32.

Na osnovu samog teksta našeg Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, sasvim je jasno da tvorcima ovog zakonskog teksta, svoje stavove, koji danas kreiraju našu društvenu stvarnost, ni izbliza nisu zasnovali na ozbiljnim naučnim studijama, kao što su neke od navedenih, a koje predstavljaju samo jedan mali deo kritičkih pogleda na fenomen nasilja u porodici u savremenoj nauci. Razume se po sebi da je osim teorijskih stavova o predmetnoj socijalno-patološkoj pojavi, svakako bilo neophodno sprovesti jedno sveobuhvatno istraživanje, koje se ne bi zasnivalo na stavovima različitih ideološki obojenih ideja pojedinih tzv. nevladinih organizacija. Posmatrajući sam tekst Zakona, kao i obrazloženje koje je predlagatelj dao uz njega, sasvim simptomatično ne odražavaju ni izbliza potreban stepen ozbiljnosti.

Za razliku od uobičajenih i opšteprihvaćenih stavova u teoriji krivičnog prava, nasilje u porodici kao krivično delo pripada grupi krivičnih dela protiv braka i porodice. Sledstveno, grupni zaštitni objekt ove grupe krivičnih dela predstavljaju brak i porodica, dok kod samog krivičnog dela nasilja u porodici to jeste upravo porodica.

Sa druge strane Zakon o sprečavanju nasilja u porodici ustanovljava pretpostavku zasnovanu na feminističkoj ideologiji, u skladu sa kojom, porodica nije objekt zaštite Zakona, već predstavlja samo jedno od mogućih okruženja u kome se „partneri“ sreću i u kome dolazi do nasilja. Osim porodice, zasnovane na braku, to može biti vanbračna zajednica, ali i šire od toga tzv. „partnerski odnos“.

Upravo iz tog razloga posmatrajući samu konstrukciju nasilja u porodici koju postavlja specijalni Zakon, mi vidimo da se zakonodavac oslanja na termine *žrtva*, odnosno *žrtva nasilja*, ili *žrtva nasilja u porodici*. Osim što Zakon ne određuje ko se smatra članovima porodice, kao što to u članu 112 tačka 28 čini KZ<sup>14</sup> odnosno u članu 197 stav 3 PZ<sup>15</sup>, zanimljiv je kako krug lica kojima se pruža zaštita od nasilja u porodici, tako i sama nomotehnika u konstrukciji ovog dela Zakona.

Pre određenja kruga lica koja mogu računati na zaštitu prema Zakonu o sprečavanju nasilja u porodici, učinili bismo malo poređenje osnovnih zakona krivičnog materijalnog i porodičnog prava, odnosno njihovih odredaba kojima se određuje ko se smatra članovima porodice.

Tako se u pomenutoj odredbi KZ članovima porodice smatraju se supružnici, njihova deca, preci supružnika u pravoj liniji krvnog srodstva, vanbračni partneri i njihova deca, usvojilac i usvojenik, hranilac i hranjenik, ali takođe i braća i sestre, njihovi supružnici i deca, bivši supružnici i njihova deca i roditelji bivših supružnika, ako žive u zajedničkom domaćinstvu, kao i lica koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu.

<sup>14</sup> Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 –ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.

<sup>15</sup> Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon, i 6/2015.

Sa druge strane, u smislu porodičnogpravnog zaštite od nasilja u porodici, Porodični zakon, kao člana porodice smatra supružnike ili bivši supružnike, decu, roditelje i ostale krvne srodnike, te lica u tazbinskom ili adoptivnom srodstvu, odnosno lica koja vezuje hraniteljstvo; kao i lica koja žive ili su živela u istom porodičnom domaćinstvu; vanbračne partnere ili bivše vanbračne partnere; i naposljetku lica koja su međusobno bila ili su još uvek u emotivnoj ili seksualnoj vezi, odnosno koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu.

Osim unekoliko različitih formulacija i načina na koji su pojedini članovi porodice obuhvaćeni dvema pomenutim definicijama, uz ne tako male terminološke razlike, i nomotehničku neusaglašenost, jasno se uočava širi krug lica kojima PZ pruža zaštitu. Tako se ovim propisom zaštita pruža i licima „koja su međusobno bila ili su još uvek u emotivnoj ili seksualnoj vezi.“

Zakon o sprečavanju nasilja u porodici ide i korak dalje. Kako nam se čini, da se ovde radi o zaštiti individualnih ljudskih prava, pod plaštom zaštite porodice. Upravo iz ovog razloga, centralni pojam koji se štiti, nije porodica već tzv. *partnerski odnos*. Ovaj pojam, još je širi od pomenute formulacije „lica koja su međusobno bila ili su još uvek u emotivnoj ili seksualnoj vezi“ koju koristi PZ, i pod partnerskim odnosom, kako se čini treba da pruži na specijalnom zakonu zasnovanu parakrivičnu zaštitu i licima koja se nalaze u površnoj ljubavnoj vezi, naročito i licima u homoseksualnim zajednicama.

O tome koliko se ovaj Zakon ne bavi zaštitom porodice kao takve, a svakako ne vrednostima na kojima ona u našem društvu počiva, vidi se i iz činjenice da opisujući članove porodice, zakonopisac uopšte ne pominje pojam *deteta*. Dete, koje u našoj kulturi tradicionalno predstavlja nukleus oko koga se cela porodica svija, iako izostavljeno iz formulacije, ipak može tražiti zaštitu po ovom Zakonu, imajući nešto sreće da se može podvesti pod pojam „srodnici u pravoj liniji“. Porodica, ovim propisom ne samo da nije zaštićena, već se njeni oblik i struktura njime u potpunosti rastaču.

## 2. PREVENTIVNA FUNKCIJA ILI SUNOVRAT KRIVIČNOG PRAVA

Verovatno i najproblematičnije odredbe ovog propisa odnose se na tzv. *neposrednu opasnost od nasilja u porodici*. Zakon tako u članu 3 stav 2 kaže da ovaj institut postoji kada „iz ponašanja *moгуćег* učinioца i drugih okolnosti proizilazi da je on spreman da u vremenu koje neposredno predstoji po prvi put učini nasilje u porodici ili ponovi nasilje u porodici“. Činjenica da se ovim otvara mogućnost da se prema licu koje još uvek ništa nije učinilo, primene određene parapenalne, a u svakom slučaju parakrivične mere, zbog *moгуćности* da nešto učini, zaista su sasvim zapanjujuće.

Upravo najzanimljivija je sama definicija nasilja u porodici, u smislu ovog u svemu, mada malo čemu pozitivnom, posebnog zakonskog akta. Tako je, u smislu ovog Zakona, a na osnovu člana 3 stav 3, nasilje u porodici „akt fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja učinioa prema licu sa kojim se učinilac nalazi u sadašnjem ili ranijem bračnom ili vanbračnom ili partnerskom odnosu ili prema licu sa kojim je krvni srodnik u pravoj liniji, a u pobočnoj liniji do drugog stepena ili sa kojim je srodnik po tazbini do drugog stepena ili kome je usvojitelj, usvojenik, hranjenik ili hranitelj ili prema drugom licu sa kojim živi ili je živio u zajedničkom domaćinstvu.“

Zakon predviđa, kao što smo videli primenu mera prema *moгуćem učinioa nasilja* i to u smislu da se uspostavlja njegova vremenski ranija odgovornost, čak i pre nego što je preduzeo čin nasilja, krunišući ovu, u krivičnopravnom, pa i opštem pravnologičkom smislu, sasvim neopravdano izuzetnu situaciju, suprotnu osnovnim principima krivičnog prava, ciljem da se prema licu primenjuju hitne mere kako bi sprečila „*moгуćnost da do njega [nasilja] dođe prvi put.*“

Ništa manje sporan pojam jeste postupak „procene rizika“ koji je pre svega dodeljen „nadležnom policijskom službeniku“ koji, kako u članu 15 stav 2 Zakon navodi u obzir uzima da li je moguć učinilac nekada ranije učinio nasilje u porodici, odnosno da li je pretio ubistvom ili samoubistvom, da li ima oružje, kao i da li je psihički oboleo odnosno da li je pod uticajem droga. Takođe, kao moguće situacije koje bi ukazale da se radi o mogućem učinioa budućeg krivičnog dela, u nabrananju se navodi eventualni spor oko starateljstva nad detetom, te procena nadležnog policijskog službenika u pogledu okolnosti „da li žrtva doživljava strah i kako ona procenjuje rizik od nasilja.“ Procenu koju sačini nadležni policijski službenik razmatra i ocenjuje nadležni osnovni javni tužilac. Naposletku u pogledu obe procene, konačan stav zauzima sudija osnovnog suda, koji daje konačnu procenu opasnosti mogućeg učinioa nasilja u porodici da učini krivično delo.

### 3. SPECIJALNI EFEKTI SPECIJALNOG ZAKONA

Iako se naslovno propis opredeljuje kao Zakon o sprečavanju nasilja u porodici, čini se da on ni najmanje ne služi za zaštitu porodice. Štaviše, on njeno određenje ostavlja nejasnim i upodobljava joj različite seksualne i druge emotivne partnerske veze. Deca nisu predmet interesovanja zakonodavca u ovom propisu.

Upravo u tom smislu, kako se u javnosti sasvim često ističe da Zakon služi da zaštiti nejake članove porodice, čini se da izostavljajući da se pozabavi decom i njihovim specifičnostima koje poznaju bezmalo sve grane prava, zapravo osnovnu zaštitu pruža ženi kao individuumu. Porodica je samo jedno od mogućih okruženja u kojima se žena koja može biti ugrožena, nalazi. Osim zaštite u okvirima „porodice“, koja kako vidimo iz teksta Zakona, ne mora biti porodica, te konse-

kventno ni učinilac ne mora biti učinilac – dovoljno je da nadležni policijski službenik proceni da postoji opasnost da on nešto učini. Kao što je učinilac mogući, i žrtvom nasilja se smatra lice koje može postati žrtva, krunišući futurističku orijentisanost ovog srpskog propisa, od čijih aktera se očekuje bezmalo vidovitost.

Žrtva nasilja u porodici prema slovu Zakona, jeste žena kao pojedinac, dok se zapravo hitnim i drugim merama zapravo žrtvuje sama porodica, kao umiruća osnovna ćelija našeg društva u letargičnom odumiranju.

Upravo se „kapacitet“ Zakona da revitalizuje našu hronično i teško ugroženu porodicu, pokazuje kao najveća zabluda, koja egzaltirano juriša na javnost. Čini se kao da u najtežim slučajevima nasilja u porodici, kojih po prirodi strukture svakog kriminaliteta ima najmanje, pojedine mere koje predviđa Zakon mogu doživeti kakvu smislenu primenu. Uprkos tome, ovo i dalje ne umanjuje njihove fundamentalne nedostatke i sukob sa osnovnim postavkama krivičnog prava. Otuda, pod plaštom zaštite osnovne ćelije srpskog društva, čini se da je cela stvar pre usmerena na rasturanje porodice i ohrabrivanje različitih ličnih opredeljenja, koja će je onakvu kakvu je vekovima poznajemo zatrti. Razume se da u izvesnim porodicama, u kojima je nasilje eskaliralo do te mere da je postalo dominantan model ponašanja, tu porodice zapravo više nema. U svim drugim slučajevima, Zakon predstavlja realnu prepreku ostvarivanju određenih vrednosti koje su duboko utkane u temelje porodice i porodičnog života, kao što je npr. praštanje.

## ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Razume se, da autori ovih redova, ni u kom slučaju ne opravdavaju postojanje bilo kakvog nasilja, naročito ne onog koje se odvija u porodici, odnosno prema ženi kao tradicionalnom stožeru porodice u srpskom društvu.

Sa druge strane, protekcionistički larpurlartizam koji se nasiljem u porodici bavi u formi njegove medijske promocije, bezmalo popularizacije kroz izopačeni folklorni mozaik rijaliti programa, crnih hronika i mazohističkog voajerizma nad tuđim životima, teško da može pomoći srpskoj porodici. Nasuprot.

Kao što smo mogli videti u iznetoj analizi pojedinih odredaba Zakona o zaštiti nasilja u porodici [i nasilju nad porodicom – prim. aut.] srpski zakonodavac je u ovoj parakrivičnoj zaštiti porodice posegnuo za instrumentima za koje, kako se čini, čvrsto veruje da mogu da predvide buduće kriminalno ponašanje pojedinca. Iako su ovakvi pokušaji u teoriji krivičnog prava, davno praktično u potpunosti odbačeni, ako naš zakonodavac već veruje u mogućnosti njihove primene, ostaje nejasno zašto ovakav pristup koristi samo u ovoj oblasti. Zašto ih ne primeni u „predviđanjima“ i preventivnoj reakciji protiv svih mogućih učinilaca svih mogućih krivičnih dela – uvodeći jedno sasvim izuzetno, moderno i savremeno

*preventivno krivično pravo* kojim se moguće kriminalno ponašanje saseca u ko-  
renu, bez mogućnosti da se ikada desi.

Iako zvuči gotovo bajkovito, i kao kakav ideal ostvarenja protektivne funk-  
cije krivičnog prava, potkrali su nam se problemčići sa prezumpcijom nevinosti,  
zaštitom privatne sfere, te osnovnim ljudskim pravima i slobodama, koje je ovaj  
zakon stavio u prtljažnik vezanih ruku i sivom trakom oblepljenom preko usta i  
očiju. Ima da čute.

Ako ovako vanredno inovativan pristup našeg zakonodavca, eventualno ne  
bi ostvario očekivane revolucionarne rezultate u suzbijanju nasilja u porodici i  
nasilja nad ženama, ostaje pitanje gde tražiti rešenje.

Možda bismo mogli pokušati da osposobimo postojeće službe socijalne za-  
štite, organe reda i mira, te druge u čijoj se nadležnosti nalazi da reaguju u sluča-  
jevima problema unutar porodice. Iako ni izbliza ne zvuči tako atraktivno kao  
uvođenje posebnog Zakona, kojim se zapravo pokrivaju i sa medijske scene ukla-  
njaju problemi u ovim delovima državnog aparata, možda bismo mogli pokušati  
da im se na raspolaganje stave ozbiljniji resursi, da se reorganizuju, da se unutar  
njih uspostave procedure i odgovornost pojedinca.

Čini se još kao da bismo mogli porazmisliti i o boljoj regulativi u oblasti  
medija. Možda bi sprečavanje sasvim nekontrolisanog emitovanja prostakluka i  
nebrojenih rijaliti programa u kojima se promovise brutalnost, bljutava seksualnost  
bez bilo kakvih emocija i van okrilja porodice, kao i vrednosti homoseksualno i  
drugačije orijentisanih lica, te davanja pažnje nevrednim ličnim temama seksu-  
alnih i drugih orijentacija, ipak moglo biti od neke koristi.

Ako bismo ove termine u medijima ispunili obrazovnim i kulturno vrednijim  
programima, sprečili štampane, internet i druge novine da nude mazohističke  
sadržaje na naslovnim stranama, voajerišući nad tragičnim slučajevima, ne bismo  
li time i tada zapravo delovali preventivno na nasilje u porodici, pa i svako drugo  
nasilje, uklanjajući ovakve obrasce ponašanja iz života sadašnjih i naročito gene-  
racija koje tek stasavaju i trebaju da zasnivaju sopstvene porodice. Ali, gde je onda  
tu profit?



*Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs*

*Stefan S. Samardžić, Assistant with Ph.D.  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
S.Samardzic@pf.uns.ac.rs*

### **Act on Prevention of Domestic Violence – Critical Review through the Prism of Criminal Law**

**Abstract:** *The article represents an examination of the new Serbian Act on Prevention of Domestic Violence. At the first place, the subject of the authors' critics is the lack of need for such a special Act in Serbian legal system. The categories of possible perpetrator of violence and procedure of prediction that a criminal offence could be committed are analysed as very doubtful and problematic. At the end, arises a question is it possible that such a preventive quasi-criminal law could provide any protection to the family and its members.*

**Keywords:** *family, crime, domestic violence, victim.*

Datum prijema rada: 26.12.2017.

*Dr Magdolna I. Sič, vanredni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
M.Sic@pf.uns.ac.rs*

*Milan M. Milutin, asistent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
M.Milutin@pf.uns.ac.rs*

## **IUS VENDENDI ZALOŽNOG POVERIOCA I PITANJE ODGOVORNOSTI ZA EVIKCIJU U RIMSKOM PRAVU<sup>1</sup>**

**Sažetak:** U ovom radu razmatramo sledeća pitanja: razvoj prava prodaje (*ius vendendi*) predmeta zaloge od strane založnog poverioca u slučaju *pignusa*; pitanje na čemu se bazira njegovo ovlašćenje da kao nevlasnik, suprotno pravilu „*nemo plus iuris*“, prenese pravo svojine na kupca; i sa ovima povezano pitanje odgovornosti za evikciju. Glavna tema našeg istraživanja jeste: koga tereti odgovornost ako predmet zaloge bude eviciran od kupca – poverioca ili neposredno dužnika? Ovo pitanje je bilo veoma aktuelno u starom Rimu. S obzirom na to da je evidencija nepokretnosti i drugih stvari prvenstveno služila obezbeđenju naplate poreza, da nije bila ažurna i retko je bila dostupna privatnim licima, često je dolazilo do zalaganja tuđih stvari, o čemu svedoči znatan broj tekstova u izvorima. Prateći kazuistička rešenja klasičnih pravnika zasnovanih na principu *bonae fidei*, u Justinijanovom pravu stižemo do odgovora na naše pitanje: da dužnik neposredno odgovara za evikciju prodatog predmeta zaloge – do rešenja koje je, po našem mišljenju, prihvatljivo i u savremenom pravu.

**Ključne reči:** *pignus*; zaloge; *ius vendendi*; prodaja zaloge; evikcija.

---

<sup>1</sup> Ovaj rad je rezultat istraživačkog rada na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu: „Pravna tradicija i novi pravni izazovi”.

## 1. UVOD

Do vremena vladavine dinastije Severa (početak trećeg veka nove ere) pravo na prodaju predmeta zaloge založnog poverioca bilo je slučajni element ugovora o zalozi, a tada postaje njegov prirodni element, dok je u Justinijanovom pravu čak i bitni element. Izuzevši fiduciju, u ostalim oblicima zaloge založni poverilac ne stiče svojину na predmetu zaloge. Prema tome, ostvarenom prodajom prodaje tuđu stvar, ali po pravilu prenosi i svojinu na kupca. U ovom slučaju se krši osnovno pravilo *nemo plus iuris*. Usled toga, jedno od spornih pitanja u romanistici jeste kako objasniti ovu anomaliju: šta čini osnov prenosa svojine prodate zaloge na kupca? Pored ovog, više teorijskog pitanja, postavlja se i pitanje odgovornosti prodavca za pravne nedostatke stvari: može li kupac predmeta zaloge da zahteva zaštitu od evikcije i protiv koga da pokrene postupak? Ovo pitanje je bilo veoma aktuelno u starom Rimu, jer je poznato da rimsko pravo ne poznaje evidenciju nepokretnosti u interesu privatnih lica. Ova evidencija je postojala u javnom interesu, prvenstveno radi regulisanja naplate poreza u provincijama čije stanovništvo je bilo opterećeno poreskim obavezama već u kasnom pretklasičnom, a posebno u klasičnom periodu. Ona je bila počev od vremena cara Dioklecijana proširena na celu teritoriju Carstva imajući u vidu Dioklecijanovu politiku jedinstvenog oporezivanja celokupnog stanovništva. Pored nepokretnosti ova evidencija se odnosila i na oporezive pokretne stvari.<sup>2</sup> S obzirom na to da ona nije bila ažurna niti je bila uvek dostupna na uvid privatnim licima, zalaganje tuđe stvari je moglo da bude čest slučaj, o čemu svedoči i znatan broj tekstova u izvorima o ovom pitanju. Imajući u vidu da je u današnje vreme zaloga najrasprostanjenije sredstvo obezbeđenja potraživanja, i da su, pored nepokretnosti, čiju svojinu je najlakše kontrolisati, predmet zaloge i pokretne stvari, ovo pitanje može da bude značajno i za savremeno pravo.

## 2. PRODAJA PREDMETA ZALOGA I PRENOS PRAVA SVOJINE NA KUPCA

Dok je u najstarije vreme u slučaju fiducije zaključene sa poveriocem poverilac imao pravo da zadrži predmet zaloge u svojini na ime neizmirenog duga, pignus u početku kao državinska zaloga nije pružao poveriocu nikakvu satisfakciju, sem vršenja pritiska na dužnika da ispuní svoju obavezu. Mogućnost da prodajom zaloge naplati svoje potraživanje javlja se tek krajem perioda republike

---

<sup>2</sup> Vid. Magdolna Sič, „Katastri, zemljišni registri i isprave o kupoprodaji u starom Rimu – elementi modernih zemljišnih knjiga“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)* 2/2013 (vol. 47), 279-302.

na osnovu posebnog sporazuma o prodaji: *pactum de distrahendo pignore*<sup>3</sup> (ili *pactum de vendendo*). Gaj u II veku nove ere još spominje ovaj sporazum koji ovlašćuje poverioca da proda tuđu (dužnikovu) stvar.

*Gaius Inst.* 2, 64: „...*item creditor pignus ex pactione (alienare potest)*“ (...takođe poverilac na osnovu sporazuma /može da proda/ *pignus*.)

Kasnije u toku klasičnog perioda prodaja predmeta zaloge od strane poverioca bila je valjana i bez posebnog sporazuma.<sup>4</sup> S obzirom na to da je na ovaj način postao prirodni element ugovora o zalozi, postojala je i mogućnost isključenja suprotnim sporazumom: *pactum de non distrahendo pignore*.

D. 13, 7, 4: *Ulpianus libro 41 ad Sabinum*. „*Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.*“ (Ako je postignut sporazum o prodaji zaloge odmah na početku ili kasnije, ne samo što je prodaja valjana, već kupac zaista stiče i svojину stvari. Ali i onda kada o prodaji zaloge ništa nije dogovoreno, primenjujemo isto pravo, da može da proda, ukoliko nije postignut sporazum o zabrani prodaje. Ali ako je postignut sporazum o tome da se ne prodaje, poverilac, ako proda, odgovara za krađu, ukoliko dužnik nije bio tri puta opomenut da plati, a to nije učinio.)

Ovaj Ulpijanov tekst potvrđuje pravo prodaje predmeta zaloge od strane založnog poverioca na osnovu samog prava, tj. kao prirodni element ugovora o zalozi. U poslednjoj rečenici navedenog teksta se, međutim, konstatuje i to da ni sporazum o zabrani prodaje zaloge nije imao efekta, ako je dužnik bio tri puta opomenut da izvrši isplatu. Dok prethodni deo teksta odgovara Ulpijanovom vremenu i smatra se klasičnim, poslednja rečenica je najverovatnije interpolisana od strane kompilatora Justinijanovih Digesta.<sup>5</sup> Trostruka opomena se sreće tek u postklasičnom periodu.<sup>6</sup> Po našem mišljenju ova opomena, kao i pravo državne blagajne da proda zaplenjene stvari dužnika na ime neplaćenog javnog duga bez mogućnosti suprostavljanja dužnika ovoj prodaji, dovodi u vreme Justinijana do

<sup>3</sup> Renato Perani (Perani), *Pignus distrahere. L' alienazione della cosa pignorata da parte del creditore*, Milano 2013/2014, in [https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/230098/301269/phd\\_unimi\\_R09253.pdf](https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/230098/301269/phd_unimi_R09253.pdf) (11. 11. 2017), 8-9.

<sup>4</sup> *Ius distrahendi* založnog poverioca potvrđuje konstitucija cara Aleksandra Severa C. J. 8, 29, 1 iz 222. godine.

<sup>5</sup> R. Perani, 34 i dalje.

<sup>6</sup> Trostruku opomenu sem Ulpijanovog teksta srećemo u Paulovim Sentencijama nastalim u III-IV veku nove ere. P. S. 2, 5, 1: „...*creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet*,...“ (...poverilac koji jednostavno /bez sporazuma o prodaji/ hoće da proda predmet zaloge koji mu je predat, pre prodaje treba tri puta da opomene svog dužnika.)

pravila da dužnik koji nije spreman da ispuni svoju obavezu nema pravo da spreči prodaju zaloge. Samim tim pravo prodaje predmeta zaloge u Justinijanovom pravu postaje bitni element ugovora o zalozi.<sup>7</sup>

Mada je na ovaj način zaštita interesa založnog poverioca na prvom mestu, Justinijan takođe pruža zaštitu i dužniku.<sup>8</sup>

C. J. 8, 33, 3, 1 (530): *Imperator Justinianus. „Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore sive in aliis conventionibus ea observari, pro quibus inter creditorem et debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur feneratori ex denuntiatione vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa est vel sententia prolata est, numerandum eam vendere.“* (Stoga, određujemo da ukoliko neko založi stvar poveriocu, i bilo je predviđeno u sporazumu na koji način da se proda predmet zaloge, bilo u pogledu vremena ili drugih dogovora, treba uzeti u obzir ono što je između poverioca i dužnika bilo ugovoreno. Međutim, ako nije bilo nikakvog sporazuma, data je mogućnost poveriocu da po pozivu ili donošenju sudske presude, dve godine računajući od upućivanja poziva dužniku na isplatu ili od proglašenja presude, pristupi prodaji.)

Prema Justinijanu nema sumnje da poveriocu pripada pravo na prodaju predmeta zaloge. O načinu i vremenu realizacije ove prodaje moguć je sporazum sa dužnikom. Ukoliko, međutim, nije bilo nikakvog sporazuma, poverilac može da realizuje svoje pravo protekom roka od dve godine od upućenog poziva dužniku da plati svoj dug ili po donošenju sudske presude kojom je dužnik osuđen da plati dug. Ovaj poduži rok svakako štiti interese samog dužnika.<sup>9</sup>

Dok je u slučaju fiducije poverilac vlasnik i samim tim prodajom prenosi i svojину stvari, u slučaju pignusa, bez obzira na to da li je reč o državinskoj zalozi (*pignus datum*) ili hipoteci (*pignus conventum*), poverilac prodaje tuđu stvar. On ipak i u ovom slučaju prenosi svojину na kupca.<sup>10</sup> To potvrđuje, na primer, Ulpijan u navedenom tekstu (D. 13, 7, 4): *non tantum venditio valet, verum incipit emptor*

---

<sup>7</sup> William Warwick Buckland (Bakland), *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1921, 477; John Henry Wigmore (Vigmor) „The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas“ III, *Harvard Law Review*, Vol. 11, No. 1, 1897, 27-28; R. Perani, 34 -38.

<sup>8</sup> Nagoveštava u svojim Institucijama (Just. Inst. 2, 8, 1) da je zaštita interesa poverioca i dužnika regulisana putem njegove konstitucije iz 530. (C. J. 8, 33, 3). Vid. Javier Rodriguez Diez (Rodrigez), *Potestas alienandi, Transfer of ownership by a non-owner from Roman law to the DCFR*, 2016, 56. in [https://www.academia.edu/30612716/Potestas\\_alienandi\\_Transfer\\_of\\_ownership\\_by\\_a\\_non-owner\\_from\\_Roman\\_law\\_to\\_the\\_DCFR](https://www.academia.edu/30612716/Potestas_alienandi_Transfer_of_ownership_by_a_non-owner_from_Roman_law_to_the_DCFR) (8. 11. 2017).

<sup>9</sup> O ovoj konstituciji detaljnije vid. Magdolna Sič, Milan Milutin, „Pribavljanje svojine na predmetu zaloge od strane založnog poverioca u rimskom pravu (impetratio dominii)“, *Zbornik radova PFNS* 2/2016 (vol. 50), 466.

<sup>10</sup> Vid. Alberto Burdese (Burdeze), *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino 1949, 165-167.

*dominium rei habere* (ne samo što je prodaja valjana, već kupac zaista stiće i svojinu stvari), kao i u sledećem.

D. 41, 1, 46: *Ulpianus libro 65 ad edictum*. „*Non est novum, ut qui dominium non habeat, alii dominium praebeat: nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit.*“ (Nije novo, da onaj ko nema svojinu, na drugog prenosi svojinu: tako i poverilac prodajući zalogu prenosi osnov svojine, koju sam nema.)

U ovom tekstu Ulpijan je precizniji, jer navodi da prodajom kupcu omogućuje u suštini samo pravni osnov za sticanje svojine. Da bi kupac stekao svojinu treba da bude izvršena i predaja stvari. U tom smislu Paul nadopunjuje Ulpijana.

D. 20, 5, 13: *Paulus libro primo decretorum*. „*Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.*“ (Poverilac, koji prodaje zalogu na osnovu svog prava, treba da prenese svoje pravo i ako poseduje predmet zaloge svakako treba da preda i posed.)<sup>11</sup>

Ako predaja nije izvršena kupac nije stekao svojinu i prema konstituciji cara Dioklecijana i Maksimijana nema pravo na svojinsku tužbu.

C. J. 8, 27 (28), 13 (293): *Imperatores Diocletianus, Maximianus*. „*Qui praedium obligatum a creditore comparavit, si in vacuum possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habet.*“ (Onaj ko je kupio zalogom opterećenu zemlju od poverioca, ukoliko nije uveden u slobodan posed, ne može da koristi stvarno-pravnu tužbu.)

Prema tome, ukoliko je predmet zaloge *res nec Mancipi* poverilac prodajom obezbeđuje kupcu pravni osnov za sticanje prava svojine, i ako je stvar u njegovom posedu predaje i posed. Za prenos svojine dovoljna je tradicija. Ukoliko je predmet zaloge *res Mancipi*, poverilac u slučaju fiducije ima obavezu da izvrši i Mancipaciju ili injurecesiju, ali ta mogućnost mu ne pripada u slučaju pignusa.<sup>12</sup> Prema tome predajom bi preneo samo bonitarnu svojinu.

### 3. OSNOV PRENOSA SVOJINE OD STRANE POVERIOCA NA KUPCA ZALOGA

Videli smo da prodajom predmeta zaloge od strane založnog poverioca kupac zaista stiće svojinu stvari (*verum incipit emptor dominium rei habere*). O tome šta čini osnov prenosa svojine založnog poverioca, kao nevlasnika, na kupca zaloge postoji nekoliko mišljenja.

Prema Pjetru De Frančijiju (De Francisci) u momentu dopelosti dužnikove obaveze, ukoliko isplata izostane, može da se smatra da se dužnik odrekao pred-

<sup>11</sup> Takode, C. J. 8, 27 (28), 15 (294).

<sup>12</sup> A. Burdese, 167-172.

meta zaloge, što ovlašćuje poverioca na neposredno raspolaganje stvarju.<sup>13</sup> Mada je njegovo razmišljanje logično, ovo mišljenje nije zasnovano na izvorima.

Alfred Manig (Manigk) ide od toga i dalje. On smatra da čim izostane isplata duga od strane založnog dužnika poverilac stiće automatski svojinu na predmetu zaloge i prema tome prodaje ga kao sopstvenik, kao što čini poverilac u slučaju fiducije.<sup>14</sup> Osnovna zamerka njegovoj tezi jeste činjenica da je u slučaju pignusa svojina predmeta zaloge mogla biti prenet na poverioca samo posebnim dodatnim sporazumom o *lex commissoria*. Automatski prenos svojine u ovom sučaju nije bio moguć.

Paul Košaker (Koschaker) i Maks Kazer (Kaser) su ideju o prelasku svojine na poverioca korigovali tezom o podeljenoj svojini, svojini koja je na poseban način podeljena u slučaju predmeta zaloge, s jedne strane u korist dužnika založodavca, a sa druge u korist založnog poverioca. Prema tome izostankom isplate duga i prema njihovom shvatanju poverilac bi prodao zalogu kao sopstvenik.<sup>15</sup>

Ova mišljenja, nisu potvrđena izvorima i u novije vreme su napuštena.<sup>16</sup> Umesto ovih teorijskih konstrukcija po kojima je reč o odustajanju (napuštanju) od svojine stvari ili o njenom neposrednom prenosu na poverioca u momentu izostanka isplate duga, sada se prilikom traganja za osnovom prenosa svojine polaze od Gajevog teksta u njegovim Institucijama. Gaj posle izlaganja slučajeva u kojima sam vlasnik nema pravo na prodaju svoje stvari, prelazi na suprotne slučajeve u kojima nevlasnik ima pravo na prodaju tuđe stvari.

*Gaius Inst. 2, 64: "Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator [id est, cui libera administratio permissa] est; item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur."* (Nasuprot tome, agnatski srodnik, koji je staralac duševno obolelog lica, na osnovu Zakona XII tablica može otuđiti; takođe prokurator [tj. kome je dozvoljeno da slobodno upravlja]; isto i poverilac založenu stvar na osnovu [posebnog] sporazuma, iako stvar nije njegova. Ali, u ovom slučaju se možda može reći da je otuđenje založene stvari izvršeno voljom dužnika, jer je svojevremeno

---

<sup>13</sup> Pietro De Francisci (De Frančiši), *Il trasferimento della proprietà: storia e critica di una dottrina*, Padova 1924, 256.

<sup>14</sup> A. Manigk (Manig), s.v. Pignus, in: Pauly-Wissowa, *Real Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, 20, 1 (1941), prema R. Perani, 20.

<sup>15</sup> Paul Koschaker (Košaker), „Emilio Albertario, Studi di diritto romano II: cose – diritti reali – possesso“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* (ZSS) 63 (1943), 439; Max Kaser, „Studien zum römischem Pfandrecht“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 44/1976, 244-247.

<sup>16</sup> A. Burdese, 132; Paolo Frezza (Freca), *Le garanzie delle obbligazioni. 2. Le garanzie reali*, Padova 1963, 82-84; R. Perani, 20-21 i 104-105.



zaključio sporazum kojim je dozvolio poveriocu da založenu stvar proda ako novac ne bude isplaćen.)<sup>17</sup>

Prema ovom tekstu, staratelju, agnatu umobolnika, ovo pravo pripada na osnovu Zakona XII tablica, a prokuratoru na osnovu prava na upravljanje imovinom drugog.<sup>18</sup> Tu ubraja i založnog poverioca i navodi da on svoje pravo zasniva na sporazumu zaključenom sa dužnikom (*pactum de vendendo*), da može da proda zalogu ukoliko ne isplati svoj dug i ističe da u ovom slučaju osnov ovlašćenja na prodaju stvari jeste volja dužnika (*voluntate debitoris intellegitur pignus alienari*). Ova volja je izražena u sporazumu dodatom prilikom ustanovljavanja zaloze ili kasnije, ali svakako pre realizacije prodaje.<sup>19</sup>

Videli smo da vremenom dodavanje ovog sporazuma nije potrebno, jer pravo na prodaju predmeta zaloze postaje prirodni element ugovora o zalozi. U ovom slučaju se smatra da se *pactum de vendendo* podrazumeva, da je uključen po samom pravu u ugovor.<sup>20</sup> Prema tome, prenos prava svojine na kupca zaloze i dalje se bazira na volji dužnika. Havijer Rodriggez (Rodriguez) tome dodaje da prenos prava svojine od strane založnog poverioca nije u suprotnosti ni sa pravilima *ius-a civile*. Naime, činjenica da je pignus nastao kasnije od fiducije ne znači istovremeno i to da je i prenos prava svojine od strane nevlasnika kasnijeg porekla. Nasuprot tome, izgleda baš da su rimski pravници u suštini povratili pravilo *ius-a civile*, da je predaja (*traditio*) od strane drugog na osnovu volje vlasnika pravno valjana. Na ovaj način su dodavanjem *pactum de vendendo* ugovoru o zalozi omogućili prenos prava svojine na predmetu zaloze na kupca.<sup>21</sup> U međuvremenu, počev od zaključenja ugovora o zalozi pa sve do realizacije prodaje i predaje predmeta zaloze, dužnik ostaje i dalje vlasnik.<sup>22</sup>

Postavlja se i pitanje, da li na neki način poverilac prilikom prodaje postupa kao zastupnik dužnika na osnovu ugovora o nalogu? Smatramo da o tome u ovom slučaju ne može da se govori iz više razloga. Naime, poverilac prilikom prodaje predmeta zaloze postupa ne samo u svoje ime (što je uobičajeno u slučaju naloga rimskog prava), nego prvenstveno u svom interesu i za svoj račun (on dužniku treba da vrati samo eventualni višak ostvarene prodajne cene); zatim, njegovo ovlašćenje je samo mogućnost, a ne i njegova obaveza na prodaju. Po svojoj odluci on može i posle dospelosti dužnikove obaveze samo da zadrži svoje pravo, vršeći i dalje psihološki pritisak na dužnika.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> U ovom slučaju je delimično korišćen i prevod Gajevih Institucija profesora Obrada Stanojevića: Gaj, Institucije, Beograd 2009 (priređio i preveo Obrad. Stanojević).

<sup>18</sup> Vid. na primer: D. 6, 1, 41, 1 (Ulp. 17 ed.).

<sup>19</sup> D. 44, 3, 14, 5 (Scaevola, lib. sing. quaest. publ.).

<sup>20</sup> Vid. A. Burdese, 134-139; R. Perani, 23 i 143; J. Rodriguez D., 55.

<sup>21</sup> J. Rodriguez D., 53-73.

<sup>22</sup> R. Perani, 46.

<sup>23</sup> D. 13, 7, 6 pr.; R. Perani, 150; A. Burdese, 25-27.

#### 4. NEPOSTOJANJE ODGOVORNOSTI ZA EVIKCIJU ZALOŽNOG POVERIOCA U SLUČAJU PIGNUSA PREMA TREĆEM LICU-PRIBAVIOCU (KUPCU)

Sve dotle dok odgovornost prodavca za evikciju nije postala prirodni element ugovora o kupoprodaji,<sup>24</sup> ova odgovornost se preuzimala putem stipulacije. Iz ovog logično sledi da poverilac u slučaju pignusa kao bezdržavinske zaloge, imajući u vidu da nije bio sopstvenik predmeta zaloge, nije odgovarao za evikciju, osim, ako tu odgovornost posebno nije preuzeo na sebe putem stipulacije.

Smatra se da je u klasičnom periodu formulisano i pravilo: „*creditorum evictionem non debere*“ (poverilac ne odgovara za evikciju). Prema Albertu Burdezeu (Burdesi), to je učinjeno u vreme dinastije Severa, tj. prve polovine trećeg veka nove ere.<sup>25</sup> O tome svedoči konstitucija cara Aleksandra Severa iz 223. godine nove ere.

C. J. 8, 45 (46) 1: *Imperator Alexander Severus. „Cum iure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit, evictio non debetur, quia et privatus creditor eodem iure utitur, nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit.“* (Ako je moj zastupnik po osnovu prava poverioca prodao zemlju opterećenu zalogom zbog fiskalnog duga, ne odgovara za evikciju, jer se i na privatnog poverioca primenjuje isto pravo, izuzev ako je to bilo izričito obećano od strane privatnog lica.)

U ovom tekstu reč je o javnopravnom slučaju zaloge zbog duga carskoj blagajni, najverovatnije zbog neplaćenog poreza. Službenik koji u korist cara prodaje dužnikove zaplenjene stvari ne odgovara za evikciju. U konstituciji se napominje da razlog ne leži u posebnoj carskoj privilegiji, već se i na carsku blagajnu primenjuje isto pravilo, kao i na poverioca koji je privatno lice. Poverilac koji je prodao zalogu zbog neplaćenog privatnog duga takođe ne odgovara za evikciju, što međutim, u ovom slučaju ne isključuje mogućnost da tu odgovornost on kao privatno lice preuzme na sebe. Činjenicu da se pravilo „*creditorum evictionem non debere*“ primenjuje na svakog založnog poverioca potvrđuje i Paul.

D. 20, 5, 10: *Paulus libro sexto responsorum. „Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem qui fundum vendidit, si velit eiusdem rei ex alia causa quaestionem*

---

<sup>24</sup> To je bio rezultat postepenog procesa primene principa *bonae fidei*, koji može da se prati počev od pravnika Julijana (II vek nove ere). Naime, u D. 19, 1, 11, 18 (Ulp. 32 ad ed.) Ulpijan se poziva na Julijanovo mišljenje. Vid. Giovanni Guida (Gvida), *Problematiche vecchie e nuove in tema di responsabilità del venditore*, 156-168. <http://dspace-roma3.caspur.it/bitstream/2307/3735/1/PROBLEMATICHE%20VECCHIE%20E%20NUOVE%20IN%20TEMA%20DI%20RESPONSABILITA%27%20DEL%20VENDITORE.pdf> (31. 10. 2017), Kasnije 222. godine car Aleksandar Sever (C. J. 8, 44, 6) već smatra nespornim da odgovornost prodavca za evikciju sledi neposredno iz ugovora o kupoprodaji.

<sup>25</sup> A. Burdese, 173-187.

*movere.*“ (Mada onaj ko kupuje na osnovu prava zaloge, ne može zbog evikcije stvari da se obrati prodavcu, jer poverilac koji je prodao zemlju ne može biti tužen, ali ako hoće može da pokrene postupak povodom iste stvari po drugom osnovu.)

Neki autori osporavaju klasično poreklo ovog pravila pozivajući se na tekstove u kojima stoji posebna klauzula ugovora o kupoprodaji: *pactum de non praestanda evictionem* (sporazum o neodgovornosti za evikciju).<sup>26</sup> Naime, ako je založni poverilac oslobođen odgovornosti za evikciju po samom pravu, ova klauzula nije potrebna. Ona je potrebna samo ako bi inače odgovarao za evikciju. Ova klauzula se spominje u nekoliko tekstova iz klasičnog perioda. To čini Trifonin u sledećem tekstu pozivajući se na reskript (princepsovu konstituciju) koji je sastavio Papinijan.<sup>27</sup>

D. 20, 5, 12, 1: *Tryphoninus libro octavo disputationum. „Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium quod percepit creditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. Quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu et qualiquali obligatione a debitore interposita certe ex occasione eius redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet...“* (Ako je u zalogu data tuđa stvar i poverilac ju je prodao, da vidimo, da li cena koju je poverilac primio oslobađa dužnika lične tužbe iz novčanog zajma. I zaista, odgovor bi bio, ako je prodao po tom pravu, da se ne odgovara na ime evikcije, jer iz ugovora i bilo koje obaveze jasno je za dužnika da je iz njegovog razloga to uneto, cena jednako koristi dužniku, kao što ide u korist poverioca.)

To znači da poverilac zadržava za sebe prodajom zaloge ostvarenu cenu i samim tim se smatra da je dužnik ispatio svoj dug.

Sledeći tekst je Papinijanov odgovor koji je dat u njegovo sopstveno ime. Takođe potvrđuje da unošenjem klauzule o neodgovornosti poverioca za evikciju, poverilac ima pravo da zadrži ostvarenu cenu za sebe.

D. 21, 2, 68, pr.: *Papinianus libro 11 responsorum pr. „Cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet: quamvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta nullam emptor exceptionem habebit, quo minus pretium solvat.“* (Ako je zaloga prodana pod uslovom da poverilac ne odgovara za evikciju: i onda ako kupac ne bi platio cenu, nego bi prodavcu dao obezbeđenje, po nastupaloj evikciji kupac ne bi imao pravo ni na kakav prigovor, da bi izbegao isplatu cene.)

Na osnovu ovih tekstova izvodi se zaključak da je u klasičnom periodu bilo potrebno uneti klauzulu o neodgovornosti za evikciju da bi poverilac bio oslobođen iste, a da je pravilo o poveriočevoj neodgovornosti za evikciju rezultat interpolacije Justinijanovih kompilatora.

<sup>26</sup> *Ibid.* 179.

<sup>27</sup> Vid. Magdolna Sič, „Kupovina predmeta zaloge od strane založnog poverioca prema Papinijaniju (Fragm. Vat. 9)“, *Zbornik radova PFNS* 2/2010 (Vol. 44), 156-157.

Prema Burdezeu dodavanje ovog pakta ne potvrđuje odgovornost poverioca za evikciju u klasičnom pravu kako neki autori smatraju,<sup>28</sup> već je rezultat približavanja pravila fiducije i pignusa u toku klasičnog prava, s obzirom na to da bi bez upotrebe ovog pakta u slučaju fiducije poverilac kao vlasnik odgovarao za evikciju. Naime, fiducijar, imajući u vidu da je bio kviritski sopstvenik *res mancipi*, prilikom prodaje predmeta fiducije i na osnovu izvršene mancipacije odgovarao je za evikciju putem *actio auctoritatis* i u klasičnom periodu (prvi, drugi vek nove ere), mada u tom periodu postoji i odgovornost prodavca putem stipulacije. *Formula Baetica* (sastavljena između I i II veka) ukazuje na praksu izbegavanja ove odgovornosti od strane fiducijara prodavca. U tome Burdeze vidi uticaj pravila pignusa, jer u slučaju pignusa poverilac, kao nevlasnik, izvorno nije odgovarao za evikciju.<sup>29</sup> O tome svedoči Ulpijan (treći vek) koji se poziva na pravnik Julijana iz drugog veka nove ere.

D. 19, 1, 11, 16: *Ulpianus libro 32 ad edictum. „Sententiam Iuliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque: nam si iure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor: hoc enim multis constitutionibus effectum est. Dolum plane venditor praestabit, denique etiam repromittit de dolo: sed et si non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam vel non esse eius qui sibi obligavit vendiderit, tenebitur ex empto, quia dolum eum praestare debere ostendimus.“* (Smatram da je Julijanovo mišljenje u slučaju pignusa takođe potpuno ispravno: jer ako se prodaje na osnovu prava poverioca i posle toga biva eviciran, poverilac nije terećen ni za povraćaj cene na osnovu tužbe iz kupoprodaje: to je takođe potvrđeno u mnogim konstitucijama. Međutim, prodavac sigurno odgovara za *dolus*, posebno ako se na *dolus* obavezao: ali i onda ako se na to nije obavezao, ali je znajući da nije u njegovu korist založena ili ne pripada onome ko je njemu založio ipak prodao, biće tužen iz kupovine, jer smo na to ukazali da treba da odgovara za *dolus*).<sup>30</sup>

Prema Julijanu u drugom veku nove ere kada se fiduciji dodaje klauzula o neodgovornosti za evikciju, u slučaju pignusa ova odgovornost ne postoji, jer poverilac nije vlasnik predmeta zaloge. Međutim, kasnije, pod uticajem primene principa savesnosti i poštenja odgovornost za evikciju postaje prirodni element samog ugovora o kupoprodaji. Ova praksa počinje da utiče i na ugovor o kupoprodaji predmeta zaloge od strane založnog poverioca, nevlasnika, i kupac predmeta zaloge u slučaju evikcije tužbom iz ugovora o kupoprodaji (*actio empti*) ima mogućnost analogno običnoj kupoprodaji da zahteva od založnog poverioca/prodavca naknadu štete. Da bi ovaj izbegao odgovornost za evikciju, sledeći praksu u slučaju fiducije tada se u ugovor unosi klauzula o njegovoj neodgovornosti.

---

<sup>28</sup> A. Burdese, 179.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 58-63.

<sup>30</sup> Takode, D. 19, 1, 11, 15.

Vremenom ni ova klauzula nije više potrebna jer se izričito ustanovljava pravilo „*creditorum evictionem non debere*“, izuzev u slučaju poveriočevog *dolus*-a.<sup>31</sup>

Prema Burdezeu, pravilo „*creditorum evictionem non debere*“, kasnije, u Ulpijanovo vreme, primenjeno je i na fiduciju.<sup>32</sup> Sam fiducijar je posle toga odgovornost za evikciju mogao da preuzme na sebe posebnom stipulacijom. Mada su Justinijanovi kompilatori u Digestama fiduciju, koja je kao sredstvo obezbeđenja potraživanja izašla iz upotrebe u kasnom klasičnom pravu, zamenili terminom *pignus* (i samim tim je teško rekonstruisati pravila fiducije), Burdeze ipak smatra da sledeći Ulpijanov tekst može jednako da se primeni i na fiduciju, ili, bolje rečeno, izvorno se odnosio na fiduciju.

D. 13, 7, 22, 4: *Ulpianus libro 30 ad edictum*. „*Si creditor, cum venderet pignus, duplam promisit (nam usu hoc evenerat et conventus ob evictionem erat et condemnatus), an haberet regressum pigneraticiae contrariae actionis? Et potest dici esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit et ut pater familias diligens id gessit: si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet, quanto vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere.*“ (Ako je poverilac prilikom prodaje zaloge obećao dvostruku naknadu (jer je to uobičajeno i obavezao se za slučaj evikcije i osuđen je), da li će imati pravo na regres putem tužbe *pigneraticiae contraria*? Može da se kaže da ima pravo na regres, ako je bez zle namere i nepažnje tako prodao kako bi to učinio pažljiv otac porodice: ako, međutim, ovakva prodaja nije donela nikakav dobitak, jer je prodao za toliko za koliko je mogao, i onda ako to nije obećao, nema pravo na regres.)

Prema Burdezeu, u poznom klasičnom pravu, odgovornost poverioca za evikciju u slučaju fiducije ograničena je na izuzetne slučajeve i zastupljeno je shvatanje, posebno od strane Ulpijana, da poveriocu tada pripada pravo na naknadu celokupne sume date kupcu zbog evikcije putem *actio fiduciae contraria*.<sup>33</sup>

Prema sledećem tekstu za koji se smatra da reguliše slučaj *pignusa*, poverilac će takođe odgovarati za evikciju samo ako je preuzeo na sebe garanciju za evikciju ili je bio nesavestan, tj. bilo mu je poznato da dužnik nije vlasnik predmeta zaloge.

C. J. 8, 45, 2 (240): *Imperator Gordianus*. „*Si a creditrice iure pignoris fundos pater tuus comparaverit, evictis praediis ita demum petitionem adversus creditricem habere iure potes, si, cum vendiderit, de evictione rei promisit vel etiam dolo malo, cum sciret prudensque esset rem sine vitio non esse, eam patri tuo, cui successisti, venumdedit. Nam sicut genus eiusmodi contractus inscium creditorem vinculo evictionis non adstringit, ita eum, qui fraudem admisit vel decepit, non excusat.*“ (Ako je od poverioca koji je žensko lice tvoj otac kupio zemljišta koja su bila opterećena pravom zaloge i ova zemljišta su bila evicirana, imaš pravo da je tužiš, ako je ona prilikom prodaje obećala zbog evikcije stvari

<sup>31</sup> A. Burdese, 66.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 73-74.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 74.

ili takođe, ako je bila nesavesna, jer je znala da stvar nije bez mane i nju je tvom ocu, čiji si nasljednik, prodala. Jer, mada ova vrsta ugovora ne tereti za evikciju onog poverioca koji nije znao za nedostatke, takođe ne oslobađa odgovornosti onog ko je prevaru činio ili prečutao.)

Analogno prethodnom tekstu, ako bi poverilac u slučaju pignusa preuzeo na sebe garanciju za evikciju putem stipulacije (*stipulatio duplae*), imao bi pravo da tužbom *actio pigneraticiae contraria* traži regres od dužnika. Međutim, ako je znao za pravne nedostatke predmeta zaloge, to pravo mu ne pripada.

Mi takođe smatramo da je pakt o neodgovornosti založnog poverioca za evikciju dodavan ugovoru o kupoprodaji pod uticajem primene principa *bona fides* na ugovor o kupoprodaji. Naime, pod uticajem ovog principa u toku perioda principata odgovornost za evikciju postaje njegov prirodni element. To se dogodilo pre 222. godine nove ere, jer je te godine od strane cara Aleksandra Severa to potvrđeno i kao pravilo.

C. J. 8, 44, 6: *Imperator Alexander Severus. „Non dubitatur, etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex empto competere actionem.“* (Nije sporno, da ako se prodavac posebno nije obavezao za evikciju, po evikciji stvari pripada tužba iz kupoprodaje.)

U praksi je to shvatanje primenjeno na svaki ugovor o kupoprodaji, prema tome i na slučaj prodaje predmeta zaloge od strane poverioca nevlasnika. Da bi ovaj izbegao odgovornost za evikciju dodat je ovaj pakt ugovoru o kupoprodaji na osnovu kojeg je kupac plaćao nižu cenu, ali bi izgubio pravo da se sudi zbog evikcije – izuzev doložnog postupanja poverioca.

Ako bolje pogledamo možemo videti da tekstovi o unošenju ove klauzule *pactum de non praestanda evictionem* potiču od Papinijana. Papinijan je bio carev službenik počev od 26. septembra 194. do 12. februara 202. godine nove ere. Počev od 205. do 211. bio je prefekt pretorija Septimija Severa, zatim je 211. bio smenjen i pogubljen je od strane Karakale 212. godine.<sup>34</sup> Vremenski posmatrano car Aleksandar Sever 222. godine smatra nespornim pravilo da prodavčeva odgovornost za evikciju potiče iz samog ugovora o kupoprodaji kao njegov prirodni element. Prema tome u praksi je to pravilo već primenjeno od ranije, što čini opravdanim unošenje klauzule o poveriočevoj neodgovornosti za evikciju u Papinijanovo vreme. Samo godinu dana posle prethodne konstitucije 223. godine (više od deset godina posle Papinijanove pogibije) isti car potvrđuje i pravilo o poveriočevoj neodgovornosti za evikciju. Posle toga neodgovornost poverioca sledi po samom pravu, a to čini dodavanje ovog pakta suvišnim. Postavlja se stoga i pitanje zašto su zadržani ovi Papinijanovi tekstovi u Justinijanovim Digestama? Poznato je da je zadatak kompilatora bio da prilikom izbora tekstova klasičnih pravnika izostave suprotna i kontradiktorna mesta. Poznato je, međutim, i to

---

<sup>34</sup> Tony Honoré (Onore), *Emperors and Lawyers*, 2. izd., Oxford 1994, 73-81 i 190.



da u tome nisu u potpunosti uspjeli. Pored toga, u ovom slučaju je prisutan i autoritet pravnika Papinijana, kao i sama praksa da od „viška glava ne boli“. Za svaki slučaj, bolje je uneti klauzulu nego izostaviti je.<sup>35</sup>

Prema tome, smatramo klasičnim pravilo o neodgovornosti poverioca za evikciju kako u slučaju pignusa i hipoteke, tako, vremenom, u Ulpijanovo vreme i fiducije. Poverilac je odgovarao za evikciju samo ako je to posebno obećao ili je postupio dolozno. Shodno principu savesnosti i poštenja, u slučaju da je poverilac preuzeo na sebe odgovornost za evikciju i bio je savestan imao je pravo na regres od dužnika, ali to pravo nije imao ako je bio nesavestan.

## 5. AKO SAVESTAN POVERILAC NE ODGOVARA ZA EVIKCIJU, KO SNOSI OVU ODGOVORNOST?

Videli smo da u slučaju ako založni poverilac izričito preuzme ovu odgovornost može da zahteva od dužnika naknadu ukupne štete koju bi pretrpeo zbog evikcije predmeta zaloge. Prema tome, bilo bi logično da, u slučaju ako poverilac ovu odgovornost nije obećao posebnom stipulacijom, ona tereti samog dužnika (zalagodavca). Da li to tekstovi potvrđuju?

U nastavku napred navedenog teksta, u kom Trifonin razmatra reskript o klauzuli o neodgovornosti poverioca za evikciju sastavljen od strane Papinijana u ime cara, nalazimo odgovor i na ovo pitanje.

D. 20, 5, 12, 1: „...*Sed quantum ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat.*“ (Ali dužnik se oslobađa samo u odnosu na poverioca: što se tiče vlasnika stvari ako založena stvar nije evicirana, ili kupca posle evikcije, prema njima dužnik odgovara na osnovu *actio utilis*, da ne bi na tuđem gubitku pribavio sebi korist.)

Prema tome, s obzirom na to da poverilac ne odgovara za evikciju, zadržavajući cenu, oslobađa dužnika obaveze prema njemu samom. U odnosu na vlasnika založene stvari ako nije došlo do evikcije, ili u odnosu na kupca od kojeg je stvar evicirana, dužnik nije oslobođen odgovornosti, već sam odgovara za naknadu štete. Protiv njega, vlasnik ili kupac zaloge imaju tužbu *utilis* (tužbu koja je zbog razloga korisnosti proširena), ali se ne navodi o kojoj tužbi je reč.<sup>36</sup> Odgovor možemo pronaći u sledećim Ulpijanovim tekstovima.

<sup>35</sup> Danas je takođe čest slučaj da se, iako određene odgovornosti slede po samom pravu, ipak unose o njima i posebne klauzule u ugovore.

<sup>36</sup> Konkretna tužba najverovatnije nije navedena, jer bi u slučaju sudskog izvršenja presude prodajom zaplenjenih stvari osuđenog lica (*pignus in causa iudicati captum*), ako bi došlo do evikcije, s obzirom na to da se prodaja ne bazira na ugovoru, već na odluci organa vlasti, kupac imao pravo neposredno da pokrene postupak putem *actio empti* protiv osuđenog lica. Vid. D. 21, 2, 74, 1 *Hermogenianus libro secundo iuris epitomarum*.



D. 13, 7, 9 *pr.* Ulpianus libro 28 ad edictum. „*Si rem alienam mihi debitor pignori dedit aut malitiose in pignore versatus sit, dicendum est locum habere contrarium iudicium.*“ (Ako mi je dužnik dao u zalogu tuđu stvar ili je zlonamereno postupio u pogledu zaloge, treba reći da ima mesta za primenu *actio contraria*.)

Prema ovom tekstu, ukoliko bi poverilac pre realizacije prodaje predmeta zaloge saznao da je dužnik dao u zalogu tuđu stvar ili je nesavesno postupio prilikom zaključenja ugovora o zalozi, on će imati pravo da tuži dužnika sa *actio pigneraticiae contraria* radi ostvarenja naknade štete. Prema tome poveriocu protiv dužnika pripada *actio pigneraticiae contraria*.

Sledeći tekst pojašnjava način proširenja primene ove tužbe i na kupca evicirane zaloge. Odnosi se na slučaj ako bi kupac predmeta zaloge u slučaju evikcije pokrenuo postupak protiv prodavca, založnog poverioca.

D. 21, 2, 38: Ulpianus libro secundo disputationum. „*In creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrariam pigneraticiam actionem. Et magis est ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est?*“ (U slučaju u kom poverilac prodaje zalogu može da se razmotri, ako je stvar evicirana, da li da se zbog toga tereti tužbom iz kupoprodaje da prenese tužbu koju ima protiv dužnika na kupca: on naime ima *actio pigneraticiae contraria*. I bolje je mišljenje da to sam prenese: jer se ne smatra pravičnijim u odnosu na njega da kupac ima tu mogućnost, koju može da koristi bez toga da čini bilo kakav izdatak za poverioca.)

Ovaj tekst se smatra potpuno interpolisanim.<sup>37</sup> Prema Burdezeu u klasičnoj interpretaciji odnosio bi se samo na slučaj u kom je poverilac preuzeo odgovornost za evikciju na sebe. Ako bi došlo do evikcije on bi mogao da se oslobodi njenih posledica prenosom tužbe *actio pigneraticiae contraria* na kupca. On takođe smatra da je u Justinijanovo vreme ovo pravilo prihvaćeno u opštem smislu: da ako bi došlo do evikcije prodate stvari poverilac u svakom slučaju (i onda ako odgovornost nije preuzeo) ima obavezu da cedira (prenese na kupca) ovu tužbu protiv dužnika.

Prema tome u Justinijanovo vreme zauzet je stav da dužnik neposredno odgovara za evikciju na taj način što poverilac prenosi svoju tužbu *actio pigneraticiae contraria* protiv dužnika na kupca. Smatramo da ovo pravilo nije u suprotnosti sa neodgovornošću poverioca za evikciju, jer u ovom slučaju odgovornost snosi sam dužnik. To je u skladu i sa *bona fides*-om – odgovornost tereti onog ko je nesavesno postupio.<sup>38</sup> S druge strane ovim su zastupljeni i interesi poverioca,

---

<sup>37</sup> A. Burdese, 191, fn. 3

<sup>38</sup> Freca takođe smatra da prodaja *iure creditoris* izuzima *bonae fidei* poverioca od odgovornosti za evikciju. Ukoliko dođe do evikcije dužnik odgovara ili prema poveriocu ili prema kupcu zaloge. Paolo Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni*, Parte terza, Pisa 1958, 302-303.

jer bi on zadržao cenu uz obavezu vraćanja viška cene dužniku i izbegao bi bilo kakav spor. Njegova obaveza se sastoji samo u tome da prenese svoju tužbu protiv dužnika na kupca.

## 6. ZAKLJUČAK

Na osnovu analize izvornih tekstova stigli smo do zaključka, da je pravo na prodaju predmeta zaloge založnog poverioca (*ius vendendi*) postalo prirodni element ugovora o zalozi početkom III veka nove ere (C. J. 8, 29, 1 iz 222. godine). Nezavisno od toga što založni poverilac nije bio vlasnik predmeta zaloge, na osnovu prodaje i izvršene predaje preneo bi na kupca pravo svojine na predmetu zaloge, ukoliko bi založni dužnik bio vlasnik. Osnov tog prenosa koji se protivi pravilu „*nemo plus iuris*“ Rimljani su našli u izraženoj (*pactum de distrahendo pignore*) ili pravno pretpostavljenoj volji (uključenoj u *ius vendendi*) založnog dužnika. Ukoliko dužnik nije bio vlasnik prodane založene stvari i ona bi bila evicirana od kupca zaloge, rimsko klasično pravo je prihvatilo pravilo da založni poverilac ne odgovara za evikciju („*creditorem evictionem non debere*“). Ovo pravilo je i izričito potvrđeno konstitucijom cara Aleksandra Severa iz 223. godine nove ere (C. J. 8, 45 /46/ 1). Naravno, ovo pravilo se odnosilo samo na *bonae fidei* poverioca. Ako bi poverilac odgovornost za evikciju preuzeo na sebe posebnom stipulacijom u slučaju evikcije u klasičnom pravu imao bi pravo da zahteva od dužnika naknadu ukupne štete putem tužbe iz ugovora o zalozi (*actio pignoratitiae contraria*). U vreme Justinijana bilo je prihvaćeno kao opšte pravilo (bez obzira na to da li je poverilac ovu odgovornost preuzeo na sebe ili ne) da ako bi došlo do evikcije prodane založene stvari, savestan poverilac bi zadržao plaćenu cenu i na kupca bi preneo svoju tužbu za naknadu štete iz ugovora o zalozi. Prateći princip savesnosti i poštenja na ovaj način je bilo nedvosmisleno da dužnik direktno odgovara za evikciju.

U današnje vreme kada se pored nepokretnosti (čija je evidencija najsigurnija) sve češće javljaju i pokretne stvari kao predmet zaloge, ovo pitanje može biti aktuelno i kod nas. Njegovu posebnu regulativu, međutim, nismo našli u našem pravu. Prema članu 4. Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar,<sup>39</sup> rešenje ovog problema se nalazi u tome, da ako zalagodavac nije bio vlasnik založene stvari zaloga ne postoji. Ovo na prvi pogled izgleda kao dobro rešenje. Međutim, ako bi se to saznalo posle prodaje predmeta zaloge od

<sup>39</sup> Čl. 4. Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar (*Službeni glasnik RS*, br. 57/2003, 61/2005, 64/2006 – ispr. i 99/2011 – dr. zakoni): „Poverilac stiče založno pravo upisom u Registar zaloge, osim ako nije drukčije određeno zakonom. Ako je zalagodavac založio stvar na kojoj nema pravo svojine ili ako zaloga nije punovažna iz drugih razloga, upis u Registar zaloge ne proizvodi pravno dejstvo.“

strane založnog poverioca, s obzirom na to da zaloga ne postoji, on je prodao tuđu stvar i od njega se ona oduzima sudskim putem. Na ovaj način poverilac ne samo što gubi zalogu, već se izlaže i sudskom postupku zbog pravnih nedostataka stvari. Posle ovog postupka, naravno, može da zahteva naknadu štete od dužnika, ali je to još jedan sudski postupak, sada sa neizvesnim ishodom. Na ovaj način poveriočevi interesi nisu zaštićeni. Predlažemo zbog toga da se pored rešenja odgovornosti za evikciju prodane zaloge u rimskom pravu, razmotre i ona rešenja koja su danas prihvaćena u uporednom pravu.

Magdolna I. Sič, Ph.D., Associate Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
M.Sic@pf.uns.ac.rs

Milan M. Milutin, Assistant  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
M.Milutin@pf.uns.ac.rs

### ***Ius Vendendi* of the Pledgee and the Issue of the Responsibility for Eviction in Roman Law<sup>40</sup>**

**Abstract:** *In this paper we are discussing the following issues: the development of the right to sell (ius vendendi) the pledge by the pledgee in case of pignus; the question of the basis of the pledgee's right to transfer the ownership onto the buyer as a non-owner, contrary to the 'nemo plus iuris' rule; and related to these, the question of the responsibility for eviction. Our main research question is, who will be responsible for the eviction of the pledged thing from the buyer – the creditor or directly the debtor? This question was very topical in ancient Rome. A significant number of sources evidence that pledging other peoples' things was frequent practice. This was enabled by the fact that land records as well as records of other things served primarily to secure tax collection, they were not accurate and were seldom available to private individuals. Following the casuistic solutions of classical jurists based on the bona fidei principle, we can find an answer to our question in the Justinian law: the debtor is directly responsible for the eviction of the sold pledge – an answer that is, in our opinion, also acceptable in the contemporary law.*

**Keywords:** *pignus; pledge; ius vendendi; sell of the pledge; eviction.*

Datum prijema rada: 06.12.2017.

---

<sup>40</sup> This paper is the result of the research which is a part of the Law Faculty of Novi Sad project "Legal Tradition and New Legal Challenges".



*Dr Slobodan P. Orlović, vanredni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
S.Orlovic@pf.uns.ac.rs*

*Dr Nataša N. Rajić, asistent sa doktoratom  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
N.Rajic@pf.uns.ac.rs*

## ZASTOJ U POSTUPKU NORMATIVNE KONTROLE – PRILOG RASPRAVI O ZAŠTITI OBJEKTIVNE USTAVNOSTI<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Predmet rada jeste institut zastoja sa postupkom normativne kontrole prava. Ovaj procesni institut se može primeniti na osnovu odluke Ustavnog suda, po prethodnom zahtevu donosioca osporenog opšteg akta, kako bi se otklonila uočena neustavnost odnosno nezakonitost (koja je i očigledna i samom donosiocu opšteg akta) i na taj način predupredilo donošenje kasatorne ustavnosudske odluke. Rad ima za cilj da utvrdi da li, i u kojoj, meri institut zastoja sa postupkom normativne kontrole prava služi zaštiti objektivne ustavnosti. Polaznu osnovu za analizu predstavlja normativni okvir kojim je regulisan pomenuti institut kao i stavovi Ustavnog suda izraženi u praksi.*

**Ključne reči:** *ustav, ustavni sud, normativna kontrola prava, zastoj.*

### UVOD

Od samog začetka institucije ustavnog sudovanja odvija se rasprava o njenom ustavnopravnom položaju i odnosima koje uspostavlja sa drugim organima vlasti. Pažljiva analiza ustavne prakse sve jasnije pokazuje da ne postoji stroga linija koja odvaja vršenje različitih državnih funkcija, naročito funkcije ustavnog sudovanja. Intenzivni upliv sudija ustavnog suda u zakonodavni postupak doveo je do svo-

---

<sup>1</sup> Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“.

jevrnog preplitanja sudstva i politike do mere koja opravdava da se takav (sada već nepovratan) proces označi terminom „judikalizacija politike“.<sup>2</sup> Stvaranje prava se, dakle, tradicionalno smatra domenom zakonodavca; međutim, raznovrsnost oblika postupanja ustavnih sudova u ovoj oblasti nedvosmisleno relativizuju takvu polaznu premisu.<sup>3</sup>

Međutim, procesno pravo koje primenjuje ustavni sud pruža i obrnut primer – institut koji omogućava da se zakonodavac „umeša“ u rad ustavnog suda i da u izvesnom smislu utiče na sam ishod ustavnosudskog postupka. Ovaj institut, institut zastoja sa postupkom normativne kontrole, pripada grupi tzv. „graničnih“ instituta postupka ustavnosudske normativne kontrole, čija svrha, sa aspekta zaštite ustavnosti, nije baš sasvim neupitna. Opravdanje za normativno uvođenje ovog instituta može se pronaći u činjenici da je ustavnost, pre svega, evolutivna kategorija, koja se neprestano razvija. Ustavnost, pored prava, uključuje i političke procese, političke institucije i njihov međusobni dijalog. U tom smislu, ostvarivanje ustavnosti, u izvesnoj meri, pretpostavlja da postupak normativne kontrole prava treba da bude dovoljno fleksibilan kako bi ostavio odgovarajući prostor ustavnom sudu za iznalaženje što adekvatnijeg odgovora u zaštiti ustavnosti, u meri u kojoj je u datom slučaju objektivno moguće. Međutim, pomenuti tzv. granični instituti postupka ustavnosudske normativne kontrole ostavljaju puno prostora za raspravu o tome koliko zaista stoje u funkciji zaštite objektivne ustavnosti.

U tom smislu, predmet ovog rada biće institut zastoja sa postupkom normativne kontrole. Ovaj institut se može primeniti na osnovu odluke ustavnog suda, po prethodnom zahtevu donosioca osporenog opšteg akta, kako bi se otklonila uočena neustavnost odnosno nezakonitost (koja je i očigledna i samom donosiocu opšteg akta) i na taj način predupredilo donošenje kasatorne ustavnosudske odluke. Rad ima za cilj da utvrdi da li, i u kojoj, meri institut zastoja sa postupkom normativne kontrole prava služi zaštiti objektivne ustavnosti. Polaznu osnovu za analizu predstavlja normativni okvir kojim je regulisan pomenuti institut kao i stavovi Ustavnog suda izraženi u praksi.

## 1. USTAVNI SUD KAO ČUVAR OBJEKTIVNE USTAVNOSTI

U ustavnopravnoj nauci je nesporna činjenica da ustavni sud, u sistemu centralizovane kontrole ustavnosti, predstavlja ključnu instituciju koja ima zada-

---

<sup>2</sup> Alec Stone Sweet, *Governing with judges – Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, New York 2000, 1.

<sup>3</sup> O različitim oblicima postupanja ustavnih sudova kojima se neposredno zadire u domen stvaranja prava vid. Ana Gamper, *Constitutional Courts and Judicial Law-Making: Why Democratic Legitimacy Matters*, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 4, Issue 2, 2015, 423–440.



tak da „ustavnim pravilima obezbedi svojstvo najviše rangiranog prava“.<sup>4</sup> Ustav, međutim, nije samo „najviše rangirano pravo“ već i „specifična politička odluka“, te se priroda njega kao akta dvostruko izražava, kao pravni i kao politički.<sup>5</sup> Time se i sam zadatak zaštite ustava dodatno usložnjava. Posledično, ni same odluke ustavnih sudova ne mogu biti merene isključivo pravnim aršinima.<sup>6</sup>

„Kontrola ustavnosti prava“ odnosno „normativna kontrola“ predstavlja osnovnu nadležnost ustavnih sudova.<sup>7</sup> Ova kontrola, tj. njen naknadni oblik, predstavlja samo „jezgro ustavnosudske funkcije“.<sup>8</sup> Moglo bi se reći da ova funkcija objedinjuje pitanje odnosa konstucionalizma i demokratije uopšte, budući da u neposrednu vezu dovodi dva najznačajnija oblika ostvarivanja državne vlasti – zakonodavnu i ustavnosudsku.<sup>9</sup>

Normativna kontrola prava nesporno ima pravnu dimenziju, budući da služi zaštititi ustavom uspostavljene hijerarhije pravnih normi. Međutim, dualistička priroda ustava kao pravnog i političkog akta koji predstavlja osnovno merilo takve kontrole, relativizuje takvu tvrdnju i smešta ustavni sud u manje komfortnu poziciju, koja se rečima Lajbolca izražava sintagmom „na preseku prava i politike“.<sup>10</sup> Iz toga jasno proizlazi da je političko promišljanje u izvesnom smislu imanentno vršenju ustavnog sudovanja i da se iz njega ne može u potpunosti ukloniti.<sup>11</sup> U tom smislu, u teoriji se ističe da funkciju normativne kontrole treba ostvarivati „(...) na politički neutralan način, uz razumnu primenu, kad god je to moguće, manje radikalnih sredstava ustavnog suda, na primer, odluka interpretacije umesto odluke kasacije, odlaganja dejstva kasatorne odluke, zastajanje sa postupkom i dr.“, uz ogradu da „vođenje računa o političkom kvalitetu normativne kontrole ne bi smelo da ide toliko daleko da bi moglo da ugrozi ili negira njen zadatak i pravni karakter.“<sup>12</sup>

<sup>4</sup> Dragan Stojanović, Premise ustavne kontrole prava i njihovo ostvarivanje u praksi Ustavnog suda Srbije, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, Ustavni sud Srbije, Beograd 2013, 115.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 116.

<sup>6</sup> Taavi Annus, Courts as Political Institutions, *Juridica International* 13/2007, 24.

<sup>7</sup> Ratko Marković, Ustavno pravo i političke institucije, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd 2008, 537.

<sup>8</sup> Olivera Vučić, Dragan Stojanović, Evropski model ustavnog pravosuđa – Postojanje i perspektive, *Položaj i perspektiva ustavnog sudstva*, Ustavni sud Republike Srbije, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd 2014, 76.

<sup>9</sup> O odnosu konstitucionalizma i demokratije vid. Hans Vorländer, Supremacija ustava. O odnosu napetosti između demokratije i konstitucionalizma, *Politička misao*, Vol. 38, Br. 1, 2001, 26-35.

<sup>10</sup> D. Stojanović, 118.

<sup>11</sup> Slobodan P. Orlović, *Vladavina ustava ili ustavnog sudstva*, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 2013, 94.

<sup>12</sup> D. Stojanović, 118.

Dakle, pobrojani modaliteti ustavnosudskog postupanja (interpretativno odlučivanje<sup>13</sup>, odlaganje objavljivanja kasatorne odluke, zastajanje sa postupkom normativne kontrole) upravo se vide kao pogodni instrumenti razvijanja ustavnog dijaloga ustavnog suda i donosilaca akata koji podležu normativnoj kontroli (a to su najznačajniji politički organi vlasti u državi, parlament i vlada). To su, međutim, i sredstva kojima se može izigrati ustav i princip ustavnosti uopšte. U vezi sa primenom ovih, u najmanju ruku spornih, procesnih instituta, istovremeno se otvara pitanje ostvarivanja uloge ustavnog suda kao čuvara ustava odnosno najviše rangiranog prava uopšte.<sup>14</sup>

Ustavni sud, sa druge strane, raspolaže instrumentima koji podupiru njegovu osnovnu ulogu zaštitnika ustava. Kada je reč o Ustavnom sudu Srbije, ovi instrumenti se vide i kao „jemstva procesne nezavisnosti“ ove institucije odnosno „garancije njegove funkcionalne autonomije“.<sup>15</sup> Naime, u postupku normativne kontrole prava Ustavni sud nije ograničen zahtevom predlagača odnosno inicijatora; ima ovlašćenje da proširi predmet postupka i na odredbe zakona i drugog propisa čiju nesaglasnost sa Ustavnom predlagač nije istakao; takođe, ima ovlašćenje da nastavi postupak u slučaju odustanka predlagača i inicijatora, ukoliko smatra da postoji osnov za to.<sup>16</sup> Istovetni smisao ima i ustavna odredba koja ovlašćuje Ustavni sud da vrši normativnu kontrolu zakona i drugih opštih akata i po prestanku njihovog važenja kao i da obustavi izvršenje pojedinačnih akata ili radnji donetih odnosno preduzetih na osnovu propisa koje ocenjuje.<sup>17</sup>

Kao relativno sporan procesni mehanizam, vidi se ovlašćenje suda da samostalno pokreće postupak normativne kontrole prava.<sup>18</sup> Ono se može posmatrati kao izraz neprihvatljivog sudskog aktivizma, ali i kao jedini način pomoću kojeg se mogu otkloniti neustavnosti u propisima, naročito neustavnosti koje se tiču ostvarivanja političkih prava, a koja su „prihvatljiva“ svim političkim činiocima na javnoj sceni, drugim rečima, ovlašćenim predlagačima postupka normativne kontrole prava.

Najsporniji među procesnim mehanizmima kojima raspolaže Ustavni sud u postupku normativne kontrole svakako su zastoj sa postupkom normativne kontrole prava i odlaganje objavljivanja kasatorne odluke.

---

<sup>13</sup> Više o interpretativnom odlučivanju u praksi vid. Nataša Rajić, *Interpretativne odluke u praksi Ustavnog suda Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS) 4/2014*, 359-373; Ciril Ribičić, *Inovativne odluke Ustavnog suda Slovenije, Pravni Vjesnik 3-4/2016*, 19-20 i dr.

<sup>14</sup> Ustavni sud je, slovom Ustava, definisan kao samostala i nezavistan državni organ koji štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava i slobode. Vid. čl. 166 st. 1 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

<sup>15</sup> Bosa M. Nenadić, *O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova – Sa posebnim osvrtom na Ustavni sud Srbije*, JP Službeni glasnik, Beograd 2012, 129.

<sup>16</sup> *Ibid*, 129-130.

<sup>17</sup> Čl. 168 st. 4 i 5 Ustava Republike Srbije.

<sup>18</sup> O pokretanju postupka *ex officio* vid. D. Stojanović, 118.

## 2. INSTITUT ZASTOJA SA POSTUPKOM NORMATIVNE KONTROLE – NORMATIVNI OKVIR

Zastoj sa postupkom normativne kontrole jeste jedna od procesnih mogućnosti koja stoji na raspolaganju Ustavnom sudu Srbije. Ovaj institut nije prisutan u pravnim sistemima Republike Hrvatske i Republike Slovenije, dok u pravnom sistemu Crne Gore jeste, i to po sličnom modelu kao i u Republici Srbiji.<sup>19</sup>

Pomenuti institut, dakle, nije jednodušno prihvaćen u pravnim sistemima koji imaju isto pravno nasleđe. Šta više, pojedine normativne formulacije kojima se uređuje rad Ustavnog suda Republike Hrvatske jasno potvrđuju da u postupku normativne kontrole nema prostora ni za kakvo popuštanje zakonodavcu. U tom smislu, propisano je da će Ustavni sud dovršiti postupak normativne kontrole u slučaju da je akt, koji je predmet ispitivanja, u toku postupka ustavnosudske kontrole izmenjen ili ukinut. U slučaju da utvrdi neustavnost odnosno nezakonitost ukinutog odnosno izmenjenog zakona ili drugog opšteg akta, Ustavni sud će doneti kasatornu odluku koja će predstavljati pravni osnov za izmenu pojedinačnih akata donetih na osnovu njegove primene.<sup>20</sup>

Odredbe Zakona kojima regulisan zastoj sa postupkom normativne kontrole u Republici Srbiji doslovno glase:

*„U toku postupka, a na zahtev donosioca osporenog opšteg akta, Ustavni sud može, pre donošenja odluke o ustavnosti ili zakonitosti, zastati sa postupkom i dati mogućnost donosiocu opšteg akta, da u određenom roku otkloni uočene neustavnosti ili nezakonitosti.*

*Ako u određenom roku neustavnost ili nezakonitost ne bude otklonjena, Ustavni sud će nastaviti postupak.“<sup>21</sup>*

Iz jezičkog tumačenja navedenih odredbi najpre proizlazi da je primena instituta zastoja sa postupkom normativne kontrole moguća samo na zahtev donosioca osporenog akta. To jasno upućuje na zaključak da je sam donosilac akta svestan činjenice da je akt neustavan odnosno nezakonit, te da je neustavnost odnosno nezakonitost akta više nego očigledna. Drugo, primena instituta zastoja sa postupkom normativne kontrole predstavlja samo mogućnost koju Ustavni sud može da koristi, ali i ne mora. Dakle, da bi do zastoja sa postupkom uopšte i došlo, donosilac osporenog akta treba da postavi zahtev u tom smislu, a Ustavni sud izričitom odlukom da to i dozvoli. Istovremeno, Ustavni sud treba da opredeli vremenski rok unutar

---

<sup>19</sup> Vid. čl. 62 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 11/2015.

<sup>20</sup> Vid. čl. 57 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 99/99 i 29/02.

<sup>21</sup> Čl. 55 Zakona o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007, *Narodne novine* 99/2011, 18/2013 – odluka US, 103/2015 i 40/2015 – dr. zakon.

kojeg donosilac osporenog akta treba da otkloni uočenu neustavnost odnosno nezakonitost, što predstavlja i sam smisao ovog procesnog instituta.

Na prvi pogled bi se moglo zaključiti da pomenuti institut stoji u funkciji zaštite ustavnosti i zakonitosti; da predstavlja procesni instrument dijaloga donosica osporenog akta i ustavnog suda, koji vodi otklanjanju uočenih (očiglednih) neustavnosti i nezakonitosti već u početnoj fazi postupka normativne kontrole. Međutim, postavlja se pitanje da li to je zaista tako. Da bi se došlo do potpunog odgovora, odredbe zakona kojim je regulisan zastoj sa postupkom normativne kontrole potrebno je dovesti u vezu sa drugim odredbama Ustava i Zakona, naročito onim koje se tiču dejstva ustavnosudske odluke (čije se donošenje u slučaju primene ovog instituta može uspešno izbeći).

Iz odredbe Zakona, naime, jasno proizlazi da će Ustavni sud nastaviti postupak normativne kontrole ukoliko donosilac osporenog akta, u roku koji mu je odredio Ustavni sud, ne otkloni uočenu neustavnost odnosno nezakonitost.<sup>22</sup> Kakve, međutim, pravne posledice nastupaju ukoliko donosilac postupi po nalogu Ustavnog suda i otkloni uočenu neustavnost odnosno nezakonitost? Sistemskom analizom odredbi zakona kojim je regulisan postupak pred Ustavni sudom mogu se uočiti dva modaliteta. Prvo, Ustavni sud će obustaviti postupak normativne kontrole, ukoliko je donosilac usaglasio osporeni akt sa Ustavom i zakonom, ali i otklonio posledice neustavnosti ili nezakonitosti. To proizlazi iz smisla odredbe Zakona kojom je propisano da će Ustavni sud obustaviti postupak kad je u toku postupka opšti akt usaglašen sa Ustavom ili zakonom, a Ustavni sud nije ocenio da zbog posledica neustavnosti ili nezakonitosti treba doneti odluku zbog toga što nisu otklonjene posledice neustavnosti ili nezakonitosti.<sup>23</sup> Drugačija je, međutim, procesna uloga Ustavnog suda u situaciji kada je donosilac osporenog akta isti usaglasio sa Ustavom i zakonom, ali nije otklonio posledice neustavnosti odnosno nezakonitosti koje je taj akt proizveo u pravnom poretku. U toj situaciji Ustavni sud samostalno procenjuje da li će doneti kasatornu odluku sa svim posledicama koje su imanentne njenom pravnom dejstvu. Naime, odredbama Zakona je propisano da:

*„Kad je u toku postupka opšti akt prestao da važi ili je usaglašen sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, ali nisu otklonjene posledice neustavnosti ili nezakonitosti, Ustavni sud može odlukom utvrditi da opšti akt nije bio u saglasnosti s Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom.*

*Ova odluka Ustavnog suda ima isto pravno dejstvo kao i odluka kojom se utvrđuje da opšti akt nije u saglasnosti s Ustavom, opšteprihvaćenim*

---

<sup>22</sup> Čl. 55 st. 1 Zakona o Ustavnom sudu.

<sup>23</sup> Čl. 57 st. 1 Zakona o Ustavnom sudu.

*pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom.*<sup>24</sup>

Dakle, Ustavni sud nije u obavezi da donese utvrđujuću odluku u pogledu akta koji je, primenom instituta zastoja sa postupkom normativne kontrole, usaglašen sa Ustavom, međunarodnim izvorima prava i zakonom, kada istovremeno nisu otklonjene posledice neustavnosti ili nezakonitosti koje je taj akt proizveo. To, dalje, znači da u ovakvim slučajevima može izostati pravni osnov (kasatorna odluka Ustavnog suda) po kojem se može tražiti otklanjanje posledica koje je osporeni akt proizveo u svojoj primeni u odnosu na pojedinačne pravne situacije.<sup>25</sup> Drugim rečima, pojedinačni pravni akti koji su doneti na osnovu „očigledno“ neustavnog odnosno nezakonitog akta, a kojima su povređena prava pojedinaca, neće biti podvrnuti pravnom režimu zaštite koji obezbeđuje pravno dejstvo kasatorne ustavnosudske odluke.

### 3. INSTITUT ZASTOJA SA POSTUPKOM NORMATIVNE KONTROLE U PRAKSI USTAVNOG SUDA SRBIJE

Pravilno sagledavanje instituta zastoja sa postupkom normativne kontrole, pored normativno-pravne analize, neophodno mora da uključi i analizu stavova Ustavnog suda odnosno ravan njegovog razumevanja ovog procesnog mehanizma; zatim i samo postupanje donosioca akta nakon što je zastoj sa postupkom normativne kontrole dozvoljen.

#### 3.1. Stavovi Ustavnog suda u tumačenju instituta zastoja sa postupkom normativne kontrole

Ustavni sud Srbije je u praksi izlagao sopstveno razumevanje procesnog instituta zastoja sa postupkom normativne kontrole. To je činio parcijalno, uglavnom saobrazno konkretnom predmetu odlučivanja. Međutim, sučeljenost oprečnih stavova pojedinih sudija izloženih u izdvojenom mišljenju svedoči da razumevanje ovog instituta nije posve jednoobrazno.

Razumevanje instituta zastoja sa postupkom normativne kontrole Ustavni sud je izložio u obrazloženju Zaključka kojim je dozvoljeno zastajanje sa postupkom ispitivanja ustavnosti Uredbe o posebnom načinu obrade podataka sadržanih u katastru zemljišta za Autonomnu pokrajinu Kosovo i Metohija.<sup>26</sup> Tumačeći odredbe Zakona o Ustavnom sudu kojima je regulisan institut zastoja sa postupkom

---

<sup>24</sup> Čl. 64 Zakona o Ustavnom sudu.

<sup>25</sup> O pravnom dejstvu kasatorne odluke Ustavnog suda vid. čl. 61 Zakona o Ustavnom sudu.

<sup>26</sup> Zaključak o zastajanju sa postupkom u predmetu IUo-870/2012 od 18. juna 2013. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 67/2013.

normativne kontrole, Ustavni sud je najpre zauzeo stav da iz navedenih odredaba proizlazi da je „ (...) donosilac osporenog opšteg akta ovlašćen da podnese zahtev za zastajanje sa postupkom ocene ustavnosti, odnosno zakonitosti, jer je on i ovlašćen da otkloni uočene neustavnosti, odnosno nezakonitosti.“ Ustavni sud je potom opredelio načine pomoću kojih donosilac osporenog akta (odnosno podnosilac zahteva za zastajanje sa postupkom normativne kontrole) može otkloniti uočene nedostatke. Prema stanovištu Ustavnog suda to je moguće učiniti: „ (...) stavljanjem van snage osporenog opšteg akta u proceduri u kojoj je taj akt donet, izmenom i/ili dopunom osporenog opšteg akta ili predlaganjem nadležnom organu da donese novi opšti akt kojim će se pitanja koja su bila uređena osporenim aktom urediti saglasno Ustavu Republike Srbije, odnosno zakonu.“

Očigledno je da je intencija poslednja od tri prethodno navedena načina otklanjanja neustavnosti saobrazna predmetu konkretnog postupka. Naime, Vlada je dopisom zatražila da se zastane sa postupkom ispitivanja Uredbe o posebnom načinu obrade podataka sadržanih u katastru zemljišta za Autonomnu pokrajinu Kosovo i Metohija „ (...) do donošenja posebnog zakona kojim će se urediti suštinska autonomija Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija.“ Kako se u postupku donošenja pomenutog zakona Vlada javlja samo kao ovlašćeni predlagač (donosilac zakona je drugi organ tj. Narodna skupština), Ustavni sud je, saobrazno okolnostima konkretnog postupka, zauzeo opšti stav da se otklanjanje neustavnosti može izvršiti, između ostalog, i „ (...) predlaganjem nadležnom organu da donese novi opšti akt kojim će se pitanja koja su bila uređena osporenim aktom urediti saglasno Ustavu Republike Srbije, odnosno zakonu.“

Tumačenje instituta zastoja sa postupkom normativne kontrole izloženog u pomenutom Zaključku, a naročito opredeljivanje načina na koji je moguće otkloniti uočenu neustavnost, naišlo je na oštru osudu tri sudije Ustavnog suda. U zajedničkom izdvojenom mišljenju sudije su posebno podvukle da je stav Ustavnog suda, prema kojem je moguće otkloniti neustavnost predlaganjem nadležnom organu da donese novi akt, pravno neodrživ ističući „ (...) prvo, da je ovakvo tumačenje odredbe člana 55. stav 1. Zakona suprotno njenom jasnom jezičkom značenju i kao takvo nedopustivo u hermeneutici; drugo, da je ovo tumačenje suprotno cilju zbog koga je zastajanje sa postupkom ustanovljeno, jer se zastojem dozvoljava opstanak jednog neustavnog, odnosno nezakonitog opšteg akta zato što postoji visok stepen izvesnosti da će u primerenom roku donosilac osporenog akta u okviru svoje nadležnosti i svojim samostalnim postupanjem, ne zaviseći od postupanja i volje nekog drugog organa (u ovom slučaju Narodne skupštine), moći da otkloni uočenu neustavnost, odnosno nezakonitost.“<sup>27</sup> U tom smislu među sudijama je ostala zapitanost „ (...) da

---

<sup>27</sup> Zajedničko izdvojeno mišljenje dr Olivera Vučić, Katarine Manojlović Andrić i dr Bose Nenadić u odnosu na Zaključak Ustavnog suda IUo-870/2012 od 18. juna 2013. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 67/2013.



li Vlada ima Ustavom uspostavljeni kapacitet da postupi u skladu sa nalogom iz izreke Zaključka.“, drugim rečima, da li pravno izvodljivo da Vlada u roku od šest meseci od prijema Zaključka pomenutu Uredbu usaglasi sa Ustavom.

Sudije koje su izdvojile mišljenje osporile su Zaključak Ustavnog suda sa osloncem na prethodno postavljene kriterijume koji, prema njihovom mišljenju, moraju biti kumulativno ispunjeni da bi se dozvolio zastoj u postupku normative kontrole. Kriterijumi su sledeći: „(...) zahtev za zastajanje sa postupkom mora podneti donosilac osporenog opšteg akta; zahtev za zastajanje sa postupkom mora biti u dovoljnoj meri obrazložen i potkrepljen odgovarajućim dokazima da bi postojale neophodne pretpostavke za odlučivanje Suda; donosilac osporenog akta mora biti nadležan za donošenje akta zbog koga traži zastajanje; neustavnost, odnosno nezakonitost moraju biti uočene i konstatovane kako od strane podnosioca zahteva, tako i od strane Suda; mora postojati visok stepen izvesnosti da će donosilac osporenog opšteg akta u određenom roku otkloniti uočene neustavnosti, odnosno nezakonitosti.“ Konačno, sudije u izdvojenom mišljenju podvlače da iz smisla samog instituta proizlazi da je njegova primena moguća samo iz razloga materijalne neustavnosti osporenog akta.

Dakle, i površan pogled na stavove izložene u Zaključku Ustavnog suda i Zajedničkom izdvojenom mišljenju, jasno pokazuje da su razlike u razumevanju instituta zastoja sa postupkom normative kontrole među sudijama (tadašnjeg saziva) kvalitativno različite.

Ustavni sud je pitanje primene procesnog instituta zastoja sa postupkom doveo u neposrednu vezu sa pravnom prirodom akta koji je predmet ustavnosudske normative kontrole. U obrazloženju Zaključka kojim je odbačen predlog za ocenu ustavnosti i zakonitosti parafiranog „Prvog sporazuma o principima koji regulišu normalizaciju odnosa“ između Vlade Republike Srbije i Privremenih institucija samouprave u Prištini, od 19. aprila 2013. godine. (preciznije, u delu u kojem se obrazlaže zbog čega nije dozvoljen zastoj sa postupkom koji je predložila Vlada Republike Srbije), Ustavni sud je istakao da je primena ovog instituta smisljena „ (...) samo u slučaju da ocena Ustavnog suda u pogledu pravne prirode akta vodi ka meritornom odlučivanju.“<sup>28</sup>

### **3.2. Postupanje donosioca akta nakon donošenja zaključka o zastajanju sa postupkom normative kontrole**

Sa druge strane, institut zastoja sa postupkom normative kontrole potrebno je sagledati i sa aspekta postupanja donosioca osporenog akta, kako bi se sagledalo da li je njegova primena ostvarila opštu svrhu (otklanjanje uočene neustavnosti i nezakonitosti). Nažalost, praksa pokazuje da je u slučajevima u kojima je

---

<sup>28</sup> Zaključak IUo-247/2013 od 10. decembra 2014. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 13/2015.



bio dopušten zastoj sa postupkom normativne kontrole, rok za otklanjanje uočenih nezakonitosti i neustavnosti bezuspešno proticao. Drugim rečima, pomenuti institut, namerno ili nenamerno, služio je tome da se nezakonitom i neustavnom aktu praktično produži važenje u pravnom sistemu. Nakon isticanja roka za otklanjanje uočenih nezakonitosti i neustavnosti, posledično su usledili nastavci započetih postupaka normativne kontrole kao i njihovo okončavanje donošenjem kasatornih odluka. Takav je slučaj sa postupkom normativne kontrole Uredbe o kontroli prelaska administrativne linije prema Autonomnoj pokrajini Kosovo i Metohija,<sup>29</sup> Uredbe o posebnom načinu obrade podataka sadržanih u matičnim knjigama za područje Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija,<sup>30</sup> Uredbe o posebnom načinu priznavanja visokoškolskih isprava i vrednovanja studijskih programa Univerziteta sa teritorije Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija koji ne obavljaju delatnost po propisima Republike Srbije,<sup>31</sup> i dr.

Naročito su zabrinjavajući slučajevi tzv. produženja važenja očigledno neustavnih propisa, koji u sebi objedinjuje primenu dva krajnje sporna procesna instituta: zastoja sa postupkom normativne kontrole kao i odlaganja objavljivanja odluke o utvrđenoj neustavnosti, čije je donošenje usledilo nakon bezuspešnog proteka roka koji je dat donosiocu da ukloni uočenu neustavnost. Ustavni sud je ovakvu kombinaciju procesnih instituta primenio u odnosu na ispitivanje ustavnosti Uredbe o posebnom načinu obrade podataka sadržanih u katastru zemljišta za Autonomnu pokrajinu Kosovo i Metohija. Naime, nakon bezuspešnog proteka roka koji je dat donosiocu radi otklanjanja uočene neustavnosti, Ustavni sud je nastavio postupak normativne kontrole i po okončanju doneo odluku kojom je utvrdio da pomenuta Uredba nije u saglasnosti sa Ustavom. Odluka je, saglasno posebnom rešenju o odlaganju objavljivanja, objavljena šest meseci nakon njenog donošenja.<sup>32</sup> Ustavni sud je dozvolio odlaganje uzimajući u obzir pravne posledice koje mogu nastati prestankom važenja pomenute Uredbe. Donošenju ovog rešenja suprotstavilo se četvoro sudija Ustavnog suda.<sup>33</sup>

Istovetan model kombinovanja instituta zastoja sa postupkom normativne kontrole i odlaganja objavljivanja kasatorne odluke primenjen je i u postupku ispitivanja osporenih odredbi Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> Vid. Odluku IUo-224/2013 od 26. marta 2015. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2015.

<sup>30</sup> Vid. Odluku IUo-222/2013 od 24. aprila 2014. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2014.

<sup>31</sup> Vid. Odluku IUo-225/2013 od 30. aprila 2014. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 119/2014.

<sup>32</sup> Vid. Rešenje o odlaganju objavljivanja Odluke IUo-870/2012 od 30. januara 2014. godine, objavljeno 12. marta 2014. godine u *Službenom glasniku RS*, br. 28/2014 i Odluku IUo-870/2012 od 30. januara 2014. godine, objavljenu dana 01. avgusta 2014. godine u *Službenom glasniku RS*, br. 81/2014.

<sup>33</sup> Vid. Zajedničko izdvojeno mišljenje sudija Katarine Manojlović Andrić, dr Bose Nenadić, dr Olivera Vučić i dr Dragana Stojanovića u odnosu na Rešenje Ustavnog suda broj IUo-870/2012 od 30. januara 2014. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 28/2014.

<sup>34</sup> Vid. Odluku IUz-252/2002 od 26. decembra 2013. godine, objavljenu u *Službenom glasniku RS*, br. 65/2014.

Najzad, u praksi Ustavnog suda se, na osnovu podnete inicijative, otvorilo i pitanje ustavnosti samih zakonskih odredbi kojima je uređen institut zastoja sa postupkom normativne kontrole. Ustavni sud je pomenutu inicijativu odbacio, sa obrazloženjem da institut zastoja sa postupkom normativne kontrole predstavlja samo procesnu mogućnost; da stoji u funkciji zaštite ustavnosti i zakonitosti odnosno sprečavanja nastanka pravne praznine koja bi nastala donošenjem kasatorne odluke, te da pripada zakonskoj materiji odnosno da predstavlja samo jednu od radnji u postupku pred Ustavnim sudom.<sup>35</sup>

#### 4. ZASTOJ I PRINCIP ZAŠTITE USTAVNOSTI

Na osnovu analize odgovarajućih odredbi zakona kojim je regulisan postupak normativne kontrole pred Ustavnim sudom Srbije, s pravom se može zaključiti da institut zastoja sa postupkom predstavlja sporan procesni institut. Njime se, praktično, za određeno vreme produžava važenje akta koji je predmet normativne kontrole, koji očigledno sadrži nedostatak u pogledu usaglašenosti sa normama više pravne snage, do trenutka njihovog otklanjanja od strane samog donosioca, pri čemu takvo postupanje donosioca predstavlja buduću neizvesnu činjenicu.

Iz analize normativnog okvira kojim je regulisan postupak normativne kontrole prava proizlazi da, u zavisnosti od postupanja donosioca opšteg akta, mogu da nastupe tri procesne situacije: prvo, da donosilac opšteg akta uopšte ne postupi po nalogu Ustavnog suda; drugo, da donosilac opšteg akta postupi savesno odnosno usaglasi svoj opšti akt sa normama više pravne snage i otkloni posledice koje je taj akt proizveo u praksi i treće, da donosilac opšteg akta usaglasi svoj opšti akt sa normama više pravne snage, ali istovremeno ne otkloni posledice koje je taj akt proizveo u praksi.

Treća procesna situacija je, moglo bi se reći, najspornija jer zakonska odredba u ovom slučaju *ovlašćuje, ali ne obavezuje* Ustavni sud da donese kasatornu odluku koja bi imala isto pravno dejstvo kao i odluka koja bi bila doneta u vreme važenja spornog opšteg akta.<sup>36</sup>

Ni analiza ustavnosudske prakse nije ohrabrujuća. Ona pokazuje da ne postoji jednoobraznost u tumačenju ovog instituta, kao ni volja Ustavnog suda da se ozbiljnije pozabavi pitanjem ustavnosti zakonskih odredbi kojima je regulisan pomenuti institut.

Naravno, institut zastoja sa postupkom normativne kontrole se nužno mora posmatrati i sa aspekta promenjenog položaja ustavnog suda u savremenoj državi.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Rešenje IUz-186/2011 od 9. februara 2012. godine, nije objavljeno u Službenom glasniku RS.

<sup>36</sup> Čl. 64 Zakona o Ustavnom sudu.

<sup>37</sup> Više o tome vid. Slobodan P. Orlović, Promena položaja ustavnog sudstva, *Zbornik PFNS* 4/2013, 145-161.

Složeni ustavnopravni sporovi koji odlikuju modernu državu i kompleksna društveno-politička pitanja ponekad mogu staviti Ustavni sud u prilično bezizlaznu situaciju, naročito kada je teret konačnog odlučivanja ciljno prevaljen na njega. Otuda se može razumeti zašto Ustavni sud pribegava korišćenju ovog instituta, naročito kada bi, po njegovoj oceni, „(...) ’brza’ kasacija (...) pre vodila stanju koje je udaljenije od Ustava, nego što bi razrešila očigledno napeti odnos podustavnog prema naviješe rangiranom pravu, (...)“<sup>38</sup>

Dakle, institut zastoja sa postupkom normativne kontrole bi se, sa jedne strane, mogao razumeti kao jedan od instrumenata iznalaženja adekvatnog odgovora u odnosu na razrešenje ustavnog spora na način koji u najmanjoj meri, saglasno okolnostima konkretnog slučaja, dovodi do neustavnog stanja. Sa druge strane, pomenuti institut može biti način ozbiljnog izigravanja Ustava i zaštite ustavnosti, budući da odgovornost za uspostavljanje stanja ustavnosti ne leži isključivo na Ustavnom sudu, nego i na postupanju drugih organa vlasti. U ovom slučaju, uspostavljanje stanja ustavnosti leži na postupanju donosioca opšteg akta koji je predmet ustavnosudske normativne kontrole. Naime, nepostupanje donosioca akta da u datom roku otkloni uočenu neustavnost, dovodi do produženja važenja ovog, očigledno neustavnog akta odnosno do produženja stanja neustavnosti uopšte. Naša ustavna praksa, nažalost, pruža dokaze za to.

Međutim, dodatno zabrinjava činjenica da Ustavni sud, i pored nepostupanja donosioca opšteg akta, i sam, sopstvenom odlukom, doprinosi dodatnom produžavanju stanja neustavnosti, odlažući objavljivanje kasatorne odluke koja je doneta nakon bezuspešnog proteka roka određenog zaključkom o zastojanju sa postupkom. Stoga, sa razlogom treba otvoriti pitanje da li je zaista kombinovana primena dva, krajnje sporna instituta procesnog prava Ustavnog suda doprinosila stanju „manjeg zla“ po ustavnost od sprovođenja redovnog postupka, donošenja kasatornih odluka i njihovog neposrednog objavljivanja, imajući pri tom u vidu činjenicu da analizirana praksa pokazuje da je institut na ovaj način bio korišćen u pogledu kontrole akata koja imaju naročito osetljivu pozadinu.

## ZAKLJUČAK

Pravila kojima se reguliše postupak normativne kontrole prava treba da karakteriše izvestan stepen fleksibilnosti. Ustavnom sudu je neophodno dati prostora za iznalaženje najboljeg načina u uspostavljanju stanja ustavnosti u datom slučaju i datom trenutku. Institut zastoja sa postupkom normativne kontrole se upravo može videti kao jedan od načina kojim se formalni postupak normativne kontrole može umekšati.

---

<sup>38</sup> D. Stojanović, 122.

Pomenuti institut može ispuniti svoju svrhu u situaciji kada donosilac, u roku koji je određen odlukom Ustavnog suda, usaglasi opšti akt sa pravilima više pravne snage i otkloni posledice koje je taj akt proizveo u praksi. Jedino u tom slučaju primena pomenutog instituta služi svojoj svrsi tj. otklanjanju uočene neustavnosti u punom smislu. Međutim, način na koji je ovaj institut normativno koncipiran u pravu Republike Srbije, nedovoljna izgrađenost ustavnosudskog razumevanja ovog instituta, kao i u praksi dokazana sklonost donosioca opšteg akta da, namerno ili nenamerno, upotrebi ovaj institut suprotno cilju zbog kojeg je uspostavljen, ne dopušta zaključak da pomenuti institut služi zaštiti ustavnosti u objektivnom smislu u ustavnoj praksi Republike Srbije. Zaštiti ustavnosti naročito ne doprinosi, u praksi iskazana, sklonost Ustavnog suda da kombinuje primenu ovog instituta sa odlaganjem objavljivanja kasatorne odluke.

Analizirana praksa pokazuje da je primena ovog instituta više služila ostvarivanju određenih političkih ciljeva Vlade, nego samoj zaštiti ustavnosti u punom, neokrnjenom obliku.

*Slobodan P. Orlović, Ph.D., Associate Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
S.Orlovic@pf.uns.ac.rs*

*Nataša N. Rajić, Assistant with Ph.D.  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
N.Rajic@pf.uns.ac.rs*

### **Standstill with Constitutional Review Procedure – an Addendum to Debate on Constitutionality Protection in Objective Sense**

**Abstract:** *Subject of the paper is standstill with constitutional normative control of law. This institute could be applied on the base of Constitutional Court's decision, dealing with demand previously submitted by the state organ whose disputed general act is. The aim of the application of this institute is removal of non-constitutionality and non-legality from the disputed general act and avoidance of Constitutional court's decision. Paper will analyse the question if this institute serves to protection of constitutionality in objective sense. If answer is positive, paper will try to determine the scope of that. The start point for analysis is normative framework of this institute and attitudes of Constitutional Court in relation to this institute.*

**Keywords:** *Constitution, Constitutional Court, Constitutional Review, Standstill.*

Datum prijema rada: 07.02.2018.

*Dr Gordana M. Drakić, vanredni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
G.Dragic@pf.uns.ac.rs*

*Dr Uroš N. Stanković, asistent sa doktoratom  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs*

## LOKALNA SAMOUPRAVA U KRALJEVINI SRBA, HRVATA I SLOVENACA<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Diskusije o pitanju unutrašnjeg uređenja države obeležile su rad Ustavotvorne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Prema stavu koji su zastupali u odnosu prema tom pitanju, u Ustavotvornoj skupštini formirala su se dva suprotstavljena politička bloka: unitaristički i federalistički. Nacrti ustava podneseni Ustavnom odboru od strane predstavnika različitih političkih opcija sadržali su različite koncepcije organizacije lokalne samouprave u novoformiranoj jugoslovenskoj državi. U radu je izložen položaj lokalne samouprave prema Ustavu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i propisima koji su bliže razrađivali relevantne ustavne odredbe. Autori su se u radu osvrnuli i na razloge zbog kojih blagovremeno doneseni propisi o lokalnoj samoupravi nisu u potpunosti zaživeli u praksi u periodu trajanja parlamentarizma u prvoj jugoslovenskoj državi.*

**Ključne reči:** *lokalna samouprava, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, ustav, Zakon o oblasnoj i sreskoj samoupravi.*

Završetkom Prvog svetskog rata otpočeo je novi period u istorijskom razvitku jugoslovenskih naroda. Nastupile su brojne promene u međunarodnim odnosima u Evropi. Na ruševinama Habsburške monarhije nastale su nacionalne države srednje i jugoistočne Evrope. Prva jugoslovenska država formirana je 1. decembra 1918. godine, a njeno stvaranje predstavljalo je „istorijski proces sa korenima u prošlosti,

---

<sup>1</sup> Rad je rezultat rada na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ Pravnog fakulteta u Novom Sadu u toku 2017. godine.

koji je proizlazio iz nacionalnooslobodilačkih težnji etnički srodnih naroda“.<sup>2</sup> Čin postanka jugoslovenske države sastojao se, najpre, od čitanja tzv. Adrese od strane delegacije Narodnog vijeća Države Slovenaca, Hrvata i Srba o potrebi ujedinjenja te države sa Kraljevinom Srbijom i od odgovora regenta Aleksandra Karađorđevića kojim je izrazio prihvatanje adrese i proglasio nastanak Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca. Svojim odgovorom regent Aleksandar je „prejudicirao rešavanje osnovnih pitanja zajedničke države o obliku vladavine i dinastiji Karađorđevića, oduzimajući budućoj ustavotvornoj skupštini karakter suverene ustanove“.<sup>3</sup> S druge strane, tekst Adrese jasno je izražavao da je delegacija Narodnog vijeća pristala na formiranje jedinstvene države sa monarhijskim oblikom vladavine „ne ističući potrebu da Ustavotvorna skupština odluči (kao pozvana) o tome da li će vladavina biti monarhijska ili republikanska. Težište je u ovoj Adresi bilo postavljeno na potrebu državnog ujedinjenja s Kraljevinom Srbijom, a neizrečeni najvažniji razlozi za to bili su unutrašnje i vanjsko stanje: trebalo je suzbiti revolucionarno previranje u masama (protiv društveno-ekonomskog sistema) i zaustaviti napredovanje talijanske okupacije područja Države SHS“.<sup>4</sup> Period koji je posle proglašenja ujedinjenja usledio do 1921. godine, odnosno donošenja ustava bio je period državnopravnog provizorijuma, a s obzirom na to da su „neka pitanja u sferi organa lokalne vlasti rešavana i posle usvajanja ustava“ bilo bi preciznije nazvati ga ustavnopravnim provizorijumom.<sup>5</sup>

Prva vlada Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca obrazovana je ukazom regenta Aleksandra Karađorđevića 20. decembra 1918. godine. Na isti način, Ukazom od 24. februara 1919. godine, sazvano je Privremeno narodno predstavništvo u svoje prvo zasедanje u Beogradu. Prema tekstu Adrese, koji je delegacija Narodnog vijeća pročitala regentu Aleksandru 1. decembra 1918, Privremeno narodno predstavništvo trebalo je da se „obrazuje sporazumom između Narodnoga Vijeća i predstavnika naroda Kraljevine Srbije...“.<sup>6</sup> Takav način formiranja narodnog predstavništva, međutim, nije realizovan. Ministarski savet je odlučio o tome koliko će koja jugoslovenska pokrajina delegirati poslanika. „Tako je Srbija imala 84, Hrvatska s Rijekom i Međimurjem 60, Bosna i Hercegovina 42, Slovenija 32, Dalmacija i Crna Gora po 12, Vojvodina i Makedonija po 24 i Istra 4“, što je ukupno činilo 296 poslanika.<sup>7</sup>

Izborni zakon za Ustavotvornu skupštinu donesen je 3. septembra 1920. godine od strane Privremenog narodnog predstavništva i regenta Aleksandra kao

---

<sup>2</sup> Branko Petranović, „Ujedinjenje i ustavno oblikovanje Kraljevine SHS“, *Stvaranje jugoslovenske države 1918. godine*, Beograd 1989, 41.

<sup>3</sup> Branko Petranović, *Istorija Jugoslavije 1918-1988*, Beograd 1988, 26.

<sup>4</sup> Ferdo Čulinović, *Dokumenti o Jugoslaviji*, Zagreb 1968, 99.

<sup>5</sup> Petranović (1988), 43.

<sup>6</sup> Tekst Adrese Delegacije Narodnog vijeća SHS regentu Aleksandru u F. Čulinović, 98.

<sup>7</sup> F. Čulinović, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX. i XX. vijeka*, Zagreb 1959, 242.



specijalan zakon koji je trebalo da važi samo za tu priliku, odnosno formiranje Ustavotvorne skupštine. Shodno Zakonu, Ustavotvorna skupština je trebalo da broji 419 poslanika. „Izborni okruzi u Srbiji, Hrvatskoj i Slavoniji, Bosni i Hercegovini bili su, uglavnome, istovetni sa sudskim okruzima. Crna Gora, u starim granicama, činila je jedan izborni okrug...Samo tri grada – Beograd, Zagreb i Ljubljana – bila su izdvojena kao zasebna izborna tela. Svi ostali gradovi birali su poslanike zajedno sa selima svog izbornog kruga. Seosko stanovništvo kao mnogobrojnije imalo je pri izborima nadmoćnost nad varoškim stanovništvom“.<sup>8</sup>

Ustavotvorna skupština se sastala 12. decembra 1920. godine, mandat Privremenog narodnog predstavništva time je automatski prestao. U Ustavotvornoj skupštini je, od samog početka, bilo teškoća u radu zbog političkih sukoba. Poslovnik o radu Ustavotvorne skupštine, koji je donela vlada u formi uredbe, predstavljao je prvo pitanje oko kojeg je došlo do sukoba između vlade i njene većine s jedne i opozicije s druge strane. Sedam od ukupno devet skupštinskih grupa tražilo je ukidanje Poslovnika o radu Ustavotvorne skupštine. U prilog takvom zahtevu bilo je navedeno da je suverenost Ustavotvorne skupštine dovedena u pitanje propisivanjem poslovnika od strane vlade, te da se rešenje nalazilo u tome da Ustavotvorna skupština isti odbaci i samostalno donese novi. Osim toga, Poslovnik je, kako se isticalo, donesen nezakonitim načinom bez konsultovanja odgovarajućeg odbora Privremenog narodnog predstavništva, kako je bilo propisano Izbornim zakonom od 3. septembra 1920. godine. „Spor između Vlade i opozicije Skupština je rešila na taj način što je prihvatila gledište svoga predsedništva, da o promeni poslovnika ne može biti govora dokle se Skupština ne konstituiše, pošto ona, tek po svome konstituisanju, dobija sposobnost rešavanja“.<sup>9</sup> U konstituisanju Ustavotvorne skupštine, odnosno odlučivanju o verifikaciji mandata, te izboru stalnog predsedništva nisu, s obzirom na pomenuti spor, učestvovali svi poslanici. Posle konstituisanja, izabran je jedan odbor sa zadatkom da pripremi nacrt novog poslovnika o radu Ustavotvorne skupštine koji je, zatim, usvojen neznatnom većinom glasova 28. januara 1921. godine, „posle prilično žestoke debate“.<sup>10</sup> Pitanje koje je tokom pretresa nacrta novog poslovnika izbilo u prvi plan i postalo predmet spora, bilo je pitanje većine potrebne za izglasavanje ustava. Pomenuto pitanje, prema rečima Slobodana Jovanovića, „imalo je svoju istoriju“ jer se o vrsti većine, potrebnoj za donošenje ustava buduće jugoslovenske države, raspravljalo prilikom donošenja Krfske deklaracije. Prvi zvanični razgovori predstavnika vlade Kraljevine Srbije i Jugoslovenskog odbora koji su se tičali pitanja unutrašnjeg uređenja buduće jugoslovenske države vođeni su na Krfskoj konferenciji održanoj od 15. juna do 20. jula kada je usvojen dokument poznat

<sup>8</sup> Slobodan Jovanović, *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd 1995, 58.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 62.

<sup>10</sup> Aleksandar Fira, *Vidovdanski ustav*, Beograd 2011, 88.

kao *Krfska deklaracija*.<sup>11</sup> Nakon diskusije o tome treba li ustav izglasati plemenski kvalifikovanom ili brojno kvalifikovanom većinom, usvojeno je i u Krfsku deklaraciju uneseno načelo brojno kvalifikovane većine pri čemu nije bilo precizirano kolika će ta većina biti, već je njeno određivanje ostavljeno za kasnije.<sup>12</sup> U Ustavotvornoj skupštini se, dakle, raspravljalo o visini brojno kvalifikovane većine potrebne za izglasavanje ustava. Zahtev da se poslovníkom odredi dvotrećinska većina nije prihvaćen, a „Po poslovníku, za konačno rešavanje o ustavu tražilo se 210 glasova – skoro dva puta više nego kvorumska većina“.<sup>13</sup>

Radi razmatranja ustavnih nacrtá formiran je 31. januara 1921. godine Ustavni odbor, koji se konstituisao sledećeg dana. U trenutku konstituisanja Ustavni odbor je pred sobom imao samo ustavni nacrt, tada aktuelne, Pašićeve vlade, koji je odmah uzeo u razmatranje kako ne bi „gubio vreme“ čekajući da protekne rok u kojem su poslanici mogli da podnose svoje predloge, odnosno nacrté ustava. U roku od 14 dana utvrđenom u Poslovníku, Ustavotvornoj skupštini bilo je podneseno „šest nacrtá ustava: vlade, pojedinih stranaka ili stranačkih koalicija, kao i četiri predloga koje su podneli pojedinci, bilo da se radilo o potpunim predlozima, varijantama predloga ili mišljenjima pojedinih uglednih pravnika, stručnjaka ili političara o podnetim ustavnim nacrtima“.<sup>14</sup>

Osim ustavnog nacrtá koji je podnela Pašićeva vladá, dve vlade koje su joj prethodile, na čelu sa Stojanom Protićem, odnosno Milenkom Vesnićem načinile su svoje nacrté. S obzirom na to da su sva tri nacrtá za polaznu osnovu uzela Ustav Kraljevine Srbije iz 1903. godine, te da su i Vesnićev i Pašićev nacrt bili skraćene verzije Protićevog nacrtá, može se govoriti i o vladinom nacrtu „koji je prošao kroz tri redakcione faze“.<sup>15</sup> U fazi pretresanja ustavnih nacrtá, političke borbe i diskusije, kako u ustavnom odboru tako i u plenumu Ustavotvorne skupštine, vodile su se naročito oko pitanja državnog uređenja. „Sudeći po žestini političke borbe oko tog pitanja činilo se, kao da je ono apsorбирalo u sebe skoro svu drugu problematiku, kao da je sve ostalo samo sekundarnog značenja, a da je od presudne i primarne važnosti samo – kako će se riješiti pitanje: da li jedinstvena ili složena država?“<sup>16</sup> Upravo prema pogledima na državno uređenje, u Ustavotvornoj skupštini formirala su se dva suprotstavljena bloka unitaristički i federalistički, a „...retki glasovi srednje linije jedva da su se čuli. Njen rad bio je obeležen

---

<sup>11</sup> Ljubomirka Krkljuš, *Pravna istorija srpskog naroda*, Novi Sad 2002, 461. „Krfska deklaracija od 20. jula 1917. istorijski je dokument dalekosežnih posledica, a prave vrednosti će početi da se otkrivaju tek kad je država, stvorena po tim pretpostávkama, propala“, Milorad Ekmečić, *Dugo kretanje između klanja i oranja*, Beograd 2011, 363.

<sup>12</sup> S. Jovanović, 63. Jovan Stefanović, *Ustavno pravo FNR Jugoslavije i komparativno pravo*, Zagreb 1956, 155.

<sup>13</sup> S. Jovanović, 64.

<sup>14</sup> Lj. Krkljuš, 490.

<sup>15</sup> J. Stefanović, 156.

<sup>16</sup> F. Čulinović 1959, 252.

isključivostima federalističke manjine i unitarističke većine“.<sup>17</sup> Pobornici koncepcije državnopravnog unitarizma bili su predvođeni pristalicama Radikalne i Demokratske stranke, dok je najistaknutiji zagovornik federalističkih koncepcija bila Hrvatska republikanska seljačka stranka. Međutim, radikali su se u svojim redovima suočili sa drugačijim shvatanjem državne organizacije koje je zastupao stranački prvak Stojan Protić. Odmah po obrazovanju ministarskog kabineta pod njegovim predsedništvom u februaru 1919. godine, uzevši za sebe i mesto ministra za Ustavotvornu skupštinu i izjednačenje zakona, Protić je oformio stručnu komisiju za izradu nacarta ustava i predloga određenih zakona koji su bili u tesnoj vezi s ustavom, koja je zadati posao završila u aprilu 1920. godine. Prema rečima samog Protića, u uvodnom delu štampanog izdanja pomenutog nacarta, s obzirom na to da je komisija „imala karakter stručnjački“ rezultat njenog rada trebalo je on sam da oceni „s političkoga gledišta“ i, zatim, upotrebi „za izradu nacarta Ustava koji bih, kao svoj predlog, podneo kabinetu na diskusiju, i koji bi imao služiti kao osnova za izradu nacarta Ustava vlade, odnosno predloga koji bi Vlada Kraljevska podnela Ustavotvornoj skupštini“.<sup>18</sup> U trenutku kada je vlada, kojoj je predsedavao, podnela ostavku 17. maja, oba nacarta (komisijski i Protićev), bila su već dostavljena ministrima, a kako je 21. maja formirana nova vlada sa Milenkom Vesnićem na čelu, u kojoj je Protić zadržao portfelj ministra pripreme za Ustavotvornu skupštinu, i ministri novog kabineta su odmah dobili pomenute ustavne nacрте. Međutim, nacrt ustava, pripremljen za vladu, bio je krajem maja objavljen prema Protićevim rečima: „jednim neurednim putem, i postao predmet ocene i kritike javne pre nego što je došao na diskusiju u samom kabinetu. I on je u javnost došao nepotpun, gde u manjem gde u većem izvodu“ što je inspirisalo njegovog pisca da tekst nacarta, zajedno sa komisijskim, publikuje kako bi se javnost na pravi način upoznala sa predlozima ustavnih rešenja koje je u nacrtu izložio.<sup>19</sup>

Dominantna karakteristika Protićevog nacarta ustava, koja ga je razlikovala od nacarta potonjih vlada, Vesnićeve i Pašićeve, jeste podela državne teritorije na devet pokrajina sa širokim samoupravama izvršena po istorijskom principu. U izveštaju pomenute ustavne komisije, koji je priložila uz tekst nacarta ustava kada ga je uputila ministru Protiću, bilo je, između ostalog, naglašeno da su ostavili „nerešena pitanja o broju i granicama oblasti i o finansijskim odnosima između države i oblasti“ samo uz navođenje da se Kraljevstvo Srba, Hrvata i Slovenaca deli na pokrajine, bez ulaženja u pojedinosti koje bi se ticale područja u državi koja bi formirala pojedine pokrajine.<sup>20</sup> U tekstu nacarta koji je načinio Protić pred-

<sup>17</sup> Marko Pavlović, *Jugoslovenska država i pravo 1914-1941*, Kragujevac 2000, 132.

<sup>18</sup> *NACRT USTAVA po predlogu Stojana M. Protića sa dodatkom Nacrt ustava izrađen od Ustavne komisije*, Beograd 1920, V. O tome videti: Lazar Marković, *Jugoslovenska država i hrvatsko pitanje (1914-1929)*, Beograd 1935, 209.

<sup>19</sup> *Ibid*, V

<sup>20</sup> *Ibid*, 69.

metno pitanje regulisano je članom 4 na sledeći način: „Kraljevstvo Srba, Hrvata i Slovenaca deli se na pokrajine ili oblasti, okruge ili županije, srezove ili kotare i opštine. Pokrajine su ove: Srbija, Stara Srbija sa Makedonijom, Hrvatska i Slavonija sa Rijekom, Istrom i Međumurjem, Bosna, Crna Gora s Hercegovinom, Bokom i Primorjem, Dalmacija, Srem s Bačkom, Banat, Slovenačka s Prekomurjem“.<sup>21</sup> Veličina i granice pokrajina, okruga, srezova i opština trebalo je da budu određeni zakonom o administrativnoj podeli ili zakonom o pokrajinskoj, okružnoj, sreskoj i opštinskoj samoupravi. Organima pokrajinskih vlasti i njihovom nadležnošću bavio se deveti deo nacarta ustava pod naslovom Mesna uprava. Pokrajine bi raspolagale izvršnom i zakonodavnom vlašću koje bi vršili odgovarajući organi – pokrajinski odbori i pokrajinske skupštine. Pokrajinski zakoni nisu smeli da protivreče ustavu i državnim zakonima. Osim srpskog ustava iz 1903. koji je, kako smo napred naveli, poslužio kao polazna osnova prilikom pisanja nacarta, Protić je komisiji sugerisao da se kao uzorom posluže i belgijskim ustavom koji je upravo u pogledu pitanja oblasne i opštinske samouprave sadržao „i po koju odredbu ... koje nema u našem srbijanskom Ustavu“. Kasnije, prilikom analize teksta ustavne komisije, Protić je došao do zaključka „da će belgijski uzor u pogledu samouprave, opštinske i oblasne, biti nedovoljan“, pa se prilikom izrade svog nacarta u tim pitanjima ugledao „i više na holandski i engleski obrazac gde je samouprava šire postavljena i jače razvijena“.<sup>22</sup> Međutim, koncepcija državne organizacije izložena u ustavnom nacrtu Stojana Protića, kao izraz kompromisa između stavova centralista i federalista, nije mogla da konfrontirane strane okupi, jer suštinski nije zadovoljavala ni jedne ni druge. Stavovi Stojana Protića „odražavali su shvatanje malobrojnih radikala, protivnika stapanja naroda u jedinstvenu celinu uz zanemarivanje posebnosti njihovog razvitka u prošlosti; oni su bili uvereni da svako kompaktno „pleme“ treba da dobije pretežan uticaj u upravi i javnom životu na svom području“.<sup>23</sup> Pristalice centralističke državne organizacije Protićevom nacrtu su zamerale da „otvara vrata postepenom raspadu nacionalne celine koja treba da ostane kompaktna i nedeljiva, i da bi taj nacrt dao potstreka partikularistima na taj način što bi im omogućavao da na zakonskoj i ustavnoj bazi produže svoju štetnu akciju. Sa druge strane autonomističke partije, hrvatske i slovenačke, nalazile su da je predlog Protićev nedovoljan, i odlučile su da izrade svoje posebne ustavne nacрте koji bi bolje odgovarali njihovim političkim idejama“.<sup>24</sup>

Federalističko državno uređenje prve jugoslovenske države bilo je, osim u već pomenutom nacrtu Hrvatske republikanske seljačke stranke, predviđeno i u nacrtima ustava Narodnog kluba (Hrvatske zajednice) i Jugoslovenskog kluba koji su činili Hrvatska-pučka, Slovenska ljudska i Bunjevačko-šokačka stranka. Nacrt

---

<sup>21</sup> Član 4 Nacarta ustava Stojana Protića, *ibid*, 1.

<sup>22</sup> *Ibid*, VI

<sup>23</sup> Petranović, 1988, 125.

<sup>24</sup> Marković, 210.

Narodnog kluba „tumačio je misli hrvatske inteligencije o državnom uređenju“ i predviđao postojanje šest pokrajina čiji bi položaj prema državnoj vlasti bio utvrđen ustavom, ali bi za promene ustava koje bi se ticale pokrajina bio potreban pristanak pokrajinskih sabora.<sup>25</sup> Nacrt Jugoslovenskog kluba je, takođe, predviđao postojanje šest pokrajina, ali uz takvu teritorijalnu raspodelu koja bi omogućila postojanje tri pokrajine sa katoličkom i tri pokrajine sa pravoslavnom većinom stanovništva. Za razliku od nacrtu Narodnog, Jugoslovenski klub se interesovao kako za pitanje pokrajina, tako i za pitanje socijalnih zadataka države. Osim toga, za promenu ustavnih propisa o nadležnosti pokrajina nacrt Jugoslovenskog kluba nije zahtevao pristanak pokrajina. Iako je odbila da učestvuje u radu Ustavotvorne skupštine, Hrvatska republikanska seljačka stranka izašla je u maju 1921. godine u javnost sa predlogom ustavnog uređenja države u kojem je, osim opredeljenja za republiku, iznela ideju da „na jugoslovenskom međunarodno priznatom području postoje tri nacije – hrvatska, srpska i slovenačka, čije „tri prave narodne države“ treba da obrazuju savez država. Pored Bosne i Hercegovine, i Crna Gora i Makedonija, kao „poluplemenske i poluhistorijske domovine“ trebalo je da se opredele za jednu od „pravih narodnih država““.<sup>26</sup>

Konačno, dolazili su nacrti ustava koji su zastupali širu decentralizaciju i samoupravnost većih ili manjih oblasti. Ustavni nacrt dr Smodlake koji nije bio član Ustavotvorne skupštine, ali je 1920. godine objavio svoj nacrt „za koji se mislilo da je po pitanju državnog uređenja iznosio stav Hrvata iz primorja“. U njemu je bilo predviđeno 12 pokrajina, jer su velike istorijske pokrajine bile pcepane radi dobijanja manjih. „Mada po ovom nacrtu pokrajinska autonomija nije velika – ocenjena je kao samouprava okruga po Srpskom ustavu od 1903. godine – ona je imala jednu bitnu prednost nad ostalim predlozima. Naime, pokrajinama se daju jaka finansijska sredstva, te time i osnovni uslovi za faktičku samostalnost“.<sup>27</sup> Izdvojeni stav o pitanju državne organizacije izneo je i Ante Trumbić nekadašnji predsednik Jugoslovenskog odbora i prvi ministar inostranih poslova u novostvorenoj državi. On se zalagao za jedinstvenu državu „ali i za široku decentralizaciju, insistirajući u prvom redu na što većim demokratskim slobodama i na ravnopravnosti nacija“.<sup>28</sup>

Nacrt ustava koji je pripremila vlada na čelu sa Milenkom Vesnićem, poznat pod nazivom Vesnićev nacrt nije ni bio meritorno raspravljan. „Ovo zbog toga, što je posle novembarskih izbora Vesnićeva vlada demisionirala, a januara 1921. godine Pašić formira novu vladu. Nova vlada je uglavnom prihvatila nacrt Ustava koji je pravio prethodni kabinet, što je s obzirom na njen sastav i karakter bilo

<sup>25</sup> Jovanović, 72-73.

<sup>26</sup> Pavlović, 144.

<sup>27</sup> Ružica Guzina, *Opština u Srbiji XIX i XX veka Lokalna uprava i lokalna samouprava u Jugoslaviji od 1918. do 1941. godine*, Beograd 1962, 37.

<sup>28</sup> *Ibid.*

sasvim logično, proširila ga sa nekih desetak članova i izvršila izvesnu redakciju starih<sup>29</sup>. Na taj način je nastao nacrt Ustava vlade Nikole Pašića koji je, kako smo naveli, bio podnesen Ustavnom odboru Ustavotvorne skupštine odmah po njegovom konstituisanju i, najpre, bio razmatran. Pašićev nacrt je imao 86 članova i zajedničku državu Srba, Hrvata i Slovenaca određivao kao ustavnu, parlamentarnu i naslednu monarhiju, sa dinastijom Karađorđevića na čelu. Umesto malog broja istorijskih pokrajina, predvideo je 35 oblasti od 200.000 do 600.000 stanovnika. Unutrašnja uprava je, za razliku od Protićevog nacrt, a po primeru Ustava Kraljevine Srbije iz 1903, bila podeljena između državnih i samoupravnih organa. „Uz ograničenje broja stanovnika, oblasti su, opet u cilju očuvanja državnog jedinstva, po Nacrtu stavljene pod takav nadzor centralne vlasti da im je ostao samo privid samouprave“.<sup>30</sup> U okviru diskusije koja je u Ustavnom odboru vođena o vladinom nacrtu Ustava, Lazar Marković, istaknuti radikal i potonji ministar pravde, je obrazlagao rešenje koje se ticalo lokalne samouprave, naglašavajući da svi koji žele da uprava bude dobra, neposredna, jeftina i objektivna ne mogu da odobre zahteve onih koji smatraju da pokrajinama i oblastima treba poveriti celokupnu državnu upravu. Afirmišući rešenja izneta u Pašićevom nacrtu, Marković je objasnio: „Nacrt g. Pašića stao je na gledište, da se upravni zadaci imaju podeliti. Ono što se tiče celine, ono o čemu država treba da se stara, ono što je osetljivije i o čemu se mora voditi račun, o tome se staraju državni organi pod kontrolom, kakva postoji u svima savremenima parlamentima. Ali za sve interese od lokalnog, posebnog značaja, nacrt Ustava predviđa najširu samoupravu, i nabroja predmete o kojima ta samouprava sa punom vlašću ima da se stara“.<sup>31</sup> Odgovarajući na primedbe pojedinih članova, on je zaključio kako postoji razlika u mišljenjima o pojmu lokalne samouprave, braneći na taj način od strane vlade predložena rešenja: „Iz ovih napomena koje mi činite, neka me izvine gospoda, vidim najbolje kako izvesni krajevi nemaju smisla o tome šta je samouprava. Jer vidim da žele da prime sva prava i sva ovlašćenja, a da u isto vreme ne prime i obaveze i da ne prime i terete...E, gospodo takvu samoupravu, koja ne bi ništa tražila od svojih građana, takvu samoupravu, vi nigde nemate, niti ćete ikad imati“.<sup>32</sup> Posle razmatranja u Ustavnom odboru, Pašićev nacrt je izašao obimniji, sa ukupno 139 članova, jer je u nacrt, na zahtev socijalista, komunista, zemljoradnika, republikanaca i Jugoslovenskog kluba, unesen čitav odeljak koji je sadržao socijalno-ekonomske odredbe „po uzoru na nemački Vajmarski ustav, koji je u svoje vreme smatran za najliberalniji buržoaski ustav“.<sup>33</sup> U Nacrt su unesene odredbe o aktivnom i pasivnom biračkom pravu i o radu Narodne skupštine, te je na taj način

---

<sup>29</sup> Fira, 97.

<sup>30</sup> Pavlović, 147.

<sup>31</sup> Marković, 165.

<sup>32</sup> *Ibid*, 165-166.

<sup>33</sup> Krkljuš, 491.



praktično „u Nacrt vraćen deo odredbi izvornika (Protićevog nacrt, prim. aut.) koje je Pašićeva vlada bila izostavila“.<sup>34</sup> Osim toga, maksimalan broj stanovnika u jednoj oblasti povećan je na 700.000, a veliki gradovi su bili izdvojeni iz oblasti. „Nadzor državne vlasti nad aktima oblasne samouprave ograničen je na njihovu zakonitost; ti akti nisu mogli biti poništeni zbog svoje suprotnosti sa državnim interesima, kao što je predviđao Pašićev nacrt“.<sup>35</sup>

Načelni pretres nacrt Ustava koji je izašao iz Ustavnog odbora u plenumu Ustavotvorne skupštine trajao je od 14. aprila do 12. maja, a diskusija se zaoštravala upravo oko uređenja oblasti. Anton Korošec vođa Slovenske ljudske stranke je, na sastanku održanom 15. aprila diskutovao ispred Jugoslovenskog kluba zalažući se da pokrajine dobiju Ustavom veća ovlašćenja: „Mi se razlikujemo od vlade ne samo u podeli zemlje po granicama, po teritorijalnoj podeli, nego se razlikujemo i u podeli državne vlasti u pokrajinama. Mi tražimo dosledni svojem demokratskom principu i cilju, da što više naroda učestvuje u zakonodavstvu i samoupravi, mi zahtevamo delegaciju zakonodavstva i samouprave onim pokrajinama, koje mi u našim nacrtima predlažemo. Ja mislim, da jedan ideal tip demokratski uređene države ne može biti i nije nikakav centralistički, nego da je ideal tip demokratski uređene države samo decentralistički u svojoj upravi i svojem zakonodavstvu“.<sup>36</sup> Analizirajući, u daljoj diskusiji, zahteve hrvatskih i slovenačkih stranaka za podelu državne teritorije na pokrajine, Ljuba Jovanović je, u ime Radikalnog kluba, obrazlažući rešenje oblasne samouprave u nacrtu Ustavnog odbora zaključio: „Međutim, po našem uverenju ovaj sistem koji odbor predlaže, sistem oblasti to je baš onaj sistem koji je još na Krfu usvojen i proglašen. A taj sistem daje dovoljno mogućnosti da se čuva i nastavi ono što je dobro u posebnom životu pojedinih delova naše otadžbine“.<sup>37</sup> Naime, u članu 14 *Krfske deklaracije*, u kojem se govorilo o ustavu buduće jugoslovenske države, o lokalnoj samoupravi bilo je rečeno sledeće: „Ustav će dati narodu i mogućnost da razvija svoje posebne energije u samoupravnim jedinicama, obeleženim prirodnim, socijalnim i ekonomskim prilikama“.<sup>38</sup> Ključno pitanje, po mišljenju vladajuće grupe u Ustavotvornoj skupštini, sastojalo se u tome u kojoj meri će se vlast delegirati pokrajinama: „Da li se traži delegacija cele državne vlasti ili jednoga dela? Ja mislim, a ovo je g. Korošec sad potvrdio, da i oni ne traže delegaciju cele državne vlasti, a nesumnjivo bi bilo i bez toga da oni pristaju na delegaciju samo jednoga dela državne vlasti tim oblastima. A koji će se upravni deo, ili bolje delovi državne

<sup>34</sup> Pavlović, 148.

<sup>35</sup> Jovanović, 69.

<sup>36</sup> Branko Petranović, Momčilo Zečević, *Jugoslovenski federalizam Ideje i stvarnost 1*, Beograd 1987, 143.

<sup>37</sup> *Ibid*, 147.

<sup>38</sup> Tekst *Krfske deklaracije* u Ferdo Šišić, *Dokumenti o postanku Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1914-1919*, Zagreb 1920, 96-99.



vlasti preneti na oblasti i druge samoupravne jedinice, to je naravno stvar sporazumevanja“.<sup>39</sup>

Pretnes vladinog nacrtu ustava u plenumu Ustavotvorne skupštine trajao je od 17. maja do 28. juna 1921. godine kada je izglasan Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Za Ustav su glasali radikali, demokrate, slovenački kmetijci, Jugoslovenska muslimanska organizacija, te muslimani iz Južne Srbije i Makedonije – Džemijet nakon što su dobili obećanje da će njihovi interesi biti zaštićeni u procesu sprovođenja agrarne reforme. Protiv Ustava su glasali: socijal-demokrate, zemljoradnici, republikanci, hrvatske i slovenačke grupe poslanika, kao i neki poslanici manjih stranaka. U konačnom glasanju o Ustavu nisu učestvovali, osim Hrvatske seljačke stranke i Narodnog kluba, ni komunisti niti Jugoslovenski klub koji su 11-tog, odnosno 15-tog juna demonstrativno napustili Ustavotvornu skupštinu. Poslanici koji su se izjasnili protiv Ustava „učinili su to zbog toga što nijedan deo njihovih predloga o uređenju države, kao i o načinu rešavanja socijalnih i nacionalnih pitanja, iznetih u njihovim ustavnim nacrtima, nije uzet u obzir od strane ustavnog odbora“.<sup>40</sup>

Članom 95 Vidovdanskoj ustava bilo je propisano da se uprava u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca vrši po oblastima, okruzima, srezovima i opštinama. Propisana podela na oblasti trebalo je da se izvrši odgovarajućim zakonom prema prirodnim, socijalnim i ekonomskim prilikama. Osim navedenog, prilično neodređenog, kriterijuma na osnovu kog je trebalo da se izvrši podela državne teritorije na administrativno-teritorijalne jedinice, bilo je precizno određeno da jedna oblast može imati najviše 800.000 stanovnika. Naime, u trećem stavu 95-tog člana bilo je propisano: „Dve ili više manjih oblasti mogu se spojiti u jednu veću. Konačnu odluku o tome donose oblasne skupštine dotičnih oblasti. No i takva oblast ne može imati više od 800.000 stanovnika“.<sup>41</sup> Na čelo svake oblasti, shodno poslednjem stavu istog člana, kralj je postavljao velikog župana koji je poslovima državne uprave u oblasti upravljao preko državnih organa. Oblasti, srezovi i opštine bile su uređene po načelu samouprave, dok okruzi nisu: „Za poslove mesnog: opštinskog, sreskog i oblasnog značaja ustanovljava se mesna: opštinska, sreska i oblasna samouprava uređena na načelu izbornom“.<sup>42</sup> Delokrug rada samoupravnih oblasnih uprava bio je određen Ustavom uz napomenu da im i drugi poslovi, osim navedenih, mogu biti povereni zakonom. Organi oblasne samouprave predviđeni Ustavom bili su oblasna skupština i oblasni odbor.

U prelaznim naređenjima Ustava, u članu 135, bio je propisan način kako će se zakonodavnim putem izvršiti podela zemlje na oblasti. Naime, bilo je propisano

---

<sup>39</sup> B. Petranović, M. Zečević, 147.

<sup>40</sup> Dragoslav Janković i dr., *Istorija države i prava Jugoslovenskih naroda 1914-1946*, Beograd 1970, 27-28.

<sup>41</sup> *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 142 A/1921.

<sup>42</sup> *Ibid*, član 96 Ustava Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca.

i stavljeno u zadatak vladi da u roku od četiri meseca podnese Narodnoj skupštini predlog zakona o podeli zemlje na oblasti. Narodna skupština je, potom, trebalo u roku od tri meseca da donese pomenuti zakon. Ukoliko Skupština ne bi donela zakon o podeli na oblasti u ostavljenom roku, Ustavom je bilo propisano da će se zakon, tada, doneti u skladu sa tzv. kraćim postupkom za izjednačenje zakonodavstva i uprave u državi koji je bio propisan u članu 133 Ustava. Konačno, ukoliko zakon ne bi bio donesen ni u naredna dva meseca po kraćem postupku, Ustav je propisivao da se podela zemlje na oblasti ima „narediti Kraljevskom uredbom“ koja se mogla menjati samo zakonodavnim putem. Dalje su, u istom 135 članu Ustava, bila navedena uputstva koja je trebalo poštovati u slučaju da se podela zemlje vrši na način poslednji izložen – uredbom. U tom slučaju „se imaju osnovati u Hrvatskoj i Slavoniji četiri oblasti“, a „Crna Gora iz 1913. godine sa kotarom Bokokotorskim, a bez okruga pljevaljskog i bjelopoljskog važiće kao oblast i vršiće funkciju oblasti“, dok će se Bosna i Hercegovina zakonom o razgraničenju oblasti „razdeliti u oblasti u svojim sadanjim granicama“ uz napomenu da „Dok se to zakonom ne uredi, okruzi u Bosni i Hercegovini važe kao oblasti“. Izložena uputstva, odnosno ograničenja postavljena Ustavom uredbodavcu, odnosno zakonodavcu predstavljala su, prema rečima Slobodana Jovanovića, ustupke istorizmu. „Bosna, Hrvatska, Crna Gora uspele su, bar u izvesnoj meri, da se vodi računa o njihovim istorijskim granicama. Hrvatska i Crna Gora obezbeđene su u svojoj celokupnosti samo privremeno, dokle uredba o podeli zemlje ne bude zamenjena zakonom. Celokupnost Bosne postala je jedno ustavno načelo koje i sâm zakonodavac mora poštovati. Značaj te celokupnosti sastoji se samo u tome, što se pode-la Bosne na oblasti mora izvršiti u njenim sadašnjim granicama“.<sup>43</sup>

Izložene relevantne ustavne odredbe jasno ukazuju da je Ustavom Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca bio uveden trostepeni model teritorijalne organizacije sačinjen od opština, srezova i oblasti, dok su okruzi zadržani tamo gde su i ranije postojali. „Ustav je položaj jedinica teritorijalne organizacije definisao kao mesnu samoupravu koja se zasnivala na izbornom načelu...Suštinski, mesna samouprava je bila kombinacija elemenata lokalne uprave i lokalne samouprave. Opština je bila čisto samoupravna jedinica, dok su srez i oblast bili jedinice u kojima su se vršile i državna i samoupravna vlast, dok se u okruzima, tamo gde su postojali, obavljala isključivo državna vlast“.<sup>44</sup> Ustavna odredba kojom se broj stanovnika u pojedinoj oblasti ograničavao na 800.000 imala je svrhu da onemogućiti da se teritorijalno najveće samoupravne jedinice formiraju na nacionalnoj osnovi što je trebalo da doprinese učvršćenju unitarističkog državnog uređenja koje je Ustavom bilo utvrđeno.

<sup>43</sup> S. Jovanović, 454.

<sup>44</sup> Marko Stanković, *Lokalna samouprava u Srbiji*, Beograd 2015, 78. Videti: Slobodan Orlović, „Ustavno-pravni položaj lokalne samouprave u Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2015, 1658.

Podela zemlje na oblasti izvršena je uredbom, jer odgovarajući zakon nije mogao biti donesen u roku predviđenom u Ustavu, s obzirom na antagonizam među političkim snagama u državi koji je usporavao zakonodavni rad i pored predviđenog kraćeg zakonodavnog postupka.<sup>45</sup> Uredba o podeli zemlje na oblasti donesena je 26. aprila 1922. godine i prema, pomenutoj, odredbi Ustava imala je snagu zakona „Skupština je ne može obesnažiti svojom rezolucijom; ona je može samo promeniti po redovnom zakonskom postupku“.<sup>46</sup> Prema članu 1 Uredbe o podeli zemlje na oblasti, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca teritorijalno je bila podeljena na sledeće 33 oblasti: 1) Ljubljansku; 2) Mariborsku; 3) Primorsko-Krajišku; 4) Zagrebačku; 5) Osiječku; 6) Sremsku; 7) Bačku; 8) Beogradsku; 9) Podunavsku; 10) Podrinjsku; 11) Valjevsku; 12) Šumadijsku; 13) Moravsku; 14) Požarevačku; 15) Timočku; 16) Nišku; 17) Vranjsku; 18) Kosovsku; 19) Skopsku; 20) Bregalničku; 21) Bitoljsku; 22) Rašku; 23) Užičku; 24) Kruševačku; 25) Zetsku; 26) Splitsku; 27) Dubrovačku; 28) Tuzlansku; 29) Sarajevsku; 30) Mostarsku; 31) Travničku; 32) Vrbasku i 33) Bihaćku. Član 2 sadržao je ponovljenu odredbu iz člana 95 Vidovdanskog ustava o tome da se dve ili više manjih oblasti mogu spojiti u jednu i da konačnu odluku o tome donose oblasne skupštine, ali da ni tako obrazovana oblast ne može imati više od 800.000 stanovnika.<sup>47</sup> Podela državne teritorije na oblasti izvršena je u skladu sa relevantnim odredbama Ustava, te je tako Hrvatska podeljena na četiri oblasti, Crna Gora je činila jednu oblast, a u Bosni su dotadašnji okruzi postali oblasti. „Što se tiče onih pokrajina o kojima Ustav nije rekao ništa, Slovenija je podeljena na dve oblasti; isto tako Dalmacija, Vojvodina čini jednu oblast. Srbija je podeljena na sedamnaest oblasti...Uglavnome, podela na oblasti izvedena je u starim pokrajinskim, odnosno državnim granicama“.<sup>48</sup>

Istog dana kada i Uredba, 26. aprila 1922. godine, donesen je Zakon o oblasnoj i sreskoj samoupravi. S obzirom na to da je donošenje ovog zakona spadalo u domen izjednačavanja zakonodavstva u državi, primenjivao se tzv. kraći postupak propisan u članu 133 Ustava. Kraći postupak je podrazumevao da se o zakonskom predlogu formulisanom u Zakonodavnom odboru Narodna skupština izjašnjava la poimeničnim glasanjem jedanput i u celini da li predlog prima ili odbacuje. Dozvoljene su bile samo kratke izjave po jednog predstavnika pojedinih parlamentarnih grupa. Poslanici nisu imali pravo da traže izmenu teksta predloga i da o predlogu zakona, koji je formulisao Zakonodavni odbor Narodne skupštine, diskutuju. Međutim, to nije omelo poslanike da u svojim kratkim izjavama, osim toga da li će glasati za predlog ili ne, iznesu i svoje mišljenje o predloženim rešenjima zakona. Predstavnik Jugoslovenskog kluba izjavio je da će ta poslanička

---

<sup>45</sup> O tome videti: M. Pavlović, 165-166.

<sup>46</sup> S. Jovanović, 455. Videti o tome: Danilo Danić, „Odredbe o uredbama po Vidovdanskom ustavu“, *Branič* 5/1927, 84.

<sup>47</sup> *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* 92/1922.

<sup>48</sup> S. Jovanović, 455.

grupa glasati protiv predloženog zakona ne samo iz formalnih, već i zbog stvarnih razloga, jer su smatrali da zakon ne pruža dovoljno široku samoupravu. Isti stav delio je i Zemljoradnički klub, čiji je predstavnik izborni sistem, radi formiranja oblasnih skupština, predviđen u predlogu Zakona ocenio kao antidemokratski oštro poentirajući: „Dalje, svojim odredbama o nadzoru državnih vlasti nad samoupravama i nedovoljnim obezbeđenjem finansijskih sredstava ovaj zakon svešće samouprave na nulu...Vlada namerava ne da učvrsti državu i pomogne narodu, već da osigura pobedu vladajućim partijama ne samo u državi, već i u samoupravnim jedinicama. Na taj način nećemo imati nikakove samouprave, već pod vidom nje neograničenu vlast Vlade, koju će ona vršiti preko svojih organa u oblastima, srezovima i opštinama i preko svojih povlašćenih partija“.<sup>49</sup> Na istoj sednici Narodne skupštine desio se i svojevrсни incident kada je nekolicina poslanika Jugoslovenske muslimanske organizacije izdvojila svoje mišljenje u odnosu na klupsku većinu, izjavivši da će glasati protiv predloženog zakona, a koji je ministar pripreme za Ustavotvornu skupštinu i izjednačenje zakona Marko Trifković okarakterisao kao „nedozvoljen i neobičan parlamentaran prepad“. Sa svoje strane ministar Trifković je objašnjavao poslanicima suštinu kraćeg zakonodavnog postupka afirmišući ga kao vremenski oročeni mehanizam koji je trebalo da doprinese ujednačavanju raznovrsnog zakonodavstva, istovremeno ih uveravajući da „Zakon o kome danas imamo da glasamo, bio je pretresan u jednome odboru, u kome su imale učešća sve stranke naše Skupštine, pa je pretresan posle toga u Zakonodavnom Odboru, u plenumu Zakonodavnog odbora gde je načelna diskusija o ovome zakonu trajala tri dana, a specijalna diskusija trajala je još duže. Vi ste gospodo, videli i vi ste svi očevici toga da je ta diskusija bila toliko iscrpna toliko detaljna i ozbiljna da je zbog jednoga člana, čl. 44. ovoga zakona vlada skoro bila došla do krize...“.<sup>50</sup> Zakon o oblasnoj i sreskoj samoupravi je, kako se vidi iz izloženog, donesen u atmosferi zaoštrenih odnosa i interesa u Narodnoj skupštini, a njegovo donošenje burno je odjeknulo i u političkoj javnosti, naročito u krugovima koji su se tokom donošenja Ustava zalagali za federativno uređenje države.

Prema Zakonu o oblasnoj i sreskoj samoupravi, shodno ustavnim odredbama o kojima smo u prednjem tekstu govorili, u oblastima i srezovima kao upravnim i samoupravnim jedinicama postojali su državni i samoupravni organi.<sup>51</sup> Organi oblasne samouprave bili su oblasna skupština i oblasni odbor. Oblasna skupština je Zakonom bila definisana kao rešavajući i nadzorni organ oblasne samouprave, a oblasni odbor kao izvršni organ oblasne skupštine. Delokrug nadležnosti orga-

<sup>49</sup> Petranović, Zečević, 182.

<sup>50</sup> *Ibidem*, 188. Pomenuti član 44 Zakona o oblasnoj i sreskoj samoupravi propisivao je pravila prebrojavanja i raspodele glasova nakon izbora za oblasne skupštine.

<sup>51</sup> Državni organi u oblastima i srezovima i njihove nadležnosti bili su utvrđeni Zakonom o opštoj upravi koji je, takođe, donet 26. aprila 1922. godine. Videti: *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 92/1922.

na oblasne samouprave bio je određen članom 96 Ustava i u članu 2 Zakona. Tako su samoupravni organi u oblastima bili nadležni za oblasne finansije, utvrđivanje oblasnog budžeta, te raspolaganje oblasnim dažbinama koje su im date na osnovu zakona za pokriće oblasnih rashoda. Osim toga, starali su se o javnim radovima, unapređenju privrede, narodnom zdravlju i vodili brigu o socijalnim zadacima, saobraćajnim ustanovama, unapređenju prosvete i stručnog obrazovanja. Bili su nadležni i da, na zahtev vlade, daju mišljenje o zakonskim predlozima koji bi se ticali oblasti, ali i o svim drugim predmetima ukoliko vlada zatraži njihovo mišljenje. Na isti način bili su utvrđeni položaj i nadležnosti sreskih samoupravnih organa – sreske skupštine i sreskog odbora.

Nadzor državne upravne vlasti nad radom organa oblasne, odnosno sreske samouprave vršen je preko oblasnog velikog župana, odnosno sreskog poglavara. Veliki župan bio je, prema članu 7 Zakona o opštoj upravi, politički predstavnik vlade i predstavljao je vladu prema oblasnoj samoupravi, te kao takav „dolazi ispred svih drugih vlasti u oblasti“. U postavljanju velikog župana „samoupravna predstavništva nemaju nikakva udela – i za svoj službeni rad ti organi odgovaraju samo pred nadležnim ministrima, a ne i pred samoupravnim predstavništvima“.<sup>52</sup>

Zakon je oblasnim skupštinama dao pravo da izdaju oblasne uredbe o svim pitanjima iz svoje nadležnosti koje je, snabdevene njegovim potpisom, proglašavao veliki župan u Službenim Novinama ili oblasnom službenom listu ako postoji. Međutim, veliki župan je imao pravo da zadrži od izvršenja svaku uredbu oblasne skupštine za koju nađe da nije zasnovana na Ustavu i zakonima i da je, sa svojim mišljenjem, uputi Državnom savetu radi konačne odluke. Ukoliko Državni savet, koji je bio najviši upravni sud u zemlji, u roku od dva meseca ne bi doneo rešenje uredba oblasne skupštine postajala bi izvršna. „U jugoslovenskoj praksi veliki župani su vrlo često koristili ovo svoje pravo da proglase protivustavnim i protivzakonitim sve one uredbe oblasnih skupština s kojima se oni, ili drugi centralni organi, nisu slagali“.<sup>53</sup> Sistem lokalne samouprave uveden Zakonom o oblasnoj i sreskoj samoupravi bio je tako koncipiran da na svakom nivou obezbedi punu kontrolu funkcionisanja samoupravnih organa od strane državne vlasti. Stoga, smatramo sasvim opravdane sledeće konstatacije sa istom suštinom: „Ovako snažna kontrolna i nadzorna sredstva državnih organa dovode u pitanje postojanje bilo kakve samouprave u oblastima“<sup>54</sup> i „...jer oblasti kao samoupravne jedinice su zapravo ekonomske jedinice, a sva je vlast u velikog župana“<sup>55</sup>, prva data sa istorijske distance, a druga od strane savremenika.

Oblasna i sreska samouprava u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca su postojale samo formalno, jer do sprovođenja zakonskih odredaba u praksi nije doš-

---

<sup>52</sup> S. Jovanović, 461.

<sup>53</sup> R. Guzina, 43.

<sup>54</sup> M. Stanković, 80.

<sup>55</sup> Ladislav Polić, *O novom projektu zakona o upravi i samoupravi gradova*, Zagreb 1927, 3.

lo sve do pred kraj perioda parlamentarne vladavine, a i tada ne u potpunosti. U prelaznim odredbama Zakona o oblasnoj i sreskoj samoupravi bilo je propisano da će se u roku od tri meseca od njegovog stupanja na snagu sprovesti izbori za oblasne skupštine. Posle oblasnih izbora u, daljem, roku od pet meseci trebalo je da se održe izbori za sreske skupštine prema odredbama Zakona. Dakle, to je značilo da su se izbori za oblasne skupštine morali održati najkasnije 28. juna 1922. godine, jer je Zakon obaveznu snagu dobio objavljivanjem u Službenim Novinama 28. aprila iste godine. „Međutim, ta se odredba nije izvršila; Ukazom od 18. juna 1922., izbori su bili odgođeni. Vlade su se stalno izgovarale, da prilike nisu još povoljne za to, i da nije spremljeno sve što je potrebno za njegovu primenu. Ali to stalno odgađanje nije bilo bez posledica, jer neprimenom njegovom ne samo da je bio povređen Ustav, nego su od toga mnogo patili i državna, centralna uprava i Skupština.“<sup>56</sup> Naime, podela na oblasti ustrojena Uredbom izazvala je veliko nezadovoljstvo u političkim krugovima, i delu naroda koji ih je podržavao, koji su se zalagali za federativno uređenje, pre svega na području Hrvatske gde su takvi zahtevi bili najzastupljeniji. U Bosni i Hercegovini se, takođe, zaoštio otpor protiv proklamovane podele na oblasti prema prirodnim, socijalnim i ekonomskim kriterijumima zbog zanemarivanja, odnosno razbijanja istorijskih pokrajina. Važno je napomenuti da za sve vreme važenja Vidovdanskog ustava nije došlo do donošenja jedinstvenog zakona o opštinama. „Opštine su posle ujedinjenja većinom zadržale svoje pokrajinske propise, tako da je postojala čitava masa zakona, uredaba, naredaba i pravilnika po ovome pitanju, koje je regulisano tek Zakonom o opštinama od 14. marta 1933 g. i Zakonom o gradskim opštinama od 22. jula 1934 g.“<sup>57</sup>

Razloge koji su doveli do toga da Zakon o oblasnoj i sreskoj samoupravi ne bude primenjen, a jedinstveni zakon o opštinama ne bude donesen u periodu važenja Vidovdanskog ustava treba tražiti u opštoj političkoj nestabilnosti koja ga je markantno obeležila, a njene manifestacije ogledale su se u čestim smenama vlada, oštrim diskusijama i sukobima u Narodnoj skupštini koji su paralisali kako zakonodavni rad, tako i sprovođenje u delo retkih zakona koji su bili unificirani. „Politički sistem, po Vidovdanskom ustavu, nije uspeo da izgradi temelje, kao što su stabilan višestranački sistem i provedena podela vlasti koji bi mogli da istope ne samo nacionalne suprotnosti nego i političku i vaskoliku zaostalost stanovništva i njegovih (kvazi)elita“.<sup>58</sup> Konkretno prepreke koje su stajale na putu organizovanju oblasne samouprave nalazile su se, između ostalog, u nedovoljnim finan-

<sup>56</sup> Fedor Nikić, „Značaj oblasnih samouprava“, *Letopis Matice srpske* 311/1927, 413.

<sup>57</sup> Danilo Pavlović, *Izborni sistem po Vidovdanskom ustavu*, Beograd 1939, 6. O tome videti: M. Stanković, 78. i Aleksandar Đurđev, „Lokalna samouprava u Srbiji (od 1804. godine do tranzicije)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1-2/2007.

<sup>58</sup> Slobodan Orlović, „Ustavni položaj organa vlasti u prvoj jugoslovenskoj državi“, *Dva veka srpske ustavnosti*, Beograd 2010, 290.



sijskim sredstvima kojima su samoupravne jedinice raspolagale, a koja su bila neophodna za vršenje raznorodnih poslova koji su im slovom Zakona dodeljeni u nadležnost. S druge strane, dobijanje finansijske pomoći od države automatski bi pojačalo nadzor centralne vlasti nad njenim radom.

„Mrtvo slovo na hartiji“ – Zakon o oblasnoj i sreskoj samoupravi je ostao sve do 23. januara 1927. godine kada su održani prvi, ali i poslednji put, izbori za oblasne skupštine u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca.<sup>59</sup> U relativno kratkom periodu koji je usledio do ukidanja parlamentarizma, suspendovanja Vidovdanskog ustava i zavođenja ličnog režima vladavine kralja Aleksandra u toku kojeg je ukinuta i lokalna samouprava, u stručnoj javnosti postalo je jasno da se samoupravni život teško može razviti na postojećim osnovama. Reorganizacija i uprošćavanje centralne uprave i izmena Zakona o oblasnoj i sreskoj samoupravi sve češće su isticali kao neophodni potezi. Nova zakonska rešenja trebalo je, prema sugestijama savremenika upućenih u problematiku, formulisati tako da se njima obezbedi da oblasti, kao osnovne jedinice lokalne samouprave, budu bolje teritorijalno zaokružene u skladu sa prirodnim, ekonomskim i socijalnim potrebama i da raspolažu dovoljnim finansijskim sredstvima za obavljanje svojih zadataka kako bi ostvarile svoju svrhu i postale nešto više od puke manifestacije administrativne podele zemlje.

---

<sup>59</sup> F. Nikić, 412. D. Pavlović, 6.



Gordana M. Drakić, Ph.D., Associate Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
G.Dragic@pf.uns.ac.rs

Uroš N. Stanković, Assistant with Ph.D.  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs

## **Local Self-Government in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes**

**Abstract:** *Different views on the form of state organization emerged during the session of the Constituent Assembly in the newly formed Yugoslav state. This caused the formation of two political blocs in the Constituent Assembly, the centralist and the federalist. Centralist bloc was formed of political parties that represented the majority in the Constituent Assembly. On the other side, the federalist opposition bloc was consisted mostly of Croatian and Slovenian political parties. Various constitutional drafts that were submitted to the Constituent Committee comprised different possible solutions regarding local self-government. A system of particularly broad local self-government proposed a draft constitution that was prepared by Stojan Protić, the first Prime Minister in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. The Constitution of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes adopted on 28 June 1921 proclaimed unitary state. According to the Constitution, the state territory had to be organized administratively into areas, districts and municipalities. The Constitution had also set the framework for further legislative activity regarding the self-government issue in the Yugoslav state. The Law regarding local self-government was adopted in April 1922. Local self-government bodies were: district assembly and district committee. The scope of work of self-governing bodies was rather wide. The provisions of the Law prescribed rather strong supervision over the functioning of the local self-government by the state authorities. The Next step according to the provisions of the Law was to hold local elections in order to form local self-government bodies. However, the solutions adopted pursuant to the abovementioned law provoked disapproval among political circles in the state that advocated federal state system. That combined with constant political instability, caused postponing of the aforementioned local elections until January 1927. After the local elections had been held, it became clear that the legislation on local self-government had to be*

*amended in order to be organized on solid basis. Finally the local self-government was abolished during the Dictatorship of King Alexander Karađorđević.*

**Keywords:** *local self-government, Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, constitution, law.*

Datum prijema rada: 05.02.2018.

*Dr Zoran J. Lončar, vanredni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
Z.Loncar@pf.uns.ac.rs*

## PRAVNA SREDSTVA U NOVOM ZAKONU O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU\*

**Sažetak:** *Unoseći koncepcijske izmene u pravila upravnog postupka koja su se, u osnovi nepromenjena, primenjivala više od osam i po decenija, novi Zakon o opštem upravnom postupku iz 2016. godine je doneo mnoge novine i u pogledu sredstava pravne zaštite stranaka. Zakonske odredbe o pravnim sredstvima predstavljaju deo Zakona u pogledu koga se, pored osnovnih načela, najviše lutalo tokom petogodišnjeg procesa priprema zakonskog teksta. U radu se analiziraju najvažnije zakonske novine u pogledu sredstava redovne i vanredne pravne zaštite stranaka i ukazuje na određene manjkovitosti novouspostavljenog sistema pravnih sredstava.*

**Ključne reči:** *upravni postupak, pravna sredstva, žalba, prigovor, vanredna pravna sredstva.*

### 1. UVODNE NAPOMENE

Nakon više od dve decenije primene dosadašnjeg Zakona o opštem upravnom postupku, koji je usvojen još 1996. godine, u vreme postojanja Savezne Republike Jugoslavije,<sup>1</sup> 29. februara 2016. godine je usvojen novi Zakon o opštem upravnom postupku, a koji je počeo u celosti da se primenjuje od 1. juna 2017. godine.<sup>2</sup> Donošenje novog Zakona nalogala je, pored činjenice da je Srbija od donošenja prethodnog Zakona promenila nekoliko državno-pravnih oblika i da je već više od jedne decenije samostalna država, pre svega, potreba za modernizacijom upravnog postupka, kroz izmenu nekih, odavno prevaziđenih, procesnih rešenja. Na

---

\* Rad predstavlja rezultat istraživačkog rada na Projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

<sup>1</sup> Zakon o opštem upravnom postupku – ZUP 1996, „Službeni list SRJ“, br. 33/1997, 31/2001 i 30/2010.

<sup>2</sup> Zakon o opštem upravnom postupku – ZUP, „Službeni glasnik RS“, br. 18/2016.

uobličavanje novih zakonskih rešenja značajno je uticala i potreba za primenom pojedinih pravnih standarda vezanih za rad organa uprave, proistekla iz procesa evropskih integracija Republike Srbije. Snažan podsticaj zakonodavnoj reformi upravnog postupka prethodnih godina je davala i domaća pravna teorija.<sup>3</sup>

Postupak izrade novog Zakona o opštem upravnom postupku bio je, međutim, za domaće prilike više nego dug, a pratilo ga je i mnoštvo prigovora stručne prirode, izazvanih čestim menjanjem stavova priređivača zakona u pogledu mnogih važnih zakonskih rešenja.<sup>4</sup> Pre konačnog usvajanja teksta danas važećeg Zakona, zabeležena su prethodnih godina čak dva neuspela pokušaja donošenja novog Zakona o opštem upravnom postupku, na čijoj izradi je radila uglavnom ista grupa stranih i domaćih eksperata. Najpre je u februaru 2012. godine Vlada Republike Srbije usvojila Predlog Zakona o opštem upravnom postupku, ali je on, zbog tada raspisanih parlamentarnih izbora i formiranja nove Vlade, povučen iz skupštinske procedure jula meseca 2012. godine. Nakon toga je novoformirana Vlada decembra 2013. godine utvrdila novi Predlog Zakona o opštem upravnom postupku. Međutim, i taj Predlog je, zbog raspisivanje vanrednih parlamentarnih izbora i formiranja nove Vlade, opet povučen iz zakonodavne procedure aprila 2014. godine. Najzad, do usvajanja novog Zakona o opštem upravnom postupku od strane Narodne skupštine Republike Srbije došlo je dana 29. februara 2016. godine, pri čemu je novi zakon usvojen u bitno izmenjenom tekstu u odnosu na dva prethodna Predloga Zakona o opštem upravnom postupku.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Vid.: Dragan Milkov, „Moderna državna uprava u Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (Zbornik radova PFNS) 2/2004, 241-253; Zoran Lončar, „Pledoaje za novi Zakon o opštem upravnom postupku“, *Zbornik radova PFNS* 3/2009, 181-193; Z. Lončar, „Modernizacija upravnog postupka“, *Zbornik radova „Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva“*, Budva, 7-11. jun 2010. godine, 351-362; D. Milkov, „Položaj stranke u upravnom postupku“, *Zbornik radova PFNS* 3/2005, 241-253; D. Milkov, „Pravna sredstva u upravnom postupku“, *Zbornik radova PFNS* 2/2006, 125-154; Predrag Dimitrijević, „U susret novom zakonu o opštem upravnom postupku u Republici Srbiji“, *Facta universitatis – series: Law and Politics* 1/2010, 33-42; Dobrosav Milovanović, Dragan Vasiljević, „U susret novim zakonskim rešenjima u upravnom postupku Republike Srbije“, *Zbornik radova „Razvojne tendencije u upravnom zakonodavstvu“*, Ohrid 24-26. jun 2011. godine, 69-80; Mirjana Rađenović, „Novi Zakon o opštem upravnom postupku“ *Pravna riječ* 31/2012, 403-422; P. Dimitrijević, „E-potpis i upravni postupak“, *Pravni život* 10/2008, 571-583; P. Dimitrijević, „Reformisanje vanrednih pravnih lekova u upravnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* (Zbornik radova PFNS) 44/2004, 145-171.

<sup>4</sup> Vid.: D. Milkov, „Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku – korak napred ili deset u stranu“, *Zbornik radova PFNS* 1/2013, 85-99; Stevan Lilić, „Kontroverze u vezi sa novom radnom verzijom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku Srbije (u kontekstu evropskih integracija)“, *Zbornik radova „Perspektive implementacije evropskih standarda u upravnom sistemu Srbije“*, Pravni fakultet, Beograd 2013, 11-27; P. Dimitrijević, „Reforma upravnog postupka“, *Zbornik radova „Vladavina prava i pravna država u regionu“*, Istočno Sarajevo 26. oktobar 2013, 189-199; Z. Lončar, „O Nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku“, *Pravna riječ* 35/2013 – a, 425-444.

<sup>5</sup> Vid.: Z. Lončar, „Neka pitanja primene novog Zakona o opštem upravnom postupku Republike Srbije“, *Zbornik „Iskustva od primenata na novite zakoni za opšta upravna postapka vo zemjite od regionor“*, Pravni fakultet „Justinijan prvi“ vo Skopje, Ohrid, 5-7. maj 2017. godine – a, 102.

Za razliku od svih dosadašnjih zakonodavnih reformi koje su u oblasti upravnog postupka vršene u proteklih više od osam i po decenija, koliko je duga tradicija pravne kodifikacije pravila po kojima rade organi uprave u Srbiji, a koje su uvek vršene postepenim upotpunjavanjem i osavremenjavanjem dobrih zakonskih rešenja sadržanih u prvom Zakonu o opštem upravnom postupku Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine,<sup>6</sup> novim Zakonom iz 2016. godine, izvršene su suštinske izmene u oblasti upravnog postupka, i to čak i u pogledu mnogih procesnih instituta koji su se prethodnih decenija pokazali uspešni u praksi. Izgovor za potpuno napuštanje koncepta uspešno proverenog starog jugoslovenskog modela upravnog postupka, u ovom slučaju nikako nije mogla da bude potreba za pravnom standardizacijom sa evropskim pravnim pravilima, s obzirom na to da kodifikacija upravnog postupka uopšte ne predstavlja pravnu tekovinu EU.<sup>7</sup> Pored toga, pri izradi Zakona je postupljeno kao da je u pitanju vrhovni pravni propis u oblasti državne uprave, a ne procesni propis, čiji je zadatak trebalo da bude samo uređivanje procedure (postupka) rada organa uprave. Naime, novim Zakonom su, ne samo uređena pitanja koja uopšte nisu procesne prirode (upravni ugovori, garantni akt, jedinstveno upravno mesto ...), već su mnoga od pitanja (upravna stvar, upravni akt, upravna radnja, službeno lice ...), uređena na način suprotan najvažnijim propisima u ovoj oblasti, kao što je Zakon o državnoj upravi, Zakon o upravnim sporovima, Zakon o državnim službenicima itd. Stoga je pre početka primene novog Zakona, odnosno pre 1. juna 2017. godine, bilo neophodno usaglasiti sve te propise sa novim rešenjima Zakona o opštem upravnom postupku. Međutim, kako to ni do sada nije učinjeno, sa početkom primene novog Zakona o opštem upravnom postupku otvoren je niz pravnih problema u praksi, na šta je blagovremeno ukazivano.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Nakon 1930. godine, bila su doneta još dva Zakona o opštem upravnom postupku, i to 1956. godine u vreme postojanja Federativne Narodne Republike Jugoslavije („*Službeni list FNRJ*“, br. 52/1956), koji je za četrdeset godina primene noveliran svega pet puta (1965, 1976, 1978, 1986 i 1994), kao i 1997. godine u vreme postojanja Savezne Republike Jugoslavije („*Službeni list SRJ*“, br. 33/1997, 31/2001 i „*Službeni glasnik RS*“, br. 30/2010).

<sup>7</sup> Vid.: D. Milkov, „O potrebi usklađivanja srpskog upravnog postupka sa pravom Evropske Unije“, *Zbornik radova PFNS* 68/2014, 84-89; D. Milkov, „Državna uprava Srbije i evropski standardi“, *Zbornik „Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije“*, Novi Sad 2015, 59-75; Z. Lončar, „Evropski pravni standardi i upravni postupak u Srbiji“, *Zbornik „Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije“*, Novi Sad 2016 – a, 461-478; Dejan Vučetić, „Evropska upravno-procesna pravila i opšti upravni postupak Republike Srbije“, *Zbornik radova PFNS* 68/2014, 175-186; P. Dimitrijević, „Aporije Zakona o opštem upravnom postupku“, *Pravni život* 10/2014, 197-210.

<sup>8</sup> Vid.: D. Milkov, „Reforme upravno-procesnog zakonodavstva u Srbiji“, *Zbornik radova PFNS* 4/2012, 33-43; D. Milkov, „Povodom novog Zakona o opštem upravnom postupku“, *Zbornik „Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije“*, Novi Sad 2016, 47-63; Dragan Milkov, Ratko Radošević, „Neke novine u Zakonu o opštem upravnom postupku – „Upravno postupanje“, *Zbornik radova PFNS* 3/2016, 733-752; Z. Lončar, „Neka pitanja reforme

Novi Zakon je doneo mnoge novine i u pogledu sredstava pravne zaštite stranaka u upravnom postupku. O zakonskim odredbama o pravnim sredstvima se može reći da predstavljaju deo Zakona u pogledu koga se, pored osnovnih načela, najviše lutalo tokom petogodišnjeg procesa priprema teksta Zakona. Ovo samo po sebi govori o nepostojanju dovoljno jasnog koncepta kod priređivača Zakona šta sve i zbog čega u dotadašnjem sistemu pravnih sredstava u upravnom postupku treba menjati. Predmet rada je analiza najvažnijih novina u važećem Zakonom o opštem upravnom postupku u odnosu na pravna sredstva. Cilj rada je da se utvrdi da li se sa novouspostavljenim sistemom pravnih sredstava uvećao stepen pravne zaštite stranaka u upravnom postupku, a što bi u krajnjem slučaju moralo da bude cilj svake reforme procesnog zakonodavstva, ali i da se ukaže na određene manjkavosti postojećeg sistema pravnih sredstava u Zakonu.

## 2. PRAVNA SREDSTVA U UPRAVNOM POSTUPKU

### 2.1 Redovna pravna sredstva

#### 2.1.1 Žalba

Žalba u upravnom postupku i dalje predstavlja osnovno redovno pravno sredstvo devolutivnog karaktera. Ona može da se izjavi samo protiv prvostepene odluke donete u formi rešenja (glavnog i procesnog),<sup>9</sup> ali ne više i protiv zaključka.<sup>10</sup> Već u osnovna načela upravnog postupka novi Zakon uvrstio je pravo na žalbu i prigovor (član 13.), i predvideo da stranka protiv prvostepenog rešenja ili zbog neodlučivanja organa u propisanom roku, uvek ima pravo na žalbu, izuzev ako to zakonom nije drukčije propisano. Žalba protiv rešenja u upravnom postupku može da se isključi jedino zakonom.<sup>11</sup>

---

upravno-procesnog zakonodavstva“, *Pravni život* 10/2013 – b, 319-333 Z. Lončar, „Odlučivanje u upravnom postupku“, *Zbornik radova PFNS* 1/2015, 179-195; Z. Lončar, „Posebni upravni postupci“, *Zbornik radova PFNS* 4/2016 – b, 1231-1249; Z. Lončar, „Najvažniji novi pravni instituti u upravnom postupku Republike Srbije“, *Pravna riječ* 50/2017 – b, 277-295; Z. Lončar, „Ovlašćeno službeno lice u upravnom postupku“, *Pravni život* 10/2017 – v, 299-311.

<sup>9</sup> Izričito navođenje rešenja kao prvostepene odluke protiv koje može da se izjavi žalba ne bi smelo da znači da žalba ne može da se izjavi i protiv prvostepenih odluka donetih u drugoj formi, kao što su na primer: dozvole, odobrenja, zabrane, naređenja ..., s obzirom na to da je već samim Zakonom izričito propisano da rešenje i zaključci mogu imati i drugi naziv, ako je to posebnim zakonom predviđeno (čl. 16. st. 3).

<sup>10</sup> Prema prethodnom Zakonu, protiv zaključka žalba je mogla da se izjavi samo kada je to bilo predviđeno posebnim zakonom (čl. 212.), dok je novim Zakonom isključena svaka mogućnost podnošenja žalbe protiv zaključka, kao i mogućnost pokretanja upravnog spora (čl. 146. st. 3).

<sup>11</sup> Prema prethodnom Zakonu, žalba protiv rešenja je takođe mogla da bude isključena jedino zakonom, ali samo pod uslovom da je na drugi način bila obezbeđena zaštita prava i pravnih interesa stranke, odnosno zaštita zakonitosti (čl. 12. st. 2), pa bi danas možda moglo, ali nikako ne

Žalba u suštini i dalje može da se izjavi zbog bilo koje formalne ili materijalne povrede zakona, kao i zbog povrede celishodnosti kod diskrecionih upravnih akata (rešenja). Novinu u Zakonu, međutim, predstavlja to što su sada izričito navedene sve nepravilnosti u vidu razloga zbog kojih rešenje može da se pobija, zbog kojih može da se izjavi žalba, kao što su: zbog toga što u rešenju nije uopšte ili nije pravilno primenjen zakon, drugi propis ili opšti akt; zbog toga što ga je doneo nenadležni organ; zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja; zbog toga što je iz utvrđenih činjenica izveden pogrešan zaključak o činjeničnom stanju; zbog povrede pravila postupka; zbog toga što su prekoračene granice ovlašćenja pri odlučivanju po slobodnoj oceni ili zbog toga što rešenje nije doneto saglasno cilju zbog koga je to ovlašćenje dato; zbog toga što nije pravilno primenjeno ovlašćenje za odlučivanje po slobodnoj oceni; kao i zbog toga što nije doneto saglasno garantnom aktu (član 158.).

U pogledu određenja pravno legitimisanih subjekata za izjavljivanje žalbe novi Zakon u suštini nije doneo nikakve bitne promene. Pravo na žalbu i dalje imaju, pre svega, *stranke* u upravnom postupku (član 151. stav 1). Međutim, novim Zakonom se pravo žalbe izričito priznaje i *svakom licu* na čija prava, obaveze ili pravne interese može da utiče ishod upravnog postupka, i to u roku u kome žalbu može da podnese stranka (član 151. stav 6).<sup>12</sup>

Ako nadležni organ nekom licu odbije zahtev za priznavanje stvojsva stranke, dužan je da ga obavesti o rešenju koje je doneo, prema odredbama ovog Zakona koje se odnose na dostavljanje (član 152. stav 1 i 3). Pri tome je Zakonom izričito propisano da u tom slučaju obaveštenje mora da sadrži: broj rešenja i naziv organa koji ga je doneo, koje su stranke učestvovalе u postupku, tekst dispozitiva rešenja i pouku o pravnom sredstvu protiv rešenja (član 152. stav 2).<sup>13</sup>

bi i smelo, da se zaključi da je žalbu protiv prvostepenog rešenja donetog u upravnom postupku moguće isključiti nekim posebnim zakonom, nezavisno od toga da li postoji drugi vid pravne zaštite stranaka. Takvo postupanje bilo bi suprotno Ustavu Republike Srbije, koji u okviru prava na pravno sredstvo (čl. 36. st. 2), građanima jamči pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu.

<sup>12</sup> S obzirom na to da je već samim Zakonom (čl. 44. st. 1) svojstvo stranke, pored fizičkog i pravnog lica čija je upravna stvar predmet upravnog postupka, priznato i svakom drugom fizičkom ili pravnom licu na čija prava, obaveze ili pravne interese može da utiče ishod upravnog postupka, navođenje u posebnoj odredbi Zakona da pravo žalbe pored stranke iz upravnog postupka imaju i sva ona lica kojima je već samim Zakonom priznato svojstvo stranke sasvim je suvišno. Ako su u pitanju lica koja su mogla da u svojstvu stranke učestvuju u upravnom postupku, a nisu učestvovali, oni mogu da izjave žalbu, ali prethodno moraju da dokažu svoju legitimisanost, odnosno da ishod postupka može da utiče na njihova prava, obaveze ili pravne interese, odnosno da im se, drugim rečima rečeno, naknadno prizna svojstvo stranke.

<sup>13</sup> Pri navođenju obavezne sadržine ovakvog obaveštenja licu kome nije priznato svojstvo stranke, priređivači Zakona su prevideli da među obaveznim delovima rešenja propisanim članom 141. Zakona, nigde nije predviđeno da postoji deo rešenja koji se zove „pouka“ o pravnom sredstvu, već „uputstvo“ o pravnom sredstvu (čl. 141. st. 6), a što je od uticaja na ukupnu usaglašenost i doslednost zakonskog teksta.



Za razliku od prethodnog Zakona (član 213.) koji je pravo žalbe izričito priznao i javnom tužiocu i javnom pravobraniocu, kao i drugim državnim organima kada su bili zakonom ovlašćeni, i to u slučaju ako je rešenjem bio povređen zakon u korist fizičkog ili pravnog lica, a na štetu javnog interesa (član 213. stav 2), novi Zakon kao pravno legitimisane subjekte za izjavljivanje žalbe navodi još samo druge *organe* i *organizacije* kada su na to ovlašćeni posebnim zakonom (član 151. stav 7), čime je značajno proširen krug mogućih pravno legitimisanih subjekata. Nesumnjivo je da se i nova zakonska odredba svakako odnosi na javno tužilaštvo i državno, odnosno drugo pravobranilaštvo, s obzirom na to da se radi o organima države, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave. Pored njih to mogu biti i bilo koji drugi državni, pokrajinski ili organi lokalne samouprave. U tom slučaju pravni osnov za izjavljivanje žalbe od strane ovih subjekata mora biti neki poseban zakon (npr. Zakon o javnom tužilaštvu, Zakon o državnom pravobranilaštvu, Zakon o zaštitniku građana ...), a ne Zakon o opštem upravnom postupku. Kao pravno legitimisani subjekti za izjavljivanje žalbe u upravnom postupku u svojstvu organizacije, pak, mogu da se pojave veoma različite vrste subjekata, počev od sindikalnih organizacija, udruženja građana, sportskih organizacija itd. Usled nedovoljno precizne zakonske odredbe iz člana 151. stav 7., koja govori samo o „drugim“ organima i organizacijama, ostaje nejasno koji bi se sve subjekti mogli podvesti pod pravno legitimisane za izjavljivanje žalbe, odnosno pod zakonski pojam „drugi“ organi i organizacije, pošto je zakonodavac propustio da navede koji se subjekti podrazumevaju pod „prvim“.<sup>14</sup>

Žalba u upravnom postupku i dalje ima načelno suspenzivno dejstvo, odnosno rešenje ne može da se izvrši dok ne istekne rok za žalbu, a izjavljena žalba odlaže izvršenje rešenja i dok žalilac ne bude obavešten o rešenju kojim je odlučeno o žalbi (član 154. stav 1 i 2). Iako je u ranijim verzijama Predloga Zakona iz 2012. godine (član 128. stav 3) i 2013. godine (član 220.), bila zastupana ideja o ograničavanju mogućnosti za odstupanje od suspenzivnog dejstva žalbe u posebnim zakonima, na način na koji je to bilo propisano dosadašnjim Zakonom (član 221. stav 2),<sup>15</sup> novim Zakonom je ipak mogućnost odstupanja od suspenzivnog dejstva žalbe u posebnom zakonu potpuno neuslovljena, jer je suspenzivno dejstvo žalbe, kao pravilo, predviđeno jedino pod uslovom ako zakonom nije drugačije propisano. Naime, Zakon izričito predviđa da rešenje ne može da se izvrši dok ne istekne rok za žalbu, *ako zakonom nije drukčije propisano* (član 154. stav 1), kao i da izjavljena žalba odlaže izvršenje rešenja dok žalilac ne bude obavešten o rešenju kojim je odlučeno o žalbi, *pod uslovom da zakonom nije drukčije propisano*

---

<sup>14</sup> Vid: D. Milkov, *Upravno pravo*, II, Izdavački centar Pravnog fakulteta, Novi Sad 2017, 232.

<sup>15</sup> „Izuzetno, rešenje se može izvršiti u žalbenom roku, kao i pošto je žalba izjavljena, ako je to zakonom predviđeno, ako se radi o preduzimanju hitnih mera (čl. 131. st. 1 tačka 4), ili ako bi usled odlaganja izvršenja bila nanesena nekoj stranci šteta koja se ne bi mogla popraviti“. ZUP 1996, čl. 221. st. 2.

(član 154. stav 2). Time je stvoren pravni osnov da se u pojedinim posebnim upravnim postupcima, poput poreskog, carinskog i sl., i dalje zadrži pravilo o nesuspendivnom dejstvu žalbe, iako je novim Zakonom, u delu koji se tiče odnosa opšteg i posebnih upravnih postupaka, izričito predviđeno da se u posebnim upravnim postupcima ne može smanjivati nivo zaštite prava i pravnih interesa stranaka zajemčenih ovim zakonom (član 3. stav 2), a što nesuspendivno dejstvo žalbe svakako ima za posledicu.

Izvesnu novinu u Zakonu predstavlja i pravilo da suspendivno dejstvo žalbe ne važi u slučaju donošenja rešenja u usmenoj formi, budući da je sada propisano da se usmeno rešenje izvršava i pre isteka roka za žalbu i posle podnošenja žalbe (član 155. stav 1), što je u skladu sa prirodom i karakterom takvih rešenja. Takođe, rešenje se izuzetno može izvršiti i pre isteka roka za žalbu, kao i posle podnošenja žalbe, ako bi odlaganje izvršenja stranci nanelo nenadoknadivu štetu ili teže ugrozilo javni interes (član 155. stav 2), što je i do sada bio slučaj. Jedina razlika je to što se umesto neophodnosti dokazivanja da se radi o težem ugrožavanju javnog interesa, do sada radilo o neophodnosti dokazivanja da se radi o preduzimanju u javnom interesu hitnih mera koje se ne mogu odlagati, a činjenice na kojima rešenje treba da bude zasnovano su utvrđene ili bar učinjene verovatnim (član 131. stav 1) tačka 4).

Iako žalbeni postupak obiluje novinama, smatramo da najveću pažnju zaveđuje po prvi put normiranje mogućnosti stranke da se *odrekne* prava na žalbu (član 156.) i da *odustane* od žalbe (član 157.), što za pravni interes stranaka u upravnom postupku može da predstavlja veoma važnu procesnu novinu. Prema odredbama novog Zakona, stranka ima mogućnost da se odrekne prava na žalbu od trenutka kada je obaveštena o rešenju, pa sve do isteka roka za žalbu. Ovako ustanovljeno pravo stranke na odricanje od žalbe ipak je zakonom ograničeno na taj način što joj je izričito oduzeto pravo da opozove jednom datu izjavu o odricanju od prava na žalbu. Pravna posledica odricanja stranke od žalbe ogleda se u sticanju svojstva konačnosti i pravnosnažnosti prvostepenog rešenja. Sa druge strane, ukoliko se radi o višestranačkom upravnom postupku, rešenje na osnovnu odricanja stranke od prava na žalbu postaje konačno i pravnosnažno samo ako su se prava na žalbu odrekle sve stranke i eventualno lice kome je odbijen zahtev za priznavanje svojstva stranke u prvostepenom postupku (član 156.).

Novi Zakon daje pravo strankama da odustanu od izjavljene žalbe, propisivanjem mogućnosti za žalioca da odustane od žalbe do momenta obaveštavanja o drugostepenom rešenju kojim je odlučeno o žalbi. Ali, i u ovom slučaju strankama je izričito oduzeto pravo na opoziv odustanka od žalbe. Pravna posledica odustanka od žalbe je obustavljanje postupka po žalbi, donošenjem rešenja u kome se mora odlučiti i o troškovima postupka po žalbi (član 157.). Protiv ovako donetog rešenja stranka može da izjavi posebnu žalbu.

Važne novine u Zakonu predstavljaju i mogućnost iznošenja *novih činjenica i dokaza* u žalbi, uz dužnost navođenja razloga zbog čega nisu iznete u prvostepenom postupku (član 159. stav 2); kao i mogućnost predavanja žalbe *direktno drugostepenom organu* u određenim slučajevima, kao što su: ćutanje uprave, neizdavanje u roku uverenja ili drugih isprava o činjenicama o kojima se vodi službena evidencija ili neodlučivanje o zahtevu za razgledanje spisa predmeta (član 161.). Uvođenje ovakvih novina trebalo bi značajno da ubrza i skрати vođenje upravnih postupaka.

Izvesnu novinu u Zakonu predstavlja i unošenje izričite obaveze za prvostepni organ da, kada oceni da su ispunjeni svi formalno-pravni uslovi za postupanje po žalbi, dostavi žalbu na odgovor protivnoj stranci (član 164. stav 1), u kom slučaju je organ dužan i da odredi rok za davanje odgovora na žalbu, koji ne može biti kraći od osam niti duži od 15 dana (član 164. stav 2). Unošenje ove novine u Zakon, međutim, nema veliki značaj za upravnu praksu, pošto su višestранаčki upravni postupci sa kontrarnim strankama u upravnoj praksi prava retkost.

Za razliku od obaveze na dostavljanje žalbe na odgovor protivnoj stranci, jednu od najvažnijih novina u žalbenom postupku predstavlja nova obaveza prvostepenog organa da drugostepenom organu uz žalbu prosledi, ne samo sve spise predmeta, kakav je bio slučaj do sada, već i svoj *odgovor na sve navode žalbe* (član 167.). S obzirom na to da je ova novina proizvod težnje za ubrzanjem drugostepenog upravnog postupka, u Zakonu je propisana i novčana kazna u iznosu od 5.000 dinara do 50.000 dinara za ovlašćeno službeno lice koje ne prosledi žalbu sa odgovorom na sve žalbene navode, kao i ako ih ne dostavi blagovremeno drugostepenom organu, odnosno u roku od 15 dana od prijema žalbe, ili eventualno 30 dana, u slučaju ako je žalba poslata na odgovor suprotnoj stranci, kada se radi o višestранаčkom upravnom postupku (član 208.).

Među odredbama drugostepenog (žalbenog) postupka određenu novinu predstavlja ovlašćenje drugostepenog organa da poništi pobijano rešenje i prosledi predmet nadležnom organu zbog *stvarne nenadležnosti* prvostepenog organa (član 171. stav 1). Za razliku od prethodnog Zakona, koji je takođe propisivao ovlašćenje drugostepenog organa da poništi pobijano rešenje, ali zbog bilo koje povrede nadležnosti prvostepenog organa (član 231. stav 2), novi Zakon je ovlašćenje drugostepenog organa suzio samo na povredu stvarne nadležnosti.<sup>16</sup> Međutim, uprkos ovakvoj zakonskoj novini smatramo da je dužnost drugostepenog organa da poništi prvostepeno rešenje ne samo zbog povrede stvarne nadležnosti, već i zbog povrede mesne nadležnosti. Tim pre ako je ta vrsta nadležnosti bila razlog za izjavljivanje žalbe.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Interesantno da je u Zakonu kao razlog za pobijanje rešenja navedena povreda nadležnosti, a ne samo povreda stvarne nadležnosti (čl. 158. st. 1. tač. 2), kao i da je pod pojmom nadležnosti u Zakonu izričito uređena i stvarna (čl. 33.), ali i mesna nadležnost (čl. 34 -35.).

<sup>17</sup> U prilog tvrdnji da se ovde verovatno radi o propustu priređivača Zakona govori i činjenica da je među najtežim povredama zakona za koje se može upotrebiti novouvedeno vanredno pravno

Određenu novinu, posebno osetljivu po pravnu sigurnost stranaka u žalbenom postupku, predstavlja ovlašćenje drugostepenog organa da može da izmeni prvostepeno rešenje na štetu žalioca. Iako je drugostepeni organ ovlašćenje za preinačenje na lošije (*reformatio in peius*) imao i prema prethodnom Zakonu (član 234. stav 2), kada je mogućnost za ovu vrstu izmene prvostepenog rešenja bila vezana za razloge za upotrebu tri tadašnja vanredna pravna sredstva (ponišćavanje i ukidanje po osnovu službenog nadzora – član 253; oglašavanje rešenja ništavim – član 257 i vanredno ukidanje – član 256), vezivanje ovlašćenja drugostepenog organa u novom Zakonu za sve razloge koji su navedeni kao razlozi za upotrebu, ne samo novog vanrednog pravnog sredstva Poništavanje konačnog rešenja (član 183.), već i za Ukidanje rešenja (član 184.), nije primenjivo u svim slučajevima u kojima je propisano da se može upotrebi to vanredno pravno sredstvo. Naime, jedan od uslova za Ukidanje rešenja se odnosi i na situaciju ako je rešenje postalo pravno-snažno, a to traži stranka na čiji je zahtev doneto, a ukidanje nije protivno javnom interesu, niti interesu trećih lica (član 184. stav 1. tačka 2), što po prirodi stvari ne može da bude primenjivo kao osnov za izmenu rešenja na štetu žalioca.<sup>18</sup>

U drugostepenom upravnom postupku novinu predstavlja i izostavljanje odredbi o načinu na koji se drugostepeno rešenje dostavlja stranci. Naime, u novom Zakonu je uređeno samo pitanje roka za odlučivanje po žalbi (član 174.), a izostavljena je ranija odredba prema kojoj su se drugostepena rešenja, po pravilu, strankama dostavljala putem prvostepenog organa, koji je u tom slučaju bio dužan da rešenje dostavi strankama u roku od osam dana od prijema spisa (član 238.). S obzirom na to da više nije izričito predviđena procedura dostavljanja drugostepenog rešenja strankama, moguće je da drugostepeni organ direktno stranci dostavi drugostepeno rešenje. Time se prvostepeni organ ostavlja bez mogućnosti da se upozna sa pravnim stavom drugostepenog organa, kao bitnim preduslovom za ujednačavanje upravne prakse. Pored izostavljanja odredbi o načinu dostavljanja drugostepenog rešenja strankama, novim Zakonom nije rešeno ni pitanje načina i roka za vraćanje spisa predmeta prvostepenom organu.

I u novom Zakonu je takođe predviđena mogućnost izjavljivanja žalbe u slučaju kada rešenje nije izdato u zakonom predviđenom roku, odnosno u slučaju ćutanja uprave (član 151. stav 3), što danas predstavlja jedan od evropskih pravnih standarda vezanih za rad organa uprave.<sup>19</sup> Iako u konačnoj verziji Zakona nije našla mesto početna ideja priređivača o davanju pozitivnog značenja institutu

sredstvo Poništavanje konačnog rešenja (čl. 183), navedena ne samo povreda stvarne nadležnosti (tač. 7), već i mesne nadležnosti (tač. 10).

<sup>18</sup> „Može se primetiti da tačka 2. stava 1. člana 184. nije primenjiva kao osnov za izmenu na štetu žalioca, jer je reč o pravno-snažnom rešenju čije ukidanje traži stranka. Nemoguće je zamisliti da bi stranka tražila izmenu na svoju štetu, a o čemu pisci Zakona, očigledno, nisu vodili računa“. D. Milkov (2017) 245.

<sup>19</sup> Vid.: Z. Lončar, (2016 – a) 474.

ćutanja uprave, novim Zakonom je ipak uneto nekoliko bitnih novina u pravni režim ove vrste žalbe.

Najpre, novi Zakon propisuje da ako je nekim posebnim zakonom predviđeno da ćutanje uprave ima pozitivno značenje, odnosno da se neizdavanje rešenja u zakonom određenom roku smatra usvajanjem zahteva stranke, stranka nema pravo na žalbu (član 151. stav 5). Bez obzira na to što je unošenje ovakve odredbe u Zakon kojim se uređuje opšti upravni postupak verovatno trebalo da posluži da se budućim zakonodavcima ukaže na mogućnost da u pojedinim posebnim upravnim postupcima ćutanje uprave može da ima i pozitivno značenje, a što predstavlja jednu od preporuka SIGME, kao stručnog dela OECD-a, vezanih za normiranje upravnog postupka,<sup>20</sup> njeno unošenje u novi Zakon je ipak potpuno suvišno. Naime, stranka čiji se zahtev smatra usvojenim, pa makar i protekom zakonskog roka za donošenje rešenje, nema nikakav pravni interes da u takvoj situaciji izjavljuje još i posebnu žalbu zbog ćutanja organa uprave. Davanje pozitivnog značenje ćutanju uprave u direktnoj je suprotnosti sa institutom žalbe zbog ćutanja uprave. Stoga je izričito navođenje još i nemogućnosti izjavljivanja ove vrste žalbe u takvoj situaciji više nego suvišno.<sup>21</sup>

Najvažnije izmene u pravnom režimu žalbe zbog ćutanja uprave u novom Zakonu tiču se *rokova* za njeno izjavljivanje. Naime, u Zakonu je i dalje ostao nepromenjen dilatorni rok od 30, odnosno 60 dana, koji se tiče zakonske obaveze organa uprave za donošenje prvostepenog rešenja (član 145.), a koji stranka mora da sačeka da protekne da bi stekla pravo da podnese žalbu zbog ćutanja uprave. Međutim, pored toga, uveden je i novi rok, prekluzivne prirode, kao krajnji rok u kome se ova vrsta žalbe može izjaviti. Naime, prema novom Zakonu, žalba zbog ćutanja uprave se mora izjaviti najkasnije u roku od godinu dana od isteka roka za odlučivanje po zahtevu stranke (član 153. stav 2), a njegovim propuštanjem stranka gubi pravo na ovu posebnu vrstu pravne zaštite. U tom slučaju stranci preostaje jedino mogućnost da ponovo podnese zahtev istovetne sadržine organu koji joj nije u zakonskom roku rešio upravnu stvar, s obzirom na to da negativni upravni akti ni prema novom Zakonu ne stiču svojstvo pravnosnažnosti (član 14.). Naravno, takvo rešenje za stranku je pravno moguće samo u slučaju da u međuvremenu nije došlo do promene materijalnog prava merodavnog za procenu osnovanosti njenog zahteva.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Vid.: *Checklist for a General Law on Administrative Procedures*, Sigma, 2005.

<sup>21</sup> „Ostaje nejasno šta su autori novog Zakona ovim hteli da postignu? Naravno da se stranka inače ne bi žalila ako joj je zahtev usvojen! Stranka se žali onda kada joj zahtev nije usvojen (u celini ili delimično). Stranka ne koristi logiku pisaca ovog ZUP-a, pa sigurno ne bi ni izjavljivala žalbu ako je ostvarila pravo koje je htela. U želji da budu originalni, autori novog Zakona su uneli brojne besmislene odredbe! A pri tome, izostavili su brojne neophodne norme!“ D. Milkov (2017) 231.

<sup>22</sup> Vid.: Z. Lončar, (2017 – a) 108-109.

Naročito značajnu novinu kod žalbe zbog ćutanja uprave u Zakonu predstavlja uvođenje izričite obaveze za drugostepeni organ da sam *meritorno reši* upravnu stvar u slučaju ponovljenog ćutanja prvostepenog organa (član 173. stav 2). S tim u vezi, novi Zakon propisuje čak i disciplinsku odgovornost za ovlašćeno službeno lice, odnosno za odgovorno lice u organu uprave, u slučaju nepoštovanja rokova koji dovode do ćutanja uprave (član 210. stav 2).

### 2.1.2 Prigovor

Uvođenje prigovora predstavlja najznačajniju novinu u sistemu pravnih sredstava u Zakonu o opštem upravnom postupku. Prigovor je danas pravno sredstvo remonstrativnog karaktera, koji se može upotrebiti kod svih novih aktivnosti uprave podvedenih pod upravnu stvar, kao što su: *upravni ugovori*, *upravne radnje* i pružanje *javnih usluga*, u slučaju kada ne može da se izjavi drugo pravno sredstvo u upravnom postupku (član 147-150.).

Uvođenje prigovora u upravni postupak prizvod je nedovoljno jasne koncepcije o cilju i svrsi ovog novog pravnog sredstva. Tokom višegodišnjih priprema novog Zakona postojala su različita rešenja u različitim fazama izrade Zakona. Tako je, pored neispunjavanja obaveze iz upravnog ugovora, načina pružanja javnih usluga i preduzimanja upravne radnje, zbog kojih se danas može upotrebiti samo ovo pravno sredstvo (član 147. stav 1), u Predlozima Zakona iz 2012. i 2013. godine bilo predviđeno da se prigovor može izjaviti još i zbog zaključenog *poravnanja* (član 135. stav 1 Predloga Zakona iz 2012. godine; član 211. stav 1 Predloga Zakona iz 2013. godine); kao i *drugih upravnih aktivnosti* i postupanja organa uprave i organizacija koje pružaju javne usluge (član 135. stav 1 Predloga Zakona iz 2012. godine), ali i zbog *nepreduzimanja upravnih aktivnosti* koje je organ po zakonu dužan da preduzme, ako te aktivnosti nemaju karakter upravnih akata, niti su povezani sa upravnim aktom, a podnosilac prigovora smatra da su time povređena njegova prava ili pravni interesi (član 135. stav 1. Predloga Zakona iz 2012. godine). Takođe, i sva ostala bitna pitanja pravnog režima ovog novouvedenog pravnog sredstva, počev od nadležnosti za odlučivanje, roka u kome se prigovor može podneti i pravne zaštite protiv odluke kojom se odlučuje o prigovoru, bili su značajno drugačije uređena u različitim fazama prireme Zakona.<sup>23</sup>

Potpuna konfuzija koja je postojala kod priređivača Zakona kada je u pitanju prigovor kao novo pravno sredstvo u upravnom postupku, izražena je već u osnovnim načelima upravnog postupka, gde je u okviru novoformulisiranog načela „pravo žalbe i prigovora“ (član 13.) propisano da „stranka ima pravo na prigovor u slučajevima određenim ovom zakonom“ (član 13. stav 2), iz čega proizlazi da prigovor, za razliku od žalbe, nije opšti princip na kome Zakon o opštem upravnom

<sup>23</sup> Vid.: Z. Lončar, (2013 – a) 442; Z. Lončar, (2013 – b) 328-331.



postupku počiva, već se može upotrebiti samo u slučajevima kada je to posebno zakonom određeno, pa mu stoga nije ni mesto među osnovnim načelima upravnog postupka, kao opštim principima zajedničkim za čitav propis.<sup>24</sup>

Rok za podnošenje prigovora je uslovljen razlogom zbog kog se prigovor podnosi. Ako je u pitanju upravni ugovor, prigovor se može izjaviti u roku od šest meseci od propuštanja organa da ispuni obavezu iz upravnog ugovora. U slučaju upravne radnje, pak, prigovor se može podneti u roku od 15 dana od preduzimanja upravne radnje ili propuštanja da se upravna radnja preduzme, a ako je u pitanju javna usluga, prigovor se može podneti u roku od 15 dana od kada se javna usluga ne pruža tako da obezbedi uredno i kvalitetno, pod jednakim uslovima, ostvarivanje prava i zadovoljavanje potreba korisnika (član 147. stav 2).

Prigovor se podnosi rukovodiocu organa kod koga su nastali razlozi zbog kojih se izjavljuje (član 148.), a rukovodilac organa je dužan da o njemu odluči rešenjem u roku od 30 dana (član 149.). Protiv rešenja kojim je odlučeno o prigovoru može se izjaviti posebna žalba (član 150.), a nakon toga se može voditi i upravni spor.<sup>25</sup>

## 2.2 Vanredna pravna sredstva

Vanredna pravna sredstva predstavljaju deo novog Zakona u pogledu koga se najviše lutalo tokom njegove višegodišnje izrade.

Umesto dosadašnjih šest vanrednih pravnih sredstava (Ponavljanje postupka – član 239-250.; Menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom – član 251.; Poništavanje i ukidanje rešenja po osnovu službenog nadzora – član 253-254.; Ukidanje i menjanje pravnosnažnog rešenja uz pristanak ili po zahtevu stranke – član 255.; Vanredno ukidanje – član 256. i Oglašavanje rešenja ništavim – član 257-258.), najpre je u Predlogu Zakona iz 2012. godine bio predviđen potpuno nov sistem vanrednih pravnih sredstava. Pored Ponavljanja upravnog postupka (član 139-144.), bilo je predviđeno još i Službeno uklanjanje, odnosno menjanje upravnih akata (član 145-153.), u okviru koga su se razlikovale tri situacije: Povlačenje nezakonitih relativno ništavih akata (član 147-148.), Povlačenje nezakonitih apso-

---

<sup>24</sup> „Tako formulisano, neobično zvuči „načelo“ koje podrazumeva da je nešto dozvoljeno samo ako je izričito predviđeno. Iz takve formulacije bi se mogao izvesti zaključak da prigovor načelno nije dozvoljen, osim ako je Zakonom izričito utvrđen!“. D. Milkov, (2017) 98.

<sup>25</sup> „Što se tiče smisla unošenja ove novine u ZUP, u Obrazloženju Predloga novog ZUP-a autori su naveli: „Značaj prigovora se sastoji upravo u tome što obezbeđuje upravnopravni put zaštite od nepravilnosti u njihovom preduzimanju, tamo gde on dosad nije postojao“. To znači da stranka nezadovoljna pružanjem javne usluge (npr. zato što joj ne radi grejanje u stanu), može da izjavi prigovor rukovodiocu te javne službe, pa onda da izjavi žalbu protiv njegovog rešenja, pa onda da vodi upravni spor! U tom bi zima već sigurno prošla, možda ne samo jedna! I to je, po mišljenju autora novog ZUP-a, sada efikasnije nego da se stranka odmah obrati sudu i traži privremenu meru da sud naredi da joj bude uključeno grejanje?“. D. Milkov, (2017) 228-229.



lutno ništavih upravnih akata (član 149-150.) i Opozivanje zakonitih upravnih akata (član 151-153.), a u okviru koga su se opet razlikovali: Opoziv zakonitog povlašćujućeg akta (član 151.) i Opoziv zakonitog povlašćujućeg akta koji predviđa korišćenje namenskih sredstava (član 152-153.).

S obzirom na to da takvo normiranje vanrednih pravnih sredstava, koji bi građanima trebalo da pruži mogućnost za dodatnu pravnu zaštitu u slučaju konačnih i izvršnih, a ponekad i pravnosnažnih upravnih akata, ne postoji kao primer ni u jednom uporednom pravnom sistemu, već više liči na deo sadržaja iz nekog udžbenika, u Predlogu Zakona iz 2013. godine se od takve ideje potpuno odustalo. Predlogom Zakona iz 2013. godine je bilo predviđeno ukupno sedam vanrednih pravnih sredstava, od kojih su čak pet bila preuzeta iz do tada važećeg Zakona (Ponavljanje upravnog postupka – član 244-252; Menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom – član 253; Poništavanje i ukidanje rešenja po osnovu službenog nadzora – član 254-256; Oglašavanje rešenja ništavim – član 257-260 i Vanredno ukidanje rešenja – član 262-265), a svega dva su bila kreirana kao donekle nova (Ukidanje ili menjanje pravnosnažnog rešenja na predlog Zaštitnika građana – član 261; Ukidanje zakonitog rešenja – član 267-270).

Važećim Zakonom iz 2016. godine je, pak, ponovo značajno izmenjen sistem vanrednih pravnih sredstava. Broj sredstava vanredne pravne zaštite stranaka u upravnom postupku je smanjen na ukupno pet, a u značajnoj meri su promenjeni i njihovi nazivi. Kao vanredna pravna sredstva u upravnom postupku danas postoje: Menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom (član 175.), Ponavljanje postupka (član 176-182.), Poništavanje konačnog rešenja (član 183.), Ukidanje rešenja (član 184.) i Poništavanje, ukidanje ili menjanje pravnosnažnog rešenja na preporuku Zaštitnika građana (član 185.).

O koliko se pažljivo i dobro osmišljenim izmenama u pogledu vanrednih pravnih sredstava u novom Zakonu zaista radi, pored svega do sada navedenog, možda najslikovitije potvrđuje razlika koja se pojavila između Nacrta Zakona koji je bio na javnoj raspravi juna 2015. godine i Predloga Zakona, koji je usvojen svega nekoliko meseci kasnije, februara 2016. godine. Najpre je, u Predlogu Zakona, poseban deo (VII) naslovljen kao „Posebni slučajevi uklanjanja i menjanja rešenja“, bio značajno sužen u odnosu na Nacrt Zakona. U Nacrtu je u tom delu bilo ukupno 20 odredbi (član 256-275.), dok je u Predlogu Zakona on sveden na svega 15 odredbi, među kojima su bile i sedam odredbi o Ponavljanju postupka (član 176-182.), koje su u Nacrtnoj verziji Zakona predstavljale odvojenu celinu (član 247-255.). Nadalje, u postupku skraćivanja Nacrta zakonskog teksta smanjen je broj vanrednih pravnih sredstava. Tako je u Nacrtu bilo predviđeno šest vanrednih pravnih sredstava (Menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom (član 256.), Poništavanje ili ukidanje rešenja na osnovu službenog nadzora (član 257-259.), Oglašavanje rešenja ništavim (član 260-263.), Poništavanje, ukidanje ili menjanje pravnosnažnog rešenja na predlog Zaštitnika građana (član

264.), Vanredno ukidanje rešenja (član 265-269.), Ukidanje zakonitog rešenja (270-273.)), dok je u Predlogu Zakona zadržano ukupno pet vanrednih sredstava (Menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom (član 175.), Ponavljanje postupka (176-182.), Poništavanje konačnog rešenja (član 183.), Ukidanje rešenja (član 184.), Poništavanje, ukidanje ili menjanje pravnosnažnog rešenja na preporuku Zaštnika građana (član 185.)). Pored navedenih izmena, promenjeni su i nazivi pojedinih vanrednih pravnih sredstava. Tako je Vanredno ukidanje rešenja (član 265-269.) preimenovano u Ukidanje rešenja (član 184.), s tim da je izostavljeno vanredno pravno sredstvo Ukidanje zakonitog rešenja (član 270-273.). Poništavanje ili ukidanje rešenja po osnovu službenog nadzora (član 257-259.) i Oglašavanje rešenja ništavim (član 260-263.) dobili su naziv Poništavanje konačnog rešenja (član 183.). Novoustanovljeno vanredno pravno sredstvo, po Nacrtu Zakona, Poništavanje, ukidanje ili menjanje pravnosnažnog rešenja na predlog Zaštitnika građana (član 264.) preformulisano je u Predlogu zakona u Poništavanje, ukidanje ili menjanje pravosnažnog rešenja na preporuku Zaštitnika građana (član 185.). Bitno je istaći i da osim izvršenih promena naziva, razlozi za upotrebu ovih vanrednih pravnih sredstava, nadležnost organa i rokovi za njihovu upotrebu nisu značajnije menjani.<sup>26</sup>

Uprkos tolikim izmenama u pogledu vanrednih pravnih sredstava, na osnovu kojih bi se već na prvi pogled možda moglo zaključiti o velikim novinama, novim Zakonom ipak nisu izvršene suštinske promene u sistemu vanrednih pravnih sredstava. Naime, sva pitanja koja su suštinska za njihov pravni režim, a u koja svakako ne spadaju samo nazivi pojedinih vanrednih pravnih sredstava, kao što su *razlozi* za upotrebu, *nadležnost* organa za rešavanje i *rokovi* u kojima se mogu koristiti, nisu bitnije menjani. Stoga se sa puno osnova može zaključiti da, bez obzira na sve izvršene izmene, novi sistem vanrednih pravnih sredstava u novom Zakonu ne znači i povećanje stepena pravne zaštite stranaka u upravnom postupku.

Tako, na primer, novouvedeno vanredno pravno sredstvo Poništavanje konačnog rešenja je nastalo spajanjem dva prethodna vanredna pravna sredstva, Oglašavanje rešenja ništavim (član 257-258.) i Poništavanje rešenja po osnovu službenog nadzora (član 253.), a od ukupno 11 razloga za njegovu upotrebu, samo jedan predstavlja novi razlog za korišćenje ovog „novog“ vida vanredne pravne zaštite stranaka. U pitanju je slučaj „ako rešenje uopšte ne sadrži ili sadrži pogrešno uputstvo o pravnom sredstvu“ (član 183. stav 1. tačka 11).<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Vid.: Z. Lončar, (2016 – a) 475-476.

<sup>27</sup> Prilikom unošenja ovog slučaja kao razloga za upotrebu novog vanrednog pravnog sredstva nije vođeno računa da je u novom Zakonu zadržano pravilo da stranka ne sme da trpi štetne posledice propusta organa u pogledu pogrešnog upućivanja na pravnu zaštitu, pa je, kao i do sada, izričito predviđeno da stranka kojoj je dato pogrešno uputstvo o pravnom sredstvu može da postupi po propisima ili po uputstvu, a u slučaju kad nije bilo nikakvog uputstva ili je ono bilo ne-

U slučaju, pak, Ponavljanja postupka, ne samo da je naziv ovog vanrednog pravnog sredstva ostao isti kao u prethodnom Zakonu (član 239-250.), već su svega dva od ukupno 12 razloga za izjavljivanje dodata kao nova. U pitanju su slučajevi: ako je Ustavni sud u istoj upravnoj stvari, u postupku po ustavnoj žalbi utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom, a istovremeno nije poništio osporeno rešenje; kao i ako je Evropski sud za ljudska prava u istoj upravoj stvari naknadno utvrdio da su prava ili slobode podnosioca predstavke povređena ili uskraćena (član 176. stav 1. tačka 11 i 12.)

Takođe, novo vanredno pravno sredstvo Ukidanje rešenja, nastalo je od ranijeg vanrednog pravnog sredstva Vanredno ukidanje (član 256.), kome je pridodat samo jedan novi razlog – ako je rešenje postalo pravnosnažno, a to traži stranka na čiji je zahtev doneto, a ukidanje nije protivno javnom interesu, niti interesu trećih lica (član 184. stav 1. tačka 2). Pored toga, stvoren je i pravni osnov da se posebnim zakonima u posebnim upravnom postupcima predvide i drugi razlozi za upotrebu (član 184. stav 1. tačka 3).

### 3. ZAKLJUČNO RAZMATRANJE

Bez obzira na to što novi Zakon o opštem upravnom postupku obiluje novinama u pogledu pravnih sredstava, čini nam se da se ipak sa puno osnova ne može reći da je stvarni nivo pravne zaštite stranaka u upravnom postupku značajnije unapređen u odnosu na rešenja iz prethodnog Zakona. Uprkos činjenici da je uveden prigovor, kao novo redovno pravno sredstvo, i potpuno izmenjen sistem vanredne pravne zaštite stranaka, žalba je i dalje osnovno i daleko najvažnije sredstvo pravne zaštite stranaka od nezakonitih i necelishodnih upravnih akata, kao najvažnije manifestacije upravne delatnosti.

Zbog toga je za unapređenje nivoa pravne zaštite stranaka u upravnom postupku od posebne važnosti što je pravni režim žalbe u novom Zakonu u određenoj meri upređen. Bez obzira na to što postoje određene nove zakonske odredbe koje obiluju pravnim manjkavostima, a od kojih su samo neke bile predmet analize u radu, ipak postoji i značajan broj novina koje znače popravljanje pravnog položaja stranaka, kada je u pitanju ovo sredstvo pravne zaštite. Za stranke u

---

potpuno, stranka može da postupi po važećim propisima ili da u roku od osam dana od kada je obaveštena o rešenju zahteva dopunu rešenja (član 141. stav 6). Davanjem stranci mogućnosti još i vanredne pravne zaštite, u vidu Poništavanja konačnog rešenja, predstavlja stoga potpuni višak i u nesaglasnosti je sa prethodno navedenim pravilima u Zakonu. Šta više, stranke se time dodatno motivišu da uopšte ne koriste zakonsku mogućnost za otklanjanje uočene greške u pogledu uputstva o pravnom sredstvu, postupajući na Zakonom propisan način, već da kasnije traže poništavanje rešenja na osnovu ovog novog vanrednog pravnog sredstva, u kom slučaju je za poništavanje celog rešenja (npr. poreskog, carinskog ..) dovoljno samo dokazati postojanje greške u pogledu uputstva o pravnom sredstvu.

upravnom postupku su među njima od posebnog značaja: uvođenje mogućnosti na odricanje od prava na žalbu (član 156.) i na odustanak od žalbe (član 157.), kao i mogućnosti za iznošenja novih činjenica i dokaza u žalbi, uz dužnost navođenja razloga zbog čega nisu iznete u prvostepenom postupku (član 159. stav 2). Nekada za stranke od značaja može biti i mogućnost predavanja žalbe direktno drugostepenom organu u određenim slučajevima, kao što su ćutanje uprave, neizdavanje u roku uverenja ili drugih isprava o činjenicama o kojima se vodi službena evidencija ili neodlučivanje o zahtevu za razgledanje spisa predmeta (član 161. stav 2).

Za kvalitet vođenja žalbenog postupka, pak, kao i njegovu efikasnost, od posebnog značaja je novopropisana obaveza prvostepenog organa da uz žalbu, pored spisa predmeta, drugostepenom organu pošalje i svoj odgovor, u kome je prvostepeni organ dužan da oceni sve žalbene navode (član 166. stav 2 i 3), a posebno činjenica da je propuštanje takve zakonske obaveze prekršajno sankcionisano, i to novčanom kaznom od 5.000 do 50.000 dinara za odgovorno službeno lice (član 208.).

Radi podizanja nivoa procesne discipline u upravnom postupku od posebnog značaja su pojedine izmene koje su izvršene u pravnom režimu žalbe zbog ćutanja uprave, a pre svih, uvođenje obaveze za drugostepeni organ da sam meritorno reši upravnu stvar u slučaju ponovljenog ćutanja prvostepenog organa (član 173. stav 2), kao i uvođenje disciplinske odgovornosti za ovlašćeno lice, odnosno odgovorno lice u organu uprave, u slučaju nepoštovanja rokova koji dovode do ćutanja uprave (član 210. stav 2).

Što se tiče prigovora, kao novog redovnog pravnog sredstva remonstrativnog karaktera koji se danas može koristiti kod svih novih aktivnosti uprave podvedenih pod upravnu stvar, kao što su upravni ugovori, upravne radnje i pružanje javnih usluga, u slučaju kad ne postoji drugo pravno sredstvo u upravnom postupku, bez obzira na velika očekivanja dela stručne pravne javnosti da će uvođenjem ovakvog posebnog upravno-pravnog puta zaštite stranaka biti smanjene nepravilnosti u njihovom preduzimanju,<sup>28</sup> čini nam se da će njegov pravi značaj, pre svega zbog načina na koji je normiran u Zakonu, u praksi biti gotovo zanemarljiv. U prilog tome govori i dosadašnje iskustvo sa primenom novog Zakona u pogledu ovog novog redovnog pravnog sredstva.

U pogledu vanrednih pravnih sredstava, pak, iako je na prvi pogled značajno preuređen sistem vanredne pravne zaštite stranaka, u okviru koga su promeњena gotovo sva prethodno postojeća vanredna pravna sredstva, s ozbirom na to da suštinska pitanja za njihov pravni režim, kao što su razlozi za upotrebu, nadležnost organa za rešavanje i rokovi u kojima se mogu koristiti, ipak nisu bitnije

---

<sup>28</sup> Vid.: Z. Tomić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2017, 62-63, 539-540; Zoran Tomić, Dobrosav Milovanović, Vuk Cucić, *Praktikum za primenu Zakona o opštem upravnom postupku*, Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave, Beograd 2017, 161-163.

izmenjeni, ne može se očekivati ni da će u upravnoj praksi bitnije doprineti bilo kakvom povećanju pravne zaštite stranaka, odnosno pojavi značajnijeg otklanjanja nezakovitosti koje budu postojale u upravnim aktima i nakon sticanja konačnosti, izvršnosti ili pravnosnažnosti upravnih akata. Šta više, velike terminološke izmene koje su izvršene u nazivima većine vanrednih pravnih sredstava, više će doprineti nesnalaženju stranaka i njihovih pravnih zastupnika, nego što će podići nivo pravne zaštite u slučaju konačnih, izvršnih ili pravnosnažnih upravnih akata.

Da bi novouspostavljen sistem vanrednih pravnih sredstava mogao da proizvede određene efekte u upravnoj praksi, bar na nivou koji je imao prethodni, neophodno je ne samo da protekne određeno vreme potrebno za njegovo upoznavanje, već i značajna i sveobuhvatna edukacija, sprovedena od strane lica dovoljno stručnih da ispravno prepoznaju i jasno objasne suštinu izvršenih izmena, kao i pravnu prirodu svakog od novouvedenih sredstava vanredne pravne zaštite stranaka.

Zoran J. Lončar, Ph.D., Associate Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
Z.Loncar@pf.uns.ac.rs

## **Legal Remedies in the New Law on General Administrative Procedure**

**Abstract:** *Although the new Law on General Administrative Procedure of 2016, which has become fully applicable in June 1, 2017, abounds with novelties considering the legal remedies, it can be said that the actual level of legal protection of the parties in the administrative procedure is significantly improved, comparing to the solutions from the previous Law. Despite the fact that objection has been introduced, as a new regular legal remedy with devolution character, which can be used in all new administrative activities subordinated to administrative matters (administrative contracts, administrative actions, provision of public services), in cases when there is no other legal remedy in the administrative procedure, and considering that the system of extraordinary legal protection of the parties has been completely changed, the appeal continues to be the basic and most important mean of legal protection of the parties from unlawful and incomplete administrative acts, as the most important manifestations of administrative activity. Therefore, in order to improve the level of legal protection of parties in the administrative procedure, it has exceptional importance that the legal regime of appeal in the new Law has been significantly enhanced by the introduction of many new procedural solutions.*

**Keywords:** *administrative procedure, legal remedies, appeal, objection, extraordinary legal remedies.*

Datum prijema rada: 01.02.2018.

*Dr Maša M. Kulauzov, vanredni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs*

## PONOVLJENJE PARNICE PO ODREDBAMA ZAKONIKA O GRAĐANSKOM SUDSKOM POSTUPKU IZ 1865. GODINE<sup>1</sup>

**Sažetak:** U radu je analizirano ponovljenje parnice koje je predstavljalo jedini vanredni pravni lek po odredbama Zakonika o građanskom sudskom postupku iz 1865. godine. Razmotreni su svi značajni aspekti ovog pravnog sredstva – pretpostavke i razlozi za izjavljivanje pravnog leka i postupak po predlogu za ponovljenje parnice. Iako su izmene i dopune zakonskih odredaba o ponovljenju parnice u dugom vremenu važenja procesne kodifikacije bile zaista malobrojne, uvidom u arhivsku građu sačuvanu u fondu Državni savet Arhiva Srbije može se zaključiti da je pre usvajanja Zakonika iz 1865. vođena rasprava između ministra pravde i Savetske komisije o pojedinim predloženim zakonskim rešenjima, između ostalog, i u pogledu vanrednih pravnih lekova. Dakle, projekat Zakonika iz 1865. nije usvojen u prvobitnoj verziji već su neke odredbe nacrtu izmenjene pre njegovog ozakonjenja, da bi već 1872. usledio predlog izmena i dopuna pojedinih zakonskih članova, među kojima su i oni o ponovljenju parnice. Mada nacrt iz 1872. nikad nije ozakonjen, samo njegovo postojanje svakako ukazuje na to da je u jurisprudenciji dolazilo do nejednoobraznog postupanja i protivrečnog tumačenja pojedinih normativnih rešenja iz te oblasti. Sačuvana arhivska građa pokazuje da su najspornija bila pitanja mogućnosti ponovljenja parnice vođene pred izabranim sudom, suda nadležnog da postupa po izjavljenom pravnom leku, kao i da li se ponavljanje može tražiti samo jednom ili i više puta po različitim osnovama.

**Ključne reči:** Parnično zakonodavstvo, građanski sudski postupak, pravosnažne sudske odluke, ponovljenje parnice, Kasacioni sud.

---

<sup>1</sup> Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu pod nazivom „Pravna tradicija i novi pravni izazovi” u 2017. godini.



## 1. UVOD

„Pravda je prva i najpreča društvena dužnost: da bi se ona dala vršiti, postavljene su sudije.“<sup>2</sup> Međutim, moguće su razne greške u suđenju koje rezultiraju donošenjem nezakonite ili nepravedne odluke u prvom ili drugom stepenu.<sup>3</sup> Da bi se ostvarila adekvatna pravna zaštita subjektivnih građanskih prava, nezakonitosti u odlučivanju mogle su se u srpskom procesnom zakonodavstvu XIX veka otkloniti „povtornim suđenjem“ u krivičnim delima i „ponovljenjem spora“ u građanskim parnicama.<sup>4</sup> Iako je ponovljenje parnice bilo jedino vanredno pravno sredstvo po odredbama parničnog zakonika iz 1865, imalo je široku primenu jer je bilo dozvoljeno protiv svih sudskih odluka, i konačnih i izvršnih, samo pod uslovom da upotreba redovnih pravnih lekova više nije bila moguća.<sup>5</sup> Dakle, nije postojala tzv. „zabrana preskakanja instanci“ jer dopuštenost pravnog leka nije zavisila od toga da li je pobijana odluka pre nastupanja pravosnažnosti bila pobijana žalbom. Na taj način su pružene brojne procesne mogućnosti za otklanjanje nezakonitosti i nepravilnosti u radu nižih sudskih instanci.<sup>6</sup>

## 2. FORMULISANJE ODREDBA O PONOVLJENJU PARNICE U ZAKONSKOM PROJEKTU

Nacrt procesne kodifikacije izradio je ministar pravde Rajko Lešjanin i, uz propratno pismo, podneo ga Državnom savetu na odobrenje.<sup>7</sup> Savet je svoje članove obavestio o zakonskom projektu ministra na sednici održanoj 26. novembra

---

<sup>2</sup> Jovan M. Lešjanin, *O primenjavanju zakona po Murlonu, Pravda – list za sve grane pravnih nauka*, broj 23 od 20. avgusta 1869, 681.

<sup>3</sup> Vid. Maša Kulauzov, „Redovni pravni lekovi po odredbama parničnog zakonodavstva iz 1853. i 1860. godine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)* 3/2016, 862-863.

<sup>4</sup> Stevan Maksimović, *Zbirka suckih rešenja i članaka o pravu III*, Beograd 1879, 7.

<sup>5</sup> Dragoljub Arandelović, *Ponovljenje parnice, Pravne rasprave*, Beograd 1921, 77-78. Interesantno je da je ponavljanje postupka bilo predviđeno i u prvom celovitom stručnom nacrtu zakonika o građanskom postupku iz 1845. čiji je autor znameniti zakonopisac Jovan Hadžić. – Vid. Uroš Stanković, „Nacrt zakonika o građanskom postupku Jovana Hadžića (1845)“, *Zbornik radova PFNS* 2/2013, 499.

<sup>6</sup> Mogućnosti otklanjanja grešaka u suđenju su po odredbama prvog parničnog procesnog zakonika daleko restriktivnije postavljene. Naime, vanredno pravno sredstvo pod nazivom *obnovljenje parnice* moglo se upotrebiti samo protiv izvršnih presuda. Vid. čl. 664 Zakonika o sudejskom postupku u parnicama građanskim za Knjažestvo Srbiju (u daljem tekstu: Zakonik iz 1853. godine), Beograd 1853.

<sup>7</sup> Pismo Ministra pravde Državnom savetu od 23. novembra 1864. godine, Arhiv Srbije u Beogradu (u daljem tekstu: AS), fond *Državni savet* (u daljem tekstu: DS), 1865, broj (u daljem tekstu: br.) dokumenta 53, list (u daljem tekstu: l.) 1.

1864. godine, i tom prilikom je imenovao Komisiju koju su činili državni savetnici Dimitrije Crnobarac, Filip Hristić, Đorđe Cenić i glavni sekretar Sovjeta Dimitrije Matić. Komisija je imala zadatak da razmotri zakonski projekat i svoje mišljenje o njemu podnese Savetu.<sup>8</sup>

Ponovljenju parnice posvećena je četrnaesta glava projekta od sedam članova (čl. 444-450) koji se odnose na slučajeve i rokove u kojima je dozvoljeno ponovljenje, kao i na postupanje po izjavljenom pravnom sredstvu. Savetska komisija je najpre sugerisala ministru da se stav II člana 444 koji glasi: „Ponovljenje parnice dozvoljava se ako druga strana na to pristane“ izbriše kao suvišan, jer, ukoliko su ispunjeni propisani uslovi za obnovu postupka, potpuno je nevažno da li protivna strana na to pristaje. Ministar je ovu sugestiju odmah prihvatio, tako da je u projektu nakon prihvaćenih izmena II stav glasio: „Ponovljenje parnice dozvoljava se ako ponavljač dokaže...“<sup>9</sup> nakon čega su taksativno navedeni slučajevi u kojima se moglo tražiti ponovljenje. Ponovljenje je bilo dozvoljeno ukoliko je spor presudio sudija koji je bio podmićen, koji je po preporuci viših vlasti doneo odluku koja nije bila u skladu sa zakonskim propisima, ili je po slovu zakona morao biti izuzet (tač. 1-3 prve verzije projekta). Pored razloga koji dovode u pitanje objektivnost i nepristrasnost suđenja, mogla se tražiti obnova postupka i: ukoliko je presuda zasnovana na lažnim dokazima (tač. 4); ako je o istom predmetu već doneta druga presuda za koju predlagač nije znao (tač. 5); ako je stranka naknadno pribavila dokaze koje je, da je za njih znala u trenutku vođenja parnice mogla sa uspehom iskoristiti (tač. 6); ako je neki od učesnika u sporu dva puta učinio nešto što je bio dužan samo jednom da učini (tač. 7); ukoliko je stranka došla u posed isprave ili su se stekli uslovi da svedoči lice na koje se stranka u parnici pozivala ali nije mogla da upotrebi ovo dokazno sredstvo (tač. 8) i ako je tužilac saznao za isprave ili druge dokaze od odlučujuće važnosti za ishod spora u trenutku kada ih više nije mogao upotrebiti u postupku, ili je naknadno saznao za bitne nedostatke presude ili postupka koji joj je prethodio (tač. 9).<sup>10</sup>

Komisiji se učinilo da projektom nisu obuhvaćeni svi razlozi zbog kojih je opravdano uložiti pravni lek, te da stoga nabranje nije dovoljno iscrpno. Nakon što je saslušao primedbe Lešjanin je prihvatio da dopuni projekat u predloženom pravcu i posle ponovljenih razgovora Komisije i ministra odlučeno je da tačkom 4 čl. 444 bude dozvoljeno ponovljenje parnice ukoliko je presuda zasnovana na lažnim ispravama. Prvobitni projekat je, uz promenu numeracije tačaka, dopunjen još nekim razlozima za poništaj: tač. 5 predviđeno je ponovljenje parnice ukoliko je presuda zasnovana na lažnom iskazu svedoka ili lažnom nalazu veštaka; tač. 6 ako je presuda osnovana na lažnoj zakletvi; tač. 7 ako je zasnovana na prevari

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

<sup>9</sup> Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama (u daljem tekstu: Projekat Zakonika o sudskom postupku), AS, DS, 1865, br. 53, l. 79.

<sup>10</sup> *Ibid.*, l. 79-80.

protivne stranke ili sopstvenog punomoćnika; tač. 10 ako je neka od strana našla isprave od „rešavajuće važnosti” za svoje pravo, koje su pre toga bile „u pritežanju” protivne strane.<sup>11</sup> U konačnoj redakciji član u kojem su nabrojani razlozi za ponovljenje postupka sastojao se od čak trinaest tačaka i vrlo je iscrpno regulisao sve moguće situacije u kojima bi trebalo obnoviti parnicu (čl. 444 projekta odgovara čl. 426 konačnog teksta).<sup>12</sup>

Komisija je zauzela stav da je član 449 projekta u prvobitnoj redakciji nepotpun, s obzirom na to da nije bilo predviđeno ulaganje pravnog leka protiv rešenja kojim je nadležni sud odlučivao o ponovljenju.<sup>13</sup> Ministar je ovu primedbu usvojio i dopunio paragraf stavom II čija konačna verzija glasi: „Protiv ovakvog rešenja može se žalba podneti kasacionom sudu.”<sup>14</sup> Ostale napomene Komisije nisu se odnosile na meritum stvari već samo na stilizaciju pojedinih odredaba i njih je ministar bez diskusije usvojio.<sup>15</sup> I u finalnoj verziji raspored materije i broj paragrafa o ponovljenju parnice nije menjan u odnosu na prvobitni projekat, već je samo promenjena numeracija članova. Tako se u nacrtu na vanredni pravni lek odnose članovi 444–450, četrnaeste glave,<sup>16</sup> dok se u definitivnoj redakciji na istu problematiku odnose članovi 426–432 glave petnaest Zakonika.<sup>17</sup> Zakonik o građanskom sudskom postupku od 20. februara 1865. stupio je na snagu 16. juna iste godine, od kada su svi sudovi bili dužni da, između ostalog, i o zahtevima za ponavljanje postupka rešavaju po odredbama ovog procesnog kodeksa.<sup>18</sup>

### 3. PRVI POKUŠAJ IZMENA I DOPUNA ZAKONSKIH ODREDABA O PONOVLJENJU PARNICE

Do 1872. godine nije bilo inicijativa u pravcu izmena zakonske regulative o ponovljenju parnice. Tada je ministar pravde Stojan Veljković uputio predlog izmena i dopuna u građanskom postupku svim sudovima, sa zahtevom da ga pažljivo razmotre i da mu svoje eventualne primedbe pošalju po predsedniku do

---

<sup>11</sup> Izveštaj Komisije Državnom savetu od 14. decembra 1864. godine, AS, DS, 1865, br. 53, l. 125–126.

<sup>12</sup> Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama od 26. januara 1865. godine (u daljem tekstu: Konačna verzija Zakonika o sudskom postupku), AS, DS, 1865, br. 53, l. 232–233.

<sup>13</sup> Izveštaj Komisije Državnom savetu od 14. decembra 1864. godine, AS, DS, 1865, br. 53, l. 126.

<sup>14</sup> Konačna verzija Zakonika o sudskom postupku, l. 234.

<sup>15</sup> Izveštaj Komisije Državnom savetu od 14. decembra 1864. godine, AS, DS, 1865, br. 53, l. 126–127.

<sup>16</sup> Projekat Zakonika o sudskom postupku, l. 79–81.

<sup>17</sup> Konačna verzija Zakonika o sudskom postupku, l. 232–234.

<sup>18</sup> Raspis Ministra pravde od 3. maja 1865. godine, AS, fond *Ministarstvo pravde* (u daljem tekstu: MP), 1865, raspis (u daljem tekstu: Rs) I-69.

kraja marta iduće godine.<sup>19</sup> Veljković je predvideo određene izmene u materiji obrađenoj u glavi petnaest koja se odnosi na postupak po vanrednom pravnom leku. Iako originalni tekst nacрта nije sačuvan, takav zaključak nesumnjivo se nameće iz odgovora Užičkog okružnog suda koji se osvrće na pojedina predložena rešenja iz te oblasti. Naime, po prijemu ministrovog pismena predsednik okružnog suda imenovao je četvoročlanu komisiju od trojice sudija i jednog pisara sa zadatkom da razmotri nacrt i izjasni se o njemu.<sup>20</sup>

U prvobitnoj redakciji stav 1 člana 431 Zakonika iz 1865. glasi: „Sud će na zahtevanje ponovljenja parnice odrediti ročište, i počem učini izsledjenje, rešice ima li ili nema mesta ponovljenju.“ Kako bi se sprečilo beskonačno odugovlačenje spora, okružne sudije su smatrale da je neophodno stav 1 dopuniti rečenicom: „Sud će zaktijevanje o ponovljenju parnice dati protivnoj strani i ujedno odrediti ročište (i. t. d. ostaje po starom).“ Protivna strana, naime, nije bila dužna da se pojavi na zakazanom ročištu niti da se izjasni o traženom ponovljenju, ali u skladu sa načelom *audiatur et altera pars* morala je biti upoznata sa inicijativom pokrenutom u pravcu ponavljanja postupka koji je okončan presudom donetom u njenu korist, kako bi joj bila pružena procesna mogućnost da zaštiti svoje zakonske interese.

Po mišljenju okružnog suda, glava o ponovljenju parnice sadrži veliku pravnu prazninu jer propušta da reguliše slučaj kada parničar dobije ponovljenje i stoga se obustavi izvršenje presude, a on sa druge strane nikako ne podnosi tužbu za glavnu stvar. U cilju koncentracije i ubrzanja postupka trebalo je, stav je Užičkog suda, propisati petnaestodnevni rok u kojem molilac mora predati tužbu ukoliko je nije predao uz zahtev za ponovljenje. Sudije primećuju da nije normirano postupanje suda u slučaju da je uz zahtev podneo tužbu. Oni smatraju da u takvoj situaciji nadležni sud treba da, nakon što rešenje o ponovljenju postane izvršno, odredi ročište za suđenje.<sup>21</sup>

Kako projekat nikad nije ozakonjen, čemu su doprinele i oštre kritike na račun dokumenta u celini i pojedinih njegovih odredaba iznete od strane Savetske komisije,<sup>22</sup> i pitanje izmene pojedinih zakonskih rešenja koja se tiču ponovljenja parnice je za izvesno vreme odloženo. Ipak, st. 1 čl. 431 Zakonika izmenjen je 1885. u pravcu koji je još 1872. predlagao Užički sud. To znači da se od izmena i dopuna iz 1885. tužba za ponovljenje parnice dostavljala protivnoj stranci na od-

<sup>19</sup> Pretpis Ministra pravde svim sudovima od 28. oktobra 1872. godine, AS, MP, 1872, br. 4, l. 12.

<sup>20</sup> Predsednik suda gospodinu Ministru pravde 12. februara 1873. godine, AS, MP, 1873, br. 4, l. 1.

<sup>21</sup> Primjetbe Užičkog okružnog suda na Predlog zakona o izmjenama i dopunama zakonika o postupku sudskom u građanskim parnicama (u daljem tekstu: Primjetbe Užičkog okružnog suda), AS, MP, 1873, br. 4, l. 22.

<sup>22</sup> Komisija Državnom savetu 22. septembra 1872. godine, AS, MP, 1872, br. 6, l. 1-2.

govor, a zatim se određivalo ročište na kojem je odlučivano o tome da li ima mesta ponovljenju parnice.<sup>23</sup>

#### 4. PRETPOSTAVKE ZA IZJAVLJIVANJE PRAVNOG LEKA PO ODREDBAMA ZAKONIKA IZ 1865. GODINE

„Ponovljenje parnice može se tražiti zbog novih dokaza, i u tečaju parnice i posle kad presuda – rešenje – izvršnom postane (čl. 426).“<sup>24</sup> Presude i rešenja su se mogli izvršiti tek kada prvostepeni sud na zahtev zainteresovane strane na sudskom aktu stavi oznaku „izvršno“ (čl. 462). Međutim, kada su u pitanju odluke osnažene rešenjem Kasacionog suda, pojedine sudije su smatrale da su ovakve presude i rešenja izvršni *ipso iure*, momentom dostavljanja stranci koja je spor izgubila. Kako mu je ministar unutrašnjih dela Nikola Hristić ukazao na nejednoobraznost sudske prakse u ovoj materiji, ministar pravde Rajko Lešjanin je 1867. godine uputio raspis svim prvostepenim sudovima da i na ovakva sudska pismena stavljaju odgovarajući natpis „izvršno“ zarad uniformnog postupanja, a i da bi se izbegle zabune izvršnih vlasti koje često nemaju povratnu informaciju da li je rešenje uručeno ili ne, te samim tim i da li mogu da ga izvrše.<sup>25</sup>

Da bi se pravni lek izjavio bilo je dovoljno da je sudska odluka konačna, tj. da se protiv nje ne mogu ulagati redovna pravna sredstva (tzv. *remedium ordinarium*). Presuda koja se pobija pravnim lekom mogla je biti i izvršna ukoliko je protekao paricioni rok za dobrovoljno izvršenje konačne odluke. Ni takva presuda se, naravno, nije mogla pobijati redovnim pravnim sredstvima, što se u jurisprudenciji XIX veka nazivalo „izvršnom silom“ (*Rechtskraft*).<sup>26</sup> Jedino što je bila obaveza parnične stranke koja traži ponovljenje ili njenog punomoćnika da, ukoliko je zahtev uložen u toku parnice a presuda je u međuvremenu postala izvršna, dostavi izvršnu presudu postupajućem sudu kako bi bila priključena parničnim spisima.<sup>27</sup>

Zakonik nije regulisao pitanje da li se može ponoviti parnica vođena pred izabranim sudom. U čl. 444 su navedeni slučajevi u kojima je bila dozvoljena

---

<sup>23</sup> Zakon o izmenama i dopunama u zakonu o postupku sudskom u građanskim parnicama od 19. aprila 1885. godine (u daljem tekstu: Izmene iz 1885. godine), *Zbornik zakona i uredaba u Kraljevini Srbiji*, br. 41/1885.

<sup>24</sup> Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama sa svima izmenama i dopunama (u daljem tekstu: Zakonik iz 1865. godine), Beograd 1917.

<sup>25</sup> Raspis ministra pravde svim prvostepenim sudovima od 28. novembra 1867. godine, *Srbske novine*, broj 158 od 9. decembra 1867, 691.

<sup>26</sup> Đorđe Jovanović Pržić, *Načelo „izvršne sile“ u građ. stvarima, Porota – list za pravne i državne nauke*, broj 16 od 10. (22.) juna 1881, 241-242.

<sup>27</sup> Advokat Marko Stojanović Sudu okruga Beogradskog 28. septembra 1872, AS, fond *Pokloni i otkupi* (u daljem tekstu: PO), 1872, br. 46/10, l. 3.

žalba protiv presude izabranog suda, ali o ponavljenju parnice nije bilo reči. Zato je Užički okružni sud u primedbama iznetim 1872. na zakonski projekat ministra pravde Stojana Veljkovića predložio dopunu osnovne zakonske odredbe novim stavom. Čl. 444a je, po mišljenju sudija, trebalo da glasi: „Drugijeh pravnijeh srestava protiv presude izabranog suda ne može biti, pa ni ponavljenja parnice presuđene izbranim sudom.“<sup>28</sup> Sudije su, dakle, smatrale da je potrebno izričito zakonom isključiti mogućnost ulaganja vanrednih pravnih lekova protiv presude izabranog suda. Kako nacrt nikad nije ozakonjen ni predložena izmena nije usvojena, a kasnije nije ni bilo zakonskih predloga u tom pravcu.

Naravno, budući da se izabrani sud formira *ad hoc* i po donošenju presude prestaje da postoji, mislilo se na ponavljenje pred redovnim, okružnim sudom koji bi bio nadležan da postupa u prvom stepenu. S obzirom na to da je u ovom pogledu postojala pravna praznina, u praksi najviše sudske instance je ovo pitanje nedjednoobrazno rešavano.<sup>29</sup> Kasacioni sud je u jednom slučaju stao na stanovište da se ponavljenje može tražiti pred redovnim sudom mesno nadležnim prema prebivalištu dužnika (*actor sequitur forum rei*) da rešava po žalbi na presudu izabranog suda koju je ovlašćen da osnaži ili poništi.<sup>30</sup>

## 5. RAZLOZI ZA IZJAVLJIVANJE PRAVNOG LEKA

Ponavljenje parnice moglo se tražiti iz više razloga koji se u osnovi dele u nekoliko grupa. U prvu grupu spadaju procesne povrede i to ne svih, već samo pojedinih procesnih načela. Razlog za ponavljanje postupka bila je povreda načela nepristrasnosti i objektivnosti suđenja učešćem u donošenju pobijane odluke sudije koji je po zakonu morao biti izuzet (čl. 426, tač. 3). Pravni lek se mogao uložiti i u slučaju kršenja načela *ne bis in idem*, ukoliko je, iako je stvar bila *res iudicata*, o istom predmetu vođena još jedna parnica okončana presudom za koju predlagač ponavljanja nije znao (čl. 426, tač. 8).<sup>31</sup> Ova tačka je dopunjena 1900. godine u tom smislu da je pravno sredstvo dozvoljeno i ukoliko bi o istom predmetu postojale dve izvršne presude, koje bi jedna drugu isključivale.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Primjetbe Užičkog okružnog suda, I. 23.

<sup>29</sup> Na neujednačenost sudske prakse ukazao je advokat Stevan Maksimović u slučaju br. 1 *Zbirke suckih rešenja i članaka o pravu III*, Beograd 1879, 5-11.

<sup>30</sup> Predpis Kasacionog suda od 4. marta 1880. godine br. 909 u *Nova zbirka načelnih odluka odeljenja i opštih sednica Kasacionog suda I* (u daljem tekstu: *Nova zbirka odluka*), skupio i uređio Stevan Maksimović, Požarevac 1894, 207-208.

<sup>31</sup> Zakonik iz 1865. godine.

<sup>32</sup> Zakon o izmenama i dopunama u zakoniku o postupku sudskom u građanskim parnicama od 17. januara 1900, AS, fond *Narodna skupština* (u daljem tekstu: NS), fascikla (u daljem tekstu: F.) XII, red (u daljem tekstu: r.) 43/1900. Tek tri godine kasnije izmene i dopune su štampane u službenom zborniku zakona i uredaba (vid. *Zbornik zakona i uredaba u Kraljevini Srbiji*, br. 55/1903).



Ostali razlozi suštinski imaju obeležje i značaj novih činjenica i dokaza, i mogu se svrstati u dve podgrupe. U prvoj su određena krivična dela koja su uticala na zakonitost pobijane odluke. Ponovljenje postupka moglo se zahtevati ako je sudija bio podmićen (čl. 426, tač. 1) ili je pod uticajem više vlasti protivzakonito presudio (čl. 426, tač. 2), kada se pobijana odluka zasnivala na ispravi koja je falsifikovana (čl. 426, tač. 4), na lažnom iskazu svedoka ili veštaka (čl. 426, tač. 5), na lažno položenoj zakletvi (čl. 426, tač. 6) ili prevari punomoćnika ili protivne stranke (čl. 426, tač. 7). Postojanje ovih razloga moralo je biti dokazano pravosnažnom osuđujućom krivičnom presudom (čl. 428). Ukoliko bi nezadovoljna stranka zatražila ponovljenje parnice u toku trajanja krivičnog postupka, parnični sud je bio dužan da se uzdrži od svakog daljeg postupanja do pravosnažnog okončanja krivičnog postupka analogno čl. 174 Zakonika iz 1865. godine.<sup>33</sup>

Povod za ponovljenje parnice mogle su biti i nove činjenice i dokazi *stricto sensu*. Ponavljanje postupka se moglo zahtevati ako bi stranka saznala za nove isprave koje su do tada bile u posedu protivne stranke ili za nove dokaze na osnovu kojih bi za predlagača mogla biti doneta povoljnija odluka od one koju napada. Vanredni pravni lek se mogao upotrebiti i ako neko dvaput učini nešto što je bio dužan da učini samo jedanput, ili se stranka pozivala na svedoke ili isprave koje nije mogla upotrebiti do okončanja parnice, pa se steknu uslovi da se svedoci pojave pred sudom ili se pronade izgubljena isprava (čl. 426, tač. 9-12).<sup>34</sup>

Ukoliko je tužilac naknadno saznao za suštinske nedostatke suđenja ili presude ili nove dokaze od odlučujućeg značaja za njegov uspeh u sporu, ali u momentu saznanja nije mogao više da ih upotrebi u parnici, ponovljenje je bilo dozvoljeno u naročito strogim, prekluzivnim rokovima. Subjektivni rok iznosio je šest nedelja od saznanja za nedostatke i dokaze, a objektivni rok iznosio je tri godine od izvršenja presude po prvoj parnici kako za pokretne, tako i za nepokretne stvari (čl. 426, tač. 13). Stranka koja je tražila ponavljanje parnice zbog pojave novih dokaza za koje nije znala u toku postupka, a koji su od odlučujuće važnosti za njen uspeh u parnici, mogla je položiti glavnu zakletvu na svoju tvrd-

---

<sup>33</sup> Rešenje Kasacionog suda od 8. januara 1868, *Srbske novine*, broj 24 od 24. februara 1868, 96.

<sup>34</sup> Sudovi su različito tumačili tačku 9 koja glasi: „da strana ne bivša u svome delu, nije znala za dokaze, koje bi pri vođenju parnice s polzom upotrebiti mogla, pa docnije te dokaze nabavila.” U jednom slučaju tužilac je u toku vođenja parnice radi naplate duga umro, i njegov sin je nastavio postupak po dokazima koje je njegov pokojni otac naveo u tužbi, i spor izgubio. Pronašavši nove dokaze zatražio je ponovljenje parnice ali ga je prvostepeni sud svojim rešenjem od 10. decembra 1881. godine br. 22.309 odbio od traženja uz argumentaciju da je on pri vođenju prve parnice bio *u svom delu* (kurziv M. K.) jer je po čl. 394 Građanskog zakonika on naslednik prava i obaveza svog oca. Kasacioni sud je ukinuo prvostepeno rešenje uz obrazloženje da je tužilac u prvom sporu bio samo *u svom pravu* kao naslednik svog pokojnog oca, ali ne i *u svom delu*. Ovo stoga što je spor pokrenuo njegov otac, i on se u toku parnice služio dokazima koje je njegov otac za svoje – očevo – pravo upotrebio. Niži sud je ove primedbe uvažio i dozvolio traženo ponovljenje. – *Pravo – list za pravne nauke i pravosude*, broj 4, april 1885, 122.



nju da su za nju ti dokazi objektivno novi (čl. 281 u vezi sa čl. 186 Zakonika iz 1865. godine).<sup>35</sup> Međutim, sud je slobodno procenjivao kredibilitet molioca i nije morao *a priori* svakom ko ponudi zakletvu i da dozvoli njeno polaganje. Ukoliko je zakletvu nudilo lice koje je pravosnažnom presudom osuđeno na gubitak građanske časti, sud mu je mogao dozvoliti polaganje zakletve jedino ako se protivna strana tome nije protivila (čl. 265 Zakonika). Kada se parničar koji je dobio parnicu pozivao na osudu koja diskredituje podnosioca zahteva za ponovljenje, sud je bio dužan da zakletvu odbije.<sup>36</sup>

U slučaju da se tražilo ponovljenje zbog pojave novih dokaza, bilo je potrebno da se kumulativno steknu oba uslova, odnosno da je stranka naknadno saznala za novi dokaz, koji pri tom mora biti takvih svojstava da je od „rešavajuće važnosti” za njen uspeh u sporu. U protivnom, molilac bi bio odbijen od traženja.<sup>37</sup> U jurisprudenciji najviše sudske instance zauzeto je stanovište da ti dokazi ne samo da su morali biti objektivno novi, već su morali biti i druge vrste u odnosu na one izvedene u prvostepenom postupku.<sup>38</sup>

U slučaju da se tražilo ponovljenje zbog pojave novih, presudno važnih dokaza, sud je bio dužan da zakaže ročište na kojem će izvesti predložene dokaze i odlučiti da li ima mesta ponovljenju parnice.<sup>39</sup> Na ročište su se pozivale obe parnične stranke, s tim što izostanak uredno pozvanog tuženog nije proizvodio nikakve procesne posledice, odnosno ročište se u takvoj situaciji ne bi odlagalo. Ukoliko je tužilac angažovao punomoćnika, poziv za ročište bio je adresovan na njega, i bilo je dovoljno njegovo prisustvo da bi se ročište održalo.<sup>40</sup>

U svim ostalim slučajevima ponavljanje postupka se moglo tražiti samo u objektivnom roku od tri godine od nastupanja izvršnosti presude za pokretne

<sup>35</sup> Po odredbama čl. 270 i 271 Zakonika iz 1865. godine, zakletva se dosuđivala samo parničnim strankama ili onima, koji od ovih svoje pravo dovode, između ostalih, i zastupnicima i punomoćnicima pravnih lica. Međutim, da bi punomoćnici mogli da polože zakletvu da su za dokaze od odlučujuće važnosti za uspeh u sporu saznali tek kada više nisu mogli da ih upotrebe, potrebno je da su bili punomoćnici i u vreme vođenja prve parnice. Ukoliko punomoćnici nisu zastupali pravno lice u prvoj parnici, nisu mogli polagati zakletvu na okolnosti da su dokazi za njih objektivno novi jer nisu imali nikakvu procesnu ulogu u vreme pojave tih dokaza, tako da bi ponovljenje po ovom osnovu bilo odbijeno. – *Iz sudnice, Porota – list za pravne i državne nauke*, brojevi 27 i 28 od 30. septembra i 10. oktobra (12. i 22. oktobra) 1880, 435-436.

<sup>36</sup> Rešenje Suda okružija Požarevačkog 25. novembra 1868, AS, PO, 1868, br. 109/11, I. 3-4.

<sup>37</sup> Rešenje Suda okruga Beogradskog od 16. novembra 1872, AS, PO, 1872, br. 46/10, I. 5.

<sup>38</sup> *Tumačenje tačke 13 čl. 426 građ. postupka u Nova zbirka odluka I*, 202-203.

<sup>39</sup> Tako je u jednom slučaju Kasacioni sud ukinuo rešenje Valjevskog prvostepenog suda jer nije dozvolio nezadovoljnoj stranci polaganje zakletve na okolnost da je saznao za svedoke čiji iskaz je mogao dovesti do za njega povoljnije presude, da je za njih znao u toku prvostepenog postupka. Kasacioni sud je stao na stanovište da je prvostepeni sud morao dozvoliti predlagaču polaganje zakletve, a potom zakazati ročište radi saslušanja novih svedoka na okolnosti na koje se žalitelj poziva. Slučaj br. 48 u Stevan Maksimović, *Zbirka suckih rešenja i članaka o pravu I*, Beograd 1876, 151-153.

<sup>40</sup> Poziv na ročište upućen 28. oktobra 1872, AS, PO, 1872, br. 46/10, I. 4.

stvari, odnosno deset godina za nepokretne (čl. 429).<sup>41</sup> Gotovo identični razlozi za ponovljenje parnice i isti rokovi za ulaganje pravnog leka bili su predviđeni i prethodnim parničnim zakonikom iz 1860. godine.<sup>42</sup>

## 6. POSTUPAK PO PREDLOGU ZA PONOVLJENJE PARNICE

Ponavljjanje parnice u načelu nije bilo dozvoljeno ukoliko je postupak okončan poravnanjem ili glavnom zakletvom, osim kada bi se dokazalo da je poravnanje zasnovano na prevari a glavna zakletva na krivokletstvu, ili da su u istoj stvari izrečene dve presude (čl. 427). Ulaganje vanrednog pravnog leka nije zadržavalo izvršenje presude, izuzev ako predlagač ne bi na tome naročito insistirao i položio obezbeđenje u novcu, ili bi se konstituisala zaloga na njegovim pokretnim ili nepokretnim stvarima.<sup>43</sup> Rešenje o odlaganju izvršenja dostavljalo se nadležnom sudu da ga priključi parničnim spisima (čl. 430).<sup>44</sup>

Zakonik je ostavio otvorenim pitanje da li se radilo o devolutivnom ili remonstrativnom pravnom leku, odnosno da li je o njemu odlučivao sud višeg ranga ili onaj koji je doneo pobijanu odluku. Samo prvi procesni zakonik iz 1853. godine decidirano je propisao da se obnovljenje parnice tražilo od prvostepenog suda pred kojim je vođen postupak, i da se njemu podnosila tužba sa novim dokazima (čl. 667). Verovatno je ovakvo procesno rešenje zasnovano na pretpostavci da, budući da se pravni lek najčešće izjavljivao zbog pojave novih činjenica i dokaza a ne zbog razloga koji bi ukazivali na pogrešan rad suda, nema smetnji da o pravnom sredstvu rešava sud koji je odlučivao i u prvom stepenu.

Neukim parničnim strankama nije bilo nejasno samo kojoj sudskoj instanci se izjavljuje pravni lek, već i koji je državni organ *uopšte* nadležan da rešava po zahtevu za ponovljenje parnice. Iako ovo pravno sredstvo nije predstavljalo originalnu tvorevinu srpskog zakonopisca, a uz to je bilo predviđeno i u ranijim procesnim kodifikacijama, prosečni molilac ponovljenja postupka vrlo često nije shvatao kako u praksi funkcioniše princip podele vlasti. Tako je u arhivskoj građi fonda *Narodna skupština* sačuvana molba koju je predlagač ponovljenja parnice vođene radi poništaja obligacije pred Valjevskim okružnim sudom podneo Skupštini 1878. godine. Iz sadržine dokumenta se može nedvosmisleno zaključiti da se molilac nije ni obraćao sudu za ponovljenje pre nego što je uputio zahtev zako-

---

<sup>41</sup> Zakonik iz 1865. godine.

<sup>42</sup> Vid. čl. 276-277 Zakonika o postupku sudejskom u građanskim parnicama za Knjažestvo Srbiju (u daljem tekstu: Zakonik iz 1860. godine), Beograd 1860.

<sup>43</sup> Po odredbama ranijeg parničnog zakonodavstva ponovljenje parnice je bilo po pravilu suspenzivan pravni lek. Jedino ukoliko predlagač u roku od osam dana od kada mu je dostavljeno rešenje kojim mu se nalaže polaganje obezbeđenja to ne učini, presuda se mogla izvršiti. Vid. čl. 668 Zakonika iz 1853. godine i čl. 278 Zakonika iz 1860. godine

<sup>44</sup> Zakonik iz 1865. godine.

nodavnom telu.<sup>45</sup> Skupštinski odbor za molbe i žalbe odbio je stranku od traženja i uputio je na sud, uz argumentaciju da odlučivanje o ponovljenju parnice spada u sudsku nadležnost.<sup>46</sup>

U drugom slučaju zahtev za ponovljenje parnice adresovan je na ministra pravde, kojem se stranka zainteresovana za obnovu postupka vođenog pred Sudom opštine Plešinske zbog službenosti obraćala kao „najvećem tumaču zakona srpskog“. Uzdajući se u pravičnost ministra, žalilac ga je molio da poništi rešenje Kasacionog suda kojim je njegova žalba odbijena kao neosnovana, i dozvoli mu obnovu parnice kako bi zaštitio svoja zakonska prava.<sup>47</sup> Pozivajući se na čl. 147 Ustava prema kojem su sudovi u izricanju pravde nezavisni, te tako njihove odluke ne podležu oceni upravne vlasti,<sup>48</sup> ministarstvo pravde je izvestilo žalioca da mu ministar po ovoj stvari ne može dati traženo zadovoljenje.<sup>49</sup>

Čl. 431 u prvobitnoj redakciji nije predviđao dostavljanje tužbe za ponovljenje protivnoj stranci na odgovor. Čim bude zatraženo ponovljenje, sud je zakazivao ročište na kojem bi, nakon što ispita sve relevantne okolnosti, doneo rešenje kojim se ili ponovljenje dozvoljava ili predlog odbija. Protiv tog rešenja bila je dozvoljena žalba Kasacionom sudu.<sup>50</sup> O podnetoj žalbi odlučivalo je odeljenje Kasacionog suda svojim rešenjem kojim se moglo osnažiti ili ukinuti rešenje prvostepenog suda. Protiv odluke najviše sudske instance nije bilo dozvoljeno ulaganje daljih pravnih lekova, niti je Kasacioni sud bio nadležan da upućuje primedbe prvostepenom sudu o kojima bi se, ukoliko ih adresat ne bi prihvatio, odlučivalo u opštoj sednici Kasacije.<sup>51</sup> U skladu sa načelom obostranog saslušanja stranaka procesnim izmenama st. 1 čl. 431 Zakonika iz 1885. godine normirano je dostavljanje tužbe protivnoj stranci na odgovor kako bi mogla da se izjasni o osnovanosti predloga pre održavanja ročišta.<sup>52</sup>

Ponovljenje parnice moglo se tražiti samo jedanput, svako drugo traženje bilo bi odbačeno po službenoj dužnosti (čl. 432).<sup>53</sup> U tome su saglasna sva tri procesna parnična zakonika.<sup>54</sup> Ono što zakon nije regulisao je da li se ponovljenje može tražiti više puta i po različitim osnovama za sve vreme dok propisani rok traje, ili samo jedanput u strogom smislu reči. Odnosno, da li stranka kojoj nije

<sup>45</sup> Zahtev za ponovljenje parnice od 12. decembra 1878, AS, NS, F. II, r. 12/1878, l. 19.

<sup>46</sup> Odbor skupštinski za molbe i žalbe 12. februara 1879, AS, NS, F. II, r. 12/1878, l. 20.

<sup>47</sup> Vukosav Aksentijević iz Ladojevića sreza Studeničkog Gospodinu Ministru pravde 30. aprila 1892, AS, MP, 1892, br. 25, l. 1.

<sup>48</sup> Ustav Kraljevine Srbije proglašen 22. decembra 1888. godine na Velikoj narodnoj skupštini držanoj u Beogradu meseca decembra 1888. godine, Beograd 1888, 43.

<sup>49</sup> Ministarstvo pravde 5. maja 1892, AS, MP, 1892, br. 25, l. 3.

<sup>50</sup> Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama za Knjažestvo Srbiju, Beograd 1865.

<sup>51</sup> II Odeljenje Kasacionog suda 21. marta 1873, AS, PO, 1873, br. 46/10, l. 8.

<sup>52</sup> Izmene iz 1885. godine.

<sup>53</sup> Zakonik iz 1865. godine.

<sup>54</sup> Vid. čl. 672 Zakonika iz 1853. godine i čl. 280 Zakonika iz 1860. godine.

dozvoljeno ponovljenje može ponovo u zakonskom roku inicirati pokretanje postupka pozivajući se na neku drugu od ukupno trinaest tačaka čl. 426 Zakonika iz 1865. godine, sve dok ne dobije ponovljenje i parnicu opet ne izgubi. Mada je sudska praksa u početku bila kolebljiva po ovom pitanju, novija jurisprudencija zauzela je nepodeljen stav da se ponavljanje postupka može dozvoliti samo jedanput u najužem značenju reči, jer se izuzetak od opšteg pravila da svaku konačnu presudu po isteku paricionog roka treba izvršiti mora krajnje restriktivno tumačiti. S druge strane, svakako nije bila intencija zakonodavca da neograničenom upotrebom pravnog leka dozvoli šikaniranje stranke koja je uspela u sporu i ugrozi autoritet sudskih odluka.<sup>55</sup>

Usled nejednoobraznog odlučivanja da li sudija koji je sudio spor u nižem ili izabranom sudu mora biti, shodno tač. 7 čl. 53 Zakonika izuzet od rešavanja o ponovljenju navedenog spora u višem sudu, opšta sednica Kasacionog suda je tim povodom zauzela načelan stav (odluka br. 11447 od 15. marta 1903. godine). U njemu je navedeno kako se smisao izuzeća ogleda u tome da se ne dozvoli da isti sudija koji je sudio u prvom stepenu kontroliše pravilnost i zakonitost sudske odluke u drugoj instanci. Kako se u slučaju ponovljenja radilo o sporu koji je već meritorno raspravljen drugostepenom odlukom, procenjivalo se samo sa formalne strane da li su podneti dokazi dovoljni da se dozvoli ponovljenje. Ukoliko bi sudija koji je rešavao spor u nižem sudu odlučivao o ponovljenju već okončanog spora, on bi tada ispitivao isti predmet sa potpuno druge strane i ne bi mogao doći u koliziju sa svojim već ranije zauzetim stavom, te stoga i nije postojao razlog da bude izuzet iz odlučivanja.<sup>56</sup>

## 7. ZAKLJUČAK

S obzirom na to da je ponovljenje parnice predstavljalo jedini vanredni pravni lek po odredbama Zakonika o građanskom sudskom postupku iz 1865. godine,

---

<sup>55</sup> Odluka opšte sednice od 10. avgusta 1905. godine br. 6512, nav. prema *Građanski sudski postupak Kraljevine Srbije protumačen odlukama Državnoga saveta i opšte sednice i odeljenja Kasacionoga suda* (u daljem tekstu: *Građanski sudski postupak*), sredio Gojko Niketić, Beograd 1921, 354-356. Na isti način je ovo pitanje rešeno i Odlukom Kasacionog suda od 31. oktobra 1901. godine br. 8505 u čijem je obrazloženju navedeno da, ukoliko je zahtev za ponovljenjem već jednom odbijen kao neumestan i nedokazan, ponovljeni zahtev je nadležni sud bio dužan da odbaci po službenoj dužnosti i bez dostavljanja tužbe na odgovor protivnoj stranci i bez zakazivanja ročišta. Suprotan stav je Kasacioni sud zauzeo deset godina ranije kada je svojim Rešenjem od 28. avgusta 1891. godine br. 4731 dozvolio ponovno traženje ponovljenja parničarima koji su već jednom od svog traženja bili odbijeni. Svoju odluku najviši sud je argumentovao na taj način da se ponovljenje parnice, naročito po drugom osnovu, može u zakonskom roku tražiti sve dok se ne dobije, i dok parničar ponovo glavnu parnicu ne izgubi. – *Iz sudnice, Branič – časopis za pravne i državne nauke*, broj 10-12, oktobar-decembar 1901, 962-964.

<sup>56</sup> *Iz sudnice, Glas prava, sudstva i administracije*, broj 1 od 5. januara 1903, 327-328.

moгуćnosti za njegovo korišćenje su bile vrlo široko postavljene. Razlozi zbog kojih se mogao uložiti pravni lek bili su formulisani u čak trinaest tačaka koje su obuhvatale pojavu novih činjenica i dokaza, povrede procesnih načela i slučajeve u kojima je presuda zasnovana na krivičnom delu dokazanom pravosnažnom osuđujućom krivičnom presudom. Dakle, ponovljenje parnice se moglo tražiti iz čitavog niza taksativno navedenih razloga koji su mogli uticati na pravilnost i zakonitost donete odluke. Na široke mogućnosti korišćenja ovog pravnog sredstva nije ukazivao samo veliki broj razloga zbog kojih se moglo izjaviti pravno sredstvo, već i karakteristike odluke čije se ukidanje tražilo. Naime, pravni lek je bio dozvoljen protiv pravosnažnih sudskih odluka donetih u prvom ili drugom stepenu, u formi presude ili rešenja, konačnih ili izvršnih. Bilo je dovoljno samo da upotreba redovnog pravnog leka više nije moguća bez obzira na to da li je žalba uopšte i bila izjavljena protiv sporne odluke.

Jedina ograničenja u korišćenju vanrednog pravnog sredstva ogledala su se u krajnje restriktivnim uslovima pod kojima se mogla ponoviti parnica okončana poravnanjem ili zasnovana na glavnoj zakletvi, kao i u stavu zauzetom u sudskoj praksi da se parnica mogla ponoviti samo jednom, a ne više puta po različitim osnovama. Ipak, postavljanje izvesnih granica u upotrebi pravnog leka bilo je neophodno kako ne bi bila ugrožena pravna sigurnost, autoritet sudskih odluka, kao ni efikasno i ekonomično rešavanje sporova.

Maša M. Kulauzov, Ph.D., Associate Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs

### **Retrial According to Provisions of Code of Civil Procedure from 1865**

**Abstract:** *The article sheds light on provisions of legislation from 1865 concerning retrial as sole extraordinary legal remedy, its amendments and supplements, as well as judicial practice regarding repetition of judicial proceedings. Party in a civil lawsuit entitled to remedy was the plaintiff who had been considering himself aggrieved by a court decision from which no appeal was longer allowed, and who came into possession of new and important matter of evidence. It is necessary that, at the time when a decision was passed, that evidence, after the exercise of due diligence, was not within his knowledge or could not be produced by him. Party might apply for a retrial only if there is strict proof for such allegation. Otherwise, when it appears to the court that there was not sufficient ground for a retrial, application would be rejected. Besides additional evidence, the paper also deals with other reasons to apply for a retrial, such as errors in judicial procedure and unlawfulnesses in court decisions. The author emphasizes that, according to provisions of Code from 1865, retrial could not had been granted without previous notice to the opposite party; nor could be retried lawsuit that had been adjusted by lawful agreement or compromise, with notably rare exceptions. This aforementioned restrictions in application of legal remedy were vitally important for preserving judicial authority, court efficiency and principle of legal certainty.*

**Keywords:** *Legislation on civil procedure, civil proceedings, final court decisions, retrial, Court of Cassation.*

Datum prijema rada: 15.11.2017.

*Dr Jelena Đ. Vidić, vanredni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
jvidic@pf.uns.ac.rs*

## VANREDNI OBLICI ZAVEŠTANJA U PRAVU SRBIJE I OSTALIM SAVREMENIM PRAVIMA EVROPE<sup>1</sup>

**Sažetak:** *U radu se sagledava pravni tretman koji vanredni oblici zaveštanja imaju u savremenim pravima Evrope. Izjavljivanje poslednje volje putem spomenutih oblika, u domaćem, ali i u određenom broju ostalih evropskih zakonodavstava, predstavlja pravno dozvoljeni način izražavanja slobode zaveštanja. Autor daje komparativni prikaz zakonskih rešenja posvećenih navedenim oblicima zaveštanja, ukazujući na sličnosti i razlike u njihovom normativnom uobličanju. Posebna pažnja posvećena je pitanjima koja se odnose na okolnosti u kojima je moguće sačinjavanje vanrednih zaveštanja, postupak njihovog sačinjavanja, kao i ostalim formalnim uslovima punovažnosti ovih zaveštajnih oblika. U zaključku se ukazuje na opravdanost normiranja vanrednih oblika zaveštanja, kao i na određene nedostatke u njihovoj domaćoj zakonskoj regulativi, u skladu sa čim se iznose određeni predlozi u pogledu njihovog normativnog uređenja de lege ferenda.*

**Ključne reči:** *zaveštanje, oblici zaveštanja, vanredne okolnosti, vojno zaveštanje, brodsko zaveštanje, zaveštanje koje se sačinjava u avionu.*

### UVODNA RAZMATRANJA

Zaveštanje predstavlja formalan pravni posao, s obzirom na činjenicu da je za njegov nastanak neoophodno da poslednja izjava volje bude saopštena u određenoj formi.<sup>2</sup> Kao uslov punovažnosti zaveštanja, forma predstavlja garanciju ozbiljne odluke zaveštaoca u pogledu rasporeda njegove zaostavštine za slučaj smrti. Ona je

---

<sup>1</sup> Rad je posvećen projektu – *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*.

<sup>2</sup> O formi pravnih poslova, opširnije videti: J. Salma, Notarijalno obligaciono pravo, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2012, str. 92-95.



naročito stroga kada se radi o sačinjavanju redovnih oblika zaveštanja u cilju sprečavanja zloupotreba i falsifikovanja poslednje volje zaveštaoca. Međutim, strogi uslovi forme mogu imati za posledicu i okolnost da potencijalni zaveštaoci u određenim životnim situacijama, ne budu u mogućnosti da sačine punovažno zaveštanje. Iz ovog razloga, pored redovnih oblika zaveštanja, još od rimskog prava, postoje i tzv. privilegovani oblici izjave poslednje volje.<sup>3</sup> Većina savremenih zakonodavstava Evrope, u koje se ubraja i domaće, preuzela je praksu rimskog prava, u skladu sa čim, ona, pored redovnih, poznaju i privilegovana zaveštanja.<sup>4</sup>

Privilegija se može odnositi kako na formu i uslove za sačinjavanje zaveštanja, tako i na organ pred kojima se zaveštanje sačinjava. S obzirom na formu i uslove, ona može podrazumevati ublaženje forme zaveštanja, propisivanje posebnih uslova kada je dopuštena blaža forma, kao i prihvatanje izuzetne, odnosno usmene forme zaveštanja. Kada je reč o organu pred kojim se zaveštanje sačinjava, ona podrazumeva odstupanje od redovnih organa pred kojim se ono sačinjava, te se tako privilegovana zaveštanja mogu sačinjavati pred organima kojima to nije redovno službeno ovlašćenje, već sporedna dužnost. Shodno navedenom, prema shvatanju dela doktrine, pored redovnih, postoje i dve vrste privilegovanih zaveštanja: usmeno, kao pravo privilegovano zaveštanje i vojno, odnosno brodsko zaveštanje (kao i eventualno ostala zaveštanja u pogledu kojih postoje odstupanja u pogledu organa pred kojima se sačinjavaju), kao neprava privilegovana zaveštanja.<sup>5</sup>

Pretežni deo domaće civilistike, međutim, poslednje spomenuta zaveštanja definiše kao vanredne oblike, upravo uzimajući u obzir specifičnost da prilikom njihovog sastavljanja učestvuje organ, odnosno lice kome to ne predstavlja redovno ovlašćenje. U tom smislu, u njoj je kao osnovna, prihvaćena podela oblika zaveštanja na redovne i izuzetne, koji predstavljaju dve suprotnosti u klasifikaciji, na čijoj se sredini nalaze vanredni oblici zaveštanja, koji imaju osobine i jednog i drugog.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Najstariji rimski testament imao je dva oblika. Jedan od njih predstavljao je redovni testament – *testamentum comitiis*, koji je pravljen pred kurijatskom narodnom skupštinom, koju je sazivao i predsedavao njom pontifex maximus, vrhovni zaštitnik vere i običaja. Drugi oblik testamenta predstavljao je *testamentum in procinctu*, odnosno vojnički testament, kao vanredna forma zaveštanja koje se sačinjavalo u ratu. Ovaj testament pokazuje izvesno ublažavanje forme, s obzirom na činjenicu da je sačinjavan izjavljivanjem poslednje volje vojnika pred njegovim drugovima o tome ko treba da ga nasledi. Procinctus je poseban način vezivanja toge pred početak bitke, što znači da je ovaj testament u prvo vreme pravljen samo u takvim trenucima, no ovaj testament se zadržao tokom cele rimske istorije, s tim što se kasnije pod njim podrazumevala izjava volje o imenovanju naslednika data mimo forme, koja je inače obavezivala civile. Videti o tome: A. Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1981, str. 371; A. Malenica, *Rimsko pravo*, Novi Sad, 1995, str. 234. O vojnom testamentu u rimskom pravu, opširnije videti: V. Ilić, *Vojno zaveštanje u rimskom, srpskom i francuskom pravu*, *Pravo – teorija i praksa*, br. 10-12/2014, str. 59-61.

<sup>4</sup> Videti: S. Marković, *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Beograd, 1978, str. 210-211.

<sup>5</sup> Videti: S. Marković, op. cit., str. 211 i dalje.

<sup>6</sup> Videti: Borislav T. Blagojević, Oliver B. Antić, *Nasledno pravo*, Beograd, 1991, str. 308.; D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Beograd, 2015, str. 129; O. B. Antić, Z. M. Balinovac, *Komentar*

Polazeći od ovakve podele, osnovna obeležja vanrednih oblika zaveštanja ogledaju se u tome da se oni mogu sačinjavati samo u posebnim životnim okolnostima i da su ograničenog vremenskog važenja, za razliku od redovnih oblika, čija mogućnost sastavljanja nije uslovljena ovakvim okolnostima i čiji rok trajanja nije vremenski ograničen. Međutim, zahtevi forme koje je neophodno ispuniti prilikom sačinjavanja vanrednih zaveštanja u osnovi odgovaraju onim koji su predviđeni i u pogledu redovnih zaveštanja. U odnosu na usmeno, kao izuzetnu formu poslednje izjave volje, čije je važenje takođe vremenski ograničeno, vanredni oblici zaveštanja razlikuju se po tome što njihova punovažnost nije uslovljena nemogućnošću zaveštaoca da raspolaže za slučaj smrti u nekoj drugoj formi. Ipak, treba napomenuti da spomenute karakteristike vanrednih oblika zaveštanja u domaćem pravu, nisu u potpunosti primenljive i u svim ostalim pravnim poretcima Evrope u kojima su oni uređeni, zbog postojanja određenih specifičnosti zakonske regulative ovih oblika zaveštanja u njima.

Rad ima za predmet upravo pravni tretman koji vanredni oblici zaveštanja imaju u savremenim pravima Evrope, a u pravnim sistemima onih zemalja u kojima su ovi oblici prihvaćeni i njihovu konkretnu zakonsku regulativu.<sup>7</sup> Naročita pažnja posvećena je sagledavanju okolnosti u kojima se oni mogu sačinjavati, postupku sačinjavanja, kao i analizi ostalih formalnih uslova za njihovu punovažnost. Razmatranjem navedenih pitanja, težićemo da uočimo posebnosti, razlike, ali i zajedničke karakteristike zakonske regulative vanrednih oblika zaveštanja u naslednopravnim uređenjima Evrope. Poređenjem aktuelnih rešenja srpskog prava sa onim koja su prihvaćena u ostalim evropskim zakonodavstvima, te konsultovanjem stavova pravne teorije, ukazaćemo na opravdanost postojanja vanrednih oblika zaveštanja, nedostatke postojećih zakonskih rešenja posvećenih ovim zaveštajnim oblicima u domaćem pravu i izneti odgovarajuće predloge i smernice u pogledu njihove korekcije *de lege ferenda*.

## 1. VANREDNI OBLICI ZAVEŠTANJA U PRAVU SRBIJE

Domaće naslednopravno uređenje prihvata dva vanredna oblika zaveštanja: vojno i brodsko. Potreba za pravnim uređenjem vojnog, kao posebnog oblika zaveštanja, proizilazi iz otežanih okolnosti u kojima se nalaze lica koja su na vojnoj dužnosti tokom rata ili su mobilisana iz nekog drugog razloga. Iako je u spomenu-

Zakona o nasleđivanju, Beograd, 1996, str. 320-321; N. Stojanović, Nasledno pravo, Niš, 2011, str. 207. U doktrini se mogu naći i shvatanja prema kojima se zaveštanja u pogledu forme klasifikuju na redovna i vanredna. U tom smislu, videti: S. Svorcan, Nasledno pravo, Kragujevac, 2006, str. 52-53.

<sup>7</sup> Komparativnom analizom obuhvaćeni su pravni sistemi Slovenije, Hrvatske, Federacije BiH, Makedonije, Crne Gore, Češke, Slovačke, Mađarske, Bugarske, Rusije, Poljske, Austrije, Nemačke, Švajcarske, Francuske, Italije, Španije i Engleske.

tim prilikama moguće korišćenje i bilo kog drugog oblika zaveštanja,<sup>8</sup> postojanje posebne mogućnosti raspolaganja zaostavštinom za slučaj smrti u obliku vojnog zaveštanja, kao svojevrsne zamene za sudsko zaveštanje u redovnim okolnostima, doprinosi proširenju načina realizacije slobode zaveštanja. Uz to, ova mogućnost za zaveštaoca nesumnjivo predstavlja pogodnost, jer je on u navedenim okolnostima, može brže i sigurnije realizovati. Iz sličnih razloga, pravo Srbije uređuje i brodsko zaveštanje, predviđajući mogućnost njegovog sačinjavanja za sva lica koja se nalaze u uslovima plovidbe na domaćem brodu. Tokom boravka na brodu, moguće je korišćenje i međunarodnog, bilo koje forme redovnog privatnog zaveštanja, te usmenog zaveštanja, kao izuzetne forme. Ipak, posebna mogućnost sačinjavanja broskog zaveštanja, kao zamene za sudsko zaveštanje u redovnim prilikama, pruža dodatne garancije za realizaciju slobode zaveštanja i u odnosu na većinu spomenutih oblika, veći stepen sigurnosti u pogledu autentičnosti poslednje volje.

### 1.1. Vojno zaveštanje

Prema Zakonu o nasleđivanju Srbije, licu koje se nalazi na vojnoj dužnosti, za vreme mobilizacije ili rata, zaveštanje može sačiniti komandir čete i drugi starešina njegovog ili višeg ranga, ili neko drugi u prisustvu nekog od tih starešina, te svaki starešina odvojenog odreda, a prema pravilima za sačinjavanje sudskog zaveštanja.<sup>9</sup> Spomenute okolnosti u kojima se može sačiniti, vojno zaveštanje opredeljuje kao vanrednu formu zaveštanja, dok ga činjenica da ga sastavlja vojni starešina kao nosilac javnih ovlašćenja, svrstava u javna zaveštanja.

Mogućnost korišćenja ovom formom zaveštanja, zakonodavstvo naše zemlje daje licima koja se nalaze na vojnoj dužnosti. Pod izrazom „vojna dužnost“ podrazumeva se neposredno uključivanje u obavljanje poslova odbrane zemlje.<sup>10</sup> Vojno zaveštanje mogu sačiniti pripadnici stalnog sastava Vojske Srbije, kao što su profesionalna vojna lica, civilna lica u službi i vojnici na služenju vojnog roka, pripadnici njenog rezervnog sastava, kao i dobrovoljci.<sup>11</sup> Pretežni deo teorije je stava da se vojnim zaveštanjem mogu služiti i ratni zarobljenici.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Zakon o nasleđivanju Srbije („Sl. glasnik RS“, 46/1995, 101/2003 – Odluka USRS i 6/2015 – dalje: ZON Srbije), pored vojnog i broskog, kao vanrednih oblika zaveštanja, pravno uređuje i svojeručno, pismeno zaveštanje pred svedocima, sudsko, konzularno, međunarodno i javnobeležničko kao redovne oblike, te usmeno, kao izuzetan oblik zaveštanja. Videti: čl. 84-113 ZON Srbije.

<sup>9</sup> Videti: čl. 109, st. 1 ZON Srbije.

<sup>10</sup> Videti: I. Babić, *Vojnički testament*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1994, br. 3-4, str. 398-399; D. Đurđević, op. cit., str. 142.

<sup>11</sup> Videti: D. Čeranić, *Vojno zavještanje*, *Zbornik radova – Dvadeset godina Zakona o nasleđivanju Republike Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Centar za publikacije, 2016, str. 185; Tako i: I. Babić, *Nasledno pravo*, Beograd: Službeni glasnik, 2008, str. 134.

<sup>12</sup> Videti u tom smislu: J. Crnić, *Novo nasljednopravno uređenje*, Zagreb: Narodne novine, 2003, str. 74; D. Đurđević, op. cit., str. 142; D. Čeranić, op. cit., str. 185.

Da bi bilo punovažno, lice koje se nalazi na vojnoj dužnosti, vojno zaveštanje mora sačiniti tokom rata ili za vreme mobilizacije. Prema shvatanju dela doktrine, kojem se pridružujemo, mogućnost sačinjavanja vojnog zaveštanja postoji i u slučaju postojanja faktičkog rata, odnosno oružanih borbi, a ne samo kada je proglašeno ratno stanje, odnosno i nezavisno od toga da li je došlo do formalno-pravnog objavljivanja rata.<sup>13</sup> Pritom, treba naglasiti da samo učešće u oružanim borbama (te uopšte činjenica nošenja oružja od strane lica na vojnoj dužnosti), kao i eventualna opasnost po život i zdravlje zaveštaoca, ne predstavljaju uslov za sačinjavanje ovog zaveštanja.<sup>14</sup> Kada je reč o mobilizaciji, mobilisano lice koje je na vojnoj dužnosti može sačiniti vojno zaveštanje, nezavisno od toga o kom obliku mobilizacije je reč (delimičnoj ili opštoj, javnoj ili tajnoj). Izraz „mobilizacija“ prema stavovima iznetim u pravnoj teoriji, neophodno je tumačiti ekstenzivno. U tom smislu, ukazuje se da mogućnost sačinjavanja vojnog zaveštanja ne sme biti ograničena samo na mobilizaciju preduzetu sa ciljem ratnih dejstava, već da ona treba da postoji i za vreme probne mobilizacije, imajući u vidu činjenicu da ona često simulira ratna dejstva.<sup>15</sup> U delu doktrine, sugerise se da bi sačinjavanje vojnog zaveštanja trebalo dozvoliti i prilikom učešća naših vojnika u mirovnim misijama u inostranim državama,<sup>16</sup> što smatramo opravdanim, usled čega bi ova- kvo rešenje bilo poželjno uneti u budući Građanski zakonik Srbije.

Prema tekstu Zakona, ovlašćeno lice za sastavljanje vojnog zaveštanja je komandir čete i drugi starešina njegovog ili višeg ranga,<sup>17</sup> ili neko drugi u prisustvu nekog od tih starešina, kao i svaki starešina odvojenog odreda.<sup>18</sup> Spomenuta ovlašćena lica vojno zaveštanje moraju sastaviti prema pravilima za sačinjavanje sudskog zaveštanja. To znači da je vojni starešina nakon utvrđivanja identiteta zaveštaoca, dužan da pismeno uobliči njegovu poslednju volju. U slučaju kada je zaveštalac u stanju da pročita zaveštanje, vojni starešina je u obavezi da mu ga preda kako bi on pročitao njegovu sadržinu, nakon čega će ga zaveštalac prizna-

<sup>13</sup> Videti: I. Babić, op. cit., str. 133-134; D. Čeranić, op. cit., str. 183. Suprotno: Borislav T. Blagojević, Oliver B. Antić, op. cit., str. 321; D. Đurđević, op. cit., str. 142.

<sup>14</sup> Videti: D. Čeranić, op. cit., str. 183-185.

<sup>15</sup> O tome opširnije videti: I. Babić, op. cit., str. 133; U tom smislu, videti i: D. Čeranić, op. cit., str. 184.

<sup>16</sup> Videti: V. Ilić, op. cit., str. 65-66.

<sup>17</sup> Obaveza starešine da sastavlja vojno zaveštanje zavisi od njegove funkcije, a ne od njegovog čina u konkretnoj jedinici, te je relevantno da je starešina komandir čete (npr. potporučnik, poručnik, kapetan, major itd) ili neki drugi starešina njegovog ili višeg ranga (kao što je komandant bataljona, divizije, puka itd). Videti: I. Babić, op. cit., str. 134; D. Čeranić, op. cit., str. 187.

<sup>18</sup> Mogućnost sastavljanja vojnog zaveštanja od strane bilo kog starešine odvojenog odreda, makar on bio i nižeg ranga od komandira čete, predviđena je zbog specifičnosti borbenih dejstava. U doktrini se tako ističe činjenica da je postojanje odreda u slučajevima rata često, bilo da se radi o angažovanju specijalnih diverzantskih grupa, odreda i slično, bilo da se radi o razbijanju većih formacija u manje jedinice koje mogu biti izolovane u nepristupačnim predelima, a koje zbog borbenih dejstava mogu izgubiti vezu sa pretpostavljenom jedinicom. Videti: I. Babić, op. cit., str. 134.

ti i potpisati.<sup>19</sup> Zaveštaocu koji nije u stanju da pročita zaveštanje (kada je npr. nepismen, slep, ne zna jezik na kojem je sastavljena isprava), vojni starešina dužan je da pročita zaveštanje u prisustvu dva punoletna i potpuno poslovna sposobna zaveštajna svedoka, koji moraju biti pismeni i znati jezik na kojem se zaveštanje sačinjava. Nakon toga, zaveštalcu je u prisustvu svedoka i vojnog starešine dužan da prizna zaveštanje i potpiše se ili da stavi svoj rukoznak. Iza zaveštaoca su se dužni potpisati zaveštajni svedoci, a nakon toga i vojni starešina.<sup>20</sup> Uzimajući u obzir sve navedeno, čini se zakonodavac prilikom normiranja uslova za punovažnost vojnog zaveštanja, nije u dovoljnoj meri vodio računa o okolnostima u kojima se ono sačinjava. Nesumnjivo je da će spomenuti strogi zahtevi forme nepotrebno otežati njegovo sačinjavanje, zbog čega se pridružujemo stavu iznetom u delu domaće doktrine da bi uslove za punovažnost vojnog zaveštanja trebalo pojednostaviti.<sup>21</sup> Pritom, ne sme se zanemariti ni činjenica da vojni starešina, po pretpostavci ne poznaje pravila za sačinjavanje sudskog zaveštanja, usled čega postoji opasnost od neispunjenja nekog od predviđenih uslova za njegovo sačinjavanje, a time i njegove nepunovažnosti. Upravo imajući ovo u vidu, tekst zakona, predviđa mogućnost njegovog sačinjavanja i pred nekim drugim licem (nezavisno od toga da li se i ono nalazi na vojnoj dužnosti), a u prisustvu komandira čete ili drugog starešine njegovog ili višeg ranga,<sup>22</sup> koje rešenje u potpunosti podržavamo, imajući u vidu da se na vojnoj dužnosti mogu neretko naći i lica vična pravu (advokati, sudije, studenti prava). Ipak, i dalje ostaje otvoreno pitanje da li regulativa prema kojoj sačinjavanje vojnog zaveštanja nikada nije moguće bez prisustva vojnog starešine, uzima u obzir sve potencijalne situacije koje mogu nastati tokom rata. Naime, u ratnim uslovima, na njegovo sačinjavanje veoma često se mogu odlučiti bolesni ili ranjeni vojnici, koji se nalaze u bolnici, sanitetu, skloništu ili su se zadesili na nekom drugom mestu gde je prisustvo vojnog starešine nemoguće ili teško ostvarljivo. Prema shvatanju dela domaće doktrine, koje smatramo prihvatljivim, u takvim okolnostima bi trebalo napraviti izuzetak, te dozvoliti mogućnost sastavljanja vojnog zaveštanja i vojnom lekaru odgovarajućeg čina ili glavnom doktoru bez obzira na čin.<sup>23</sup> Mišljenja smo da bi korekcija postojećeg zakonskog rešenja u pogledu navedenog pitanja, nesumnjivo doprinela sveobuhvatnijoj zakonskoj regulativi ovog zaveštajnog oblika.

Kako je vojno zaveštanje vanredni oblik zaveštanja koje se sačinjava u posebnim okolnostima, Zakon propisuje da ono prestaje da važi istekom roka od

---

<sup>19</sup> Videti: 109, st. 1 u vezi sa čl. 87 ZNS.

<sup>20</sup> Videti: čl. 88, st. 1-2 i čl. 112 u vezi sa čl. 109, st. 1 ZON Srbije.

<sup>21</sup> Videti: N. Stojanović, op. cit., str. 223.

<sup>22</sup> Ova mogućnost postoji samo u slučaju sačinjavanja vojnog zaveštanja pred komandirima čete i drugim starešinom njegovog ili višeg ranga, ne i onda kada zaveštanje sastavlja vojni starešina odvojenog odreda, što proizilazi iz stilizacije zakonske odredbe. Tako i: D. Čeranić, op. cit., str. 187-188.

<sup>23</sup> Videti: I. Babić, op. cit., str. 135; V. Ilić, op. cit., str. 65-66.

šezdeset dana od završetka rata, a ukoliko je zaveštalc demobilisan pre ili posle završetka rata, istekom roka od trideset dana od dana demobilizacije.<sup>24</sup> Dakle, opšti rok koji iznosi šezdeset dana, primenjuje se od prestanka rata, odnosno od opšte demobilizacije do koje može doći i u određenom vremenskom periodu nakon što je rat formalno okončan.<sup>25</sup> Poseban rok iznosi trideset dana i teče bez obzira na opšti rok i to od momenta posebne demobilizacije zaveštaoca (pri čemu do nje može doći i pre i posle opšte demobilizacije). U slučaju kada zaveštalc nadživi navedene rokove, bilo jedan, bilo drugi, smatra se kao da do sačinjavanja vojnog zaveštanja nije ni došlo. Zakon, međutim, ne uređuje produženje roka važenja vojnog zaveštanja, ukoliko bi nakon demobilizacije zaveštaoca u toku trajanja prethodno navedenih rokova, došlo do njegove ponovne mobilizacije. Imajući u vidu prirodu vojnog zaveštanja, ono bi u ovom slučaju trebalo važiti za sve vreme trajanja nove mobilizacije, odnosno rata, kao i po isteku šezdeset dana od njegovog prestanka, odnosno trideset dana od demobilizacije zaveštaoca.<sup>26</sup> U cilju podizanja nivoa pravne sigurnosti, mišljenja smo da je spomenuto normativno rešenje potrebno predvideti u budućoj građanskoj kodifikaciji.

Naposletku, čini nam se da bi unapređenju kvaliteta postojeće zakonske regulative vojnog zaveštanja, doprinelo i postojanje posebnih pravila koja bi se odnosila na način postupanja sa sačinjenim vojnim zaveštanjem. Naime, naše pozitivno pravo, za razliku od većine ostalih savremenih prava Evrope, koja takođe regulišu ovaj oblik zaveštanja, ne sadrži odgovarajuće odredbe o čuvanju vojnog zaveštanja. U tom smislu, *de lege ferenda*, postojeću regulativu poželjno je dopuniti odgovarajućim odredbama o neophodnosti sastavljanja vojnog zaveštanja u više primeraka, kao i o obavezi vojnog starešine da jedan primerak dostavi Ministarstvu odbrane, a u cilju njegovog daljeg prosleđivanja na čuvanje sudu na čijem području je zaveštalc imao poslednje prebivališe ili boravište.<sup>27</sup>

## 1.2. Brodsko zaveštanje

Prema Zakonu o nasleđivanju Srbije, zaveštaocu koji se nalazi na srpskom brodu, zaveštanje može sačiniti zapovednik broda, prema pravilima koja važe za sastavljanje sudskog zaveštanja.<sup>28</sup> S obzirom na to da može nastati samo u posebnim okolnostima, odnosno tokom putovanja na brodu, brodsko zaveštanje spada u vanredne oblike zaveštanja, dok ga činjenica da ga sastavlja zapovednik broda, kao nosilac javnih ovlašćenja, svrstava u grupu javnih zaveštanja.

<sup>24</sup> Videti: čl. 109, st. 2 ZON Srbije.

<sup>25</sup> Videti: D. Čeranić, op. cit., str. 189.

<sup>26</sup> Tako i: I. Babić, op. cit., str. 137; D. Čeranić, op. cit., str. 189.

<sup>27</sup> O mogućim načinima čuvanja vojnog zaveštanja, opširnije videti: I. Babić, op. cit., str. 135-136.

<sup>28</sup> Videti: čl. 108, st. 1 ZON Srbije.



Brodsko zaveštanje<sup>29</sup> može se sačinjavati kako od strane putnika, tako i od strane brodskog osoblja. Ono se može sačiniti samo na domaćem brodu, pri čemu nije od značaja da li se radi o brodu unutrašnje ili spoljne plovidbe, niti o kom brodu (pomorskom, rečnom, jezerskom), odnosno, o kojoj vrsti broda se radi (carinski, turistički, trgovački, brod za naučna ispitivanja).<sup>30</sup> Ovo zaveštanje se može sačiniti za vreme plovidbe na otvorenom moru ili u stranim teritorijalnim vodama, odnosno za vreme dok se brod nalazi u stranoj luci, kao i za vreme dok brod plovi u domaćim teritorijalnim vodama, pa čak i kada se nalazi u domaćoj luci, ali je spreman za isplavljanje.<sup>31</sup> Prema Zakonu o nasleđivanju, ovlašćeno lice za sastavljanje vojnog zaveštanja je zapovednik broda, s tim što Zakon o pomorskoj plovidbi Srbije<sup>32</sup> propisuje da zapovednika broda u slučaju smrti, sprečenosti ili odsutnosti, u svim njegovim ovlašćenjima zamenjuje najstariji oficir palube, stoga i u pogledu eventualnog primanja izjave poslednje volje.<sup>33</sup> Prilikom sačinjavanja brodskog zaveštanja, spomenuto ovlašćeno lice dužno je primeniti sva napred izneta pravila o načinu prema kojem se sastavlja sudsko zaveštanje. Ovako strogi zahtevi forme neprimereni su okolnostima u kojima se brodsko zaveštanje sačinjava, pri čemu njegovoj kompleksnosti doprinosi i činjenica da zapovednik broda, kao što je to slučaj i sa vojnim starešinom, po pravilu, ne poznaje odredbe prema kojima se sačinjava sudsko zaveštanje, zbog čega smo stava da bi ih *de lege ferenda* trebalo ublažiti.

Za razliku od vojnog zaveštanja, domaće zakonodavstvo posvećuje odgovarajuću pažnju načinu postupanja sa sačinjenim zaveštanjem na pomorskom brodu. U tom smislu Zakonom o pomorskoj plovidbi Srbije, predviđene su određene dužnosti zapovednika broda, koji je u obavezi da primi izjavu poslednje volje, kao i da sačinjenu izjavu poslednje volje unese u brodsku knjigu, navodeći vreme kada ju je primio. O primanju izjave poslednje volje, on je dužan da sačini odgovarajuću brodsku ispravu, te da istu dostavi najbližem diplomatsko-konzularnom predstavništvu Republike Srbije.<sup>34</sup>

Vanredne okolnosti u kojima zaveštalac sačinjava brodsko zaveštanje, uslovljavaju, kao što je to slučaj i kod vojnog zaveštanja, vremensko ograničenje njegove važnosti. Prema Zakonu o nasleđivanju ovaj rok iznosi trideset dana od dana povratka zaveštaoca u Srbiju.<sup>35</sup> Iz spomenutog zakonskog rešenja nesumnjivo

---

<sup>29</sup> Brodski testament, za razliku od vojnog, ne potiče iz Rima, već je nastao razvojem pomorskog saobraćaja, a posebno tokom XIX veka sa pojavom parobroda. Videti: S. Marković, op. cit., str. 215.

<sup>30</sup> Videti: D. Đurđević op. cit., str. 141; N. Stojanović, op. cit., str. 224; I. Babić, op. cit., str. 132; B. T. Blagojević, Oliver B. Antić, op. cit., str. 320.

<sup>31</sup> Videti: M. Kreč, Đ. Pavić, op. cit., str. 220; B. T. Blagojević, Oliver B. Antić, op. cit., str. 320; N. Stojanović, op. cit., str. 224.

<sup>32</sup> „Sl. glasnik RS“, br. 87/11, 104/13.

<sup>33</sup> Videti: čl. 96, st. 5 u vezi sa čl. 104, st. 4-5 Zakona o pomorskoj plovidbi Srbije.

<sup>34</sup> Videti: čl. 104, st. 4-5 Zakona o pomorskoj plovidbi Srbije.

<sup>35</sup> Videti: čl. 108, st. 2 ZNS.



sledi da rok od ovog momenta počinje da teče ukoliko brodsko zaveštanje nije sačinjeno u domaćim teritorijalnim vodama.<sup>36</sup> Zakonodavac međutim, nije regulisao pitanje od kog momenta on počinje da teče u slučaju kada zaveštalcu nije uopšte napustio granice Srbije. U vezi sa tim, u pravnoj teoriji izneti su stavovi prema kojima u slučaju sačinjavanja zaveštanja na srpskom brodu u domaćim teritorijalnim vodama, ono prestaje da proizvodi pravno dejstvo u roku od trideset dana od dana kada se zaveštalcu iskrcalo sa broda na kojem je sačinio zaveštanje, odnosno od dana završetka zaveštaločevog putovanja brodom.<sup>37</sup> Iz razloga pravne sigurnosti, smatramo da bi u budućem zakonskom tekstu bilo poželjno izvršiti korekciju spomenute zakonske odredbe, na način sugerisan u domaćoj pravnoj književnosti.

## 2. VANREDNI OBLICI ZAVEŠTANJA U UPOREDNOM PRAVU

Kao posledica prihvatanja sistema pluralizma oblika zaveštanja,<sup>38</sup> te u cilju omogućavanja što šire slobode zaveštanja, u određenom broju ostalih savremenih pravnih poredaka Evrope, takođe je prihvaćena mogućnost njene realizacije putem sačinjavanja vanrednih oblika zaveštanja. Od zakonodavstava koja su predstavljala predmet komparativnog prikaza, ovakva pravna regulativa oblika zaveštanja prihvaćena je u većini bivših jugoslovenskih republika, kao što su Slovenija, Makedonija, Federacija BiH i Crna Gora, te u pravima Češke, Poljske, Rusije, Francuske, Italije, Španije i Engleske. Valja napomenuti da je u gotovo svim navedenim zakonodavstvima, slobodu zaveštanja moguće realizovati i putem sačinjavanja usmenog, kao izuzetnog oblika zaveštanja.

Ipak, postoje i oni pravni sistemi u kojima vanredni oblici zaveštanja ne predstavljaju pravno dozvoljeni način izražavanja slobode zaveštanja. Uzimajući u obzir zakonodavstva zemalja koja su predstavljala predmet naše analize, ovakav pravni tretman, spomenuti oblici zaveštanja imaju u pravima Hrvatske, Bugarske, Slovačke, Švajcarske, Austrije, Mađarske i Nemačke. Tako su u pojedinim od njih, kao što su prava Bugarske i Slovačke, normirani isključivo redovni oblici zaveštanja, što znači da mogućnost zaveštajnog raspolaganja u vanrednim, ali ni u izuzetnim okolnostima, u njima ne postoji.<sup>39</sup> U ostalim spomenutim nasledno-

<sup>36</sup> U doktrini se navodi da je, pritom, irelevantno na koji način, odnosno, kojim prevoznim sredstvom se zaveštalcu vratio u Srbiju. Videti: S. Marković, op. cit., str. 216; I. Babić, op. cit., str. 132.

<sup>37</sup> Videti: S. Marković, op. cit., str. 216; I. Babić, op. cit., str. 132-133; M. Kreč, Z. Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom, Zagreb, 1964, str. 220-221.

<sup>38</sup> O pravno uređenim oblicima zaveštanja u savremenim pravnim sistemima Evrope, videti: J. Vidić Trninić, Olografski i alografski testament u srpskom i uporednom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 4/2016, str. 1262-1264.

<sup>39</sup> Videti: čl. 23 Zakona o nasljeđivanju Bugarske iz 1949. godine (Internet, <http://lex.bg/laws/ldoc/2121542657>) i čl. 476, st. 1 Građanskog zakonika Slovačke iz 1964. godine (Internet, <http://www.zakonypreludi.sk/zz/1964-40>).

pravnim uređenjima u kojima vanredni oblici zaveštanja nisu pravno uređeni, mogućnost za realizaciju slobode zaveštanja je ipak šira, s obzirom na činjenicu da je u njima regulisano i usmeno zaveštanje, čije sačinjavanje je moguće u slučaju postojanja izuzetnih ili vanrednih okolnosti, usled kojih nije moguće raspolagati u nekom od redovnih oblika zaveštanja.<sup>40</sup>

## **2.1. Vanredni oblici zaveštanja kao pravno dozvoljeni način izražavanja slobode zaveštanja**

### *2.1.1. Vanredni oblici zaveštanja u pravima zemalja nastalih na prostoru bivše SFRJ*

Zakonodavstva gotovo svih zemalja nastalih na prostoru bivše SFRJ, pravno uređuju manji ili veći broj vanrednih zaveštanja: pravo Makedonije – vojno, prava Crne Gore i Slovenije – vojno i brodsko, a pravo Federacije BiH – vojno, brodsko, kao i zaveštanje koje se sačinjava u avionu.<sup>41</sup> Kao posledica dugog peri-

---

<sup>40</sup> Videti: čl. 30-39 i čl. 151-166 Zakona o nasleđivanju Hrvatske iz 2003. godine („Narodne novine“, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 i 33/2015); čl. 498 Građanskog zakonika Švajcarske iz 1907. godine (Internet, <http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/index.html>); čl. 577-584 Građanskog zakonika Austrije iz 1811. godine (Internet, [https://www.jusline.at/Allgemeines\\_Buergerliches\\_Gesetzbuch\\_\(ABGB\).html](https://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_(ABGB).html)), 7:13 § Građanskog zakonika Mađarske iz 2013. godine (Internet, [http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy\\_doc.cgi?docid=A1300005.TV](http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005.TV)), kao i čl. 2231 i čl. 2249-2251 Građanskog zakonika Nemačke iz 1896. godine (Internet, <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>). Napomenujemo da pravo Nemačke reguliše i pomorsko zaveštanje, koje, međutim, imajući u vidu propisane uslove za njegovu punovažnost, konceptualno spada u izuzetne oblike zaveštanja. Naime, naslednopravno uređenje ove zemlje pored redovnih formi zaveštanja, uređuje i zaveštanja u izuzetnim okolnostima, koja se sačinjavaju usmenom izjavom, pri čemu su zahtevi forme posebno strogi. Mogućnost usmenog izjavljivanja poslednje volje postoji u slučaju kada se zaveštalac nalazi u takvim okolnostima usled kojih postoji opravdana bojazan da će umreti pre nego što bude u mogućnosti da sačini zaveštanje pred javnim beležnikom ili kada se nađe u mestu gde mu je usled izuzetnih okolnosti onemogućeno ili znatno otežano sačinjavanje javnobeležničkog zaveštanja. U oba slučaja, zaveštanje se sačinjava pred predsednikom opštine i dva zaveštajna svedoka, s tim što u drugom slučaju ono može biti sačinjeno i pred tri zaveštajna svedoka. Usmena izjave poslednje volje moguća je i kada se zaveštalac nalazi u toliko neposrednoj smrtnoj opasnosti da je verovatno da se ispunjenje uslova u pogledu prisustva predsednika opštine ne može ostvariti, u kom slučaju se ona može učiniti pred tri zaveštajna svedoka. Na isti način, odnosno usmenom izjavom volje pred tri istovremeno prisutna svedoka, sačinjava se i pomorsko zaveštanje. Iako se reguliše kao posebna vrsta izuzetnog zaveštanja, teorija je stava da potreba za time realno ne postoji, s obzirom na činjenicu da zaveštalac kada god se nalazi u izuzetnim prilikama, ima mogućnost da sačini zaveštanje pred tri zaveštajna svedoka. Videti: R. Zimmermann, *Testamentary Formalities in Germany*. U: K. Reid, M. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2011, str. 218.

<sup>41</sup> Pored spomenutih vanrednih oblika, u pravima svih ovih zemalja propisana je i mogućnost sačinjavanja usmenog zaveštanja, kao izuzetnog oblika, u slučaju kada se zaveštalac nalazi u izuzetnim okolnostima usled kojih nije u mogućnosti da sačini testament u pisanoj formi. Videti: čl. 90, st. 1 Zakona o nasleđivanju Makedonije (dalje: ZON Makedonije) iz 1996. godine („Služben

oda zajedničkog razvijanja naslednog prava, zakonska regulativa vanrednih oblika zaveštanja u spomenutim zakonodavstvima, u pogledu većine aspekata, identična je onoj koja je prihvaćena i u pravu Srbije.

Kada je reč o vojnom zaveštanju, naslednopravnim propisima svih navedenih zemalja, propisano je da njegovom sačinjavanju može pristupiti isključivo lice koje se nalazi na vojnoj dužnosti i to: u vreme mobilizacije ili rata (prava Crne Gore i Federacije BiH), ratnog stanja (pravo Makedonije), odnosno vanrednog ili ratnog stanja (pravo Slovenije).<sup>42</sup> Kao što je to slučaj i u Srbiji, vojno zaveštanje u svim ovim zakonodavstvima, takođe, predstavlja modalitet sudskog zaveštanja, jer se mora sastaviti prema pravilima za njegovo sačinjavanje.<sup>43</sup> Krug lica koja su ovlašćena za njegovo sastavljanje, takođe je identičan onom koji je prihvaćen u našem pravu, osim kada je reč o zakonodavstvu Slovenije, u kojem starešina odvojenog odreda nema ovo ovlašćenje.<sup>44</sup> Naposljetku, vremensko važenje vojnog zaveštanja u zakonodavstvima svih spomenutih zemalja, ograničeno je istim onim rokovima, koji su, kada je reč o ovom obliku zaveštanja, propisani i u domaćem pravu.<sup>45</sup>

Zakonska regulativa brodskog, kao drugog prihvaćenog vanrednog oblika zaveštanja u pravima Slovenije, Crne Gore i Federacije BiH, a u poslednje spomenutom zakonodavstvu i zaveštanja koje se sačinjava u avionu, u pogledu svih njegovih aspekata: lica koja mogu pristupiti njegovom sačinjavanju, ovlašćenog lica za sastavljanje, pravila prema kojima se ono mora sastaviti, kao i rokova u kojima ono(a) važe,<sup>46</sup> u potpunosti odgovara regulativi koja je u pogledu brodskog zaveštanja prihvaćena i u pravu Srbije.<sup>47</sup>

vesnik na RM“, br. 47/1996 i 18/2001 – dr. zakon); čl. 72, st. 1 Zakona o nasleđivanju Slovenije (dalje: ZON Slovenije) iz 1976. godine („Uradni list SRS“, br. 15/1976, 23/1978 i „Uradni list RS“, br. 13/1994 – ZN, 40/1994 – odl. US, 117/2000 – odl. US, 67/2001, 83/2001 – OZ, 73/2004 – ZN-C, 31/2013 – odl. US i 63/2016); čl. 77, st. 1 Zakona o nasleđivanju u Federaciji BiH (dalje: ZON FBiH) iz 2014. godine („Službene novine FBiH“, br. 80/2014); kao i čl. 88, st. 1 Zakona o nasleđivanju Crne Gore (dalje: ZON Crne Gore) iz 2008. godine („Službeni list RCG“, br. 74/2008).

<sup>42</sup> Videti: čl. 73, st. 1 ZON Makedonije; čl. 71, st. 1 ZON Slovenije; čl. 76, st. 1 ZON FBiH; kao i čl. 73, st. 1 ZON Crne Gore.

<sup>43</sup> Pravila za sačinjavanje sudskog zaveštanja u svim spomenutim zakonodavstvima, identična su onim koja su u pogledu načina njegovog sačinjavanja, prihvaćena i u pravu Srbije. Videti: čl. 67-68 ZON Makedonije, čl. 65-66 ZON Slovenije, čl. 68-69 ZON FBiH, kao i čl. 69, st. 1 ZON Crne Gore u vezi sa čl. 192 i čl. 201-203 Zakona o vanparničnom postupku Crne Gore („Službeni list RCG“, br. 27/2006)

<sup>44</sup> Videti: čl. 73, st. 1 ZON Makedonije; čl. 71, st. 1 ZON Slovenije; čl. 76, st. 1 ZON FBiH, kao i čl. 73, st. 1 ZON Crne Gore.

<sup>45</sup> Videti: čl. 73, st. 2 ZON Makedonije; čl. 71, st. 2 ZON Slovenije; čl. 76, st. 2 ZON FBiH, kao i čl. 73, st. 2 ZON Crne Gore.

<sup>46</sup> Videti: čl. 70 ZON Slovenije, čl. 75 ZON FBiH, kao i čl. 72 ZON Crne Gore. Kada se radi o sačinjavanju zaveštanja u bosanskohercegovačkom avionu, ovlašćeno lice za njegovo sastavljanje je, kao i kada je reč o brodskom zaveštanju, zapovednik, u ovom slučaju vazduhoplova.

<sup>47</sup> Opširnije o vanrednim oblicima zaveštanja u pravu Crne Gore, videti: D. Đurđević, Osnovi naslednog prava Crne Gore, Podgorica, 2010, str. 150-152. U slovenačkoj doktrini se sugeriše

## 2.1.2. Vanredni oblici zaveštanja u pravima bivših socijalističkih zemalja

### 2.1.2.1. Vanredni oblici zaveštanja u pravu Češke

Zakonodavstvo Češke, od vanrednih oblika izjave poslednje volje, uređuje: zaveštanje koje se sačinjava pred predsednikom opštine, na brodu ili u avionu, kao i vojno zaveštanje.<sup>48</sup>

Kada je reč o zaveštanju koje se sačinjava pred predsednikom opštine, Građanskim zakonikom Češke je propisano da ovakva mogućnost postoji u slučaju opravdane bojazni potencijalnog zaveštaoca da će umreti, pre nego što bude u mogućnosti da sačini zaveštanje u formi javne isprave.<sup>49</sup> U spomenutim okolnostima, osim pred predsednikom opštine na čijoj teritoriji se nalazi, sačinjavanje zaveštanje moguće je i pred nekim drugim licem koje na osnovu zakona ima pravo da vrši ovlašćenja predsednika opštine, u oba slučaja, u prisustvu dva zaveštajna svedoka.<sup>50</sup>

Sačinjavanje zaveštanja na brodu ili avionu moguće je od strane lica koje se nalazi na pomorskom brodu koji plovi pod nacionalnom zastavom Republike Češke ili u avionu registrovanom u Registru vazduhoplova Republike Češke. U prethodno navedenim okolnostima, u slučaju postojanja ozbiljnog razloga, zaveštalcu u prisustvu dva zaveštajna svedoka može izjaviti svoju poslednju volju pred

---

da bi se odredbe o zaveštanju koje se sačinjava na slovenačkom brodu, mogle primeniti i u pogledu eventualnog sačinjavanja zaveštanja u slovenačkom avionu (iako pravo ove zemlje nema posebne propise o zaveštanju koje bi se sačinjavalo u vazduhoplovu), pri čemu bi ovlašćeno lice za njegovo sastavljanje u ovom slučaju bio zapovednik aviona. O vojnom i brodskom zaveštanju u pravu Slovenije, detaljnije videti: K. Zupančič, *Dedovanje z uvodnimi pojasnili* prof. dr Karla Zupančiča, Ljubljana, 2005, str. 79-80.

<sup>48</sup> Građanski zakonik Češke reguliše i usmeno, kao izuzetan oblik zaveštanja. Njegovo sačinjavanje je dozvoljeno u izuzetnim okolnostima, odnosno u situacijama koje predstavljaju iznenadnu, određenu i neposrednu opasnost za život, kao i kada se zaveštalcu nalazi na mestu gde je normalan, uobičajeni društveni kontakt onemogućen usled nekog iznenadnog, odnosno nepredviđenog događaja, zbog čega nije razumno očekivati da se zaveštanje može sačiniti u nekoj drugoj formi. Videti: § 1542, st. 1 Građanskog Zakonika Češke (dalje: GZ Češke) iz 2012. godine (Internet, <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89>).

<sup>49</sup> Mogućnost sačinjavanja javnog zaveštanja u redovnim okolnostima, predviđena je u § 1537 GZ Češke. Ono se sastavlja u formi javnobeležničkog zapisa, shodno odgovarajućim odredbama Zakona o javnim beležnicima i njihovim aktivnostima Češke iz 1992. godine (Internet, <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1992-358>). Ovaj zakon sadrži specijalne odredbe kojima je regulisan postupak sačinjavanja zaveštanja od strane osoba koje nisu u stanju da čitaju ili pišu, koje su gluve ili neme, ali su u stanju da čitaju i pišu ili nisu u stanju ni da čitaju ili pišu, kao i onih koje ne znaju jezik koji je u službenoj upotrebi. U svakoj od spomenutih situacija, potrebno je učešće dva potpuno poslovno sposobna zaveštajna svedoka, a u pojedinim od njih i lica od poverenja koje je u stanju da komunicira sa zaveštaocem, kao i tumača. Videti: čl. 65-69 Zakona o javnim beležnicima i njihovim aktivnostima Češke.

<sup>50</sup> Videti: § 1543 GZ Češke.

komandantom broda, odnosno aviona ili pred njegovim zamenikom, ukoliko njih to ne sprečava da brinu o sigurnosti plovidbe, odnosno leta.<sup>51</sup>

Naposletku, vojno zaveštanje se može sačiniti tokom oružanih sukoba ili vojnih operacija od strane vojnika ili drugih lica koja ulaze u sastav oružanih snaga, pred komandantom vojne jedinice ili pred drugim licem koje ima najmanje čin oficira, takođe u prisustvu dva zaveštajna svedoka.<sup>52</sup>

Spomenuta zaveštanja dobijaju svojstvo javne isprave kada ih ovlašćeno lice pročitava zaveštaocu u prisustvu dva zaveštajna svedoka, pred kojima zaveštalac mora potvrditi da je to njegova poslednja volja, odnosno, priznati zaveštanje i potpisati ga, pri čemu ono mora biti potpisano i od strane zaveštajnih svedoka i ovlašćenog lica. Međutim, zaveštanje u pogledu kojeg neka od spomenutih formalnosti nije ispoštovana, naročito ona koja se odnosi na potrebu potpisa zaveštajnih svedoka, ostaje punovažno, ukoliko se može pouzdano utvrditi da je u njemu sadržana poslednja volja zaveštaoca, s tim što ono u ovom slučaju nema svojstvo javne isprave.<sup>53</sup> Uopšte, imajući u vidu okolnosti u kojima se sačinjavaju spomenuta vanredna zaveštanja, Građanski zakonik Češke ublažava formalne uslove njihove punovažnosti. U tom smislu, njime je predviđeno da zaveštajni svedoci prilikom njihovog sačinjavanja mogu biti i lica koja su napunila 15 godina života, kao i ona koja imaju ograničenu poslovnu sposobnost, ukoliko su u stanju da verodostojno opišu činjenice koje su od značaja za njihovu punovažnost. Pored toga, ova zaveštanja ostaju na snazi čak i ukoliko nisu potpisana od strane zaveštaoca i svedoka, ukoliko oni nisu mogli da se potpišu ili zbog nekog drugog ozbiljnog razloga, pod uslovom da je to eksplicitno navedeno u njima.<sup>54</sup>

U cilju čuvanja spomenutih zaveštanja, pravo Češke propisuje određene obaveze ovlašćenih lica koje se odnose na način postupanja sa njima, nakon što dođe do njihovog sačinjavanja. Ukoliko je poslednja volja izjavljena na brodu, odnosno u avionu, komandant broda, odnosno aviona dužan je da to zabeleži u dnevnik broda, odnosno aviona, te da zaveštanje bez nepotrebnog odlaganja preda Ambasadi Češke Republike koja je najbliža stranoj luci u koju brod pristaje, odnosno mestu gde avion u inostranstvu sleće ili državnom organu u kojem je brod, odnosno avion registrovan.<sup>55</sup> U slučaju sačinjavanja vojnog zaveštanja, ono se bez nepotrebnog odlaganja mora dostaviti komandantu pretpostavljene komande, koji ga je dužan neodložno dostaviti Ministarstvu odbrane Republike Češke.<sup>56</sup> Naposljetku, zakonodavstvo Češke propisuje obavezu predsednika opštine, ukoliko je zaveštanje sačinjeno pred njim, odnosno spomenutog ovlašćenog organa kome je

<sup>51</sup> Videti: § 1544, st. 1 GZ Češke.

<sup>52</sup> Videti: § 1545, st. 1 GZ Češke.

<sup>53</sup> Videti: § 1547 GZ Češke.

<sup>54</sup> Videti: § 1548 GZ Češke.

<sup>55</sup> Videti: § 1544, st. 2 GZ Češke.

<sup>56</sup> Videti: § 1545, st. 2 GZ Češke.

zaveštanje predato, ukoliko je reč o brodskom, vojnom ili zaveštanju sačinjenom u avionu da bez odlaganja obezbede njegovo deponovanje kod javnog beležnika.<sup>57</sup>

Vremensko važenje svih spomenutih zaveštanja je ograničeno. U tom smislu, Građanskim zakonikom Češke propisano je da ukoliko je zaveštalac nadživeo prethodno navedene okolnosti, ona prestaju da važe istekom roka od tri meseca od momenta njihovog sačinjavanja, pri čemu se u spomenuti rok ne uračunava vreme za koje je zaveštalac bio onemogućen da svoju poslednju volju izjavi u obliku javnog zaveštanja.<sup>58</sup>

#### 2.1.2.2. Vanredni oblici zaveštanja u pravu Poljske

Pravo Poljske, kao vanredne oblike zaveštanja, uređuje: zaveštanje koje se sačinjava tokom putovanja brodom ili avionom i vojno zaveštanje.<sup>59</sup>

Zaveštanje koje se sačinjava na brodu i u avionu, prema Građanskom zakoniku Poljske, moguće je sačiniti tokom putovanja na poljskom pomorskom brodu ili u avionu. U ovim slučajevima, zaveštalac može izjaviti svoju poslednju volju pred zapovednikom broda ili aviona ili njegovim zamenikom, a u prisustvu dva zaveštajna svedoka. Spomenuto ovlašćeno lice dužno je da o tome sačini pismenu ispravu, naznačavajući u njoj datum izjavljivanja poslednje volje, kao i da je pročitava zaveštaocu u prisustvu svedoka. Zaveštanje mora biti potpisano od strane zaveštaoca, svedoka i ovlašćenog lica, a ukoliko zaveštalac nije u stanju da se potpiše, razlog za to mora biti naznačen u ispravi o sačinjenom zaveštanju. Dakle, ova zaveštanja, kao što je to slučaj i u većini ostalih zakonodavstava Evrope, predstavljaju javne oblike zaveštanja.<sup>60</sup> Specifičnost regulative oblika zaveštanja u pravu Poljske ogleda se u činjenici da ukoliko prethodno navedenu formu nije moguće ispoštovati, zaveštalac u spomenutim okolnostima može sačiniti usmeno zaveštanje,<sup>61</sup> čak i ukoliko nisu ispunjeni ostali uslovi za njegovo sačinjavanje.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> Videti: § 1546 GZ Češke.

<sup>58</sup> Videti: § 1549 GZ Češke.

<sup>59</sup> Građanski zakonik Poljske uređuje i usmeno, kao izuzetnu formu zaveštanja, čije je korišćenje moguće kada se lice nalazi u neminovnoj smrtnoj opasnosti, te kada zbog postojanja izuzetnih okolnosti, sačinjavanje zaveštanja u nekoj od redovnih formi nije moguće ili je povezano sa preteranim teškoćama. Videti: čl. 952, st. 1 Građanskog zakonika Poljske (dalje: GZ Poljske) iz 1964. godine (Internet, <https://supertrans2014.files.wordpress.com/2014/06/the-civil-code.pdf>).

<sup>60</sup> Prema čl. 950 GZ Poljske, javno zaveštanje u redovnim okolnostima se sačinjava u formi javnobeležničkog zapisa. Opširnije o navedenom obliku zaveštanja, videti: F. Zoll, *Testamentary Formalities in Poland*. U: K. Reid, M. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2011, str. 277-278.

<sup>61</sup> Videti: čl. 953 GZ Poljske.

<sup>62</sup> U doktrini se za to, primera radi, navodi nemogućnost ovlašćenog lica da pristupi sačinjavanju zaveštanja zbog ispunjenja svojih dužnosti u hitnim situacijama. Videti: F. Zoll, op. cit., str. 280.



Vojno zaveštanje kao drugi mogući vanredni oblik zaveštanja,<sup>63</sup> moguće je sačiniti za vreme rata, mobilizacije ili u zarobljeništvu. Poslednju volju u spomenutim okolnostima moguće je izjaviti pred vojnim sudijom. Kao i kada je reč o zaveštanju koje se može sačiniti za vreme putovanja brodom ili avionom, spomenuto ovlašćeno lice je dužno da o tome sačini pismenu ispravu, naznačavajući mesto i datum izjavljivanja poslednje volje. Nakon toga, ona mora biti pročitana zaveštaocu, te potpisana, kako od strane njega, tako i od strane vojnog sudije. Ako zaveštalac ne može da se potpiše, u ispravi o sačinjenom zaveštanju mora biti zabeležen razlog za ovu nemogućnost. Međutim, vojno zaveštanje može se sačiniti i izjavljivanjem poslednje volje pred tri zaveštajna svedoka, od kojih jedan ima zadatak da istu sažme u pisanu formu. Naposljetku, zaveštalac koji se nalazi u neposrednoj smrtnoj opasnosti usled bolesti ili povrede ili kojem je sačinjavanje vojnog zaveštanja na prethodno iznete načine nemoguće ili veoma teško, može da ga sačini i izjavljujući usmeno poslednju volju pred dva zaveštajna svedoka, koji ne moraju biti prisutni u isto vreme. U ovom slučaju, analogno se primenjuju odgovarajuće odredbe Građanskog zakonika Poljske o usmenom zaveštanju.<sup>64</sup>

Spomenuti vanredni oblici zaveštanja prestaju da važe istekom roka od šest meseci od prestanka okolnosti koje su dovele do njihovog sačinjavanja, s tim što se u spomenuti rok ne uračunava vreme za koje je zaveštalac bio onemogućen da sačini zaveštanje u nekom od zakonom predviđenih redovnih oblika.<sup>65</sup>

### 2.1.2.3. Vanredni oblici zaveštanja u pravu Rusije

Prema Građanskom Kodeksu Rusije, zaveštanje u redovnim okolnostima mora biti sačinjeno u pisanoj formi i prema opštem pravilu, potvrđeno od strane javnog beležnika.<sup>66</sup> Međutim, u određenim posebnim okolnostima, kada se zaveštalac ne može obratiti javnom beležniku, zaveštanje može biti potvrđeno i od strane drugog ovlašćenog lica.

U tom smislu, Građanskim Kodeksom ove zemlje, propisano je da zaveštajno sposobnom licu koje se nalazi na lečenju u bolnici, drugoj zdravstvenoj ustanovi ili u domu za stara lica i invalide, zaveštanje sačinjava glavni lekar, njegov zamenik ili dežurni lekar bolnice i druge zdravstvene ustanove, kao i načelnik bolnice, odnosno direktor ili glavni lekar u domovima za stara i invalidna lica. Ukoliko se potencijalni zaveštalac nalazi na brodu koji plovi pod ruskom zastavom, zaveštanje se sačinjava od strane zapovednika broda. U slučaju kada je potencijalni zaveštalac član istraživačkih, arktičkih ili drugih sličnih ekspedicija, ovlašćeno lice

<sup>63</sup> Videti: čl. 954 GZ Poljske.

<sup>64</sup> Videti: F. Zoll, op. cit., str. 280.

<sup>65</sup> Videti: čl. 955 GZ Poljske.

<sup>66</sup> Videti: čl. 1124, st. 1, tač. 1 Građanskog kodeksa Rusije (dalje: GK Rusije) iz 2001. godine (Internet, <http://base.garant.ru/10164072/>).



za sačinjavanje zaveštanja je načelnik ovakvih ekspedicija. Licima koja se nalaze na vojnoj dužnosti, a u mestima gde se nalazi dislocirana vojna jedinica u kojima nema javnog beležnika i civilima koji se u njoj nalaze na dužnosti, članovima njihovih porodica, kao i članovima porodice lica na vojnoj dužnosti, zaveštanje sačinjava komandir konkretne vojne jedinice. Licu koje se nalazi u zatvorskoj ustanovi, zaveštanje će biti sačinjeno od strane upravnika mesta lišenja slobode.<sup>67</sup> Naposljetku, u slučaju nepostojanja javnog beležnika u naseljenom mestu, a takođe i na teritoriji druge države, ovlašćena lica za sačinjavanje zaveštanja su službenici organa mesne samouprave i konzulskih ustanova Rusije.<sup>68</sup>

Spomenuta zaveštanja moraju biti potpisana od strane zaveštaoca u prisustvu ovlašćenog lica koje potvrđuje zaveštanje i zaveštajnih svedoka, čije je učešće prilikom njihovog sačinjavanja obavezno. U svemu ostalom, ona su, u pogledu formalnih uslova njihove punovažnosti, bez obzira na iznete prilike u kojima se sačinjavaju, potpuno izjednačena sa javnobeležnički potvrđenim zaveštanjem.<sup>69</sup> U pogledu ovako sačinjenih zaveštanja ne postoji vremensko ograničenje njihove važnosti, bez obzira na eventualni prestanak okolnosti u kojima je došlo do njihovog sačinjavanja.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Videti: čl. 1127, st. 1 GK Rusije.

<sup>68</sup> Videti: čl. 1125, st. 7 GK Rusije u vezi sa čl. 37-38 Osnova zakonodavstva Rusije o notarijatu iz 1993. godine (Internet, [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_1581/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1581/)). Više o navedenim zaveštanjima, videti: V. O. Gavrilov, *Komentarij k razdelu V časti III GK RF, Nasledstvennoe pravo*, Sankt-Peterburg, 2003, str. 59-63; T.E. Abova, M.M. Boguslavskii, A. G. Svetlanov, *Komentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, Časti tret'ej*, Moskva, 2004, str. 30; B.A. Bulaevskii, R.I. Vinogradova, A. F. Efimov, T.L. Levšina, E.A. Pavlova, I. V. Panteleeva, N.V. Sučkova, M.L. Šelotto, O.Ю. Šilohvost, K.B. Ярошенко, *Komentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, Časti tret'ej*, Moskva, 2007, str. 57-59.

<sup>69</sup> Videti: čl. 1127, st. 2 GK Rusije. Prema GK Rusije, javnobeležnički potvrđeno zaveštanje mora biti napisano od strane zaveštaoca ili prema njegovim rečima, od strane javnog beležnika, pri čemu je u oba slučaja dopušteno korišćenje tehničkih sredstava. Nakon izjavljivanja poslednje volje pred javnim beležnikom, zaveštalac je dužan da pročita tekst zaveštanja u njegovom prisustvu, a ukoliko iz nekih razloga, on to nije u stanju da učini, tekst zaveštanja će mu biti pročitao od strane javnog beležnika. Zaveštalac svojeručnim potpisom u prisustvu javnog beležnika, potvrđuje da tekst zaveštanja odgovara njegovoj volji. Ukoliko zbog fizičkih nedostataka, teže bolesti ili nepismenosti, zaveštalac nije u stanju da svojeručno potpiše zaveštanje, ono po njegovom zahtevu može biti potpisano od strane nekog drugog lica, u njegovom i u prisustvu javnog beležnika. Zaveštajni svedok može prisustvovati prilikom sačinjavanja i javnobeležničkog potvrđivanja zaveštanja, samo na osnovu volje zaveštaoca, u kom slučaju zaveštanje mora biti potpisano i od strane svedoka. Videti: čl. 1125, st. 1-4 GK Rusije.

<sup>70</sup> Pravo Rusije, kao što je to slučaj i u većini ostalih poredaka Evrope koja uređuju vanredne oblike zaveštanja, normira i zaveštanje u izuzetnim okolnostima, čije je sačinjavanje moguće kada zbog neposredne opasnosti po život i trenutnih izuzetnih okolnosti, ne postoji mogućnost sačinjavanja zaveštanja ni u jednom drugom obliku. Ovo zaveštanje sačinjava se u prostoj pisanoj formi. Videti: čl. 1129, st. 1, tač.1 GK Rusije.

### *2.1.3. Vanredni oblici zaveštanja u pravima zemalja romanske pravne tradicije*

#### 2.1.3.1. Vanredni oblici zaveštanja u pravu Francuske

Zakonodavstvo Francuske, od vanrednih oblika zaveštanja uređuje: vojno, zaveštanje koje se sačinjava u izolaciji, kao i pomorsko zaveštanje.<sup>71</sup>

Vojno zaveštanje, prema Građanskom zakoniku Francuske, može biti sačinjeno od strane vojnika, pripadnika državne mornarice, kao i lica angažovanih u vojsci. Ovom formom zaveštanja, spomenuta lica mogu se koristiti u ratu, tokom operacija održavanja reda i pacifikacije, kao i prilikom razmeštanja francuskih trupa na teritoriji strane države u vidu okupacije ili intervencije u skladu sa međunarodnim sporazumima.<sup>72</sup> Vojno zaveštanje sačinjava se pred nadređenim oficijom ili pred vojnim lekarom određenog čina i to u prisustvu dva zaveštajna svedoka. Ono se može sačiniti i pred dva intendantska činovnika ili oficira komesarijata ili pred jednim intendantskim činovnikom ili oficijom komesarijata u prisustvu dva zaveštajna svedoka. Ukoliko se radi o odvojenom odredu, a niko od prethodno spomenutih ovlašćenih lica nije prisutan, zaveštanje se može sačiniti pred komandujućim oficijom odreda, takođe u prisustvu dva zaveštajna svedoka. Zakonik izričito predviđa da mogućnost sačinjavanja vojnog zaveštanja na prethodno izneti način pripada i zarobljenicima.<sup>73</sup> Naposletku, zaveštalac koji je bolestan ili ranjen i nalazi se u bolnici ili vojnom sanitetu, ovo zaveštanje može sačiniti pred glavnim lekarom bez obzira na čin koji poseduje i to u prisustvu rukovodećeg administrativnog oficira, ili u njegovom odsustvu, u prisustvu dva zaveštajna svedoka.<sup>74</sup>

Sačinjavanje drugog spomenutog vanrednog oblika zaveštanja, tzv. zaveštanja u izolaciji, dozvoljeno je u mestu sa kojim je bilo kakva komunikacija nemoguća zbog postojanja zaraznih bolesti. Mogućnost izjave poslednje volje u navedenim okolnostima imaju sve osobe koje se nalaze na ovakvom mestu, nezavisno od činjenice da li su zaraženi bolešću. Ona se izjavljuje pred sudijom ili opštinskim službenikom u prisustvu dva zaveštajna svedoka. Sačinjavanje zaveštanje pred spomenutim ovlašćenim licima, moguće je i na ostrvu koje pripada francuskoj teritoriji gde nema javnog beležnika, niti mogućnost komunikacije sa kontinentalnim delom.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> Zakonodavstvo Francuske, pored redovnih, pravno uređuje još samo vanredne oblike zaveštanja. Naime, Građanski zakonik Francuske (dalje: GZ Francuske) iz 1804. godine (Internet, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>) ne reguliše usmeno, kao izuzetnu formu zaveštanja.

<sup>72</sup> Videti: čl. 981, st. 1 u vezi sa čl. 93, st. 2 GZ Francuske.

<sup>73</sup> Videti: čl. 981, st. 1 i 3 GZ Francuske.

<sup>74</sup> Videti: čl. 982 GZ Francuske.

<sup>75</sup> Videti: čl. 985-986 GZ Francuske.

Naposletku, pomorsko zaveštanje može se sačiniti na brodu, tokom plovidbe ili prilikom zaustavljanja u luci, kada je komunikacija sa kopnom onemogućena. Ono se može sačiniti i u slučaju kada se brod nalazi u stranoj luci u kojoj ne postoji diplomatsko-konzularni predstavnik koji vrši funkcije javnog beležnika. Lice koje se nalazi na državnom brodu, u napred navedenim slučajevima, može izjaviti svoju poslednju volju pred administrativnim oficirom ili u njegovom odsustvu pred komandantom, odnosno nekim drugim licem koje vrši njegove dužnosti i to u prisustvu dva zaveštajna svedoka. Na ostalim brodovima, izjava poslednje volje daje se pred kapetanom ili mornarima koji imaju određena ovlašćenja na brodu (masterima i skiperima) ili u njihovom odsustvu, od strane nekog drugog lica koje vrši njihove dužnosti.<sup>76 77</sup>

Sam postupak sačinjavanja spomenutih vanrednih oblika zaveštanja odgovara načinu na koji se sačinjava i javnobeležničko, kao redovna forma zaveštanja, predstavljajući zapravo njegovu prilagođenu verziju.<sup>78</sup> U tom smislu, o izjavljenoj poslednjoj volji zaveštaoca, ovlašćeno lice sačinjava pismenu ispravu, koja mu mora biti pročitana, te potpisana od strane zaveštaoca, ovlašćenog lica i svedoka. Ako zaveštalac izjavi da ne ume ili da nije u stanju da se potpiše, o ovome mora biti učinjena napomena u zaveštanju, uz navođenje razloga zbog kojeg je sprečen u tome. U slučaju kada je za sačinjavanje zaveštanja potrebno prisustvo dva svedoka, dozvoljeno je i da se samo jedan od njih potpiše, s tim što i ovome mora biti učinjena napomena u zaveštanju, uz navođenje razloga zbog kojeg je jedan od svedoka u tome onemogućen.<sup>79</sup>

U cilju njihovog adekvatnog čuvanja, Građanski zakonik Francuske, posebnu pažnju posvećuje načinu postupanja sa sačinjenim vojnim i brodskim zaveštanjem. Tako je njime propisano da ona moraju biti sačinjena u dva primerka, te da se, ukoliko zdravstveno stanje zaveštaoca to onemogućava, mora sačiniti prepis originalnog

---

<sup>76</sup> Videti: čl. 988, st. 1 GZ Francuske.

<sup>77</sup> U delu u kojem su sadržana posebna pravila u pogledu vanrednih oblika zaveštanja, GZ Francuske reguliše i moguće forme zaveštajnih raspolaganja državljana Francuske kada se nalaze u inostranstvu. Videti: čl. 999 GZ Francuske.

<sup>78</sup> GZ Francuske propisuje da se zaveštaocu koji svoju poslednju volju u redovnim okolnostima izjavljuje u javnoj formi (*la testament authentique*), zaveštanje sastavlja u prisustvu dva javna beležnika ili jednog javnog beležnika, u kom slučaju je potrebno i prisustvo dva zaveštajna svedoka. Ukoliko se zaveštanje izjavljuje u prisustvu dva javna beležnika, jedan od njih ga po diktatu zaveštaoca beleži ili daje da se zaveštanje zabeleži rukom ili mehaničkim putem. I u slučaju kada se zaveštanje izjavljuje pred jednim javnim beležnikom, zaveštalac ga mora diktirati javnom beležniku, koji ga sam beleži ili daje da se on zabeleži rukom ili mehaničkim putem. U oba slučaja, nakon što je zaveštanje sačinjeno, ono mora biti pročitano zaveštaocu. Zaveštanje mora biti potpisano od strane zaveštaoca u prisustvu javnog beležnika i svedoka. Ukoliko zaveštalac izjavi da ne ume ili ne može da se potpiše, javni beležnik će zabeležiti njegovu ličnu i izričitu izjavu o tome, kao i uzrok zbog kojeg je sprečen da potpiše zaveštanje. Zaveštanje moraju potpisati i svedoci i javni beležnik. Videti: čl. 971 i član 972, stav 1-3, kao i čl. 973-974 GZ Francuske.

<sup>79</sup> Videti: čl. 996-998 GZ Francuske.

primerka zaveštanja.<sup>80</sup> Ukoliko je reč o vojnom zaveštanju, u momentu kada se steknu uslovi za to, oba primerka originala zaveštanja, odnosno original i prepis, u zatvorenoj i zapečaćenoj koverti, odvojeno i preko različitih kurira, moraju biti dostavljeni Ministarstvu odbrane ili pomorstva, koje ih dalje prosleđuje javnom beležniku kojeg je naveo zaveštalac, a ako on to nije učinio, predsedniku javnobeležničke komore prema mestu poslednjeg prebivališta zaveštaoca.<sup>81</sup> U slučaju pomorskog zaveštanja, prilikom prvog zaustavljanja broda u stranoj luci u kojoj postoji diplomatsko-konzularno predstavništvo Francuske, jedan primerak originala zaveštanja ili prepis, u zatvorenoj ili zapečaćenoj koverti mora biti dostavljen diplomatsko-konzularnom predstavniku, koje će ga proslediti Ministarstvu pomorstva. Po dolasku broda u francusku luku, oba primerka originala zaveštanja ili original i prepis, u zatvorenoj i zapečaćenoj koverti, odvojeno i preko različitih kurira, moraju biti dostavljeni Ministarstvu pomorstva. U oba slučaja, ono ih dalje prosleđuje javnom beležniku kojeg je naveo zaveštalac, a ako on to nije učinio, predsedniku javnobeležničke komore prema mestu poslednjeg prebivališta zaveštaoca.<sup>82</sup>

Važenje svih spomenutih vanrednih oblika zaveštanja je vremenski ograničeno. Tako, vojno i pomorsko zaveštanje prestaju da važe istekom roka od šest meseci od momenta kada se zaveštalac nađe u mestu gde može da sačini neku od redovnih formi zaveštanja, iz čega jasno proizilazi da njihovo sačinjavanje nije moguće, ukoliko je moguće korišćenje nekog od redovnih oblika zaveštanja. Ukoliko se u toku trajanja ovog roka, zaveštalac ponovo nađe u nekoj od napred navedenih situacija u kojima može sačiniti ova zaveštanja, tada se njihova važnost produžuje za sve vreme trajanja novonastale situacije, kao i šest meseci po njenom prestanku.<sup>83</sup> Zaveštanje sačinjeno u izolaciji prestaje da važi istekom roka od šest meseci nakon što je došlo do uspostavljanja komunikacije sa mestom gde je zaveštanje sačinjeno ili nakon zaveštaočevo odlaska u mesto sa kojim do prekida komunikacije nije došlo.<sup>84</sup>

### 2.1.3.2. Vanredni oblici zaveštanja u pravu Italije

Kao vanredni oblici zaveštanja, u pravu Italije, uređeni su: zaveštanje koje se sačinjava u slučaju zaraznih bolesti, javnih nepogoda ili nesreća, brodsko, vojno, kao i zaveštanje koje se sačinjava u avionu.<sup>85</sup> Ova zaveštanja svrstavaju se

<sup>80</sup> Videti: čl. 983, st. 1-2 i čl. 990 GZ Francuske.

<sup>81</sup> Videti: čl. 983, st. 3 GZ Francuske.

<sup>82</sup> Videti: čl. 991-992 GZ Francuske.

<sup>83</sup> Videti: čl. 984 i čl. 994 GZ Francuske.

<sup>84</sup> Videti: čl. 987 GZ Francuske. O postupku sačinjavanja navedenih privilegovanih oblika zaveštanja, opširnije videti: F. Terré, Y. Lequette, *Droit civil, les successions, les libéralités*, Paris, 1997, str. 317-318.

<sup>85</sup> U zakonodavstvu Italije, kao što je to slučaj i u Francuskoj, usmeno zaveštanje, kao izuzetan oblik, nije pravno regulisano. Naime, Građanski zakonik Italije (dalje: GZ Italije) iz 1942. godine

u javne oblike, pri čemu je svako od njih regulisano ponaosob, s tim što su određene formalnosti koje moraju biti ispoštovane prilikom njihovog sačinjavanja iste.

Kada je reč o prvom navedenom zaveštanju, Građanskim zakonikom Italije propisano je da se zaveštalcem njime može koristiti u slučaju kada ne može koristiti redovne forme zaveštanja, zbog toga što se nalazi na mestu gde postoje spomenute okolnosti (zarazne bolesti, javna nepogoda ili nesreća). U ovom slučaju, on svoju poslednju volju može saopštiti pred javnim beležnikom,<sup>86</sup> sudijom ili posrednikom u mestu, gradonačelnikom, odnosno njegovim zamenikom ili ministrom, a u prisustvu dva zaveštajna svedoka koji su napunili 16 godina, o čemu se sačinjava pismena isprava koju potpisuju ovlašćeno lice, zaveštalcem i svedoci. Ukoliko zaveštalcem ili svedoci nisu u stanju da se potpišu, razlog za to mora biti naveden u zaveštanju.<sup>87</sup> U pitanju je pojednostavljena verzija javnog zaveštanja koje se sačinjava u redovnim okolnostima, s obzirom na mogućnost nepotpisivanja od strane zaveštaoca i svedoka, kao i s obzirom na činjenicu da zaveštajni svedoci mogu biti čak i maloletna lica.<sup>88</sup>

Za razliku od prethodno spomenutog, Građanski zakonik Italije sačinjavanje broskog, kao i zaveštanja koje se sačinjava u avionu, ne uslovljava nemogućnošću zaveštaoca da koristi redovni oblik izjave poslednje volje. Ipak, stav doktrine je da samo prisustvo na brodu, odnosno u avionu, nije dovoljno da omogući korišćenje ovog oblika zaveštanja. Drugim rečima, pored toga, neophodno je da je redovnu formu zaveštanja teško ili nemoguće upotrebiti.<sup>89</sup> Lica koja se nalaze na brodu ili u avionu, svoju poslednju volju izjavljuju pred komandantom broda, odnosno aviona, u prisustvu dva zaveštajna svedoka, s tim što je prilikom sačinjavanja zaveštanja u avionu, dovoljno i prisustvo jednog svedoka.<sup>90</sup> Pismeno zasvedočena isprava od strane spomenutog ovlašćenog lica sastavlja se u dva originalna primerka, koju potpisuju ovlašćeno lice, zaveštalcem i svedoci. Ukoliko

---

(Internet, [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codeciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codeciv/Codciv.htm)), uređuje samo redovne i vanredne oblike zaveštanja.

<sup>86</sup> GZ Italije predviđa da zaveštaocu koji u redovnim okolnostima svoju poslednju volju izjavljuje u javnoj formi, zaveštanje prema njegovom kazivanju sastavlja javni beležnik u prisustvu dva punoletna zaveštajna svedoka. Sačinjenu pismenu ispravu o zaveštanju, javni beležnik je dužan da pročita zaveštaocu u prisustvu svedoka. Nakon potvrđivanja od strane zaveštaoca, zaveštanje mora biti potpisano od strane zaveštaoca, svedoka, kao i javnog beležnika. Videti: čl. 603 GZ Italije.

<sup>87</sup> Videti: čl. 609 GZ Italije.

<sup>88</sup> U doktrini se kao primeri okolnosti u kojima je moguće sačinjavanje ovog oblika zaveštanja navode slučajevi izbijanja epidemije, momentalno odvijanje katastrofalnog događaja, kao što je zemljotres, te situacija kada je zaveštalcem bio žrtva nesreće koja je dovela do ozbiljnih povreda ili opasnosti po život. Videti: A. Braun, *Testamentary Formalities in Italy*. U: K. Reid, M. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2011, str. 135.

<sup>89</sup> Videti: A. Braun, op. cit., str. 135.

<sup>90</sup> Videti: čl. 611, st. 1, čl. 612, st. 1 i čl. 616, st. 1-2 GZ Italije.

zaveštalcu ili svedoci nisu u stanju da se potpišu, razlog za to mora biti naveden u zaveštanju.<sup>91</sup>

Naposletku, vojno zaveštanje mogu sačiniti pripadnici vojnih snaga koji učestvuju u ratu, nalaze se u ratnoj zoni ili su zarobljeni, te kada su raspoređeni izvan svoje zemlje ili u mestu gde je prekinuta komunikacija.<sup>92</sup> Imajući u vidu spomenute okolnosti u kojima se može sačiniti, u doktrini je iznet stav prema kojem je korišćenje forme vojnog zaveštanja, takođe uslovljeno nemogućnošću zaveštaoca da upotrebi neki od redovnih oblika zaveštanja, iako to u Građanskom zakoniku Italije nije eksplicitno spomenuto.<sup>93</sup> U navedenim okolnostima, poslednja volja može se izjaviti pred vojnim zvaničnikom ili sveštenikom, kao i službenikom Crvenog krsta. O tome se sačinjava pismena isprava koju potpisuje neko od spomenutih ovlašćenih lica, zaveštalcu i svedoci, pri čemu ukoliko zaveštalcu ili svedoci nisu u stanju da se potpišu, razlog za to mora biti naveden u zaveštanju.<sup>94</sup>

Građanski zakonik Italije sadrži i posebna pravila kojima je regulisan način postupanja sa sastavljenim brodskim i vojnim zaveštanjem. U tom smislu, njime je propisano da se brodsko zaveštanje zadržava među dokumentima broda, pri čemu se o njemu stavlja zabeleška u dnevniku broda ili knjizi moreplovstva, kao i među listom posade, dok se u pogledu zaveštanja sačinjenog u avionu stavlja zabeleška u dnevniku putovanja.<sup>95</sup> Ukoliko brod dospeva u stranu luku, komandant broda je dužan da ovlašćenim konzularnim vlastima dostavi jedan primerak originala zaveštanja, kao i jednu kopiju zabeleške učinjene u dnevniku broda ili knjizi moreplovstva, kao i među listom posade, a ukoliko stiže u zemlju, oba primerka originala zaveštanja zajedno sa kopijom učinjenih zabeleški i to ovlašćenom lokalnom pomorskom organu.<sup>96</sup> Oni su dužni da sačine zapisnik o dostavljanju zaveštanja, te da ga zajedno sa dokumentima koje su primili dostave Ministarstvu odbrane ili Ministarstvu pomorstva, koja primerak originala zaveštanja zadržavaju u svojoj arhivi, a sva ostala dokumenta prosleđuju javnom beležniku prema mestu poslednjeg prebivališta ili boravišta zaveštaoca.<sup>97</sup> Spomenuta pravila primenjuju se i u pogledu zaveštanja koje se sačinjava u avionu, s tim što ovlašćenja koja imaju pomorske vlasti, u ovom slučaju pripadaju vazduhoplovnim vlastima.<sup>98</sup> Kada je reč o sačinjenom vojnom zaveštanju, ono neodložno mora biti poslato nadležnom Ministarstvu, koje će narediti njegovo deponovanje u javno-beležničkoj arhivi prema mestu poslednjeg prebivališta ili boravišta zaveštaoca.<sup>99</sup>

<sup>91</sup> Videti: čl. 612, st. 1 Italije.

<sup>92</sup> Videti: čl. 618, st. 1 GZ Italije.

<sup>93</sup> Videti: A. Braun, op. cit., str. 136.

<sup>94</sup> Videti: čl. 617, st. 1 GZ Italije.

<sup>95</sup> Videti: čl. 612, st. 2 i čl. 616, st. 4 GZ Italije.

<sup>96</sup> Videti: čl. 613, st. 1-2 GZ Italije.

<sup>97</sup> Videti: čl. 614 GZ Italije.

<sup>98</sup> Videti: čl. 616, st. 3 GZ Italije.

<sup>99</sup> Videti: čl. 617, st. 2 GZ Italije.



S obzirom na specifične okolnosti u kojima se sačinjavaju, sva spomenuta zaveštanja su ograničenog važenja. Zaveštanje koje je sačinjeno u slučaju zaraznih bolesti, javnih nepogoda ili nesreća, prestaje da važi istekom roka od tri meseca od prestanka razloga koji je zaveštaoca sprečio da koristi neki od redovnih oblika zaveštanja.<sup>100</sup> Brodsko, zaveštanje sačinjeno u avionu, kao i vojno zaveštanje prestaju da važe, takođe, istekom roka od tri meseca, koji u ovom slučaju počinje da teče od momenta kada se zaveštalac nađe u mestu u kojem može da sačini neki od redovnih oblika zaveštanja.<sup>101</sup>

### 2.1.3.3. Vanredni oblici zaveštanja u pravu Španije

Građanski zakonik Španije, od vanrednih oblika zaveštanja, pravno normira: vojno i pomorsko zaveštanje.<sup>102</sup>

Vojno zaveštanje se može sačiniti za vreme rata i vojnih pohoda od strane vojnika, volontera, taoca, zarobljenika, kao i drugih lica angažovanih u vojsci, pred ovlašćenim licem koje ima najmanje čin kapetana.<sup>103</sup> Ukoliko je zaveštalac bolestan ili povređen, poslednja volja može se izjaviti i pred bolničkim sveštenikom ili licem koje mu pomaže.<sup>104</sup> U spomenutim okolnostima, vojno zaveštanje može se sačiniti u otvorenoj formi, kao vrsti javnog zaveštanja koje se u redovnim okolnostima sačinjava pred javnim beležnikom, s tim što je, za razliku od njega, prilikom sačinjavanja vojnog zaveštanja uvek neophodno učešće dva zaveštajna svedoka.<sup>105</sup> <sup>106</sup> Međutim, vojno zaveštanje može se sačiniti i u zatvorenoj formi

---

<sup>100</sup> Videti: čl. 610, st. 1 GZ Italije.

<sup>101</sup> Videti: čl. 615 i čl. 618, st. 2 GZ Italije.

<sup>102</sup> Videti: čl. 677 Građanskog zakonika Španije (dalje: GZ Španije) iz 1889. godine (Internet, <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/indexcc.htm>). Pored vojnog i pomorskog, GZ Španije, u delu u kojem su regulisani spomenuti specijalni oblici zaveštanja, reguliše i moguće oblike zaveštajnih raspolaganja državljana Španije kada se nalaze u inostranstvu. Videti: čl. 732-734 GZ Španije.

<sup>103</sup> Videti: čl. 716, st. 1 GZ Španije. Doktrina je stava da se navedena odredba u praksi tumači šire, te da je sačinjavanje vojnog zaveštanja moguće i u odsustvu formalne deklaracije rata, pa i u okviru vojnih misija za humanitarnu pomoć. Videti: S. C. Lapuente, *Testamentary Formalities in Spain*. U: K. Reid, M. De Waal, R. Zimmermann (Eds), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2011, str. 86.

<sup>104</sup> Videti: čl. 716, st. 3 GZ Španije.

<sup>105</sup> Videti: čl. 716, st. 5 GZ Španije.

<sup>106</sup> Prema GZ Španije, otvoreno javno zaveštanje se u redovnim okolnostima sačinjava pred javnim beležnikom i to na osnovu usmenog kazivanja zaveštaoca ili njegovog već unapred sačinjenog pismena. Prilikom njegovog sačinjavanja, prisustvo dva zaveštajna svedoka potrebno je samo u posebnim situacijama. Nakon što izjavi svoju poslednju volju na jedan od prethodno iznetih načina, javni beležnik će sačiniti pismenu ispravu o tome, te zaveštaocu pročitati naglas zaveštanje kako bi utvrdio da li je ono u skladu sa njegovim pravim namerama, upozoravajući ga pritom na njegovo pravo da ga i sam pročita. Nakon toga, zaveštanje će biti potpisano od strane zaveštaoca, zaveštajnih svedoka, te drugih lica u situacijama kada je njihovo učešće potrebno



pred ratnim komesarom, koji će u ovom slučaju obavljati dužnosti javnog beležnika, shodno odgovarajućim odredbama Građanskog zakonika Španije kojima je regulisana ova vrsta javnog zaveštanja u redovnim okolnostima. Kao što je to slučaj i prilikom sačinjavanja otvorene forme vojnog zaveštanja, u ovom slučaju, takođe je obavezno učešće dva zaveštajna svedoka.<sup>107 108</sup> Naposljetku, u toku bitke, napada, borbe, te uopšte, u slučaju postojanja neposredne opasnosti od ratnih delovanja, vojno zaveštanje se može sačiniti i usmenim izjavljivanjem volje pred dva zaveštajna svedoka.<sup>109</sup>

Pomorsko zaveštanje, takođe se može sačiniti u otvorenoj ili zatvorenoj formi, od strane lica koja se nalaze na brodu. Ako je u pitanju ratni brod, ono se izjavljuje pred blagajnikom, odnosno računovođom ili nekim drugim licem koje vrši njegove dužnosti, u prisustvu dva zaveštajna svedoka koji mogu da vide i razumeju zaveštaoca, uz odobrenje komandanta broda ili lica koje postupa umesto njega. Ako je u pitanju trgovački brod, ono se izjavljuje pred kapetanom broda ili licem koje postupa umesto njega, takođe u prisustvu dva zaveštajna svedo-

---

prilikom sačinjavanja zaveštanja, kao i javnog beležnika. Ukoliko zaveštalac izjavi da ne zna ili da nije u stanju da se potpiše, ono će biti potpisano od strane jednog od dva prisutna zaveštajna svedoka (čije je prisustvo u ovom slučaju obavezno), a na zahtev zaveštaoca. Detaljno o postupku sačinjavanja otvorenog javnog zaveštanja u redovnim okolnostima, videti: čl. 694-699 GZ Španije.

<sup>107</sup> Videti: čl. 717 i čl. 721 GZ Španije.

<sup>108</sup> Prema GZ Španije, zatvoreno javno zaveštanje se u redovnim okolnostima sačinjava u pisanoj formi (bilo od strane zaveštaoca svojeručno ili putem mehaničkih sredstava, bilo od strane nekog drugog lica a na zahtev zaveštaoca). Ono mora biti potpisano od strane zaveštaoca na kraju teksta zaveštanja, ukoliko ga je on sačinio svojeručno, odnosno, kako na svakoj strani, tako i na kraju teksta zaveštanja, ukoliko je sačinjeno putem mehaničkih sredstava ili od strane nekog drugog lica. Ukoliko zaveštalac ne ume ili nije u stanju da ga potpiše, na njegov zahtev, zaveštanje će biti potpisano od strane nekog drugog lica, na svakoj strani, kao i na kraju teksta, uz naznačavanje uzroka ove nemogućnosti. Zaveštanje se stavlja u zatvorenu i zapečaćenu kovertu ili se zatvara i pečati pred javnim beležnikom, pred kojim je zaveštalac u obavezi da potvrdi da je u njoj sadržana njegova poslednja volja, izjavljujući da li je zaveštanje napisao on ili neko drugo lice ili je to učinjeno mehaničkim sredstvom, te na koji je od prethodno spomenutih načina zaveštanje potpisano. Javni beležnik na samoj koverti u kojoj je sadržano zaveštanje stavlja odgovarajuću potvrdu o sačinjenju zaveštanja, koja mora biti potpisana od strane zaveštaoca koji je to u stanju da učini, zaveštajnih svedoka kada je njihovo učešće potrebno prilikom sačinjavanja zaveštanja, kao i od strane javnog beležnika. Ukoliko zaveštalac izjavi da ne zna ili da nije u stanju da se potpiše, na njegov zahtev potpisao ga jedan od dva zaveštajna svedoka, koji u ovom slučaju moraju biti prisutni prilikom sačinjavanja zaveštanja. Detaljno o postupku sačinjavanja zatvorenog javnog zaveštanja, videti čl. 706-715 GZ Španije.

<sup>109</sup> Videti: čl. 720, st. 1 Španije. Usmeno zaveštanje u pravu ove zemlje nije normirano kao poseban oblik izjave poslednje volje, s tim što je sačinjavanje zaveštanja usmenim putem, ipak dozvoljeno. Naime, GZ Španije propisuje da zaveštalac, bilo usmenom izjavom, bilo u pisanom obliku, poslednju volju može izjaviti i u izuzetnim okolnostima, a one se odnose na neposrednu smrtnu opasnost ili stanje epidemije. U slučaju neposredne smrtno opasnosti, neophodno je istovremeno prisustvo pet svedoka, starijih od 18 godina, dok je u slučaju stanja epidemije potrebno istovremeno prisustvo tri svedoka, starijih od 16 godina. Videti: čl. 700-701 GZ Španije.

ka. U oba slučaja, svedoci se biraju iz reda putnika, ukoliko ih ima, pri čemu jedan od njih mora biti u stanju da se potpiše, što će biti dužan da učini i za sebe i za zaveštaoca, ako zaveštalcu ne zna ili nije u stanju da se potpiše.<sup>110</sup> Poput vojnog zaveštanja, pomorsko zaveštanje takođe može biti sačinjeno i usmenom izjavom volje pred dva zaveštajna svedoka, kako od strane posade, tako i od strane putnika ratnih i trgovačkih brodova, a u slučaju opasnosti od brodoloma.<sup>111</sup>

Kao što je to slučaj i u ostalim zakonodavstvima zemalja romanske pravne tradicije, tako i Građanski zakonik Španije naročitu pažnju posvećuje čuvanju vojnog i pomorskog zaveštanja. Tako je njime predviđeno da nezavisno od toga da li je sačinjeno u otvorenoj ili zatvorenoj formi, vojno zaveštanje u najkraćem mogućem roku mora biti dostavljeno Ministarstvu odbrane, koje će ga ukoliko je zaveštalcu preminuo proslediti javnom beležniku prema mestu njegovog poslednjeg prebivališta.<sup>112</sup> Ukoliko je vojno zaveštanje sačinjeno usmenom izjavom volje, zaveštajni svedoci su u obavezi da o tome obaveste ratnog revizora ili službenika Ministarstva pravde pri vojsci, nakon čega se sa ovako sačinjenim zaveštanjem postupa, kao i u slučaju kada se radi o vojnom zaveštanju sačinjenom u otvorenoj ili zatvorenoj formi.<sup>113</sup> Kada je reč o pomorskom zaveštanju koje je sačinjeno na otvorenom moru i u otvorenoj formi, Građanski zakonik Španije propisuje obavezu njegovog čuvanja od strane komandanta, odnosno kapetana broda, uz zabelešku njegovog postojanja u dnevniku broda, koja mora biti učinjena i pogledu sačinjenog zatvorenog zaveštanja.<sup>114</sup> Ukoliko brod dospeva u stranu luku, komandant, odnosno kapetan broda će diplomatsko-konzularnom predstavništvu dostaviti kopiju zaveštanja sačinjenog u otvorenoj formi, odnosno potvrde o zaveštanju sačinjenom u zatvorenoj formi, kao i zabelešku učinjenu u dnevniku broda. Ono će zatvoriti i zapečatiti spomenute kopije, te će iste zajedno sa zabeleškom učinjenom u dnevniku broda proslediti Ministarstvu pomorstva radi deponovanja u njegovoj arhivi.<sup>115</sup> U slučaju kada brod stiže u prvu domaću luku, komandant, odnosno kapetan broda će lokalnom pomorskom organu vlasti dostaviti zatvoren i zapečaćen original zaveštanja zajedno sa kopijom zabeleške učinjene u dnevniku broda, a ako je zaveštalcu umro i potvrdio o smrti, što će on bez odlaganja proslediti Ministarstvu pomorstva.<sup>116</sup> Ukoliko je zaveštalcu umro, a sačinio je pomorsko zaveštanje u otvorenoj formi, Ministarstvo pomorstva će ga proslediti javnom beležniku prema mestu njegovog poslednjeg prebivališta.<sup>117</sup> Ukoliko je

---

<sup>110</sup> Videti: čl. 722, st. 1-4 GZ Španije.

<sup>111</sup> Videti: čl. 731 u vezi sa čl. 720, st. 1 GZ Španije i napomenu 109.

<sup>112</sup> Videti: čl. 718 GZ Španije.

<sup>113</sup> Videti: čl. 720, st. 3 u vezi sa čl. 718 GZ Španije.

<sup>114</sup> Videti: čl. 724 GZ Španije.

<sup>115</sup> Videti: čl. 725, st. 1 i 3 GZ Španije.

<sup>116</sup> Videti: čl. 726 GZ Španije.

<sup>117</sup> Videti: čl. 727 u vezi sa čl. 718 Španije.

zaveštalac koji je umro u toku putovanja, imao kod sebe u momentu smrti sačinjeno pomorsko zaveštanje u zatvorenoj formi, komandant, odnosno kapetan broda imaju obavezu da ga čuvaju i stave o tome zabelešku u dnevniku, kao i da ga dostave lokalnom pomorskom organu vlasti, na način i za potrebe, kako je to inače predviđeno u situaciji kada brod stiže u prvu domaću luku.<sup>118</sup>

Spomenuta vanredna zaveštanja su ograničenog vremenskog važenja. Tako, vojno zaveštanje prestaje da važi istekom roka od četiri meseca od momenta kada je zaveštalac prestao da učestvuje u vojnom pohodu,<sup>119</sup> dok pomorsko zaveštanje prestaje da važi istekom roka od četiri meseca od momenta od kada se lice koje ga je sačinilo, nađe u mestu gde je u mogućnosti da sačini neki od redovnih oblika zaveštanja.<sup>120</sup>

#### *2.1.4. Vanredni (privilegovani) oblik zaveštanja u pravu Engleske*

Mogućnost sačinjavanja privilegovanog vojnog zaveštanja, prihvaćena je i u pravu Engleske. Naime, Wills Act iz 1837. godine predviđa da se zaveštanje u redovnim okolnostima može sačiniti isključivo u pisanoj formi.<sup>121</sup> Izuzetak od toga ogleda se u mogućnosti sačinjavanja zaveštanja od strane vojnika koji se nalaze u aktivnoj vojnoj službi. Pod njima se podrazumevaju i pripadnici ratnog vazduhoplovstva, kao i mornari, odnosno pomorci kada se nalaze na moru, a naposljetku i bilo koji članovi kraljevskih morskih, odnosno pomorskih snaga, ne samo kada se nalaze na moru, već i onda kada bi se, da su sticajem okolnosti bili vojnici, nalazili u aktivnoj vojnoj službi.<sup>122</sup> Spomenuta lica mogu sačiniti zaveštanje na bilo koji način, odnosno u bilo kojoj formi.<sup>123</sup>

## ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

U značajnom broju evropskih zakonodavstava, vanredni oblici zaveštanja predstavljaju pravno dozvoljeni način realizacije slobode zaveštanja. Opravdanost njihovog postojanja u sistemu zaveštajnih oblika, proizilazi iz činjenice da redovna zaveštanja, s obzirom na organe pred kojima se sačinjavaju, formu i uslove za

<sup>118</sup> Videti: čl. 729 GZ Španije.

<sup>119</sup> Videti: čl. 719 GZ Španije.

<sup>120</sup> Videti: čl. 730 GZ Španije.

<sup>121</sup> Videti: s. 9 Wills Act iz 1837. godine (Internet, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Wil-14and1Vict/7/26/contents>).

<sup>122</sup> Videti: s. 11 Wills Act u vezi sa Wills (Soldiers and Sailors) Act iz 1918. godine (Internet, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/7-8/58/section/5>). Explanation of s. II of 7 Will. 4 & 1 Vict. c. 26), (Extension of s. II of Wills Act, 1837); (Short title and interpretation).

<sup>123</sup> O navedenom privilegovanom obliku zaveštanja, videti: Parry, D.H., Clark, J.B., The law of succession, London: Sweet and Maxwell, 1996, str. 87-89.

punovažnost, u određenim životnim okolnostima za posledicu mogu da imaju nemogućnost sačinjavanja punovažnog zaveštanja. Osim toga, nesumnjivo je da se normiranjem posebne mogućnosti raspolaganja zaostavštinom za slučaj smrti u vanrednim okolnostima, potencijalnim zaveštaocima pružaju dodatne garancije za realizaciju slobode zaveštanja.

Uporednopravna analiza zakonskih rešenja posvećenih vanrednim oblicima zaveštanjima, ukazala je na određena zajednička rešenja i osnovne principe kojima se savremena prava Evrope rukovode prilikom njihovog normativnog uobličenja. U tom smislu, jedna od opšteprihvaćenih karakteristika zakonske regulative vanrednih oblika zaveštanja, ogleda se u tome da je za njihovo sastavljanje nadležan organ, odnosno lice kome to ne spada u redovna ovlašćenja, već predstavlja njegovu uzgrednu dužnost. Ona je najizraženija u pravu Rusije, koje ovlašćuje izrazito širok krug lica koja mogu da vrše potvrđivanje zaveštanja u ulozi javnog beležnika. Osim toga, mogućnost korišćenja vanrednih oblika zaveštanja, uvek je uslovljena postojanjem posebnih životnih okolnosti u kojima se nalaze potencijalni zaveštaoci. U svim pravima koja su predstavljala deo komparativnog prikaza, spomenute okolnosti odnose se na ratno stanje, mobilizaciju, vojnu operaciju ili kakvu drugu sličnu okolnost, a u najvećem broju njih i na putovanje brodom (Srbija, Slovenija, Crna Gora, FBiH, Rusija, Poljska, Češka, Francuska, Italija, Španija, Engleska). U nekim pravima, one se odnose i na putovanje avionom (FBiH, Češka, Poljska, Italija, Engleska), boravak u zdravstvenoj ili zatvorskoj ustanovi i učešće u određenim naučnim i sličnim ekspedicijama (Rusija), kao i na postojanje zaraznih bolesti (Francuska) ili zaraznih bolesti, javnih nepogoda i nesreća (Italija). Naposletku, u pojedinim od njih, kao što je to slučaj u Češkoj, ove okolnosti definisane su na jedan širi način, s obzirom na to da je u ovoj zemlji sačinjavanje vanrednog zaveštanja, između ostalog, prihvaćeno i u slučaju postojanja opravdane bojazni od smrti pre nastupanja mogućnosti upotrebe javnog redovnog oblika zaveštanja.

U pogledu ostalih relevantnih aspekata zakonske regulative vanrednih zaveštanja, pre svega onih koji se odnose na postupak njihovog sačinjavanja, kao i vremensko važenje ovih oblika zaveštanja, već se mogu uočiti razlike, kao i specifičnosti u pojedinim zakonodavstvima. Međutim, i u pogledu načina normiranja ovih pitanja, prisutno je postojanje određenih zakonomernosti. U tom smislu, uporednopravna analiza zakonskih rešenja kojima je regulisan postupak sačinjavanja vanrednih zaveštanja, pokazala je da zahtevi forme u ovom pogledu, po pravilu, odgovaraju onim formalnim uslovima koji moraju biti ispunjeni i prilikom sačinjavanja javnog zaveštanja u redovnim okolnostima. Ipak, u određenom broju prava, uočljiva je tendencija ublažavanja ove forme. Ona prozilazi iz pojedinih zakonskih rešenja kojima je propisana mogućnost nepotpisivanja zaveštanja od strane zaveštaoca, oba ili eventualno jednog od zaveštajnih svedoka, te prema kojima je sačinjavanje vanrednih zaveštanja dopušteno pred licima koja se u re-

dovnim okolnostima ne mogu pojaviti u svojstvu zaveštajnih svedoka, a ponekad i iz zahteva za učešćem manjeg broja zaveštajnih svedoka prilikom njihovog sačinjavanja. Spomenuta tendencija izražena je i u pravima u kojima se vanredno zaveštanje, po pravilu sačinjava u javnoj formi, pri čemu se alternativno može sačiniti i u usmenoj formi, u slučaju kada vanredne okolnosti dobiju karakter okolnosti koje predstavljaju neposrednu opasnost po život zaveštaoca ili čak i nezavisno od toga, uz istovremeno ublažavanje formalnih uslova punovažnosti usmenog zaveštanja u ovakvim okolnostima (Poljska, Španija). Uporednopravno posmatrano, nisu nepoznata ni rešenja prema kojima se privilegovano vojno zaveštanje može sačiniti u bilo kojoj formi (Engleska).

Naposletku, vremensko važenje vanrednih oblika zaveštanja, imajući u vidu njihovu prirodu, odnosno, okolnosti u kojima ih je moguće sačiniti, nije neograničeno, od čega izuzetak predstavljaju samo prava Rusije i Engleske. U svim ostalim zakonodavstvima, bez obzira na razlike u pogledu načina regulisanja ovog pitanja, pravilo je da su rokovi u kojima vanredna zaveštanja važe relativno kratki, s tim što se početak njihovog toka vezuje za različite okolnosti. U zavisnosti od zakonodavstva, te konkretnog vanrednog zaveštanja, one podrazumevaju ili momenat njihovog sačinjavanja (Češka) ili momenat prestanka situacije, odnosno razloga koji su usloveli njihovo sačinjavanje (Srbija, Slovenija, Makedonija, Crna Gora, FBiH, Poljska, Francuska, Italija, Španija). U pojedinim pravima, početak vremenskog važenja nekih vanrednih zaveštanja, vezuje se za momenat sticanja mogućnosti sačinjavanja redovnih formi zaveštanja, što po pravilu predstavlja slučaj u onim zakonodavstvima u kojima je njihovo korišćenje i uslovljeno nemogućnošću raspolaganja u nekom od redovnih zaveštajnih oblika (Francuska, Italija i Španija).

Regulativa vojnog i brodskog zaveštanja, kao vanrednih oblika zaveštanja u pravu Srbije, u pogledu najvećeg broja zakonskih solucija, u skladu je sa savremenim tendencijama, odnosno rešenjima prihvaćenim i u većini ostalih pravnih poredaka Evrope. Iako se opravdanost njihovog postojanja u domaćem zakonodavstvu, u delu doktrine dovodi u pitanje, s obzirom na to da se spomenuti oblici zaveštanja u domaćoj praksi gotovo uopšte ne sačinjavaju,<sup>124</sup> te imajući u vidu i činjenicu da domaće pravo poznaje usmeno zaveštanje koje se može sačiniti u izuzetnim okolnostima,<sup>125</sup> mišljenja smo da navedeni oblici zaveštanja i dalje treba da budu pravno regulisani. Normiranjem posebne mogućnosti raspolaganja zaostavštinom za slučaj smrti putem vanrednih oblika zaveštanja, dodatno se afirmiše sloboda zaveštajnog raspolaganja, čija realizacija, pritom, pruža visok stepen pravne sigurnosti u pogledu autentičnosti poslednje volje. Međutim, čini

<sup>124</sup> Videti: N. Stojanović, op. cit., str. 224-225.

<sup>125</sup> Videti: S. Marković, Međunarodni testament, Zbornik radova Pravnog fakultet u Nišu, br. 20/1980, str. 117.

nam se da bi u budućoj kodifikaciji građanskog prava, bilo korisno izvršiti izvesne korekcije u njihovom normativnom uobličanju. U tom smislu, trebalo bi uvažiti činjenicu da specifični uslovi tokom rata ili plovidbe, koji su i uslovili potrebu za postojanjem vojnog i brodskog zaveštanja (kao sigurnijih u odnosu na usmeno zaveštanje, čiju mogućnost sačinjavanja, kada su za to ispunjeni uslovi, pritom, postojanje vanrednih zaveštajnih oblika ne isključuje), zahtevaju, makar u izvesnoj meri, pojednostavljenje strogih uslova forme. Uzimajući u obzir pojedina uporednopravna rešenja, čini se da bi sveobuhvatnijoj, a time i kvalitetnijoj zakonskoj regulativi vojnog zaveštanja, doprinelo i proširenje okolnosti u kojima se ono može sačiniti, kao i kruga lica pred kojim se ono može sačiniti. Takođe, po ugledu na rešenja prihvaćena u ostalim savremenim pravima, postojeću zakonsku regulativu posvećenu vojnom zaveštanju, poželjno je dopuniti i odgovarajućim odredbama o načinu čuvanja, kao i o produženju roka njegovog važenja u određenim situacijama. Kada je reč o brodskom zaveštanju, u cilju većeg stepena pravne sigurnosti, u budućem zakonskom tekstu potrebno je regulisati njegovo vremensko važenje i za slučaj kada zaveštalac nije napustio granice naše zemlje. Naposletku, treba imati u vidu činjenicu da se u današnje vreme značajan deo saobraćaja odvija vazdušnim putem, te da se potencijalni zaveštalac tokom putovanja avionom nalazi u specifičnim životnim okolnostima u kojima je opravdano postojanje posebne mogućnosti raspolaganja zaostavštinom za slučaj smrti. U ovom kontekstu valja spomenuti da je ona postojala u Zakonu o nasleđivanju SAP Vojvodine iz 1975. godine, kojim je kao jedan od oblika zaveštanja bilo regulisano i ono koje se sačinjava u avionu.<sup>126</sup> Iz napred navedenih razloga, smatramo da je *de lege ferenda*, kao vanredni oblik zaveštanja, potrebno normativno urediti i zaveštanje koje se sačinjava u domaćem vazduhoplovu.

---

<sup>126</sup> Videti: čl. 72 Zakona o nasleđivanju SAP Vojvodine iz 1975. godine („Službeni list SAP Vojvodine“, br. 8/75).

Jelena Đ. Vidić, Ph.D., Associate Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
jvidic@pf.uns.ac.rs

## **Types of Wills under Exceptional Circumstances in Serbian Law and Other Contemporary European Laws**

**Abstract:** *This article looks at the legal treatment of types of wills under exceptional circumstances in modern inheritance regulations. Declaring the last will through the mentioned forms, in domestic as well as in a number of other European legislations, is a legally allowed way of expressing the freedom of testation. The author gives a comparative overview of legal solutions dedicated to the mentioned forms of wills in contemporary European legislations, indicating the similarities and differences in their normative forms. Special attention has been paid to issues related to the circumstances in which it is possible to make extraordinary wills and the procedure of drafting, as well as to other formal conditions of their validity. The conclusion points to the justification of standardizing these forms of wills in our law, as well as to certain deficiencies in their existing regulation, according with which the certain proposals are made regarding their normative regulation de lege ferenda.*

**Keywords:** *will, types of wills, exceptional circumstances, soldier's will, mariner's will, will formed aboard a plane.*

Datum prijema rada: 17.01.2018.





*Dr Dragana M. Ćorić, docent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
D.Coric@pf.uns.ac.rs*

## ZNAČAJ JEZIKA ZA PRAVO<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Formu pravnog akta određuju nadležni organ koji ga donosi, odgovarajući postupak u kome se donosi, kao i oblik akta u kome se donosi. Sadržina svakog pravnog akta mora biti, bar na nivou apstrakcije i smisla akta, usklađena sa sadržinom akta koji ima višu pravnu snagu, bilo zbog višeg mesta na hijerarhijskoj lestvici pravnih akata zbog donosioca tog akta, bilo zbog toga što je drugi akt- specijalne prirode i sadržine te derogira ovaj drugi. Međutim, ni poštovanje zahteva forme, kao ni ispisivanje“ sadržine nekog pravnog akta nisu mogući bez- upotrebe jezika. U ovom radu, pod jezikom podrazumevamo sposobnost čoveka da komunicira sa drugim osobama u svom okruženju putem posebnog sistema verbalizovanih znakova, oblikujući na taj način sopstvene misli u odgovarajuće govorne poruke. Jezik je takođe u ovom radu uzet kao sredstvo saopštavanja misli zakonodavca i drugih donosilaca pravnih akata, u vidu zapovesti, ovlašćenja, naredbi, deklarativnih izjava ili zabrana adresatima, na način da je sadržina koja se saopštava jasna i razumljiva i adresatima, koji su mahom-nepravni.*

*Neki autori smatraju da se značajem jezika za pravo, kao i samim specifičnim pravnim jezikom i pravnom terminologijom bave uglavnom samo – pravnici, dok lingvisti ostaju strogo u okvirima sopstvene nauke, baveći se strukturom jezika, vrstama reči i neretko odbranom maternjeg jezika od upliva stranih reči po svaku cenu. Sledeći misao Nikole Viskovića da je potrebno proučavati život prava i da uporedo sa tim proučavanje jezika ima ključnu ulogu u životu prava, i mi se u ovom radu bavimo – stavovima (pretežno domaćih) pravnika o značaju jezika za pravo, u toku druge polovine 20. veka, ne zanemarujući istovremeno i stavove najznačajnijih domaćih i inostranih lingvista o istoj temi.*

**Ključne reči:** *pravo, jezik, lingvistika, komunikacija, jezik prava*

---

<sup>1</sup> Ovaj rad je rezultat realizovanja projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ koji se finansira sredstvima Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

## UVODNE NAPOMENE

„Jezik čoveka određuje na sociološkom, psihološkom i individualnom planu“<sup>2</sup>. Sa sociološkog stanovišta jezik nas određuje kao jedinu živu jedinku sposobnu za govor<sup>3</sup>. Ta sposobnost nas stavlja u grupu istih jedinki, sa namerom da međusobno unutar grupe razmenjujemo određene poruke<sup>4</sup> putem govora, pri čemu se koristimo – jezikom. „Iako svi govorimo manje više istim jezikom, pojmovima, odnosima i konstruktima, svako od nas svojim posebnim jezikom određuje sebe, svoju ličnost, namere, ciljeve i unutrašnji svet. Jezik je interesantan i po tome što učestvuje u povratnoj sprezi sa samim društvom, jer promene, revolucije i evolucije ljudskih sistema i podsistema u društvu dovode i do evolucije, revolucije i promene i samog jezika.“<sup>5</sup> Tako neki jezici prestaju da postoje, zbog malog broja svojih izvornih govornika, ali opstaju sa kulturološkog stanovišta (npr. irski jezik je skoro potpuno asimilovan sa engleskim jezikom), dok neki jezici prihvataju mnoštvo reči iz drugih jezika, koji su brže i efikasnije našli pojmove i značenja novih pojava i odnosa<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Ranko Bugarski, *Uvod u opštu lingvistiku*, Zavod za izdavanje udžbenika, Beograd – Novi Sad 1991, 43.

<sup>3</sup> Ferdinand de Saussure je razlikovao jezik (language) od govora (langage), pri čemu je jezik deo govora. I jezik i govor su „društveni proizvodi procesa govora i zbirke neophodnih konvencija koje treba da se usvoje da bi mi realizovali proces govora kao takav“. Ferdinand de Saussure, *Course in General Linguistics*, Edited by Charles Bally and Albert Sechehaye, McGraw-Hill Book Company, New York Toronto London, 2006, 9. U kontekstu ovog rada, pod jezikom ćemo podrazumevati *language*, koji je, kako de Saussure navodi, „jedan od dobro definisanih objekata u okviru heterogene mase govornih činova“, a koji je upravljen na uobličavanje misli zakonodavca i drugih donosilaca pravnih akata u pisanom obliku.

<sup>4</sup> U teoriji postoji rasprava povodom toga, da li se u ovom opisanom momentu prenosi poruka, ili značenje sadržaja koji je predmet komunikacije. Prenosjenje poruka ili njihovu razmenu (sagovorniku ili adresatu), kao svrhu komunikacije ili kao neposrednu posledice iste, spominju: R. Bugarski, *Ibid*, 45; Sivenka Savić, Slobodanka Konstantinović Vilić, Nevena Petrušić, „Jezik zakona. karakteristike i rodna perspektiva“, u zborniku: *Pravo i jezik*, Miodrag Mićović (ur.), Pravni fakultet, Univerzitet u Kragujevcu, 2006, 55, 60; Slobodan Inić, *Govorite li politički*, Istraživačko izdavački centar SSO Srbije, 1984, 22; Visković Nikola, „O tumačenju pravnih akata“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/1981, 52. Ostoja Krstić smatra da uspešna komunikacija, bez obzira na njen unutrašnji sadržaj, podrazumeva da „primatelj poruke shvata i razume upućeni sadržaj takve poruke, i da adekvatno reaguje na njen sadržaj“ (Simboli, znakovi i značenja u kriminalistici, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, 1996, 60). Takođe, savremena lingvistika, a posebno neurolingvistika su stvorile princip koji glasi: sagovornik daje značenje komunikaciji (*The Meaning of Communication is the response you get*). Značenje reči iz poruke koja je predmet komunikacije može dobiti značenje koje joj pošiljalac nije dao, prvenstveno zbog nedovoljnog poznavanja, u slučaju teme našeg rada, pravne terminologije od strane primaoca poruke. Zbog toga, za potrebe ovog rada ostajemo na stanovištu da je u pitanju prenos poruke, dok elaboriranje dileme da li je u pitanju prenos poruke ili značenja, za koje cenimo da postoje valjani razlozi u korist bilo koje od ove dve opcije, bismo ostavili za neki od narednih, tematski opredeljenih radova.

<sup>5</sup> R. Bugarski, *Ibid*.

<sup>6</sup> Ovakvu pojavu su primetili autori Rečnika novijih anglicizama, na sledeći način: „Bojanzan da u datom kontekstu srpska reč neće u potpunosti odgovarati engleskoj i nužnost da se što

Jezik jeste složen sistem znakova, koji je utoliko koristan jer isti znakovi mogu stvarati različite reči, pojmove, sintagme. Njegova struktura je dinamička, jer je povezana sa istom dinamičkom strukturom društva i pojedinačnim drugim dinamičkim strukturama društvenih pojava i grupa kao što su, u smislu ovog rada, država i pravo. Bitna karakteristika jezika je i što se stalno mora učiti. Ranije spomenute evolucija i revolucija jezika dovode do te stalne potrebe ponovnog učenja i izučavanja, čak i unutar iste generacije ljudi. Ciklusi modernizacije su sada kraći, posebno zbog razvoja informacionih tehnologija. Prevođenje stvarnosti upotrebom informatičkih jezika u zbirke kodova ima još veći i jači povratni uticaj na stvarnost iz koje crpimo svoju osnovnu inspiraciju i strukturu. Zbog toga celoživotno učenje nije nepotreban proces, već nužan, posebno kada je jezik u pitanju. Uvek, kako je tvrdio Donald Dejvidson, može nastati novo značenje već poznatih reči i rečenica, jer postoji neograničen broj načina shvatanja tih reči i rečenica<sup>7</sup>. Ta značenja su možda oduvek bila tu negde u tim rečima ili rečenicama, samo ih mi povremeno otkrivamo kao nova i time produžujemo svoj proces učenja i spoznavanja jezika.

Da bi jezik bio u potpunosti prihvaćen kao sredstvo komunikacije, potrebno je da „učesnici raspolažu istim kodom, tj. sistemom znakova ili simbola na osnovu kojih sastavljaju poruke“<sup>8</sup>. Međutim, kada se kodovi koji se koriste u pripremi poruka razlikuju, kao što je to moguće u slučaju poruka koje se građanima upućuju korišćenjem pravne, tehničke, medicinske ili druge stručne terminologije<sup>9</sup>, komunikacija postaje jednosmerna, nejasna, besmislena i javlja se potreba za njenim dovođenjem do istog koda.

Posmatrano sa stanovišta politike, jezik je često uziman kao centralna komponenta nacionalnih ideologija u 19. i 20. veku i ključan za definisanje grupnog identiteta, „kao sredstvo nacionalne emancipacije ali i kao objekt nacionalne manipulacije“<sup>10</sup>. Jezik ima nesporno i funkciju (pre)nosioca kulture, pored dominantnog svojstva da je sredstvo komunikacije i društvene interakcije. Zbog jezika su se vodile taktički složene bitke od onih na ratnim bojištima, jer su to bile

---

pre nađe reč za novi pojam podstiču sve intenzivnije preuzimanje srpskih reči. One se paralelno koriste sa srpskim rečima ali ih sve češće istiskuju, potpuno ih zamenjujući“. Vera Tasić, Tvrtko Prčić, Gordana Nejgebauer, *Rečnik novijih anglicizama-Du you speak anglosrpski*, Zmaj, 2001, 5.

<sup>7</sup> Marc A. Joseph, „Davidson: Philosophy of Language“, Tekst dostupan na : <https://www.iep.utm.edu/dav-lang/>. Datum pristupa sajtu: mart 2018. Godine. Takođe i : Donald Davidson, *Inquiries Into Truth and Interpretation*, Clarendon Press, Oxford, 2001, 17.

<sup>8</sup> R. Bugarski, 1991, 44.

<sup>9</sup> Neki autori su identifikovali „semantičko ometanje komunikacije“ – kada se prenose poruke koje su kodirane tako da ih niko ne razume, sem onih koji su neposredno učestvovali u sastavljanju poruka ili koji dobro poznaju upravo taj kod. Ovakva pojava dovodi do toga da se samo određeni uski krug ljudi može baviti određenom delatnošću, jer jedino oni u potpunosti razumeju kod koji se koristi u odašiljanju poruka. Slobodan Inić, 25.

<sup>10</sup> R. Bugarski, (1991, 27).

bitke za nacionalni identitet, istoriju i kulturu jednog naroda ili države<sup>11</sup>. Jezička politika je zato neretko postavljena kao mehanizam za kolektivno pamćenje i „očuvanje nacionalnog bića“<sup>12</sup>. Zbog toga je i Miloš Luković označio kao prelomnu godinu u srpskoj državnoj, političkoj i jezičkoj istoriji upravo 1868. godinu, jer je tada završen period samostalnog razvoja srpske države i krenuo razvoj u pravcu stvaranja veće slovenske države, „a istovremeno su i Vukova jezička nastojanja dobila svoje priznanje“<sup>13</sup>.

Jezik ima svoju strukturu i pravila u skladu sa kojima živi, koji moraju biti isti kao struktura razuma i moraju biti jedna mera kroja i savršenstva, smatrao je Meša Selimović.<sup>14</sup> Razumevanje komunikacionog toka u kome neka lica učestvuju podrazumeva da poznaju i govore istim jezikom<sup>15</sup>, koji postoji u svesti članova te govorne zajednice kao jedan od preduslova za uspešno obavljanje te komunikacije<sup>16</sup>. Jezik se mora, zbog svega prethodno navedenog, kontinuirano razvijati, i to uvek u skladu sa težnjama i duhom naroda<sup>17</sup>, jer je jezik tvorevina naroda, od naroda i za narod. Bez te poveznice sa narodom, jezik gubi svoju svrhu i postojanja, jer nema ni kome da prenosi kulturološke, istorijske i druge poruke i pouke, niti zbog čega bi to morao da čini<sup>18</sup>.

---

<sup>11</sup> Vladislav B. Sotirović, *Lingvistički model definisanja srpske nacije Vuka Stefanovića Karadžića i projekat Ilije Garašanina stvaranju lingvistički određene države Srba*, Vilnius, 2006, 4. Slično i kod : Ranko Bugarski, *Jezik i kultura*, Biblioteka XX veka, BIGZ, ur.Ivan Čolović, 2005,10,18,72. Takođe videti i : Danilo N.Basta, *Mladim pravoslavlja saveti i poruke-filozofskopravne kristalizacije*, Draslar Partner 2013., 12, 20-21, 43-44.

<sup>12</sup> V.Sotirović,14.

<sup>13</sup> Miloš Luković, *Razvoj srpskog pravnog stila*, Službeni glasnik, 1994, 67.

<sup>14</sup> Meša Selimović, *Za i protiv Vuka*, Beogradski izdavački grafički zavod Svjetlost, Beograd, 1990, 92-93.

<sup>15</sup> Ovdje se ne bismo ograničili samo na govor, kao komunikaciju u kojoj su dominantni neki artikulisani zvukovi koji uobličavaju reči, a koje primamo putem čula sluha, već i na uopšteni fenomen poznavanja nekog jezika, koji podrazumeva tri segmenta: govorenje tog jezika, pisanje (u smislu gramatike i pravopisa), i njegovo razumevanje(kao sposobnosti davanja smislenih odgovora na istom jeziku). De Sosir je inače smatrao da jezik i pisanje jesu dva odvojena sistema znakova, te da sistem koji podržava pisanje postoji samo da bi pomagao postojanje jezika kao takvog. F. de Saussure, 24.

<sup>16</sup> Nikolai Trubetzkoy, *Principles of phonology*, Berkeley: University of California Press, 1969, 5

<sup>17</sup> M. Selimović, 94. Trubeckoj kao lingvista to drugačije posmatra, da je jedini razlog postojanja nekog jezika da govorne činove učini mogućim, da im da život, bez obzira na sadržinu koja će time biti saopštena. Sadržina, da li pravna, politička, kulturološka, su nebitne dokle god se one nalaze u formi govornog čina, koji se oživljava putem jezika. N. Trubeckoj, *ibid*.

<sup>18</sup> Vitgenštajn upravo govori o ovome na sledeći način: da li je moguće da jedna osoba ima samo svoj, specifični jezik? Naravno da jesu, ali koja je svrha tog jezika ako on ne može da komunicira ni sa kim drugim, da prenosi svoje misli, poruke, ideje drugima- sem sa samim sobom. Poznata kao „debatu o privatnom(ličnom) jeziku“, izazvala je dosta pažnje u svetu lingvistike i filozofije jezika. Videti: Duncan J. Richter, „Ludwig Wittgenstein (1889–1951)“, dostupno na <http://www.iep.utm.edu/wittgens/#H6>, datum pristupa sajtu: mart 2018. Godine.

## ODNOS JEZIKA I PRAVA

Još je Džeremi Bentam tvrdio da jurisprudencija treba da se bavi značenjem reči u okviru sopstvene terminologije<sup>19</sup>. Baveći se samo sadržinom normi i zapovestima koje se daju adresatima, pravo je često propuštalo prilike da se bavi-preciziranjem i dubinskom strukturom i značenjem sopstvene terminologije, koja gradi norme. Na ovaj način bi se unifikovali pojmovi i termini koji se koriste u propisima u svim zemljama. To bi smanjilo, ako ne i u potpunosti uklonilo terminološke i iz toga proishodeće sadržinske nesporazume.

Imajući u vidu da u svakom momentu primamo nekoliko biliona informacija a da ih integrišemo, tj. pamtimo  $7 \pm 2$  informacije<sup>20</sup>, jasno je da jezik nije dovoljan i adekvatan način za prevođenje sopstvenih misli i svega što primamo putem čula<sup>21</sup>. Ranko Bugarski je smatrao da jezik ne postoji u vakuumu, nego da se dešava u realitetu, među ljudima u svim vremenima i na svim prostorima, te da je on promenljiva, relativna struktura koja se stalno prilagođava potrebama koje mi, kao ljudi, imamo u tom momentu kada jezik koristimo. Iako je reč misao koja je jezikom izražena, ona obuhvata i ono što čovek nije direktno spoznao svojim čulima, već se oslanja na interpretaciju čulnih opisa drugih ljudi iz svoje okoline<sup>22</sup> i na značenja koja drugim stvarima, pojavama i odnosima daju ljudi iz njegove okoline. Todor Podgorac je u tom smislu podržavao mišljenje R. Bugarskog da je „najvažnije značenje reči ono koje se svodi na refleksivno mišljenje – svestan čovekov napor da nešto shvati koji počiva na čvrstoj argumentaciji“<sup>23</sup>. S tim u vezi, nastavlja Podgorac dalje, ako je pozitivno pravo veran odraz stvarnih međuljudskih odnosa u oblastima koje želi da promeni ili unapredi, i ako se punoća jezika u ovom smislu ostvaruje tek u primeni na konkretne slučajeve, onda se

<sup>19</sup> Dušan Vranjanac, *Džeremi Bentam-jedan pokušaj konstituisanja pravne norme*, Monografije 15, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd, 2011., 22.

<sup>20</sup> George A. Miller, „The Magical Number Seven, Plus or Minus Two-Some Limits on Our Capacity for Processing Information“, *Psychological Review* Vol. 101 1994., No. 2, 343-352.

<sup>21</sup> Odnos između mišljenja, govora i jezika je izuzetno složen. Jezik „prevodi sve primljene spoljne stimuluse kao i rezultate unutrašnjih dešavanja u oblik koji može biti misao, izgovorena ili napisana reč. Dakle, jezik u ovom kontekstu treba posmatrati kao „univerzalnog prevodioca“. Odnos jezika pak sa kulturom je još složeniji, o tome videti više kod: Miljan Miljković, „Jezik i kultura“, *Zbornik radova Učiteljskog fakulteta*, 9, 2015, 153-164.

<sup>22</sup> Sve što neko razume i može sam sebi da objasni, može na isti način objasniti i drugima, smatrao je Vitgenštajn. Jedina je razlika, kako mi smatramo, u tome, da li će osobi kojoj se nešto objašnjava biti poznat kod koji koristi osoba koja objašnjava. Robert Wesley Angelo, „Wittgenstein's Logic of Language“, dostupno na : <https://www.roangelo.net/logwitt/>, datum pristupa sajtu: mart 2018. Godine.

<sup>23</sup> Todor Podgorac, „Neka opšta zapažanja o stvaranju prava u kontekstu pravne pojave uopšte“, u zborniku radova: *Stvaranje prava*, Pravni fakultet Univerziteta U Beogradu, *Srbija-pravna država*, knjiga 43, Beograd 2000, Treći skup Jugoslovenskog udruženja za teoriju, filozofiju i sociologiju prava, Miločer 24-25.septembra 1999. godine, 62.

proces refleksivnog mišljenja odvija na liniji tekst zakonodavca- sudska odluka ili drugi pojedinačni pravni akt.<sup>24</sup>Pojedinačni pravni akti su „dakle, pokazatelj mere razumevanja i adekvatne upotrebe jezika na zakonski tekst.

T. Podgorac dalje navodi mišljenje Jana Parandovskog, da je: „.. reč moćna sila i snaga, pretvorena u pismo; ona dobija neizrecivu i neopisivu moć nad ljudskom misli i maštom samim tim što je dobila svoj oblik van sfere misli, te suvereno može vladati vremenom i prostorom....Svaki korak napred u razvoju ljudskog uma i sve njegove tekovine su nastale na listovima hartije“<sup>25</sup>.Sa navedenim se možemo u potpunosti složiti budući da pravo u jednoj zemlji ne zavisi samo od stanja društvenih odnosa i potrebe predviđanja mogućih ishoda trenutnog stanja u društvu, već i od samog procesa stvaranja prava i veštine sopstvenih stvaraoca da to stvaranje i obave. Tek „stavljanje na papir“ našeg stepena razumevanja nekog zakonskog ili drugog pravno obavezujućeg teksta ili norme daje tom našem misaonom procesu život, osobine, kvalitet. Komunikaciona situacija, u kojoj se tada uzajamno nalaze pravo i jezik<sup>26</sup> je obeležena brojnim izazovima, po svojoj sadržini i unutrašnjoj strukturi, koje ćemo u nastavku rada unekoliko osvetliti.

#### ZAŠTO JE PRAVNI JEZIK DRUGAČIJI OD SVAKODNEVNOG?

To što se sav rad državnih institucija, kao i samo sastavljanje zakona i drugih opštih akata nužno postavlja kao komplikovan i složen proces, koji je teško shvatljiv i samim tim dostupan uskom krugu ljudi, Bentam je smatrao jednim od ključnih problema kojim svaka pravna nauka treba da se bavi. Tačnije, on govori o svojevrsnoj „mistifikaciji“ celog procesa nastanka i funkcionisanja i prava i države. Sve navedeno jeste donekle razumljivo, jer se time ograničava pristup najvišim položajima i najvećem uticaju koji se u jednoj državi može vršiti. Kontrola koju država putem (mistifikovanog) prava vrši jednaka je Bentamovom Panoptikumu<sup>27</sup>- arhitektonskom rešenju pristupa i nadgledanja svih i svega što rade, projektovanom sa prvom namerom kontrole zatvorenika, učenika ili bilo koje druge veće grupe ljudi. Time moć prava postaje još vidljivija, a potreba za tumačenjem takvog prava sve veća.

---

<sup>24</sup> T. Podgorac, *Ibid*.

<sup>25</sup> Slobodan Blagojević, „Značaj stvaranja prava za pravni sistem“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/1989,191-192.

<sup>26</sup> Teodor Fieveg, „Koraci ka jednog retoričkoj teoriji prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 3/1997, 382.

<sup>27</sup> Jeremy Bentham, *The Panopticon Writings*. Ed. Miran Božović, London, 1995, 29-95. Njegovu ideju je kasnije, ali isključivo u kontekstu nadzora nad zatvorenicima, proučavao Mišel Fuko u svom delu „Nadzirati i kažnjavati“. Panoptikum je ostao kao metafora totalne kontrole i nadzora nad grupama ljudi, koji mogu vršiti samo određena lica, posebno osposobljena za to.



Sa druge strane, elitističko etiketiranje procesa koji se svojim proizvodima pravom i radom državnih organa, odnosi na krajnje konzumente, tj. same građane, je neopravdano<sup>28</sup>. Ta mistifikacija je izgleda najviše prisutna u sudskim odlukama, gde su kako neki autori tvrde „zastupljeni takav jezik i stil koji teško da bi dobili prelaznu ocenu od strane filologa“<sup>29</sup>. Naravno, nije u pitanju potreba da sudske odluke izgledaju kao književna dela, sa mnoštvom metafora i drugim književnim i stilskim slikama, već ih neki smatraju „nedovoljno pismenima i jezički nakaradnima“, te da se iz njih može izvući ponekad i zaključak o pismenosti i opštoj i pravnoj kulturi onoga ko ju je sastavljao<sup>30</sup>.

Dakle, precizno definisanje pojmova i odnosa koji se pojavljuju u pravnim tekstovima, posebno u propisima, kao i stvaranje univerzalnog terminološkog rečnika pravnih pojmova su veoma bitni Bentamu za postizanje ideala potpunog zakona<sup>31</sup>. Slično ističe i Dragan Mitrović, „da pretvaranje obične stvarnosti u pravnu stvarnost je moguće jedino stvaranjem odgovarajućih pravnih pojmova, terminologije, pravnih odnosa i pravnih radnji“<sup>32</sup>. Potrebna je i mera opreza ovde, jer kako navodi ovaj autor, „preterivanje u nametanju pravnog oblika stvarnosti može negativno da se odrazi i na stvarnost koju pravo prevodi na svoj jezik, kao i na samo pravo“<sup>33</sup>. Tačnije, prevelikim isticanjem specifičnosti pravne terminologije postoji opasnost od njenog potpunog odvajanja od društvene stvarnosti koju uređuje pa samim tim i neupotrebljivosti i nerazumevanja adresata kako treba da postupaju u određenim situacijama.

Tokom 60-ih godina prošlog veka neki autori su smatrali da je opravdana pojava tzv. *formalnog legalizma*, pod kojim se „podrazumeva takav metod u interpretiranju zakona koji se zadovoljava verbalno gramatičkim značenjem teksta

<sup>28</sup> „Jezik, koji je osnovno sredstvo komunikacije se često koristi kao sredstvo mistifikacije i opresije da bi se od ljudi prikrila mogućnost reforme i promene sistema- na bolje, kako više odgovara običnim građanima“. D. Vranjanac, 40.

<sup>29</sup> Branko Petrić, „Metodika, terminologija i jezik odluka u krivičnom postupku“, *Glasnik AKV*, oktobar 1980, broj 10, 29.

<sup>30</sup> B. Petrić, 30.

<sup>31</sup> Pored terminološke preciznosti i univerzalnosti, koja po Bentamu predstavlja deo potpunosti zakona u pogledu izraza, definisao je i potpunost u pogledu povezanosti i u pogledu zamisli, tj. ideje zakona. Prvi koncept potpunosti, pored već spomenute terminološke ujednačenosti se izražava i kroz primenu te iste terminološke ujednačenosti prilikom izražavanja pretpostavljene volje zakonodavca, u vidu imperativnih zapovesti. Potpunost u pogledu povezanosti znači da zakon može imati veći broj odredaba koje se ne nalaze striktno samo u jednom propisu, već i u nekim drugim, te zajedno čine organsko jedinstvo. I na kraju, potpunost u pogledu zamisli se ovaploćuje u sprečavanju potencijalnog počinoca da uopšte počinu prekršaj. D. Vranjanac, 162.

<sup>32</sup> Dragan M. Mitrović, „Tehnika stvaranja prava“, u zborniku radova: *Stvaranje prava*, Pravni fakultet Univerziteta U Beogradu, *Srbija-pravna država*, knjiga 43, Beograd 2000, Treći skup Jugoslovenskog udruženja za teoriju, filozofiju i sociologiju prava, Miločer 24-25. septembra 1999. Godine, 89.

<sup>33</sup> Ibid

i podvodi pod svoju ocenu samo pravilnost logičkog zaključivanja u primeni toga teksta na konkretne odnose<sup>34</sup>. To znači da logička strana nekog pravnog izraza ima prevagu nad jezičkim značenjem istog te se nalazimo u situaciji da ocenjujemo sadržinu koja čak i nije dobro jezički saopštena. Sa navedenim se nikako ne možemo složiti, jer jezički izraz mora biti pravilan i adekvatan onim mislima ili idejama koje saopštava, da bismo uopšte mogli ocenjivati njegovu unutrašnju logiku i usklađenost. Bez jezičkog uravnoteženog izraza, nema ni logičkog smisla.

Mnogi domaći autori smatraju da i danas jedan od ključnih problema u procesu stvaranja prava zapravo upotreba jezika. Pravnici ne koriste dovoljno lingvistiku, tvrdio je T. Podgorac<sup>35</sup>. Saradnja lingvista i pravnika je nužna i obavezna u svakom smislu, jer, mogu puno toga jedni od drugih da nauče. Termin upotrebljen van svog uobičajenog konteksta, ili nedovoljno precizno objašnjen pravni odnos mogu dovesti jednako do- prekršaja i to od strane čak i samih nadležnih organa koji o tome odlučuju. Podgorac je smatrao da treba razlikovati:

1. jezik zakonodavstva, tj. pravni jezik
2. jezik pravne nauke i sudske prakse, pravnički jezik.

Pravni jezik je tako jezik kojim su formulisani tekstovi obavezujućeg prava. Pravni i svakodnevni govorni jezik se razlikuju po svom tvorcu, jer je svaka individua sposobna da formuliše neki izraz. U odnosu na svakodnevni jezik, pravni jezik je jezik posebnog žanra. Ali i pored toga ne sme da se udaljava od svakodnevnog jezika, jer su zapovesti ispričane pravnim jezikom namenjene za upotrebu upravo običnim ljudima, a opet nose dozu specifičnosti. Pravni jezik ima karakterističan, objektivni i bezličan stil, stručne izraze i znatno razrađenu sistematiku izraza. Sa druge strane, pravničkim jezikom su formulisani iskazi o obavezujućem pravu. "Jezikom pravne nauke, tj. pravničkim jezikom se pravni jezik pročišćava, upotpunjuje i sistematizuje".<sup>36</sup>

Podgorac je dalje smatrao da pravni jezik treba da bude prilagođen svojoj svrsi, kratak i precizan, sažet i da koristi kratke i jasne rečenice; tačan- da u potpunosti odgovara pojmovima koje izražava; razumljiv- da se bez većih teškoća može utvrditi smisao pravnih propisa njihovim dovođenjem u vezu sa okolnostima situacije i da se iz formulacije vidi da ga je pisao (domaći) čovek a ne stranac, i na kraju da je jednostavan- da se svaka misao nalazi na svom pravom mestu. Čak i svi navedeni kriterijumi koje spominje Podgorac se odnose na nedovoljno precizno jezičko izražavanje i na nedostatke u rečničkom fondu unutar jednog jezika, i ne zahvataju dubinsku strukturu i odnos jezika i prava.

---

<sup>34</sup> Na stranu to što je formalni legalizam oglašen „direktno suprotnim potrebama države u socijalizmu“, ceneći van konteksta vremena i ideologije koja je u ovo vreme bila preovlađujuća, možemo s ei stanovišta savremenog prava složiti da je ovakva koncepcija izuzetno loša. Milenko Jovanović, „O formalnom legalizmu“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Beograd, 1963, 51.

<sup>35</sup> T. Podgorac, 58.

<sup>36</sup> T. Podgorac, 59.

Jasminka Hasanbegović smatra da pri stvaranju pravnih normi, mi delamo rečima, tj. govornim aktima, ali i aktima svesti i ponašanja. Govorni akti ili činovi su svojevrsni načini upotrebe jezika. Džon Serl je prepoznao pet načina upotrebe jezika, kako sledi<sup>37</sup>:

- asertivni govorni činovi, kojima saopštavamo ljudima stvari kakve jesu;
- direktivni/zapovedni (navodimo ili teramo ljude da nešto moraju da učine ili da ne učine);
- komisivni (obećavamo da ćemo nešto učiniti);
- ekspresivni (izražavamo naša osećanja i stavove);
- deklarativni (izražavamo neku volju za promenama u svetu putem naših izjava i svećanih obećanja, ili izjavom izazivamo trenutnu promenu nekog stanja).

Posmatrajući sa stanovišta prava, J. Hasanbegović smatra da su za pravo najbitniji direktivni i deklarativni govorni činovi, pri čemu su neki segmenti prava vezani bilo samo za jedan od ovih govornih činova, ili čak i za oba. Direktivne govorne činove J. Hasanbegović naziva i „praktičkim, delanjskim, aktivističkim, kojima se želi uputiti na neko delovanje ili da se nešto učini ili ne učini“, dok deklarativne smatra „agnostičkim, problemskim, upitnim ili pitajućim, kojima se izražava neko saznanje ili sumnja u to saznanje“<sup>38</sup>.

Dakle, jezik u kontekstu svog odnosa prema pravu jeste sredstvo izražavanja dispozicija (ovlašćujućih, deklarativnih, naređujućih i dr.) i sankcija, te sredstvo izražavanja utvrđenih činjenica jednako kao i pravnih pretpostavki i fikcija.<sup>39</sup> Bilo da ga nazivamo pravnim ili pravničkim, pravila za njegovu upotrebu treba da budu ista.

## ZAHTEV PRECIZNOSTI I RAZUMLJIVOSTI PRAVNOG SADRŽAJA VERSUS ZAHTEV SPECIFIČNOSTI TERMINOLOGIJE

Zakon<sup>40</sup> treba da bude precizan da bi njegove poruke bile shvaćene i pravilno primenjene. Ali ovaj opšti stav nije dovoljan sam po sebi. Za sam proces zakonopisanja značajnija su pitanja „da li treba da postoji razlika u pogledu jezičkog izražavanja pravnih pravila u različitim granama? Kako treba da se postupi u okviru istog zakona sa izražavanjem najopštijih normi a kako u pogledu ostalih

<sup>37</sup> John R. Searle, *Expression and Meaning-Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge, 1981, 4.

<sup>38</sup> J. Hasanbegović, 60

<sup>39</sup> J. Hasanbegović, *Ibid.*

<sup>40</sup> Iako imenujemo samo zakon od pravnih akata, sve napisano se odnosi i na druge opšte i pojedinačne pravne akte. Zakon se spominje kao najčešće interpretiran pravni akt, sa kojim najveći broj i državnih organa kao i adresata ima „kontakt“, jer je polazna osnova za sve pojedinačne pravne akte koji se donose u određenim pravnim situacijama.

konkretnih? Da li na sistematiku zakona i način izlaganja treba da ima uticaj to i u kojoj meri široke narodne mase poznaju pravna pravila?<sup>41</sup>

Zakonodavac treba da se pridržava svakodnevnog, živog, narodnog jezika i da od njega ne odstupa sem u opravdanim situacijama<sup>42</sup>, pri čemu pod narodnim jezikom podrazumevamo jednu od dijalekatski dominantnih varijanti jezika, koja je uzeta za osnovu književnog jezika<sup>43</sup>. Narodni jezik uvek najbolje izražava misao i svest jednog vremena, on se „uvek prilagođava promenama u mišljenju, prati ih i nastaje u procesu spontanog kolektivnog stvaranja“<sup>44</sup>. Međutim, treba imati u vidu da se „izvesni termini, a ponekad i celi terminološki sistemi upotrebljavaju ne zbog bilo kakve njihove objektivne nadmoći, nego prosto zato što oni treba da pokažu koliko je čovek koji se njima služi „u toku“, moderan. Nekontrolisano širenje pomodnog terminološkog žargona može da izazove negodovanje, kako lingvista raznih ubeđenja, tako i nelingvista i krajnjih korisnika nekog teksta<sup>45</sup>. Primetno je masovno pozajmljivanje reči i stručnih termina iz drugih jezika u naš jezik, pa i tzv. *interferencija* „prodora fonoloških, gramatičkih i leksičko semantičkih struktura jednog jezika i sistem drugog jezika“<sup>46</sup>. Posebnu opasnost i problem stvara preuzimanje reči iz nekog drugog jezika, pri čemu se toj reči daje drugačije značenje nego što je u jeziku iz kojeg je preuzeta<sup>47</sup>, ili po našem mišljenju još gora lingvistička pojava- u nedostatku adekvatnog kratkog prevoda nekog termina iz stranog jezika, on se implementira u pravni sistem i u pravni akt u svojoj transkribovanoj verziji, tj. onako kako se izgovara u tom jeziku<sup>48</sup>. Težeći,

---

<sup>41</sup> Milijan Popović, „Beleške o jeziku i pravnoj terminologiji sa izabranom bibliografijom radova pisaca naroda Jugoslavije“, separat *Zbornika za društvene nauke Matice Srpske* br 56 /1971,163.

<sup>42</sup> M. Popović, 162.

<sup>43</sup> To ne znači da se određeni regionalizmi i lokalni izrazi ne mogu koristiti u nekom propisu, ako njihova upotreba odgovara potrebama jezičkog oblikovanja neke norme. Na kraju, takvim pristupom se koristio i Valtazar Bogišić prilikom sastavljanja Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru 1888. Godine, videti: Miloš Luković, Bogišićev Zakonik – priprema i jezičko oblikovanje, Srpska akademija nauka i umetnosti, Balkanološki Institut, Beograd, 2009, 443.

<sup>44</sup> M. Selimović, 79.

<sup>45</sup> Ranko Bugarski, *Lingvistika u primeni*, Čigoja štampa, Beograd, 2007, 98.

<sup>46</sup> R. Bugarski, (1991, 63).

<sup>47</sup> U SFRJ su se zakonopisci susretali sa drugačijim izazovima: već unutar same federacije, svi federalni zakoni su bili izrađivani na srpskohrvatskom, hrvatskosrpskom, makedonskom i slovenačkom jeziku, koji iako svi pripadaju slovenskoj grupi jezika, imaju svoje terminološke, gramatičke, i sintaksičke specifičnosti. Smatralo se da svaki akt napisan na bilo kom od ova četiri navedena jezika je „imao istu izvornu, autentičnu snagu, odnosno da nijedan od jezika nije u posebnom položaju u odnosu na ostale, te da svi tekstovi na svim ovim jezicima označavaju- iste pojmove, odnose i posledice. Radoslav Selinkić, „Upotreba jezika naroda i narodnosti prilikom objavljivanja propisa i akata saveznih organa (po Amandamnu XXXI Ustava)“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Veograd, br. 4/1971,455.

<sup>48</sup> Navedeno primećuju i Endre Leč, Jezičko izražavanje građanskopravnih normi, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Novom Sadu, 1987,188-190; Jovičić Miodrag, „Zašto jezik i stil naših zakona nisu dobri „, *Advokatura*, 2/1982, 26.

dakle, neopterećivanju teksta propisa suvišnim rečima, dolazimo do paradoksalne situacije da se reč opisuje sa manje reči pri čemu je to potpuno neadekvatan prevod, ili jednostavno se piše u svom originalnom obliku- doduše, ćirilicom.

Najnovija studija koja se bavila odnosom jezika i prava je „Preporuke iz studije o unapređenju zakonodavnog procesa u Republici Srbiji“<sup>49</sup>: Kao preporuke usmerene na istinsko određenje odnosa jezika i prava i značaja jezika za pravo, izdvajamo sledeće<sup>49</sup>:

- potrebno je uspostavljanje i obezbeđenje poštovanja standarda kvaliteta pojedinačnih propisa i pravnog sistema u celini, kao i obezbeđenje interdisciplinarnog pristupa pri regulaciji odnosa u određenoj oblasti; što znači uključivanje i drugih stručnjaka u proces pisanja zakona;
- zatim, obezbediti jedinstveno značenje svih termina unutar pravnog sistema u cilju sprečavanja nesporazuma ili zloupotreba;
- unaprediti sadržaj obrazloženja zakona- u smislu proširivanja obima obaveznih elemenata koje obrazloženje treba da sadrži.

Kada su u pitanju standardi kvaliteta pojedinačnih propisa<sup>50</sup>, autori ove studije navode sledeće:

- *Korisničke standarde* – razumljivost, preciznost, jednostavnost, preglednost, pristupačnost građanima i privrednim subjektima, navodeći da je glavno preduslov da subjekti uspešno poštuju propise pravilno razumevanje i blagovremeno saznavanje sadržaja pravnih normi.
- *Normativnopravne standarde* – što označava primenu relevantnih standarda najbolje regulative, upotrebu prečišćenih pravnih pojmova. Posebno su istaknuti fleksibilnost i trajnost propisa, kao antipodi, a čiji balans je nužan.
- *Standarde pravnog oblika* – koji obuhvataju strukturu norme, sistematiku propisa, jasnu pravnu terminologiju, precizna pravna ovlašćenja za ponašanje i postupanje(i adresata i adresanata) kao i druga pravnotehnička pravila koja utiču na pravni oblik pojedinačnih normi i propisa u celini.
- *Standarde delotvornosti* koji se odnose na relevantnost jasno definisanih problema i uslova realnog okruženja a koji utiču na stvaranje prava.
- *Ekonomске i analitičke standarde* – što označava mogućnost definisanja očekivanih efekata propisa, njihovog dokumentovanja i primene analitičkih postupaka utvrđivanja troškova sprovođenja propisa.
- *Standarde primene*, koji se odnose na praktičnost, izvodljivost, i primenljivost pravnih akata u realnosti, zatim prihvatanje od strane javnosti i dostupnost potrebnih državnih resursa za adekvatnu primenu tih pravnih akata.

<sup>49</sup> Dobrosav Milovanović, Nemanja Nenadić, Vladimir Todorić, GIZ, Beograd, 2012, 135

<sup>50</sup> *Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation* <https://legalinstruments.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=128&InstrumentPID=124&Lang=en&Book=False>. Pristup sajtu: januar 2018. godine.

U kontekstu našeg rada, značajni standardi kod kojih je identifikovana potreba za unapređenjem ili barem ujednačavanjem su upravo *korisnički standardi* (jer se pravni akti i njihov jezički oblik posmatraju sa aspekta onih na koje se ti akti primenjuju), *normativnopravni standardi* (koji se odnose na spoljnu okvir odnosa jezika i prava) i *standardi pravnog oblika* (koji obuhvataju unutrašnju strukturu pravnih akata i pravnih normi, te samim tim i produbljuju odnos između jezika i prava kao takvih). Verujemo da proces evropskih integracija u Republici Srbiji može ubrzati i proces razvoja i ujednačavanja standarda u navedenim oblastima.

Da bi se zakon učinio što razumljivijim i da bi što više približio svoju sadržinu adresatima, potrebno je, kako je Radomir Lukić<sup>51</sup> smatrao, da se:

„...1. koristi jezik koji je što bliži narodnom i da se uz njegovu pomoć objašnjavaju pravni pojmovi. Objašnjavanje pravnih pojmova drugim, srodnim ili različitim pravnim pojmovima koji su jednako nerazumljivi i neshvatljivi adresatima je kontraproduktivno.

2. misli koje se žele izreći prvo interno što više pojasne, da bi se iste mogle kasnije izreći kratkim rečenicama. Ako nama nije jasna neka misao koju promišljamo, ni njen jezički, spoljni oblik nam neće biti jasan, čak i da se koristi svakodnevni, narodni govor.

3. precizno odredi ponašanje adresata i adresanata u zavisnosti od toga na koga se norme odnose. Ovaj zahtev je povezan neraskidivo sa prethodnim, tačnije što jasnije i preciznije određenje misli, samim tim i zapovesti, učinimo, tim pre će jezički spoljni oblik biti jasniji i primenljiviji.

4. izvrši provera razumljivosti jezika, putem prethodnog pokazivanja običnom građaninu i proveriti se pre konačnog stavljanja u zakonodavni postupak tog predloga akta, njegova razumljivost“.

Danilo Basta smatra da treba „izostaviti sve nevažno i sporedno, a očuvati sve suštinsko i neophodno...izbegavati rasplinutost, stremiti ka sažetosti, težiti ka jezgrovitosti“<sup>52</sup>. Iako je svoje preporuke usmerio prema pisanim pravnim raspravama, mi upotrebnu vrednost ovih saveta vidimo u svetu – pisanja pravnih akata.

## ZAKLJUČAK

„Pisati jasnim i razumljivim stilom je mnogo teže, jer do jednostavnosti treba narasti“<sup>53</sup>, pisao je Ljubomir Jović. Stvaranje odgovarajućeg jezičkog izraza je jednako zahtevno kao i stvaranje nove misli i njeno interno preciziranje.,,

---

<sup>51</sup> Radomir Lukić, *Metodologija prava*, Pravni fakultet, Beograd, 1987, 53.

<sup>52</sup> D. Basta, 43-33.

<sup>53</sup> Ljubomir Iv. Jović. *Jezik zakona*, drugo dopunjeno izdanje, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva Beograd, 1995, 101-103.

Rečima, tvrdi dalje Lj. Jović, mi podučavamo i sebe i druge o svojim mislima i delima koje želimo da naše reči proizvedu<sup>54</sup>. Naš razvijeni misaoni svet, sve one informacije koje primamo putem čula su nesaznate dok ne budu saopštene rečima-usmenim ili pisanim putem. Dakle, „jezičko majstorstvo“ je glavni preduslov za pristupanje ovakvom radu, i istovremeno očekivani ishod misaonog i jezičkog procesa stvaranja prava. Osećaj za pravu reč, kojom se definiše naša misao i kojom će biti izražen deo pravne norme, mora biti istančan i usavršen. U suprotnom, naše misli, kao i u kontekstu ovog rada misli zakonodavca će ostati sakrivene i nesaopštene.

Potreba za jasnim jezičkim izražavanjem prilikom stvaranja prava se retko kada nalazi u prvih pet zahteva ili načela koji se moraju poštovati prilikom procesa stvaranja prava<sup>55</sup>. Jezik je sredstvo kodiranja sadržaja prava<sup>56</sup> i zbog toga se nužno mora nalaziti u vrhu hijerarhije načela u skladu sa kojima se stvara pravo. Jezik je istovremeno i sredstvo razvoja prava, jer se putem njega izražava sva složenost društvenih odnosa koje pravo normira, i povratno, pravo korišćenjem jezika učestvuje u obogaćivanju rečničkog fonda, ali i u produbljivanju unutrašnje strukture jezika samog. „Bez jezika nema prava“<sup>57</sup>, jer se putem jezika saopštavaju psihički akti kojima, uz akt volje o njihovom saopštavanju, i čine same norme i samo pravo. Uloga jezika stoga seže dalje od njegove puke komunikacijske i uloge prenosioca sadržaja prava društvu i obrnuto.

---

<sup>54</sup> Lj. Jović, 47-49

<sup>55</sup> Lajčo Klajn, „Aktuelna teoretska metodološka pitanja pravnog normiranja društvenih odnosa“, *Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/1989, 253-254. Ovaj autor načelo „jasnosti jezičkih izraza“, postavlja tek na 12. mesto od svojih 17 principa koje treba imati u vidu pri oblikovanju normativnih tekstova, posle : sagledavanja potrebe i mogućnosti pravnog regulisanja nekog društvenog odnosa, načela jasnosti i određenosti ciljeva društvene politike, načela primenljivosti normativnog akta i drugih. Indikativno je da je svako od ovih načela i njihova praktička dimenzija uslovljena zapravo jezičkom jasnoćom.

<sup>56</sup> Melita Dundić, „Savremeni razlozi za argumentovano pravno odlučivanje u postupku stvaranja i primene pravnih normi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-3/1991, 68.

<sup>57</sup> Dragiša Drakić, „O stilu jezika zakona“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2012, 371.



*Dragana M. Ćorić, Ph.D., Assistant Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
D.Coric@pf.uns.ac.rs*

## **The Significance of Language for Law**

**Abstract:** *The form of a legal act is determined by the competent body that adopts it, the appropriate procedure in which it is adopted, and the form of the act in which it is adopted. The content of any legal act must be, at least at the level of abstraction and the content of the act, in line with the content of an act that has a higher legal force, either because of the higher position on the hierarchical scale of legal acts due to the competent body that adopts it, or because other act is of special nature and content and derogates this other. However, neither the respect of the requirements of the form, nor the printing of the contents of a legal act are possible without the use of language.*

*In this paper, under the term „language“ we mean the ability of a man to communicate with other people in his own environment, through a special system of verbalized characters, thus forming his own thoughts into appropriate voice/written messages. Language is also taken in this paper as communication between the legislator and other legal entities and citizens, in the form of orders, declarative statements, prohibition, etc. in such a way that the content being communicated is clear and understandable to the addressees, who are mostly not legally educated.*

*Some authors consider that only lawyers emphasize the significance of the language for law, as well as the significance of language for the specific legal language and legal terminology, while linguists remain strictly within their own science, dealing with the structure of language, the types of words and often by defending the mother tongue from the influence of foreign words at all costs. We agree with the thought of Nikola Visković that it is necessary to study the life of law, and parallel with this, we also must study the language, which plays a key role in the life of law. In this paper we deal with the views of (mostly domestic) lawyers on the importance of language for law during the second half of the 20th century, while having in mind, at the same time, the views of the most important domestic and foreign linguists on the same topic.*

**Keywords:** *law, language, linguistics, communication, language of law.*

Datum prijema rada: 04.02.2018.

*Dr Aleksandar L. Martinović, docent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
A.Martinovic@pf.uns.ac.rs*

## SLUŽBENIČKO PRAVO U SRBIJI NA RAZMEĐI VEKOVA – SAVREMENE TENDENCIJE U RAZVOJU SLUŽBENIČKOG SISTEMA I IZBOR DRŽAVNIH SLUŽBENIKA

**Sažetak:** *S obzirom na to da su deklarirani ciljevi reformi službeničkih sistema u svim državama tranzicije, pa tako i u Srbiji, uglavnom bili isti – obezbeđenje profesionalnog, racionalizovanog i depolitizovanog službeničkog aparata – sve one su se opredelile za slična određenja i podele državnih službenika, ali sa različitim obuhvatom i različitim načinima njihovog izbora. Iako se u institucionalizaciji rešenja često polazilo od istih teorijskih modela, usled različitih kombinacija njihovih pojedinih elemenata, oni nisu rezultirali sličnim zakonskim rešenjima, a praksa njihove primene je neretko iznedrila veoma originalna rešenja. Širenje kruga državnih službenika na račun funkcionera, balansiranje karijernog i ugovornog modela i jačanje centralizacije izbora, neke su od osnovnih tendencija u razvoju službeničkog sistema u Srbiji. U radu su obrađena pitanja klasifikacije i izbora državnih službenika u Srbiji i njihova usklađenost sa proklamovanim principima.*

**Ključne reči:** *državni službenici, državna uprava, službenički sistem.*

### 1. UVOD

Savremene tendencije razvoja državne uprave se posebno odražavaju na njen službenički sistem. Strukturu kadrova državne uprave čini više kategorija sa različitim položajem, pravima i obavezama, odgovornošću, te načinom izbora. Lica koja obavljaju poslove u okviru državne uprave diferenciraju se prema određenim kriterijumima. Ti kriterijumi su zastupljeni u skoro svim savremenim službenič-

kim sistemima u Evropi.<sup>1</sup> Najzastupljenija je podela kadrova u državnoj upravi na: funkcionere, kao političku klasu u državnoj upravi; službenike, koji poslove u državnoj upravi obavljaju kao osnovno i trajno zanimanje; lica koja privremeno obavljaju određene poslove (po pravilu, na osnovu ugovora); i lica koja obavljaju prateće, pomoćne i tehničke poslove.<sup>2</sup>

Sam karakter poslova državne uprave lica koja ih obavljaju kao trajno i osnovno zanimanje, odnosno profesiju, izdvajaju u poseban radnopravni režim koji se naziva službeničkim odnosom.<sup>3</sup> Iako radnopravni odnos u državnim organima tradicionalno poseduje obeležja koja ga odvajaju od opšteg režima, savremene tendencije u razvoju službeničkog prava dodatno oblikuju ovaj odnos, usmeravajući ga ka određenim principima za koje se može smatrati da su opšteprihvaćeni u evropskim državama. Najbrojnija kategorija u personalnom supstratu državne uprave, čiji je radnopravni odnos, za razliku od drugih kadrova uprava, potpuno osoben, jesu državni službenici. Izuzimajući razlike koje se uočavaju među pojedinim pozitivnopravnim određenjima, u najopštijem, to su lica koja obavljaju osnovne poslove u organima državne uprave, a ne predstavljaju politički sloj, odnosno funkcionere.<sup>4</sup>

U Srbiji je od sredine XIX veka postojalo posebno činovničko pravo, a pratila ga je i odgovarajuća teorijska elaboracija problema činovničkog odnosa. To potvrđuju teorijski stavovi pionira srpske nauke upravnog prava i pozitivno-pravna rešenja položaja državnih službenika u Kneževini, odnosno Kraljevini Srbiji. Jedan od prvih srpskih pravnih pisaca koji se u XIX veku bavio problemom polo-

---

<sup>1</sup> U komparativnom pravu, kao ni u pravima država EU, ne postoje univerzalne klasifikacije kadrova u državnoj upravi. Ipak, mogu se u najopštijem uočiti zajednički principi zasnovani na „dobroj praksi“ na osnovu kojih se vrše određene komparacije i procene. Klasifikacija zavisi i od toga da li je u određenoj državi prihvaćen klasični sistem državne uprave, sa klasičnim državnim službenicima koji vrše vlast, ili sistem javne uprave koji obuhvata širi krug zaposlenih, tzv. javnih službenika, koji pored poslova državne uprave obavljaju i poslove javnih usluga. Više o tome u: D. Šuput, *Klasifikacija državnih službenika u zakonodavstvima različitih država*, *Pravni život*, broj 10, 2006, str. 403-424.

<sup>2</sup> U teoriji su prisutne različite klasifikacije kadrova u upravi. Stjepanović, s obzirom na ulogu i lični pravni položaj, kadrove deli na političke funkcionere, profesionalne službenike, počasne, prinudne i ugovorne učesnike. Redovni službenici su lica koja se nalaze u službi države i drugih javnih službi vršeći poslove javne službe kao svoje redovno zanimanje i to voljno, profesionalno, trajno i plaćeno. Ovu podelu prihvata i razrađuje Borković, navodeći pet kriterijuma klasifikacije: 1. da li se služba vrši redovno ili privremeno; 2. prema stepenu slobode volje prilikom uspostavljanja službeničkog odnosa – prinudne, pragmatičke i kontraktualne; 3. prema mestu u hijerarhijskoj lestvici; 4. prema metodu uređenja ovog odnosa; 5. prema vrsti organa u kome obavljaju službu. (Ivo Borković: *Upravno pravo*, Zagreb, 1987, str. 278-285). Pusić ih deli na političke funkcionere, upravne službenike i privremene saradnike. (Nauka o upravi, Zagreb, 1993, str. 203). Navodeći nedostatke funkcionalnog i organskog pojma, Vlatković navodi da pojam službenika treba uvek izvlačiti iz određenog pozitivnopravnog sistema, jer nije moguće dati jedan opšti pojam koji bi važio istovremeno za sve, a različite pravne sisteme ili za isti pravni sistem u različito vreme. (Milan Vlatković: *Službeničko pravo*, str. 54).

<sup>3</sup> Više o tome u: Ratko Marković: *Upravno pravo*, Beograd, 2002, str. 162-163.

<sup>4</sup> Uporediti sa: Dragan Milkov: *Upravno pravo I – uvodna i organizaciona pitanja*, Novi Sad, 2009, str. 182.

žaja i uloge državnih službenika bio je Miloje Lešjanin. On je još 1859. godine u Beču objavio svoju čuvenu raspravu *Državna služba i državne sluge*. Čvrsto stojeći na stanovištu nemačke pravne škole, Lešjanin je otvoreno ustao protiv nedisciplinovanosti i raspuštenosti činovnika pod režimom kneza Aleksandra Karađorđevića („ustavobraniteljski režim“). On je smatrao da činovnik nije vlasnik svoje službe, već da je, u pravno-političkom smislu, sluga države prema kojoj ima obavezu da postupa zakonito i savesno. Shodno tome, odgovornost činovnika za rad u službi morala je biti ustanovljena ne samo pred sudom, nego i pred višim administrativnim i političkim instancama: ministrom i knezom. Shvatanja Miloja Lešjanina došla su do izražaja u Mihailovom Zakonu o činovnicima od 1864. godine, posebno u izmenama Zakona od 1865. godine. Istorija i pravna praksa dali su za pravo Lešjaninu i tadašnjim srpskim pravnim propisima činovničkog prava, tako da analiza važećeg službeničkog prava u Srbiji pokazuje da je ono u velikoj meri u sebi implementiralo stavove i principe koji su se u Srbiji iskristalisali još u XIX veku. Tradicija srpskog činovničkog prava prekinuta je sa uspostavljanjem socijalističkog sistema i potpuno drugačijeg koncepta radnih odnosa, uključujući i radne odnose u organima uprave. Promenama političkog i ekonomskog sistema, početkom 1990-tih godina, stvoreni su uslovi za njegovo ponovno uspostavljanje.

Službenički sistemi u državama bivše Jugoslavije su prošli kroz osoben proces razvoja. U institucionalizaciji savremenih službeničkih sistema nekad se pristupalo preuzimanju tuđih rešenja, često i njihovoj nespretnoj adaptaciji, nekad se trágalo za originalnim formama, ali zajedničko opredeljenje ka evrointegracionim procesima deklarativno je bilo vodilja svim procesima u ovoj oblasti. Iako su postavljeni ciljevi uglavnom bili isti, ove države su se opredelile za različita rešenja u okviru službeničkog sistema, s tim da je u pogledu klasifikacije državnih službenika uglavnom usvojena ista podela.

## 2. PROFESIONALIZACIJA I KLASIFIKACIJA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA

Profesionalizacija službeničkog sistema, oličena u potrebi eliminisanja različitih oblika direktnog političkog uticaja na selekciju i napredovanje, jeste zajednička deklarirana vrednost svih država u tranziciji. Ona se određuje kao pretpostavka stabilnog i efikasnog sistema državne uprave i kontinuiranog vršenja javnih poslova i definiše kao jasna podela rada i ovlašćenja između izabranih političara i zvaničnika imenovanih na osnovu političkog poverenja, na jednoj strani, i profesionalnih državnih službenika na visokim mestima u državnoj upravi, na drugoj strani.<sup>5</sup> Postojanje različitih kategorija kadrova u državnoj upravi

<sup>5</sup> Vlada Republike Srbije, Strategija reforme državne uprave u Srbiji, oktobar 2004.

i njihov obuhvat, te razvrstavanje unutar centralne kategorije – službenika – u funkciji je ostvarivanja principa profesionalizacije, kao osnovne karakteristike „merit sistema“, za koji se smatra da danas predstavlja opšteprihvaćen model službeničkog sistema. Iako se princip profesionalizacije ne dovodi u pitanje ni u jednom službeničkom sistemu, niti u bilo kojoj fazi njegovog razvoja, vreme jednostranačkog sistema, kao i prvobitne faze tranzicije, sa pojavom višestranačja i političke borbe za pozicije unutar izvršne vlasti, pogodovali su takvim institucionalnim rešenjima koja su političku pripadnost preferirala u odnosu na zahtev za profesionalnim službeničkim aparatom. Za razliku od „sistema plena“, kod koga je izbor državnih službenika rezultat odnosa političkih snaga, gde politička pripadnost preovladava nad drugim svojstvima kandidata, osnovna karakteristika merit sistema jeste da se utvrde objektivni kriterijumi za izbor najsposobnijih kandidata i propiše postupak ocenjivanja na osnovu koga se vrši napredovanje u službi, kao i da se organizuje posebna kadrovska služba koja će proveravati, školovati, selektirati ili preporučivati najsposobnije kadrove za državne službenike.<sup>6</sup> Na ovaj način se ograničava prevelika sloboda funkcionera u prijemu, raspoređivanju, napredovanju i otpuštanju službenika.<sup>7</sup> Ipak, principi merit sistema se ne primenjuju na sve kadrove u upravi, jer je politička klasa – funkcioneri – izuzeta od njegovih kriterijuma. Stoga se kao pretpostavka profesionalizacije državne uprave javlja ograničenje kruga funkcionera u korist službenika. Za razliku od Hrvatske i Makedonije, gde je funkcionerski sloj najbrojniji,<sup>8</sup> u Srbiji, kao i drugim državama bivše Jugoslavije, on je maksimalno sužen u korist rukovodećih mesta, dok je u Republici Srpskoj funkcionerski sloj sveden samo na ministre. Ipak, politički kriterijum nije apsolutno isključen u pogledu izbora službenika, kao ni u pogledu drugih pitanja njihovog položaja. Različiti su modaliteti formalnog upliva političke volje u izbor državnih službenika. Ipak, ona se različito manifestuje u pogledu različitih vrsta državnih službenika, a činjenica samog postojanja takve mogućnosti sama po sebi ne dovodi u pitanje karakter jednog službeničkog sistema.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Pod izborom državnih službenika se smatra popunjavanje mesta državnih službenika, kako sticanje statusa državnog službenika od strane lica koje taj status nije posedovalo, do popunjavanja upražnjenog mesta od strane lica koje je na drugom radnom mestu u državnoj upravi, premeštajem ili napredovanjem.

<sup>7</sup> Osnovna karakteristika merit sistema u metodološkom smislu jeste da se selekcija ljudi za službenički posao vrši raznovrsnim proverama znanja i veština, na javnim konkursima. Više o tome u: Milan Vlatković: *Službeničko pravo*, str. 101-106.

<sup>8</sup> Posebno je karakteristično i neuobičajeno sa stanovišta savremenih i deklarativno prihvaćenih tendencija da je veliki broj pitanja koja čine službenički sistem, npr. vezano za izbor državnih službenika, klasifikacije radnih mesta, konkurs, selekciju, nagrađivanje i sl. regulisan podzakonskim propisima. Više o tome u: Z. Pičuljan: „Novosti u hrvatskim propisima o državnim službenicima“, *Hrvatska i komparativna javna uprava*, br. 4, 2006, str. 19-33.

<sup>9</sup> Ona u većoj meri dolazi do izražaja pri izboru rukovodećih kadrova, gde politički organ, i pored propisanih kriterijuma, konkursa i objektivnog rangiranja, uglavnom vrši konačan odabir, što je i logično jer kreiranje politike i njeno sprovođenje, za šta isti snosi političku odgovornost, u

Imajući u vidu da se unutar najbrojnije kategorije kadrova u državnoj upravi – državnih službenika – vrše dodatne klasifikacije zavisno od njihovog položaja, ali i drugih pitanja koja iz toga proističu, različito se postavljaju i kriterijumi kojima se obezbeđuje princip profesionalizacije, te se u operacionalizaciji tog principa propisuju, uz neophodne uslove za izbor i različiti načini izbora ali i trajanje službe, napredovanje, nagrađivanje i prestanak službe. Upliv političke volje u dominantno stručne kriterijume kao osnovne različito se manifestuje u pogledu različitih vrsta državnih službenika. Imajući u vidu da je, uz terminološke razlike, opšteprihvaćena podela na rukovodeća (položajna) i izvršilačka radna mesta, prvenstveno se propisivanjem različitog načina njihovog izbora, omogućava institucionalni upliv političke volje, ali na način koji nužno ne negira sam koncept merit sistema. Značajno je ukazati da, uprkos očekivanom zaključku, u državama Evropske unije takođe ne postoje jedinstveni standardi, niti odgovarajuće garancije depolitizacije izbora (kao i razrešenja) državnih službenika u svakoj od država. Iako se radi o dinamičnom procesu, iskustva Mađarske, Češke, Poljske i Slovenije govore o različitim pravcima izmena u službeničkom sistemu, od prvobitnih s kraja XX veka koje su išle u pravcu depolitizacije, do onih nakon ulaska u EU, koji su išli u pravcu decentralizacije izbora, liberalizacije razloga za razrešenje i uopšte politizacije celokupnog sistema, naročito u pogledu rukovodećih kadrova.<sup>10</sup>

Uslovi i postupak izbora državnih službenika u Srbiji su propisani i zavise od činjenice da li je u pitanju položaj ili izvršilačko radno mesto. U pogledu uslova za izbor razlikuju se opšti uslovi, koje mora da ispuni svaki kandidat za državnog službenika i posebni uslovi, koji se odnose samo na pojedine vrste državnih službenika. Opšti uslovi su: državljanstvo, punoletstvo, posedovanje propisane stručne spreme i da ispunjava ostale uslove određene zakonom, drugim propisom i pravilnikom o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u državnom organu, da mu ranije nije prestajao radni odnos u državnom organu zbog teže povrede dužnosti iz radnog odnosa i da nije osuđivan na kaznu zatvora u trajanju od najmanje šest meseci. Posebni uslovi za prijem u radni odnos državnih službenika su različito regulisani, u zavisnosti od toga da li je u pitanju državni službenik na položaju ili na izvršilačkom radnom mestu. To su: nivo obrazovanja i radno iskustvo. Slično rešenje postoji i u Crnoj Gori. U Hrvatskoj, Zakon nešto detaljnije propisuje uslove i prepreke za izbor službenika, te odgovarajuće metode

mnogome zavisi od kadrovske politike, te on i ne može apsolutno biti lišen njenog vođenja. Posebno se u izboru rukovodećih kadrova susreću pomenuti sistemi izbora, a zavisno od konkretnog upravnog sistema neki od njih odnosi prevagu ili se vešto balansira među njima, ali skoro nikada nema apsolutnog primata. Više o tome u: Z. Lončar, A. Martinović, D. Golić: „Modeli izbora državnih službenika u državama bivše Jugoslavije“, *Pravni život*, vol. 65, knj. 584, br. 10, 2016, str. 251-266.

<sup>10</sup> Više o tome u: A. Rabrenović: „Depolitizacija rukovodeće strukture državne uprave Srbije – nemoguća misija“, *Pravni život*, br. 10, 2011, str. 318-320.



provere kompetencija kandidata, čime on usvaja koncept merit sistema. Ipak, velika su diskreciona ovlašćenja konkursnih komisija, kao i rukovodilaca organa i Vlade, čime se ovaj model fleksibilnije primenjuje. Karakteristična je i mogućnost (ne i obaveza, zavisno od akta o unutrašnjem redu) psihološkog testiranja kandidata, gde negativna psihološka procena onemogućava izbor tog kandidata. U Bosni i Hercegovini ne postoji zakonska diferencijacija na opšte i posebne uslove koje kandidati za državne službenike moraju da ispunjavaju zavisno od vrsta radnih mesta. Na nivou BiH i Federacije BiH propisani su samo opšti uslovi, a na nivou Republike Srpske oni su kumulativno postavljeni, s tim što posebni uslovi nisu zakonom precizirani.<sup>11</sup>

Profesionalizacija službeničkog sistema se obezbeđuje, pored propisivanja izbornih uslova i detaljnim definisanjem postupaka selekcije i odlučivanja o izboru, putem obezbeđenja odgovarajućeg sastava konkursnih komisija, kao i pitanjima uslova za razrešenje. Za razliku od uslova za izbor državnih službenika, koji su, uz manje razlike, uglavnom isto postavljeni u pravcu obezbeđenja odgovarajuće stručnosti i iskustva, razlike se ogledaju prvenstveno u pogledu postupka izbora državnih službenika, gde se može utvrditi veći ili manji (ali ipak neizostavni) i uticaj političke volje, mada se on, tipski, kod određenih modela izbora manje manifestuje.

### 3. POSTUPCI IZBORA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA

Postupak izbora državnih službenika predstavlja pitanje u pogledu koga se mogu uočiti najznačajnije promene u pogledu upodobljavanja savremenim tendencijama. Ovo pitanje je bitno određeno samom klasifikacijom državnih službenika.<sup>12</sup> Ako selekcija državnih službenika predstavlja centralni institut službe-

---

<sup>11</sup> A) Opšti uslovi su: 1) da je državljanin Republike Srpske ili BiH, 2) da je stariji od 18 godina, 3) da ima opštu zdravstvenu sposobnost, 4) da nije osuđivan za krivično delo koje ga čini nepodobnim za obavljanje poslova u republičkom organu uprave, 5) da nije otpušten iz organa uprave kao rezultat disciplinske mere na bilo kojem nivou vlasti u BiH tri godine pre objavljivanja konkursa, 6) drugi uslovi utvrđeni propisom i sistematizacijom.

B) Posebni uslovi su: 1) odgovarajuća školska sprema, 2) položen stručni ispit za rad u republičkim organima uprave, 3) radno iskustvo u traženom stepenu obrazovanja. V) Dodatno: 1) da je radno mesto sistematizovano pravilnikom i 2) da odgovara kadrovskom planu za tekuću godinu

<sup>12</sup> Govoreći o razlikama koje postoje u pogledu klasifikacije državnih službenika u evropskim državama i nepostojanju jedinstvenih modela, Šuput ističe primere Nemačke i Francuske u kojima postoje centralizovani modeli klasifikacije, Velike Britanije u kojoj postoji relativno decentralizovan pristup i Švedske u kojoj je ovo pitanje krajnje individualizovano i klasifikacija usklađena sa potrebama pojedinih organa, na osnovama „nove javne uprave“. U komparativnom pravu, pa ni pravima država EU, ne postoje opšteprihvaćena rešenja klasifikacije. Na višem nivou opštosti



ničke politike, njihova klasifikacija predstavlja pretpostavku njene efektivnosti. Pod službeničkom politikom podrazumeva se plansko i sistematsko delovanje na popunjavanju službeničkih radnih mesta i stvaranje uslova za njihov rad, tako da organi državne uprave funkcionišu delotvorno i efikasno, ali i da se službenici optimalno stručno usavršavaju, karijerno razvijaju i nagrađuju, tako da imaju osećaj zadovoljstva u tom radu kao i da se podiže društveno uvažavanje rada u javnoj upravi.<sup>13</sup>

U službeničkim sistemima svih država u tranziciji, što se posebno naglašava kada su u pitanju države sa prostora bivše SFRJ, konkurs deklarativno predstavlja osnovni metod popunjavanja slobodnih radnih mesta državnih službenika. Prema nadležnosti za njegovo sprovođenje može se izvršiti klasifikacija na centralizovan i decentralizovan model izbora, iako se oni retko gde mogu uočiti u čistom obliku. Centralizovani model karakterističan je za brojne države, kao što su SAD, Velika Britanija, Francuska, Belgija i Italija. Postupak izbora državnih službenika sprovodi poseban, specijalizovani organ koji oglašava slobodna radna mesta, sprovodi testiranje i rangiranje kandidata, na osnovu čega organ u kojem se vrši izbor donosi odluku o konačnom izboru. Strožija varijanta ovog sistema podrazumeva da specijalizovani organ neposredno donosi odluku o izboru. Centralizacija izbora je dominantnija kod izbora rukovodećih mesta u državama sa prostora bivše Jugoslavije. Na ovaj način se u većoj meri omogućava izbor stručnih, profesionalnih i kompetentnih državnih službenika. Ipak, strožijoj varijanti ovog modela se može uputiti zamerka da se vođenje značajnog dela kadrovske politike prepušta organu koji nema neposrednu odgovornost prema predstavničkom organu (parlamentu), koji je organizaciono izdvojen, a time i nedovoljno upućen u specifične potrebe, kao i sveukupan radni ambijent organa za koji se vrši izbor. Ovim načinom izbora dovodi se u pitanje i sam osnov njegovog legitimiteta, jer on odudara od standardnih formi parlamentarnog sistema.

Osnovna karakteristika decentralizovanog izbora je da organ uprave samostalno raspisuje konkurs za novo zaposlenje i vrši konačan izbor kandidata, na osnovu unapred propisanih kriterijima. Ovaj način izbora državnih službenika je primenjen u Španiji, Švedskoj, Danskoj, Norveškoj, Nemačkoj i Austriji. U državama bivše Jugoslavije, sa izuzetkom službeničkog sistema na nivou BiH, ovaj model je dominantan kad su u pitanju izvršilačka radna mesta, a u Hrvatskoj i kod položajnih mesta. Ovaj sistem pruža veću slobodu organima u izboru držav-

---

se mogu uočiti zajednički principi zasnovani na „dobraj praksi“ na osnovu kojih se vrše određene komparacije i procene. Više o tome u: D. Šuput: „Klasifikacija državnih službenika u zakonodavstvima različitih država“, *Pravni život*, broj 10, 2006, str. 423. Ipak, imajući u vidu potrebe, iskustva i probleme u vezi sa službeničkim sistemima država kao što je Srbija, teško da se može opredeliti za individualizovan pristup koji je uspešan u državama kao što je Švedska, a da to ozbiljno ne ugrozi postojanje samog sistema.

<sup>13</sup> Više o tome u: Eugen Pusić: *Nauka o upravi*, Zagreb, 2002, str. 228-239.

nih službenika, te izbor prema proceni sopstvenih potreba, ali on trpi kritike da je skloniji politizaciji uprave i prevelikoj moći rukovodioca organa. Stoga se mogu učiti različite kombinacije ili modifikacije u okviru pojedinih elemenata ovih modela, zavisno od nivoa ili vrste državnih službenika koji se biraju, s tim da je uvek jedan od njih dominantniji.

S obzirom na dostupnost radnih mesta državnih službenika licima van državne (javne) uprave, postoje karijerni i otvoreni model. Karijerni model podrazumeva da radna mesta državnih službenika koja se nalaze na dnu hijerarhijske lestvice popunjavaju se putem javnog konkursa i dostupna su i licima izvan javnog sektora, dok su viša radna mesta rezervisana za lica koja su već zaposlena u upravi (ili uopšte javnom sektoru), putem raspoređivanja ili napredovanja (otvorenog ili redovnog). Uslovi (posebno stručno obrazovanje, iskustvo i obuka), kriterijumi i postupci napredovanja su propisani zakonom. Moguće prednosti karijernog modela su stabilnost, kontinuitet, kvalitet koji proističe iz iskustva i veće motivisanosti službenika, manji broj „političkih postavljenja“ i shodno tome veći otpor političkom uticaju na rad službenika (s tim da je on prisutniji „iznutra“ u vidu nagrade za „poslušne“ kadrove). Ovaj model je blisko povezan i sa principom racionalizacije službeničkog sistema, jer podrazumeva prvenstvo postojećeg kadra u popunjavanju slobodnih mesta, a samim tim i mogućnost lakšeg rešavanja problema prekomernosti ili problema koji mogu proisteci iz promene organizacione strukture. Države koje ga u većoj meri praktikuju su Francuska, Nemačka, Austrija, Belgija, Grčka, Mađarska, Irska, Španija, Portugal i Rumunija.<sup>14</sup> Kod otvorenog modela sva radna mesta se popunjavaju na osnovu javnog konkursa. Na više radno mesto može se preći samo na osnovu učešća na javnom konkursu, pod jednakim uslovima za sve, bez ikakvog privilegovanja zaposlenih u državnoj upravi, čime se obezbeđuje potpuna konkurencija pri izboru državnih službenika, za koju se smatra da predstavlja pretpostavku kvaliteta. Ovaj model omogućava kontinuirano prilagođavanje razvoju tržišta rada i posebnim potrebama i uslovima u različitim delovima državne uprave. Države u kojima je dominantnije zastupljen su: Danska, Estonija, Finska, Češka, Holandija i Velika Britanija. Karakterističan je primer službeničkog sistema na nivou BiH u kojem je najdoslednije primenjen ovaj model. Ipak, u čistom obliku nijedan od pomenutih modela nije primenjen.

#### 4. IZBOR DRŽAVNIH SLUŽBENIKA U REPUBLICI SRBIJI

Iako Srbija, kao država sa dužom državnom i pravnom tradicijom u odnosu na većinu država koje su prošle ili još uvek prolaze proces tranzicije, ima i zna-

---

<sup>14</sup> Više o tome u: B. Davitkovski, Z. Lončar. A. Pavlovska-Daneva: *Nauka o upravi*, Podgorica, 2012, str. 141-166.

čajnu tradiciju službeničkog (činovničkog) sistema, koji je poznavao i neke od principa na kojima se temelji savremeno službeničko pravo, ali shodno prilikama i razvoju društvene svesti tog doba različito postavljenih kroz pojedinačna rešenja, potreba za usklađivanjem sa savremenim tendencijama iznedrila je ipak sasvim nov koncept na kome počivaju službenički odnosi, mada su potrebe koje su determinisale njegovu prvobitnu institucionalizaciju i razvoj ostale skoro iste.<sup>15</sup>

U Srbiji je poseban službenički sistem, zasnovan na principima profesionalizacije i depolitizacije, uspostavljen 2005. godine donošenjem Zakona o državnim službenicima.<sup>16</sup> On se odnosi ne samo na zaposlena lica u organima državne uprave, već i u svim ostalim državnim organima,<sup>17</sup> s tim da se on samo supsidijarno primenjuje na pojedine kategorije državnih službenika, čiji je radnopravni odnos uslovljen specifičnostima poslova koje obavljaju, kao što su policijski, poreski i službenici koji rade na bezbednosnim poslovima i u zavodima za izvršenje zavodskih sankcija, što takođe predstavlja standardno rešenje u institucionalizaciji službeničkih sistema u evropskim državama.<sup>18</sup>

Pitanja na kojima se vrši procena ispunjenosti principa profesionalizacije i depolitizacije službeničkog sistema, ali uz njih i principa racionalizovanog upravnog aparata, efikasnosti, odgovornosti i stabilnosti, tiču se prevashodno uslova za izbor, nadležnosti za izbor, postupaka izbora i trajanja njihovog radnog odnosa.<sup>19</sup>

Za različite kategorije državnih službenika predviđena su i različita rešenja. Najizraženija razlika se tiče načina njihove selekcije i shodno njoj, različitog dometa proklamovanih principa profesionalizacije i depolitizacije.<sup>20</sup> Radna mesta

<sup>15</sup> Videti: Z. Lončar: „Pravni položaj pokrajinskih službenika“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1, 2012, str. 145-147.

<sup>16</sup> „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 79/2005, 81/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009, 99/2014 i 94/2017.

<sup>17</sup> Zakon o radu – kao opšti propis („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 i 113/2017) – se primenjuje na sva pitanja koja nisu regulisana Zakonom o državnim službenicima.

<sup>18</sup> Primera radi, Zakon o javnim službenicima Slovenije od 2002. godine sadrži načela koja se odnose na celokupan javni sektor. Javni sektor, shodno ovom zakonu, obuhvata državne organe uprave, uprave lokalnih samoupravnih jedinica, javne agencije, javne fondove, javne zavode i javne privredne zavode, kao i na druga lica javnog prava koja su korisnici državnog budžeta ili budžeta lokalne zajednice. Više o tome u: S. Dujić: „Pravni položaj javnih službenika u Republici Sloveniji“, *Moderna uprava*, časopis za upravno-pravnu teoriju i praksu, br. 2/2009, Agencija za državnu upravu, Banja Luka, 2009, str. 21. Javni službenik je generički pojam za sva lica zaposlena u državnim organima, organima lokalne samouprave i većini javnih službi, dok su činovnici i stručno-tehnički službenici lica koja su zaposlena u državnim organima i organima lokalne samouprave. Uporediti: G. Virant: „Pravni režim selekcije najviših rukovodećih državnih službenika sa posebnim osvrtnom na uređenje u državama na teritoriji bivše SFRJ“, *Pravni život*, broj 10, 2011, str. 199-202.

<sup>19</sup> Videti: Z. Lončar, „Depolitizacija i profesionalizacija uprave u Republici Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 4, 2013, str. 185-202.

<sup>20</sup> Kao pretpostavka depolitizacije uprave, kao osnovne odrednice njenog savremenog razvoja, smatra se odvajanje položajnih radnih mesta od funkcionera i posebno preciziranje razloga

državnih službenika, kao i u većini službeničkih sistema, dele se na položajna i izvršilačka.<sup>21</sup>

Državni službenici na položaju su lica koja imaju ovlašćenja i odgovornosti vezane za vođenje i usklađivanje rada u državnom organu. Ova lica postavlja Vlada na period od pet godina, što se, imajući u vidu da se radi o dužem periodu od mandata Vlade doprinosi smanjenju politizacije i obezbeđenju kontinuiteta u radu, bez obzira na politički sastav Vlade. U državne službenike na položaju spadaju: pomoćnik ministra, sekretar ministarstva, direktor organa uprave u sastavu ministarstva, pomoćnik direktora organa uprave u sastavu ministarstva, direktor posebne organizacije, zamenik i pomoćnik direktora posebne organizacije, direktor službe Vlade, zamenik i pomoćnik direktora službe Vlade, zamenik i pomoćnik Generalnog sekretara Vlade i načelnik upravnog okruga. Poseban pravni režim za položajna mesta, odnosno njihovo potpuno razdvajanje od funkcionera predstavlja najznačajnije unapređenje službeničkog sistema u pravcu proklamovanih savremenih principa i ujedno najveće dostignuće Zakona o državnim službenicima.<sup>22</sup> Obuhvat položajnih mesta u poređenju sa državama bivše Jugoslavije je na nižem nivou i može se smatrati adekvatnim.<sup>23</sup>

Državni službenici na izvršilačkim radnim mestima su lica koja rade u organima uprave na radnim mestima koja nisu položaji. U državne službenike na izvršilačkim radnim mestima takođe spadaju i rukovodioci užih unutrašnjih jedinica u državnom organu. Pravilo je da se državni službenici na izvršilačkim radnim mestima, za razliku od položaja, nalaze u radnom odnosu na neodređeno vreme. Izvršilačka radna mesta se razvrstavaju po određenim zvanjima, u zavisnosti od složenosti i odgovornosti poslova, potrebnih znanja i sposobnosti i uslova za rad i to: viši savetnik, samostalni savetnik, savetnik, mlađi savetnik, saradnik, mlađi saradnik, referent i mlađi referent.

Način izbora zavisi od vrste državnih službenika. Prilikom popunjavanja upražnjenih položajnih mesta konkurs predstavlja osnovni način, a kod izvršilačkih radnih mesta prednost imaju drugi načini popunjavanja. Takođe, pri popunja-

---

za njihovo razrešenje. To je fundamentalna promena u odnosu na ranije propise. A. Rabrenović, Z. Vukašinović-Radojčić: „Novine u službeničkom sistemu državne uprave Srbije“, *Pravni život*, broj 10, 2010, str. 432.

<sup>21</sup> Iako se ova podela može smatrati opšteprihvaćenom, ilustrativan je primer Crne Gore, gde se, kao potvrda opredeljenja za profesionalnim službeničkim aparatom, došlo do prilično originalne podele na četiri vrste državnih službenika: visoko-rukovodni kadar, ekspertsko-rukovodni kadar, ekspertski kadar i izvršni kadar. U okviru svake od navedenih kategorija državnih službenika postoji nekoliko nivoa radnih mesta sa odgovarajućim zvanjima.

<sup>22</sup> Više o tome u: A. Rabrenović: „Depolitizacija rukovodeće strukture državne uprave Srbije – nemoguća misija“, str. 310. i 314.

<sup>23</sup> Videti: Z. Lončar, D. Vučetić, European Standards and Public Administration Reform in the Republic of Serbia, 16<sup>th</sup> International conference Toulon-Verona “Excellence in Services“, Faculty of Administration University of Ljubljana, Slovenia, 29-30. August 2013, pp. 434-454.

vanju položajnih radnih mesta interni konkurs ima prednost.<sup>24</sup> Stoga, kao i u većini drugih zemalja i u Srbiji postoji specifična kombinacija karijernog i ugovornog modela izbora, ali preovlađujuće karijernog, gde su radna mesta načelno dostupna svima, ali popunjavanje se prioritarno vrši iz raspoloživog kadra u samoj državnoj upravi.

Imajući u vidu da su za sva radna mesta u državnoj upravi propisani uslovi koji se tiču stručnosti, iskustva i posedovanja drugih kompetencija, te da politička postavljenja ostaju na nivou državnih sekretara, koji ne spadaju u državne službenike, može se konstatovati da postoje prepostavke merit sistema. Njega donekle „ublažava“ činjenica da je mandat položajnih radnih mesta vremenski ograničen, da postoji mogućnost postavljenja vršilaca dužnosti, te da Vlada, na odgovarajući predlog, vrši postavljenje – sve to stvara mogućnost balansiranja političkog i stručnog kriterijuma. Pored toga, pri izboru lica izvan državne uprave, redosled na rang listi nije obavezujući pri izboru, čime se ostavlja izvesna sloboda rukovodiocu u izboru zaposlenih. Principu depolitizacije, ali i racionalizacije pogoduje pravilo prema kome radno mesto može da se popuni kad se ispune dva uslova: 1) da je radno mesto predviđeno pravilnikom o sistematizaciji; i 2) da se njegovo popunjavanje uklapa u doneseni kadrovski plan. Ipak, rukovodilac nije po automatizmu vezan ispunjenjem ova dva (mada neophodna) uslova. Kad se oba uslova ispune, rukovodilac odlučuje da li je potrebno da se radno mesto popuni, dakle postoji i dodatni kriterijum – kriterijum procene.

*Izbor državnog službenika na položaj* se može izvršiti na osnovu internog ili javnog konkursa, pri čemu je interni konkurs uvek obavezan ako položaj popunjava Vlada. U drugim slučajevima javni konkurs se može odmah raspisati. Interni ili javni konkurs oglašava Služba za upravljanje kadrovima, a sprovodi konkursna komisija koju imenuju Visoki službenički savet, iz reda svojih članova i stručnjaka za određenu oblast, od kojih jedan član može biti i državni službenik iz državnog organa u kome se popunjava položaj, što predstavlja najveći domet u

---

<sup>24</sup> Slično rešenje postoji i u Hrvatskoj. Slobodna radna mesta državnih službenika se popunjavaju: 1) javnim konkursom; 2) internim oglasom; 3) napredovanjem; 4) premeštajem i 5) rasporedom u skladu sa Zakonom o državnim službenicima. Iako iz ovakvog redosleda može proizaći zaključak o važnosti javnog konkursa, ipak se ostali metodi popunjavanja slobodnih mesta prioritarno koriste. Pre nego što se raspiše konkurs, državni organ je dužan da se obavesti kod centralnog tela državne uprave nadležnog za službeničke odnose o raspoloživim službenicima koji ispunjavaju uslove za izbor. Ukoliko pak ima raspoloživih službenika, pristupa se njihovom testiranju i intervjuisanju, da bi se proverile njihove kompetencije. Tek ukoliko nijedan od njih ne ostvari zadovoljavajuće rezultate pristupa se drugim načinima izbora. U Sloveniji se, takođe, popunjavanje upražnjenih radnih mesta činovnika vrši iz raspoloživih resursa u okviru zakonom definisanog javnog sektora, prvenstveno premeštanjem činovnika iz istog organa ukoliko je to moguće. U Crnoj Gori je to slučaj sa izvršnim kadrom, dok se za najviše kategorije nužno sprovodi javni konkurs. On je isključivo pravilo samo kad se radi o popunjavanju radnih mesta službenika na nivou BiH.

obezbeđenju principa profesionalizacije.<sup>25</sup> Nakon okončanja izbornog postupka, konkursna komisija sastavlja listu od najviše tri kandidata koji su sa najboljim rezultatom ispunili merila propisana za izbor. Rukovodilac organa uprave predlog kandidata za izbor na položaj šalje Vladi, koja donosi odluku o postavljenju na položaj. Ni u ovom slučaju politička volja nije u potpunosti eliminisana, niti bi to imalo smisla i logičnog opravdanja, imajući u vidu političku odgovornost Vlade i rukovodilaca najznačajnijih organa državne uprave. U slučaju da rukovodilac organa uprave ne želi ni jednog od ponuđenih kandidata da predloži Vladi, dužan je da o razlozima za to obavesti Visoki službenički savet. Isto tako, rukovodilac organa uprave ne može predložiti Vladi ni jednog od kandidata za postavljanje ako je konkursna komisija utvrdila da nijedan kandidat nije ispunio merila propisana za izbor.<sup>26</sup> Ako Vladi ne bude predložen nijedan kandidat ili ako Vlada ne izabere predloženog kandidata raspisuje se novi javni konkurs.<sup>27</sup> Rešenje koje je karakteristično i podobno za različite ocene, zavisno od ugla posmatranja, jeste ono prema kojem državni službenik može posle proteka vremena na koje je postavljen biti ponovo postavljen na isti položaj, bez internog ili javnog konkursa.<sup>28</sup> Njime se omogućava, s jedne strane, kontinuitet, stabilnost, uvažavanje dobrog rada i iskustva, ali s druge strane i izvesna arbiternost i politički uticaj. Ipak, ovo rešenje samo po sebi ne garantuje ni dobru ni lošu praksu i na ovom primeru pravna kultura i adekvatna službenička politika predstavljaju pravu determinaciju. Na sličnim obrazloženjima se bazira i rešenje o imenovanju vršilaca dužnosti. Do postavljenja državnog službenika na položaj, može biti postavljen vršilac dužnosti, na šest meseci, bez internog ili javnog konkursa. Ma kako i koliko da se ovo rešenje činilo podobnim za politizaciju, ono se ipak može smatrati nužnim, naročito u situaciji objektivne sprečenosti izbora odgovarajućeg kandidata. Njegova zasupljenost u komparativnom pravu, te nepokrivenost svih mogućih situacija upražnjenosti zakonom, opravdavaju njegovo egzistiranje, ali i restriktivnu primenu.

---

<sup>25</sup> Ilustrativan je primer Slovenije u kojoj u pogledu izbora rukovodećih službenika postoje slična rešenja. Savet za državnu upravu, kao telo sastavljeno od stručnjaka, postavljenih lica i državnih službenika, postavlja standarde kompetencija za upražnjena mesta i za konkretni konkurs, vrši proveru i rangiranje, sa formiranjem liste adekvatnih kandidata, koje, na predlog funkcionera, postavlja Vlada. Više o tome u: G. Virant: „Pravni režim selekcije najviših rukovodećih državnih službenika sa posebnim osvrtom na uređenju u državama na teritoriji bivše SFRJ“, str. 205-210.

<sup>26</sup> I u Sloveniji je izbor na položaj generalno otvoren, vremenski ograničen, ali nešto više podlozan političkom uticaju. Sve kandidate za koje konkursna komisija smatra da ispunjavaju uslove za određeni položaj, ona predlaže funkcioneru organa, od kojih on bira onog za koga se sam odluči, bez obaveze da obrazlaže svoju odluku, a može odlučiti da ne zaposli nijednoga od predloženih kandidata i od Činovničkog saveta tražiti da ponovi postupak, a može i sam imenovati komisiju da sprovede novi postupak.

<sup>27</sup> Zakon o državnim službenicima, članovi 66-75.

<sup>28</sup> Zakon o državnim službenicima, član 67.



*Izbor državnih službenika na izvršilačko radno mesto* se može izvršiti na četiri načina: premeštajem unutar istog organa, premeštajem po osnovu sporazuma o preuzimanju, kao i premeštajem iz drugog državnog organa po sprovedenom internom ili javnom konkursu, čime je jasno naglašen karijerni model. Prednost uvek ima premeštaj državnog službenika iz istog organa. Ako se radno mesto ne popuni ovakvim premeštajem, rukovodilac organa može sprovesti postupak preuzimanja državnog službenika iz drugog državnog organa. U slučaju ako se radno mesto ni na taj način ne popuni, sprovodi se interni konkurs.<sup>29</sup> Ovim načinima popunjavanja upražnjenih mesta se potencira karijerni sistem, a time se obezbeđuje i veća valorizacija principa profesionalizacije, ali i depolitizacije i racionalizacije, jer se prioritet daje zaposlenima koji već raspolazu odgovarajućim iskustvom. Njime se omogućava i zasluženost napredovanje državnih službenika. Ako interni konkurs nije sproveden ili je sproveden neuspešno, obavezan je javni konkurs. Ako ni javni konkurs nije uspeo, radno mesto se u tom slučaju ne popunjava, već rukovodilac organa može odlučiti da ponovo sprovede postupak popunjavanja radnog mesta prema istovetnom redosledu radnji.<sup>30</sup>

Kod prijema državnog službenika na izvršilačko radno mesto javnim konkursom, u izbornom postupku se, ocenjivanjem stručne osposobljenosti, znanja i veština, utvrđuje rezultat kandidata prema merilima propisanim za izbor i smanjuje mogućnost političkog vrednovanja. Nakon sprovedenog konkursa, Komisija sastavlja listu za izbor na koju stavlja kandidate za najboljim rezultatom. Rukovodilac organa donosi odluku o izboru državnog službenika. Iako nije vezan redosledom kandidata na rang listi, on mora da izabere kandidata sa pomenute liste za izbor. Izabrani kandidat dužan je da stupi na rad u roku od osam dana od dana konačnosti rešenja o prijemu u radni odnos, odnosno rešenja o premeštaju, izuzev ako mu rukovodilac iz opravdanih razloga ne produži rok. Ako izabrani kandidat u tom roku ne stupi na rad, smatra se da rešenje nije doneseno, a rukovodilac može da izabere nekog drugog kandidata sa liste.<sup>31</sup>

U pogledu izbora državnih službenika na položaj, može se govoriti o kombinaciji elemenata centralizovanog i decentralizovanog sistema.<sup>32</sup> Centralizovanost se ogleda u nadležnosti posebnog organa – Visokog službeničkog saveta da imenuje konkursnu komisiju, koja sprovedi konkurs i rangira kandidate. Samo tri prvorangirana kandidata mogu biti predloženi za postavljenje. Takođe, postavlje-

<sup>29</sup> Rešenje koje je postojalo do kraja 2009. godine je predviđalo obavezu organa sa preko 100 zaposlenih da sprovedu interni konkurs samo unutar tog organa ili službe Vlade, a tek ukoliko on bude neuspešan sprovodio bi se interni konkurs unutar svih organa državne uprave i službi Vlade. Na taj način se postupak izbora znatno usporavao, komplikovao, na ovaj konkurs se redovno prijavljivao mali broj kandidata, što je ovo rešenje obesmišljavalo, te je kao takav promenjen.

<sup>30</sup> Zakon o državnim službenicima, članovi 49-54.

<sup>31</sup> Zakon o državnim službenicima, članovi 54-60.

<sup>32</sup> Više o karakteristikama i zastupljenosti ovih modela u: Z. Lončar, D. Golić, A. Martinović: „Izbor državnih službenika u Srbiji i BiH“, *Pravna riječ*, Banjaluka, br. 46, 2016, str. 237-254.



nje vrši najviši organ izvršne vlasti – Vlada, ali na predlog ministra ili drugog rukovodioca organa uprave, koji nije dužan da predloži izbor nijednog od ta tri kandidata, s tim što je u obavezi da svoju odluku posebno obrazloži, čime je obezbeđen upliv elemenata centralizovanog modela. U pogledu izbora državnih službenika na izvršilačkim radnim mestima dominantno je zastupljen decentralizovani model, u kome odluku u prijemu ili premeštaju donosi rukovodilac organa uprave, na osnovu sprovedenog konkursa. Ipak, uloga Službe za upravljanje kadrovima – da oglašava slobodna radna mesta i da učestvuje u konkursnim komisijama – predstavlja izvestan nivo centralizacije, kojim se obezbeđuje veći stepen kontrole zapošljavanja i napredovanja.<sup>33</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

Savremene tendencije u razvoju službeničkih sistema, koje uključuju principe profesionalizacije, depolitizacije i efikasnosti, posebno problematizuju način izbora državnih službenika, te pitanja koja iz njega proističu, kao što je pitanje uslova za izbor, klasifikovanja državnih službenika, postupaka i nadležnosti za selekciju i konačan odabir, dostupnost rukovodećih mesta itd. Implementacija navedenih principa u nacionalna prava se smatra vidom usklađivanja sistema državne uprave sa evropskim standardima. Ipak, svaki od njih se može realizovati u čitavom kompleksu vrlo različitih rešenja. Takođe, njihova međusobna kombinacija, uslovljenost, efektivnost i primenjivost u datim okolnostima, određenim političkim odnosima, tradicijom, ekonomskim odnosima i sl. daju različite ocene naizgled istih rešenja. U Evropi egzistiraju različiti modeli izbora državnih službenika koji se klasifikuju prema nizu kriterijuma. Ipak, teorijski modeli se retko gde primenjuju u svom čistom obliku. Praksa njihove primene je iznedrila veoma originalna rešenja, evoluirajući od jednog ka drugom modelu u sasvim osobene obrasce, što je posebno vidljivo na primeru država sa prostora bivše SFRJ.

Iako je Srbija imala dugu tradiciju posebnog službeničkog sistema, u čijem temelju su, još krajem XIX veka, bili principi koji imaju isti naziv, ali kojima je savremeni razvoj dao drugačije značenje, ona je, vođena potrebom za harmonizacijom sa tzv. evropskim standardima, izgradila nov, moderan i potpun službenički sistem.

Srbija je ne samo deklarativno prihvatila, nego i dosledno sprovela princip depolitizacije u pogledu određenja pojma i vrsta državnih službenika. Maksimalno je smanjen politički u korist službeničkog sloja. Ona, kao i druge države bivše Jugoslavije, prihvata podelu na rukovodeće i ostale službenike. Imajući u vidu da

---

<sup>33</sup> A. Rabrenović, Z. Vukašinović-Radojčić: „Novine u službeničkom sistemu državne uprave Srbije“, *Pravni život*, broj 10, 2010, str. 423.

se politički uticaj prevashodno manifestuje u pitanjima koja se tiču rukovodećih službenika, propisivanjem dužeg trajanja radnog odnosa rukovodećih službenika u odnosu na mandat Vlade, te propisivanjem uslova za njihovo postavljenje, detaljno uređivanje postuka selekcije, sastava konkursnih komisija i sličnih pitanja, izgrađen je celovit, koherentan i logičan model, upodobljen proklamovanim demokratskim principa službeničkog prava, a u isto vreme primenjiv i realan.

Zakon o državnim službenicima nastoji da jasno odredi uslove za izbor, umanju politički karakter izbora, obezbedi stalnost na nižim (i srednjim) nivoima državnih službenika, izdvoji javni konkurs kao osnovni metod izbora. Na ovaj način se nastojala deklarirati pripadnost modelima merit i otvorenog (ugovornog) sistema.

Posmatrajući sama rešenja o izboru, mera političkog uticaja na izbor državnih službenika se može smatrati odgovarajućom. Ona ne ugrožava principe na kojima se službenički sistem temelji, a u isto vreme omogućava odgovarajuću ulogu funkcionera u izboru najbližih saradnika, bez čije saradnje i međusobnog poverenja njegov mandat ne bi mogao ni biti uspešan, te bi njegovo lišavanje mogućnosti uticaja na izbor bilo nerealno i nekompatibilno konceptu državne uprave.

U pogledu rešenja koja prioritet daju premeštaju i drugim metodama popunjavanja upražnjenih mesta u odnosu na javni konkurs, može se konstatovati da znatno umanjuju njegovu otvorenost i uvode elemente karijernog modela, čime se potvrđuje da se teorijski modeli retko kad u potpunosti primenjuju u društvenom i političkom životu, jer praksa nameće potrebu evolucije i prilagođavanja svakog od njih. Iako u Evropi danas postoji tendencija centralizacije izbora državnih službenika, naročito onih hijerarhijski viših, u državama bivše SFRJ u pogledu ovog pitanja postoje najrazličitija rešenja. Koncept izbora državnih službenika u Srbiji ide u pravcu decentralizovanog izbora nižih (izvršilačkih) i centralizovanog izbora viših (položajnih) službenika.

*Aleksandar L. Martinović, Ph.D., Assistant Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
A.Martinovic@pf.uns.ac.rs*

## **Civil Servants Law in Serbia at the Crossroads of the Centuries – Contemporary Tendencies in the Development of Civil Servants System and Selection of Civil Servants**

**Abstract:** *Given that the declared goals of reforming the civil service systems in all countries of transition, and so in Serbia, were mostly the same – the provision of a professional, rationalized and depoliticized civil service apparatus – all of them opted for similar definitions and classifications of civil servants, but with different scope and different ways of their selection. Although the institutionalization has often been based upon the same theoretical models, due to different combinations of their individual elements, they did not result in similar regulation, and their application has often come up with very original solutions. The expansion of civil servants at the expense of officials, the balancing of the career and contract model and the strengthening of the selection centralization are some of the basic tendencies in the development of the civil service system in Serbia. This paper deals with the classification and selection of civil servants in Serbia and their compliance with the proclaimed principles.*

**Keywords:** *civil servants, state administration, civil servants system.*

Datum prijema rada: 05.01.2018.

*Dr Sanja M. Radovanović, docent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
S.Radovanovic@pf.uns.ac.rs*

*Nikolina B. Mišćević, asistent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs*

## O REALIZACIJI UGOVORA O UGOVORNOJ KAZNI ZAKLJUČENOG U FORMI JAVNOBELEŽNIČKOG ZAPISA<sup>1</sup>

**Sažetak:** Ugovorom o ugovornoj kazni se dužnik obavezuje da poveriocu isplati određenu svotu novca ili pribavi drugu materijalnu korist ukoliko glavnu obavezu ne ispuni, odnosno ukoliko je ne ispuni blagovremeno. Postojanje akcesornosti ugovorne kazne u odnosu na potraživanje čijem obezbeđenju služi nesporno je u domaćoj pravnoj teoriji, ali je sporan njen obim. U radu je analizirana akcesornost ugovorne kazne u realizaciji, odnosno pitanje mogućnosti samostalnog isticanja zahteva za isplatu ugovorne kazne, nezavisno od zahteva za prinudno namirenje glavnog potraživanja. Ovo pitanje postaje kompleksno u slučaju kada se radi o ugovornoj kazni zbog zadocnjenja, a poverilac još uvek nije primio, niti zahtevao ispunjenje glavne obaveze. Stoga se u radu nastoji odgovoriti na navedeno pitanje iz aspekta mogućnosti zaključenja ugovora o ugovornoj kazni u formi izvršnog javnobeležničkog zapisa i eventualnog prinudnog ostvarenja zahteva za isplatu, odnosno predaju ugovorne kazne na osnovu tako stečene izvršne isprave.

**Ključne reči:** ugovorna kazna, ugovorna kazna zbog zadocnjenja, akcesornost u realizaciji, forma ugovora o ugovornoj kazni, izvršni javnobeležnički zapis.

---

<sup>1</sup> Rad je nastao kao rezultat istraživanja u okviru projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

## 1. O UGOVORNOJ KAZNI UOPŠTE

Ugovorna kazna je određeni novčani iznos ili druga materijalna korist koju dužnik dužuje poveriocu ukoliko svoju obavezu ne ispuni uopšte ili je ne ispuni o dospelosti. Mogućnost ugovaranja ugovorne kazne rezervisana je samo za nenovčana potraživanja. To je sredstvo učvršćenja potraživanja kojim se vrši pritisak na dužnika da svoju obavezu prema poveriocu uredno ispuni. Osim toga, ugovorna kazna ima i odštetnu funkciju u slučaju kada dužnik neispunjenjem ili neurednim ispunjenjem obaveze prouzrokuje štetu poveriocu. Ukoliko je šteta koju poverilac trpi veća od iznosa ugovorne kazne, poverilac ima pravo na razliku do punog iznosa naknade štete.<sup>2</sup> Međutim, da bi poverilac stekao zahtev za isplatu ugovorne kazne nije potrebno da je usled neispunjenja ili zadocnelog ispunjenja dužnikove obaveze pretrpeo štetu. Naime, on ovaj zahtev stiće samim nastupanjem uslova neispunjenja ili zadocnelog ispunjenja dužnikove obaveze, bez obzira na to da li mu je time pričinjena šteta. Dakle, kada se ovaj uslov ispuni, poverilac ima pravo na pun iznos ugovorne kazne, kako u slučaju kada mu je neispunjenjem ili zadocnjenjem prouzorkovana manja šteta od iznosa ugovorne kazne, tako i u slučaju kada nije trpeo bilo kakve štetne posledice. Upravo iz toga proizlazi penalni karakter ugovorne kazne kojim se zapravo vrši pritisak na dužnika da uredno ispuni obavezu.<sup>3</sup>

Zakonom o obligacionim odnosima predviđene su dve vrste ugovorne kazne: ugovorna kazna zbog neispunjenja i ugovorna kazna zbog zadocnjenja. U zavisnosti od toga za koji od ova dva slučaja je predviđena ugovorna kazna, razlikuje se položaj poverioca u trenutku kada predviđeni uslov nastupi. U slučaju kada je ugovorna kazna predviđena za slučaj neispunjenja, pa dužnik svoju obavezu ne ispuni, poverilac može da zahteva samo ispunjenje glavne obaveze ili isplatu ugovorne kazne. S druge strane, kada se dužnik obaveže na plaćanje ugovorne kazne za slučaju zadocnjenja, nastupanjem ovog uslova poverilac, pored zahteva za ispunjenje glavne obaveze, stiće i zahtev za isplatu ugovorne kazne pri čemu od dužnika može zahtevati ispunjenje oba. On to pravo neće imati jedino ako primi zadocnelo ispunjenje, a ne obavesti dužnika blagovremeno o tome da zadržava svoje pravo na ugovornu kaznu.<sup>4</sup> U ZOO je predviđena pretpostavka da su

---

<sup>2</sup> čl. 275, st. 2 ZOO.

<sup>3</sup> O funkciji vršenja pritiska na dužnika i odštetnoj funkciji ugovorne kazne vid. u Klaus Tonner, Armin Willingmann, Marina Tamm, *Vertragsrechtskommentar*, Köln 2010, 446, 573; Hein Kötz, *Vertragsrecht*, Tübingen 2012, Rn 1066, 449; Strezo Strezovski, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, (redaktori Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj); Beograd 1980, 677; Mihajlo Konstantinović, „Priroda ugovorne kazne-Smanjenje od strane suda“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3-4/1982, 521; Vladan Stanković, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktor Slobodan Perović). Beograd 1995, 628-629; Dragor Hiber u Dragor Hiber, Miloš Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd 2015, 466-472.

<sup>4</sup> čl. 273 ZOO.

se strane ugovorile ugovornu kaznu za zadocnjenje u slučaju da iz njihovog ugovora ne proizlazi šta drugo.<sup>5</sup>

Kao što i sam naziv ovog instituta kaže, ugovorna kazna može da nastane samo na osnovu saglasnosti volja poverioca i dužnika. Ova saglasnost može biti sadržana u posebnoj ispravi ili u okviru ugovora iz kojeg nastaje obaveza koja se ugovornom kaznom obezbeđuje. Međutim, i kada se nalazi u sastavu drugog, glavnog ugovora, ugovor o ugovornoj kazni je samostalan, poseban ugovor. To potvrđuje i činjenica da se ugovorna kazna može predvideti i za neispunjenje ili neuredno ispunjenje ne samo ugovorne obaveze, već i one nastale iz drugog izvora, poput prouzrokovanja štete, jednostrane izjave volje i ostalih.<sup>6</sup> Osim toga, ugovor o ugovornoj kazni strane mogu zaključiti i nakon nastanka obaveze radi čijeg ispunjenja se ugovornom kaznom vrši pritisak na dužnika.<sup>7</sup>

Prema ZOO, ugovor o ugovornoj kazni mora biti sačinjen u formi koja je predviđena za ugovor na osnovu kojeg je nastala obaveza na čije ispunjenje se ugovorna kazna odnosi.<sup>8</sup> Paralelizam formi između ugovora o ugovornoj kazni i onog iz kojeg nastaje potraživanje koje se ugovornom kaznom učvršćuje proizlazi iz akcesornosti ugovora o ugovornoj kazni.<sup>9</sup> Akcesornost ugovorne kazne izričito je predviđena zakonom. Prema ZOO, „sporazum o ugovornoj kazni deli pravnu sudbinu obaveze na čije se obezbeđenje on odnosi“.<sup>10</sup> Akcesornost jednog prava može se posmatrati iz aspekta njegovog nastanka, obima, pripadanja, realizacije i prestanka.<sup>11</sup> U ovom radu će biti reči o akcesornosti ugovorne kazne u realizaciji i uticaju forme ugovora na osnovu kojeg nastaje ugovorna kazna na ovaj segment njene akcesornosti.

## 2. O AKCESORNOSTI UGOVORNE KAZNE U REALIZACIJI

Pod akcesornošću ugovorne kazne u realizaciji se podrazumeva zavisnost mogućnosti njenog ispunjenja od ispunjenja glavne obaveze. Drugim rečima, za određenje postojanja, odnosno intenziteta akcesornosti ugovorne kazne u reali-

<sup>5</sup> čl. 270, st. 2 ZOO.

<sup>6</sup> „Ugovornom kaznom može se, u principu, obezbediti ispunjenje bilo koje obaveze bez obzira na izvor iz koga potiče.“, Vladan Stanković, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović). Kragujevac 1980, 781. Suprotno tome, Vizner govori isključivo o obezbeđenju glavne ugovorne obaveze, Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 1978, 1093-1106.

<sup>7</sup> Vid. Sanja Radovanović, *Akcesornost ugovorne kazne u srpskom pravu*, Novi Sad 2017, 26.

<sup>8</sup> čl. 271, st. 1 ZOO.

<sup>9</sup> Vid. V. Stanković, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović), str. 783 i S. Radovanović, 36, fn. 73 sa daljim upućivanjima.

<sup>10</sup> čl. 272, st. 1 ZOO.

<sup>11</sup> Vid. Miloš Živković, *Akcesornost založnih prava na napokretnosti*, Beograd 2010, str. 48.

zaciji potrebno je odgovoriti na pitanje da li poverilac može zahtevati i ostvariti njeno ispunjenje nezavisno od zahteva za ispunjenje glavne obaveze.<sup>12</sup>

Na ovo pitanje nije moguće dati jedinstven odgovor za obe vrste ugovorne kazne – ugovornu kaznu zbog neispunjenja i ugovornu kaznu zbog zadocnjenja. Ipak, postoje određeni argumenti koji govore u prilog postojanja akcesornosti, a koji jednako važe za svaku od navedenih vrsta ugovorne kazne.<sup>13</sup>

Poverilac može zahtevati ispunjenje ugovorne kazne samo onda kada se ispuni uslov neispunjenja ili zadocnjenja u ispunjenju glavne obaveze.<sup>14</sup> Osim toga, na postojanje ove akcesornosti ukazuje i to da je za sticanje zahteva za ispunjenje ugovorne kazne, bez obzira o kojoj vrsti ugovorne kazne se radi, potrebno da nastupi dospelost glavne obaveze. Dakle, tek kada dužnik padne u docnju sa ispunjenjem glavne obaveze poverilac stiče potraživanje po osnovu ugovorne kazne. Stoga, kako je poveriočev zahtev za ispunjenje glavne obaveze pre njene dospelosti preuranjen, tako bi bio preuranjen i njegov zahtev za isplatu ugovorne kazne. Prema tome, docnja dužnika u ispunjenju glavne obaveze je pretpostavka za ostvarivanje poveriočevog zahteva za isplatu ugovorne kazne.<sup>15</sup> Takođe, kao što ni zahtev za ispunjenje glavne obaveze poverilac ne može uspešno ostvariti kada dužnik nije odgovoran za neispunjenje ili zadocnjenje, u tim slučajevima neće moći ni da ostvari zahtev za ispunjenje ugovorne kazne. U ZOO je predviđeno da ugovor o ugovornoj kazni gubi pravno dejstvo ukoliko je do neispunjenja ili zadocnjenja došlo iz razloga za koji dužnik ne odgovara.<sup>16</sup> Dakle, odgovornost dužnika za neispunjenje obaveze, odnosno za zadocnjenje sa njenim ispunjenjem je neophodan uslov za nastanak zahteva za isplatu ugovorne kazne. Ovo proizlazi i iz penalne funkcije ugovorne kazne. Naime, kao što je to slučaj i sa naknadom štete, za nastanak prava na naknadu štete zbog povrede subjektivnog građanskog prava, potrebno je da postoji odgovornost dužnika za povredu obaveze kojom je poveriocu prouzrokovana šteta. Kao što iz njenog naziva proizlazi, ugovorna kazna predstavlja sankciju za dužnika koji svoju obavezu ne ispuni ili je ispuni sa zadocnjenjem. Zbog toga je za uspeh u ostvarivanju zahteva za isplatu ugovorne kazne neophodno postojanje odgovornosti dužnika.<sup>17</sup> Međutim, kod ugovorne kazne nije potrebno i da je poveriocu neispunjenjem ili zadocnjenjem prouzrokovana šteta jer između zahteva za naknadu štete i zahteva za isplatu ugovorne kazne ne postoji odnos zavisnosti. Taj odnos postoji samo između zahteva za ispunjenje glavne obaveze i zahteva za isplatu ugovorne kazne.<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> Vid. S. Radovanović, 121.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid., 122.

<sup>15</sup> Ibid., 122 i 123.

<sup>16</sup> čl. 272, st. 2 ZOO.

<sup>17</sup> Vid. Miodrag Orlić, „Ugovorna kazna“, *Pravni život*, br. 5/1985, str. 545; V. Stanković, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (red. S. Perović, D. Stojanović), str. 784; D. Hiber, str. 438.

<sup>18</sup> Vid. S. Radovanović, 123-125.



Iz navedenog proizlazi da je za uspeh poverioca u naplati potraživanja po osnovu ugovorne kazne potrebno „da dužnik ne raspolaže prigovorima (i protivljenjima) koji potiču iz obezbeđene obaveze, a kojima zahtev može da se odbije ili odloži“<sup>19</sup>. Njihovo dejstvo proteže se i na ugovornu kaznu.<sup>20</sup>

Kao što je već rečeno, postojanje i intenzitet akcesornosti ugovorne kazne u realizaciji potrebno je sagledati i sa stanovišta svake od vrsta ugovorne kazne.

Tako, kada je reč o ugovornoj kazni zbog neispunjenja, ako dužnik ne ispunji svoju obavezu o dospelosti poverilac može da zahteva samo ili ispunjenje glavne obaveze ili isplatu ugovorne kazne. Stoga se, kod ove vrste ugovorne kazne, pitanje akcesornosti u realizaciji svodi na pitanje da li su se stekli uslovi da se zahteva ispunjenje obaveze, odnosno ugovorne kazne. Dakle, poverilac može da zahteva ugovornu kaznu onda kada se steknu uslovi da zahteva i ispunjenje glavne obaveze. Od poveriočeve volje zavisi koje od ova dva subjektivna prava će biti prinudno ostvareno.<sup>21</sup> Ipak, ukoliko postojanje akcesornosti u realizaciji shvatimo tako da se zahtev za isplatu ugovorne kazne može istaći samo uz zahtev za ispunjenje glavne obaveze, a ne i samostalno, jasno je da u slučaju ugovorne kazne za neispunjenje takva akcesornost ne postoji. Ona po prirodi stvari nije moguća jer kod ove vrste ugovorne kazne poverilac može da se opredeli za ispunjenje samo jednog od ova dva zahteva. Prema tome, prinudno ispunjenje zahteva za isplatu ugovorne kazne ne može ni u kom slučaju biti uslovljeno istovremenim isticanjem zahteva za ispunjenje glavne obaveze.

Sa druge strane, kod ugovorne kazne zbog zadocnjenja, ukoliko se uslov pod kojim je kazna ugovorena ispuni, tj. ukoliko dužnik zadocni sa ispunjenjem, poverilac pored ispunjenja glavne obaveze može da zahteva i isplatu ugovorne kazne. Ukoliko poverilac primi zadocnelo ispunjenje, potrebno je da bez odlaganja obavesti dužnika o tome da zadržava svoje pravo na ugovornu kaznu.<sup>22</sup> Za razliku od ugovorne kazne zbog neispunjenja, kod ove vrste ugovorne kazne zahtev za ispunjenje glavne obaveze i zahtev za isplatu ugovorne kazne se kumuliraju. Samim tim i odgovor na pitanje da li se zahtev za ispunjenje ugovorne kazne može istaći samostalno ili samo uz zahtev za ispunjenje glavne obaveze nije tako očigledan.<sup>23</sup>

U slučaju kada je poverilac već primio zadocnelo ispunjenje i blagovremeno obavestio dužnika da zadržava svoje pravo na isplatu ugovorne kazne, situacija je jasna. Prijemom ispunjenja poveriočevo glavno potraživanje je ugašeno ispunjenjem. Tada potraživanje po osnovu ugovora o ugovornoj kazni ostaje jedino poveriočevo potraživanje. Stoga, nesporno je da tada poverilac može da istakne zahtev za ispunjenje ugovorne kazne kao samostalan, glavni zahtev.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> *Ibid.*, 122

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*, 131.

<sup>22</sup> čl. 273, st. 5 ZOO.

<sup>23</sup> Vid. S. Radovanović, 152.

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

Ipak, s obzirom na to da poverilac stiže zahtev za isplatu ugovorne kazne u trenutku kada dužnik padne u docnju može se postaviti pitanje da li poverilac može da zahteva ispunjenje dužnikove obaveze po osnovu ugovora o ugovornoj kazni bez da istovremeno zahteva i ispunjenje glavne obaveze. Akcesorna priroda ovog poveriočevog prava je zapravo ono što zbog čega odgovor na navedeno pitanje nije tako jednostavno dati kao u prethodnom slučaju.

Zbog toga su i shvatanja domaćih autora o ovom pitanju različita. Prema shvatanju većine autora tako nešto nije moguće. Tako *Vizner* izričito ističe da poveriočevom tužbom za zadocnelo ispunjenje glavne obaveze mora biti obuhvaćen i zahtev isplate, odnosno davanja ugovorne kazne, te da samostalno isticanje bilo kojeg od ovih zahteva nije dopušteno.<sup>25</sup> Prema *Strezovskom*, pak, ova zavisnost nije obostrana kao što to smatra *Vizner*, već ona postoji samo na strani zahteva za isplatu ili davanja ugovorne kazne. Ovaj autor smatra da se, prema stanju u praksi izgrađenom na osnovama pravila sadržanih u Opštim uzansama za promet robom, zahtev za ispunjenje glavne obaveze može samostalno isticati, ali zahtev za isplatu ugovorne kazne isključivo uz zahtev za ispunjenje ugovora.<sup>26</sup> Međutim, mišljenje samog autora o ovom pitanju je suprotno. Naime, on ističe da ZOO kod ugovorne kazne zbog zadocnjenja opskrbljuje poverioca *pravom* da kumulira dva navedena zahteva, ali ne zasniva time i obavezu da to čini. Kada poverilac može samostalno da zahteva ispunjenje glavne obaveze, zašto on takvu mogućnost ne bi imao i u pogledu ugovorne kazne? Prema shvatanju *Strezovskog*, namera zakonodavca nije bila da poverioca ograniči time što će isticanje zahteva za isplatu ugovorne kazne neraskidivo vezati za istovremeno postavljanje zahteva za ispunjenje glavne obaveze. To se vidi i iz činjenice da je mogućnost samostalnog isticanja zahteva za isplatu ugovorne kazne predviđena i u samom ZOO, u već pomenutom slučaju kada poverilac primi zadocnelo ispunjenje glavne obaveze.<sup>27</sup> U grupu autora prema kojim nije dopušteno samostalno isticanje zahteva za isplatu ili davanje ugovorne kazne može se svrstati i *Jankovec* prema kojem poverilac može da zahteva ugovornu kaznu zbog zadocnjenja samo ukoliko je sačekao zadocnelo ispunjenje obaveze.<sup>28</sup> Slično njemu, i *Hiber* ispunjenje vidi kao nužan element zadocnjenja. Stoga, da bi poveriočev zahtev za isplatu ugovorne kazne uopšte nastao potrebno je da dođe do zadocnelog ispunjenja glavne obaveze. Ovo zbog toga što se, prema mišljenju ovoga autora, do tog trenutka ne zna da li će glavna obaveza uopšte biti ispunjena, tj. da li će se raditi o neispunjenju ili zadocnjenju. Samim tim, i isticanje zahteva za isplatu ugovorne kazne pre ispunjenja glavne obaveze nije moguće.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Vid. B. Vizner, 1100.

<sup>26</sup> Vid. S. Strezovski, 683 i 684.

<sup>27</sup> Ibid., 684.

<sup>28</sup> Vid. Ivica Jankovec, *Ugovorna odgovornost*, Beograd 1993, 306.

<sup>29</sup> Vid. D. Hiber (2015), 449. O tome da je za nastanak zahteva za isplatu ugovorne kazne zbog zadocnjenja neophodno da dužnik neblagovremeno ispuni obavezu, kao i da se ugovorna kazna zbog

Sa druge strane, prema mišljenju *Konstantinovića*, za sticanje prava na ugovornu kaznu dovoljno je da dužnik padne u docnju.<sup>30</sup> U grupu autora koji na pitanje mogućnosti samostalnog isticanja zahteva za isplatu ugovorne kazne odgovaraju potvrdno možemo svrstati i *Markovića* prema kojem pravo na ugovornu kaznu koje je već zasnovano „ima ubuduće samostalnu egzistenciju i nije više vezano za opstanak glavnog prava“.<sup>31</sup>

I nama se čini da na postavljeno pitanje treba dati potvrđan odgovor. Uzmi-mo prvo u obzir shvatanje prema kojem je za nastanak zahteva za isplatu ugovorne kazne potrebno da dođe do zadocnelog ispunjenja jer je do tog trenutka još uvek neizvesno da li će se raditi o neispunjenju ili zadocnelom ispunjenju. U tom slučaju bi, čini se, izostale prethodno navedene funkcije ugovorne kazne, a time i smisao ovog pravnog instituta. Kao što je u prethodnom delu rada rečeno, ugovornom kaznom se na dužnika vrši pritisak da svoju obavezu ispuni, odnosno, u slučaju ove vrste ugovorne kazne, da je ispuni blagovremeno. Ukoliko bi mogućnost zahtevanja isplate ugovorne kazne bila uslovljena prethodnim prijemom zadocnelog ispunjenja, kao što to pojedini autori ističu, ova funkcija ugovorne kazne zbog zadocnjenja bi izgubila smisao. Naime, ako je sporazumom poverioca i dužnika kazna ugovorena samo za slučaj zadocnjenja, a ne i za slučaj neispunjenja za dužnika bi čak bilo povoljnije da svoju glavnu obavezu uopšte ne ispuni. On bi time zapravo sprečio nastanak zahteva poverioca koji proizlazi iz ugovora o ugovornoj kazni. Osim toga, time bi ugovorna kazna izgubila i svoju odštetnu funkciju budući da se njoj daje i značenje fiksno određenog iznosa naknade štete i vid poboljšanja položaja poverioca time što se on oslobađa tereta tvrdnje i dokazivanja postojanja i iznosa štete koju je pretrpeo zadocnelim namirenjem glavnog potraživanja. I na kraju, ugovorna kazna bi time bila lišena i svog penalnog karaktera, budući da dužnik u tom slučaju ne bi trpeo sankciju zbog neurednog ispunjenja na koju je i sam pristao.

Međutim, ukoliko i zanemarimo pitanje da li je potrebno zadocnelo ispunjenje da bi nastao zahtev za isplatu ugovorne kazne i usmerimo se samo na pitanje istovremenog isticanja oba zahteva, mišljenja smo da je tako nešto moguće. To, smatramo, proizlazi već iz jezičkog tumačenja odredbe kojom se regulišu prava poverioca u slučaju kada je kazna ugovorena za slučaj zadocnjenja. Iz ove odredbe ZOO ne može se izvesti zaključak da je namera zakonodavca bila da ograniči poverioca u pogledu mogućnosti isticanja zahteva za isplatu ili davanje na ime ugovorne kazne uslovom da to učini zajedno sa zahtevom za ispunjenje ugovorne obaveze. Prema čl. 270, st. 4 ZOO, „kada je kazna ugovorena za slučaj da dužnik

zadocnjenja „može naplatiti samo zajedno sa glavnom obavezom čijem obezbeđenju služi“, bez navođenja argumenata u prilog tome shvatanju, se izričito izjašnjava i Nenad Grujić, „Pravo na ugovornu kaznu u slučaju raskida ugovora zbog neispunjenja“, *Pravni zapisi*, br. 2/2016, 341 i 342.

<sup>30</sup> Vid. M. Konstantinović, 521.

<sup>31</sup> Vid. Lazar Marković, *Obligaciono pravo*, Beograd 1997, 264.

zadocni sa ispunjenjem, poverilac ima pravo zahtevati i ispunjenje obaveze i ugovornu kaznu<sup>32</sup>. Smisao ove odredbe je da se napravi jasna razlika u odnosu na onu kojom se regulišu prava poverioca u slučaju kada je kazna ugovorena zbog neispunjenja obaveze kojom je poveriocu data mogućnost da se, u slučaju ispunjenja uslova, opredeli samo za jednu od dve opcije – ispunjenje ili ugovornu kaznu. Dakle, zakonodavac je predmetnom odredbom o pravima poverioca kod ugovorne kazne zbog zadocnjenja nastojao da istakne da poverilac padanjem dužnika u docnju stiže još jedno pravo – pravo na ugovornu kaznu. Ovako nastalo poveriočevo potraživanje je samostalno subjektivno pravo čija je pravna sudbina nezavisna od pravne sudbine potraživanja radi čijeg urednog ispunjenja je kazna ugovorena. Kako *Marković* ističe, „ako je pravo na ugovornu kaznu već zasnovano, ono ima ubuduće svoju samostalnu egzistenciju i nije više vezano ni za opstanak glavnog prava, niti prelazi sa glavnim pravom u slučaju prenosa, osim ako je to naročito ugovoreno“.<sup>32</sup> S obzirom na to da se, kao što vidimo, radi o samostalnom subjektivnom pravu poverioca, on može, u skladu sa načelom privatne autonomije, da odluči da li će isplatu ili davanje ugovorne kazne uopšte zahtevati i na koji način.<sup>33</sup>

Imajući u vidu da se radi o dva zahteva koja u trenutku dospelosti postaju prinudno ostvariva, nije jasno zašto bi poverilac morao zajedno i istovremeno da ih realizuje. Zato smatramo da, i ukoliko bi poverilac prinudno ostvario svoje pravo na ugovornu kaznu, to ga ne bi lišilo mogućnosti da naknadno namiri i svoje glavno potraživanje.<sup>34</sup> Kao što se ni ispunjenjem glavne obaveze ne gasi pravo poverioca na isplatu po osnovu ugovorne kazne ukoliko to pravo zadrži, tako se, smatramo, ne gasi ni pravo poverioca na ispunjenje njegovog glavnog potraživanja prethodnom isplatom ugovorne kazne.

U prilog tome da ne bi trebalo lišiti poverioca mogućnosti da samostalno istakne zahtev za isplatu ugovorne kazne i kada nije došlo do zadocnelog ispunjenja govori i slučaj da, po padanju dužnika u docnju, nastupi nemogućnost ispunjenja glavne obaveze. Insistiranje na akcesornosti ugovorne kazne zbog zadocnjenja u realizaciji dovelo bi do neprihvatljivog rezultata. Naime, budući da se u slučaju nemogućnosti ispunjenja glavna obaveza po zakonu gasi i nastaje pravo na naknadu štete, time bi poverilac bio lišen i mogućnosti naplate ugovorne kazne. Na taj način bi dakle prestalo pravo poverioca koje je već nastalo i dospelo.<sup>35</sup> Time bi, čini se, i ugovorna kazna bila lišena funkcija koje određuju njenu pravnu prirodu. Slično kao u već analiziranom slučaju uslovljavanja nastanka prava na ugovornu kaznu prethodnim

---

<sup>32</sup> U tom smislu, prema *Markoviću* „Bitno je za pojam ugovorne kazne da se ona sastoji u jednoj imovinskoj činidbi, i to tako, da poverilac u slučaju predviđenog ugovorom pribavlja *jedno osobeno pravo na tu imovinsku ili novčanu činidbu, pored prava koje ima iz glavne tražbine*“, L. Marković, 263-264.

<sup>33</sup> Vid. S. Radovanović, 157.

<sup>34</sup> Ibid., 156 i 157.

<sup>35</sup> Ibid., 157 i 158.

prijemom zadocnelog ispunjenja, odštetna funkcija ugovorne kazne bi izostala. Kao što je rečeno, ugovorna kazna, između ostalog, služi i utvrđivanju iznosa naknade štete koju poverilac može pretrpeti neblagovremenim ispunjenjem dužnikove obaveze. U pogledu naknade štete, ona značajno unapređuje poveriočev položaj oslobađajući ga tereta dokazivanja postojanja i visine pretrpljene štete. Poveriocu bi tada preostao samo zahtev za naknadu štete čije bi se postojanje i iznos utvrđivali prema opštim pravilima odštetnog prava, tj. on bi se našao u istom pravnom položaju kao i poverilac čije potraživanje ni na koji način nije bilo obezbeđeno. Osim toga, izgubila bi se i penalna funkcija ugovorne kazne zbog toga što, u ovom slučaju, dužnik ne bi trpeo sankciju na koju je sam pristao za slučaj da svoju obavezu ne ispuni, čak i ukoliko je nemogućnost ispunjenja nastupila njegovom krivicom.

I na kraju, kao što to ističe *Strezovski* u izlaganju ličnog stava o predmetnom pitanju, opravdanje za zaključak da se zahtev za isplatu ugovorne kazne može isticati i pre zahteva za ispunjenje glavne obaveze, odnosno nezavisno od njega, može se naći i u odredbi ZOO kojom se reguliše pravo poverioca koji je primio zadocnelo ispunjenje. U čl. 273 st. 5 predviđeno je da poverilac koji je primio ispunjenje obaveze može zahtevati ugovornu kaznu ukoliko bez odlaganja saopšti dužniku da zadržava svoje pravo na ugovornu kaznu. Dakle, u ovom slučaju je mogućnost samostalnog zahteva za ispunjenje ugovorne kazne izričito predviđena. Iz toga možemo zaključiti da stav zakonodavca o mogućnosti samostalnog isticanja zahteva za isplatu ugovorne kazne nije negativan. Te ukoliko je takva mogućnost data poveriocu koji je primio zadocnelo ispunjenje, zašto bi je uskratili poveriocu koji ima jednako punovažno, dospelo i prinudno ostvarivo pravo na ugovornu kaznu samo zbog toga što još nije zahtevao ispunjenje glavne obaveze?

Imajući u vidu sve navedeno, nastavak rada ćemo posvetiti analizi mogućeg samostalnog isticanja i ostvarivanja zahteva na isplatu ugovorne kazne nastalog na osnovu ugovora o ugovornoj kazni zaključenog u formi javnobeležničkog zapisa.

### 3. UGOVOR O UGOVORNOJ KAZNI ZBOG ZADOCNENJA U FORMI JAVNOBELEŽNIČKOG ZAPISA

#### 3.1. O formi javnobeležničkog zapisa uopšte

Javnobeležnički zapis je isprava o pravnom poslu ili izjava koju je sačinio javni beležnik.<sup>36</sup> Javnobeležnički zapis sadrži sve elemente koji se zahtevaju za solemnizaciju privatne isprave<sup>37</sup> uz jedinu razliku da samu ispravu, umesto stra-

<sup>36</sup> čl. 6 Zakona o javnom beležništvu-ZJB („Sl. glasnik RS“, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015). Više o javnobeležničkoj delatnosti i različitim vidovima učešća javnog beležnika u nastanku određenog pravnog posle vid. u Dejan Đurđević, *Javnobeležnička delatnost*, Beograd 2014, 25 i 26.

<sup>37</sup> Pod solemnizacijom privatne isprave podrazumeva se stavljanje klauzule kojom javni beležnik, potvrđuje da je strankama isprava pročitana, te da su one, nakon upoznavanja sa njenom

naka, sastavlja sam beležnik prema njihovom kazivanju. Zbog toga je javnobeležnički zapis stroža forma od javnobeležnički potvrđene privatne isprave.<sup>38</sup> U ZJB je izričito predviđena sadržina javnobeležničkog zapisa.<sup>39</sup>

Prema odredbama ZJB, u formi javnobeležničkog zapisa moraju biti sačinjeni: ugovor o raspolaganju nepokretnostima poslovno nesposobnih lica, sporazum o zakonskom izdržavanju, te ugovor o hipoteci i založna izjava pod uslovima predviđenim ovim zakonom.<sup>40</sup> Ukoliko su u njemu sadržani zakonom predviđeni elementi, javnobeležnički zapis ima svojstvo javne isprave.<sup>41</sup> Osim toga, on može imati i svojstvo izvršne isprave. Izvršna isprava predstavlja osnov za prinudno izvršenje potraživanja koje je u njoj sadržano.<sup>42</sup> U našem pravnom sistemu postoje dve vrste izvršnih isprava: autoritativne i neautoritativne. Autoritativne izvršne isprave su autoritativne odluke kojom se utvrđuje postojanje određenog potraživanja. Neautoritativne izvršne isprave su one koja ne nastaju kao rezultat odlučivanja organa nadležnih za autoritativno utvrđenje potraživanja.<sup>43</sup> U grupu neautoritativnih izvršnih isprava spada i javnobeležnički zapis koji ima svojstvo izvršne isprave.

Da bi javnobeležnički zapis stekao to svojstvo, potrebno je da se ispune dodatni uslovi pored onih predviđenih za sticanje svojstva javne isprave. Za to je potrebno da je u zapisu sadržana obaveza na činidbu i izričita izjava obavezanog lica kojom pristaje da se na osnovu predmetne isprave sprovede prinudno izvršenje radi ostvarenja dugovane činidbe, ukoliko svoju obavezu ne ispuni o dospelosti.<sup>44</sup>

---

sadržinom, izjavile da isprava u celosti odgovara njihovoj volji, kao i da su je svojeručno potpisale (solemnizaciona klauzula).

<sup>38</sup> Vid. Marija Karanikić Mirić, „Istorija pooštavanja zakonske forme ugovora o otuđenju nepokretnosti u srpskom pravu“, *Teme*, br. 4/2015, 1309.

<sup>39</sup> Čl. 84, st. 1 ZJB.

<sup>40</sup> Više o formi ugovora o hipoteci vid. u Nikolina Miščević, „Ugovor o hipoteci“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (ZRPFNS)*, 3/2015, 1403-1418.

<sup>41</sup> Da bi javnobeležnički zapis imao svojstvo javne isprave potrebno je da su u njemu sadržani podaci o javnom beležniku, strankama, zastupnicima i punomoćnicima stranaka; vremenu sastavljanja zapisa, odnosno mestu, ukoliko se sastavlja van kancelarije javnog beležnika; izjavu kojom javni beležnik potvrđuje da su stranke i drugi učesnici poučeni o sadržini i pravnim posledicama pravnog posla, zaveštanja ili izjave, kao i to da su stranke ostale pri svojim izjavama uprkos tome što su upozorene na njihovu nejasnost, nerazumljivost ili dvosmislenost; potpise stranaka, njihovih zastupnika, punomoćnika, tumača i drugih učesnika, kao i pečat i štambilj javnog beležnika (čl. 8, st. 2 ZJB).

<sup>42</sup> Vid. Marko Knežević u Ranko Keča, Marko Knežević, *Gradansko procesno pravo*, Beograd 2016, 540.

<sup>43</sup> Vid. M. Knežević u R. Keča, M. Knežević, *Gradansko procesno pravo*, 542. Više o autoritativnim i neautoritativnim izvršnim ispravama vid. u Marko Knežević, „Krug opozicionih razloga u prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave“, *ZRPFNS*, br. 4/2014, 338-341.

<sup>44</sup> Čl. 85, st. 1 ZJB. Na sličan način su uslovi sticanja svojstva izvršnosti javnobeležničkog akta regulisani i zakonima zemalja iz okruženja. O tome vid. u Kata Senjak, „Notarijat i izvršnost notar-



Za sticanje zahteva za izvršenje poverioca nije dovoljno samo da poseduje izvršnu ispravu, već je potrebno i da nastupi njena izvršnost.<sup>45</sup> Tako, odluke kao jedna vrsta autoritativnih isprava postaju izvršne nastupanjem pravnosnažnosti, odnosno konačnosti i protekom paricionog roka. U slučaju kada obaveza iz odluke glasi na nečinjenje ili trpljenje, izvršnost nastupa pravnosnažnošću odluke, odnosno protekom paricionog roka ukoliko je rok određen u samoj odluci. Kod drugih autoritativnih izvršnih isprava (sudsko i upravno poravnanje i javnobeležnički zapisnik o poravnanju) izvršnost nastupa kada dospe potraživanje koje je u njemu sadržano. Kod neautoritativnih izvršnih isprava, a time i izvršnih javnobeležničkih zapisa, izvršnost nastupa dospelošću potraživanja.<sup>46</sup>

U Zakonu o izvršenju i obezbeđenju je predviđeno da se izvršnost javnobeležničke isprave koja ima snagu izvršne isprave ceni u skladu sa ZJB.<sup>47</sup> Prema odredbi ZJB kojom se uređuje izvršnost javnobeležničkog zapisa, u slučaju kada obaveza iz javnobeležničkog zapisa zavisi od nastupanja uslova ili isteka roka koji nije kalendarski određen, za njegovu izvršnost je potrebno da se utvrdi da je uslov nastupio, odnosno rok istekao. Ove činjenice se utvrđuju pomoću javne isprave, isprave u kojoj je sadržan poveriočev overen potpis ili pravnosnažnom parničnom presudom.<sup>48</sup> Istim članom ZJB je predviđeno i da potvrdu izvršnosti na javnobeležnički zapis koji ispunjava uslove za sticanje svojstva izvršne isprave stavlja sam javni beležnik, na zahtev stranke.<sup>49</sup>

### 3.2. O mogućnosti zaključenja ugovora o ugovornoj kazni u formi javnobeležničkog zapisa

Već je bilo reči o tome da nastanak ugovora o ugovornoj kazni nije uslovljen zaključenjem u određenoj formi, osim u slučaju kada se on zaključuje radi obezbeđenja potraživanja nastalog na osnovu određenog formalnog ugovora. U tom slučaju je zakonom predviđen paralelizam formi između glavnog ugovora i ugo-

skih akata“, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2/2013, str. 449-482; Meliha Povlakić, „Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2/2013, 245-310. Izričit pristanak dužnika na prinudno izvršenje kao jedan od obaveznih elemenata izvršnog javnobeležničkog akta bio je predviđen i u domaćem predratnom zakonodavstvu. Takođe, bilo je potrebno i da je u javnobeležničkom aktu sadržana obaveza na činidbu, s tim što se obaveza mogla da glasi samo na predaju novca ili stvari, osnivanje, prenos, ograničenje ili ukidanje knjižnih prava, odnosno na obezbeđenje novčanog potraživanja. Vid. § 53, st. 1 Zakona o javnim beležnicima (notarima) Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine (Službene novine Kraljevine Jugoslavije br. 220/1930).

<sup>45</sup> Vid. M. Knežević u R. Keča, M. Knežević, *Građansko procesno pravo*, 543-544.

<sup>46</sup> Ibid., 544.

<sup>47</sup> čl. 43, st. 4 Zakona o izvršenju i obezbeđenju- ZIO („Sl. glasnik RS“, br. 106/2015 i 106/2016- autentično tumečenje).

<sup>48</sup> čl. 85, st. 4 ZJB.

<sup>49</sup> čl. 85, st. 6 ZJB.



vora o ugovornoj kazni.<sup>50</sup> Dakle, ako je određena forma jedan od bitnih uslova za punovažan nastanak glavnog ugovora (*forma ad solemnitatem*), u datoj formi mora biti zaključen i ugovor o ugovornoj kazni.

U pogledu mogućnosti zaključenja ugovora o ugovornoj kazni u formi javno-beležničkog zapisa, jasno je, stoga, da se ovaj ugovor mora zaključiti u toj formi uvek kada se ugovornom kaznom nastoji obezbediti uredno ispunjenje obaveze koja proističe iz ugovora kod kojeg je forma javnobeležničkog zapisa obavezna. Međutim, to nije jedini slučaj u kojem se ugovor o ugovornoj kazni može javiti u formi javnobeležničkog zapisa. Naime, suprotno shvatanju koje se javilo u praksi da je ova forma rezervisana isključivo za ugovore čiji punovažan nastanak je zakonom uslovljen njihovim zaključenjem u formi javnobeležničkog zapisa, u ovoj formi mogu se zaključiti i drugi ugovori.<sup>51</sup> To proizlazi iz načela slobode ugovaranja koje, između ostalog, podrazumeva i slobodu ugovornih strana da se sporazumeju o formi u kojoj ugovor može biti punovažno zaključen.<sup>52</sup> Ograničenje ovog aspekta slobode ugovaranja takođe mora biti izričito predviđeno kao što je to upravo slučaj i sa ugovorima za koje se u ZJB zahteva da budu zaključeni u formi javnobeležničkog zapisa. Međutim, ove slučajeve treba usko tumačiti u smislu odstupanja od pravila da ugovorne strane mogu sporazumno usloviti punovažan nastanak ugovora njegovim zaključenjem u određenoj formi. Time forma o kojoj su se strane sporazumele postaje bitan uslov za punovažno zaključenje predmetnog ugovora.<sup>53</sup> Sloboda ugovaranja ugovornih strana u pogledu određivanja bitne forme ugovora podrazumeva mogućnost da strane predvide određenu formu za ugovor koji je inače neformalan, kao i to da za punovažan nastanak inače formalnog ugovora predvide strožu formu od one predviđene zakonom.<sup>54</sup> Ovo zbog toga što stroža forma sadrži sve što i slabija, kao i određene dodatne elemente. Stoga, uslov zaključenja ugovora u određenoj formi ispunjen je i ukoliko strane zaključe ugovor u strožoj formi, budući da je njome obuhvaćeno sve ono što sadrži i zahtevana forma.<sup>55</sup>

Imajući u vidu navedeno, jasno je da ugovor o ugovornoj kazni može biti zaključen u formi javnobeležničkog zapisa i u slučaju kada je glavni ugovor konsensualan<sup>56</sup>, kao i u slučaju kada se za zaključenje glavnog ugovora zahteva forma slabija od forme javnobeležničkog zapisa.

---

<sup>50</sup> čl. 271, st. 2 ZOO.

<sup>51</sup> Marija Karanikić Mirić, „Ugovorena forma ugovora o otuđenju nepokretnosti“, *Srpska politička misao*, br. 2/2015, 317. U tom smislu izjasnio se i Vrhovni kasacioni sud u Pravnom stavu usvojenom na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održanoj 25.10.2016. godine.

<sup>52</sup> Vid. M. Karanikić Mirić, „Ugovorena forma ugovora o otuđenju nepokretnosti“, 317.

<sup>53</sup> Ibid., str. 318.

<sup>54</sup> Vid. Miloš Živković, *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Beograd 2006, 54.

<sup>55</sup> Vid. M. Karanikić Mirić, „Ugovorena forma ugovora o otuđenju nepokretnosti“, 323-324.

<sup>56</sup> „... ne znači da ugovor o ugovornoj kazni mora biti zaključen u formi kao i osnovni ugovor (razume se u slučajevima kada forma nije propisana)“, S. Strezovski, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, (redaktori Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj), 681.

Tačno je da je ugovor o ugovornoj kazni najčešće sadržan u samom glavnom ugovoru, u vidu klauzule, ali se u svakom slučaju radi o samostalnom ugovoru koji može biti sadržan i u posebnoj ispravi. Osim toga, do njegovog zaključenja može doći i nakon zaključenja glavnog ugovora u kom slučaju će svakako biti sačinjen u vidu posebne isprave pri čemu se strane mogu opredeliti i da ga zaključe u jačoj formi od one u kojoj je zaključen glavni ugovor.

Na kraju, u prilog mogućnosti izbora forme ugovora o ugovornoj kazni uključujući i formu javnobeležničkog zapisa govori i činjenica da ugovorna kazna služi obezbeđenju ne samo potraživanja nastalog po osnovu ugovora, već i potraživanja koje proističe iz nekog drugog izvora obligacija.

#### 4. O MOGUĆNOSTI SAMOSTALNOG NAMIRENJA POTRAŽIVANJA PO OSNOVU UGOVORA O UGOVORNOJ KAZNI ZBOG ZADOCNJENJA ZAKLJUČENOG U FORMI IZVRŠNOG JAVNOBELEŽNIČKOG ZAPISA

##### 4.1. Ugovor o ugovornoj kazni zbog zadocnjenja u formi izvršnog javnobeležničkog zapisa

U prethodnom delu rada je navedeno da ugovorna kazna služi vršenju pritiska na dužnika da svoju obavezu uredno (u ovom slučaju, blagovremeno) ispuni, te da, ukoliko do toga ne dođe, predstavlja jedan vid naknade štete koju poverilac usled toga trpi. U slučaju ugovaranja ugovorne kazne zbog zadocnjenja, cilj poverioca je prvenstveno da obezbedi da dužnik ispuni svoju nenovčanu obavezu o dospelosti.<sup>57</sup> Dakle, poverilac glavne obaveze zaključuje ugovor o ugovornoj kazni sa ciljem da dodatno podstakne dužnika da svoju obavezu ispuni blagovremeno. Sa druge strane, dužnik zaključuje ovaj ugovor računajući na poveriočevu protivčinidbu iz glavnog ugovora i pouzdajući se u to da će glavnu obavezu ispuniti o dospelosti i tako sprečiti nastanak novčane obaveze po osnovu ugovora o ugovornoj kazni.<sup>58</sup> Štaviše, zaključenje ugovora o ugovornoj kazni u formi javnobeležničkog zapisa može koristiti i dužniku budući da je javni beležnik dužan da pouči stranke o pravnim posledicama ovog ugovora i davanja saglasnosti dužnika sa prinudnim izvršenjem obaveze.<sup>59</sup>

Međutim, ukoliko se primarna funkcija ugovorne kazne ne ostvari, tj. dužnik ne ispuni blagovremeno glavnu obavezu, poverilac stiže zahtev za isplatu ugovorne kazne kao samostalno subjektivno pravo, nezavisno od glavnog potraživanja.

<sup>57</sup> Vid. Dieter Medicus, Stephan Lorenz, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München 2015, 267.

<sup>58</sup> Vid. K. Tonner, A. Willingmann, M. Tamm, 573, D. Medicus, S. Lorenz, 268. Slično za ugovor o hipoteci vid. u Zoran P. Rašović, *Komentar zakona o hipoteci*, Podgorica 2007, 194.

<sup>59</sup> Slično za ugovor o jemstvu vid. u M. Povlakić, 255. Više o upozoravajućoj i drušim funkcijama javnobeležničke forme vid u D. Đurđević, 27-33.

Budući da ono nastaje bez obzira na to da li je šteta nastala i koji je njen iznos, time se ostvaruje druga, odštetna funkcija, odnosno, ispoljava se penalni karakter ovog instituta.

U svom nastojanju da obezbedi blagovremeno namirenje glavnog potraživanja, odnosno da ostvari svoje novonastalo subjektivno pravo na isplatu ugovorne kazne ukoliko do blagovremenog namirenja ne dođe, poverilac će odmaći korak dalje ukoliko se ugovor o ugovornoj kazni zaključi u obliku izvršnog javnobeležničkog zapisa.

Već je rečeno da je jedan od dodatnih uslova koji moraju biti ispunjeni da bi javnobeležnički zapis predstavljao izvršnu ispravu taj da je u njemu sadržana obaveza na činidbu. Ovaj uslov, po prirodi stvari, mora biti ispunjen kod ugovora o ugovornoj kazni, budući da se njime dužnik glavne obaveze obavezuje da poveriocu isplati određenu svotu novca ili učini kakvu drugu materijalnu korist ukoliko svoju obavezu ne ispuni o dospelosti. Osim toga, za svojstvo izvršne isprave, potrebna je i izričita izjava obavezanog lica o tome da se, po dospelosti obaveze, može sprovesti neposredno prinudno izvršenje radi namirenja dugovane činidbe. Kod ugovora o ugovornoj kazni zbog zadocnjenja, to bi značilo da u ovom ugovoru mora biti sadržana i saglasnost dužnika sa neposrednim prinudnim izvršenjem radi namirenja poveriočevog potraživanja po osnovu ugovorne kazne ukoliko zadocni sa ispunjenjem glavne obaveze.

Takođe je već bilo reči o tome da je za izvršnost javnobeležničkog zapisa kod kojeg nastanak obaveze zavisi od uslova ili isteka roka koji nije kalendarski određen potrebno da se utvrdi nastupanje uslova ili istek roka, ukoliko se strane u samom zapisu nisu drugačije sporazumele. Da je uslov nastupio, odnosno rok istekao može se utvrditi putem javne isprave, isprave u kojoj je sadržan overen potpis poverioca ili pravnosnažnom parničnom presudom ukoliko to nije moguće utvrditi na jedan od prethodno navedena dva načina.<sup>60</sup> Ova odredba je od značaja i za ugovor o ugovornoj kazni zbog zadocnjenja, ukoliko se uzme da je zakašnjenje dužnika sa ispunjenjem glavne obaveze uslov za nastanak obaveze isplate ugovorne kazne. Dakle, pitanje utvrđivanja nastupanja ovog uslova ne bi bilo sporno ukoliko bi se strane u samom ugovoru o ugovornoj kazni sporazumele o mogućnosti prinudnog izvršenja bez potrebe utvrđivanja da dužnik nije blagovremeno ispunio glavnu obavezu.

U slučaju da takav sporazum ugovornih strana ne postoji, bilo bi potrebno da se na jedan od tri prethodno navedena načina utvrdi da dužnik nije blagovremeno ispunio glavnu obavezu. Međutim, nije sasvim jasno da li ovu činjenicu utvrđuje javni beležnik prilikom davanja potvrde o izvršnosti ili sud prilikom odlučivanja o predlogu za izvršenje. Prema pojedinim autorima, činjenicu da je

---

<sup>60</sup> čl. 85, st. 4 ZJB.

uslov nastupio utvrđuje javni beležnik kada stranka podnese zahtev za izdavanje potvrde o izvršnosti.<sup>61</sup> Naše je mišljenje da ovu činjenicu ipak utvrđuje sud dozvole izvršenja.

Naime, prema opštim pravilima izvršnog postupka i za izvršnost sudske odluke u kojoj je za ispunjenje obaveze određen uslov potrebno je da uslov nastupi.<sup>62</sup> I u ovom slučaju, kao i u slučaju izvršnosti javnobeležničkog zapisa, može se zaključiti da je za sticanje potvrde o izvršnosti neophodno prethodno utvrditi da je uslov nastupio. Sa druge strane, ZIO sadrži i odredbu prema kojoj je, u slučaju kada je obaveza uslovljena, za donošenje rešenja o izvršenju dovoljno da poverilac pismeno izjavi da je uslov nastupio.<sup>63</sup> Prema Kneževiću, ovu kontradiktornost odredaba ZIO koje se odnose na obaveze čiji nastanak zavisi od nastupanja uslova treba rešiti u skladu sa dosadašnjom praksom da se za izdavanje potvrde izvršnosti ispituje samo formalna izvršnost, dok bi ispitivanje materijalne izvršnosti trebalo prepustiti sudu dozvole izvršenja.<sup>64</sup>

Odredba ZIO prema kojoj se izvršnost javnobeležničkog zapisa koji predstavlja izvršnu ispravu ceni u skladu sa odredbama ZJB, smatramo, odnosi se samo na način utvrđivanja da je uslov od kojeg zavisi i nastanak obaveze nastupio. Stoga bi i u slučaju izvršnog javnobeležničkog zapisa ispunjenje uslova utvrđivao sud, ali na osnovu javne isprave, isprave sa overenim potpisom poverioca, odnosno pravnosnažne presude, a ne na osnovu pismene izjave poverioca. Ukoliko sud na osnovu izvršnog javnobeležničkog zapisa donese rešenje o izvršenju, dužnik u žalbi protiv rešenja o izvršenju može da ističe da uslov od kojeg zavisi nastanak obaveze izvršnog dužnika nije nastupio.<sup>65</sup>

Ukoliko žalba izvršnog dužnika bude odbijena, njemu stoji na raspolaganju i tužba radi utvrđenja nedozvoljenosti izvršenja. Prema ZIO, izvršni dužnik može pokrenuti parnični postupak ukoliko se rešenje o odbijanju žalbe zasniva na činjenici koja je među strankama sporna, a tiče se samog potraživanja.<sup>66</sup> Budući da se u predmetnom slučaju radi o pitanju da li je dužnik zadocnio sa ispunjenjem glavne obaveze, te da li je posledično, poveriočevo potraživanje uopšte nastalo, u ovom slučaju bi uslov za dopuštenost tužbe za utvrđenje nedozvoljenosti izvršenja bio ispunjen.

<sup>61</sup> Nebojša Šarkiće, Milan Počuće, „Izvršenje javnobeležničkih akata prema odredbama novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju“, *Pravni život*, br. 12/2017, str. 89.

<sup>62</sup> čl. 43, st. 1 ZIO.

<sup>63</sup> čl. 49, st. 1 ZIO.

<sup>64</sup> Vid. M. Knežević u R. Keća, M. Knežević, *Gradansko procesno pravo*, 545 i 546.

<sup>65</sup> čl. 74, st. 1, tač. 5 ZIO. Ovaj žalbeni razlog prema tradicionalnoj podeli spada u opungacione razloge za pobijanje rešenja o izvršenju. Više o podeli razloga žalbe protiv rešenja o izvršenju na opozicione, opungacione i razloge koji se tiču izvršne isprave vid. u M. Knežević u R. Keća, M. Knežević, *Gradansko procesno pravo*, 577-579.

<sup>66</sup> čl. 81, st. 1 ZIO.

#### **4.2. Mogućnost samostalnog isticanja zahteva za namirenje potraživanja po osnovu ugovorne kazne zbog zadocnjenja**

U prethodnom delu rada je izneto mišljenje da poveriočev zahtev za isplatu ili ispunjenje ugovorne kazne koji nastaje padanjem dužnika u docnju predstavlja poveriočevo samostalno subjektivno pravo. Zahtev poverioca za ispunjenje glavne obaveze i zahtev za isplatu, odnosno predaju ugovorne kazne su subjektivna prava koja poverilac može da vrši nezavisno jedno od drugog. Istovremeno isticanje oba zahteva zajedno ima smisla u slučaju kada je za njihovo prinudno izvršenje neophodno prethodno ishodovanje izvršne isprave u parničnom postupku. Međutim, mogućnost da poverilac to čini u nameri da prinudno ostvari oba zahteva štedeći time vreme i sredstva ne znači da on to mora da učini da bi uopšte mogao da ostvari svoje pravo na isplatu ili ispunjenje ugovorne kazne. S obzirom na navedeno, prema shvatanju autora, akcesornost ugovorne kazne zbog zadocnjenja izostaje i u slučaju kada još uvek nije primljeno ispunjenje glavne obaveze.

To posebno postaje vidljivo na prethodno analiziranom slučaju zaključenja ovog ugovora u formi izvršnog javnobeležničkog zapisa sa ciljem obezbeđenja ispunjenja glavne obaveze koja uopšte ne proističe iz ugovora ili proističe iz ugovora sačinjenog u blažoj formi. Tada poverilac ima izvršnu ispravu na osnovu koje može prinudno namiriti svoje potraživanje po osnovu ugovorne kazne dok je za prinudno namirenje glavnog potraživanja potrebno da ono prethodno bude pravnosnažno utvrđeno autoritativnom izvršnom ispravom.

Budući da je, kao što je rečeno, zahtev za isplatu ugovorne kazne samostalno subjektivno pravo, bilo bi necelishodno usloviti njegovo ostvarenje istovremenim isticanjem zahteva za ispunjenje glavne obaveze dužnika i obaveze isplate ugovorne kazne ili prethodnim ostvarenjem zahteva za ispunjenje glavne obaveze. U tom slučaju bi poverilac bio prinuđen da pokrene parnični postupak radi sticanja izvršne isprave u cilju prinudnog namirenja glavnog potraživanja i tek potom da zahteva namirenje oba potraživanja, glavnog i onog po osnovu ugovora o ugovornoj kazni. Time bi i sama forma izvršnog javnobeležničkog zapisa izgubila smisao jer za poverioca ne bi bilo moguće da prinudno namiri potraživanje ugovorne kazne ni u slučaju kada za to poseduje izvršni naslov.

S obzirom na to da dužnikova obaveza na isplatu po osnovu ugovorne kazne zavisi od toga da li će blagovremeno ispuniti glavnu obavezu, smatramo da nema prepreke da se prinudno ostvarenje poveriočevog zahteva na isplatu ugovorne kazne sprovede u skladu sa prethodno navedenim odredbama ZJB i ZIO o izvršenju uslovljenog potraživanja. Kako je reč o dospelom subjektivnom pravu, pa time samostalnom, ni uslovi i odredbe u pogledu izvršenja potraživanja po osnovu ugovorne kazne zbog zadocnjenja ne bi trebalo da se razlikuju u odnosu na izvršenje bilo kojeg drugog potraživanja koje zavisi od nastupanja određenog uslova.

Imajući u vidu sve navedeno, čini nam se da nije opravdano sužavati domet odnosnih odredaba i time sprečiti poverioca da zahteva ispunjenje dužnikove obaveze po osnovu ugovora o ugovornoj kazni sačinjenog u formi izvršnog javnobeležničkog zapisa nezavisno od zahteva za ispunjenje glavne obaveze.

## ZAKLJUČAK

Ugovorna kazna je novčani iznos ili druga materijalna korist koju dužnik duguje poveriocu ukoliko svoju nenovčanu obavezu uopšte ne ispunji ili je ne ispunji blagovremeno. Ukoliko je ugovorna kazna predviđena za slučaj neispunjenja glavne obaveze, te do ispunjenja zaista i ne dođe, poverilac može da zahteva ili ispunjenje glavne obaveze, ili isplatu ugovorne kazne. Sa druge strane, kada je ugovorna kazna predviđena za slučaj zadocnjenja poverilac može da zahteva i jedno, i drugo, tj. i ispunjenje glavne obaveze i isplatu dugovanog po osnovu ugovorne kazne.

Obaveza dužnika da poveriocu isplati određeni novčani iznos ili preda drugu materijalnu korist ukoliko ne ispunji glavnu obavezu, odnosno ukoliko zadocni sa ispunjenjem može nastati samo na osnovu ugovora. Budući da se ugovornom kaznom nastoji izvršiti pritisak na dužnika da uredno ispunji glavnu obavezu, pravo poverioca na ugovornu kaznu je akcesorno, odnosno deli pravnu sudbinu glavne obaveze. Akcesornost jednog prava može se manifestovati u domenu nastanka, obima, pripadanja, realizacije i prestanka.

U radu je razmatrano pitanje akcesornosti ugovorne kazne u realizaciji i mogućnost samostalnog isticanja zahteva za isplatu ugovorne kazne, nezavisno od zahteva za ispunjenje glavne obaveze. S obzirom na to da kod ugovorne kazne zbog neispunjenja poverilac može samo da bira da li će od dužnika zahtevati ispunjenje glavne obaveze ili ispunjenje dugovanog na ime ugovorne kazne, takva akcesornost nesporno ne postoji. To jest, zahtev za isplatu ugovorne kazne zbog neispunjenja se i ne može isticati drugačije, nego samostalno u odnosu na zahtev za ispunjenje glavne obaveze. Sa druge strane, kod ugovorne kazne zbog zadocnjenja ovo pitanje takođe nije sporno u slučaju kada je poverilac već primio zadocnelo ispunjenje budući da je u ZOO izričito predviđeno da on može nakon toga da zahteva isplatu ugovorne kazne ukoliko blagovremeno obavesti dužnika da zadržava ovo pravo. Stoga, pitanje akcesornosti u realizaciji, odnosno mogućnost samostalnog isticanja zahteva za isplatu ugovorne kazne sporno je samo u slučaju kada je ugovorna kazna predviđena za slučaj zadocnjenja, a poverilac još uvek nije primio zadocnelo ispunjenje. Prema shvatanju autora, takva mogućnost postoji, s obzirom na to da u trenutku padanja dužnika u docnju, poverilac stiže, novo, samostalno subjektivno pravo. Argumenti u prilog ovom shvatanju proizlaze kako iz odredaba ZOO, tako i iz funkcija ovog instituta koje bi izostale ukoli-

ko bi poverilac mogao da ističe zahtev za isplatu po osnovu ugovora o ugovornoj kazni samo zajedno i istovremeno sa zahtevom za ispunjenje glavne obaveze.

Prema ZOO, ugovor o ugovornoj kazni mora biti zaključen u formi koja je predviđena za ugovor iz kojeg proizlazi glavna obaveza čije se uredno ispunjenje nastoji obezbediti ugovornom kaznom. Međutim, pravilo o paralelizmu forme ZOO ne znači i to da strane ne mogu saglasnošću volja predvideti određenu formu kao bitan uslov za punovažan nastanak ugovora o ugovornoj kazni. To znači da ovaj ugovor može biti zaključen u najstoržoj formi, formi izvršnog javnobeležničkog zapisa i onda kada glavna obaveza ne proističe iz ugovora zaključenog u formi koja mu daje svojstvo izvršne isprave, kao i onda kada glavna obaveza uopšte ne proističe iz ugovora.

Upravo u ovim situacijama dolazi do izražaja necelishodnost uslovljavanja ostvarivanja zahteva za isplatu ugovorne kazne istovremenim isticanjem zahteva za ispunjenje glavne obaveze. To bi značilo da poverilac, iako ima samostalan zahtev za isplatu ugovorne kazne i izvršnu ispravu na osnovu koje može prinudno da ga ostvari mora prethodno da vodi parnični postupak radi sticanja izvršne isprave u kojoj će biti sadržano glavno potraživanje da bi tek potom zajedno zahtevao prinudno ostvarenje oba zahteva. Smatramo da bi se u ovom slučaju obesmisllila forma izvršnog javnobeležničkog zapisa koja služi lakšem namirenju poveriočevog potraživanja koje je u njemu sadržano i sa čijim neposrednim namirenjem se i sam dužnik saglasio. Zbog toga, prema mišljenju autora, u ovom slučaju bi trebalo dozvoliti prinudno ostvarenje zahteva za isplatu ugovorne kazne zbog zadocnjenja u skladu sa odgovarajućim odredbama ZJB i ZIO o izvršenju uslovljenog potraživanja.



*Sanja M. Radovanović, Ph.D., Assistant Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
S.Radovanovic@pf.uns.ac.rs*

*Nikolina B. Mišćević, Assistant  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs*

### **On the Realization of the Contractual Penalty Agreement Concluded in the Form of a Notarial Record**

**Abstract:** *In a contractual penalty agreement the debtor obliges to pay a certain amount of money to the creditor or to provide him with some other material benefit if he fails to fulfill the main obligation, or if he fails to fulfill it in a timely manner. It is indisputable in the domestic legal theory that a contractual penalty is an accessory right in relation to a claim whose security it serves, but the extent of its accessoriness is arguable. Authors in this paper analyze the accessoriness of the contractual penalty in the domain of realization, i.e. the question of possible claim for payment of the contractual penalty, irrespective of the requirement for compulsory settlement of the main claim. This issue becomes complex in the case of contractual penalties for delay in performance, when the creditor has not yet received, nor demanded fulfillment of the main obligation. Therefore, the authors try to answer the above question in context of the possibility of concluding a contractual penalty agreement in the form of an executive notarial record and the possible compulsory settlement of the claim for a contractual penalty on the basis of this enforceable title.*

**Keywords:** *contractual penalty, contractual penalty for delay in performance, accessoriness in realization, form of contractual penalty agreement, executive notarial record.*

Datum prijema rada: 12.02.2018.



*Dr Petar M. Đundić, docent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
P.Djundic@pf.uns.ac.rs*

## MERODAVNO PRAVO ZA SUŠTINU SPORA PRED ARBITRAŽNIM SUDOVIMA IKSID: ČLAN 42(1) IKSID KONVENCIJE I ULOGA NACIONALNOG PRAVA<sup>1</sup>

**Sažetak:** Poslovni poduhvat koji predstavlja strano ulaganje je danas najčešće regulisan pomoću tri sloja pravnih pravila: odredbama investicionog ugovora, pravilima međunarodnog prava (ugovornog i običajnog) i zakonodavstvom države prijema ulaganja. U slučaju nastanka spora povodom ulaganja, arbitražni sud koji deluje pod okriljem IKSID je u obavezi da odredi merodavno pravo za suštinu spora primenom odredbe iz člana 42(1) Konvencije. Iako je jasno da se pravni aspekti ulaganja ne mogu u potpunosti sagledati izvan konteksta nacionalnih propisa države prijema, u arbitražnim sporovima već dugo postoji tendencija zanemarivanja uloge nacionalnog zakonodavstva u korist pravila međunarodnog prava. Rad se bavi evolucijom tumačenja odredbe Konvencije koja se odnosi na određivanje merodavnog prava u arbitražnoj praksi. U njemu je prikazano kako su se ova tumačenja vremenom menjala, stalno se krećući ka povećanju slobode arbitara u pogledu određivanja pravnih pravila koja će primeniti na suštinu spora. To je za posledicu imalo proširivanje polja primene međunarodnog na uštrb nacionalnog prava u investicionim sporovima, suprotno tekstu odredbe člana 42(1) Konvencije i namerama njenih tvoraca. Rezultat toga je da danas gotovo ne postoji način na koji bi država prijema ulaganja mogla da se zaštiti od nastupanja odgovornosti za povredu prava ulagača pozivanjem na činjenicu da je postupala u skladu sa svojim propisima.

**Ključne reči:** merodavno pravo, investiciona arbitraža, IKSID, dvostrani sporazumi o zaštiti ulaganja.

---

<sup>1</sup> Rad je nastao kao rezultat istraživanja u 2017. godini u okviru projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

## 1. UVOD

Jedna od najvažnijih karakteristika sporova povodom stranih ulaganja je njihova složenost. To je rezultat činjenice da samo ulaganje predstavlja kompleksnu operaciju i podrazumeva čitav niz transakcija različite vrste.<sup>2</sup> Poslovanje i položaj stranog ulagača na teritoriji države prijema su regulisani pomoću tri sistema (tri sloja) pravnih pravila. Za pravni položaj ulaganja od ključne važnosti su odredbe ugovora kojim se ono realizuje, bez obzira da li je reč o ugovoru koje je zaključen sa državom prijema (ugovor o koncesiji, na primer) ili sa drugim privrednim društvom (kao što je slučaj sa ugovorima o zajedničkom poslovnom poduhvatu). Poslovanje investitora se nužno odvija pod okriljem nacionalnih propisa države prijema koji se odnose na zaključenje i izvršenje ugovora, finansijske podsticaje, oporezivanje, izdavanje administrativnih dozvola različite vrste i sl. Konačno, materijalnopravna zaštita se pruža investitorima u međunarodnom pravu, odredbama dvostranih i višestranih ugovora o podsticanju i zaštiti ulaganja (koji uređuju i pravo stranog ulagača da pokrene arbitražu protiv države prijema u slučaju njihove povrede) ali i pravilima međunarodnog običajnog prava. Ovi slojevi pravnih pravila su međusobno povezani i očigledno je njihovo prožimanje prilikom realizacije ulaganja i u postupku rešavanja sporova koji povodom njih nastaju. Primera radi, granice slobode ugovaranja kada je reč o ugovorima između ulagača i države ili drugim ugovorima koji se zaključuju povodom ulaganja određena je nacionalnim pravom merodavnim za ugovor. Postojanje povrede standarda tretmana stranog ulagača iz dvostranog ili višestranog međunarodnog ugovora o zaštiti ulaganja može da zavisi od toga da li je država postupala u skladu sa svojim pravom prilikom usvajanja ili primene odgovarajuće mere, a značenje pojedinih pojmova iz pomenutih međunarodnih ugovora koji su ključni za njihovu primenu, kao što je, na primer, pojam „imovinskih prava“, nužno zavisi od nacionalnog zakonodavstva koje će ga snabdeti odgovarajućom sadržinom.<sup>3</sup>

Već ovakav sumaran pregled tipičnog pravnog okvira za strana ulaganja jasno govori da ih je nemoguće posmatrati izvan konteksta nacionalnih propisa države prijema. U međunarodnoj investicionoj arbitraži koja danas predstavlja primarni način rešavanja investicionih sporova, tužena država prirodno ima interes da arbitražni sud primeni njene propise o stranim ulaganjima. U savremenim uslovima cilj ovih propisa nije više samo da promovišu određenu državu kao investiciju destinaciju, već sve češće da nametnu izvesne obaveze stranim ulagačima i da ograniče odgovornost države prema ovim subjektima. Empirijski

---

<sup>2</sup> Vid. R. Dolzer (Dolcer), C. Schreuer (Šrojer), *Principles of International Investment Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford 2012, 288.

<sup>3</sup> O pitanju interakcije između različitih pravnih okvira za strana ulaganja vid. J. W. Salacuse (Salakjuz), *The Three Laws of International Investment (National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital)*, New York 2014, 47, 48.

podaci potkrepljuju ovu tvrdnju. Tako Salakjuz (*Salacuse*) ukazuje na promenu trenda u pogledu svrhe nacionalnih propisa o stranim ulaganjima. Za razliku od perioda koji počinje od sredine osamdesetih godina XX veka i traje do kraja drugog milenijuma, u kojem je legislativna intervencija država išla gotovo isključivo u pravcu liberalizacije priliva stranog kapitala i položaja ulagača,<sup>4</sup> od početka prve decenije XXI veka može se uočiti tendencija donošenja nacionalnih propisa koji sve više imaju za cilj ograničavanje i kontrolu stranih ulaganja.<sup>5</sup>

Bez obzira na očigledan značaj nacionalnog prava za strana ulaganja, u investicionoj arbitraži primetan je trend dominantne primene međunarodnog prava na pitanja koja čine suštinu spora ili utiču na nadležnost arbitražnog suda, dok se nacionalnom pravu države prijemla daje supsidijarni karakter.<sup>6</sup> U nedavno objavljenom radu autorke opisuju tehnike koje arbitri koriste kako bi isključili primenu nacionalnog prava kod pojedinih pitanja koja se rutinski javljaju u arbitraži, te pokušavaju da proniknu u razloge ovakvog ponašanja i motive arbitara.<sup>7</sup> Tretman nacionalnog prava države prijema ulaganja od strane arbitražnih sudova se i u savremenoj stranoj literaturi ističe kao jedan od faktora koji pojačavaju nepoverenje država u međunarodnu investicionu arbitražu i dovode u pitanje integritet procesnog mehanizma zaštite stranih ulaganja.<sup>8</sup>

Fenomen dominantne uloge međunarodnog prava prilikom rešavanja investicionih sporova nije, prema tome, nezapažen i bez kontroverzi. Ono što, međutim, nije u potpunosti jasno je pitanje kako se ova tendencija uklapa, odnosno na koji način ju je moguće pomiriti sa metodološkim okvirom za određivanje merodavnog prava za suštinu spora u investicionoj arbitraži. Arbitražni sud, kao bilo koji drugi forum za rešavanje sporova u kojem na primenu pretenduje više sistema pravnih pravila, u investicionom sporu mora odrediti merodavno pravo za njegovu suštinu. Pravila o određivanju merodavnog prava zavise od toga koji arbitraž-

<sup>4</sup> *Ibid.*, 37. Autor navodi da je tokom 2000. godine 70 država usvojilo 150 regulativnih promena koje se odnose na strana ulaganja, od kojih su samo tri (dva procenta) restriktivnog karaktera.

<sup>5</sup> *Ibid.* U 2010. godini, prema statistici Konferencije Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj (eng. *United Nations Conference on Trade and Development*), 74 države usvojilo je 149 legislativnih mera, od kojih je 48 (32 procenta) bilo restriktivnog karaktera, prema oceni ove organizacije. Može se konstatovati da trend pooštavanja uslova za strana ulaganja zaobilazi Republiku Srbiju, budući da rešenja iz Zakona o ulaganjima od 2015. godine (*Službeni glasnik RS* br. 89/2015) idu u pravcu dalje liberalizacije režima stranih ulaganja. Vid. D. Divljak, Novi zakonski okvir za strana ulaganja u Srbiji – bitne karakteristike i mogući efekti, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2016, 426.

<sup>6</sup> Vid. C. F. Dugan (Dugan), D. Wallace (Volas), Jr., N. D. Rubins (Rubins), B. Sabahi (Sabahi), *Investor-State Arbitration*, New York 2011, 201.

<sup>7</sup> S. Đajić, M. Stanivuković, Unutrašnje pravo u međunarodnoj investicionoj arbitraži: zaboravljeni i zapostavljeni izvor prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, tom 65, br. 2/2017, 70-90.

<sup>8</sup> Vid. J. Hepburn (Hepburn), *Domestic Law in International Investment Arbitration*, Oxford 2017, 7.

ni sud postupa u datom sporu i od normativne osnove za njegovo postupanje (arbitražnih pravila, zakona, međunarodnog ugovora). Najvažnije telo koje se u savremenim uslovima bavi rešavanje ove vrste sporova je Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova (eng. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, u daljem tekstu: IKSID), osnovan Vašingtonskom konvencijom o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država (u daljem tekstu: IKSID Konvencija ili Konvencija).<sup>9</sup> Konvencija koja je široko prihvaćena<sup>10</sup> ne sadrži materijalnopravna pravila koja bi arbitražni sudovi pod okriljem IKSID primenjivali prilikom rešavanja sporova. Umesto toga, član 42(1) Konvencije predviđa sledeće koliziono rešenje:

„Sud rešava spor prema pravnim pravilima o kojima su se stranke saglasile. Ako se stranke ne saglase o tome, Sud primenjuje pravo države ugovornice koja je stranka u sporu (kao i njena pravila o sukobu zakona) i pravila međunarodnog prava koja se primenjuju u datoj oblasti.“<sup>11</sup>

Malo je odredaba Konvencije koje su izazvale toliko rasprava i različitih tumačenja u arbitražnoj praksi i pravnoj doktrini, kao što je to slučaj sa pomenutom odredbom. Štaviše, njeno precizno značenje je i danas predmet debata.<sup>12</sup> Cilj ovog rada je da pokaže kako su se shvatanja o značenju ove odredbe u praksi arbitražnih sudova IKSID menjala tokom vremena, konstantno se krećući u pravcu proširivanja diskrecionog ovlašćenja arbitara prilikom određivanja merodavnog prava. Analiza bi trebalo da potvrdi da je upravo ovakav razvoj događaja omogućio arbitrima da prošire domen primene međunarodnog u odnosu na nacionalno pravo država prijema i uz druge faktore, od kojih je naročito važan karakter instrumenata koji u savremenim uslovima daju nadležnost arbitražnim sudovima, doveo do stanja stvari koje postoje danas.

Budući da centralno mesto u analizi zauzima odnos između međunarodnog i nacionalnog prava, od posebne važnosti za rad je tumačenje druge rečenice člana 42(1) Konvencije koja upućuje arbitražni sud na primenu oba pomenuta sistema pravila, u odsustvu sporazuma stranaka o merodavnom pravu. Međutim,

---

<sup>9</sup> *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 2/2006. Prema podacima sa internet stranice IKSID (<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>), Republika Srbija se do sada ukupno pet puta javila u ulozi tužene države. Od toga, dva spora su okončana, dok su tri postupka u vreme nastanka ovog rada još uvek u toku.

<sup>10</sup> Prema podatku sa internet stranice IKSID (<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>), Konvencija ima 153 države ugovornice (podatak od 10.11.2017.).

<sup>11</sup> Prevod sa engleskog jezika prema: M. Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Beograd 2013, 369. Tekst odredbe u originalu glasi: *The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.*

<sup>12</sup> H. E. Kjos (Kjos), *Applicable Law in Investor-State Arbitration (The Interplay Between National and International Law)*, Oxford 2013, 87.

kako do aktiviranja ove odredbe dolazi samo u slučaju odsustva stranačkog izbora, potrebno je prvo nešto reći o osnovnom konvencijskom pravilu u pogledu određivanja merodavnog prava za suštinu spora.

## 2. AUTONOMIJA VOLJE

Član 42(1) Konvencije obavezuje arbitražni sud da primarno primeni pravna pravila o kojima su se saglasile stranke. Načelo autonomije volje je čvrsto ukorenjeno i u arbitražnim sistemima izvan IKSID koji se takođe javljaju kao procesni okvir za rešavanje investicionih sporova.<sup>13</sup> Pomenuta formulacija ne obavezuje stranke na izbor samo jednog sistema prava, već im omogućava da kombinuju „pravna pravila“ iz različitih sistema, da se odluče za primenu nacionalnog prava jedne države, međunarodnog prava, nacionalnog u kombinaciji sa međunarodnim pravom ili da se opredele za primenu nedržavnih pravnih pravila.<sup>14</sup>

U vreme kada je predmetna odredba formulisana tvorci Konvencije imali su u vidu situaciju koja je zaista i bila karakteristična za sporove u periodu kada su arbitražni sudovi IKSID počeli da obavljaju svoju delatnost – arbitražna klauzula je prisutna u investicionom ugovoru zaključenom direktno između ulagača i države prijema.<sup>15</sup> U takvom slučaju su ugovorne strane imale priliku da se neposredno sporazumeju i o pitanju merodavnog prava za slučaj spora. Međutim, u savremenim uslovima države daju svoj pristanak na arbitražu sa ulagačima unapred, putem klauzula prisutnih u nacionalnim propisima o stranim ulaganjima ili, što je najčešće slučaj, u dvostranim ili višestranim međunarodnim sporazumima o zaštiti ulaganja.<sup>16</sup> Tako je od 35 investicionih sporova registrovanih u prvih sedam meseci 2017. godine, prema podacima Konferencije Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj, čak 80 procenata zasnovano na dvostranim međunarodnim sporazumima o zaštiti ulaganja (eng. *Bilateral Investment Treaties*, u daljem tekstu: BIT).<sup>17</sup> Neki od ovih sporazuma sadrže i klauzulu o određivanju merodavnog prava. Na primer, BIT na snazi između Španije i Srbije, u okviru člana koji govori o arbitraži između države ugovornice i ulagača druge države ugovornice, predviđa sledeće rešenje:

<sup>13</sup> Vid., na primer, čl. 35(1) Arbitražnih pravila UNCITRAL (2010), član 27(1) Arbitražnih pravila Stokholmske trgovinske komore (2017) ili član 21(1) Arbitražnih pravila Međunarodne trgovinske komore (2017).

<sup>14</sup> Vid. C. Schreuer (Šrojer), *ICSID Convention: A Commentary*, 2<sup>nd</sup> Edition, Cambridge 2009, 563, 564.

<sup>15</sup> Vid. C. F. Dugan, D. Wallace, Jr., N. D. Rubins, B. Sabahi, *op. cit.*, 201.

<sup>16</sup> Vid., P. Đundić, Pristanak države na arbitražu sa stranim ulagačem – modaliteti pristanka, ograničenja i merodavno pravo, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2013, 359-375.

<sup>17</sup> UNCTAD, Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures, *IIA Issues Note*, Issue 3/2017, 3. Tekst dostupan na: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb-2017d7\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb-2017d7_en.pdf).



„Arbitraža se zasniva na odredbama ovog Sporazuma, nacionalnom pravu Ugovornice na čijoj teritoriji je izvršeno ulaganje, uključujući pravila koja se odnose na sukob zakona, i pravilima i opšteprihvaćenim načelima međunarodnog prava koja se primenjuju u datoj oblasti.“<sup>18</sup>

Pojedini sporazumi koje je Srbija zaključila sadrže klauzule o merodavnom pravu koje ne pominju primenu prava države prijema ulaganja, već upućuju arbitražni sud da primeni odredbe samog BIT<sup>19</sup> ili odredbe BIT i odgovarajuća pravila međunarodnog prava.<sup>20</sup> Iako ovakve odredbe nisu rezultat sporazuma između ulagača (tužioca) i tužene države, već između države prijema ulaganja i države porekla investitora, u savremenoj arbitražnoj praksi nesporno je da ulagač jedne države ugovornice pokretanjem arbitražnog postupka na osnovu BIT prihvata, između ostalog, i odredbu o merodavnom pravu. Prema tome, klauzula BIT u kojoj je sadržano uputstvo o tome koje pravo primenjuje arbitražni sud na suštinu spora predstavlja izbor „pravnih pravila o kojima su se stranke saglasile“ u smislu prve rečenice člana 42(1) Konvencije.<sup>21</sup>

Ako je osnov nadležnosti arbitražnog suda BIT koji ne sadrži klauzulu o merodavnom pravu, to bi trebalo da signalizira sudu da pređe na primenu supsidijarnog pravila iz druge rečenice člana 42(1). Međutim, u pojedinim slučajevima ovi sudovi odbijaju da prihvate odsustvo sporazuma i insistiraju na fikciji da su stranke postigle prećutni sporazum o merodavnosti međunarodnog prava (2.1.). Takođe, kreativnost arbitražnih sudova IKSID kada su u pitanju opravdanja za rešavanje spora primenom pravila međunarodnog prava vidi se i u onim (danas, doduše, malobrojnim) slučajevima u kojima su stranke izričito ugovorile primenu samo nacionalnog prava države prijema (2.2.).

## 2.1. Prećutni sporazum o primeni međunarodnog prava

Već u prvom sporu u kojem je BIT činio osnov za nadležnost arbitražnog suda IKSID, arbitražno veće je na osnovu ponašanja stranaka zaključilo da postoji prećutna saglasnost u pogledu primarne primene odredaba BIT na suštinu

---

<sup>18</sup> Član 11 stav 3 Sporazuma između Savezne Republike Jugoslavije i Kraljevine Španije o podsticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja (*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 3/2004). Slična odredba je prisutna u članu 11 stav 5 BIT sa Azerbejdžanom (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 8/2011).

<sup>19</sup> Član 9 stav 3(c) Sporazuma između Savezne vlade Savezne Republike Jugoslavije i Vlade Republike Indije o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja (*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 23/2004).

<sup>20</sup> Član 9 stav 5 Sporazuma između Savezne vlade Savezne Republike Jugoslavije i Vlade Republike Slovenije o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja (*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 6/2004). Slične odredbe sadrže BIT sa Kanadom (2014) i Grčkom (1998).

<sup>21</sup> Vid. *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi* (Affaire CIRDI ARB/95/3), Sentence, 10 février 1999, pasusi br. 94, 96.

spora. Reč je o predmetu AAPL protiv Šri Lanke.<sup>22</sup> Arbitražno veće je prvo istaklo da zbog prirode instrumenta koji čini arbitražni sporazum (BIT između Ujedinjenog Kraljevstva i Šri Lanke), strane u sporu nisu imale priliku da unapred postignu sporazum o merodavnom pravu, te da je zaključak o tome koje je pravo merodavno moguće izvesti na osnovu posmatranja njihovog ponašanja u toku arbitražnog postupka.<sup>23</sup> Nakon toga, sud je našao da su odredbe BIT primarno merodavne usled činjenice da su obe stranke u toku arbitražnog postupka zasni-vale svoje argumente na pomenutom izvoru.<sup>24</sup>

Pristup arbitražnog suda u AAPL protiv Šri Lanke izložen je kritici. Već prilikom donošenja arbitražne odluke, arbitar Asante (*Asante*) je u izdvojenom mišljenju istakao da se na osnovu razmene argumenata stranaka u toku postupka ne može izvesti zaključak da su one izabrale BIT kao merodavno pravo, zbog toga što u kontradiktornom postupku tužena država nije mogla da izabere, osim na sopstvenu štetu, da ne odgovori na argumente tužioca koji su bili zasnovani na ovom pravnom izvoru.<sup>25</sup> U pravnoj doktrini se ističe da je potrebno primeniti stroži standard prilikom zaključivanja da je postignut prećutni sporazum strana-ka o merodavnom pravu,<sup>26</sup> te da nije moguće izvesti zaključak o prećutoj auto-nomiji volje ako ona nije iskazana jasno i nedvosmisleno.<sup>27</sup>

Način razmišljanja sličan onom iz AAPL protiv Šri Lanke prisutan je i u sporovima novijeg datuma, s tim što se logika ovakvog postupanja oslanja na pravnu prirodu instrumenta koji sadrži sporazum o arbitraži. Tako arbitražni sud u predmetu MTD protiv Čilea ne ostavlja prostor za dileme u pogledu toga šta ga je motivisalo da zaključi kako su stranke postigle sporazum o tome da je spor potrebno rešiti primenom BIT između Malezije i Čilea (1992):

„U ovom trenutku, arbitražni sud se ograničava na to da konstatuje, u svrhu primene člana 42(1) Konvencije, da su stranke pristale na arbitražu na osnovu BIT. S obzirom na to da je ovaj instrument međunarodni ugovor, pristanak na arbitra-žu na osnovu BIT zahteva od arbitražnog suda da primeni međunarodno pravo.“<sup>28</sup>

<sup>22</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/87/3), Award, 27 June 1990.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pasus br. 19.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pasus br. 20.

<sup>25</sup> Samuel K. B. Asante (*Asante*), Dissenting Opinion, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, tom 6, br. 2/1991, 577.

<sup>26</sup> C. Schreuer, *op. cit.*, 574, 575.

<sup>27</sup> Vid. Y. Banifatemi (*Banifatemi*), The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration, u knjizi: K. Yannaca-Small (*Janaka-Smol*) (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements (A Guide to the Key Issues)*, New York 2010, 198.

<sup>28</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/01/7), Award, 25 May 2004, pasus br. 87. Zaključak arbitražnog suda je podržao ad hok Komitet koji je odlučivao o poništaju arbitražne odluke. Vid. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/01/7), Decision on Annulment, 21 March 2007, pasusi br. 61, 72.

Identična logika primenjena je i u slučaju ADC protiv Mađarske koji se odvijao na osnovu BIT između Kipra i Mađarske (1989):

„Prema shvatanju arbitražnog suda, pristajući na arbitražu na osnovu člana 7 BIT u pogledu „*Bilo kojeg spora između Države Ugovornice i ulagača druge Države ugovornice u vezi sa eksproprijacijom ulaganja...*“, stranke su takođe pristale na primenu odredaba Sporazuma, posebno onih koje su date u članu 4... Ove odredbe su odredbe Sporazuma koje spadaju u oblast međunarodnog prava. Pomenuta saglasnost spada u domen prve rečenice člana 42(1) IKSID Konvencije („*Sud rešava spor prema pravnim pravilima o kojima su se stranke saglasile*“). Saglasnost se takođe mora tumačiti tako da obuhvata izbor opšteg međunarodnog prava, uključujući običajno međunarodno pravo, ako ono, i u meri u kojoj je to slučaj, igra ulogu u tumačenju i primeni odredaba Sporazuma. Ovo zbog toga što u oblasti sukoba zakona važi opšte prihvaćena pretpostavka da su stranke, u odsustvu izričitog drugačijeg sporazuma, izabrale koherentan sistem pravnih pravila koje će regulisati njihov odnos, a ne više različitih sistema.“<sup>29</sup>

Ideja prema kojoj su tužilac i tuženi pristali na merodavnost odredaba BIT i međunarodnog prava samim tim što je arbitražni postupak pokrenut na osnovu ovog izvora, faktički obesmišljava supsidijarno pravilo iz druge rečenice člana 42(1) Konvencije („*Sud primenjuje pravo države ugovornice koja je stranka u sporu (kao i njena pravila o sukobu zakona) i pravila međunarodnog prava koja se primenjuju u datoj oblasti*“) koje bi arbitražni sud morao da primeni svaki put kada stranke nisu jasno i nedvosmisleno postigle sporazum o merodavnom pravu. Prema jednom gledištu prisutnom u literaturi, arbitražni sud bi mogao da zaključi kako nema sporazuma o merodavnom pravu samo onda kada osnov njegove nadležnosti nije međunarodni ugovor.<sup>30</sup> Time bi se supsidijarno koliziono rešenje iz Konvencije svelo na odredbu koja se primenjuje praktično samo u situaciji kada je investicioni spor nastao na osnovu ugovora između ulagača i države prijema koji sadrži arbitražnu klauzulu u korist IKSID. Takvo gledište se brani razlozima praktične prirode – ono se posmatra kao način da sud izbegne primenu „opškurne“ odredbe iz druge rečenice člana 42(1)<sup>31</sup> – ali je u očiglednoj suprotnosti sa jasnim tekstom Konvencije i shvatanjem o mestu koje su njeni tvorci namenili nacionalnom pravu države prijema prilikom rešavanja sporova povodom ulaganja. Osim toga, ono dovodi tužioce u povlašćeni položaj, suštinski im omogućavajući da sami odrede merodavno pravo i tako postave scenu na kojoj će se odvijati

---

<sup>29</sup> *ADC Affiliate Limited & ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16), Award of the Tribunal, 2 October 2006, pasus br. 290. Naglasak u originalu.

<sup>30</sup> W. M. Reisman (Rajzman), M. H. Arsanjani (Arsandžani), *Applicable Law Under the ICSID Convention: The Tortured History of the Interpretation of Article 42*, u knjizi: M. Kinnear (Kinear) et al. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn 2015, 9.

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

borba sa tuženom državom. Poznato je, naime, da je kvalifikacija tužbenog zahteva (i u investicionoj arbitraži) prvenstveno posao tužioca. Ako bi za primenu međunarodnog prava bilo dovoljno da tužilac kvalifikuje svoj tužbeni zahtev kao zahtev koji proističe iz BIT, to bi moglo biti dovoljno za to da se u pogledu ključnih pitanja za rešavanje spora izbegne primena prava države prijema.<sup>32</sup>

## 2.2. Međunarodno pravo u slučaju kada su stranke izabrale primenu prava države prijema

Ako su ulagač i tužena država postigli sporazum o tome da je za spor merodavno pravo države prijema ulaganja, na prvi pogled to bi trebalo da znači da je primena svakog drugog sistema prava, uključujući tu i međunarodno, isključena. Ovo je, međutim, u arbitraži pod okriljem ICSID daleko od sigurnog. U Šrojerovom (*Schreuer*) autoritativnom komentaru Konvencije ističe se da ni jasno opredeljenje stranaka u korist primene nacionalnog prava države prijema ne može da isključi kontrolnu ulogu običajnog međunarodnog prava.<sup>33</sup> Ovakvo gledište se oslanja na cilj Konvencije (promovisanje protoka ulaganja i uzajamnog poverenja između država) čije bi ostvarivanje, prema ovom shvatanju, bilo ugroženo ako bi se ulagačima dozvolilo da se odreknu minimalnih standarda zaštite iz međunarodnog običajnog prava tako što bi pristali na primenu prava države prijema – arbitražni sud bi morao da prihvati kao zakonite mere države koje su očigledno diskriminatorne ili samovoljne ukoliko su preduzete u skladu sa pravom države prijema.<sup>34</sup> Kao ilustraciju tvrdnje da arbitražna praksa pokazuje „generalno oklevanje“ arbitražnih sudova da isključe primenu međunarodnog prava onda kada su stranke postigle sporazum o merodavnosti prava države prijema, autor navodi stavove sudova u slučajevima u kojima je među strankama bilo sporno da li je sporazum o merodavnom pravu zaista zaključen, ali su arbitražna veća zaključila da je to pitanje od drugorazrednog značaja, imajući u vidu obavezu da svakako podvrgnu odredbe nacionalnog prava kontroli na osnovu međunarodnog prava.<sup>35</sup>

U sporu koji je nedavno okončan pred arbitražnim sudom ICSID, sud je morao da zauzme stav o statusu međunarodnog prava u situaciji kada je nedvosmisleno utvrdio da su stranke izabrale pravo države prijema kao merodavno. Reč je o predmetu *Karatjub protiv Kazahstana*.<sup>36</sup> Nadležnost arbitražnog suda je bila

<sup>32</sup> S. Đajić, M. Stanivuković, *op. cit.*, 76, 77.

<sup>33</sup> C. Schreuer, *op. cit.*, 587.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 585, 586.

<sup>35</sup> Vid., na primer, *Autopista Concesionada de Venezuela, C. A. ("Aucoven") v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/00/5), Award, 23 September 2003, pasusi br. 94-100; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/84/3), Award on the Merits, 20 May 1992, pasusi br. 75-85.

<sup>36</sup> *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devinci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/13/13), Award, 27 September 2017.

zasnovana na članu 27 ugovora o istraživanju i eksploataciji nalazišta nafte, zaključenom između kazahstanskog društva sa ograničenom odgovornošću pod kontrolom državljanina SAD i Ministarstva energetike Kazahstana. Pomenuta odredba je uspostavljala nadležnost za „sporove proistekle iz ugovora.“<sup>37</sup> Prema tome, na prvi pogled je bilo reči o sporu čisto ugovornog karaktera. Ugovor u pitanju je sadržao i klauzulu o merodavnom pravu u korist prava Kazahstana, za sam ugovor i sve ostale sporazume zaključene u vezi sa njim.<sup>38</sup>

Rešavajući problem određivanja merodavnog prava, sud je prvo konstatovao da su stranke postigle sporazum o merodavnosti kazahstanskog prava.<sup>39</sup> Međutim, arbitražno veće je zatim, pozivajući se na stavove iznete u Šrojerovom komentaru Konvencije, zaključilo da izbor nacionalnog prava kao merodavnog ne isključuje primenu međunarodnog prava, te da mora da primeni pravila međunarodnog prava koja dopunjuju pravo Kazahstana ili imaju prednost u primeni u slučaju njihovog sukoba.<sup>40</sup>

Zaključak arbitražnog veća u ovom slučaju je ključno uticao na ishod spora. Jedan od argumenata tužene države odnosio se na zastarelost potraživanja iz ugovora – prema kazahstanskom pravu taj rok je iznosio tri godine i, po svemu sudeći, bio je istekao pre nego što je arbitraža pokrenuta. Arbitražni sud je, u skladu sa prethodno iznetim shvatanjem o merodavnom pravu, našao da nije vezan rokovima zastarelosti iz prava tužene države.<sup>41</sup> Opravdanje za ovakav zaključak sud je našao u arbitražnoj praksi prema kojoj međunarodni arbitražni sud nije obavezan da primeni pravila o zastarelosti potraživanja iz nacionalnog prava, kada je tužbeni zahtev zasnovan na međunarodnom pravu.<sup>42</sup> Da bi mogao da primeni ovo pravilo, arbitražni sud je prethodno morao da reši problem kvalifikacije tužbenih zahteva – da zaključi da li su zahtevi tužioca zasnovani na međunarodnom pravu (eng. *international claims*) ili je reč o zahtevima čisto ugovornog karaktera (eng. *purely contractual claims*), kao što je tvrdio Kazahstan.<sup>43</sup> S tim u vezi, veće je većinom glasova prihvatilo da se tužbeni zahtev ulagača odnosi na eksproprijaciju ulaganja zloupotrebom suverenih ovlašćenja države, protivno međunarodnom pravu, Zakonu o stranim ulaganjima Kazahstana, ugovoru i zakonodavstvu tužene države, te da nije reč o tužbenom zahtevu čisto ugovornog karaktera za koji bi *isključivo* bilo merodavno pravo Kazahstana.<sup>44</sup> Na osnovu toga, arbitražni sud je zaključio da potraživanje tužioca nije zastarelo.<sup>45</sup>

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, pasus br. 27.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pasus br. 26.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pasusi br. 283, 284.

<sup>40</sup> *Ibid.*, pasusi br. 288–290.

<sup>41</sup> *Ibid.*, pasusi br. 415, 424.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pasusi br. 416–420.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pasus br. 414.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pasus br. 415.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pasusi br. 425, 426.

Obrazloženje odluke u ovom predmetu je problematično iz više razloga od kojih se dva posebno ističu. Prvo, arbitražni sud nije objasnio kako je moguće pomiriti zaključak o međunarodnopravnoj prirodi tužbenog zahteva ulagača sa arbitražnom klauzulom iz ugovora koja jasno kaže da nadležnost arbitražnog suda postoji za sve sporove proistekle iz ugovora (eng. “...*all claims arising from the Contract...*”). Kvalifikacija tužbenog zahetva koja je primenjena za potrebe određivanja merodavnog prava, prema tome, upravo je suprotna onoj koja je upotrebljena prilikom odlučivanja o tome da li arbitražni sud ima nadležnost. Drugo, isto se može reći za zaključak koji je arbitražno veće donelo prilikom rešavanja o prigovoru presuđene stvari (*res judicata*) tužene države. Naime, arbitraža o kojoj je reč nije bila jedina koju je isti tužilac pokrenuo protiv Kazahstana pred arbitražnim sudom IKSID. Prethodno, u toku 2008. godine, isto privredno društvo je pokrenulo arbitražu protiv države prijema na osnovu BIT između SAD i Kazahstana (1992) koja je 2012. godine okončana odbacivanjem tužbe zbog nenadležnosti.<sup>46</sup> U drugom arbitražnom postupku, pokrenutom 2013. godine, Kazahstan je isticao kako je pitanje nadležnosti rešeno u prethodnoj arbitraži i kako ono predstavlja *res judicata*. Odlučujući o ovom prigovoru, arbitražni sud je prvo istakao da uspešan prigovor presuđene stvari zahetva identitet između pravnih osnova tužbe,<sup>47</sup> a nakon toga i da pravni osnovi tužbi nisu identični – u prvom postupku to je bio međunarodni ugovor (BIT) a u drugom ugovor između tužioca i Ministarstva energetike Kazahstana.<sup>48</sup> Prema tome, to što je tužbeni zahtev za potrebe određivanja merodavnog prava tretirao kao dominantno međunarodnopravni, nije sprečilo arbitražni sud da isti zahtev kvalifikuje kao ugovorni prilikom odlučivanja o osnovanosti *res judicata* prigovora Kazahstana.

Arbitražna odluka u predmetu Karatjub protiv Kazahstana pokazuje da tužena država nema gotovo nikakve izgleda da, u materijalnopravnom smislu, koristi sopstveno pravo kako bi izbegla nastupanje odgovornosti i obaveze plaćanja naknade pred arbitražnim sudom IKSID, pa čak ni onda kada je sa tužiocem prethodno postignut jasan i nedvosmislen sporazum o merodavnosti njenog prava. Ostaje da se vidi da li će Kazahstan, u roku koji je ostavljen članom 52 Konvencije, zahtevati poništaj odluke kojom je obavezan da plati gotovo 40 miliona USD tužiocu.

### 3. MERODAVNO PRAVO U ODSUSTVU SPORAZUMA STRANAKA

U slučaju da arbitražni sud pod okriljem IKSID nađe da strane u sporu nisu zaključile sporazum o određivanju merodavnog prava, dužan je da primeni pravilo iz druge rečenice člana 42(1) Konvencije: *Ako se stranke ne saglase o tome,*

<sup>46</sup> *Ibid.*, pasus br. 91.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pasus br. 494.

<sup>48</sup> *Ibid.*, pasus br. 495.



*Sud primenjuje pravo države ugovornice koja je stranka u sporu (kao i njena pravila o sukobu zakona) i pravila međunarodnog prava koja se primenjuju u datoj oblasti.*

Prema komentaru Konvencije, pomenuto pravilo bi trebalo da omogući sigurnost, u smislu da će arbitražni sud biti u prilici da pronade odgovarajuća pravila koja će primeniti i onda kada stranke nisu realizovale autonomiju volje.<sup>49</sup> Međutim, odredba je u arbitražnoj praksi i pravnoj doktrini do sada poslužila kao inspiracija za veliki broj različitih tumačenja. Iako je na osnovu nje jasno da bi primarno mesto prilikom rešavanja spora trebalo da ima pravo države prijema ulaganja, nejasnoće u pogledu odnosa i tačne uloge nacionalnog i međunarodnog prava podstaklo je dvoje autora da konstatuju kako ona predstavlja jednu od dve stvari: „...ili proizvod lošeg normiranja ili remek-delo konstruktivne dvosmislenosti.”<sup>50</sup>

Bez obzira na različita tumačenja, istorija primene ovog pravila pokazuje jednu tendenciju koja je nesporno prisutna – stalno proširivanje polja primene međunarodnog prava u odnosu na zakonodavstvo države prijema ulaganja. U nastavku rada se opisuje kako su arbitražni sudovi ICSID za relativno kratko vreme prešli dugačak put: od insistiranja na obavezi da se utvrdi sadržina prava države prijema i da se ono primeni, do shvatanja da je arbitražni sud gotovo apsolutno slobodan prilikom odlučivanja koji će od dva sistema pravnih pravila primeniti na tužbeni zahtev.

### **3.1. Primarna primena prava države prijema ulaganja**

Tekst druge rečenice člana 42(1) konvencije nesumnjivo podrazumeva da bi na spor između ulagača i tužene države, u odsustvu autonomije volje, trebalo najpre primeniti nacionalno zakonodavstvo države prijema. Pripremni radovi nastali prilikom usvajanja Konvencije podržavaju zaključak da su njeni tvorci imali nameru da primena prava države prijema ulaganja bude rezidualno rešenje u slučaju odsustva sporazuma stranaka.<sup>51</sup> Konačna verzija teksta odredbe rezultat je kompromisa između zemalja koje su insistirale na primeni prava države prijema i onih koje su zahtevale da u odredbi izričito bude pomenuto međunarodno pravo.<sup>52</sup>

Shvatanje o centralnoj ulozi nacionalnog prava prisutno je u starijoj arbitražnoj praksi. U toj praksi je i formulisana doktrina koja je u značajnom vremenskom

---

<sup>49</sup> C. Schreuer, *op. cit.*, 550.

<sup>50</sup> W. M. Reisman; M. H. Arsanjani, *op. cit.*, 3.

<sup>51</sup> Vid. W. M. Reisman (Rajsman), *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold*, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, tom 15, br. 2/2000, 363, 364. Autor ovakav zaključak izvodi na osnovu činjenice da su nacrti pomenute odredbe koji su prethodili konačnom predviđali slobodu arbitražnog suda da slobodno odluči da li će primeniti nacionalno ili međunarodno pravo.

<sup>52</sup> H. E. Kjos, *op. cit.*, 88.



periodu bila vladajuća kada je reč o pitanju odnosa između međunarodnog i nacionalnog prava – doktrina o *dopunskoj i korektivnoj* ulozi međunarodnog prava.

Sama doktrina je utemeljena na odluci ad hok komiteta za poništaj arbitražne odluke u predmetu Klukner protiv Kameruna.<sup>53</sup> Zahtev za poništaj arbitražne odluke na osnovu člana 52(1)(b) Konvencije podneo je nemački ulagač koji je tvrdio kako je arbitražno veće donelo napadanu odluku uz očigledno prekoračenje ovlašćenja, jer nije primenilo pravo Kameruna, iako je bilo obavezno to da učini prema drugoj rečenici člana 42(1).<sup>54</sup> Arbitražna odluka u napadanom delu bila je zasnovana na zaključku da je ulagač povredio načelo prisutno u pravu tužene države – načelo iskrenog postupanja prema drugoj ugovornoj strani kao manifestaciji obaveze postupanja u dobroj veri.<sup>55</sup> Međutim, obrazloženje arbitražne odluke nije sadržalo pozivanje na konkretnu odredbu pozitivnog prava Kameruna koja bi nametnula pomenutu obavezu ugovorne strane, uslove pod kojima ona nastaje ili se primenjuje.<sup>56</sup> Štaviše, arbitražni sud se nije oslonio ni na jedan zakonski tekst, sudsku praksu ili na doktrinu.<sup>57</sup> Tumačeći obrazloženje odluke, ad hok komitet je zaključio da je ona u suštini zasnovana na shvatanju arbitražnog veća da ugovorna obaveza u pitanju predstavlja opšte pravno načelo prihvaćeno od strane civilizovanih naroda, u smislu člana 38 Statuta Međunarodnog suda pravde, te da se ne može zaključiti da je arbitražni sud ispunio svoju obavezu iz člana 42(1) da primeni pravo države koja je strana u sporu.<sup>58</sup>

U pogledu odnosa između prava države prijema i međunarodnog prava u smislu druge rečenice člana 42(1) Konvencije, ad hok komitet je zaključio da međunarodno pravo ima dvostruku ulogu – ono služi kako bi se dopunilo pravo države prijema (u slučaju postojanja pravne praznine) ili kako bi se nacionalno pravo korigovalo (ukoliko nacionalno pravo nije u svim tačkama saglasno sa načelima međunarodnog prava). U nastavku obrazloženja ad hok komitet za poništaj iznosi osnovni zaključak:

„*U oba slučaja*, arbitri mogu da posegnu za „načelima međunarodnog prava“ samo *nakon* što su ispitali i utvrdili sadržinu prava države strane u sporu (koje ne može da se svede na *jedno* načelo, makar ono bilo i temeljno) i *nakon* što su primenili relevantna pravna pravila ove države.“<sup>59</sup>

Prema tome, u odluci o poništaju se nedvosmisleno usvaja shvatanje da je pravo države prijema ulaganja (tužene države) pravo koje se primarno primenjuje

<sup>53</sup> *Klökner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais* (ICSID Case No. ARB/81/2), Decision on Annulment, 3 May 1985. Prevod na engleski jezik sa francuskom originala odluke objavljen u: *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, tom 1, br. 1/1986, 89-144.

<sup>54</sup> *Ibid.*, pasus br. 57.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pasus br. 65.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pasus br. 72.

<sup>57</sup> *Ibid.*, pasus br. 71.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pasus br. 73.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pasus br. 69. Naglasak u originalnom tekstu.

na rešavanje spora, dok se pravilima međunarodnog prava daje supsidijarna uloga i ona se mogu primeniti samo nakon što je arbitražni sud utvrdio i analizirao sadržinu nacionalnog prava. Ovo stanovište o odnosu međunarodnog i nacionalnog prava podržao je i ad hok komitet za poništaj arbitražne odluke donete u predmetu *Amko protiv Indonezije*.<sup>60</sup> Iako problem odnosa između dva sistema pravnih pravila nije bio ključan za odluku o poništaju,<sup>61</sup> ad hok komitet u ovom predmetu je jasno saopštio svoj stav o tome:

„Ad hok komitet smatra da je vredno napomenuti da član 42(1) Konvencije ovlašćuje arbitražni sud ICSID da primeni pravila međunarodnog prava *samo* kako bi popunio pravnu prazninu u merodavnom nacionalnom pravu i kako bi osigurao prednost u primeni normama međunarodnog prava kada su pravila merodavnog nacionalnog prava u sukobu sa ovim normama.“<sup>62</sup>

Interesantno je primetiti da je doktrina o dopunskoj i korektivnoj ulozi međunarodnog prava izložena kritici u pravnoj doktrini zbog shvatanja da se međunarodno pravo primenjuje kako bi popunilo pravne praznine u nacionalnom. Prema gledištu kritičara, upitno je da li pravo države prijema uopšte može da sadrži pravnu prazninu koja bi opravdala prelazak na primenu pravila međunarodnog prava.<sup>63</sup> Ako u tom sistemu zaista ne postoji precizno i detaljno pravilo koje bi moglo da bude direktno primenjeno, arbitražni sud bi mogao da se osloni na načela datog nacionalnog pravnog poretka i da u njemu pronade pravila na osnovu kojih će popuniti pravnu prazninu.<sup>64</sup> Pri tome, propuštanje da se propiše pravno sredstvo u situaciji koja je predmet spora pred arbitražnim sudom ne znači da postoji pravna praznina, već upravo da je ovo pitanje regulisano merodavnim nacionalnim pravom na način koji podrazumeva izostanak odgovornosti prema tom pravu.<sup>65</sup> Ovakvu mogućnost izgleda nije imao u vidu arbitražni sud koji je postupao u predmetu *SPP protiv Egipta*.<sup>66</sup> Egipat je u ovom sporu tvrdio da nije odgovoran za akte pojedinih zvaničnika, pozivajući se na činjenicu da su akti

---

<sup>60</sup> *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), Decision on the Application for Annulment, 16 May 1986, 1 ICSID Reports 509 (1993). Relevantni deo odluke (pasusi br. 18-28) reprodukovao u: R. D. Bishop (Bišop), J. Crawford (Kroford), W. M. Reisman (Rajzman), *Foreign Investment Disputes (Cases and Materials)*, The Hague 2005, 643-645.

<sup>61</sup> Ad hok komitet je odlučivao o tome da li je arbitražni sud prethodno očigledno prekoračio ovlašćenja tako što je zasnovao odluku na pravdi i pravičnosti (*ex aequo et bono*) na osnovu odredbe člana 42(3) Konvencije, iako se o tome stranke nisu sporazumele.

<sup>62</sup> *Ibid.*, pasus br. 20. Naglasak autora.

<sup>63</sup> Vid. E. Gaillard (Gajar), Y. Banifatemi (Banifatemi), The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, tom 18, br. 2/2003, 394.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Vid. W. M. Reisman, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold, 371.

<sup>66</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/84/3), Award on the Merits, 20 May 1992.

preduzeti uz prekoračenje zakonskih ovlašćenja nepostojeći ili ništavi prema egipatskom pravu.<sup>67</sup> Arbitražno veće je stalo na stanovište da ništavost ovih akata prema nacionalnom pravu ne rešava pitanje odgovornosti države ovim povodom, te da ako nacionalno pravo ne propisuje pravno sredstvo koje bi ulagač mogao da koristi protiv države u takvom slučaju, postoji obaveza arbitražnog suda IKSID da eliminiše pravnu prazninu primenom međunarodnog prava.<sup>68</sup> Veće je to učinilo primenom pravila međunarodnog prava koje uspostavlja odgovornost države za akte njenih zvaničnika preduzete uz prekoračenje zakonskih ovlašćenja, ukoliko su ovi subjekti delovali u svojstvu vršilaca javne vlasti.<sup>69</sup> Iz obrazloženja odluke je jasno da je arbitražni sud, iako je tvrdio da je primenio međunarodno pravo u svrhu popunjavanja pravne praznine u egipatskom zakonodavstvu, zapravo zasnovao odluku na kontrolnoj ulozi međunarodnog prava – odlučio je da ne primeni pravilo nacionalnog prava jer je ono bilo suprotno međunarodnom.

U pravnoj teoriji se javilo i gledište da je čak i kontrolna uloga međunarodnog prava, onako kako se ona predstavlja u odlukama o poništaju u predmetima Klukner i Amko, shvaćena preširoko i da je u suprotnosti sa formulacijom i ciljem člana 42(1) Konvencije. Na primer, prema Rajsmanovom (*Reisman*) shvatanju, primena pravila međunarodnog prava umesto odgovarajućih normi nacionalnog zakonodavstva nije opravdana kada jednostavno postoji razlika između dve grupe pravila u konkretnom slučaju. Potrebno je da postoji direktna kolizija između međunarodnog i nacionalnog pravnog poretka, odnosno da pravno pravilo nacionalnog prava bude suprotno imperativnom pravilu međunarodnog prava.<sup>70</sup> U procesu određivanja merodavnog prava potpuno je očekivano da različiti sistemi pravnih pravila sadrže različita rešenja za pojedine društvene i ekonomske probleme. Prema ovom gledištu, ako bi se svako razlikovanje pravila nacionalnog prava u odnosu na međunarodno posmatralo kao razlog da se pruži prednost u primeni ovom drugom, nestao bi smisao relevantne odredbe Konvencije i arbitražni sudovi bi imali određene ruke da se u velikom broju slučajeva odluče za primenu međunarodnog na uštrb prava države prijema.<sup>71</sup> Prema stanovištu ovog autora, signal za aktiviranje kontrolne uloge međunarodnog prava nije razlika koja postoji u odnosu na nacionalno, već činjenica da je zakonodavstvo države u direktnom sukobu sa fundamentalnim pravilom međunarodnog prava.<sup>72</sup>

Međutim, dalji razvoj događaja išao je u smeru koji je suprotan ovakvom gledištu: ka proširivanju polja primene međunarodnog prava u odnosu na pravo države strane u sporu pred arbitražnim sudom IKSID.

<sup>67</sup> *Ibid.*, pasus br.

<sup>68</sup> *Ibid.*, pasusi br. 83, 84.

<sup>69</sup> *Ibid.*, pasus br. 85.

<sup>70</sup> Vid. W. M. Reisman, *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold*, 375.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

### 3.2. Paralelna primena međunarodnog i nacionalnog prava

Pristup prema kojem nacionalno i međunarodno pravo predstavljaju dve ravnopravne grupe supstancijalnih normi koje se primenjuju paralelno, svake u sopstvenom domenu, zapravo znači da je arbitražni sud slobodan da bira da li će na konkretno pitanje primeniti pravilo međunarodnog ili prava tužene države. Teorijsko objašnjenje da se pravila međunarodnog prava primenjuju ne zbog toga što su bolja ili superiorna u odnosu na pravila nacionalnog prava, već zbog toga što su „odgovarajuća“ za dato pitanje<sup>73</sup> ne znači mnogo u praksi za državu koja se oslonila na pretpostavku da će poštovanje sopstvenog zakonodavstva biti dovoljno da je zaštiti od odgovornosti za plaćanje naknade stranom ulagaču. Da bi se arbitražni sudovi IKSID oslobodili obaveze da utvrđuju i primenjuju pravo države prijema ulaganja bilo je neophodno novo tumačenje druge rečenice člana 42(1) Konvencije. Ono je uspostavljeno u postupku za poništaj arbitražne odluke donete u predmetu *Vena Hotels* protiv Egipta.<sup>74</sup>

U središtu ovog spora bili su ugovori zaključeni između ulagača iz Ujedinjenog Kraljevstva i egipatskog privrednog društva u državnoj svojini o zakupu dva hotela u Egiptu. Ugovori su sadržali klauzulu kojom je bila predviđena primena egipatskog prava.<sup>75</sup> Spor je nastao kada su zaposleni egipatskog privrednog društva, 1991. godine, zauzeli prostorije hotela koje je zakupljivao ulagač. Uagač je pokrenuo arbitražu na osnovu odredaba BIT između Ujedinjenog Kraljevstva i Egipta (1976) i arbitražni sud je našao da je Egipat povredio obaveze pravičnog i poštenog tretmana tužioca, obavezu pružanja pune zaštite i sigurnosti i obavezu plaćanja hitne, adekvatne i efektivne naknade za eksproprisanu imovinu, te odlučio da je država dužna da plati tužiocu iznos veći od 20 miliona USD.<sup>76</sup> Jedan od najvažnijih argumenata Egipta bio je da je potraživanje tužioca iz ugovora o zakupu zastarelo na osnovu trogodišnjeg roka iz Građanskog zakonika Egipta.<sup>77</sup> Arbitražni sud je našao da stranke nisu zaključile sporazum o merodavnom pravu, u smislu člana 42(1) Konvencije, te da su za spor „primarno“ merodavne odredbe BIT.<sup>78</sup> Sud je svoj stav potkrepio i tvrdnjom da je ovo bio i stav stranaka, što je zaključak koji je izveo na osnovu podnesaka i iskaza na usmenoj raspravi.<sup>79</sup> U pogledu pitanja zastarelosti potraživanja, sud je primenio pravilo međunarodnog

---

<sup>73</sup> Vid. E. Gaillard, Y. Banifatemi, *op. cit.*, 399.

<sup>74</sup> *Wena Hotels, Ltd. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4), Decisions on the Application by the Arab Republic of Egypt for Annulment of the Arbitral Award dated December 8, 2000, 5 February 2002.

<sup>75</sup> *Ibid.*, pasus br. 28.

<sup>76</sup> *Wena Hotels, Ltd. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4), Award, 8 December 2000, pasusi 133-136.

<sup>77</sup> *Ibid.*, pasus br. 79.

<sup>78</sup> *Ibid.*, pasus br. 78.

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

prava – da rokovi zastarelosti iz nacionalnog prava ne vezuju sud koji odlučuje o tužbenom zahtevu zasnovanom na međunarodnom pravu.<sup>80</sup>

U zahtevu za poništaj, Egipat je isticao da je arbitražni sud očigledno prekorao svoja ovlašćenja zbog toga što nije primenio pravo merodavno na osnovu člana 42(1) Konvencije. Egipat je, naime, tvrdio da su strane u sporu izvršile izbor merodavnog prava, odnosno da je klauzula o merodavnom pravu iz ugovora o zakupu obavezivala arbitražni sud da primeni pravo Egipta.<sup>81</sup> Argument je bio zasnovan na tvrdnji da je nemoguće rešiti o tome da li je povređen BIT bez odlučivanja o pravima i obavezama iz ugovora, tj. da je odnos između ulagača i Egipta na osnovu BIT u svemu zavisao od odnosa između ugovornih strana kod ugovora o zakupu hotela.<sup>82</sup>

Ad hok komitet za poništaj je započeo svoju analizu time što je utvrdio da se dve vrste odnosa razlikuju u pogledu njihovog pravnog osnova i u pogledu subjekata: odnos između tužioca i Egipta je zasnovan na obavezama tužene države iz međunarodnog ugovora, dok je odnos između tužioca i njegovog saugovarača zasnovan na ugovorima o zakupu i tiče se prava i obaveza povodom ovih ugovora.<sup>83</sup> Različita kvalifikacija predmeta ugovora o zakupu u odnosu na predmet BIT, nužno je vodila zaključku da je egipatsko pravo izabrano kao merodavno samo za ugovore, ne i za tužbeni zahtev koji je ulagač zasnovao na BIT.<sup>84</sup>

Komitet je nakon toga prešao na razmatranje odnosa međunarodnog i nacionalnog prava u svetlu druge rečenice člana 42(1) Konvencije. U obrazloženju odluke o zahtevu za poništaj se zatim navode stanovišta u doktrini i praksi u pogledu tačne uloge međunarodnog prava, pri čemu se stav ad hok komiteta u predmetu Klukner protiv Kameruna navodi samo kao jedno od mnogobrojnih, različitih mišljenja.<sup>85</sup> Suprotno ovom mišljenju, stav ad hok komiteta u slučaju Vena Hotels protiv Egipta bio je da pravilo iz člana 42(1) koje se primenjuje u odsustvu stranačkog sporazuma, ne povlači oštru liniju razdvajanja između polja primene međunarodnog i nacionalnog prava, odnosno da arbitražni sud uživa izvesnu slobodu prilikom odlučivanja o merodavnom pravu.<sup>86</sup> Svoje stanovište komitet je objasnio izjavom koju će arbitražni sudovi IKSID u budućnosti gotovo rutinski citirati:

„Jasno je da smisao i značenje pregovora koji su prethodili usvajanju druge rečenice člana 42(1) dozvoljavaju da oba pravna sistema imaju svoju ulogu. Pravo države prijema zaista može biti primenjeno u kombinaciji sa međunarodnim pra-

<sup>80</sup> *Ibid.*, pasus br. 107.

<sup>81</sup> *Wena Hotels, Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Decission on Annulment, pasus br. 28.

<sup>82</sup> *Ibid.*, pasus br. 34.

<sup>83</sup> *Ibid.*, pasusi br. 31, 35.

<sup>84</sup> *Ibid.*, pasusi br. 35, 36.

<sup>85</sup> *Ibid.*, pasusi br. 38, 39.

<sup>86</sup> *Ibid.*, pasus br. 39.

vom ako je to opravdano. Takođe, i međunarodno pravo *može biti samostalno primenjeno* ako je odgovarajuće pravilo moguće pronaći u tom drugom okviru.<sup>87</sup>

Ovakav pristup pruža arbitražnim sudovima pod okriljem ICSID slobodu koju do tada nisu imali: da jednostavno izaberu pravno pravilo koje smatraju odgovarajućim za konkretno pitanje, bez obzira da li se ono nalazi u okvirima nacionalnog pravnog sistema ili međunarodnog prava. Sudovi su oslobođeni obaveze da utvrđuju sadržinu prava države prijema i da ga primene, uz jedan uslov – da prethodno konstatuju kako se „odgovarajuće“ pravilo nalazi u međunarodnom pravu. Ova sloboda je u suštini neograničena, jer se u obrazloženju odluke o zahtevu za poništaj u ovom slučaju ne navode smernice u pogledu toga kada bi bilo odgovarajuće primeniti pravilo iz jednog ili drugog okvira. Kvalifikacija spornog pravnog pitanja je u isključivoj nadležnosti arbitražnog suda. Uzimajući u obzir prethodno navedenu činjenicu – da se najveći broj investicionih arbitraža pokreće na osnovu odredaba dvostranih međunarodnih ugovora o zaštiti ulaganja – nije teško zaključiti da će za te sudove odgovarajuća norme najčešće biti norme samih BIT i međunarodnog (običajnog) prava. Zaista, ovo tumačenje odredbe člana 42(1) Konvencije dočekano je od strane arbitara sa neskrivenim entuzijazmom.<sup>88</sup>

Ad hok komitet za poništaj u predmetu *Vena Hotels protiv Egipta* upućuje arbitražne sudove na još jedan faktor koji bi trebalo uzeti u obzir prilikom razmatranja odnosa nacionalnog i međunarodnog prava. Naime, u obrazloženju se navodi mogućnost da pravo države prijema ulaganja dozvoljava svojevrsno uzvraćanje (*renvoi*) na pravila međunarodnog prava.<sup>89</sup> Argument je bio zasnovan na činjenici da je, u konkretnom slučaju, Ustav Egipta predviđao da potvrđeni međunarodni ugovori imaju snagu zakona, te da su u egipatskoj sudskoj praksi postojala tumačenja kako ova odredba znači da međunarodni ugovori imaju prednost u primeni u odnosu na zakone države prijema.<sup>90</sup> Potrebno je naglasiti da je ovakvo opravdanje za primenu međunarodnog prava u neskladu sa osnovnom tezom koja je nešto ranije postavljena – međunarodno i nacionalno pravo su dva ravnopravna sistema supstancijalnih pravila i odluka o tome koje će pravo biti primenjeno zavisi od prethodne odluke o tome koje je pravo odgovarajuće u konkretnom

---

<sup>87</sup> *Ibid.*, pasus br. 40. Naglasak autora.

<sup>88</sup> Vid., na primer, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1), Decision on Liability, 3 October 2006, pasus br. 96; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/8), Award, 12 May 2005, pasus br. 116; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16), Award, 28 September 2007, pasusi br. 235, 236; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12), Award, 14 July 2006, pasus br. 66; *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5), 14 December 2012, pasus br. 179; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/06/2), Award, 16 September 2015, pasus br. 91.

<sup>89</sup> *Vena Hotels, Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Annulment, pasus br. 42.

<sup>90</sup> *Ibid.*



slučaju.<sup>91</sup> Drugim rečima, prema tehnici utvrđivanja merodavnog prava koja je ovde predložena, kada jednom arbitražni sud utvrdi da je relevantno („odgovarajuće“) pravno pravilo prisutno u nacionalnom pravu, potraga bi trebalo da bude završena, a svako upućivanje na drugi sistem pravnih normi isključeno. Naravno, druga rečenica člana 42(1) kaže da zakonodavstvo države strane u sporu obuhvata i njena pravila o sukobu zakona (kolizione norme). Međutim, analiza ad hok komiteta se ne odnosi na primenu kolizionih normi egipatskog prava (niti se „pravila o sukobu zakona“ uopšte pominju u kontekstu određivanja merodavnog prava) već na pitanje hijerarhije izvora u ovom pravnom sistemu.<sup>92</sup>

Tumačenje druge rečenice člana 42(1) Konvencije iz odluke o zahtevu za poništaj u predmetu Vena Hotels protiv Egipta daje u punom smislu međunarodnom pravu karakter sistema supstancijalnih normi koji je ravnopravan sa nacionalnim pravom, u smislu da njegova primena ne zavisi od prethodnog utvrđivanja sadržine prava države prijema.<sup>93</sup> Postupanje arbitražnih sudova koji ga usvajaju se, u praktičnom smislu, naziva pragmatičnim.<sup>94</sup> Međutim, problem je u tome što primena takvog tumačenja u praksi odriče pravu države prijema upravo onaj karakter koji pruža međunarodnom – karakter ravnopravnog sistema supstancijalnih normi. Pitanje koje se ponovo postavlja je da li tužena država, u sistemu koji pruža gotovo neograničenu slobodu arbitrima da izaberu pravno pravilo koje će primeniti, može da izbegne nastupanje odgovornosti prema ulagaču pozivajući se na činjenicu da je postupala u skladu sa sopstvenim pravom?

Činjenica da je unutrašnje pravo države prijema formalno ravnopravno sa međunarodnim ne znači gotovo ništa ako je arbitražni sud uvek u stanju da određeno pitanje kvalifikuje kao pitanje međunarodnog prava. Na primer, u središtu investicionog spora se vrlo često nalazi ugovor koji je ulagač zaključio u cilju realizacije svog ulaganja. U takvom slučaju pitanje da li je država povredila svoju ugovornu obavezu se neminovno javlja kao predmet iskaza stranaka. Prema stavu koji je zauzet u čuvenoj odluci po zahtevu za poništaj u predmetu Vivendi protiv Argentine, za pitanja koja se tiču prava i obaveza iz ugovora nesporno je merodavno nacionalno pravo kojem je ugovor podvrgnut.<sup>95</sup> Sa druge strane, prili-

<sup>91</sup> Vid. W. M. Reisman; M. H. Arsanjani, *op. cit.*, 7.

<sup>92</sup> Iako je shvatanje prema kojem pravo države domaćina može da uputi na primenu međunarodnog prava, tako što mu daje prednost u primeni, problematičan sa metodološkom stanovišta koji se načelno usvaja u pomenutoj odluci, može se zaključiti da je on primenjen od strane bar jednog arbitražnog suda. Vid. *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, pasus br. 65: „Arbitražni sud dalje konstatuje da, prema Ustavu Argentine, Ustav i međunarodni ugovori zaključeni sa drugim državama imaju status vrhovnog prava i da međunarodni ugovori imaju primat u odnosu na zakone.“

<sup>93</sup> Vid. E. Gaillard, Y. Banifatemi, *op. cit.*, 408, 409.

<sup>94</sup> C. Schreuer, *op. cit.*, 628-630.

<sup>95</sup> *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi universal v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3), Decision on Annulment, 3 July 2002, pasus br. 96.



kom razmatranja da li je povređen BIT se primenjuje međunarodno pravo.<sup>96</sup> Država može povrediti obavezu iz međunarodnog ugovora iako nije povredila obavezu iz ugovora sa stranim ulagačem i obrnuto.<sup>97</sup> Drugim rečima, ako arbitražni sud kvalifikuje tužbeni zahtev ulagača kao zahtev zasnovan na BIT (međunarodnom pravu), činjenica da je postupanje države kao ugovorne strane bilo u skladu sa merodavnim nacionalnim pravom gubi na značaju. Čak i kada je arbitražni sud zaključio da je primena nacionalnog prava odgovarajuća za pitanja koja se odnose na ugovor (u smislu druge rečenice člana 42(1), ono se u suštini tretira kao činjenica u kontekstu primene materijalnopravnog standarda iz međunarodnog ugovora koji će u krajnjoj konsekvenci odrediti ishod spora.<sup>98</sup> Na primeru koji se tiče odnosa između ulagača i tužene države u pogledu investicionog ugovora, ovaj pristup u suštini znači sledeće: na pitanje da li su ugovorne strane postupale u skladu sa obavezama iz ugovora mora se primeniti merodavno nacionalno pravo, ali kakav je značaj činjenice da li država povredila ugovornu obavezu u kontekstu tog prava određuje isključivo BIT (međunarodno pravo).<sup>99</sup> Na taj način se nacionalnom pravu faktički negira karakter materijalnopravnih pravila koja se mogu primeniti na suštinu spora.

#### 4. ZAKLJUČAK

Tumačenje odredbe člana 42(1) Konvencije ide u pravcu pružanja bezmalo neograničene slobode arbitrima da odluče da li će na pojedina pitanja primeniti pravo države prijema ili norme međunarodnog prava. Arbitražni sudovi su, pri tome, neosetljivi na činjenicu da zanemarivanje uloge nacionalnog prava tužene države nije u skladu sa tekstom ove odredbe niti sa namerom njenih tvoraca. Prema sadašnjem stanju stvari, gotovo da ne postoji način da tužena država zasnjuje materijalnopravnu odbranu na poštovanju sopstvenog prava, čak ni onda kada je postigla sporazum sa ulagačem da je to pravo isključivo merodavno u slučaju spora. Praktični razlozi za to što arbitri teže primeni međunarodnog na uštb nacionalnog prava u investicionom sporu zaista mogu da budu različiti. To može biti činjenica da su arbitri nespremni da se uhvate u koštac sa zadatkom utvrđivanja i primene norme koja potiče iz njima nepoznatog sistema nacionalnog prava ili želja da prošire svoju moć primenom pravila pravnog poretka na kojem je takva moć zasnovana.<sup>100</sup> Međutim, ono što ovakvom ponašanju daje privid oprav-

---

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*, pasus br. 95.

<sup>98</sup> Vid. S. Đajić, M. Stanivuković, *op. cit.*, 76-78.

<sup>99</sup> Vid. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Decision on Annulment, pasusi br. 72, 75.

<sup>100</sup> Vid. S. Đajić, M. Stanivuković, *op. cit.*, 85.

danosti je promena koja se vremenom odigrala u pogledu pravnih instrumenata koji predstavljaju osnov nadležnosti arbitražnih sudova u investicionim sporovima. Dok je u prvim sporovima koji su se javili pred arbitražnim sudovima IKSID osnov za njihovo postupanje bio investicioni ugovor između ulagača i tužene države, koji uvek ima utemeljenje u određenom nacionalnom pravu, danas je osnovni instrument pristanka države na arbitražu međunarodni ugovor. Upravo zbog toga se može govoriti o prirodnoj težnji arbitara da na suštinu spora primene materijalnopravne odredbe izvora koji predstavlja osnovu njihove nadležnosti, iako zanemarivanje uloge nacionalnog prava u ovom procesu nije u skladu sa odredbom člana 42(1) Konvencije. Verovatno jedini način da se situacija u ovom pogledu promeni jeste da države promene modalitet pružanja svoje saglasnosti na arbitražu sa ulagačima. Postoje izvesne naznake da su države svesne ovog problema. Tako je, na primer, Australija 2011. godine najavila kako namerava da u međunarodne sporazume o zaštiti ulaganja koje bude zaključivala ubuduće ne uključuje odredbe o arbitraži sa stranim ulagačima.<sup>101</sup> Ostaje da se vidi da li će se ovakav trend nastaviti i da li će očigledno nezadovoljstvo koje postoji u određenom krugu država u odnosu na tretman nacionalnog prava u arbitraži pod okriljem IKSID uspeti da proizvede bilo kakve posledice.

---

<sup>101</sup> Vid. J. Hepburn, *op. cit.*, 6.

Petar M. Đundić, Ph.D., Assistant Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

## **Law Applicable to the Substance of the Dispute before an ICSID Arbitral Tribunal: Article 42(1) of the ICSID Convention and the Role of National Law**

**Abstract:** *Business transaction which represents a foreign investment is today most commonly regulated by three different layers of legal rules: provisions of an investment contract, rules of international law (treaties and rules of customary international law) and the legislation of the Host State. In the event of a dispute arising out of an investment, a tribunal working under the auspices of ICSID must determine the law applicable to the merits through the application of article 42(1) of the Convention. Although it is clear that one cannot fully comprehend all legal aspects of an investment dispute without the context of the Host State's national legislation, there is a strong tendency in arbitral disputes of neglecting such municipal legal rules in favor of international law. The paper concentrates on the evolution in interpretations of the choice of law provision from the Convention in the practice of ICSID tribunals. It shows the way in which those interpretations have changed during the course of time, leading to the broadening of arbitrators' freedom to decide on the applicable law. This trend resulted in constant widening of the scope of application of international law, contrary to the text of article 42(1) and intentions of the Convention's makers. As a consequence, there is today almost no way in which a state could shield itself from the liability for the breach of the investor's rights by invoking the fact that it acted in accordance with domestic legislation.*

**Keywords:** *applicable law, investment arbitration, ICSID, Bilateral Investment Treaties.*

Datum prijema rada: 04.12.2017.

*Dr Sandra S. Fišer Šobot, docent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs*

## MATERIJALNOPRAVNI TEST ZA OCENU KONCENTRACIJA U PRAVU EVROPSKE UNIJE – TEST ZNAČAJNOG OGRANIČAVANJA KONKURENCIJE<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Materijalnopravna ocena koncentracija predstavlja kompleksan zadatak jer se njome određuje koje koncentracije će biti dozvoljene, a koje zabranjene. S obzirom da se koncentracije ispituju ex ante, od suštinskog je značaja da kriterijumi ispitivanja koncentracije budu takvi da omoguće ispravnu prognozu potencijalnih uticaja koncentracije na konkurenciju na tržištu. U pravu konkurencije EU načelno je prihvaćen princip da su koncentracije dozvoljene, a biće zabranjene samo ako su nespojive sa zajedničkim tržištem, odnosno ukoliko se koncentracijom bitno ograničava konkurencija na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu, posebno kao rezultat stvaranja ili jačanja dominantnog položaja. Prilikom materijalnopravne ocene predložene koncentracije Evropska komisija primenjuje test značajnog ograničavanja konkurencije (SIEC test), koji je u pravo konkurencije EU uveden Uredbom 139/04. U ovom radu autor daje prikaz i analizu razvoja kontrole koncentracija u EU, razloge za uvođenje novog testa za materijalnopravnu ocenu koncentracija, kao i najznačajnije karakteristike SIEC testa.*

**Ključne reči:** *koncentracije, pravo konkurencije, Evropska unija, test značajnog ograničavanja konkurencije (SIEC test).*

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Koncentracije možemo pojmovno odrediti kao različite oblike trajnog povezivanja učesnika na tržištu na statusnoj i/ili ugovornoj osnovi kojima se stvara

---

<sup>1</sup> Rad je nastao kao rezultat istraživanja u 2017. godini u okviru projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

pravno i/ili faktičko (ekonomsko) zajedništvo između učesnika koncentracije, pri čemu su učesnici koncentracije pre sprovedene koncentracije bili pravno i ekonomski nezavisni.<sup>2</sup>

Materijalnopravna ocena koncentracija predstavlja složen zadatak jer se njome određuje koje koncentracije će biti dozvoljene, a koje zabranjene. S obzirom da se koncentracije ispituju *ex ante*, odnosno pre njihovog sprovođenja od suštinskog je značaja da kriterijumi ispitivanja koncentracije budu takvi da omoguće ispravnu prognozu potencijalnih uticaja koncentracije na konkurenciju na tržištu.

Prilikom ocene koncentracije mogu nastati dve vrste grešaka. Prvi tip greške (eng. *Type-I-Errors*) nastaje ukoliko se zabrani koncentracija kojom konkurencija na relevantnom tržištu ne bi bila ograničena, dok drugi tip greške (eng. *Type-2-Errors*) postoji ukoliko se odobri koncentracija koja ograničava konkurenciju na relevantnom tržištu.<sup>3</sup> U slučaju prvog tipa greške zabranjuje se koncentracija koja bi zapravo dovela do uvećanja društvenog blagostanja, a kod greške drugog tipa odobrava se koncentracija koja će za posledicu imati umanjeње društvenog blagostanja. Za konkurenciju na tržištu mnogo su opasnije greške koje spadaju u prvu grupu jer se na taj način, pre svega, potrošači lišavaju svih pozitivnih efekata koje koncentracija može da ima na tržištu.<sup>4</sup>

Predmet ovog rada je analiza testa značajnog ograničavanja konkurencije koji Evropska komisija primenjuje pri materijalnopravnoj oceni koncentracija.

## 2. IZVORI PRAVA

Osnovni izvor prava Evropske unije (dalje u tekstu: EU) kojim su regulisane koncentracije učesnika na tržištu je *Uredba Saveta (EZ) br. 139/2004 od 20. januara 2004. godine o kontroli koncentracija između preduzeća*<sup>5</sup> (dalje u tekstu: *Uredba 139/04*). Pre stupanja na snagu ove Uredbe primenjivala se *Uredba Saveta (EEZ) br. 4064/89 od 21. decembra 1989 o kontroli koncentracija između preduzeća*<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Sandra Fišer Šobot, „Koncentracije spajanjem učesnika na tržištu i koncentracije sticanjem kontrole u pravu konkurencije Srbije i Evropske unije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)*, 2/2016, 536.

<sup>3</sup> Vid. detaljno kod Joachim Bornkamm, Frank Montag, Franz Jürgen Säcker, *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht*, Band I, 2. Auflage, München 2105, 2477.

<sup>4</sup> O pozitivnim efektima koncentracije na tržištu vid. više kod Ariel Ezrachi, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, Oregon 2014, 361.

<sup>5</sup> Uredba Saveta (EZ) br. 139/2004 od 20. januara 2004. godine o kontroli koncentracija između preduzeća je usvojena 20. januara 2004. godine, a stupila je na snagu 1. maja 2004. godine (*Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, Official Journal*; dalje u fusnotama: Uredba 139/04) L 24, 29.1.2004., 73-94.

<sup>6</sup> Uredba Saveta (EEZ) br. 4064/89 od 21. decembra 1989 o kontroli koncentracija između preduzeća (*Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of con-*

(dalje u tekstu: Uredba 4064/89).<sup>7</sup> I Evropska komisija (dalje u tekstu: EK, Komisija) je u oblasti materijalne kontrole koncentracija donela odgovarajuće akte. U cilju poboljšanja transparentnosti i predvidljivosti analize koncentracija koju sprovodi novim testom,<sup>8</sup> Evropska komisija je objavila *Smernice za ocenu horizontalnih koncentracija prema Uredbi Saveta o kontroli koncentracija između preduzeća*<sup>9</sup> (dalje: *Smernice o horizontalnim koncentracijama*) i *Smernice za ocenu ne-horizontalnih koncentracija prema Uredbi Saveta o kontroli koncentracija između preduzeća*<sup>10</sup> (dalje: *Smernice o ne-horizontalnim koncentracijama*).<sup>11</sup> S obzirom na to da su horizontalne koncentracije mnogo „opasnije“ za konkurenciju na tržištu,<sup>12</sup> Smernice o horizontalnim koncentracijama su donete 2004. godine neposredno posle usvajanja Uredbe 139/04. Po svojoj pravnoj prirodi, Smernice nisu pravno obavezujuće za sudove, ali su značajne jer predstavljaju stavove Komisije. Pored toga, neka od pravila formulisana u Smernicama predstavljaju stavove i kriterijume koje je u ranijim presudama usvojio Suda pravde ili Sud prve instance.<sup>13</sup>

### 3. MATERIJALNOPRAVNI TEST ZA OCENU KONCENTRACIJA

Uredba 139/04 reguliše pod kojim uslovima se promena konkurencije putem koncentracija smatra spojivom sa zajedničkim tržištem. Osnovni princip koji je prihvaćen u pravu EU je da su koncentracije dozvoljene. Naime, koncentracija koja ne bi bitno ograničavala konkurenciju na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu, posebno zbog stvaranja ili jačanja dominantnog položaja, oce-

*centrations between undertakings*; dalje u fusnotama: Uredba 4064/89), OJ L 395, 30.12.1989., 1-12.

<sup>7</sup> O razvoju pravila kojima je regulisana kontrola koncentracija vid. više. S. Fišer Šobot, 534 i fus. 2.

<sup>8</sup> Vid. Evropska komisija, *Bela knjiga „Prema efikasnijoj kontroli koncentracija u EU“* (*White Paper „Towards more effective EU merger control“*); dalje u fusnotama: *Bela knjiga*), Brisel, 09.07.2014., str. 7, para. 12.

<sup>9</sup> Smernice za ocenu horizontalnih koncentracija prema Uredbi Saveta o kontroli koncentracija između preduzeća (*Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, dalje u fusnotama: Smernice o horizontalnim koncentracijama) OJ C 31, 05.02.2004., 5-18.

<sup>10</sup> Smernice za ocenu ne-horizontalnih koncentracija prema Uredbi Saveta o kontroli koncentracija između preduzeća (*Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*; dalje u fusnotama: Smernice o ne-horizontalnim koncentracijama), OJ C 265, 18.10.2008., 6–25.

<sup>11</sup> Vid. para. 28 Uredbe 2004.

<sup>12</sup> Vid. para. 11 Smernica o ne-horizontalnim koncentracijama.

<sup>13</sup> Prema para. 6 Smernica o horizontalnim koncentracijama, Smernice uzimaju u obzir dosadašnje iskustvo Komisije EU u pogledu ocene koncentracija prema Uredbi 4064/89, kao i sudsku praksu Suda pravde i Suda prve instance Evropskih zajednica.

njuje se kao spojiva sa zajedničkim tržištem.<sup>14</sup> I zaista u najvećem broju slučajeva koncentracije po okončanoj kontroli bivaju odobrene.<sup>15</sup>

S druge strane, Uredba 139/04 predviđa da je koncentracija koja bi značajno ograničavala konkurenciju na zajedničkom tržištu ili njegovog značajnom delu, posebno kao rezultat stvaranja ili jačanja dominantnog položaja, nespojiva sa zajedničkim tržištem.<sup>16</sup> Prilikom ocene spojivosti koncentracije sa zajedničkim tržištem primenjuje test značajnog ograničavanja (narušavanja) konkurencije (eng. *significant impediment to effective competition*; dalje u fusnotama: test značajnog ograničavanja konkurencije, *SIEC test*). Navedeni test uveden je Uredbom 139/04 i predstavlja rezultat reforme prava konkurencije u oblasti kontrole koncentracija. Pre reforme, prema Uredbi 4064/89 prilikom kontrole koncentracija primenjivan je test dominantnog položaja ili test dominacije (eng. *market dominance test*).

Za prikaz i razumevanje testa značajnog narušavanja konkurencije neophodno je razmotriti u kom pravcu se razvijalo pravo konkurencije u EU u oblasti kontrole koncentracija, kakav je bio test dominantnog položaja koji je prethodio uvođenju *SIEC* testa i koji su bili razlozi za njegovo napuštanje i uvođenje novog testa.

### 3.1. Test dominantnog položaja

Prema Uredbi 4064/89 nedozvoljenim su se smatrale koncentracije koje dovede do stvaranja ili jačanja dominantnog položaja usled čega je konkurencija na zajedničkom tržištu ili njegovom bitnom delu značajno ograničena.<sup>17</sup> Prilikom ocene dozvoljenosti koncentracije odlučujuće je bilo da li kao posledica koncentracije nastaje dominantan položaj, odnosno dolazi do jačanja postojećeg dominantnog položaja i da li će usled toga na relevantnom tržištu konkurencija biti značajno ograničena. Iako je konkurenciju moguće povrediti na različite načine, jedan od osnovnih načina je podizanje cena od strane novog učesnika na tržištu. Prema tome, osnovno pitanje je da li će posle koncentracije novi učesnik usled dominantnog položaja na tržištu profitabilno podići cene.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Čl. 2(2) Uredbe 139/04.

<sup>15</sup> Velika većina koncentracija koje je Komisija ispitala ne stvara razloge za zabrinutost u oblasti konkurencije te biva odobrena nakon početne I. faze istrage. U manje od 5% predmeta pokreće se dublja II. faza istrage na osnovu početnih razloga za zabrinutost koji su se pojavili u I. fazi. U oko 5% – 8% svih prijavljenih koncentracija Komisija pronalazi razloge za zabrinutost da bi koncentracija mogla da naruši konkurenciju na tržištu. Takvi razlozi za zabrinutost u većini se slučajeva ublažavaju različitim rešenjima koja ponude strane (u I. fazi ili u II. fazi). Komisija je od 1990. godine zabranila samo 24 koncentracije i samo 6 od 2004. godine, što je znatno manje od 1% od preko 5000 prijavljenih koncentracija. Bela knjiga, str. 6, para. 6.

<sup>16</sup> Čl. 2(3) Uredbe 139/04.

<sup>17</sup> Vid. čl. 2(3) Uredbe 4064/89.

<sup>18</sup> Vlatka Butorac Malnar, Jasminka Pecotić Kaufman, Siniša Petrović, *Pravo tržišnog natjecanja*, Zagreb 2013, 311.



Podeljena su shvatanja da li je formulacija iz čl. 2(2) i (3) Uredbe 4064/89 značila da je za nespojivost koncentracije za zajedničkim tržištem bilo potrebno da se utvrdi da iz dominantnog položaja proizlazi značajno ograničavanje konkurencije.<sup>19</sup> Drugim rečima bilo je sporno da li značajno narušavanje konkurencije ima samostalno značenje ili dominantan položaj na tržištu već predstavlja indiciju značajnog ograničavanja konkurencije. S jedne strane, u teoriji je dominantan stav bio da značajno ograničavanje konkurencije predstavlja samostalan element, koji mora da postoji uz stvaranje ili jačanje dominantnog položaja.<sup>20</sup> Praksa je, međutim, bila neujednačena. Sud prve instance je u predmetu *Air France/ Commission* utvrdio da je pri oceni koncentracije potrebno da EK utvrdi ispunjenost dva uslova,<sup>21</sup> odnosno značajno ograničavanje konkurencije smatrano je samostalnim uslovom. U skladu sa ovim stavom, sudovi na nivou EU su gotovo bez izuzetka polazili od toga da test dominantnog položaja podrazumeva da se ocena koncentracije vrši kumulativno, u dva koraka.<sup>22</sup> Prvi čini utvrđivanje da li se koncentracijom stvara ili jača već postojeći dominantni položaj, dok je drugi korak ocena da li takva koncentracija za posledicu ima značajno ograničavanje konkurencije na relevantnom tržištu.<sup>23</sup> Međutim, u napred navedenoj odluci u predmetu *Air France/Commission* zauzet je i stav da ako se koncentracijom ne stvara dominantan položaj transakcija mora biti odobrena bez da postoji potreba da se ispituju njeni efekti na konkurenciju na tržištu.<sup>24</sup> Iako je principijelan stav sudova bio da je potrebno kumulativno ispunjenje oba uslova da bi koncentracija bila ocenjena kao nekompatibilna sa zajedničkim tržištem, jasno je da su efekti koncentracije na tržište ispitivani samo ukoliko je nastao dominantan položaj ili ukoliko usled koncentracije dolazi do jačanja postojećeg dominantnog položaja. Sud pravde je u svojim odlukama potvrdio neophodnost postojanja uzročne veze<sup>25</sup>

<sup>19</sup> H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer (Hrsg.), 1514.

<sup>20</sup> Vid. više kod J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2471; Ivana Rakić, *Koncentracije privrednih subjekata u Republici Srbiji sa osvrtom na pravo Evropske unije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2014, 188.

<sup>21</sup> *Air France v Commission*, Presuda u predmetu T – 2/93, Sud prve instance (Prvo veće), 19. maj 1994, para. 79.

<sup>22</sup> Vid. *Schneider Electric/Legrand*, Presuda u predmetu T 310/01, Sud prve instance (Prvo veće), 22. oktobar 2002, para. 321. Sud je naveo da „čak i kada bi bilo utvrđeno da novi učesnik na tržištu ima dominantan položaj, taj položaj se ne bi mogao smatrati na osnovu Odluke, kao položaj kojim se značajno ograničava konkurencija...u smislu čl. 2(3) Uredbe 4064/89“. U teoriji vid. više kod H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer (Hrsg.), 1514; J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2472; Bogdan Gecić, „Značaj novog *SIEC* testa u postupku kontrole koncentracija“, *Pravo i privreda – časopis zaprivrednopravnu teoriju i praksu*, 1-3/2010, 129.

<sup>23</sup> Formulacijom „značajno ograničavanje konkurencije“ test dominantnog položaja dopunjen je na zahtev delegacije Francuske. Vid. više J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2470. Upor. V. Butorac Malnar, J. Pecotić Kaufman, S. Petrović, 319.

<sup>24</sup> *Air France v Commission*, para. 79.

<sup>25</sup> Vid. *French Republic and Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) and Entreprise minière et chimique (EMC) v Commission of the European Communities* (dalje u fu-

između stvaranja, odnosno jačanja dominantnog položaja i značajnog narušavanja konkurencije na relevantnom tržištu. Međutim, u praksi se pokazalo da se ta uzročna veza najčešće pretpostavlja,<sup>26</sup> odnosno da se samim stvaranjem ili jačanjem dominantnog položaja značajno narušavala konkurencija.<sup>27</sup>

Nasuprot navedenom, praksa EK pokazuje da, po pravilu, značajno ograničavanje konkurencije nije imalo samostalno značenje prilikom ocene koncentracija, te da je do donošenja Uredbe 139/04 stvaranje ili jačanje dominantnog položaja bio jedini suštinski merodavan kriterijum.<sup>28</sup> Navedeno je došlo do izražaja u prvoj odluci donetoj na osnovu Uredbe 4064/89, a nastavljeno je i u kasnijim odlukama. Naime, u predmetu *Aerospatiale/Alenia/de Havilland* Komisija je smatrala da bi u slučaju realizacije predmetne koncentracije nastala situacija u kojoj bi učesnik na tržištu mogao u značajnoj meri da postupa nezavisno u odnosu na svoje konkurente i potrošače. Predložena koncentracija bi rezultirala stvaranjem dominantnog položaja na svetskim tržištima, a Komisija je istakla da dominantan položaj neće biti privremen i da će zato značajno ograničiti konkurenciju.<sup>29</sup>

Da bi bilo moguće utvrditi da li nastaje ili jača dominantan položaj prethodno pitanje je kada postoji dominantan položaj. U tom smislu je u pravu koncentracija preuzet koncept dominantnog položaja iz čl. 102 UFEU. Treba napomenuti da dok čl. 102 UFEU reguliše zabranu zloupotrebe dominantnog položaja, dotle se čl. 2 Uredbe 4064/89 odnosi na dominantan položaj putem koga bi konkurencija na relevantnom tržištu bila značajno narušena.<sup>30</sup>

Iako izvori prava na nivou EU ne sadrže definiciju dominantnog položaja, ona je utvrđena u odlukama Suda pravde, a merodavna je i za oblast kontrole koncentracija. U predmetu *United Brands v Commission*, sud je utvrdio da je dominantan položaj takav „položaj u kome preduzeće ima ekonomsku snagu koja mu omogućava da spreči konkurenciju na tržištu tako što ima moć da se ponaša u značajnoj meri nezavisno u odnosu na svoje konkurente, potrošače i krajnje potrošače.“<sup>31</sup> U kasnijim odlukama Sud pravde je dalje proširio ovaj koncept navodeći da postojanje dominantnog položaja ne znači da na relevantnom tržištu uopšte ne postoji konkurencija. U predmetu *Hoffman-La Roche* sud je utvrdio da za razliku od monopolskog ili kvazi-monopolskog položaja koji sprečava konku-

---

nostama: *France and Others v Commission-Kali and Salz*), Presuda u spojenim predmetima C-68/94 i C-30/95, Court of Justice, 31 March 1998, para. 106, 108, 114, 124.

<sup>26</sup> Vid. više V. Butorac Malnar, J. Pecotić Kaufman, S. Petrović, 312.

<sup>27</sup> Giorgio Monti, *EC Competition Law*, Cambridge 2007, 249.

<sup>28</sup> Vid. više kod Helmuth Schröter, Thina Jakob, Robert Klotz, Wolfgang Mederer (Hrsg.), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. völlig überarbeitete Auflage, Nomos, Baden-Baden 2014, 1514; J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2473.

<sup>29</sup> *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, Case No. IV/M053, 2.10.1991, para. 72.

<sup>30</sup> Vid. više kod H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer (Hrsg.), 1513.

<sup>31</sup> *United Brands v Commission*, predmet 27/76, Court of Justice, [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429, para. 65.

renciju, dominantni položaj ne isključuje postojanje konkurencije u određenoj meri na tržištu. Međutim, učesnik na tržištu u dominantnom položaju „ima značajan uticaj na uslove pod kojim će se konkurencija razvijati“.<sup>32</sup>

### 3.2. Nedostaci testa dominantnog položaja

Testu dominantnog položaja upućivani su opravdani prigovori, a pitanje nedostataka ovog testa prvi put je aktualizovano u *Zelenoj knjizi Evropske komisije o reviziji Uredbe Saveta br. 4064/89* (dalje u tekstu: Zelena knjiga) iz 2001.<sup>33</sup> U *Zelenoj knjizi* Komisija je pokrenula raspravu da li je potrebna reforma testa dominantnog položaja<sup>34</sup> i istakla da uvođenje novog testa za materijalnu ocenu koncentracija može da ima procesne i materijalne implikacije.

I pre donošenja Uredbe 139/04, Sud pravde je pojedinačnim odlukama proširio test dominantnog položaja na tržištu tako da obuhvati situacije u kojima postoje koordinativni efekti koncentracije, odnosno kada ni jedan od učesnika na tržištu nema dominantan položaj, ali posle koncentracije dođe do usklađivanja njihovog ponašanja na tržištu. U tu svrhu Sud pravde je koristio institut *kolektivnog (zajedničkog) dominantnog položaja*.<sup>35</sup> U presudi u predmetu *Compagnie Maritime Belge Transports SA v Commission* Sud pravde je naveo da kolektivni dominantni položaj mogu imati dve ili više ekonomskih celina koje su pravno nezavisne, ukoliko se sa ekonomske strane predstavljaju ili deluju zajedno na određenom tržištu.<sup>36</sup>

U predmetu *France and Others v Commission-Kali and Salz*, tužioci su osporavali primenjivost Uredbe 4064/89 na kolektivni dominantni položaj. S druge strane, EK je zauzela stav da formulacija Uredbe 4064/89 ne isključuje njenu primenu u slučaju stvaranja ili jačanja kolektivnog dominantnog položaja i navela da naročito čl. 2(3) Uredbe 4064/89 povezuje dominantan položaj sa koncentracijom, a ne sa učesnicima u koncentraciji i odnosi se na posledice predložene

<sup>32</sup> *Hoffmann-La Roche & Co. v Commission*, predmet 85/76, Court of Justice, [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211, para. 39.

<sup>33</sup> *Zelena knjiga Evropske komisije o reviziji Uredbe Saveta br. 4064/89* (European Commission's Green Paper on Review of Council Regulation (EEC) No.4064/89) (dalje u fusnotama: Zelena knjiga), Brussels, 11 December 2001, COM(2001) 745 final dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0745&from=en>. U teoriji vid. više kod H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer (Hrsg.), 1514, 1515; J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2470.

<sup>34</sup> Vid. više kod Rainer Bechtold, Wolfgang Bosch, Ingo Brinker, *EU-Kartellrecht*, 3. aktualisierter und erweiterter Auflage, München 2014, 716; A. Jones, B. Sufrin, 1005.

<sup>35</sup> Vid. više kod Paul Craig, Grainne de Burca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, Oxford 2011, 1063.

<sup>36</sup> Vid. presudu u predmetu C-395/96 P – *Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission*, 16 March 2000, para. 36.

koncentracije na strukturu konkurencije, upućujući tako na objektivnu situaciju.<sup>37</sup> U presudi je Sud pravde potvrdio da kolektivna dominacija može da nastane kada dva učesnika na tržištu, jedan koji je nastao koncentracijom i drugi nezavisni učesnik na tržištu, postanu jedinstvena celina (entitet) usled veza koje postoje između njih.<sup>38</sup> Nadalje, Sud pravde je naveo da zajednički tržišni udeo od 60% sam po sebi nije pretpostavka kolektivnog dominantnog položaja.<sup>39</sup>

U predmetu *Gencor/Lonrho* Evropska komisija je utvrdila da će se posle koncentracije broj primarnih proizvođača platine i plemenitih metala smanjiti sa tri na dva i da će učesnik na tržištu nastao koncentracijom i drugi najjači konkurent imati zajedno oko 90% udela na tržištu<sup>40</sup> (tzv. duopolističko tržište). Pored toga, utvrđeno je da postojanje strukturalnih veza između relevantnih učesnika na tržištu nije neophodno za primenu instituta kolektivne dominacije.<sup>41</sup>

U predmetu *Airtours v Commission*, Komisija je pojam kolektivne dominacije proširila i na tržišta sa oligopolnom strukturom.<sup>42</sup> U presudi je Sud prve instance utvrdio da tri uslova moraju da budu ispunjena za održivo kolektivno postupanje. Prvi uslov je da svaki član dominantnog oligopola mora imati mogućnost da zna kako se ponašaju ostali članovi da bi mogao da nadgleda da li postupaju u skladu sa zajedničkom politikom. Drugi, situacija prećutne koordinacije mora biti održiva u određenom vremenskom periodu tj. mora postojati podsticaj da se ne odstupa od zajedničke politike. Naime, samo ako se svi članovi dominantnog oligopola usklađeno ponašaju, mogu svi od toga da imaju koristi. Treći, da bi dokazala postojanje kolektivnog dominantnog položaja kao neophodnog pravnog standarda, Komisija mora takođe da utvrdi da predvidljiva reakcija stvarnih i potencijalnih konkurenata, kao i potrošača neće ugroziti rezultate očekivane zajedničke politike.<sup>43</sup> Navedeni kriterijumi preuzeti su i inkorporisani u Smernice o horizontalnim koncentracijama.<sup>44</sup> Kao što vidimo Evropska komisija i sudovi

---

<sup>37</sup> *France and Others v Commission*, para. 157.

<sup>38</sup> *France and Others v Commission-Kali and Salz*, para. 165-173.

<sup>39</sup> *France and Others v Commission-Kali and Salz*, para. 226.

<sup>40</sup> Predmet No IV/M.619 – *Gencor/Lonrho* (dalje u fusnotama: *Gencor/Lonrho*), 24. April 1996, para. 75. Sličan stav Sud pravde zauzeo je i u predmetu *Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission*. U teoriji vid. više kod Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oregon 2004, 349.

<sup>41</sup> Vid. P. Craig, G. de Burca, 1065.

<sup>42</sup> O pojmu oligopola vid. Jovana Đuričić, „Usaglašena praksa i/ili svesni paralelizam na oligopolističkom tržištu“, *Zbornik radova PFNS*, 1/2011, 551.

<sup>43</sup> Predmet T-342/99 *Airtours v Commission*, Judgment of the Court of First Instance, 6 June 2002 para. 62.

<sup>44</sup> U para. 41 Smernica o horizontalnim koncentracijama navedeno je sledeće: „Tri su uslova nužna kako bi koordinirano delovanje bilo održivo. Prvo, učesnici koje učestvuju u koordinativnom delovanju moraju biti sposobni da u dovoljnoj meri prate da li se poštuju uslovi koordinativnog delovanja. Drugo, disciplina zahteva postojanje neke vrste verodostojnog preventivnog mehanizma koji može da se aktivira ako se otkrije odstupanje. Treće, reakcije strana koje ne učestvuju u koordinativnom

su primenjivali test dominantnog položaja i u slučajevima kada postoji kolektivna dominacija učesnika na tržištu tj. koordinativno ponašanje oligopolista.<sup>45</sup>

S druge strane, sudovi Zajednice nisu izričito tumačili Uredbu 4064/89 tako da koncentracije, koje imaju unilateralne efekte budu ocenjene kao neusklađene sa zajedničkim tržištem.<sup>46</sup> Naime, moguće je da usled koncentracije ne nastane dominantan položaj, a da ipak konkurencija na tržištu bude narušena. Takva situacija postojala bi u slučaju spajanja drugog i trećeg konkurenta po jačini na tržištu na kome su aktivna samo tri učesnika (tzv. oligopolno tržište). U takvom slučaju možda ne bi nastao dominantni položaj novog učesnika na tržištu, možda ne bi došlo do usklađenog delovanja učesnika na tržištu i koordinativnih efekata, ali bi u svakom slučaju takva koncentracija imala značaj uticaj na konkurenciju na tržištu, odnosno njome bi se značajno ograničila konkurencija na tržištu. Nesporno je da bi se u tom slučaju promenio kvalitet konkurencije. Značajno smanjenje konkurencije proisteklo bi iz nestanka konkurencije i konkurentskog pritiska koji je postojao između drugog i trećeg učesnika na tržištu. Pritom, konkurentski pritisak između drugog i trećeg učesnika na tržištu utiče ne samo na njihovo ponašanje, nego i na ponašanje najjačeg učesnika na tržištu. Čuveni takav predmet je američki slučaj *FTC v. HJ Heinz Co.*<sup>47</sup> Treći najveći proizvođač hrane za bebe na tržištu *Heinz* želeo je da kupi drugog najvećeg proizvođača na tržištu *Beech-Nut*. Posle sprovedene koncentracije vodeći učesnik na relevantnom tržištu *Gerber* imao bi 65% udela, a novi učesnik na tržištu 33%. Jasno je bilo da posle sprovođenja koncentracije novi učesnik na tržištu neće imati dominantan položaj, niti je postojala opasnost da će koncentracija imati koordinativne efekte. U svakom slučaju Savezna komisija za trgovinu SAD (eng. *US Federal Trade Commission*) je utvrdila da će koncentracija imati za posledicu značajno smanjenje konkurencije na relevantnom tržištu jer su se do tada drugi i treći učesnik na tržištu „borili“ za to ko će biti drugi učesnik na tržištu, što je posredno uticalo i na vodećeg učesnika na tržištu. U SAD ova koncentracija nije odobrena zbog značajnog ograničenja konkurencije.<sup>48</sup> S druge strane, isticalo se da bi pri istom činjeničnom stanju odluka Evropske komisije u skladu sa Uredbom 4064/89 bila drugačija, jer EK ne bi mogla da spreči takvu koncentraciju primenom testa dominantnog položaja.<sup>49</sup>

Očigledan nedostatak rešenja iz Uredbe 4064/89 bio je što je imala određene praznine. Naime, nije mogla da se primeni na slučajeve u kojima koncentracija ima unilateralno dejstvo i nije mogla da obuhvati sve oblike horizontalnih kon-

delovanju, kao što su sadašnji i budući konkurenti, ne bi trebale da ugroze rezultate koji se očekuju od koordinativnog delovanja.

<sup>45</sup> Vid. više V. Butorac Malnar, J. Pecotić Kaufman, S. Petrović, 312.

<sup>46</sup> Vid. para. 25 Uredbe 2004.

<sup>47</sup> *FTC v. HJ Heinz Co.* 16 F Supp 2d 2000.

<sup>48</sup> Vid. više kod R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 717.

<sup>49</sup> Vid. više kod Alison Jones, Brenda Sufrin, *EC Competition Law – Text, Cases and Materials*, 3<sup>rd</sup> ed., New York 2008, 1006.

centracija.<sup>50</sup> Komisija je na napred navedene prigovore odgovorila da ih smatra više hipotetičkim, nego realnim<sup>51</sup> i osporavala je očigledne nedostatke testa dominantnog položaja.

### 3.3. Reforma

Test značajnog ograničavanja konkurencije, koji je Uredbom 139/04 uveden u pravo konkurencije EU, predstavlja kompromisno rešenje.<sup>52</sup> U okviru EU neke države su se zalagale za uvođenje testa značajnog umanjenja (smanjenja) konkurencije (eng. *substantially lessen competition test*; dalje u tekstu: *SLC test*).<sup>53</sup> Suština ovog testa, koji je nastao u SAD, ogleda se u tome da se ne ispituje da li je nastao dominantan položaj, nego je fokus na efektima koncentracije. S druge strane, neke države su se protivile uvođenju ovog testa.

Između testa dominantnog položaja i *SLC* testa postoje značajne razlike. Prvo, test značajnog smanjenja konkurencije podrazumeva primenu ekonomskih parametara i ekonomske analize, dok se test dominantnog položaja zasniva više na pravnoj analizi. Potom, dok je fokus testa dominantnog položaja utvrđivanje postojanja ili jačanja dominantnog položaja, dotle *SLC test* nije povezan sa dokazivanjem dominantnog položaja, nego se njime ocenjuju efekti koncentracije. Testovi se razlikuju i po tome šta se smatra uzrokom narušavanja, odnosno umanjenja konkurencije: prema testu dominantnog položaja uzrok je sticanje ili jačanje dominantnog položaja, a prema *SLC* testu uzrok je uvećanje tržišne moći.<sup>54</sup> Konačno, usmerenje ova dva testa je potpuno različito. Test dominantnog položaja ispituje dejstvo koncentracije na strukutru tržišta, a *SLC test* se oslanja u promene u procesima na tržištu, pri čemu su odlučujuća dejstva koncentracije na potrošače.<sup>55</sup>

Prilikom određivanja smera u kojem će se kretati reforma prava koncentracija bilo je predloga da se u potpunosti napusti koncepcija iz Uredbe 4064/89, ali je to bilo problematično jer bi morala da se napusti i prethodna praksa Evropske komisije i sudova u EU.<sup>56</sup> Zagovornici promena i uvođenja testa značajnog sma-

---

<sup>50</sup> Vid. Belu knjigu, str. 5, para. 9. U teoriji vid. više kod G. Monti, 256; E.J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 678; R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 717; H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer (Hrsg.), 1515; J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2474.

<sup>51</sup> Vid. para. 166 Zelene knjige. U teoriji vid. kod G. Monti, 258.

<sup>52</sup> Francuska i Španija prihvatile su uvođenje novog testa koji predstavlja kombinaciju testa dominantnog položaja i *SLC* testa. U teoriji vid. više Nicholas Levy, „The EU’s SIEC Test Five Years On: Has It Made A Difference?“, *European Competition Journal*, Vol. 6, 1/2010, 238; G. Monti, 259; H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer (Hrsg.), 1516; A. Jones, B. Sufrin, 1007; J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2474; I. Rakić, 187.

<sup>53</sup> Za uvođenje *SLC* testa zalagale su se Irska i Ujedinjeno Kraljevstvo.

<sup>54</sup> Tako I. Rakić, 188.

<sup>55</sup> Vid. više H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer (Hrsg.), 1515.

<sup>56</sup> Vid. Einer Elhauge, Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Oregon 2007, 804.



njenja konkurencije navodili su da bi se na taj način na međunarodnom planu postigla veća uniformnost i da bi to vodilo većoj pravnoj sigurnosti.<sup>57</sup> Protivnici promena, nasuprot tome, smatrali su da bi na nivou EU tada nastali značajni problemi jer su mnoge zemlje članice EU svoja nacionalna zakonodavstva oblikovale prema Uredbi 4064/89.

Jedna od glavnih primedbi koja je upućivana testu dominantnog položaja je da ne može da obuhvati i spreči sve problematične koncentracije na koncentrisanim tržištima.<sup>58</sup> Zagovornici uvođenja *SLC* testa su kao njegovu glavnu prednost u materijalnopravnom smislu isticali upravo određenu fleksibilnost kod ocene koncentracija na visoko koncentrisanim tržištima.<sup>59</sup>

Komisija je u Zelenoj knjizi navela da postoje brojne sličnosti između testa dominantnog položaja i *SLC* testa. Naime, oba testa, iako različita pokazuju određena preklapanja jer uključuju utvrđivanje relevantnog tržišta, kao i procenu kako će na tržište uticati predložena koncentracija.<sup>60</sup> Nadalje, EK je u Zelenoj knjizi istakla i da su se određeni instituti vremenom usavršili, kao i da je uveden institut kolektivne dominacije.<sup>61</sup> Na kraju, Komisija je zaključila da nisu uočeni krupniji problemi u primeni testa dominantnog položaja, kao ni pravne praznine u postojećoj regulativi.<sup>62</sup>

### 3.4. Test značajnog ograničavanja konkurencije (*SIEC test*)

Uredbom 139/04 uveden je u pravo koncentracija u EU test značajnog ograničavanja konkurencije. Centralnu materijalnopravnu normu za ocenu koncentracija, na osnovu koje se procenjuje da li je određena koncentracija spojiva sa tržištem Unije, predstavlja čl. 2 Uredbe 139/04. Ova odredba u funkcionalnom smislu u okviru prava konkurencije EU ima isti rang kao i čl. 101 i 102 UFEU.<sup>63</sup> U čl. 2(2) Uredbe 139/04 predviđeno je pod kojim uslovima se koncentracija smatra spojivom sa zajedničkim tržištem, dok čl. 2(3) Uredbe 139/04 predviđa kada je koncentracija nespojiva sa zajedničkim tržištem. Čl. 2 Uredbe 139/04 predstavlja obavezujuću normu.<sup>64</sup> To znači da u slučaju ispunjenosti uslova iz čl. 2(2) Uredbe

<sup>57</sup> *SLC* test se primenjuje u Sjedinjenim Američkim Državama, Kanadi, Australiji i Japanu. Za njegovo uvođenje zalagale su se Irska i Ujedinjeno Kraljevstvo, u kojima se ovaj test primenjuje od 2003. godine. Vid. više para. 160 Zelene knjige. U teoriji vid. više kod A. Jones, B. Sufrin, 1005; J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2470.

<sup>58</sup> Tako A. Jones, B. Sufrin, 1006.

<sup>59</sup> Vid. više kod A. Jones, B. Sufrin, 1005.

<sup>60</sup> Vid. para. 162 Zelene knjige.

<sup>61</sup> Vid. para. 164 Zelene knjige.

<sup>62</sup> Vid. para. 167 Zelene knjige.

<sup>63</sup> Vid. više kod H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer (Hrsg.), 1511.

<sup>64</sup> H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer (Hrsg.), 1512. Vid. takode Helmut Gamerith, Martin Winner, *Wettbewerbsrecht II-Kartellrecht*, 8. neu bearbeitete Auflage, Wien 2014, 100.



139/04 EK mora da odobri koncentraciju i obrnuto, ako nisu ispunjeni uslovi, ne sme da je odobri.

U teoriji postoje različita tumačenja formulacije iz čl. 2(2) i (3) Uredbe 139/04. Prema jednom mišljenju njome je u pravo konkurencije EU uveden *SLC* test, dok drugi autori smatraju da promena formulacije u odnosu na Uredbu 4064/89 i na raniji test dominantnog položaja zapravo ne donosi ništa novo.<sup>65</sup>

Smatramo da se test značajnog ograničenja konkurencije razlikuje i od testa dominantnog položaja i od *SLC* testa i da predstavlja njihovu kombinaciju. Uvođenjem *SIEC* testa, s jedne strane, proširen je domašaj kontrole koncentracija, a sa druge strane, zadržan je pravni standard koji je Komisija ranije koristila. Drugim rečima, *SIEC* test je u svakom slučaju širi od testa dominantnog položaja, ali ovaj test ne gubi na značaju što je izričito potvrđeno u Smernica o horizontalnim koncentracijama.<sup>66</sup> U para. 26 Uredbe 139/04 navodi se da značajno ograničavanje konkurencije na tržištu, po pravilu, nastaje zbog stvaranja ili jačanja dominantnog položaja. Radi korišćenja smernica, koje se mogu naći u prethodnim presudama evropskih sudova i odluka Komisije, u skladu s Uredbom 4064/89, uz istovremeno poštovanje kriterijuma štete za konkurenciju, koje primenjuje Komisija i sudovi Zajednice u vezi s usklađenošću određene koncentracije sa zajedničkim tržištem, Uredba 139/04 treba da uspostavi načelo da se koncentracije, koje su od značaja za celu Zajednicu i koje mogu značajno da ograniče konkurenciju na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu, posebno zbog stvaranja ili jačanja dominantnog položaja, ocene kao neusklađene sa zajedničkim tržištem.

Nespojivom sa zajedničkim tržištem smatra se koncentracija koja bitno ograničava konkurenciju na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu, posebno kao rezultat stvaranja ili jačanja dominantnog položaja.<sup>67</sup> Pojam „bitno ograničavanje konkurencije“ u čl. 2 (2) i (3) Uredbe 139/04 treba tumačiti tako da se, osim na koncept dominantnog položaja, odnosi isključivo na ona protivkonkurentna dejstva koncentracija, koja su posledica nekoordinativnog ponašanja preduzeća, koja nemaju dominantni položaj na dotičnom tržištu.<sup>68</sup> Zbog toga, u interesu pravne sigurnosti, treba pojasniti da Uredba 139/04 omogućava efikasnu kontrolu svih koncentracija, tako da svaka koncentracija koja bi bitno ograničavala konkurenciju, bilo na celom zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu, bude ocenjena kao nekompatibilna sa zajedničkim tržištem.<sup>69</sup> Prema tome, kao nespojiva sa zajedničkim tržištem biće ocenjena svaka koncentracija koja dovodi do promene (smanjenja) kvaliteta konkurencije i do smanjenja konkurentskog pritiska i bez postojanja dominantnog položaja.

---

<sup>65</sup> Vid. više kod R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 716; J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2471.

<sup>66</sup> Vid. para. 4 Smernica o horizontalnim koncentracijama.

<sup>67</sup> Vid. čl. 2(3) Uredbe 139/04.

<sup>68</sup> Vid. para. 25 Uredbe 139/04.

<sup>69</sup> Vid. para. 25 Uredbe 139/04.

Uredbom 139/04 se u značajnoj meri proširuje polje materijalnopravne ocene koncentracija, što ima značajne praktične implikacije.<sup>70</sup> Kao što vidimo, nastanak ili jačanje dominantnog položaja, iako i dalje najproblematičniji za konkurenciju na tržištu, više nije jedini, nego samo jedan od primera značajnog ograničavanja konkurencije. Primarni i samostalan kriterijum prema Uredbi 139/04 je da li koncentracija značajno ograničava konkurenciju na tržištu. Takođe, kriterijum značajnog ograničavanja konkurencije jasno je odvojen kriterijuma dominantnog položaja. Čak šta više, koncentracija može biti zabranjena i ako dominantan položaj uopšte ne postoji i ne nastaje. Shodno tome, prema novom testu naročito „ranjive“ su koncentracije u kojima od četiri nastaje tri ili od tri nastaje dva učesnika na tržištu, uključujući i transakcije u kojima novi učesnik na tržištu neće imati najveću tržišnu snagu.<sup>71</sup> Na primer, u predmetu *Hutchinson 3G Austria/Orange Austria* trebalo je da dođe do spajanja trećeg i četvrtog po jačini učesnika na tržištu usluga mobilne telefonije, a novonastali subjekt bi po tržišnoj snazi bio tek treći na tržištu. Komisija je izrazila očekivanje da će novi učesnik na tržištu imati manji podsticaj da se agresivno takmiči nego što bi to bio slučaj u odsustvu spajanja. Stabilizacija tržišta koje je trebalo da usledi posle koncentracije mogla je da se odrazi u manjem izboru ili višim cenama što je izričito navedeno u brojnim internim dokumentima obe strane.<sup>72</sup> EK je u zaključku navela da je verovatno da će koncentracija dovesti do značajnog ograničavanja konkurencije na osnovu nekoordinativnih efekata na tržištu usluga mobilnih komunikacija u odnosu na krajnje potrošače u Austriji.<sup>73</sup> U predmetu *Western Digital/Hitachi* EK je utvrdila da bi se sprovođenjem predmetne koncentracije broj učesnika na tržištu smanjio sa 4 na 3, dok bi na tržištu 3.5 inčnih hard diskova broj učesnika na tržištu bio smanjen sa 3 na 2. Komisija je zaključila da je verovatno da bi predložena koncentracija značajno ograničila konkurenciju na relevantnom tržištu.<sup>74</sup> Koncentracija je na kraju odobrena u skladu sa čl. 8(2) Uredbe 139/04.

Od značaja za razumevanje *SIEC* testa je i čl. 2(2) Uredbe 139/04 koji predviđa da se koncentracija koja ne bi bitno ograničavala konkurenciju na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu, posebno zbog stvaranja ili jačanja dominantnog položaja, ocenjuje spojivom sa zajedničkim tržištem. Ukoliko se uporedi sa čl. 2(2) Uredbe 4064/89 može da se zaključi da u materijalnom smislu čl. 2(2) Uredbe 139/04 ima potpuno drugačije značenje.<sup>75</sup> Shodno tome, koncentracija može biti odobrena čak i ako se njome stvara ili jača postojeći dominantni položaj,

<sup>70</sup> R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 718.

<sup>71</sup> Vid. N. Levy, 240. Vid. više kod I. Rakić, 189.

<sup>72</sup> COMP/M.6497 – *HUTCHISON 3G AUSTRIA/ORANGE AUSTRIA*, 12.12.2012, para. 284.

<sup>73</sup> *HUTCHISON 3G AUSTRIA/ORANGE AUSTRIA*, para. 488.

<sup>74</sup> COMP/M.6203 – *Western Digital/Hitachi*, 23.11.2011, para. 1038.

<sup>75</sup> Vid. više kod Ernst-Joachim Mestmäcker, Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München 2014<sup>3</sup>, 673.

ali se time značajno ne ograničava konkurencija.<sup>76</sup> Iz navedenog proizlazi sledeće. Mogućnost da nastanak ili jačanje dominantnog položaja nema za posledicu značajno ograničavanje konkurencije, pretpostavlja novi pristup u odnosu na postojeću sudsku praksu,<sup>77</sup> odnosno da Uredba 139/04 donosi odstupanje od ranije uspostavljenih kriterijuma. Kao što smo ranije naveli u sudskoj praksi je utvrđeno da pojam dominantnog položaja obuhvata u sebi značajno ograničenje konkurencije. Međutim, prema Uredbi 139/04 dominantni položaj se više ne poistovećuje sa naročito visokim stepenom ograničavanja konkurencije na tržištu,<sup>78</sup> nego pojam značajno ograničavanje konkurencije dobija samostalno značenje.<sup>79</sup>

Uvođenjem novog materijalnopravnog testa za ocenu koncentracija fokus je stavljen na efekte koncentracije na odnose na tržištu, a ne toliko na promenu strukture odnosa na tržištu.<sup>80</sup> Na taj način omogućeno je da se pri oceni koncentracija u obzir uzmu i njeni pozitivni efekti (eng. *efficiencies*). Pri oceni predmetne koncentracije procenjuju se njena dejstva na konkurenciju na tržištu koja mogu da se razlikuju od dominantnog položaja, a naročito se procenjuje kakav će uticaj koncentracija imati na potrošače.<sup>81</sup> U Smernicama o horizontalnim koncentracijama izričito je navedeno da konkurencija donosi koristi za potrošače, kao što su niske cene, proizvodi visokog kvaliteta, široki izbor dobara i usluga te inovacije. Svojom kontrolom koncentracija Komisija sprečava sprovođenje koncentracija koje bi kupcima verovatno uskratile takve koristi, i to značajnim porastom tržišne snage učesnika na tržištu.<sup>82</sup>

Komisija je od 2004. primenom novog *SIEC* testa ispitala znatan broj slučajeva,<sup>83</sup> a pri oceni koncentracija koristi kombinaciju kvalitativnih, a gde je moguće i kvantitativnih/empirijskih dokaza.<sup>84</sup> Promena materijalnopravnog testa stvara Komisiji barem *in abstracto* više prostora za efektivnu kontrolu koncentracija. Međutim, uvođenje novog materijalnog testa za ocenu koncentracija nije dovelo do većeg broja intervencija Evropske Komisije.<sup>85</sup> Kao što smo napred naveli, u praksi EK postoje slučajevi u kojima je EK ocenjivala efekte koncentracije na konkurenciju nezavisno od postojanja dominantnog položaja.<sup>86</sup> Prema

---

<sup>76</sup> Vid. E.J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 672, 673.

<sup>77</sup> E.J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 673.

<sup>78</sup> E.J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 673.

<sup>79</sup> J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2473; E.J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 678.

<sup>80</sup> R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 718; H. Schröter, T. Jakob, R. Klotz, W. Mederer (Hrsg.), 1515.

<sup>81</sup> Vid. para 29 Uredbe 139/04; para. 8 Smernica o horizontalnim koncentracijama.

<sup>82</sup> Vid. para. 8 Smernica o horizontalnim koncentracijama.

<sup>83</sup> Vid. Bela knjiga, str. 7, para. 11.

<sup>84</sup> Navedena tvrdnja iz Bele knjige potvrđena je navođenjem brojne prakse. Vid. Belu knjigu, str. 5, para. 9 i fus. 5.

<sup>85</sup> Vid. više kod R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 717.

<sup>86</sup> Vid. detaljno kod N. Levy, 246-250.

našem saznanju primenom proširenog testa zabranjena je samo jedna koncentracija.<sup>87</sup> S druge strane, i dalje se pretežno zabranjuju koncentracije usled kojih nastaje ili jača dominantan položaj.<sup>88</sup>

### 3.5. Otvorena pitanja u primeni novog testa

Prema nekim mišljenjima iznetim u teoriji sprovedena reforma nije uspela da obuhvati pravi ekonomski problem, jer problem nije bio u testu dominantnog položaja nego u metodama koje su korišćene za utvrđivanje dominantnog položaja.<sup>89</sup> Naime, ističe se da utvrđivanje tržišne moći ne može da se vrši mehanički uzimajući u obzir relevantno tržište, tržišne udele i barijere ulasku na tržište, kada postoje brojni drugi pokazatelji koji ukazuju na dominantan položaj učesnika na tržištu koji je nastao koncentracijom.<sup>90</sup>

Uvođenje *SIEC* testa omogućava EK da zabrani i koncentracije koje ne dovedu do nastanka ili jačanja dominantnog položaja. Pa ipak, u veoma malom broju izuzetnih slučajeva zamisliva je situacija da će koncentracija kojom se ne stvara ili ne jača dominantan položaj dovesti do značajnog ograničavanja konkurencije što je potvrđeno i u Smernicama o horizontalnim koncentracijama. U para. 4 Smernica o horizontalnim koncentracijama navodi se da je stvaranje, odnosno jačanje dominantnog položaja jednog učesnika na tržištu kao rezultat koncentracije najčešći osnov za zaključak da bi koncentracija mogla dovesti do značajnog sprečavanja konkurencije na tržištu.<sup>91</sup>

Usvajanje novog testa za materijalnopравnu ocenu koncentracija otvorilo je određena pitanja u pogledu njegove primene, a odgovor na njih trebalo je da da Evropska komisija. S obzirom da je Komisija ubrzo posle donošenja Uredbe 139/04 usvojila Smernice o horizontalnim koncentracijama postojala su očekivanja da će u njima biti postavljeni standardi za utvrđivanje dominantnog položaja, a potom da će biti objašnjeno kako se *SIEC* test primenjuje, odnosno kako se utvrđuje da postoji značajno ograničavanje konkurencije kada ne postoji dominantan položaj. Umesto toga Smernice o horizontalnim koncentracijama sadrže deo pod nazivom „Nekoordinativni efekti“ koji daje određena pravila za ocenu unilateralnih efekata koji nastaju iz dominantnog položaja jednog učesnika na tržištu i za unilateralne efekte koji nastaju bez postojanja dominantnog položaja.<sup>92</sup> U teoriji se iznose kritike da je glavni razlog za reformu bio taj što test dominantnog položaja nije mogao da obuhvati sva unilateralna dejstva koncentracija, ali s druge

<sup>87</sup> Case No COMP/M.6570 – *UPS/TNT EXPRESS*, 30.01.2013., para. 1850.

<sup>88</sup> R. Bechtold, W. Bosch, I. Brinker, 718.

<sup>89</sup> G. Monti, 259.

<sup>90</sup> G. Monti, 260.

<sup>91</sup> Vid. para. 4 Smernica o horizontalnim koncentracijama.

<sup>92</sup> Vid. para. 24-38 Smernica o horizontalnim koncentracijama.

strane Smernice o horizontalnim koncentracijama ne prave razliku između dokaza dominantnog položaja i dokaza unilateralnih efekata kada ne postoji dominantni položaj.<sup>93</sup>

#### 4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Cilj normi u EU na osnovu kojih se vrši kontrola koncentracija jeste da konkurencija na tržištu ne bude značajno ograničena putem koncentracija. Uredbom 139/04 stvoren je novi test za ocenu koncentracija koji je usmeren na procenu dejstava koncentracije, a ne toliko na promenu strukture tržišta, kao što je to bio slučaj sa testom dominantnog položaja. Uvođenje testa značajnog ograničavanja konkurencije i usmeravanje na ocenu dejstava koncentracije na tržištu ukazuje na ekonomsko usmerenje EK pri oceni koncentracija.

I pored određenih kritika, *SIEC* test ima značajne pozitivne aspekte i služi ostvarenju određenih ciljeva. Prvi, velika prednost *SIEC* testa je što je omogućio zadržavanje prakse EK i sudske prakse sudova EU.<sup>94</sup> Drugi, stavljanjem fokusa na ispitivanje efekata koncentracije na konkurenciju na tržištu omogućeno je da se ispituju svi, i negativni i pozitivni, aspekti predložene koncentracije. Naime, postoji mogućnost da koristi koje proizlaze iz koncentracije neutralizuju dejstva na konkurenciju, posebno potencijalne štete za potrošače, koje bi koncentracija mogla da izazove i da takva koncentracija bitno ne ograničava konkurenciju na zajedničkom tržištu ili njegovom značajnom delu, naročito zbog stvaranja ili jačanja dominantnog položaja.<sup>95</sup> Konačno, pored cilja zaštite strukture konkurencije, jedan od ciljeva *SIEC* testa je i zaštita potrošača.<sup>96</sup> Postojanje konkurencije na tržištu predstavlja sredstvo za ostvarenje blagostanja potrošača koje se ispoljava u nižim cenama, kvalitetnijim proizvodima, većem izboru roba i usluga, inovacijama.<sup>97</sup> Svojom kontrolom koncentracija Komisija sprečava sprovođenje koncentracija koje bi kupcima verovatno uskratile takve koristi i to značajnim porastom tržišne snage učesnika na tržištu.<sup>98</sup>

---

<sup>93</sup> Vid. više kod G. Monti, 262.

<sup>94</sup> Vid. str. 6, para. 7 Bele knjige.

<sup>95</sup> Vid. para. 29 Uredbe 139/04.

<sup>96</sup> J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2465.

<sup>97</sup> Para. 8 Smernica o horizontalnim koncentracijama.

<sup>98</sup> Para. 8 Smernica o horizontalnim koncentracijama.

*Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Assistant Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs*

## **Test for Substantive Appraisal of Concentrations in EU Law – Significant Impediment to Effective Competition Test**

**Abstract:** *Substantive review of concentrations is a complex task because it determines which concentrations will be allowed and which will be prohibited. Control of concentrations is conducted ex ante and it is, therefore, of crucial importance for the examination criteria to be suited to accurately predict potential effects of concentrations to the competition on the relevant market. In EU competition law concentrations are, generally, permissible and the large majority of them are cleared in initial Phase I investigation. The concentration will be prohibited only if it can be declared as incompatible with internal market i.e. if it would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position.*

*In Regulation 139/04 a new test for substantial appraisal of mergers was introduced – a test of significant impediment to effective competition (SIEC test). In this paper author examines development of control of concentrations in the European Union, reasons for introduction of the SIEC test and the most important features of the test.*

**Keywords:** *concentrations, competition law, European Union, test of significant impediment to effective competition (SIEC test).*

Datum prijema rada: 21.12.2017.





*Dr Bojan N. Tubić, docent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
B.Tubic@pf.uns.ac.rs*

## OGRANIČENJA PRAVA NA NEOMETANO UŽIVANJE IMOVINE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA<sup>1</sup>

**Sažetak:** *Pravo na imovinu je regulisano članom 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. Osnovni cilj ovog člana Konvencije jeste da zaštiti svako lice od nezakonitog mešanja države u mirno uživanje imovine. Ovakva negativna obaveza uključuje na primer, zabranu nezakonite eksproprijacije ili nanošenja štete imovini, kao i planiranje ograničenja ili privremeno oduzimanje imovine. Svako mešanje javne vlasti u pravo na mirno uživanje imovine mora da bude zakonito, odnosno mora da ima osnov u domaćem pravu, koji treba da bude dostupan, dovoljno precizan i predvidljiv. Takođe, mešanje u pravo na imovinu mora da sledi legitiman cilj. Ono je dozvoljeno samo u javnom interesu, a kontrola korišćenja imovine se obavlja u skladu sa opštim interesom. Interesi pojedinca koji su pogođeni merom kojom se krši pravo na imovinu treba da budu uravnoteženi sa interesima opšte javnosti. Mešanje ne sme da predstavlja preteran ili nesrazmeran teret za pojedinca. Potrebno je da država uvede i mere nadzora koje uključuju i ustanovljavanje da li je neka mera odgovarajuća za postizanje svog cilja i da li je srazmerna. Mešanje u imovinska prava od strane države ne mora da predstavlja kršenje Protokola 1 uz Konvenciju ukoliko postoji odgovarajući javni ili opšti interes, i ako je lišavanje imovine učinjeno pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava.*

**Ključne reči:** *pravo na imovinu, Evropski sud za ljudska prava, načelo srazmernosti, naknada štete.*

---

<sup>1</sup> Rad je posvećen projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

## 1. UVOD

U procesu nastanka Evropske konvencije o ljudskim pravima, pitanje da li je potrebno uključiti i pravo na imovinu izazvalo je velike rasprave. Države koje su sačinjavale Savet Evrope u to vreme želele su da stvore jednu listu osnovnih ljudskih prava koja bi pomogla pri otkrivanju totalitarnih tendencija u nekoj od njih, kako bi druge mogle da reaguju na vreme. Pravo na imovinu je svakako jedno od osnovnih demokratskih prava, zbog svog značaja za ličnu slobodu. Komitet ministara je napravio svoju grupu eksperata i pravo na imovinu je uklonjeno sa liste prava koje treba da obezbede države članice, delimično zbog stava tadašnje socijalističke vlade u Ujedinjenom Kraljevstvu.<sup>2</sup>

Članovi Parlamentarne skupštine Saveta Evrope su izrazili neslaganje sa usvojenim tekstom i činili su napore da se zaštita imovine uključi u sistem Konvencije. Komitet ministara je doneo odluku da se osnuje jedna grupa eksperata kako bi razmotrila amandmane na tekst Konvencije. Nakon uspešnog završetka njenog rada, usvojen je tekst Protokola uz Evropsku konvenciju, koji je otvoren za potpis 20. marta 1952. godine, a stupio je na snagu dve godine kasnije.

Član 1 Protokola 1 uz Konvenciju garantuje svakome pravo na neometano uživanje svoje imovine, a u stavu 2 se nalaze uslovi i opšti principi za eksproprijaciju – kada je to u javnom interesu i podvrgnuto uslovima propisanim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava. Treći deo člana 1 Protokola 1 bavi se kontrolom korišćenja imovine.<sup>3</sup>

U ovom radu biće analizirani uslovi pod kojima država može da ograniči pravo na imovinu, kao i načini pružanja naknade u tim situacijama. Potrebno je utvrditi kada država može opravdano da se meša u nečije pravo na neometano uživanje imovine.

## 2. POJAM IMOVINE

Koncept imovine je u praksi Suda tumačen ekstenzivno, pa se pod imovinom, u smislu člana 1 Protokola 1, podrazumevaju sva stvarna prava, svojina nad pokretnim i nepokretnim stvarima, prava intelektualne svojine, nasledstvo, akcije, pravo na zakupninu, penziono osiguranje, potraživanje utvrđeno sudskom ili ar-

<sup>2</sup> Jelena Ristik, *Right to property: from Magna Carta to the European Convention on Human Rights*, SEEU Review, 11/2015, 149.

<sup>3</sup> Protokol 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, „Službeni list SCG – Međunarodni ugovori“, br. 9/2003. „Član 1. Svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava.

Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utiču na pravo države da primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu s opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili drugih dažbina ili kazni“.

bitražnom odlukom<sup>4</sup> i drugo. Svaki ekonomski interes koje predstavlja neki oblik imovine može da bude uključen u zaštitu člana 1 Protokola 1.<sup>5</sup>

Termin imovina se odnosi na postojeću imovinu ili potraživanja, u pogledu kojih podnosilac predstavke ima barem legitimno očekivanje da će dobiti efektivno uživanje svojinskih prava.<sup>6</sup> Protokolom se, pak, ne štiti očekivana imovina, odnosno pravo na sticanje buduće imovine. U slučaju Marks protiv Belgije, Sud je doneo odluku da u pojam imovine ne ulazi pravo na buduće nasleđe.<sup>7</sup>

### 3. POZITIVNE I NEGATIVNE OBAVEZE DRŽAVE U POGLEDU PRAVA NA IMOVINU

Osnovni cilj člana 1 Protokola 1 uz Konvenciju jeste da zaštiti svako lice od nezakonitog mešanja države u mirno uživanje imovine. Ovakva negativna obaveza uključuje, na primer, zabranu nezakonite eksproprijacije ili oštećenja imovine, kao i planiranje ograničenja ili privremeno oduzimanje imovine. Na primer, u slučaju Presos Kompania Naviera SA i drugi protiv Belgije država je bila proglašena odgovornom za povredu prava podnosioca predstavke, jer je donela zakon koji je imao retroaktivno dejstvo.<sup>8</sup>

Takođe, od države se mogu tražiti i pozitivne mere zaštite, posebno kada postoji direktna veza između mera koje podnosilac predstavke može legitimno da očekuje od države i efikasnog uživanja imovine. U praksi Suda pojavilo se više slučajeva u kojima se utvrđuje upravo ova pozitivna obaveza države. U slučaju Onerildiz protiv Turske,<sup>9</sup> država je bila u obavezi da preduzme praktične korake kako bi izbegla uništenje imovine, kao rezultat nebezbednih uslova na deponiji. U slučaju Sovtransavto protiv Ukrajine imovinska prava kompanije podnosioca predstavke su prekršena, kao posledica spornih postupaka, koji su nastali smanjivanjem udela u kompaniji i gubitkom kontrole nad radom kompanije i njenom imovinom. Naime, jedna ruska kompanija se žalila na smanjenje učešća svojih akcija u ukrajinskom javnom preduzeću, koje je postalo privatno odlukom akciona-

---

<sup>4</sup> , Kin-Stib i Majkić protiv Srbije (Case of Kin-Stib and Majkić v. Serbia), predstavka br. 12312/05, presuda od 20. aprila 2010. godine, pasus 84.

<sup>5</sup> Tre Traktor AB protiv Švedske (Tre Traktor AB v. Sweden), predstavka br. 10873/84, odluka od 10. oktobra 1985. godine.

<sup>6</sup> Kopecki protiv Slovačke (Kopecky v. Slovakia), predstavka br. 44912/98, presuda od 28. septembra 2004. godine.

<sup>7</sup> Marks protiv Belgije (Marckx v. Belgium), predstavka br. 6833/74, presuda od 13. juna 1979. godine

<sup>8</sup> Presos Kompania Naviera SA i drugi protiv Belgije (Pressos Compania Naviera SA and others v. Belgium), predstavka br. 17849/91 presuda od 20. novembra 1995. godine.

<sup>9</sup> Onerildiz protiv Turske (Case Oneriyildiz v. Turkey), predstavka br. 48939/99, presuda od 30. novembra 2004. godine.

ra. U građanskom postupku, nacionalni sudovi su odbijali da postupaju u skladu sa uputstvima viših sudova, a dolazilo je i do razlike u tumačenju zakona između različitih instanci, kao i do intervencija izvršne vlasti. Postupak se iznova pokretao i postojala je nesigurnost oko zakonitosti originalne odluke. Način na koji je postupak završen nije bio u skladu sa obavezom države da reši situaciju na jedan dosledan način. Ponosilac predstavke je morao da se bori sa nesigurnošću tokom perioda u kojem su njegovi početni udeli smanjeni, sa kasnijim promenama njegove sposobnosti da upravlja Sovtransavto-luganskom i da kontroliše svoju imovinu. Sud je smatrao da su način na koji su postupci vođeni i okončani i nesigurnost u kojoj se nalazio podnosilac predstavke, narušili „pravičnu ravnotežu“ koja mora da postoji između javnog interesa i potrebe da se zaštiti pravo kompanije na mirno uživanje imovine.<sup>10</sup>

#### 4. MEŠANJE DRŽAVE U PRAVO NA IMOVINU

Pravo na imovinu nije apsolutno pravo što znači da se pod određenim uslovima država može mešati u pravo na imovinu putem zakonite eksproprijacije, odnosno lišavanja imovine, ili putem njene kontrole. Iako se izričito ne pominje u Protokolu, Komisija je široko tumačila eksproprijaciju kao način lišavanja imovine.<sup>11</sup> Eksproprijacija može da bude *de jure* ili *de facto* (indirektna eksproprijacija). Kod prvog načina dolazi do prenošenja svojinskih ovlašćenja sa pojedinca na vladu ili nekog drugog javnog subjekta, ili čak na nekog drugog pojedinca. Na primer, u slučaju Džejms i drugi protiv UK, odlučeno je da zakon koji primorava vlasnika da proda svoju imovinu dajući korisniku lizinga pravo kupovine predstavlja meru koja uključuje lišavanje imovine.<sup>12</sup> Eksproprijacija *de jure* se sastoji od jednog zakonitog akta kojim se prenosi svojina a razlozi za to se mogu opravdati određenom socijalnom politikom i moraju se koristiti u javnom interesu.<sup>13</sup> U slučaju da dođe do formalnog akta eksproprijacije, pravična nadoknada mora da bude plaćena.

U slučajevima *de facto* eksproprijacije ne postoji formalni akt oduzimanja imovine, ali je lice onemogućeno da koristi svoju imovinu. Ova vrsta eksproprijacije je imala značajnu ulogu u slučajevima restitucije, kao na primer u slučaju Vasilešku.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Sovtransavto Holding protiv Ukrajine (Sovtransavto Holding v. Ukraine), predstavka br. 48553/99, presuda od 25. jula 2002. godine, pasus 98.

<sup>11</sup> Dragoljub Popovic, *Protecting Property in European Human Rights Law*, Utrecht, 2009, 31.

<sup>12</sup> Džejms i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva (James and Others v The United Kingdom), predstavka br. 8793/79, presuda od 21. februara 1986. godine.

<sup>13</sup> Javni interes se javlja kao neizostavan uslov zakonitosti oduzimanja imovine i u slučajevima eksproprijacije u oblasti stranih ulaganja Petar Đundić, Posledice razlikovanja zakonite i nezakonite eksproprijacije stranog ulaganja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2011, 600.

<sup>14</sup> Vasilešku protiv Rumunije (Vasilescu v. Romania), predstavka br. 27053/95, presuda od 22. maja 1998.

U ovom slučaju su pripadnici tajne policije Rumunije podnosiocu predstavke oduzeli jedan broj zlatnih novčića, još 1966. godine. Postupak za njihov povraćaj je pokrenut 1990. godine, ali nije uspješno okončan. Niko nije osporavao pravni naslov podnosioca predstavke, ali se nije moglo utvrditi gde su se novčići u međuvremenu izgubili. Sud je smatrao da je došlo do povrede člana 1 Protokola 1, jer okolnosti ovog slučaja predstavljaju *de facto* eksproprijaciju.<sup>15</sup>

Nije lako definisati indirektno lišavanje imovine. Kao glavni kriterijum se uzima taj da ograničenje imovine dolazi od državnih organa, a vlasnik je pogođen time što su mu ograničena svojinska ovlašćenja. Ovo se odnosi na prinudnu prodaju, kao što se desilo u slučaju Hakanson i Stureson protiv Švedske.<sup>16</sup> Podnosilac predstavke je na aukciji kupio obradivo zemljište, ali je kasnije bio primoran da ga proda jer mu državni organi nisu dali dozvolu koja mu je bila potrebna da bi zadržao zemljište. Sud je odlučio da je to predstavljalo lišavanje imovine, jer je prodaja bila izazvana aktivnošću državnog organa – odbijanjem da se izda dozvola kojom se potvrđuje sticanje imovine. Ipak, Sud nije ustanovio postojanje *de facto* eksproprijacije u ovom slučaju.

## 5. USLOVI ZA MEŠANJE DRŽAVE U PRAVO NA IMOVINU

Član 1 Protokola 1 uz Konvenciju dozvoljava državi da se meša u pravo na imovinu, ako je to u javnom interesu i zakonito. U praksi Evropskog suda za ljudska prava su uspostavljena tri glavna uslova za ovakvu aktivnost države: zakonitost, legitimni cilj i pravična ravnoteža, odnosno srazmernost. Ovi uslovi se moraju ispuniti da bi mešanje u pravo na imovinu bilo dozvoljeno.

### 5.1. Zakonitost mešanja u uživanje imovine

Svako mešanje javne vlasti u pravo na mirno uživanje imovine mora da bude zakonito, odnosno mora da ima osnov u domaćem pravu, što je između ostalog potvrđeno u slučaju Saliba protiv Malte.<sup>17</sup> Na taj način zakoni predstavljaju branu arbitrnim merama i služe pravnoj sigurnosti. Ovi uslovi mogu da budu zasnovani i na sudskoj praksi, ili na običajnim pravnim pravilima.

Pravni osnov treba da bude jasno određen, dovoljno precizan i predvidljiv i dostupan pravnim adresatima. Nije dovoljno samo postojanje domaćih propisa, već je potrebno da oni imaju i određeni kvalitet, odnosno da budu u skladu sa

---

<sup>15</sup> Sanja Djajic, *The Right to Property and the Vasilescu v. Romania Case*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 27/2000, 368.

<sup>16</sup> *Hakanson i Stureson protiv Švedske (Case of Hakansson and Stureson v. Sweden)*, predstavka br. 11855/85, presuda od 21. februara 1990. godine.

<sup>17</sup> *Saliba protiv Malte (Saliba v. Malta)*, predstavka br. 24221/13, presuda od 29. novembra 2016. godine, pasus 37.

načelom vladavine prava. Ovaj uslov je poznat i kod drugih prava zaštićenih Konvencijom, kao što su pravo na zaštitu privatnog i porodičnog života, sloboda misli, savesti i veroispovesti, sloboda izražavanja i sloboda okupljanja i udruživanja.<sup>18</sup> Država može da ograniči sva ova prava i slobode samo ako su ta ograničenja propisana njenim unutrašnjim pravom.

Praksa Suda je značajna za određivanje ovog uslova mešanja u pravo na imovinu. Na primer, u slučaju Bivšeg kralja Grčke i drugih protiv Grčke<sup>19</sup> podnosioci predstavke su bili bivši kralj Grčke i dvoje članova njegove porodice. Vojna vlada je izvela državni udar 1967. godine i šest godina kasnije ukinula monarhiju, nakon čega je formalno konfiskovala imovinu kraljevske porodice. Nakon uspostavljanja legitimne vlade 1974. godine, republika je sačuvana i pitanje imovine bivšeg kralja je rešeno Zakonom iz 1994. godine. Podnosioci predstavke su se žalili da ih je pomenuti zakon lišio određenog dela imovine, naročito nekretnina, bez bilo kakve naknade. Sud je odlučio da je mešanje države u imovinu bilo zakonito, ali da su podnosioci predstavke imali legitimna očekivanja da će dobiti nadoknadu za oduzimanje nepokretnosti. U skladu sa ovim rezonovanjem Suda, može se zaključiti da samo postojanje pravnog osnova nije dovoljno da bi se opravdalo mešanje u imovinska prava. Ono ne može biti posmatrano izolovano od drugih uslova. Naime, svako mešanje u pravo na imovinu mora da sledi legitiman cilj. Lišenje imovine je dozvoljeno samo u javnom interesu, a kontrola korišćenja imovine se obavlja u skladu sa opštim interesom. Ovo načelo legitimnog cilja se može derivirati i iz člana 18 Konvencije, koji predviđa da se ograničenja prava i sloboda ne smeju primenjivati ni u koje druge svrhe osim onih zbog kojih su propisana.<sup>20</sup>

## 5.2. Pitanje legitimnog cilja i pravične ravnoteže

Pristup Suda pitanju legitimnog cilja kod lišenja imovine je veoma složen i uključuje i analizu društvenih potreba i politika. Sud ostavlja državama ugovornicama široko polje slobodne procene u pogledu određivanja ovog cilja. U slučaju Manastiri protiv Grčke, radilo se o dva zakona iz 1987. i 1988. godine, koji su lišili grčke pravoslavne manastire imovine koju su sticali vekovima, u korist države.<sup>21</sup> Sud je našao da je Zakon iz 1987. sledio legitiman cilj, odnosno da je bio

---

<sup>18</sup> Laurent Sermet, *The European Convention on Human Rights and property rights*, Human rights files, No. 11 rev., Council of Europe Publishing, 1999, 33.

<sup>19</sup> Bivši kralj Grčke protiv Grčke (*Former King of Greece v. Greece*), predstavka br. 25701/94, presuda od 23. novembra 2000. godine.

<sup>20</sup> Ovo je potvrđeno i u slučaju *Bejeler protiv Italije* (*Beyeler v Italy*), predstavka br. 33202/96, presuda od 5. januara 2000. godine, pasus 111.

<sup>21</sup> *Manastiri protiv Grčke* (*The Holy Monasteries v. Greece*), predstavke br. 13092/87; 13984/88, presuda od 9. decembra 1994. godine.

donet u javnom interesu, ali da prenos zemljišta sa manastira na državu bez davanja naknade nije očuvao pravičnu ravnotežu različitih interesa u pitanju, koja se traži u članu 1 Protokola 1.

Sud je uveo načelo srazmernosti kao jedan novi oblik nadzora u slučaju oduzimanja ili ograničenja imovine. O njemu je posebno bilo reči u slučaju Sporong, u kojem je Sud rekao da mora da utvrdi da li je postignuta pravična ravnoteža između zahteva opšteg interesa zajednice i potrebe za zaštitom osnovnih prava pojedinca. Sud je odlučivao po tužbama švedskih državljana čije su nepokretnosti bile pogođene dozvolama za eksproprijaciju, koje je izdala vlada Švedske, na zahtev gradskih vlasti Stokholma, koje su htele da preurede centar ovog grada. Gradске vlasti nikada nisu pokrenule postupak eksproprijacije iako su na to imale pravo. Tužioci su bili lica čija je imovina bila opterećena potencijalnom eksproprijacijom i zabranom gradnje u periodu od 23 i 8 godina, koliko su važile pomenute dozvole. Zbog ovoga, oni nisu mogli da prodaju imovinu pod tržišnim uslovima niti da njome neometano raspolažu. Sud je smatrao da države uživaju široku slobodu u pogledu planiranja razvoja svojih gradova, ali je utvrdio da švedski propisi nisu omogućavali tužiocima da traže izmenu dozvola za eksproprijaciju. Na taj način su podnosioci predstavke snosili pojedinačan i prekomeran teret i povređeno je njihovo pravo na imovinu, jer je nastojanje ka postizanju ravnoteže u osnovi same Konvencije i odražava se i na član 1 Protokola 1 uz Konvenciju.<sup>22</sup>

Nadzor putem srazmernosti uključuje i ustanovljavanje da li je neka mera odgovarajuća za postizanje svog cilja i da nije nesrazmerna.<sup>23</sup> To omogućava organima Konvencije da potvrde da su ciljevi legislacije i sredstva koja koristi u saglasnosti. Nivo brige za privatne interese zavisi od stepena mešanja u imovinu. Ovo znači da primena načela srazmernosti kao sredstva nadzora može da se razlikuje od slučaja do slučaja. Postoje dva načina za nadzor putem srazmernosti. Jedan se primenjuje na lišavanje imovine, a drugi na preostale načine mešanja u uživanje imovine.

Načelo pravične ravnoteže se koristi kako bi se utvrdilo da li su interesi pojedinca koji je pogođen merom kojom se ometa uživanje imovine, uravnoteženi sa javnim interesom ili opštim interesom zajednice. Mešanje ne sme da predstavlja preteran ili neproporcionalan teret za pojedinca.<sup>24</sup> Ono se najlakše može videti u slučajevima lišavanja imovine. U slučaju Litgov protiv Ujedinjenog Kraljevstva radilo se o Zakonu iz 1977. godine o nacionalizaciji britanske vazduhoplovne i brodogradilišne industrije. Ovaj zakon je predviđao i naknadu ali su iznosi bili nedovoljni i neodgovarajući. Lica pogođena ovim zakonom su podnela

<sup>22</sup> Sporong i Lonrot protiv Švedske (Sporrong and Lönroth v. Sweden), predstavke br. 7151/75, 7152/75, presuda od 23. septembra 1982. godine, pasus 69.

<sup>23</sup> Džejms i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, *op.cit.*, pasus 50.

<sup>24</sup> Valkov i drugi protiv Bugarske (Case of Valkov and Others v. Bulgaria), predstavke br. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 i 2041/05, presuda od 25. oktobra 2011. godine.



predstavke Sudu, koji je u svojoj odluci ukazao na obavezu da se isplati naknada koja je odgovarajuća. On se pozvao na svoju raniju presudu, u slučaju *Sporong*, u pogledu postizanja pravične ravnoteže između privatnih i javnih interesa. Takođe, ukazao je na pravilo ustanovljeno u slučaju *Džejsms* i drugi protiv UK da se ne može garantovati pravo na potpunu naknadu u svim slučajevima, u visini pune tržišne vrednosti oduzete imovine. U slučaju *Litgov*, odlučio je da nije došlo do kršenja člana 1 Protokola 1, jer je naknada koja je dodeljena bila u okviru polja slobodne procene Ujedinjenog Kraljevstva u konkretnom slučaju.<sup>25</sup>

Postoje i određeni izuzeci od obaveze države da isplati naknadu u slučaju oduzimanja imovine. Ne postoji jedna sveobuhvatna definicija tih izuzetaka. Na primer, u slučaju *Pajn veli Developments Ltd. protiv Irske*, država nije isplatila naknadu podnosiocu predstavke nakon poništavanja urbanističke dozvole za zemljište. Sud nije smatrao da je ovo nesrazmerno, uzimajući u obzir privredni poduhvat koji je podnosilac predstavke preduzeo i element rizika koji je postojao.<sup>26</sup>

### 5.3. Značenje termina javni interes i opšti interes

Evropski sud za ljudska prava ne razmatra uslov javnog interesa kao deo običajnog međunarodnog prava, već kao jedan od uslova predviđenih Konvencijom odnosno Protokolom, za zakonito lišavanje imovine.<sup>27</sup> Definicije javnog i opšteg interesa razlikuju se od zemlje do zemlje i tokom vremena. Državama ugovornicama je u ovom pogledu ostavljeno polje slobodne procene. U slučaju *Skots ov Grinok* podnosioci predstavke su se žalili na uslove pod kojima je jedna nacionalizovana kompanija, inače u njihovom vlasništvu pre nacionalizacije, naknadno ponovo privatizovana. Prema mišljenju Komisije, ponovna privatizacija je trebalo da dovede do potpune reorganizacije industrije i trebalo je da obezbedi najbolju osnovu za konkurentnost industrije. Međutim, u smislu političke procene, koja je potrebna pri formulaciji jedne takve politike, kao što je nacionalizacija industrije, neizbežno je u demokratskom društvu da politička percepcija takve politike, pa otuda i sama politika, može da se vremenom menja. Komisija je našla da nije ustanovljeno da ponovna prodaja može da dovede u sumnju javni interes prvobitne nacionalizacije.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> *Litgov* i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva (Case *Lithgow and others v. The United Kingdom*), Predstavka br. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, presuda od 8. jula 1986. godine.

<sup>26</sup> *Pajn Veli Developments Ltd. i drugi protiv Irske* (*Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland*), predstavka br. 12742/87, presuda od 29. novembra 1991. godine.

<sup>27</sup> Petar Đundić, *Eksproprijacija u međunarodnom privatnom pravu investicija*, doktorska disertacija, Novi Sad, 2010, 52.

<sup>28</sup> *Skots ov Grinok* (*Est 1711*) i *Litgov Ltd protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (*Scotts of Greenock (Est'd 1711) and Lithgows Ltd v. the United Kingdom*), predstavka br. 9482/81, izveštaj Komisije od 17. decembra 1987. godine, pasus 104.

Države treba da budu oprezne kada preduzimaju mere koje utiču na ekonomske interese pojedinaca.<sup>29</sup> Državni organi su, u principu, u boljoj poziciji nego međunarodne sudije da procene šta je to u javnom interesu, upravo iz razloga što imaju direktno znanje o sopstvenom društvu i njegovim potrebama.<sup>30</sup> Stoga, kontrola legitimnosti od strane samog Suda je supsidijarna.

Javni interes se u slučaju člana 1 Protokola 1 pretpostavlja da postoji. Država treba samo da pokaže, a ne i da dokaže njegovo postojanje i Sud je obično spreman da prihvati ponuđene razloge, ukoliko ne izostane naknada štete.<sup>31</sup>

Sud je u slučaju Džejms definisao obim nadzora koji obavlja. Naime, on će poštovati nacionalne presude u pogledu toga šta predstavlja nacionalni interes, osim ako je presuda očigledno neosnovana.<sup>32</sup> To znači da, u određenim slučajevima, to može da dovede do osporavanja stanovišta nacionalnih organa o javnom interesu. U slučaju da je presuda nacionalnog suda očigledno neosnovana, država će biti proglašena odgovornom za povredu člana 1 Protokola 1 uz Konvenciju. Osnovanost je nejasan kriterijum, posebno jer svaka greška mora da bude očigledna. Sud može da ograniči polje slobodne procene država i na taj način kontroliše prihvatljivost nacionalnih zakonodavstava u smislu Konvencije.

Sud se u svakom konkretnom slučaju trudi da postigne ravnotežu između pojedinačnih prava i opšteg interesa zajednice i cilj je da se utvrdi da li je podnosilac predstavke bio prinuđen da podnese nesrazmeran teret. Država ima široko polje slobodne procene u odnosu na mere koje će preduzeti u opštem interesu. Kada donose zakone o eksproprijaciji, države obično uzimaju u obzir političke, ekonomske i društvene okolnosti. Sud smatra da je polje slobodne procene u odnosu na sprovođenje nacionalne ekonomske i socijalne politike veoma široko i da je potrebno da se poštuje volja zakonodavca u vezi sa određivanjem javnog interesa. Izuzetak predstavljaju slučajevi kada je njegovo određivanje lišeno svakog razumnog osnova.<sup>33</sup> Sud je smatrao da sličan princip važi i za korenite promene u državama, kao što su potpuna reforma političkog i ekonomskog sistema države, što je uvek praćeno donošenjem velikog broja propisa.<sup>34</sup> Na primer, u slučaju kada je bivšem kralju Grčke ekspropisana imovina na osnovu zakona iz 1994. godine, Sud je prihvatio argumentaciju da je razlog za njegovo uvođenje bio javni interes održavanja ustavnog statusa zemlje kao republike.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Jelena Ristik, *op.cit.*, 151

<sup>30</sup> Džejms i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, *op.cit.*, pasus 46.

<sup>31</sup> Sanja Djajic, 375 (citat Iain Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, 1995, 95).

<sup>32</sup> Džejms i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, *op.cit.*, pasus 46.

<sup>33</sup> Presos Kompania Naviera SA i drugi protiv Belgije, *op. cit.*

<sup>34</sup> Broniovski protiv Poljske (Broniowski protiv Poljske), predstavka br. 31443/96 presuda od 28. septembra 2005. godine.

<sup>35</sup> Bivši kralj Grčke protiv Grčke, *op.cit.*

U slučaju Broniovski protiv Poljske, Sud je doneo odluku da je došlo do propusta poljskih vlasti da daju naknadu podnosiocu predstavke za zemljište koje je njegova porodica bila primorana da napusti posle Drugog svetskog rata. Zauzet je stav da je naknada štete mogla da bude opravdana radikalnom reformom političkog i ekonomskog sistema i finansijskim stanjem države. Međutim, u konkretnom slučaju, nije opravdala svoje višegodišnje propuštanje da se podnosiocu omogućiti da ostvari svoje zakonsko pravo na naknadu štete.<sup>36</sup>

U slučaju Er Kanada ovo preduzeće se žalilo na arbitrarnu konfiskaciju, kada je jedan od njenih aviona bio privremeno zadržan, zbog pronalaženja kanabisa. Sud je, pre svega, našao da su mere na koje se podnosilac predstavke žalio bile namenjene za borbu protiv međunarodne trgovine narkoticima i da su tako bile u skladu sa opštim interesom sprečavanja trgovine narkotika. Zaplenu je obavila britanska carinska služba pet dana nakon što je prekršaj bio otkriven i nisu navedeni razlozi za preduzimanje ovakve mere. Takođe, kompanija, koja nije bila odgovorna za pomenuti prekršaj, bila je kažnjena za zločin koji je počinila jedna njoj nepoznata osoba. Sud je zauzeo stav da je sudska kontrola prema engleskom pravu dovoljna da zadovolji uslove iz stava 2 člana 1 Protokola 1.<sup>37</sup>

U slučaju Džejms Sud je stav da javni interes može da bude interes nekog drugog pojedinca. Naime, podnosioci predstavke su bili određeni za upravitelje poseda prema testamentu vojvode od Vestministera. Oni su se žalili na oduzimanje dela zemljišta do koga je došlo, pošto su zakupci iskoristili svoja prava sticanja prema Zakonu o reformi zakupa iz 1967. godine. Izneli su argument da prenos imovine sa jednog na drugo lice ne može da bude u javnom interesu. Sud je, međutim, zauzeo stav da bi oduzimanje imovine u cilju sprovođenja politike koja teži da doprinese socijalnoj pravdi u zajednici zadovoljilo zahtev javnog interesa. Takođe, od javnog značaja je i pravičnost sistema kojim su regulisani svojinski odnosi među pojedincima.<sup>38</sup>

Oduzimanje imovine zbog postizanja legitimnih socijalnih, ekonomskih ili drugih ciljeva može da bude u javnom interesu, čak i kada zajednica u celini direktno ne koristi ili ne uživa oduzetu imovinu. Koncept javnog interesa je veoma širok. Praksa je naročito razvijena u slučajevima gradskog planiranja. Tako, je Sud zauzeo stav da bi strane ugovornice trebalo da zadrže široko polje slobodne procene u slučajevima primene njihovih politika planiranja gradova.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Broniovski protiv Poljske, *op.cit.*

<sup>37</sup> Er Kanada protiv Ujedinjenog Kraljevstva (Case of Air Canada v.The United Kingdom), predstavka br. 18465/91, presuda od 5. maja 1995. godine, pasus 46.

<sup>38</sup> Džejms i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, *op.cit.*

<sup>39</sup> Sporong i Lonrot protiv Švedske, *op.cit.*

## 6. OBLICI NAKNADE ZA MEŠANJE U PRAVO NA IMOVINU

Naknada koja je isplaćena u slučaju mešanja države u pravo na imovinu predstavlja i jedan od osnova za utvrđivanje srazmernosti. Mešanje u imovinska prava ne predstavlja kršenje Protokola 1 uz Konvenciju ukoliko vlasnik dobije odgovarajuću naknadu štete. Ona je, pak, oblik zadovoljenja koji se daje vlasnicima kada uslovi za mešanje u imovinska prava nisu bili poštovani. Ukoliko je došlo do povrede prava na imovinu usled nedostatka obeštećenja, tada Sud na osnovu člana 41 Konvencije ima pravo da pruži odgovarajuće zadovoljenje koje može da bude i u formi presude koja glasi na novčani iznos.<sup>40</sup>

Pravično zadovoljenje je dodeljeno u slučaju *Sporong*, kao i u slučaju *Papamikalopoulos*,<sup>41</sup> u kojem je Sud odlučio da je zapravo došlo do eksproprijacije i procenio je da je materijalna šteta bila preko 110 miliona tadašnjih francuskih franaka. Pri utvrđivanju pravila koja se primenjuju na naknadu štete jasno se pozvao na primenljiva pravila međunarodnog javnog prava. Povraćaj u predašnje stanje je princip na kojem su međunarodni sudovi i arbitraže zasnivali svoje odluke o naknadi štete. Naknada mora u najvećoj mogućoj meri, da izbriše sve posledice nezakonitog akta i da ponovo uspostavi situaciju koja bi najverovatnije postojala da sporni akt nije bio počinjen. Sud je ukazivao da je bolje da se koristi restitucija, a da novčana naknada bude isplaćena tek ukoliko ona ne bude moguća.

U presudi u slučaju *Litgov*, Sud je naveo pravila o naknadi štete i razmatrao je dva odvojena, ali komplementarna aspekta naknade štete. Prvo, odlučio je da lišavanje imovine uključuje i pravo na razumno obeštećenje. Takođe, Sud je rekao da će morati da interveniše ukoliko je metod koji se koristi za procenu vrednosti imovine očigledno nerazuman.

Sud daje državama široko polje slobodne procene u pogledu određivanja visine naknade štete. Zapravo, pod uslovom da je pravična ravnoteža očuvana, standard naknade štete potreban u slučaju nacionalizacije može da se razlikuje od onoga što je potrebno u slučajevima drugih oduzimanja imovine.<sup>42</sup> Razlika je opravdana jer procenjivanje velikih industrijskih preduzeća u svrhu nacionalizacije cele industrije je u suštini daleko složenija operacija nego, na primer, procenjivanje zemljišta koje je prinudno stečeno.<sup>43</sup>

Načelo srazmernosti ukazuje na pravo na razumno obeštećenje.<sup>44</sup> Zapravo, oduzimanje imovine bez plaćanja iznosa koji je razuman u odnosu na njenu vred-

<sup>40</sup> Član 41 Konvencije: „Kada Sud utvrdi prekršaj Konvencije ili protokola uz nju, a unutrašnje pravo Visoke strane ugovornice u pitanju omogućava samo delimičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj strani“.

<sup>41</sup> *Papamihalopoulos i drugi protiv Grčke (Case Papamichalopoulos and Others v. Greece)*, predstava br. 14556/89, presuda od 24. juna 1993. godine.

<sup>42</sup> *Litgov i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *op.cit.*, pasus 121.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Džejs i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, *op.cit.*, pasus 54.

nost obično predstavlja neproporcionalno mešanje koje se ne može smatrati opravdanim na osnovu člana 1 Protokola 1.<sup>45</sup> Naknada štete se obično plaća jer je većina demokratskih ustava obezbeđuje kada je imovina eksproprisana ili nacionalizovana. Ipak, član 1 ne garantuje pravo na puno obeštećenje u svim okolnostima, pošto legitimni ciljevi javnog interesa, kao što su oni sadržani u merama ekonomske reforme ili mere usmerene ka postizanju veće socijalne pravde, mogu da dovedu do naknade manje od tržišne vrednosti. U slučaju Skots ov Grinok, Komisija je našla da kompenzacija koja je dodeljena zadovoljava pravilo o srazmernosti, pošto nije utvrđena očigledna nesrazmera između vrednosti oduzete imovine i plaćene kompenzacije.<sup>46</sup>

U slučaju Akus protiv Turske,<sup>47</sup> Sud je upitan da se bavi pitanjem docnje u isplati razlike u odšteti, čija je vrednost bila smanjena visokom stopom inflacije, koja je bila 70% godišnje, dok je naknada bila fiksna na granici od 30%. Sud je našao da je došlo do kršenja člana 1 Protokola 1. U svom odvojenom mišljenju sudija Vilijalmson je istakao da pravila o ljudskim pravima nisu efikasan pravni instrument u borbi protiv inflacije. Opšte dejstvo inflacije znači da utiče na ekonomski život kao celinu i posledice po pojedince su retko bile individualne i specifične.

### 6.1. Opšta načela međunarodnog prava

Pozivanje na opšta pravna načela u stavu 1 člana 1 Protokola 1 uz Konvenciju ukazuje na pravilo međunarodnog prava prema kome stranim državljanima pripada odgovarajuće obeštećenje u slučaju eksproprijacije.<sup>48</sup> Ona obično zahtevaju brzu, odgovarajuću i efikasnu naknadu štete za sve oblike lišenja. Međutim, Sud smatra da se ona ne primenjuju kada država oduzima imovinu od svojih državljana,<sup>49</sup> što može da dovede do diskriminacije između stranaca i domaćih državljana u pogledu naknade štete.

Sud nije izričito priznao da neprimenjivanje opštih načela međunarodnog prava na sopstvene državljane znači da oni dobijaju manju naknadu štete u odnosu na strance. On je prihvatio princip da će domaći državljani morati da podnesu veći teret nego stranci. Posebno se pravi razlika u pogledu naknade štete u slučajevima oduzimanja imovine u kontekstu socijalnih reformi ili ekonomskog restrukturiranja. Strani državljani nemaju pravo da biraju državne organe koji usva-

---

<sup>45</sup> Litgov i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, *op.cit.*, pasus 121.

<sup>46</sup> Skots ov Grinok (Est 1711), *op.cit.*

<sup>47</sup> Akus protiv Turske (Case od Akkus v. Turkey), predstavka br. 19263/92, presuda od 9. jula 1997. godine.

<sup>48</sup> Bernadet Bordaš, „Zaštita imovine kao ljudsko pravo – osnovne napomene uz praksu Evropskog suda za ljudska prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)* 1-2/2003, 170.

<sup>49</sup> Džejsms i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, *op.cit.*, pasusi 58-64.

jaju određene ekonomske reforme, niti mogu da ih konsultuju. Takođe, iako se oduzimanje imovine uvek radi u javnom interesu, različita pravila se mogu primeniti na domaće i strane državljane i može da postoji legitiman razlog da se traži da domaći državljani podnesu veći teret u odnosu na strance.<sup>50</sup>

Pitanje je koliko je ovakvo tumačenje prihvatljivo. Ono je suprotno jezičkom tumačenju člana 1 Protokola 1 u kojem se navodi reč „svako“. Takođe, to je suprotno sistemskom i teleološkom tumačenju Konvencije, jer je njen krajnji cilj da eliminiše sve razlike između domaćih i stranih državljana u pogledu većine prava, uz izuzetak političkih prava, kao što je predviđeno u članu 16 Konvencije.

## 7. ZAKLJUČAK

Pravo na imovinu nije apsolutno pravo. Ono može da bude ograničeno lišavanjem imovine ili kontrolom njenog korišćenja. Pod lišavanjem se podrazumevaju eksproprijacija, nacionalizacija, konfiskacija i drugi načini oduzimanja imovine i ono zapravo predstavlja njeno prenošenje sa vlasnika na nekog drugog. Kontrola imovine ne podrazumeva prenos i vlasnik zadržava imovinu, ali je ograničen u njenom korišćenju. U pitanju su manja ograničenja i do njih može da dođe širokim spektrom regulatornih mera. Zaštita prava na imovinu mora da obezbedi ravnotežu između javnih i privatnih interesa. Ona je značajna u kontekstu u kojem države omogućavaju a pojedinci koriste imovinska prava. Tržišna vrednost imovine je značajna za postupak uspostavljanja ravnoteže, jer ona ukazuje na vrednost koju zajednica pridaje imovini u redovnim privatnim transakcijama. Ona nije odlučujući činilac, jer isključuje lične preferencije koje su značajne, kao i opšte socijalne uslove u društvu.

Mešanje u pravo raspolaganja imovinom je obično direktna posledica aktivnosti koje preduzima državni organ i to naročito onaj koji je deo izvršne vlasti. Takođe, povreda prava na imovinu može da nastane iz sudske odluke ili aktima zakonodavne vlasti, pa čak i iz nekog međunarodnog pravnog instrumenta, koji direktno utiče na imovinska prava. Sud je u svojoj praksi ustanovio da zakonodavac u svakoj državi mora da postigne razumnu ravnotežu između sredstava i ciljeva koje želi da postigne i da ne nameće neki poseban teret vlasniku imovinskih prava.

---

<sup>50</sup> Litgov i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, *op.cit.*, pasus 116.

Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

## **Limitations of the Right to the Peaceful Enjoyment of Possessions in the Case-Law of the European Court of Human Rights**

**Abstract:** *The right to property is regulated by Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights. The basic aim of this article of the Convention is to protect every person from unlawful interference by the state in the peaceful enjoyment of property. Such a negative obligation includes, for example, the prohibition of expropriation of property, as well as the planning of restrictions or the temporary seizure of property. Any interference by a public authority with the right to peaceful enjoyment of property must be lawful, that is, it must have a basis in domestic law, which should be sufficiently precise and predictable. Also, the interference with the right to property must follow a legitimate aim. It is only permitted in the public interest, and control of the use of property is carried out in accordance with the general interest. The interests of an individual affected by a measure of violation of the right to property should be balanced with the interests of the general public. The interference should not represent an excessive or disproportionate burden on the individual. It is necessary for the state to introduce control measures that include determination whether a measure is appropriate for achieving its goal and whether it is proportionate. Interference in property rights does not constitute a violation of Protocol 1 to the Convention if the owner receives the appropriate compensation for damages, which constitutes a fair satisfaction.*

**Keywords:** *right to property, European Court of Human Rights, the principle of proportionality, compensation.*

Datum prijema rada: 31.12.2017.



*Dr Cyjetana M. Cyjetković, asistent sa doktoratom  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
C.Cyjetkovic@pf.uns.ac.rs*

*Dr Luka O. Baturan, asistent sa doktoratom  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
L.Baturan@pf.uns.ac.rs*

## REŠAVANJE STAMBENOG PITANJA KAO OSNOV PORESKIH OLAKŠICA U SRPSKOM SISTEMU POREZA NA DOHODAK GRAĐANA<sup>1</sup>

**Sažetak:** *U radu se analiziraju pravni i ekonomski aspekti poreskih olakšica u srpskom sistemu poreza na dohodak građana, odnosno poreza na kapitalne dobitke, koje kao osnov imaju rešavanje stambenog pitanja. Akcenat ovog rada je na analizi srpskog zakonodavstva koje je posvećeno ovoj poreskoj olakšici, problemima koji se javljaju prilikom njegove implementacije, kao i na formulisanju odgovarajućih predloga de lege ferenda.*

**Ključne reči:** *porez na dohodak građana; porez na kapitalne dobitke; poreske olakšice; rešavanje stambenog pitanja.*

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Ako se ima u vidu načelo efikasnosti, nepokretnosti bi se trebale tretirati sa poreske tačke gledišta isto kao i ostale investicije. Međutim, u najvećem broju savremenih poreskih sistema to nije slučaj, tj. najveći broj zemalja nastoji da podstakne vlasništvo nad nepokretnostima, posebno nad stambenim objektima, putem različitih poreskih olakšica,<sup>2</sup> bilo na terenu poreza na imovinu, bilo na

<sup>1</sup> Rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“, čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

<sup>2</sup> Osim poreskih olakšica, neretko se za podsticanje vlasništva nad nepokretnostima koriste i različite subvencije. Vid. Michael Oxley, Marietta Haffner, *Housing Taxation and Subsidies:*

terenu poreza na dohodak građana. Ovakva rešenja su motivisana, prvenstveno, socijalno-političkim razlozima, premda se sreću i stanovišta da su ona izraz potrebe za jačanjem kohezije u jednom društvu.<sup>3</sup>

Prilikom prenosa uz naknadu nepokretnosti moguće je da obveznici ostvare kapitalni dobitak, koji se može odrediti kao razlika između njene prodajne i nabavne cene, odnosno kao uvećanje vrednosti nepokretnosti tokom određenog vremenskog perioda. Nepokretnostima, pa i stambenim objektima, se prilikom oporezivanja kapitalnih dobitaka može obezbediti privilegovani tretman na različite načine. Iako je mnogo češće rešenje da se kapitalni dobitci nastali otuđenjem nepokretnosti ne oporezuju ako su u obveznikovom vlasništvu tokom određenog vremenskog perioda pre prodaje i/ili ako obveznik u njima ima prebivalište/uobičajeno boravište, u pojedinim zemljama postoje i poreske olakšice u slučajevima kada obveznik sredstva ostvarena prodajom nepokretnosti uloži u rešavanje svog stambenog pitanja ili stambenog pitanja članova svoje porodice. Jedna od njih koja ima takvo rešenje je i Republika Srbija.<sup>4</sup> U pitanju je poreska olakšica na koju obveznik ima pravo kada novčana sredstva ostvarena prodajom jednog sredstva „zameni“ (eng. *replacement asset rollover*) za neko drugo sredstvo, u ovom kontekstu za drugu nepokretnost.<sup>5</sup>

## 2. PORESKE OLAKŠICE U SISTEMU POREZA NA KAPITALNE DOBITKE FIZIČKIH LICA U REPUBLICI SRBIJI

Kod poreza na kapitalne dobitke fizičkih lica u Republici Srbiji, poreske olakšice se javljaju u tri oblika: izuzimanje, poresko oslobođenje i poreski kredit.<sup>6</sup> Poslednja dva oblika poreskih olakšica se vezuju za rešavanje stambenog pitanja. U zavisnosti od stepena iskorišćenosti sredstava ostvarenih prodajom nepokretnosti za rešavanje stambenog pitanja, poreski obveznik će imati pravo ili na poresko oslobođenje, ili na poreski kredit.

---

*International Comparisons and Options for Reform*, The JFR Program Paper: Housing Market Taskforce, Joseph Rowntree Foundation, York 2010, 12; Luka Baturan, „Subvencionisanje kupovine stanova i stanogradnje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2012, 415-427.

<sup>3</sup> Vid. Robert Chote, Carl Emmerson, Zoë, *The IFC Green Budget 2004*, IFS, London 2004, 60.

<sup>4</sup> Kada su u pitanju članice Evropske unije, ove poreske olakšice su propisane, primera radi, u Francuskoj, Irskoj (samo u slučajevima prenosa građevinske parcele, čija tržišna vrednost ne prelazi 500000 €, sa roditelja na decu, radi izgradnje glavnog mesta stanovanja), Litvaniji, Švedskoj, Portugalu i Španiji. U nekima od njih, poput Mađarske, ova poreska olakšica je ukinuta. Vid. *European Tax Handbook*, IBDF, Amsterdam 2010, 530, 675, 702, 793, 815.

<sup>5</sup> *Taxation of Capital Gains of Individuals – Policy Considerations and Approaches*, OECD, 2006, Paris, 110-111.

<sup>6</sup> O poreskim olakšicama: Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2011, 202-207.

## 2.1. Izuzimanja

Zakonom o porezu na dohodak građana (u daljem tekstu: ZPDG) je propisano da se kapitalnim dobitkom neće smatrati pozitivna razlika nastala prenosom prava, udela i hartija od vrednosti kada su: stečeni nasleđem u prvom naslednom redu, kada se prenos vrši između bračnih drugova, krvnih srodnika u pravoj liniji, razvedenih bračnih drugova u vezi sa razvodom braka, kada se vrši prenos dužničkih hartija od vrednosti čiji je izdavalac RS, AP, JLS i NBS, kao i kada obveznik vrši prenos prava, udela i hartija od vrednosti koje je pre prenosa imao u svom vlasništvu neprekidno deset godina.<sup>7</sup>

## 2.2. Poresko oslobođenje

Pravo na oslobođenje od plaćanja poreza na kapitalne dobitke ima onaj obveznik koji sredstva ostvarena prodajom nepokretnosti uloži u rešavanje svog stambenog pitanja i<sup>8</sup> stambenog pitanja članova svoje porodice, odnosno domaćinstva, i to u roku od 90 dana od dana prodaje. Obvezniku koji to učini u roku od 12 meseci<sup>9</sup> od dana prodaje priznaje se pravo na povraćaj.<sup>10</sup> Dakle, rešavanje stambenog pitanja (svog ili članova porodice, odnosno domaćinstva) može da bude osnov za poresko oslobođenje samo ako je kapitalni dobitak ostvaren prenosom uz naknadu nepokretnosti<sup>11</sup> (ne i udela u kapitalu pravnog lica, hartija od vrednosti, autorskih, srodnih prava i prava industrijske svojine) i ako se stambeno pitanje reši u određenom roku od prodaje nepokretnosti.

---

<sup>7</sup> Vid. čl. 72a, st. 1 Zakona o porezu na dohodak građana – ZPDG, *Službeni glasnik RS*, br. 24/01, 80/02, 80/02 – dr. zakon, 135/04, 62/06, 65/06 – ispr., 31/09, 44/09, 18/10, 59/11, 91/11 – odluka US, 7/12 – usklađeni din. iznosi, 93/12, 114/12 – odluka US, 47/13, 48/13 – ispr., 108/13, 57/14, 68/14 – dr. zakon, 5/15 – usklađeni din. iznosi, 112/15, 5/16 – usklađeni din. iznosi i 7/17 – usklađeni dinarski iznosi.

<sup>8</sup> U zakonskom tekstu se koristi veznik „i“. Striktno jezičko tumačenje upućuje na to da bi se pravo na poresko oslobođenje moglo ostvariti jedino u situacijama kada obveznik sredstva ostvarena prodajom nepokretnosti iskoristi istovremeno za rešavanje svog stambenog pitanja i stambenog pitanja članova svoje porodice/domaćinstva. Kako to nije bila namera zakonodavca, ispravno bi bilo da, umesto veznika „i“, stoji „i/ili“.

<sup>9</sup> U Portugalu i Španiji taj rok je znatno duži i iznosi četiri godine, s tim da počinje teći godinu, odnosno dve godine pre prodaje (važi pretpostavka da je tada obveznik oglosio prodaju nepokretnosti). Vid. *Worldwide Personal Guide – Income Tax, Social Security and Immigration* 2016-2017, Ernst & Young, London 2016, 1130; Capital Gains Tax, <https://www.angloinfo.com/spain/how-to/page/spain-money-general-taxes-capital-gains-tax>, 15. septembar 2017. godine.

<sup>10</sup> Vid. čl. 79, st. 1-2 ZPDG.

<sup>11</sup> U pojedinim zemljama, štaviše, poreska olakšice je dostupna samo ako se kapitalni dobitak ostvari prenosom uz naknadu stambenih objekata u kojima obveznik ima prebivalište/uobičajeno boravište. Vid. *Worldwide Personal Guide – Income Tax, Social Security and Immigration* 2016-2017, 1130; Capital Gains Tax; Sapital Gains Tax on Property in France, <https://www.blevinsfranks.com/News/BlevinsFranks/Article/french-capital-gains-tax-property>, 6. septembar 2017. godine.

Dalja razrada zakonskih normi izvršena je podzakonskim aktom (u daljem tekstu: Pravilnik).<sup>12</sup> Naime, ZPDG propisuje da će ministar bliže urediti kriterijume za ostvarivanje prava na poresko oslobodjenje,<sup>13</sup> pa je na osnovu toga Pravilnikom propisano da će se poresko oslobodjenje ostvarivati ulaganjem sredstava od prodaje nepokretnosti u odgovarajuću stambenu površinu, prema sledećim kriterijumima:

- za samca do 45 m<sup>2</sup>;
- za svakog narednog člana porodičnog domaćinstva – još po 20 m<sup>2</sup>.<sup>14</sup>

### *2.2.1. Ocena ustavnosti odredaba čl. 3 i čl. 5 Pravilnika*

Ustavnom sudu je podneta inicijativa za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti i zakonitosti odredaba čl. 3 i čl. 5 Pravilnika,<sup>15</sup> i to u odnosu na odredbe čl. 21, st. 1-2 (zabrana diskriminacije), čl. 91, st. 1 (načelo zakonitosti prilikom uvođenja poreza), čl. 195, st. 1 (hijerarhija pravnih akata) i čl. 198, st. 1 (zakonitost uprave) Ustava Republike Srbije, kao i čl. 79, st. 2-3 ZPDG, jer prema mišljenju inicijatora prethodno spomenutim odredbama ZPDG nisu propisana ograničenja, u vidu površine, prilikom ostvarivanja prava na poresko oslobodjenje, već su ona uvedena osporenim odredbama Pravilnika. Samim tim, prema mišljenju inicijatora, osporenim odredbama Pravilnika grubo se povređuju prava svih poreskih obveznika koji su jednu nepokretnost prodali i za ostvarena sredstva kupili drugu, kojom rešavaju svoje stambeno pitanje, odnosno stambeno pitanje članova svoje porodice/domaćinstva, ako je površina tih nepokretnosti veća od površine propisane u čl. 3 Pravilnika.

Ustavni sud je navedenu inicijativu dostavio Ministarstvu finansija, koje je u svom odgovoru istaklo da nema osnova da se ona prihvati. Najvažniji argumenti za takav stav su bili da je pravni osnov za donošenje Pravilnika sadržan u ZPDG, kao i da ustavni princip ravnopravnosti garantuje jednakost u okviru iste kategorije pravnih subjekata, odnosno iste vrste prava, a ne podrazumeva apsolutnu jednakost građana, jer bi time ekonomska i socijalna politika zemlje bila lišena svakog cilja.<sup>16</sup>

U sprovedenom prethodnom postupku Ustavni sud je konstatovao da su osporene odredbe Pravilnika donete na osnovu izričitog ovlašćenja sadržanog u zakonu i da je pozivanje inicijatora na odredbe ZPDG kojima se oporezivanje dohotka i uvođenje poreskih olakšica rezerviše za ovaj zakon, zasnovano na nji-

---

<sup>12</sup> Puni naziv ovog podzakonskog akta je: Pravilnik o kriterijumima za ostvarivanje prava na oslobodjenje od plaćanja poreza na kapitalni dobitak, *Službeni glasnik RS*, br. 38/01.

<sup>13</sup> Vid. čl. 79, st. 3 ZPDG.

<sup>14</sup> Čl. 3 Pravilnika.

<sup>15</sup> Čl. 5 Pravilnika se odnosi na slučajeve kada obveznik u rešavanje stambenog pitanja uloži samo deo sredstava ostvarenih prodajom nepokretnosti. Vid. podnaslov 2.3.

<sup>16</sup> Vid. *Mišljenje Ministarstva finansija RS*, br. 010-00-3/2015-04 od 15. 06. 2015. godine.

hovom pogrešnom tumačenju, jer one ne isključuju mogućnost donošenja podzakonskih akata radi njihovog izvršavanja. Naime, Ustavni sud je istakao da izvršavanje zakonom propisanog poreskog oslobođenja, po prirodi stvari, podrazumeva bliže uređenje kriterijuma za njegovo ostvarivanje, a zakon je za to, u ovom slučaju, izričito ovlastio ministra. Budući da je stambena površina u koju se ulažu sredstva ostvarena prodajom nepokretnosti jedan od osnovnih kriterijuma za utvrđivanje da li su ta sredstva zaista uložena u rešavanje stambenog pitanja, Ustavni sud je utvrdio da su osporene odredbe Pravilnika donete u okviru granica datog zakonskog ovlašćenja, odnosno da nisu u nesaglasnosti sa zakonskim i ustavnim odredbama u odnosu na koje je tražena ocena ustavnosti. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud je podnetu inicijativu odbacio zbog nepostojanja pretpostavki za pokretanje postupka.<sup>17</sup>

Nesumnjivo je da nije lako povući jasnu liniju razgraničenja između materije koja se mora regulisati zakonom i materije koja se može prepustiti podzakonskim propisima.<sup>18</sup> Čini se da je propisivanje kriterijuma za ostvarivanje prava na oslobođenje od plaćanja poreza na kapitalne dobitke najbolji primer za to. Donošenje Pravilnika, nesumnjivo, svoj oslonac ima u ZPDG. Međutim, ako se pođe od stava da u samom zakonu moraju biti sadržani kriterijumi koji su u stanju da ograničavaju diskrecionu vlast vlada, odnosno ministara,<sup>19</sup> mogli bi se naći i argumenti za tvrdnju da se navedenim podzakonskim aktom menja relativni položaj poreskih obveznika. Da je kojim slučajem u samom zakonu rešavanje stambenog pitanja vezano za površinu, pa da se potom podzakonskim aktom bliže preciziralo koja se to površina smatra odgovarajućom za rešavanje stambenog pitanja, dileme ne bi bilo. Kriterijumi u vidu površine za ostvarivanje prava na poresko oslobođenje su propisani i kod refundacije PDV-a kupcu prvog stana i kod poreskog oslobođenja kod poreza na prenos apsolutnih prava, pa je, sledeći tu logiku, to trebalo da bude učinjeno i kod poreza na kapitalne dobitke.

### *2.2.2. Lica koja se smatraju članom porodice, odnosno domaćinstva*

S obzirom na to da obveznik ima pravo na poresko oslobođenje i u slučaju rešavanja stambenog pitanja člana porodice, odnosno domaćinstva, važno je odrediti ko sve potpada pod ovu kategoriju subjekata. U članove porodice ubrajaju se bračni drug,<sup>20</sup> roditelji, deca, usvojenik i usvojilac obveznika, dok se domaćinstvom smatra zajednica života, privređivanja i trošenja ostvarenih prihoda.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Vid. *Zaključak Ustavnog suda* br. IUo – 238/2013.

<sup>18</sup> Vid. D. Popović, 42.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 41-42.

<sup>20</sup> S obzirom na to da brak podrazumeva zajednicu života, pravo na poresko oslobođenje će se steći samo ako dođe do prestanke bračne zajednice. Vid. dole.

<sup>21</sup> Vid. čl. 10, st. 2-3 ZPDG.

### 2.2.3. Rešavanje stambenog pitanja

Rešavanje stambenog pitanja obuhvata:

A) Kupovinu ili izgradnju stana,<sup>22</sup> za obveznika ili člana njegove porodice, odnosno domaćinstva koji nema rešeno stambeno pitanje (podstanar, stanuje kod svojih roditelja ili roditelja bračnog druga, ima neodgovarajući stan po površini ili po strukturi i dr.).<sup>23</sup>

Dakle, smatra se da stambeno pitanje nije rešeno u slučajevima kada obveznik ili član njegove porodice/domaćinstva već ima stan, ali koji je neodgovarajući po strukturi ili površini. Prilikom utvrđivanja da li je stan „neodgovarajući“ po površini ne preostaje ništa drugo no da se primene kriterijumi od 45 m<sup>2</sup> za obveznika i za svakog narednog člana porodičnog domaćinstva još po 20 m<sup>2</sup>. Primera radi, ako obveznik, koji sa suprugom i dvoje dece stanuje u stanu od 60 m<sup>2</sup>, odluči da proda stan i sredstva ostvarena od prodaje stana uloži u kupovinu većeg stana, ostvariće pravo na poresko oslobođenje ukoliko je taj stan površine do 105 m<sup>2</sup>. Po ovom osnovu, poresko oslobođenje bi se moglo ostvariti i u situaciji kada obveznik sredstva od prodaje nepokretnosti iskoristi za kupovinu stana članu porodice, koji je već vlasnik stana, ali „neodgovarajuće“ površine (npr. član porodice i supružnik žive u stanu površine od 64 m<sup>2</sup> (*sic!*)).

S obzirom na to da u Pravilniku nije taksativno navedeno šta se smatra pod rešavanjem stambenog pitanja, u praksi se mogu javiti neke specifične situacije, kada može da bude sporno da li obveznik ima pravo na poresko oslobođenje. Primera radi, može se postaviti pitanje da li se vraćanje duga banci po osnovu otplate stambenog kredita može smatrati rešavanjem stambenog pitanja. Ministarstvo finansija je u svom mišljenju<sup>24</sup> istaklo da u ovom slučaju nema zakonskog osnova za oslobođenje.<sup>25</sup> Takvo stanovište je opravdano, jer je stambeno pitanje u ovom slučaju već rešeno, tj. obveznik već ima stan u svojini, a činjenica da je opterećen hipotekom je irelevantna.

Nedoumice može izazvati i sintagma „neodgovarajući stan po strukturi“<sup>26</sup>. Da li je stan takav ako, primera radi, četvoročlana porodica stanuje u jednoiposobnom stanu? Ne postoje precizni standardi putem kojih bi se operacionalizovalo navedeno

---

<sup>22</sup> Pod termin „stan“ podvodi se i porodična stambena zgrada.

<sup>23</sup> Čl. 2, st. 1, tač. 1) Pravilnika

<sup>24</sup> Vid. *Mišljenje Ministarstva finansija RS*, br. 414-00-184/2008-04 od 30.12.2008. godine.

<sup>25</sup> Jedna od retkih zemalja u kojoj je propisano poresko oslobođenje u situacijama kada se sredstva ostvarena prodajom stambenog objekta iskoriste za otplatu zajma je Portugal. Reč je o privremenoj meri koja se može primeniti samo na zajmove zaključene pre 31. decembra 2014. godine i na kapitalne dobitke ostvarene između 2015. i 2020. godine. Vid. *Worldwide Personal Guide – Income Tax, Social Security and Immigration* 2016-2017, 1130.

<sup>26</sup> Struktura stana je određena brojem i namenom prostorija. U tom smislu, stanovi se prema strukturi opredeljuju kao garsonjere, jednosobni, jednoiposobni, dvosobni, dvoiposobni i veći stanovi. Vid. čl. 2, st. 1, tač. 4, čl. 15, st. 1 Pravilnika o uslovima i normativima za projektovanje stambenih zgrada i stanova, *Službeni glasnik RS* br. 58/12.

pitanje. Odredba koja propisuje da rešavanje stambenog pitanja obuhvata i situacije kada je stan neodgovarajuće strukture će u najvećem broju biti suvišna, jer već postoji poresko oslobođenje u slučajevima kada je stan neodgovarajuće površine. Ona bi se, primera radi, mogla primeniti u situaciji kada obveznik sa dva člana domaćinstva stanuje u jednosobnom stanu površine veće od 85 m<sup>2</sup>. Kako je takve slučajeve teško zamisliti u praksi, praktični domašaj ove odredbe je beznačajan.

B) Kupovina ili izgradnja stana za obveznika ili člana njegove porodice, odnosno domaćinstva kojom se poboljšavaju uslovi stanovanja (promena lokacije, bolji kvalitet stana ili stambene zgrade u kojoj se nalazi stan i sl.).<sup>27</sup> Tumačenje navedene odredbe može da stvori izvesne nedoumice. Tako, sporno je da li se, primera radi, preseljenjem u centralne delove naseljenih mesta poboljšavaju uslovi stanovanja, odnosno da li blizina gradskog jezgra, bolji stepen komunalne opremljenosti i saobraćajne povezanosti potire prednosti mirnijeg života na gradskim periferijama, ili da li je bolji kvalitet stana u starijoj ili novijoj zgradi.

V) Kupovina ili izgradnja dve ili više stambenih jedinica u funkciji razdvajanja, odnosno cepanja domaćinstva (odvajanje dece od roditelja, razvod braka, rešavanje suvlasničkih odnosa i dr.).<sup>28</sup> U ovom kontekstu bi trebalo spomenuti da je Ustavni sud u jednoj svojoj odluci istakao da se faktičko rešavanje suvlasničkih odnosa tokom trajanja braka, kroz kupovinu dve stambene jedinice, „ne uzima samostalno kod utvrđivanja prava na oslobođenje od poreske obaveze, već mora da bude u neposrednoj, funkcionalnoj i posledičnoj vezi sa nastalim razdvajanjem dotadašnjeg zajedničkog domaćinstva“.<sup>29</sup> Naime, bračna zajednica je zajednica života supružnika, pa u slučaju rešavanja njihovih suvlasničkih odnosa, primera radi, kupovinom dva stambena objekta na ime svakog od njih, poresko oslobođenje je moguće ostvariti samo za jedan stambeni objekat, jer po svojoj prirodi bračna zajednica podrazumeva suživot, tj. ako jedan supružnik reši stambeno pitanje, smatraće se da je time i drugi supružnik to učinio.

G) Kupovina ili izgradnja jedne stambene jedinice, umesto dve ili više jedinica, radi spajanja domaćinstva (roditelji i deca, lica koja su sklopila brak i dr.).<sup>30</sup> Primera radi, po ovom osnovu poresko oslobođenje će se moći realizovati ako supružnici stanove koji su bili u njihovoj svojini prodaju, pa sredstva od prodaje ulože u kupovinu novog stana. Kako su oba supružnika obveznici, poresko oslobođenje će moći da se ostvari ukoliko je „nova“ stambena jedinica površine do 90 m<sup>2</sup>.

D) Razmena stanova;<sup>31</sup>

Đ) Pretvaranje zajedničkih prostorija zgrade u stambenu jedinicu, nadzidi-  
vanje, dogradnja, rekonstrukcija, adaptacija i sl.;<sup>32</sup> Primera radi, ako obveznik

<sup>27</sup> Čl. 2, st. 1, tač. 2) Pravilnika.

<sup>28</sup> Čl. 2, st. 1, tač. 3) Pravilnika.

<sup>29</sup> Vid. *Odluka Ustavnog suda Srbije* UŽ-127/ 2007, od 02.04.2009.

<sup>30</sup> Čl. 2, st. 1, tač. 4) Pravilnika.

<sup>31</sup> Čl. 2, st. 1, tač. 5) Pravilnika.

<sup>32</sup> Čl. 2, st. 1, tač. 6) Pravilnika.



proda nepokretnost, imaće pravo na poresko oslobođenje ukoliko sredstva ostvarena prodajom uloži u rekonstrukciju ili nadogradnju porodične stambene kuće u kojoj stanuje njegov sin. I ovde bi trebalo primeniti ograničenje u pogledu kvadrature, odnosno poresko oslobođenje bi se moglo ostvariti samo ako ukupna kvadratura nadograđenog, rekonstruisanog, adaptiranog i sl. stambenog objekta ne prelazi kvadraturu propisanu čl. 3 Pravilnika.

E) drugi odgovarajući način rešavanja stambenog pitanja.<sup>33</sup>

Način na koji je formulisana relevantna odredba ZPDG upućuje na to da nema prepreke da obveznik proda jednu nepokretnost i da sredstva ostvarena njenom prodajom uloži u rešavanje stambenog pitanja – kupovinu stana, kojeg bi mogao prodati i ostvarena sredstva ponovo iskoristiti za kupovinu „novog“ stana, i tako unedogled. Dakle, u srpskom poreskom pravu, osim limita u pogledu površine, obveznik nije vezan drugim ograničenjima, za razliku od rešenja koja se sreću u uporednom pravu, za koja je svojstveno da se postavljaju dodatni uslovi za ostvarivanje prava na poreske olakšice (npr. stambeno pitanje se može rešiti prodajom isključivo nepokretnosti u kojoj obveznik tokom određenog vremenskog perioda ima prebivalište/uobičajeno boravište).<sup>34</sup>

Pošto se u važećoj regulativi, za razliku od nekih rešenja u uporednom pravu,<sup>35</sup> nigde ne daje odgovor na pitanje da li postoji mogućnost ostvarivanja prava na poresko oslobođenje u slučaju rešavanja stambenog pitanja u inostranstvu, Ministarstvo finansija je povodom ove dileme dalo odričan odgovor.<sup>36</sup> Treba naglasiti da takav stav nije u saglasnosti sa rešenjima prisutnim u članicama Unije, odnosno praksom Suda pravde Evropske unije.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Čl. 2, st. 1, tač. 7) Pravilnika.

<sup>34</sup> Primera radi, u Španiji se ova olakšica se može ostvariti samo ako obveznik živi u tom objektu neprekidno barem tri godine (osim u slučaju promene posla, sklapanja braka, itd.), a u Francuskoj ako sredstva od otuđenja imovine, koja ne predstavlja stambeni objekat, uloži u kupovinu ili izgradnju objekta u kojem će živeti, i to samo ukoliko obveznik nije posedovao glavno mesto stanovanja u prethodne četiri godine, u Švedskoj ako kapitalni dobitak prelazi određeni iznos. Vid. Capital Gains Tax, <https://www.angloinfo.com/spain/how-to/page/spain-money-general-taxes-capital-gains-tax>, 15. septembar 2016. godine; Capital Gains Tax on Property in France; *European Tax Handbook*, 815.

<sup>35</sup> Primera radi, u Španiji, Poljskoj i Švedskoj postavljen je uslov da se sredstva moraju re-investirati za kupovinu nepokretnosti na teritoriji EEA, a u Portugalu je propisano da se mora nalaziti ili na teritoriji EEA ili države sa kojom Portugal ima zaključen ugovor o razmeni informacija. Vid. Dennis Swing Greene, *Capital Gains Tax on Portuguese Property*, EuroFinesco s.a., Lisabon 2015, 14; Capital Gains Tax, <https://www.angloinfo.com/spain/how-to/page/spain-money-general-taxes-capital-gains-tax>, 15. septembar 2016. godine; *European Tax Handbook*, 675, 815.

<sup>36</sup> Vid. *Mišljenje Ministarstva finansija*, br. 430-07-81/2012-04 od 10.04.2012. godine.

<sup>37</sup> Vid. Cvjetana Cvjetković, „Diskriminatorsni poreski tretman prenosa nepokretnosti sa stanovišta poreza na kapitalne dobitke u praksi Suda pravde Evropske unije“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2017, 1137–1151.

#### 2.1.4. Dokazi o rešavanju stambenog pitanja

U postupku utvrđivanja prava na oslobođenje od plaćanja poreza na kapitalne dobitke obveznik treba da podnese nadležnom poreskom organu dokaze o rešavanju svog stambenog pitanja ili stambenog pitanja članova porodice/domaćinstva. Dokazima se smatraju zaključeni i od strane suda<sup>38</sup> overeni ugovori o kupovini drugog stana, ugovori o gradnji (sa građevinskom dozvolom i drugom dokumentacijom), fakture, odnosno računi o nabavci materijala, overene pismene izjave obveznika, odnosno člana njegove porodice ili domaćinstva, kao i drugi dokazi (iskaz svedoka, nalaza veštaka itd.<sup>39</sup>), kojima se utvrđuje da su sredstva ostvarena prodajom nepokretnosti uložena u rešavanje stambenog pitanja. Ako rešava stambeno pitanje člana svoje porodice ili domaćinstva, pored prethodno navedenih, obveznik podnosi i dokaze iz kojih se nesporno može utvrditi da sredstvima koje je on ostvario prodajom nepokretnosti rešava njihovo stambeno pitanje (ugovor o poklonu, overena pismena izjava i sl.), kao i dokaz da član porodice, odnosno domaćinstva po tom osnovu stiče pravo svojine ili drugo stvarno pravo na nepokretnosti na svoje ime.<sup>40</sup>

U pojedinim situacijama, i to zbog načina na koji je određeno rešavanje stambenog pitanja, može da bude problematično pronalaženje adekvatnog dokaza kojima bi se utvrdilo da se sredstvima ostvarenim prodajom nepokretnosti rešava stambeno pitanje. Najbolji primer za to je prethodno spomenuti slučaj kupovine ili izgradnje stana kojem se poboljšavaju uslovi stanovanja, posebno kada je reč o promeni lokacije.

U postupku utvrđivanja prava na poresko oslobođenje važno je znati šta se može smatrati dokazom na osnovu kojeg bi se utvrdilo u kom obimu su sredstva ostvarena prodajom nepokretnosti uložena u rešavanje stambenog pitanja, jer od toga zavisi da li će obveznik u celosti ili delimično biti oslobođen plaćanja poreza. Utvrđivanje obima utrošenih sredstava može biti problematično kod izgradnje stambenih objekata, njihove rekonstrukcije, dogradnje i sl. Stav Ministarstva finansija je da se troškovima po osnovu ulaganja u nepokretnost mogu smatrati svi dokumentovani troškovi koje obveznik može da prezentuje poreskom organu i iz kojih se nesporno može utvrditi da je sredstva koje je ostvario prodajom nepokretnosti uložio u rešavanje stambenog pitanja.<sup>41</sup> Primera radi, Ministarstvo finansija smatra da kao dokaz za izvršene usluge fizičkih lica (molera, keramičara

<sup>38</sup> Odredbe čl. 4 Pravilnika nisu usklađene sa odredbama Zakona o javnom beležništvu, *Službeni glasnik RS*, br. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14, 93/14, 121/14, 6/15, 106/15. Naime, nakon stupanja na snagu Zakona o javnom beležništvu sudovi više ne vrše overu potpisa na ugovorima koji se odnose na raspolaganje nepokretnostima.

<sup>39</sup> Vid. Čl. 43-53 Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji – ZPPPA, *Službeni glasnik RS*, br. 80/02, 84/2002 – ispr., 23/03 – ispr., 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 – dr. zakon, 62/06 – dr. zakon, 63/06 – ispr. dr. zakona, 61/07, 20/09, 72/09 – dr. zakon, 53/10, 101/11, 2/12 – ispr., 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 91/15 – autentično tumačenje, 112/15, 15/16 i 108/16.

<sup>40</sup> Čl. 4 Pravilnika.

<sup>41</sup> *Mišljenje Ministarstva finansija*, br. 011-00-707/2013-04 od 01.11.2013. godine.

i sl.) mogu da posluže potpisane izjave u kojima se navode vrste radova koje su izvršene i njihova cena, odnosno predračuni, računi i priznanice da je radove isplatio u ugovorenom iznosu, kada su izvođači radova pravna lica, kao i drugi dokumenti koji su pravno relevantni za jasno i nedvosmisleno utvrđivanje činjeničnog stanja.<sup>42</sup> Važno je naglasiti da je stav Ministarstva finansija da se troškovi opremanja stana stvarima pokućstva (npr. bela tehnika i nameštaj) ne mogu smatrati troškovima rešavanja stambenog pitanja.<sup>43</sup> Dakle, vrsta dokaza zavisice od okolnosti konkretnog slučaja. Primera radi, ako se sredstva ostvarena prodajom nepokretnosti iskoriste kao učešće u stambenom kreditu, kao dokaz o rešavanju stambenog pitanja mogu da posluže svi dokumentovani troškovi koji su nastali u neposrednoj vezi sa realizacijom bankarskog stambenog kredita.<sup>44</sup>

### 2.3. Poreski kredit

Ako obveznik u rešavanje stambenog pitanja uloži samo deo sredstava ostvarenih prodajom nepokretnosti, poreska obaveza mu se srazmerno umanjuje.<sup>45</sup> Procenat umanjenja zavisice od odnosa između sredstava ostvarenih prodajom nepokretnosti i tržišne vrednosti odgovarajuće nepokretnosti kojom se rešava stambeno pitanje. Tržišnu vrednost utvrđuje nadležni poreski organ prema mestu gde se nepokretnost kojom se rešava stambeno pitanje.<sup>46</sup> Primera radi, ako obveznik proda nepokretnost za deset miliona dinara i u roku od 90 dana od prodaje kupi nepokretnost, čiju je tržišnu vrednost nadležni poreski organ procenio na osam miliona dinara,<sup>47</sup> kako bi rešio stambeno pitanje člana svoje porodice, 20% sredstava od prodaje nepokretnosti će ostati „neiskorišćeno“, pa će se na tih 20% platiti porez, odnosno poreska obaveza na osnovu poreza na kapitalne dobitke će se umanjiti za 80%.

## 3. EKONOMSKI ASPEKTI PORESKIH OLAKŠICA U SISTEMU POREZA NA KAPITALNE DOBITKE FIZIČKIH LICA

Prema teoriji čistog prinosa, koja se vezuje za fon Šanca, Hejga i Simonsa, u dohodak bi trebalo uključiti sve vidove čistog povećanja ekonomske snage po-

---

<sup>42</sup> *Mišljenje Ministarstva finansija i privrede*, br.430-07-178/2012-04 od 05.09.2012. godine

<sup>43</sup> *Mišljenje Ministarstva finansija*, br. 011-00-707/2013-04 od 01.11.2013. godine.

<sup>44</sup> *Vid. Mišljenje Ministarstva finansija*, br. 011-00-707/2013-04 od 01.11.2013. godine.

<sup>45</sup> Čl. 79, st. 1-2, čl. 80 ZPDG.

<sup>46</sup> Čl. 5 Pravilnika.

<sup>47</sup> Za potrebe utvrđivanja visine umanjenja poreske obaveze nije relevantna ugovorena, odnosno stvarno plaćena cena nepokretnosti kojom se rešava stambeno pitanje, nego tržišna vrednost koju utvrđuje nadležni poreski organ. Najjednostavniji način za utvrđivanje tržišne vrednosti jesu podaci na osnovu kojih se utvrđuje osnovica poreza na prenos apsolutnih prava, tim pre, jer je za utvrđivanje i naplatu oba ova poreza nadležni isti organi – filijale Poreske uprave.

reskog obveznika.<sup>48</sup> Ni kapitalni dobici od nepokretnosti u tom pogledu ne bi trebalo da predstavljaju izuzetak. Dakle, teorija čistog prinosa ne opravdava postojanje ove poreske olakšice, odnosno nesumnjivo postojanje realizovanog kapitalnog dobitka od nepokretnosti, predstavlja argument u prilog njegovom oporezivanju. Država se postojanjem ove poreske olakšice lišava dela svojih sredstava, čime se još više sužava, ionako sužen, prostor za oporezivanje kapitalnog dobitka. Pored toga, poreske olakšice u sistemu poreza na kapitalne dobitke stvaraju dodatnu neefikasnost alokacije na tržištu. Naime, one stimulišu kupovinu stanova i kuća za stanovanje na račun svih drugih mogućih upotreba kapitala.<sup>49</sup>

Ovo rešenje se može kritikovati i ako se ima u vidu načelo pravičnosti, koje se interpretira kroz shvatanje da je pravičan onaj poreski sistem u kojem je poreska obaveza srazmerna ekonomskoj snazi poreskog obveznika,<sup>50</sup> koja se manifestuje kroz dohodak, imovinu i potrošnju. Činjenica da neko kupovinom nepokretnosti rešava stambeno pitanje sebi, članu svoje porodice ili domaćinstva, jasno pokazuje njegovu veliku ekonomsku snagu. Osim toga, protivno je načelu pravičnosti osloboditi plaćanja poreza nekoga ko je kapitalni dobitak iskoristio za kupovinu stana, a oporezovati onoga koji taj dobitak troši na neku drugu investiciju, štednju, ili neku treću upotrebu kapitala.<sup>51</sup>

#### 4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Srpski zakonodavac kapitalnim dobicima ostvarenim prenosom uz naknadu nepokretnosti obezbeđuje privilegovani tretman. Naime, kapitalnim dobitkom se ne smatra pozitivna razlika nastala prenosom uz naknadu nepokretnosti ako su one bile u vlasništvu obveznika neprekidno barem deset godina, ako su stečene nasleđem u prvom naslednom redu i ako se prenos vrši između krvnih srodnika u pravoj liniji, bračnih i vanbračnih partnera. Čak i ako se kapitalni dobitak nastao prenosom uz naknadu nepokretnosti ne može podvesti pod prethodno navedene slučajeve, obveznik i dalje ima mogućnost da stekne pravo na poreske olakšice ako sredstva ostvarena prodajom nepokretnosti uloži u rešavanje svog stambenog pitanja ili stambenog pitanja člana svoje porodice, odnosno domaćinstva.

Analiza pravnog režima poreskih olakšica u sistemu poreza na dohodak građana koje kao osnov imaju rešavanje stambenog pitanja pokazala je da se pravnoj regulativi, posebno relevantnom podzakonskom aktu, može uputiti čitav

<sup>48</sup> D. Popović, 274.

<sup>49</sup> Vid. Luka Baturan, *Ekonomska analiza pravnog režima za prenos prava svojine na nepokretnostima u Republici Srbiji*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2016, 293.

<sup>50</sup> Pravednost se može shvatiti i kroz princip korisnosti. Vid. D. Popović, 37-38.

<sup>51</sup> L. Baturan (2016), 293-294.

niz zamerki. One se kreću od toga da je u zakonskom tekstu izričito trebalo vezati kriterijume za ostvarivanje prava na poreske olakšice za površinu stambenog objekta, preko nepreciznih i odredaba bez praktičnog značaja („neodgovarajući stan po strukturi“), do odredaba čija operacionalizacija podrazumeva visok stepen subjektivizma (poboljšavanje uslova stanovanja promenom lokacije). Ne smeju se zanemariti ni odredbe koje favorizuju lica sa velikom ekonomskom snagom, pa se, primera radi, smatra da je stan „neodgovarajuće“ površine ako u stanu od 64 m<sup>2</sup> žive dva lica. Važeća regulativa stvara mogućnosti i za abuzivno ponašanje, jer nisu postavljeni nikakvi dodatni uslovi za njenu realizaciju. Osim toga, praksa zasnovana na mišljenju Ministarstva finansija koja se odnosi na rešavanje stambenog pitanja u inostranstvu odstupa od rešenja prisutnih u članicama Unije i prakse Suda pravde Evropske unije.

Ekonomska analiza ove poreske olakšice je pokazala da se njome ne ide u prilog realizacije principa pravičnosti i efikasnosti. Naime, poreske olakšice kojima se pripisuje ostvarivanje socijalnih ciljeva moraju jasno da budu vezane za obveznike sa niskom ekonomskom snagom, za koje je društveno prihvatljivo da im se pruži pomoć. Fizička lica koja poseduju nepokretnost čija je vrednost, usled različitih, najčešće eksternih faktora, uvećana, ni u kom slučaju, se ne mogu podvesti pod kategoriju socijalno ugroženih. Pored toga, navedena poreska olakšica stvara dodatnu neefikasnost alokacije na tržištu, jer favorizuje kupovinu stambenih objekata na račun drugih upotreba kapitala. Zbog prethodno navdenog, postojanje poreske olakšice iz čl. 79 i 80 ZPDG nema ekonomskog opravdanja. Očigledno je u pitanju odredba nasleđena iz socijalističkog zakonodavstva.

Na osnovu svega iznetog, mišljenja smo da bi ukidanje ove poreske olakšice bio korak u pravcu fiskalne reafirmacije poreza na kapitalni dobitak, postizanja većeg stepena pravičnosti, efikasnosti i pravne sigurnosti.

*Cvjetana M. Cvjetković, Assistant with Ph.D.  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
C.Cvjetkovic@pf.uns.ac.rs*

*Luka O. Baturan, Assistant with Ph.D.  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
L.Baturan@pf.uns.ac.rs*

### **Solving Housing Issue as Basis for Tax Reliefs in the Serbian System of Personal Income Tax**

**Abstract:** *In this paper the authors analyze legal and economic aspect of the tax reliefs related to solving housing issue in the Serbian system of personal income tax, i.e. capital gains tax. The aim of the paper is to analyze from the legal and economic viewpoint Serbian law related to the capital gains tax reliefs, problems in its implementation, as well as formulate appropriate de lege ferenda propositions. Due to its legal and economic disadvantages the authors suggest its repealing.*

**Keywords:** *personal income tax; capital gains tax; tax reliefs; solving housing issue.*

Datum prijema rada: 01.12.2017.





*Dr Ivan D. Milić, asistent  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
I.Milic@pf.uns.ac.rs*

## OPOMENA KAO VRSTA PREKRŠAJNE SANKCIJE I NJENO (NE)IZRICANJE POJEDINIM UČINIOCIMA PREKRŠAJA

**Sažetak:** *predmet pažnje autora jeste opomena, kao sankcija koja se pod određenim uslovima može izreći učiniocu prekršaja. Zakon o prekršajima Republike Srbije propisuje pod kojim uslovima se ova sankcija može izreći punoletnom učiniocu prekršaja. S tim u vezi, Zakonom se izricanje ove sankcije nije uredilo na prihvatljiv način, tako da su ostale određenje nejasnoće na koje će se ukazati u ovom radu. U radu se ukazuje i na to kako sudija učiniocu najtežeg prekršaja može da izrekne opomenu ali i kako, potpuno suprotno svakoj logici, učiniocu najblažeg prekršaja ne može da izreke ovu sankciju. Iako se od novog Zakona o prekršajima mnogo očekivalo, ipak se nije ništa na bolje izmenilo ni kod ove prekršajne sankcije u odnosu na prethodni Zakon.*

**Ključne reči:** *prekršaj, sankcija, opomena, kazna, zatvor, prekršajni nalog.*

### UVOD

Prekršajno pravo, kao deo kaznenog prava Republike Srbije, karakteriše propisivanje velikog broja prekršajnih sankcija, koje se samostalno ili kumulativno mogu izreći pojedinim učiniocima prekršaja. Zakon o prekršajima Republike Srbije<sup>1</sup> propisuje kazne, kaznene poene, opomenu, zaštitne mere i vaspitne mere, kao vrste prekršajnih sankcija. Savremene krivične zakonike sve više karakteriše propisivanje sankcija koje predstavljaju alternativu kazni zatvora, dok je za prekršaje, ipak, uvek bila karakteristična novčana kazna.<sup>2</sup> Tako, danas možemo reći

<sup>1</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016 (Odluka Ustavnog suda). (u daljem tekstu: Zakon o prekršajima, Zakon ili ZP).

<sup>2</sup> John Paul Ryan, ADJUDICATION AND SENTENCING IN A MISDEMEANOR COURT: THE OUTCOME IS THE PUNISHMENT, *LAW & SOCIETY REVIEW*, Volume 15, Number 1 (1980-81), 79.

da je novčana kazna primarna, i to je kazna koja se najčešće izriče punoletnim učiniocima prekršaja. U vezi sa izricanjem sankcija, nekada objektivne okolnosti kao i karakteristike ličnosti učinioca govore u prilog da učinioca ne treba kazniti, već da ga samo treba opomenuti i ukazati mu da je njegovo ponašanje neprihvatljivo i zabranjeno. Ukazati učiniocu da je njegovo ponašanje neprihvatljivo i da predstavlja prekršaj vrši se na način tako što mu se u prekršajnom postupku od strane suda izriče opomena kao prekršajna sankcija. Da bi mogla da se izrekne ova sankcija potrebno je da se ostvare zakonom propisani uslovi za njeno izricanje. Takođe, potrebno je da se ostvari i svrha izricanja prekršajnih sankcija, koju ZP dosta „neprecizno“ propisuje u članu 5: „Svrha propisivanja, izricanja i primene prekršajnih sankcija je da građani poštuju pravni sistem i da se ubuduće ne čine prekršaji“. Glavni cilj ovog rada jeste da ukaže da se, po našem mišljenju sasvim neopravdano, opomena može izreći za svaki prekršaj za koji je propisana *novčana kazna u rasponu*, a da se suprotno svakoj logici ne može izreći za „najblaže“ prekršaje, za koje je propisana *novčana kazna u fiksnom iznosu*.

Rad je podeljen u pet logično sistematizovanih celina. Na samom početku govori se o zakonskom regulisanju opomene, a zatim o mogućnosti da se za prekršaj u produženom trajanju i za sticaj prekršaja izrekne opomena. Jedan deo rada posvetili smo odnosu prekršajnog naloga i opomene, s ciljem da ukažemo da učinilac najblažeg prekršaja može strože da se kazni u odnosu na učinioca najtežeg. Na kraju rada ukazuje se na posledice izricanja opomene, i njeno evidentiranje u Registru sankcija.

## 1. ZAKONSKO REGULISANJE OPOMENE

Opomena je admonitivna mera, mera upozorenja, skretanja pažnje učiniocu prekršaja na delo i odgovornost.<sup>3</sup> ZP kao jednu od sankcija koja se može izreći učiniocu prekršaja propisuje i opomenu. Ova sankcija, predstavlja pandan sudskoj opomeni koja može da se izrekne, pod određenim uslovima, učiniocima krivičnih dela. Izricanjem sudske opomene učiniocu krivičnog dela se upućuje prekor za izvršeno delo, ali se on u isto vreme upozorava da će se prema njemu, u slučaju ponovnog izvršenja dela, primeniti druga, stroža krivična sankcija.<sup>4</sup> Međutim, prema rešenju ZP, čini se da se zakonodavac nije mnogo potrudio da izricanje opomene uredi na jedan precizniji način. Naime, član 50 Zakona o prekršajima propisuje da se umesto novčane kazne za prekršaj može izreći opomena ako postoje okolnosti koje u znatnoj meri umanjuju odgovornost učinioca, tako da se može očekivati da će se ubuduće kloniti vršenja prekršaja i bez izricanja kazne. Iz ovakvog zakonskog

---

<sup>3</sup> Stanko Pihler, *Prekršajno pravo*, Novi Sad, 2000, 80.

<sup>4</sup> Ljubiša Lazarević, *Komentar krivičnog zakonika*, Beograd, 2011, 318.

uređenja može se izvući nekoliko zaključaka. Opomena se može izreći umesto novčane kazne, dakle bez obzira na visinu zaprećene novčane kazne. S tim u vezi, dolazimo i do rešenja da se ona može izreći i za najteže prekršaje. Kako bismo ukazali da ovakvo rešenje nije opravdano, ukazaćemo na regulisanje sudske opomene prema Krivičnom zakoniku.<sup>5</sup> Krivični zakonik Republike Srbije, što je i sasvim logično, određuje za koja se sve krivična dela može izreći sudska opomena (čl. 77 st. 1). Tako, sudska opomena može da se izrekne za krivična dela za koja je propisan zatvor do jedne godine ili novčana kazna, a učinjena su pod takvim olakšavajućim okolnostima koje ih čine naročito lakim. Više je nego jasno da je Krivični zakonik postavio objektivnu granicu za izricanje ove sankcije.

Dalje, postavlja se pitanje – da li se opomena može izreći i kada je za jedan prekršaj propisana alternativno novčana kazna ili kazna zatvora i, sa druge strane novčana kazna ili kazna rada u javnom interesu? Reč je, dakle, o alternativno propisanim kaznama. U teoriji postoji mišljenje, sa kojim se mi slažemo, da i u slučaju kada je propisana alternativno novčana kazna ili kazna zatvora sud može da izrekne opomenu<sup>6</sup>. Takođe, smatramo da se i u slučaju kada je propisana novčana kazna ili kazna rada u javnom interesu, opet, može izreći opomena.

Moramo da napomenemo da se nekada uređenje izricanja opomene (ukora) uređivalo na precizniji način. „Ako je učinjen prekršaj, prema okolnostima pod kojima je izvršen, neznatnog značaja, ili ako njime nisu prouzrokovane nikakave ili samo očigledno neznatne posledice, ili ako postoje druge okolnosti koje u znatnoj meri umanjuju odgovornost učinioca, tako da se može očekivati da će se učinilac ubuduće kloniti vršenja prekršaja i bez izricanja propisane kazne, organ nadležan za postupak može učiniocu umjesto novčane kazne ili kazne zatvora izreći kaznu ukora“.<sup>7</sup>

Sadašnje regulisanje opomene nije opravdano, iz više razloga. Prvo, ZP propisuje da se za prekršaje mogu propisati veoma visoke novčane kazne, iako se prekršaji smatraju najblažim kaznenim delima.<sup>8</sup> Tako, na primer, zakonom ili uredbom novčana kazna može da se propiše u rasponu (čl. 39 ZP): 1) od 5.000 do 150.000 dinara za fizičko lice ili odgovorno lice; 2) od 50.000 do 2.000.000 dinara za pravno lice; 3) od 10.000 do 500.000 dinara za preduzetnika. Za prekršaje iz oblasti javnih prihoda, javnog informisanja, carinskog, spoljnotrgovinskog i deviznog poslovanja, životne sredine, prometa roba i usluga i prometa hartijama

<sup>5</sup> *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.

<sup>6</sup> Igor Vuković, *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015, 100.

<sup>7</sup> Stjepan Potočki, *Osnovni zakon o prekršajima s komentarom*, Zagreb, 1962, 83.

<sup>8</sup> O suprotnom stavu vid. Ivan Milić, Da li je krivično delo uvek najteže kazneno delo? (I deo), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2016, 937-955; Ivan Milić, Da li je krivično delo uvek najteže kazneno delo? (II deo), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2017, 405-415.

od vrednosti zakonom se mogu propisati kazne u srazmeri sa visinom pričinjene štete ili neizvršene obaveze, vrednosti robe ili druge stvari koja je predmet prekršaja, ali ne više od dvadesetostrukog iznosa tih vrednosti s tim da ne prelazi petostruki iznos najvećih novčanih kazni koje se mogu izreći. Možemo da zaključimo da opomena može da se izrekne fizičkom, ali isto tako i pravnom licu, odgovornom licu i preduzetniku. Ne postoji „gornja granica“ zaprećene kazne, koja bi bila prepreka za izricanje ove sankcije. Dolazimo i do zaključka, da se ova sankcija može izreći za bilo koji prekršaj koje učini pravno lice, s obzirom da se za prekršaj pravnog lica ne može propisati kazna zatvora, već samo novčana kazna.

Nadalje, da bi se izrekla opomena potrebno je da postoje okolnosti koje u znatnoj meri umanjuju odgovornost učinioaca, tako da se može očekivati da će se ubuduće kloniti vršenja prekršaja i bez izricanja kazne. Ovde se zapravo radi o postojanju okolnosti koji se odnose na odmeravanje kazne. Složićemo se da je potrebno da sve okolnosti dela, kako one koje se odnose na prekršaj, tako i one koje se tiču ličnosti učinioaca moraju nedvosmisleno da ukazuju da će se i opomenom postići svrha kažnjavanja, odnosno da će opomena uticati na učinioaca da ubuduće ne vrši prekršaje.<sup>9</sup> Izricanjem sudske opomene postići će se željeni kriminalnopolitički učinak samo ako se izvrši pravilan izbor osobe kojoj se ona izriče.<sup>10</sup> Dakle, pre izricanja ove sankcije sud mora da ustanovi da li je opravdano da se izrekne opomena, što nije nimalo jednostavno. Naime, da bi sud došao do takvog zaključka, potrebno je da istraži ličnost okrivljenog, za šta je potrebno duže vreme, kojeg u prekršajnom postupku, čini nam se, i nema. Ustanova ukora omogućava danas da se njome ublažava masovnost prekršajnog kažnjavanja.<sup>11</sup> Moramo još istaći da nije uobičajeno da se koristi reč „kloniti“, već bi bilo doslednije da je zakonodavac propisao da će *opomena uticati na učinioaca da ubuduće ne čini prekršaj*.

Opomenu kao vrstu prekršajne sankcije poznaju i uporedna zakonodavstva. Zakon o prekršajima Republike Srpske<sup>12</sup> propisuje kao vrstu prekršajne sankcije i ukor, kao meru upozorenja (čl. 54). Ukori je zapravo pandan opomeni koja je

---

<sup>9</sup> Tako je i sud ustanovio da je potrebno izreći ovu sankciju u sudskoj odluci, vid. Postoje okolnosti koje u znatnoj meri umanjuju odgovornost okrivljenog za neplaćanje doprinosa i prekršaj iz člana 72. st. 1. i 2. Zakona o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje, jer je on ne samo bez imovine, prekršajno nekažnjavan, otac troje dece, već je on bio jedini zaposleni u firmi i radilo se o neplaćanju doprinosa za njega za jedan mesec, kad je po lekarskoj dokumentaciji bio bolestan i operisan, pa postoje okolnosti da se primeni odredba člana 44. Zakona o prekršajima, naime da se okrivljenom umesto kazne izrekne **opomena**, u uverenju da će se i bez izricanja kazne postići svrha kažnjavanja. (Viši prekršajni sud, Prž. 8115/12 od 20. marta 2012) – Pravni Informator, br. 6/2013, Intermex, Beograd, sentencu pripremio: dr Tomica Delibašić. Preuzeto iz elektronske pravne baze *Rropisi online*, 1.1.2016.

<sup>10</sup> Franjo Bačić, *Krivično pravo – opći deo*, Zagreb, 1978, 466.

<sup>11</sup> Stjepan Potočki, *Prekršajno pravo – opći dio- (Skripta za predavanja za predmet „Prekršajno i administrativno kazneni postupak“)*, Zagreb, 1959, 58.

<sup>12</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 63/14.

propisana Zakonom o prekršajima Republike Srbije. Ukor je mjera upozorenja koja zamjenjuje novčanu kaznu i kojom se učinocima skreće pažnja na učinjeno delo i odgovornost. Kada postoje okolnosti koje u znatnoj mjeri umanjuju odgovornost počinioca, tako da se može očekivati da će se ubuduće kloniti vršenja prekršaja i bez izricanja propisane kazne ili ako je riječ o naročito lakom obliku tog prekršaja, sud može, umjesto kazne, izreći ukor. Ukor se može izreći i kada počinilac prije donošenja odluke o prekršaju ispuni propisanu obavezu. Vidimo da se ovim Zakonom omogućava izricanje ukora bez obzira na kaznu koja je propisana. Slično rešenje propisuje i Zakon o prekršajima Republike Crne Gore<sup>13</sup> u članu 34. Prekršajni zakon Republike Hrvatske<sup>14</sup> takođe, propisuje opomenu kao vrstu sankcije koja se u zakonom propisanim uslovima može izreći učinocu prekršaja. Tako se članom 43 propisuje da je opomena prekršajnoppravna sankcija koja se kao mjera upozorenja može primijeniti prema počinitelju prekršaja za koji je propisana kao jedina kazna novčana kazna do 5.000,00 (...). Iz ovakvog zakonskog uređenja, može da se zaključi da se postavlja gornja granica zaprećenje kazne, iznad koje nije moguće izreći opomenu. S tim u vezi, opomena se ne može izreći ni za one prekršaje za koje je propisana kazna zatvora, a ni u slučaju kada je alternativno propisana novčana kazna ili kazna zatvora. Važno je napomenuti da se istim članom rešava i pitanje izricanja opomena za prekršaje u sticaju, tako što se i u slučaju sticaja može izreći opomena pod uslovom da novčane kazne za prekršaje ne prelaze iznos od 5.000,00 (...).

## 2. PREKRŠAJ U PRODUŽENOM TRAJANJU, STICAJ PREKRŠAJA I OPOMENA

Raniji Zakon o prekršajima nije sadržao odredbe o „produženom prekršaju“, što smatramo da nije bilo opravdano, a takva manjkavost stvarala je velike probleme u praksi.<sup>15</sup> Produženo krivično delo, samim tim što predstavlja jedinstvo a ne sticaj krivičnih dela, jeste pravna konstrukcija koja je proizvod sudske prakse i njenih potreba.<sup>16</sup> Aktuelni ZP u svojim odredbama uređuje i produženi prekršaj, pod nazivom prekršaj u produženom trajanju (čl. 46). Naime, prekršaj u produženom trajanju postoji ako učinilac sa jedinstvenim umišljajem učini više istih vremenski povezanih prekršaja, koji čine jednu celinu zbog najmanje dve od sledećih

<sup>13</sup> *Službeni list Crne Gore*, br. 1/2011.

<sup>14</sup> *Narodne novine*, br. 107/07, 39/13 i 157/13.

<sup>15</sup> **Sentenca:** Zakon o prekršajima ne poznaje institut produženog prekršaja. (Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Upr. 405/2010 od 13.4.2010. godine); Ne treba isključiti postojanje produženog prekršaja. (Pravni stav Višeg prekršajnog suda, usvojen na sednici od 23.7.2010. godine). Preuzeto iz elektronske pravne baze Paragraf Lex, 1.1.2016.

<sup>16</sup> Bora Čejović, Mirko Kulić, *Krivično pravo*, Beograd, 2011, 243.

okolnosti: istovetnosti oštećenog, istovrsnosti predmeta prekršaja, korišćenja iste situacije ili trajnog odnosa, jedinstva mesta ili prostora izvršenja prekršaja. Za prekršaj u produženom trajanju može se izreći kazna teža od propisane, ali ona ne sme preći dvostruku meru propisane kazne niti najveću meru kazne koja se propisuje za prekršaj učinjen u sticaju (čl. 46 st. 5.).<sup>17</sup> U vezi sa produženim prekršajem, postavlja se i pitanje da li se i u ovom slučaju može izreći opomena. Na osnovu rešenja ZP-a, mišljenja smo da ne postoji formalna smetnja da se i u ovom slučaju izrekne opomena, pod uslovom da je utvrđena samo novčana kazna, s tim da smatramo da je odnos između produženog prekršaja i mogućnosti izricanja opomene „prilično“ nespojiv. Naime, ZP predviđa da se u slučaju produženog prekršaja kazna može pooštriti, što vodi ka zaključku da je reč o učinioocu kod kojeg je stepen opasnosti ponavljanja prekršaja veći u odnosu na druge učinioce dela. Dakle, daje se mogućnost da se kazna pooštri, ali se daje i alternativa da se učinioocu izrekne opomena, što je po našem mišljenju kontradiktorno.

Na ovom mestu važno je ukazati i na problematiku *sticaja* prekršaja i izricanja opomene. ZP u članu 45 reguliše sticaj prekršaja na sledeći način: Ako je učinilac jednom radnjom ili sa više radnji učinio više prekršaja za koje mu se istovremeno sudi, prethodno će se utvrditi kazna za svaki od tih prekršaja, pa će se za sve te prekršaje izreći jedinstvena kazna. Naime, postavlja se pitanje da li se i za prekršaje u sticaju može izreći samo opomena? ZP ne sadrži odredbe kojima se reguliše ovo pitanje. U teoriji postoji stav da je načelno dozvoljeno izricanje opomene i u slučaju sticaja prekršaja.<sup>18</sup> S obzirom na uređenje opomene mi se u potpunosti slažemo sa takvim stavom, ali se tada dolazi i do nekih nelegitimnih rešenja. Tako se može doći do zaključka da jedan učinilac može i nekoliko najtežih prekršaja da učini, i da mu se s druge strane za sve učinjene prekršaje može izreći samo opomena. ZP (čl. 45) čak predviđa da – ako je za sve prekršaje u sticaju utvrđena novčana kazna, izreći će se jedinstvena novčana kazna koja predstavlja zbir utvrđenih novčanih kazni, s tim što jedinstvena novčana kazna ne može biti veća od *dvostrukog iznosa* najveće novčane kazne predviđene ovim zakonom. Vidimo da se sada i za prekršaje za koja se kazna može udvostručiti može izreći i opomena. S tim u vezi, opet ističemo da je Zakonom potrebno da se postavi jasna gornja granica zaprećene novčane kazne iznad koje se ne može izreći opomena. Na taj način bi i problem sticaja bio rešen, jer ukoliko bi zbir izrečenih novčanih kazni prelazio granicu iznad koje se ne može izreći opomena, onda je više nego jasno da izricanje opomene i u slučaju sticaja nije moguće.

---

<sup>17</sup> **Sentenca:** Kada okrivljeni učini više istovrsnih vremenski povezanih prekršaja sa znanjem da čini nedozvoljene radnje i pristajanjem na zabranjenu posledicu, pri čemu postoji istovetnost okrivljenog, njegovog položaja, situacije, prostora i oštećenog, takvo postupanje predstavlja produženi prekršaj. (Presuda Prekršajnog apelacionog suda, Pržu 8595/2014 od 10.10.2014. godine). Preuzeto iz elektronske pravne baze Paragraf Lex, 1.1.2016.

<sup>18</sup> Vuković, *op.cit.*, 102.

Mi se ne slažemo da se i za najteže prekršaje može izreći opomena, već smatramo da je ZP morao da postavi određenje objektivne kriterijume za njeno izricanje.<sup>19</sup> Mišljenja smo da je nužno da se utvrdi određena visina novčane kazne iznad koje se ne može izreći opomena. Smatramo da je potpuno neopravdano da se opomena, kao vrsta prekršajne sankcije, može izreći i za one prekršaje za koje je propisana najstroža novčana kazna. Međutim, nekad je opomena mogla da se izrekne i za one prekršaje za koje je bila propisana i kazna zatvora.<sup>20</sup>

### 3. KOME SE NE MOŽE IZREĆI OPOMENA?

S obzirom da smo naveli kada se sve može izreći opomena, nije teško zaključiti kada ili kome se ova sankcija ne može izreći. Opomena se ne može izreći kada je zakonom propisana samo kazna zatvora. Prekršaji za koje je propisana samo kazna zatvora u našem pravnom sistemu su malobrojni. Jedan od razloga zašto je takvih prekršaja malo jeste i činjenica da kazna zatvora može da se propiše samo zakonom, a ne i aktima niže pravne snage (čl. 35 st. 1 ZP). Kazna zatvora, kao najteža prekršajna kazna, rijetko se propisuje kao isključiva kazna za prekršaje, nego redovno dolazi kao alternativna kazna uz novčanu kaznu.<sup>21</sup> Tako se, na primer, Zakonom o javnom redu i miru<sup>22</sup> (čl. 16 st. 2) propisuje „ko maloletnom licu ustupa prostorije radi prostitucije – kazniće se zatvorom od 30 od 60 dana. Vidimo da se za ove prekršaje propisuje samo kazna zatvora, tako da se za ove, kao i za sve ostale prekršaje za koje je propisana samo kazna zatvora, ne može

<sup>19</sup> Interesanto je ukazati na jednu sudsku odluku, iz koje se jasno vidi kada izricanje opomene nije opravdano: To što je okrivljeni naredne godine postupio u skladu sa Carinskim zakonom i ispravno popunio deklaraciju, nije osnov koji ukazuje da bi mu za predmetni prekršaj svrha kažnjavanja bila ostvarena izricanjem opomene. **Iz obrazloženja:** „Imajući u vidu žalbeni navod okrivljenih, da je bilo mesta primeni člana 50 Zakona o prekršajima i izricanju opomene, obzirom da su 2014. godine u spornoj deklaraciji uneti ispravni podaci, ovaj sud je posebno cenio pravilnost prvostepene presude u delu odluke o izrečenim novčanim kaznama i istu prihvata kao pravilnu. Ovo stoga, što je po nalaženju ovog suda prvostepeni sud pravilno utvrdio i ocenio sve činjenice i okolnosti od značaja za odmeravanje kazne koje su propisane u članu 42 Zakona o prekršajima, što se vidi po tome da je okrivljenima izrekao novčanu kaznu u granicama propisanim zakonom za predmetni prekršaj, o čemu je dao razloge u obrazloženju svoje odluke, koje u svemu prihvata i ovaj sud. Prekršajni apelacioni sud nalazi da se izricanjem opomene ne bi ostvarila svrha kažnjavanja, kako je propisano odredbom člana 33 stav 2 Zakona o prekršajima, da se u okviru opšte svrhe prekršajnih sankcija ne bi izrazio društveni prekor učiniocima zbog izvršenog prekršaja, te da se istom ne bi uticalo na učinioce, kao i na sva ostala lica da ubuduće ne čine prekršaje.“ (Presuda Prekršajnog apelacionog suda, Prž 11248/ 2015 od 11.8.2015. godine). Preuzeto iz elektronske pravne baze *Paragraf Lex*, 1.1.2016.

<sup>20</sup> Aleksandar Hristov, Nikola Vujinović, *Prekršajno pravo – materijalno-pravni deo i administrativno kazneni postupak*-, Priština, 1963, 145

<sup>21</sup> Potočki, *op.cit.*, 57.

<sup>22</sup> *Sl. glasnik RS*, br. 6/2016.



izreći opomena. S obzirom da kazna zatvora može da se propiše samo zakonom, nije teško zaključiti da se za sve ostale prekršaje koje su propisani pravnim aktima niže pravne snage može uvek izreći opomena.

Opomena se ne može izreći još jednoj kategoriji učinilaca prekršaja. Reč je o maloletnicima, s obzirom da se njima izriču sankcije koje su prilagođene njihovom uzrastu. Tako, ZP u svom sistemu prekršajnih sankcija prema maloletnicima, propisuje sankciju koja je, na neki način, isto što i opomena, samo što nosi drugi naziv. Zapravo, pandan opomeni, kao vrsti prekršajne sankcije, jeste ukor koji se izriče maloletnicima. Ukori ZP uređuje članom 75 na sledeći način: Ukori se izriče maloletniku prema kojem nije potrebno preduzeti trajnije vaspitne mere, a naročito kad se iz njegovog odnosa prema učinjenom prekršaju i njegove spremnosti da ubuduće ne čini prekršaje može zaključiti da će izrečenom vaspitnom merom biti postignuta svrha ove mere. Pri izricanju ukora maloletniku će se ukazati na društvenu neprihvatljivost njegovog postupka i ukoliko ponovo učini prekršaj, mogućnost izricanja i druge vaspitne mere.

#### 4. PREKRŠAJNI NALOG I IZRICANJE OPOMENE

Da bismo opravdali naš stav, da se zakonodavac nije mnogo potrudio da izricanje opomene uredi na legitimniji način, moramo napraviti paralelu između kažnjavanja učinioca prekršaja putem izdavanja prekršajanog naloga i izricanja opomene kao vrste prekršajne sankcije. Prekršajnim nalogom se kažnjavaju učinioci najlakših prekršaja i u tom slučaju ovlašćeno lice izdaje prekršajni nalog. Dakle, čak ni sud ne odlučuje o ovim prekršajima, već neki drugi organ, što nije izuzetak u prekršajnom pravu.<sup>23</sup> To je istovremeno i način da se sud rastereti. Kao što se u literaturi navodi, jedan od ciljeva savremenog krivičnog zakonodavstva jeste i rasterećenje pravosuđa u skladu sa stavom da se sud ne bavi malim stvarima.<sup>24</sup> Iako je reč o najblažim prekršajima ovlašćeno lice mora da izda prekršajni nalog, s obzirom da samo sud može da izrekne opomenu, jer u suprotnom čini krivično delo.<sup>25</sup> S tim u vezi, nije teško da se zaključi da u pojedinim slučajevima ZP ostavlja mogućnost da može da se strože kazni učinilac najlakših prekršaja.

---

<sup>23</sup> Vid. D. M. Ovsjanok, *Administrativnoe pravo*, Moskva, 2000, 115.

<sup>24</sup> Nataša Delić, Delo malog značaja i stvarno kajanje u Krivičnom zakoniku, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, Godina LXII, br. 1/2014, 211.

<sup>25</sup> S tim u vezi treba videti sudsku odluku povodom ovog pitanja: Kada policajac prilikom vršenja poslova kontrole saobraćaja prema učesniku u saobraćaju koji učini saobraćajni prekršaj ne preduzme službeni radnju – ne naplati mandatnu kaznu odnosno ne podnese prijavu za učinjeni saobraćajni prekršaj, izvršio je krivično delo zloupotrebe službenog položaja. Pravilno je prvostepeni sud utvrdio da je okrivljeni vršeći poslove kontrole saobraćaja kao saobraćajni policajac iskorišćavanjem svog službenog položaja pribavio korist oštećenima na taj način što prilikom

Kada je reč o izdavanju prekršajnog naloga, moramo napomenuti još jednu situaciju koja je vezana za izricanje opomene. Naime, lice kojem je izdat prekršajni nalog može da zatraži sudsko odlučivanje, tako će predati prekršajni nalog nadležnom sudu. Dakle, reč je o tome kada lice kojem je izdat prekršajni nalog smatra da nije učinio prekršaj i traži od suda da on svojom odlukom meritorno odluči.<sup>26</sup> Ukoliko se u postupku utvrdi da nije učinjen prekršaj sud će doneti presudu kojom se okrivljeno lice oslobađa odgovornosti. Međutim, ukoliko sud utvrdi da je okrivljeni učinio prekršaj – postavlja se pitanje da li i tada sud može da izrekne opomenu ili mora da izrekne novčanu kaznu u onom iznosu koji je utvrđen prekršajnim nalogom. Dakle, da li sada za najblaži prekršaj sud može, pod uslovom da su ostvareni svi uslovi za izricanje opomene, da izrekne opomenu? Logično je da za ove prekršaje sud treba da izriče opomenu, jer je reč o najblažim delima. Međutim, analizom rešenja ZP-a dolazi se do drugačijeg rešenja. Tako, član 171 ZP propisuje koje sve pouke i upozorenja mora da sadrži svaki prekršajni nalog, a jedan od upozorenja-pouka je i: da će lice protiv koga je izdat prekršajni nalog biti dužno da, pored plaćanja novčane kazne utvrđene prekršajnim nalogom, nadoknadi sudske troškove u slučaju da zatraži sudsko odlučivanje a sud utvrdi da je odgovoran za prekršaj. Nadalje, ZP u stavu 7 člana 174 propisuje da ako sud utvrdi da je okrivljeni koji je zahtevao sudsko odlučivanje odgovoran za prekršaj, svojom odlukom će ga obavezati da novčanu kaznu iz prekršajnog naloga plati u punom iznosu kao i da nadoknadi sudske troškove. Iz ovakvog zakonskog uređenja proizilazi da sud ne može izreći opomenu, već mora da izrekne novčanu kaznu i to u punom iznosu kao i sudske troškove. Da zaključimo, za najlakše prekršaje, za koje se izdaje prekršajni nalog, ne može se u sudskom postupku izreći opomena. Tako, na primer, za prekršaj neplaćanja doplatne karte u „gradskom prevozu“ putniku se u eventualnom prekršajnom postupku ne može izreći opomena, iako je samo propisivanje ovakvog prekršaja jako sporno.<sup>27</sup> Takođe, i za one prekršaje za koje je propisana novčana kazna u fiksnom iznosu od 1000 dinara izricanje opomene od strane suda, prema ovakvom zakonskom uređenju, nije moguće.

vršenja poslova kontrole saobraćaja prema učesnicima u saobraćaju koji su učinili saobraćajni prekršaj iz čl. 27. i 35. ZOOBS na putevima, nije preduzeo službenu radnju koju nalaže službena dužnost – nije naplatio mandatnu kaznu niti podneo prijavu za učinjeni saobraćajni prekršaj, čime je izvršio krivično delo zloupotrebe službenog položaja. (Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 903/05 od 22. aprila 2005. i presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu K. 1275/04 od 2. decembra 2004. godine) – Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 69/2005, Intermex, Beograd. preuzeto iz elektronske pravne baze Paragraf Lex, 1.1.2016.

<sup>26</sup> Ivan Milić, Prekršajni nalog, *Bezbednost-Policija-Građani*, Banja Luka, br. 1-2. 2015, 247-249.

<sup>27</sup> Ivan Milić, Stefan Samardžić, Prekršajna odgovornost putnika u oblasti javnog prevoza, *Usluge i zaštita korisnika: Zbornik referata sa Međunarodnog naučnog skupa održanog 8. maja 2015. godine*, na Pravnom fakultetu u Kragujevcu, 143-159.

## 5. REGISTAR SANKCIJA I OPOMENA

Novi Zakon o prekršajima uvodi i Registar sankcija (Registar), u kojem se učinioci prekršaja „upisuju“ na određeni vremenski period. Tako, ukoliko se u prekršajnom postupku okrivljeno lice proglasi odgovornim za prekršaj, onda se i postupak završava presudom kojom se on proglašava odgovornim. Namerno smo rekli da se okrivljeni proglašava odgovornim, a ne da se donosi osuđujuća presuda, jer je donošenje osuđujuće presude terminološki ali i suštinski više vezano za krivični postupak. Mada je ZP u članu 246 stav 1 terminološki neprecizan, tako da propisuje: „Prekršajni postupak završava se donošenjem osuđujuće ili oslobađajuće presude, rešenja kojim se postupak obustavlja ili rešenja kojim se maloletnom učiniocu prekršaja izriče vaspitna mera“. S tim u vezi, i ukoliko se okrivljenom izrekne opomena, to znači da je okrivljeni oglašen odgovornim za prekršaj. Tako, i okrivljenom licu kojem je izrečena opomena, nakon što je presuda postane pravnosnažna, stiče status prekršajno kažnjenog lica. Nadalje, i okrivljeni kojem je izrečena opomena upisuje se u Registar na period od jedne godine (čl. 329. st. 2). Sada dolazimo do jednog nimalo opravdanog rešenja, koje se tiče vremenskog perioda na koje se kažnjeno lice upisuje u Registar. Tako da ono lice koje je putem izdatog prekršajnog naloga platilo polovinu novčane kazne za najlakši prekršaj ostaje četiri godine upisano u Registar, a ono okrivljeno lice kojeg je sud proglasio odgovornim, i to za najteže prekršaje, ali mu je izrekao opomenu, upisuje se u Registar, ali se iz njega briše posle jedne godine. Iako to nije slučaj sa svim zemljama u kojima je krivičnopravni ekspanzionizam došao do izražaja, u Srbiji se primećuje i izrazito nemaran odnos i prema „zanatskom“ delu posla, tj. prema pisanju norme i poštovanju pravila legislativne-tehnike, što stvara i suštinske probleme.<sup>28</sup> Posmatrano iz ugla zaprećene kazne, duže ostaje upisano ono lice koje je učinilo najblaži prekršaj.

Posebno pitanje koje se ovde postavlja, tiče se pravnih posledica izricanja opomene. Posledica kazne ukora: (posmatrano istorijski opomena je imala naziv ukor, i nije bila vrsta sankcije nego vrsta kazne) njena je posledica jedino u tome što se prema licu prema kome je izrečena smatra administrativno-kažnjenim pa se, u slučaju ponavljanja prekršaja u roku od jedne godine (dana), može uzeti kao otežavajuća okolnost /povrat/.<sup>29</sup> Kazna ukora nema represivni karakter, već je ona izrazitio vaspitna mera.<sup>30</sup> Međutim, s obzirom na to da ZP ne reguliše pravne posledice kažnjavanja, ostaje kao sporno pitanje koje posledice može da trpi lice

---

<sup>28</sup> Zoran Stojanović, Krivično pravo u doba krize, *Branič*, br. 1-2. 2011, 40.

<sup>29</sup> Vid. Hristov, Vujinović, *op.cit.*, 145; Milorad Vučković, Negoslav Ocokoljić, *Osnovni zakon o prekršajima – sa komentarom i posebnim saveznim propisima o prekršajima*, Beograd, 1959, 42.

<sup>30</sup> Milan Brkić, Jovo Crnogorčević, *Osnovni zakon o prekršajima – sa komentarom*, Beograd, 1959, 47.

koje je u prekršajnom postupku kažnjeno, pa i opomenom.<sup>31</sup> Pojednim zakonima propisuju se pravne posledice kažnjavanja za prekršaj, i to na vrlo uopšten način. Tako, na primer, prema Zakonu o izvršenju i obezbeđenju<sup>32</sup> jedan od uslova za imenovanje izvršitelja jeste i da se protiv njega ne vodi istraga za krivično delo, odnosno da nije osuđivano za krivično delo na безусловnu kaznu zatvora od najmanje šest meseci ili za *kažnjivo delo* koje ga čini nedostojnim za obavljanje poslova izvršitelja (čl. 313). Ovde se ne govori samo o krivičnom, već i o kažnjivom delu.

## ZAKLJUČAK

Osim što se propisuju zakonima, prekršaji (kao) mogu da se propišu i aktima niže pravne snage. Tako se prekršaji propisuju i uredbama, ali i odlukama pokrajinskih i organa lokalnih samouprava. S obzirom na njihovu brojnost dolazimo do rešenja da građani uopšte i ne znaju da je preduzimanje ili nepreduzimanje neke radnje prekršaj, pa iz tog, kao i zbog mnogih drugih razloga nije uvek neophodno da se takvo lice kazni za učinjeni prekršaj. S tim u vezi, u prekršajnom postupku lice koje je učinilo prekršaj potrebno je samo upozoriti da je učinilo prekršaj, ukazati da je njegovo ponašanje neprihvatljivo i upozoriti ga da mu se za neki drugi prekršaj, ukoliko ga učini, može izreći kazna. Dakle, mi se slažemo da je opomena kao vrsta prekršajne sankcije nužna, ali se njena svrha može opravdati samo ukoliko je zakonodavac jasno, nedvosmisleno i legitimo uredio njeno izricanje. Videli smo da se naš zakonodavac nije mnogo potrudio da izricanje opomene uredi na legitiman način, tako da se opomena može izreći za svaki prekršaj za koji je propisana novčana kazna, bilo na način da je jedina kazna ili da je propisana kao alternativna sankcija. S tim u vezi, smatramo da se u nekoj izmeni Zakona mora odrediti granica novčane kazne iznad koje nije moguće izreći opomenu, posebno kada je reč o produženom prekršaju i sticaju prekršaja. Opomena treba da se izriče za najlakše prekršaje, međutim prema odredbama ZP-a to i nije tako, jer se ova sankcija ne može izreći kada je reč o prekršajima za koji se izdaje prekršajni nalog. Licu kojem je prekršajni nalog izdat, a koji zahteva sudsko odlučivanje, sud ne može izreći opomenu. Tako da dolazimo do rešenja da se na najteže prekršaje može izreći opomena, ali i da se za pojedine najblaže prekršaje ova sankcija ne može izreći, što je potpuno nelegitimno.

<sup>31</sup> Vid. Ivan Milić, Evidencija prekršajno kažnjenih lica, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/2015, 239-251.

<sup>32</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Sl. glasnik RS*, br. 31/2011, 99/2011 – dr. zakon, 109/2013 – odluka US, 55/2014 i 139/2014.

Dr Ivan D. Milić, asisment  
Novisadski universitet  
Юридический факультет  
I.Milic@pf.uns.ac.rs

### **Predupreždenie kak vid sankcii narušenija i ee (ne)vyiskazyvanie nekotorym soveršiteljam narušenija**

**Анотация:** Объектом внимания автора является Предупреждение, в своём виде санкция, которую в определённых условиях можно высказать совершившему проступок. Закон об административных правонарушениях Республики Сербии устанавливает в каких условиях данную санкцию можно высказать совершившему правонарушение. В связи с тем, высказывание данной санкции Закон не установил определённым способом, так что остались некоторые пробелы, о которых речь пойдёт в данной работе. В работе также обращается внимание на то, как совершившему самому тяжёлому правонарушению судья может высказать предупреждение, но и каким способом, вполне противозакономерно всякой логике, совершившему самому лёгкому правонарушению он не в состоянии высказать данную санкцию. Несмотря на то, что так много ожидалось от нового Закона об административных правонарушениях, всё таки к лучшему не обернулось ни относительно данной санкции правонарушения, если сравнить её с предыдущим Законом.

**Ключевые слова:** правонарушение, санкция, предупреждение, наказание, тюрьма, требование правонарушения.

Datum prijema rada: 12.02.2018.

# ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE





*Dr Laslo L. Heka, vanredni profesor  
Univerzitet u Segedinu  
Pravni fakultet  
heka@juris.u-szeged.hu*

## GROF KARLO KUN HEDERVARI (KARLO KHUEN-HÉDERVÁRY) I SRBI U UGARSKOJ I HRVATSKOJ

**Sažetak:** *Grof Karlo Kun Hedervari (1849.-1918.) mađarski je političar i državnik, koji je od 1883. do 1903. bio ban Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, a zatim u dva navrata predsjednik ugarskog Ministarskog veća (od 27. juna 1903. do 3. novembra 1903. i od 17. januara 1910. do 22. aprila 1912.). Iako je u velikoj meri obeležio istorijska zbivanja na prelazu iz 19. u 20. vek, ipak je u jugoslovenskoj historiografiji i narodnoj svesti ostao zapisan u izrazito negativnom svetlu. Interesantno je da je sa jedne strane opštepoznat, a sa druge strane se o njegovom radu zna veoma malo, kao i da o njemu do sada nije napisana nijedna monografija, a prilično je malen i broj naučnih radova o njegovom političkom putu.*

*U ovome radu dajemo prikaz lika i dela Karla Kun Hedervarija kao hrvatskog bana i ugarskog premijera te njegov odnos prema nacionalnom pitanju, sa posebnim naglaskom na saradnju sa Srbima u Ugarskoj i Hrvatskoj. Naime, upravo su Srbi omogućili da dvadeset godina ostaje na vlasti u Hrvatskoj, a ban im je zauzvrat dao vrlo široka prava. To je izazvalo nezadovoljstvo Hrvata koji su ga zbog odnosa prema Srbima prozvali „srpski ban“.*

**Ključne reči:** *grof Karlo Kun Hedervari, hrvatski ban, predsjednik Ministarskog veća Kraljevine Ugarske, Srbi u Ugarskoj i Hrvatskoj, saradnja grofa Kun Hedervarija i Srba.*

### 1. POLITIČKI PUT KARLA KHUEN-HÉDERVÁRYJA

Grof Karlo Kun Hedervari (de Hédervár) potomak je vrlo stare kraljevske grofovske (*Reichsgrafenstand*) porodice Kun, poreklom iz Tirola. Budući da ga je rođak grof Heder Vicai (Héder Viczay) od Hedervara, poslednji član slavne mađarske loze Vicai (Viczay), testamentom iz 1873. odredio za svoga naslednika

uz uslov da svome prezimenu Kun Belaši (Bélási) doda i titulu Hedervari, stoga je Karlo u decembru 1874. postao prvi grof dvojnog prezimena Kun Hedervari.<sup>1</sup>

Odrastao je u slavonskom mestu Nuštru, a prava je studirao u Zagrebu i Požunu. Javnu i političku delatnost počeo je 1875. kao narodni poslanik vladajuće Slobodarske stranke u Ugarskoj skupštini. Kralj ga je 1882. godine imenovao za velikog župana Đerske županije, a 1883. za hrvatskoga bana. Nakon dvadesetogodišnjeg upravljanja Trojednom kraljevinom grof Karlo Kun Hedervari je 27. juna 1903. imenovan za ministra predsednika ugarske vlade, a ujedno je bio i ministar unutrašnjih poslova i ministar za odnose sa dvorom.<sup>2</sup> Ovu je funkciju obavljao samo nekoliko meseci te je 3. novembra 1883. podneo ostavku. Bio je međutim, ministar unutrašnjih poslova i u vladi grofa Istva Tise (1904.-1905.), narodni poslanik Slobodarske stranke (1904.-1906.) i član Kuće velikaša (1906.-1910.). Kao poverenik cara i kralja Franje Josifa I dobio je 17. januara 1910. i drugi put mandat za sastav vlade, ali tada već kao jedan od vođa Nacionalne stranke rada, čiji je bio jedan od osnivača. Istovremeno je obavljao funkciju predsednika Ministarskog veća, ministra unutrašnjih poslova, ministra za odnose sa dvorom te hrvatsko-slavonsko-dalmatinskoga ministra bez portfelja.<sup>3</sup> Posle razrešenja (22. aprila 1912.) je nastavio političku delatnost kao predsednik Nacionalne stranke rada (1913.-1918.), a bio je i stalni član Mađarske akademije nauka. Umro je u Budimpešti 16. februara 1918., a sahranjen je u Hedervaru 21. februara 1918.

## 2. SRBI I SRPSKO PITANJE U UGARSKOJ (HRVATSKOJ)

Do prvog masovnijeg naseljavanja Srba u Ugarsku i Hrvatsku došlo je posle Kosovskoga boja (1389.) kada su se izbegli Srbi nastanili na području Srema, Bačke i Banata.<sup>4</sup> Kralj Žigmund Luksemburški je svom vernom savezniku Vuku Brankoviću 1411. darovao imanja Satmar (Szatmár) i Nemeti (Németi) u koje su se nastanile mnoge srpske porodice. Branković je imao posede i u županijama Torontal i Šomodj, pa je i tamo naselio svoje sunarodnike iz Srbije. Ova je imanja

---

<sup>1</sup> Imao je dva sina: Šandora/Sándor/ (1881.–1946.) i Karla Kun Hedervarija ml. (1888.–1960.). Šandor je bio diplomata, a Karlo predsednik Državne poljoprivredne komore. Ni jedan od njih dvojice nije imao dece, pa je Karlovom smrću 1960. izumrla muška grana ove porodice.

<sup>2</sup> Kenyeres, Ágnes (főszerk.): *Magyar életrajzi lexikon I. (A–K)*. Akadémiai Kiadó. Budapest, 1967., str. 914.

<sup>3</sup> *Khuen-Héderváry Károly gróf* (Budapest székesfőváros IV. kerület). In: Végváry Ferenc – Zimmer Ferenc, szerk.: *Sturm-féle országgyűlési almanach 1910–1915*. Rövid életrajzi adatok az országgyűlés tagjairól. Budapest, 1910., str. 323–325., ovde str. 323.

<sup>4</sup> Vidi opširnije Thim, József: *A szerbek története*, Nagybecskerek, 1892.; Thim, József: *Délmagyarország önvédelmi harca*, Budapest, 1887.; Thim, József: *A horvátok és a hazai szerbség a magyar történetben. A magyarság és a szlávok*. Ured. Gyula Szekfű, Budapest, 1942.; Pavlović, Stevan: *Srbi u Ugarskoj*. Novi Sad, 1883.

nasledio despot Đurađ Branković koji je 1426. sklopio ugovor sa kraljem Žigmundom. Na osnovu ovog ugovora je ugarskom kralju predao tvrđavu Beograd i Mačvansku banovinu, koji su bili od strateške važnosti za odbranu ugarskih granica, a zauzvrat mu je Žigmund prepustio naselja: Slankamen, Bečej, Kulpin, Sent Andreju, Debrecin, Satmar, Serdahel, Tokaj, Talju (Tályu), Munkačevo, Rac-Besermenj (Rác-Böszörmény), *Mezetur* (Mezőtúr), Turkeve, Solnok, Tisa-Varšanj (Tisza--Varsány), Arad, Čongrad, Vilagoš i Bečkerek.<sup>5</sup> U 15. veku su se Srbi u velikom broju naselili i na teritoriju Sent Andreje i naselja Keve, koje je usled toga promenilo ime u Rackeve, jer su, naime, Mađari doseljenike iz Raške nazivali Racima. Kralj Žigmund ih je oslobodio od plaćanja bilo kakvog poreza te im je dopustio da međusobne sporove rešavaju prema sopstvenim zakonima. Ove privilegije su im kasnije potvrdili kralj Vladislav I 1453. i 1454., te kralj Matija I 1458. i 1464. godine.

Doseljavanje Srba nastavljeno je i u 16. veku, kada su mnogi od njih stupili u graničarsku službu. Najveći doseljenički talas zabeležen je posle pada Beograda pod Osmanlije (9. oktobra 1690.), kada su se u strahu od turske osвете, Srbi pod vodstvom patrijarha *Arsenija Čarnojevića* u velikome broju naselili u južnoj Ugarskoj, Hrvatskoj i Slavoniji. Kralj Leopold I im je diplomom od 21. avgusta 1690. dozvolio slobodu veroispovesti, pravo na slobodan izbor patrijarha, korišćenje pravoslavnog kalendara, te upotrebu pravoslavnog crkvenog prava u crkvenom sudovanju. Sem toga su bili oslobođeni plaćanja poreza. Srbi za sebe nisu tražili politička prava, jer su boravak u Ugarskoj smatrali privremenim, dok se ne smire prilike u njihovoj otadžbini. Car i kralj im je naredne godine dopustio da biraju sebi vojvodu, pa su oni izabrali kapetana *Jovana Monasterliju* za podvojvodu (6. ili 7. aprila), što je car potvrdio 11. aprila 1691.<sup>6</sup>

Posle potpisivanja Karlovačkog mira (1699) Srbima je postalo jasno da u dogledno vreme neće moći da se vrate na svoja ognjišta, pa su od cara zamolili teritoriju na kojoj mogu privremeno da se nasele.<sup>7</sup> Dobili su prostor između Dunava i Tise, gde su predvođeni Arsenijem Čarnojevićem mogli živeti shodno dobijenim privilegijama. Posle patrijarhove smrti (1708.) je pravoslavni poglavar u Ugarskoj i Hrvatskoj uzeo titulu *karlovački* mitropolit. On je formalno priznao nadležnost pečkog patrijarha, ali je u stvari delovao samostalno kao najviši predstavnik Srpske pravoslavne crkve u Habsburškoj monarhiji. Kada je 1766.

<sup>5</sup> Mileker, Feliks: *Istorija varoši Veliki Bečkerek 1333-1918*. Zrenjanin, 2011., str. 11-12.

<sup>6</sup> Vidi: Ivić, Aleksa: *Istorija Srba u Vojvodini od najstarijih vremena do osnivanja Potisko-Pomoriške granice: 1703*. Matica srpska, Novi Sad, 1929., str. 305.; Radonić, Jovan: *Vojvodina od velike seobe (1690) do sabora u Krušedolu*, u: *Vojvodina I*, Novi Sad, 1939. str. 13.; Popović, Dušan: *Velika seoba Srba 1690: Srbi seljaci i plemići*. Beograd, 1954., str. 53).

<sup>7</sup> Vidi Stojanović, Mijat: *Njekoje znamenitosti iz Srijema*, Arkiv Zagreb, sv. IV. str. 178-188.; Usp. Okrugić, Ilija: *Sitnice o postanju imena nekih gradova i selah slavonsko-srijemskih*, Zagreb, Arkiv sv. IV. str. 189-201.; Usp. Okrugić, Ilija: *Povjestničke crtice Srijema*, Zagreb, Arkiv sv. IV. str. 201-232.

ukinuta Pečka patrijaršija, mitropolit je postao ujedno i glavni svetovni autoritet za sve Srbe na području od Temišvara do Budima, odnosno do Jadranskoga mora. Srbi u Ugarskoj su od 1708. godine pitanja iz kruga svoje autonomije (sem izbora mitropolita razmatrali su i crkvena, prosvetna, verska i statusna pitanja) rešavali na svojim narodno-crkvenim saborima, od kojih je prvi održan u Krušedolu. Posebno je značajan sabor održan 1790. u Temišvaru, na kojem je odlučeno da se od bečkoga dvora zatraži teritorijalna autonomija i uspostava posebne Srpske kancelarije, što je car odbio. Ipak su dodatna prava dobili od Josifa II koji im je uredbom od 25. oktobra 1781. dao punu slobodu veroispovedanja (kao i protestantima), pravo nesmetanoga građenja crkava, ali i pristup svim državnim poslovima što je dovelo do znatnog uzdizanja Srba. Oni su od tada imali svoju inteligenciju, bili su visoko zastupljeni među građanstvom, te su mnogi od njih raspolagali velikim kapitalom. Veliku su važnost pridavali negovanju svoga jezika, izdavanju knjiga, dakle kulturi uopšte, pa je i to bilo razlog što su upravo na području koje je bilo pod vlašću Habzburgovaca osnovane najznačajnije srpske kulturne i prosvetne institucije.<sup>8</sup> Budući da su uživali posebnu zaštitu bečkog dvora, to je bio dodatni razlog da su se Mađari pobunili protiv Srba smatrajući da oni imaju veća prava od domicilnog stanovništva. Porastom mađarskog nacionalizma, jačala je nacionalna svest Srba i želja za dobijanjem teritorijalne autonomije unutar Ugarskog Kraljevstva, a kasnije i za priključenjem južnoslovenskih krajeva Kneževini Srbiji. Dvor je u Srbima, kao i u drugim nemađarskim nacijama video potencijal pomoću kojega može onemogućiti mađarska nastojanja za osamostaljenjem. U oblikovanju srpskih nacionalnih zahteva naročito se istakao Josif Rajačić koga je kralj svojom odlukom od 14. aprila 1842. imenovao za karlovačkog mitropolita.<sup>9</sup> To je bio presedan, jer su mitropolita birali na narodno-crkvenom saboru. Međutim, pre njegovog izbora, u avgustu 1842. godine je carskom komesaru naređeno da saopšti narodno-crkvenom saboru da će mitropolita imenovati car ako ga Srbi jednoglasno ne izaberu. Takav konsenzus nije postignut, pa je Josif Rajačić postao prvi karlovački mitropolit koga je car imenovao. Uprkos ovakvom imenovanju,

---

<sup>8</sup> U Beču su 1814. počele izlaziti *Serbske novine*, politički list pod uredništvom *Dimitrija Davidoviča* (ukinut je 1822.), a *Vuk Stefanović Karadžić* je objavio zbirku narodnih pesama pod nazivom *Mala prstonarodna slaveno-srbska pesmarica i Pismenicu srbskoga jezika*. U Budimu su 1824. počeli izlaziti *Serbski letopisi* pod uredništvom Đorđa Magaraševića, 1835. je u istom gradu pokrenut nedeljnik *Srbski narodni list* pod uredništvom *Todora Pavlovića*, a 1837. je u Pešti osnovan Tekelijanum (*Tökölyanum*), srpska pravoslavna prosvetna ustanova nazvana po osnivaču Savi Tekeliji (*Tököly*).

<sup>9</sup> Rođen je u selu Lučane kraj Brinja, a školovao se prvo u nemačkim građanskim školama, a zatim u Zagrebu i Sremskim Karlovcima, dok je dve godine filozofije završio kod pijarista u Segedinu. Studije je nastavio u Beču, ali ih nije završio, zbog rata sa Francuzima. Zamonašio se te je 1829. postao episkop dalmatinski. Digao je glas protiv prozelitizma, pa je i to bio razlog da je 1833. premešten na funkciju episkopa vršačkog, a zatim je carskom odlukom imenovan za mitropolita.

pokazao se kao veliki zagovornik svoga naroda. U Kući velikaša je na Požunskom saboru 1843. godine podigao glas protiv činjenice što se sve funkcije i činovnička mjesta dodeljuju rimokatolicima i protestantima, dok pravoslavicima „*ostaje samo manastir ili vojnički logor*“.<sup>10</sup> Mitropolit je u ime Srba iz Hrvatske i Ugarske uoči revolucije 1848. zatražio da Srbe priznaju kao narod, što je međutim, mađarska dieta odbila. Izaslanstvo novosadskih Srba je u aprilu razgovaralo sa vođom mađarske revolucije Lajošom Košutom o budućem položaju Srba u Ugarskoj. Nezaдовоľni dobijenim odgovorom okrenuli su se protiv Mađara.<sup>11</sup> Mitropolit Rajačić se 1848. priključio narodnom pokretu rekavši: „*Mi ćemo s narodom, pa šta Bog da*“.<sup>12</sup> U Sremskim Karlovcima je 1. maja 1848. održano prethodno savetovanje izaslanika crkveno-narodnog kongresa sa ciljem da se pripreme skupštinske odluke, a posle toga je 1. i 3. maja 1848. održana Majska skupština. O značenju koje je pridavano ovoj skupštini svedoči i list *Srbske novine* koji je 4. maja 1848. objavio uvodnik naslovljen sa *Srbima Ugarskimi*, a odmah iza njega je usledio izveštaj sa Majske skupštine.<sup>13</sup> Na njoj je mitropolit proglašen za patrijarha („*vraćeno*“ mu je dostojanstvo koje je imao Arsenije Černojević), što je car potvrdio svojim manifestom od 15. decembra 1848. Shodno privilegijama dobijenim od cara Leopolda je za vođu izabran Đorđe Stratimirović a za vojvodu pukovnik Stevan Šupljikac. Srbi su tada izašli sa zahtevom za stvaranjem „*Srbske Vojvodine*“ (Srem s Granicom, Baranja, Bačka s Bečejskim distriktom i Šajkaškim bataljonom te Banat s Granicom i Kikindskim distriktom) i za njen politički savez sa Trojednom kraljevinom (Hrvatskom, Slavonijom i Dalmacijom) kao ravnopravnim partnerom. Karlovački patrijarh Rajačić je predvodio izabrani odbor koji je u Beču cara upoznao sa odlukama skupštine. Na putu prema carskoj prestonici zaustavio se u Zagrebu, gde je učestvovao u inauguraciji bana Josipa Jelačića, rođenog Petrovaradinca i do 1848. krajiškog oficira. Tako je Jelačić bio jedini ban koga je (24. maja) instalirao pravoslavni patrijarh, a ne zagrebački biskup kao što je to vekovima bio običaj. Sa banom je tada razgovarao o očekivanjima Srba da im Hrvati pomognu u ostvarivanju njihovih težnji. Nakon Jelačićeve inauguracije je car Ferdinand u Innsbuku primio izaslanstvo ugarskih Srba, te im je 7. juna poručio

<sup>10</sup> Bataković, T. Dušan: *Nova istorija srpskog naroda*, Naš Dom. Beograd, 2000., 2002, str. 224.

<sup>11</sup> Popović, Dušan: *Vojvođanski gradovi u buni 1848-9*. Prilog istoriji vojvođanskih gradova. Novi Sad u 1848-9-oj godini. *Zbornik Matice srpske* – serija društvenih nauka 6. Novi Sad, 1954., str. 13–15; Gavrilović, Slavko: *Srbi u Habsburškoj monarhiji (1792–1849)*, Novi Sad, 1994, str. 50–52, 60–62; Krkljuš, Ljubomirka: *središnji organi vlasti u Srpskoj Vojvodini 1848–1849*, Novi Sad 2013, str. 27–29, 42–43.

<sup>12</sup> Episkops Josif (Rajačić) patrijarh srpski (1848 – 1861).

<http://www.eparhija-dalmatinska.hr/Episkop-Josif-c.htm> (18. aprila 2017.).

<sup>13</sup> Vesti sa narodne skupštine u Karlovcima. In: *Srbske novine (jutrenji list)*, 15. godina, Beograd. 4. maja 1848. br. 39. 1-2. str. [http://digitalna.nb.rs/wb/NBS/novine/srpske\\_novine/1848/05/04#page/0/mode/1up](http://digitalna.nb.rs/wb/NBS/novine/srpske_novine/1848/05/04#page/0/mode/1up) (18. aprila 2017.).

da ne može da prihvati odluke Majske skupštine. U nastojanjima da ostvare svoju autonomiju Srbi su se počeli pripremati za oružani otpor protiv mađarskog domobranstva. U pomoć im je stigao velik broj dobrovoljaca iz Srbije (početkom juna je bilo 16 hiljada naoružanih srpskih ustanika).

Posle slamanja mađarske borbe za samostalnost Franja Josif I je 1849. osnovao Vojvodstvo Srbiju i Tamiški Banat<sup>14</sup> sa sedištem u Temišvaru, kao teritorijalnu jedinicu (krunovinu) pod neposrednom ingerencijom bečkog dvora i nezavisnu od Ugarske.<sup>15</sup> Ova je krunovina ukinuta 1860. uz patrijarhov protest caru. Josif Rajačić umro je godinu dana kasnije.

Želja Srba iz Habzburške Monarhije za autonomnom političkom jedinicom, ali i za sjedinjenjem sa „prekodrinskom braćom“ oživila je nakon pada Bachova apsolutizma, kada je Ilija Garašanin (1861-1867) stupio u bliske kontakte sa Srbima iz Vojne krajine i Dalmacije, kao i s jugoslovenski orijentisanim članovima Narodne stranke u Hrvatskoj, koji su se zalagali za ujedinjenje Hrvata i Srba u jednu državu.<sup>16</sup> No, ova ideja je predstavljala opasnost za Austriju, jer je velik broj graničara koji su čuvali južne granice Austro-Ugarske bio prosrpski orijentisan, a sem toga je raslo i njihovo nezadovoljstvo zbog teškog materijalnog položaja. Bečki se dvor plašio ne samo pobune graničara, nego i mogućnosti da time ostanu nebranjene južne granice države.

Za razliku od Ugarske, u Trojednoj kraljevini se do 1861. nije pojavilo „srpsko pitanje“, nego su se pravoslavci izjašnjavali kao „Iliri“ i bili su odani banu, naročito za vladanja Josipa Jelačića. Njegovi najbliži saradnici bili su Mojsije Baltić, član Banskog veća, Ognjeslav Utješenović Ostrožinski, banski savetnik za vojna pitanja,<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Od mnogo naziva najčešće su se koristili: Vojvodstvo Srbija i Tamiški Banat (Woiwodschaft Serbien und Temescher Banat) te Srpska Vojvodina i Tamiški Banat (Die serbische Wojwodschaft und das temeser Banat).

<sup>15</sup> Stevanović, Zoran: Vojvodstvo Srbija i Tamiški Banat (1849-1861.). Arhiv Vojvodine, Novi Sad, 2014. [http://www.arhivvojvodine.org.rs/cd\\_prezentacije/elektronska-izdanja/2014-SVTB/](http://www.arhivvojvodine.org.rs/cd_prezentacije/elektronska-izdanja/2014-SVTB/) (18. aprila 2017.). Usp. Mikavica, Dejan: Srpska Vojvodina u Habsburškoj Monarhiji 1690-1920, Novi Sad, 2005.; Krestić, Vasilije: *Iz prošlosti Srema, Bačke i Banata*, Beograd, 2003.; Popović, J. Dušan: *Srbi u Vojvodini*, knjiga 3, Novi Sad, 1990.; Kostić, M. Lazo: *Srpska Vojvodina i njene manjine*, Novi Sad, 1999.

<sup>16</sup> Vidi: Krkljuš, Ljubomirka: Pravni osnovi zahteva za autonomiju Srba u Južnoj Ugarskoj u XVIII i XIX. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, 2002, vol. 36, br. 1-3, str. 71-92.; Krkljuš, Ljubomirka: Nacionalna prava u dokumentima Srpskog pokreta u južnoj Ugarskoj 1848-1849. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, vol. 42, br. 1-2, str. 235-255, 2008.; Krkljuš, Ljubomirka: Besede Mihaila Polita Desančića u Hrvatskom Saboru. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, 2005, vol. 39, br. 3, str. 387-402.; Krkljuš, Ljubomirka: Knez Milan Obrenović i Svetozar Miletić. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, 2007., vol. 41, br. 1-2, str. 109-136.

<sup>17</sup> Ognjeslav Utješenović Ostrožinski (1817-1890.), istaknuti političar, pisac i publicist, župan Varaždinske županije i član Saborskog odbora za pravna pitanja koji je pripremio mnoge zakone.



Maksimilijan Prica, banov sekretar<sup>18</sup> kao i Nikola Krešić.<sup>19</sup> Vredi svakako pomenuti da su mnogi Srbi ostavili dubok trag u Trojedinici.<sup>20</sup>

Srpsko pitanje pojavilo se nakon sloma Bachova apsolutizma, kada se 1861. ponovo sastao Hrvatski sabor. Zastupnici srpske nacionalnosti iz Vojne krajine i Sremske županije zatražili su da se Srbima prizna ravnopravnost, čemu su Hrvati udovoljili. No nije im priznat status „*diplomatičkoga naroda*“. U Saboru se Jovan Subotić zalagao da ime naroda bude „hrvatsko-srpski narod“, pa je tako u januaru 1866. Saboru predložio da se u adresi koja se imala uputiti kralju umesto sintagme „*naš narod*“, koristi naziv „*hrvatsko-srbski narod*“. Tvrdio je da takav naziv proizlazi iz zaključka, koji je usvojio Sabor od godine 1861., kada je priznao srpski narod za ravnopravan hrvatskom.<sup>21</sup> Njegov najbliži saradnik Svetozar Miletić je dodao: „*Srbski narod, kojega ima u monarhiji jedan milijun, neima nigdje mjesta ni stanovišta. Nedadu mu srbske vojvodine te stoga misli, da je trojedna kraljevina ono mjesto, gdje se ima podići glas u obranu srbskoga naroda. Mi smo istina jedan narod no historija dala nam je u prošlosti dva različita politička života, dva imena. Daj Bože, da postanemo po vremenu jedan narod ne samo po porijeklu i imenu već i po historiji. Dotle pako priznajmo, da ima ovdje narod, koji je sa hrvatskim jednoga plemena i jedne krvi, ali nosi drugo ime pa zato dajmo mu njegovo ime srbsko.*“<sup>22</sup> Želji zastupnika srpske narodnosti oštro su se suprotstavili članovi Narodne stranke Josip Perkovac, Matija Mrazović, Josip Vranyczany i barun Dragutin (Dragojlo) Kušlan. Ante Jakić je govor svojih srpskih

<sup>18</sup> Maksimilijan Prica je u vreme apsolutizma imao advokatsku kancelariju s Nikolom Krešićem, a nakon obnavljanja ustavnog života je postao jedan od prominentnih članova Samostalne stranke, te je izabran za člana kraljevinskoga odbora koji je 1866. u Pešti bezuspešno pokušao postići nagodbu s Mađarima.

<sup>19</sup> Nikola Krešić je nakon Bahovog apsolutizma bio saborski zastupnik iz redova Beču odatne Samostalne stranke, a od 1873. do 1884. je bio predsednik Hrvatskog sabora. Od 1871. pa sve do svoje smrti (1887. godine) bio je predsednik zagrebačke Advokatske komore.

<sup>20</sup> Josif Runjanin je kompozitor hrvatske himne, Stjepan Miletić je bio prvi intendant Hrvatskog narodnog kazališta u Zagrebu, Petar Preradović je slavni pesnik, a Nikola Mašić istaknuti slikar, dok je Hristofor Stanković svoju imovinu ostavio Hrvatskoj državi kako bi se u Zagrebu osnovalo stalno pozorište (u njegovoj kući na Trgu svetoga Marka je od 1833. delovalo prvo pozorište).

<sup>21</sup> Jovan Subotić je poput metroplita Rajačića gimnaziju pohađao u Sremskim Karlovcima i Segedinu, a zatim je doktorirao filozofiju u Pešti. Bio je advokat u Pešti od 1841. do 1848. i urednik Letopisa Matice srpske (1842–1848). Revolucionarne 1848. godine zastupao je „Srpsku narodnu vladu“ pri Banskjoj vladi u Zagrebu. Potom je bio urednik Letopisa Matice srpske (1850.–1853.), sudija Stola sedmorice u Zagrebu, te intendant Zemaljskog kazališta u Zagrebu (1863. – 1867.). Među prvim je izabran za člana novoosnovane Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti (JAZU, danas HAZU). Od 1868. je živio u Novom Sadu, radeći i kao predsednik Matice srpske. Od 1861. godine, pa sve do smrti bio je poslanik u Hrvatskom saboru i član saborske delegacije u Ugarskom parlamentu.

<sup>22</sup> Polić, Martin: *Parlamentarna povijest Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije. Dio prvi, od godine 1860. do godine 1867.*, Zagreb, 1899. str. 167.



kolega ocenio provokacijom kazavši: „... *pa ako bi u adresi imalo već biti kako-va spomena o narodnosti, imala bi se spomenuti politička narodnost zemlje, a to je hrvatska. Mi za volju sloge nehtjedosmo spomenuti riječ „hrvatska“ no braći Srbom nije ni to dosta.*“<sup>23</sup> Josip Vranyczany je u svom govoru upozorio: „*Srbi svojim imenom tjeraju upravo agresivnu politiku, a mi stojimo u defenzivnom položaju; da je sbilja tomu tako, dokazuje nam to, što su s početka uzeli za oznaku Srbstva vjerozakon, zatim štokavštinu tako, da po njihovu umovanju nebi bilo Hrvata izim možda u primorju. Naravno je, dakle, da mora popustiti onaj, koji agresivno postupa, ako u obće hoće da bude ravnopravnost.*“<sup>24</sup> Mihajlo Polit Desančić je reagujući na izrečeno odgovorio: „*Ja nisam poznavao hrvatskoga naroda, dok nisam došao ovamo u njegovu sredinu, pa me nekako boljelo, kad mi se reklo, da sam Hrvat, jer sam bio uvijek naučen jezik, kojim govorim, nazivati srbskim jezikom i narod kojemu pripadam, srbskim narodom. (...) Mi ne želimo ništa osvajati, mi znademo, da našoj narodnosti neprieti ovdje nikakova pogibelj no vidimo, da Hrvatstvo i Srbstvo nije još sasvim izjednačeno. Ovdje bih mogao još obširno govoriti o tom, što je narodnost, no neću, jer sam već o tom mnogo pisao, samo moram izjaviti: da je jezik samo substrat narodnosti, te da osim toga treba još jedna povjest, poseban način odgojivanja, političan pravac itd. Dok Hrvatstvo i Srbstvo u tom izjednačeno nije, dotle ja kao Srbin ištem, da se to ime prizna kao diplomatsko a svaku drugu težnju moram smatrati težnjom za supremacijom.*“<sup>25</sup> Zagovornik jugoslovenske ideje Dragojlo Kušlan je u svom govoru 29. januara 1866. Subotičev predlog ocenio „*agresijom na našu državu hrvatsku*“.<sup>26</sup> Kazao je da „braća“ Srbi u Hrvatskoj ne mogu biti nosioci državnosti, nego samo manjina.<sup>27</sup>

Na završetku rasprave je doduše prihvaćen naziv „naš narod“, ali je među dotadašnjim saveznicima došlo do razdora o čemu svjedoče i pisanja srpskih novina, naročito *Vidovdana* i *Svetovida*.

Hrvati su, nakon neuspješnih peštanskih pregovora o nagodbi s Ugarskom (od aprila do juna 1866.) ipak dali nove ustupke Srbima. Budući da car nije potvrdio saborski zaključak iz 1871. godine o „jugoslovenskom jeziku“, Sabor je u januaru 1867. zvaničnim jezikom u Hrvatskoj i Slavoniji proglasio „hrvatski ili srpski“.<sup>28</sup> Ovom saborskom zaključku prethodila je odluka JAZU „da *Akademija*

---

<sup>23</sup> Isto, str. 168.

<sup>24</sup> Isto.

<sup>25</sup> *Saborski spisi kraljevinah Dalmacije, Hrvatske i Slavonije od godine 1865-1867*, Zagreb, 1900., str. 244.-247.

<sup>26</sup> Vidi opširnije Markus, Tomislav: *Politička djelatnost Dragojla Kušlana 1847.-1867*. In: *Povijesni prilozi*, Zagreb, 2009. Vol. 36. No. 36., str. 185-229., ovde str. 214.

<sup>27</sup> *Dnevnik sabora Trojedne Kraljevine od god. 1865/7*, str. 167. Usp. Polić nav. dj. str. 168-169.

<sup>28</sup> D. Kušlan – M. Šuhaj: *Spisi saborski sabora kraljevinah Dalmacije, Hrvatske i Slavonije od godine 1865-1867*, Zagreb 1962, knj. I. str. 159.; *Saborski spisi sabora kraljevinah Dalmacije, Hrvatske i Slavonije od godine 1865-1867*, Zagreb 1900, str. 308.

*jezik svoj nareče hrvatskim iliti srpskim*“, a koja odluka je usvojena zauzimanjem Đure Daničića i Jovana Subotića. Pored toga je Sabor 11. maja 1867. usvojio odluku „*da trojedna kraljevina priznaje narod srpski koji u njoj stanuje kao narod sa hrvatskim narodom istovjetan i ravnopravan*“.<sup>29</sup>

Krajem 1867. je na izborima pobedila Ugarskoj sklona Narodna ustavna stranka (tzv. unionisti, ponekad se nazivaju i mađaronima) koja je 1868. sklopila Hrvatsko-ugarsku nagodbu. Ona između ostalog propisuje da je u Hrvatskoj u zvaničnoj upotrebi hrvatski jezik i latinično pismo. Shodno tome su neki stanovnici Sremske županije podneli Saboru peticiju sa molbom da se na magistratu u sremskim županijskim organima dozvoli isključivo upotreba hrvatskog jezika i latiničnog pisma, a da se zabrani daljnje korišćenje srpskog jezika i ćirilice. Unionistička većina u Saboru je udovoljila ovoj molbi te je odlučila da zemaljska vlada administrativnim putem odredi da se i u Sremskoj županiji „*hrvatski jezik latinskim pismeni u svih službenih odnošajih upotrebljavati imade*“.<sup>30</sup> Unionist Jovan Živković je ustao protiv ove odluke ističući da njome „*Srbi gube ravnopravnost*“.<sup>31</sup> Akademik Vasilije Krestić je ovu nagodbenu odredbu ocenio „*ugrožavanjem Srba*“.<sup>32</sup> Po njegovom mišljenju su Srbi u Hrvatskoj „*morali povesti žestoku borbu za očuvanje srpskog nacionalnog identiteta, jer je bila zabranjena upotreba ćirilice u službenim dopisima državnih ustanova*“.<sup>33</sup>

### 3. MAĐARSKI ZAKON O NARODNOSTIMA

Mađarska politika vođena prema pripadnicima nacionalnih manjina doživela je težak poraz 1848. godine kada su se nemađarski narodi (Nemci, Rumuni, Slovaci, Srbi i Hrvati koji su činili skoro polovinu stanovništva Ugarske) otvoreno suprotstavili želji za stvaranjem mađarske države na principu jedne nacije i jednog jezika.<sup>34</sup> Umesto toga su se priključili nacionalnim pokretima svojih matičnih naroda.<sup>35</sup> Zbog toga su Mađari, posle sklapanja Austro-ugarske (1867.) i

<sup>29</sup> Dnevnik sabora trojedne kraljevine Dalmacije, Hrvatske i Slavonije godine 1865-1867, Zagreb 1967, str. 708–709.

<sup>30</sup> Andrija Radenić smatra da time Srbima nije uskraćeno ustavno pravo da svoje molbe, žalbe, tužbe i druge sastave sličnog sadržaja podnose nadležnim vlastima po izboru: latinicom ili ćirilicom. Vidi Radenić, Andrija: *Srbi u Hrvatskoj i Slavoniji 1868–1878*, Istorija Srba V/2, Beograd 1981, str. 244, 245.

<sup>31</sup> Polić, Martin op. cit. Dio drugi. od 1867. do 1880., str. 102.

<sup>32</sup> Krestić, Vasilije: *O nazivu jezika u prošlosti Hrvatske*. Primljeno na II skupu Odjeljenja istorijskih nauka od 21. marta 1990. [http://kovceg.tripod.com/vk\\_o\\_nazivu\\_jezika.htm](http://kovceg.tripod.com/vk_o_nazivu_jezika.htm)

<sup>33</sup> Isto.

<sup>34</sup> Szász, Zoltán: *A nemzetiségek és a magyar forradalom*. In: *Történelmi Szemle* Budapest 1998. br. 3-4. str. 193-203.

<sup>35</sup> Balogh, Sándor gl. urednik: *A magyar állam és a nemzetiségek*. A magyarországi nemzetiségi kérdés történetének jogforrásai. 1848-1993. Napvilág Kiadó, 2002. <http://www.sulinet.hu/>

Hrvatsko-ugarske nagodbe (1868.), u decembru 1868. usvojili dva zakona kojima su regulisali narodnosna pitanja. *Zakon o nacionalnoj ravnopravnosti broj 1868: XLIV*.<sup>36</sup> (nije se odnosio na Trojednu kraljevinu, jer je njoj član 70. Hrvatsko-ugarske nagodbe priznao poseban položaj) polazi od principa o mađarskom političkom narodu ističući: „Svi državljani Ugarske ... u političkom pogledu čine jedan narod, nedeljivi, jedinstveni mađarski narod, čiji ravnopravni član je svaki državljani, nezavisno od nacionalne pripadnosti.”<sup>37</sup> Iako je zakonom zagarantovana ravnopravnost pripadnika narodnosti kao personalno pravo, nacionalnim manjinama ipak nije data autonomija, pa su poslanici nacionalnih manjina u dieti bili nezadovoljni ovakvom formulacijom. Istovremeno su mnogi Mađari smatrali davanje širokih ličnih prava preteranim ustupkom prema pripadnicima narodnosti. Ni *Zakon o osnovnoškolskoj nastavi broj 1868: XXXVIII*. nije zadovoljio pripadnike manjina,<sup>38</sup> dok je *Zakon o nastavi mađarskog jezika u osnovnoškolskim ustanovama broj 1879: XVIII*. usvojen 22. maja 1879. naišao na njihov žestok otpor. Njime je naime, propisano da je mađarski jezik obavezan nastavni predmet u svim osnovnim školama, te da ga moraju podučavati i u svim narodnosnim učiteljskim školama, jer ga na završetku školovanja svaki učitelj mora znati. Najveći udarac manjinama bio je *Zakon o pravnim odnosima građanskih javnih škola broj 1907: XXVII* usvojen 2. juna 1907. (po svom autoru, Albertu Aponiju/Apponyi Albert/, ministru za verska pitanja i prosvetu nazvan je *Lex Apponyi*), koji je propisao da su svi učenici manjinskih škola dužni da nauče mađarski jezik.<sup>39</sup> Zakon je regulisao da država finansira samo one manjinske učitelje koji svojim učenicima pružaju „besprekorno rodoljubno vaspitanje“. Verovatno je i taj zakon uticao na to da je u kratkom roku smanjen broj manjinskih škola: 1899. je bilo 6000 škola na manjinskom jeziku, a 1914. je takvih škola bilo samo 3300. Rumunska i Srpska pravoslavna crkva su protestovale protiv ovog zakona, ali pokušaji mađarizacije nisu zaustavljeni. Usledio je *Zakon o železničkoj službi broj 1907: XLIX* od 16. avgusta 1907. koji je propisao da je mađarski zvanični jezik na železnicama u celoj Ugarskoj, dok je u Hrvatskoj potrebno i poznavanje hrvatskog jezika. O

---

oroksegtar/data/magyarorszagi\_kisebbsseg/A\_magyar\_allam\_es\_a\_nemzetisegek\_1848\_1993/index.htm (27. aprila 2016.).

<sup>36</sup> 1868. évi XLIV. törvénycikk a nemzetiségi egyenjogúság tárgyában. <http://www.1000ev.hu/index.php?a=3&param=5366>

<sup>37</sup> Gángó, Gábor: Az 1868. évi nemzetiségi törvény és következményei. In: *Korunk*, 2009. br. V. <http://www.korunk.org/?q=node/8&ev=2009&honap=5&cikk=10569>.

<sup>38</sup> 1868. évi XXXVIII. törvénycikk a népiskolai közoktatás tárgyában. <http://www.1000ev.hu/index.php?a=3&param=5360>

<sup>39</sup> Vidi opširnije: Apponyi, Albert: *Le parlement de la Hongrie. Annuaire de parlement*. Paris, 1902.; Apponyi, Albert: *Parlamenti működésem emlékei*. Budapest, 1912.; Apponyi, Albert: *Emlékirataim. Ötven év*. Budapest, 1922.; Apponyi, Albert: *Emlékirataim II. kötet 1896-1906*. Budapest, 1934. Usp. Bartus, Sándor: *A mérsékelt Apponyi. Apponyi Albert gróf politikusi pályája 1872-1892*. In: Valóság, 2001. br. 2.

posledicama ovih zakona je István Bibó zapisao da su njima Mađari „*protiv Ugarske potpuno okrenuli sve manjine, a pošlo im je za rukom dati razlog Hrvatsko-srpskoj koaliciji da raskine veze s ugarskim partnerima*“.<sup>40</sup> Ova je koalicija, naime, već ranije zacrtala put ka stvaranju južnoslovenske države, pa je po Bibou (Bibó) železnička pragmatika bila povod za udaljavanje od Mađara.<sup>41</sup>

Interesantno je da se u hrvatskoj i jugoslovenskoj historiografiji asimilacija i mađarizacija Hrvata, Srba i ostalih južnoslovenskih naroda često vezuje uz ime Karla Kun Hedervarija, a on u vreme donošenja ovih zakona nije bio na vlasti. Štaviše, banom je imenovan na vrhuncu hrvatsko-mađarskih sukoba. Međutim, kada je vladao (kao ban 1883.-1903., kao ministar predsednik 1903. i 1910-1912.), dosledno je izvršavao te zakone i politiku.

#### 4. BAN KUN HEDERVARI I SRBI U HRVATSKOJ I UGARSKOJ

Srbi u Hrvatskoj nisu krili nezadovoljstvo zbog unionističke politike baruna Levina Raucha, pa su stoga aktivno učestvovali u njegovom rušenju, kao i u smenjivanju unionista s vlasti nakon izbora 1871. godine. Ali, ni za vreme bana Ivana Mažuranića im nije odobreno da se u javnim školama uči ćirilica. Prof. Dalibor Čepulo odbacuje tvrdnje da je ban Mažuranić bio nesklon Srbima. Kaže da je postavljao Srbe na značajne funkcije u hrvatskoj upravi i sudstvu, pa su oni zauzimali sva najistaknutija mesta u organima autonomne vlasti (mesta podbana, predsednika Sabora i predsednika Stola sedmorice kao vrhovnog suda itd.). „*Stoga su Mažuraniću, čak i od strane Strossmayera, upućivani prigovori da se okružuje Srbima*“.<sup>42</sup>

Odlazak Ivana Mažuranića (1880.) i imenovanje grofa Ladislava Pejačevića za bana (1881. godine) probudilo je kod Srba nadu da će ostvariti svoja nacionalna stremljenja (uvođenje škole na srpskom jeziku i ćirilice, pitanje Bosne i Hercegovine), ali im to nije pošlo za rukom. Zbog toga su osnovali Srpsku samostalnu stranku<sup>43</sup>, te su sve češće postavljali zahteve da se u Hrvatskom saboru Srbima

<sup>40</sup> Bibó, István: *Válogatott tanulmányok I-IV*. I. kötet 1945–1949. Magvető Könyvkiadó. Budapest, 1986. str. 596.

<sup>41</sup> Vidi opširnije Nadányi, Emil: *A parlamenti küzdelmeink, 1904-1913*. Budapest, 1914.; Pölöskei, Ferenc: *Kormányzati politika és parlamenti ellenzék 1910-1914*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970.

<sup>42</sup> Čepulo, Dalibor: *Ivan Mažuranić: liberalne reforme Hrvatskog sabora 1873.-1880. i srpska elita u Hrvatskoj. Dijalog povjesničara-istoričara: Herceg Novi, 1.-4. ožujka 2001*. Ured.: Hans-Georg Fleck – Igor Graovac. Zaklada Friedrich Naumann. Zagreb, 2002. str. 269-286. str. 278. Usp. Šišić, Ferdo: *Korespondencija Rački – Strossmayer*. II. Od 6.jan(uara)1876. do 31. dec(embra)1881 godine. Zagreb, 1929., str. 205 (Pismo Strossmayera F. Račkom, Đakovo, 11. ožujka 1879. godine); Szabo, Agneza: *Središnje institucije Hrvatske u Zagrebu 1860.-1873. godine*, I., Zagreb, 1987., str. 121-125.

<sup>43</sup> Ugarski Srbi su u Velikom Bečkereku 1869. godine osnovali *Srpsku narodnu slobodoumnu stranku* pod vodstvom Svetozara Miletića i Mihajla Polita Desančića. Ona se u svom „Bečke-

„zakonom prizna ime srpsko (...) da se prizna ravnopravnost ćirilskog pisma sa latinskom pismenicom i da se u zemaljskom proračunu srazmerna svota opredeli na potrebu srbskih kulturnih potreba u ovoj zemlji, a za uočenje tih potreba, da se kod zemaljske vlade ustanovi mesto srpskog referenta...”<sup>44</sup> Srbi su ove svoje ciljeve ostvarili kada je (1. decembra 1883. godine) na bansku stolicu seo grof Karlo Kun Hedervari, čovek od posebnoga poverenja kralja Franje Josifa I i najdugovečnijeg ugarskog predsednika vlade (od 1875. do 1890.) grofa Kalmana Tise (bio je oženjen Tisinom nećakom). Tisa je svojim prijateljima potvrdio da je Kun Hedervarija želeo za svoga ministra unutrašnjih poslova, ali su ga prilike u Hrvatskoj primorale da ga tamo pošalje.<sup>45</sup> Ban je dobio zadatak da obuzda sve jači hrvatski otpor dualizmu.<sup>46</sup> U Mađarskoj je ostavio lagodan položaj velikog župana i mogućnost da posredstvom Kalmana Tise ostvari lepu političku karijeru, te je stigao u Hrvatsku u kojoj nije imao nikakvo političko zaleđe. Tisin uticaj na Kun Hedervarija vidljiv je u metodima vladanja koje je ban preuzeo od njega i svoga uzora cara Franje Josifa I. U listu *Vasárnapi Újság* iz 1903. koji je posvećen Kun Hedervarijevom ustoličenju za ugarskog ministra predsednika kaže se da su „u njemu uočljive sve karakteristike Tisine škole: ne žuri se, ne ljuti se i ne čudi se.”<sup>47</sup> Njegovo imenovanje na bansku stolicu izazvalo je nezadovoljstvo svih političkih faktora u Hrvatskoj. Unionistička aristokratija je očekivala da će banom biti imenovan neko iz njenih redova, a opozicija je grofovo imenovanje doživela kao nametanje „kadra iz Mađarske“. Čak štaviše, tvrdili su da je time povređen ustav, jer da bana nije predložio Sabor. Međutim, ma koliko se to već decenijama ponavlja, ipak ni jedan zakon nigde nije propisao da je Sabor imao pravo predlaganja (*commendatio*), iako je zaista bilo uobičajeno da Sabor tako postupa. Mađarska dieta je 1790. odbila ozakonjivanje ovog običaja, kao što je uradio i kralj svojim otpisom od 8. novembra 1861.<sup>48</sup> U opozicijskim listovima su se novoimenovanom grofu podsmehivali, nazivali su ga „zimskim banom“, koje će vladati

---

rečkom programu“ izjasnila protiv nagodbe, te je zahtevala da se Srbi priznaju za narod, da dobiju prava na zvanični jezik i za povezivanje nekih županija prema narodnosnom principu. Stranka se 1887. razdvojila na dve nove stranke, na način da je jedna zadržala dotadašnji naziv, a u javnosti je bila poznatija kao *Liberalna stranka*, dok je druga stranka uzela ime *Celokupna narodna slobodoumna stranka*. Poslednja je 1891. promenila ime u *Radikalna stranka*. Radikalima je na čelu bio Jaša Tomić, a liberalima Mihajlo Polit Desančić. U Budimpešti je 1884. osnovana Srpska narodna stranka (*notabiliteti*) koja je zastupala konzervativna gledišta i ubrzo se ugasila.

<sup>44</sup> Zastava, Novi Sad, 1883. br. 27.

<sup>45</sup> *Vasárnapi Újság*, Budapest, 1894. (41. godište), br. 23. str. 381. <http://epa.oszk.hu/00000/00030/02101/pdf/02101.pdf>

<sup>46</sup> Soksevcics, D. – Szilágyi, I. – Szilágyi, K.: *Déli szomszédaink története*. Bereményi Könyvkiadó, Budapest, 1994. str. 162.

<sup>47</sup> *Vasárnapi Újság*, Budapest (50. godište), 1903. br. 30. str. 497-498. <http://epa.oszk.hu/00000/00030/02101/pdf/02101.pdf>

<sup>48</sup> Heka, László: *A magyar-horvát államközösség alkotmány- és jogtörténete*. Bába Kiadó, Szeged, 2004. str. 177-178.



samo jednu zimu, dok su mađarske novine isticale da on „*nije dovoljno lukav ni čvrst, nego je poslušan i odan kraljev sluga, veran sledbenik mađarske državne ideje i izvršilac naredaba koje dobija od ugarske vlade.*“<sup>49</sup> Strahovi Mađara da je novi ban preblag, neiskusn, da je produžena ruka Kalmana Tise i kralja Franje Josifa, da nema svoje mišljenje itd. pokazali su se neosnovanima. Slično potcenjivanje i ruganje grof je doživio i 1903. kada je imenovan ugarskim ministrom predsednikom, a Budimpeštom su se pronosile anegdote o njegovom nepoznavanju političkih prilika (dve decenije je pre toga živeo u Zagrebu). Međutim, 1910. je doživio sveopšte priznanje. Koliko se mišljenje mađarske javnosti o njemu promenilo svedoči i analiza Huga Ignotusa, jednog od osnivača uticajnog budimpeštanskog književnog časopisa *Nyugat* (Zapad) napisana povodom drugog imenovanja grofa Karla Kun Hedervarija na čelo ugarske vlade.<sup>50</sup> Ignotus je istaknuo njegovo lukavstvo u postupanju prema opoziciji, unošenje pometnje u njene redove i kompromitovanje njenih čelnika, a sve to uz diplomatsko ponašanje prema okruženju. Nije ga držao intelektualnim misliocem, teoretičarom, nego spretnim i umešnim političarem „*kome se više raduju u Austriji, nego u Mađarskoj*“, ali je „*grof Kun Hedervari dobar Mađar i spretnan čovek.*“<sup>51</sup>

Pokazalo se da je on veoma sposoban, danas bismo rekli „realni političar“ koji se snalazio i u najdelikatnijim situacijama. Pošlo mu je za rukom da u Hrvatskoj stvori saborsku većinu te da ona u periodu od 1884. do 1887. izglasa sve one zakone pomoću kojih je vodio politiku shodnu željama Beča i Pešte.<sup>52</sup> Radi lakšeg vladanja je dao ukinuti ili izmeniti glavne sudske i upravne reforme iz Mažuranićevog doba: deobu sudstva i uprave, garancije nezavisnosti sudstva, slobodu štampe i porotno suđenje.<sup>53</sup> Provedena je i reorganizacija administrativnog aparata radi omogućavanja dominacije mađarskih interesa,<sup>54</sup> ukinut je Zakon o disciplinskom postupku, premeštaju i penzionisanju sudija, kojim je suspendovana nezavisnost sudija<sup>55</sup> čime je Zemaljska vlada dobila mogućnost da utiče na pravosuđe, da slobodno premešta sudije i protivno njihovoj volji. Branko Ostajmer navodi da je ban sigurnost svoje vladavine mogao zahvaliti pokornoj Narodnoj

<sup>49</sup> Gr. Khuen-Héderváry Károly. Az új horvát bán. In: *Magyarország és a nagyvilág*. XX. évfolyam, br. 49. Budapest, 9. prosinca 1883. str. 1-2.

<sup>50</sup> Hugo Ignotus (Veigelsberg, Hugó): A politika mögöl – Khuen gróf – Jegyzetek. In: *Nyugat*. Budapest, 1910. 13. szám <http://epa.oszk.hu/00000/00022/nyugat.htm> (26. kolovoza 2015.).

<sup>51</sup> Isto.

<sup>52</sup> O parlamentarnim borbama u posljednje dve decenije 19. veka vidi opširnije: Szatmári, Mór: *Húsz esztendő parlamenti viharai 1880-1900*. Budapest, 1928.; Pölöskei, Ferenc: *A magyar parlamentarizmus a századfordulón. Politikusok és intézmények*. MTA Történettudományi Intézet, Budapest, 2001.

<sup>53</sup> O porotnom suđenju vidi: Antal, Tamás: The jury in Hungary. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, 2008, vol. 42, iss. 1-2, pp. 927-939.

<sup>54</sup> Čepulo, Dalibor: *Ivan Mažuranić: liberalne reforme Hrvatskog sabora 1873-1880. i srpska elita u Hrvatskoj*. str. 283.

<sup>55</sup> Čepulo, Dalibor: *Vladavina prava i pravna država – europska i hrvatska pravna tradicija i suvremeni izazovi*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 51 (6), 2001. str. 1337-1361. str. 1347.

stranci i njemu odanom činovničkom aparatu.<sup>56</sup> Očigledno je da su ga smatrali strancem, produženom rukom Budimpešte i mađarizatorom, čovekom bez političke pozadine, pa je zato nastojao sebi stvoriti „infrastrukturu“ okružujući se svima koji su mu u tome mogli pomoći, možda ne uvek najboljim kadrovima. Ali je u svoju Narodnu stranku doveo mnoge sposobne državne službenike, modernizovao ju je i učinio je zagovornikom Hrvatsko-ugarske nagodbe. U upravi je uveo čvrstu disciplinu i red, što je opozicija tumačila kao autoritarno vladanje. Mato Artuković ističe da je grof Kun Hedervari „*potkupio potkupljive, nameštenjima darivao odane, uništavao egzistenciju onih koji se nisu dali slomiti.*“<sup>57</sup> U hrvatskoj historiografiji prevladava negativno mišljenje o njemu kao protivniku pravne države, građanskih sloboda i nacionalne ravnopravnosti, uvođenjem „*apsolutističke vlasti obeležene političkim nasiljem nad opozicijom, otvorenom mađarizacijom, poticanjem iseljavanja Hrvata u prekomorske zemlje i pokušajem pretvaranja Hrvatske u ugarsku pokrajinu.*“<sup>58</sup> Gotovo da nema nikoga u hrvatskoj istoriji ko je predstavljen u toliko tamnom svetlu kao pomenuti ban, pa je po njemu udomaćen naziv „*khuenovština*“ kao oznaka vladavine „*pomoću progona, nasilja i korupcije.*“<sup>59</sup> Uz sve navedeno, naročito mu je zamereno prosrpsko držanje. Jožef Bajza (József Bajza) navodi da je Frano Supilo u svome radu *Politika u Hrvatskoj* (Rijeka, 1911., 320. str.) izračunao da su za vreme njegova banovanja u vladajućoj stranci bila 224 poslanika Hrvata i 130 Srba, a u opoziciji 104 Hrvata i 2 Srbina.<sup>60</sup> Ban je Srbima u Hrvatskoj (koji su činili gotovo četvrtinu stanovništva Trojedne kraljevine) dao pravo na korišćenje srpske zastave, jezika i ćirilice, (što im je bilo zabranjeno za vreme bana Mažuranića), pravo da osnivaju škole u okviru Pravoslavne crkve, a Hrvatski sabor je 1888. proglasio „hrvatski ili srpski“ jezik za nastavni jezik u školama Trojedne kraljevine (umesto „hrvatskog“ kako je glasio naziv u nagodbi). Ban je u Saboru 19. oktobra 1895. godine kazao „*da je srpska zastava u Hrvatskoj jednakopravna hrvatsko-slavonsko-dalmatinskoj zastavi i da će je štititi tako dugo, dok je on ban.*“<sup>61</sup> Mnogi su Srbi

---

<sup>56</sup> Ostajmer, Branko: Budislav Budisavljević Prijedorski: *Memoari. Pomenci iz moga života*, prir. Željko Karaula (Bjelovar: Tiskara Horvat d. o. o., 2012.). 244 str. Prikazi i osvrti In: *Scrinia Slavonica* 13 / 2013. str. 559-564.

<sup>57</sup> Artuković, Mato: *Srbi u Hrvatskoj. (Khuenovo doba)*. Hrvatski institut za povijest Osijek, Podružnica za povijest Slavonije, Srijema i Baranje: Bibliotheca Croatica – Slavonica, Sirmiensa et Baranyensia. Slavonski Brod, 2001. str. 21.

<sup>58</sup> Dečak, Hrvoje: Postao i „mađaron“, radi boljitka Hrvatske! (O političkom djelovanju Izidora Kršnjavoga). In: *Kolo*, Zagreb, 2013. br. 5. <http://www.matica.hr/kolo/401/Postao%20i%20%C2%BBma%C4%91aron%C2%AB%20radi%20boljitka%20Hrvatske%21/>

<sup>59</sup> Matković, Stjepan – Šokčević, Dinko: Khuen Hedervary, Károly (Dragutin, Karlo, Karl). In: *Hrvatski biografski leksikon*, 2009. <http://hbl.lzmk.hr/clanak.aspx?id=204> (preuzeto: 9. prosinca 2015.)

<sup>60</sup> Bajza, József: *A horvát kérdés. Válogatott tanulmányok*. Királyi Magyar Egyetemi Nyomda. Budapest, 1941. str. 224. 84. bilješka.

<sup>61</sup> Südländ, L. V.: *Die Südslawische Frage und der Weltkrieg*. Wien, 1918.; L. V. Südländ – I. Pilar: *Južnoslavensko pitanje*, Varaždin, 1990. str. 248.; Usp. Dr. sc. Ivan Balta: *Pravnopovijesni*



zauzimali visoke funkcije u vreme njegova banovanja (na pr. Livije Radojević je bio predsednik Stola sedmorice<sup>62</sup>, a Bogdan Medaković je tada izrastao u političara, koji će 1906. postati predsednikom Sabora).

Njega naravno, na ovu odluku nisu motivisale nacionalne želje Srba, nego pragmatični razlozi, jer je tako dobio njihovu podršku uz koju je mogao bezbedno da vlada, a graničari su pristali da mu pomognu u reintegraciji Vojne krajine u sastav Trojednice. Sem protežiranja Srba zamerena mu je i mađarizacija (Sabor je 1888. doneo zakon kojim je dopuštena izgradnja osnovnih škola sa mađarskim nastavnim jezikom, a 1894. je i u realkama mađarski jezik postao obavezni predmet). Kun Hedervarijev način vladanja je izazvao žestok otpor Hrvata i snaženje Stranke prava, odnosno hrvatskog nacionalizma. Najsnažniji izraz tog nezadovoljstva iskazan je putem studentskih demonstracija 1895. tokom posete cara Franje Josifa I Zagrebu kada je među ostalim spaljena mađarska zastava. Napadi na bana nisu nosili samo antimadžarski, nego i antisrpski pečat. Članovi Stranke prava su tvrdili da u Hrvatskoj priznaju samo hrvatski politički narod, hrvatsku zastavu i hrvatski jezik za razliku od Srba u čije ime je 22. novembra 1895. na sednici Sabora poslanik Đorđe Đurković kazao: „*Ja ću, ako hoćete, sa ushićenom dušom pristati na izraz 'srpsko-hrvatski narod' ili 'srpski ili hrvatski narod'. Ja sam uvjeren, da nema Srbina, koji ne bi na to pristao.*“<sup>63</sup> Srbi su u predstavi podnesenoj Hrvatskom saboru 12. februara 1900. tražili „*da se srbski jezik uvaži i upotreba njegova zakonom zajamči kod svih zemaljskih, zajedničkih i državnih ureda, te da službenici ovih sa strankama Srbima u srbskom jeziku uređuju.*“<sup>64</sup> U zagrebačkom *Srbobranu* je 1902. obelodanjen program Samostalne srpske stranke u kojemu je navedeno da će ona tražiti *da se prilikom revizije nagodbe uz hrvatski narod i jezik prizna i srpski narod i jezik*, a ćirilici, kao pismu srpskoga naroda, prizna potpuna ravnopravnost s latinicom u svim zajedničkim zvanjima na teritoriji kraljevina Hrvatske i Slavonije.<sup>65</sup> Navedeni list je u avgustu 1902. objavio članak Nikole Stojanovića „Srbi i Hrvati“, preuzet iz „Srpskog književnog glasnika“ i naslovljen sa „Do istrage vaše ili naše“. Ovaj je napis masovne anti-srpske demonstracije 1. i 2. septembra, kada su u Zagrebu razbijeni izlozi brojnih

*hrvatsko-madžarski odnosi od dualizma do propasti monarhije, s posebnim osvrtom po pitanjima obrazovanja.* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu. God. 43 (2006), Br. 3-4. (83) str. 361-375. str. 363.

<sup>62</sup> Livije Radivojević (1821. -1903.) još je jedan od Srba koji se školovao u Sremskim Karlovcima i Segedinu, a zatim je u Pešti završio pravni fakultet. Od 1861. je radio pri Banskome stolu u Zagrebu, od 1874. je bio predsednik Stola sedmorice u Zagrebu (do penzionisanja 1891.) te počasni predsjednik Srpske banke u Zagrebu.

<sup>63</sup> Krestić Vasilije: *O nazivu jezika u prošlosti Hrvatske*. [http://kovceg.tripod.com/vk\\_o\\_nazivu\\_jezika.htm](http://kovceg.tripod.com/vk_o_nazivu_jezika.htm)

<sup>64</sup> *Stenografski zapisnici sabora Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije 1897-1902*, sv. IV, dio I, Zagreb 1900, prilog 20, str. 3.

<sup>65</sup> *Program Srpske narodne samostalne stranke*. „Srbobran“ br. 227. iz 1902.

trgovina. Stanje se smirilo, ali su Srbi ostali dosledni u traženju pune ravnopravnosti. Predsednik Sabora Vaso Đurđević je tako 11. decembra 1902. zaključio da se još uvek ne uvažava činjenica da su Srbi u Hrvatskoj „državotvorni element“.<sup>66</sup>

Hrvatski istoričari smatraju da je ban imenovanjem Srba na važne funkcije svesno nastojao produbiti srpsko-hrvatske sukobe i izazvati podele u društvu, sa ciljem da Hrvati i Srbi ne pruže jedinstveni otpor Beču i Pešti. Na taj način je na neuspeh osuđen i trijalizam. Naredne godine su (u martu 1903.) široke narodne mase ustale protiv Kun Hedervarijeve vlade i mađarizacije, ali se u pozadini ovoga „narodnoga pokreta“ 1903-1904 godine nalazila i želja za rušenjem temelja Dvojne Monarhije. Direktan povod demonstracijama bilo je pojavljivanje mađarskih natpisa na novoj zgradi železničke direkcije i na javnim zgradama državnih kancelarija, čime je prekršena Hrvatsko-ugarska nagodba.<sup>67</sup> Demonstranti su 11. aprila 1903. skinuli mađarsku zastavu sa zgrade železničkog kolodvora u Zaprešiću, zbog čega je došlo do nemira i sukoba u celoj Hrvatskoj. Nezadovoljnici su razbijali prozore pristalica mađarske politike, izbacivali su mađarske činovnike iz kancelarija, zapalili su mađarske zastave i banove fotografije te su napadali posede mađarona.<sup>68</sup> Ban je žestoko uzvratio šaljući vojsku na demonstrante i nasilno uspostavljaajući red. Zatvori su bili prepuni, mnoge demonstrante su premlatili. Budući da se stanje nije smirivalo kralj je 27. juna 1903. razrešio bana i imenovao ga na višu funkciju ministra predsednika Ministarskog veća Kraljevine Ugarske. Novi ban je postao grof Teodor Pejačević.<sup>69</sup> Pokazalo se da dvadesetogodišnje banovanje grofa Kun Hedervarija nije ublažilo, nego je do krajnjih granica zaoštrilo ne samo hrvatsko-mađarske, nego i hrvatsko-srpske odnose.

U Mađarskoj je 1903. dočekan kao stranac, došljak iz Hrvatske, sa istim nepoverenjem kao svojedobno u Zagrebu.<sup>70</sup> Nije uživao ni podršku svoje Slobodarske stranke (bila je vladajuća partija od 1875. do 1905.), što je bilo razlogom da 1894. nije prihvatio mandat za sastav ugarske vlade koji mu je poverio car Franja Josif I. U stranci je mogao računati samo na Beču bliskog Benjamina Kallajija (Kallay Benjamin) i još nekoliko aristokrata, ali je prilikom dobijanja trećeg mandata za sastav vlade dobio i podršku partijskih drugova. Ona mu je bila važna kako bi ublažio stereotip da je kraljev čovek.

---

<sup>66</sup> Agramer Tagblatt br. 285. Zagreb, 12. decembra 1902. Navodi: Balta, Ivan: Pravnopovijesni hrvatsko-mađarski odnosi od dualizma do propasti monarhije, s posebnim osvrtom po pitanjima obrazovanja. In: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. God. 43 (2006), Br. 3-4. (83) str. 361-375. str. 363.

<sup>67</sup> Horvat, Josip: *Politička povijest Hrvatske I*. Zagreb, 1989. str. 251-252.

<sup>68</sup> Dobrovšak, Ljiljana: *Židovi u banskoj Hrvatskoj u zbivanjima 1903.-1904.* str. 639.

<sup>69</sup> Perić, Ivo: *Hrvatski državni sabor 1848.-2000.* (drugasveska, 1868.-1918.), Zagreb, 2000. str. 342.

<sup>70</sup> Ostajmer, Branko: Khuen – ključna epizoda slavonskog regionalizma. In: *Slavonija, Baranja i Srijem. Vrela europske civilizacije*, sv. 1, ur. Božo Biškupić, Vesna Kusin, Branka Šulc. Zagreb, 2009., str. 390.-397. str. 391.

## 5. ŠTA SU SRBI, HRVATI I MAĐARI PISALI I GOVORILI O GROFU KUN HEDERVARIJU?

Iako se uglavnom smatra da je Kun Hedervari bio hladan, proračunat i aristokratski nadmen te da je Srbe „iskorištavao“ kako bi politikom *divide et impe-*ra vladao Trojednom kraljevinom, ipak je poznato da je sa nekima od njih negovao prijateljske odnose. Svedoči o tome i pravi panegirik koji je o njemu o povodom imenovanja ministrom predsednikom napisao političar i publicist Đuro Đurković u budimpeštanskom listu *Vasárnapi Újság* pod naslovom „Grof Kun Hedervari kao državnik i čovek“.<sup>71</sup> Budući da je ban bio zagovornik dualizma, a protivnik jugoslovenskog ujedinjavanja i trijalizma, stoga je bio trn u oku pristalicama ove ideje. Međutim, nije samo on napadan, nego i njegovi istomišljenici Hrvati i Srbi. Interesantno je da su unioniste Hrvate (pre svih Izidora Kršnjavija i Nikolu Tomašića) napadali uglavnom njihovi sunarodnici, dok su se sa banom bliskim Đurkovićem, idejnim osnivačem Srpskog kluba (koji se kasnije utopio u unionističku Narodnu stranku), „obračunali“ Srbi. Đurković je bio izložen žestokim verbalnim atacima i podsmehivanju, naročito putem brojnih karikatura. Nives Rumenjak u svom radu *Manjinski identitet i autostereotipi: srpska karikatura* kaže da „predstavnik srpske manjine iz vladine stranke u Hrvatskom saboru ... najčešće personificira tipizirani karikaturalni lik Đure Đurkovića.“<sup>72</sup> U karikaturama je prikazivan u crnoj mađarskoj kapici s perom ili cilindrom, sa okruglim naočarama, u crnom fraku, sa tregerima, hiperboličnim stomakom i sa džepnim satom, cigarom te crnim mađarskim čizmama sa mamuzama kao utelovljenje mračnog bogatog birokrata, praktičnog političara koji je izdao srpske nacionalne ideale.“<sup>73</sup> Đurković je u napred navedenom članku napisao da ga uz Kun Hedervarija vezuje dvadesetogodišnje prijateljstvo i bliskost političkih stavova.<sup>74</sup> „U stranačkim sukobima je o njemu stvorena slika neodlučnog čoveka, za mnoge je on neobičan i tajnovit, ali nije takav za one koji ga poznaju. Zanimljivim ga smatraju čak i najogorčeniji neprijatelji, a njegovi ga prijatelji drže izvanrednim, dok ja delim oba mišljenja. Sličan je brušenom kamenu koji ima sjajnu i tamniju stranu, oštre rubove i stoga je zaista dragi kamen. ... Ovih dana mnogi pitaju da li je grof Kun Hedervari liberalan ili konzervativan, da li voli vladati nasiljem ili strpljenjem, pripada li nacionalnim patriotama ili je kosmopolit? Na ta pitanja ne mogu da

<sup>71</sup> Gyurkovics György: Gróf Khuen-Héderváry mint államférfi, és mint ember. In: *Vasárnapi Újság* 1903. br. 26. str. 459.

<sup>72</sup> Rumenjak, Nives: Manjinski identitet i autostereotipi: srpska karikatura u Hrvatskoj 1896.-1902. In: *Časopis za suvremenu povijest*. Vol. 38. No. 2. Zagreb, 2006. str. 549.-567. str. 552. Vidi: Minority Identity and Autostereotypes: Case of Serb Caricature in Croatia 1896.-1902.“ In: “The Fourth European Social Science History Conference, The Hague, 27 February – 2 March 2002“.

<sup>73</sup> Isto, str. 554.

<sup>74</sup> *Vasárnapi Újság* 1903. br. 26. (28. juna 1903.) str. 420. [http://epa.oszk.hu/00000/00030/02581/pdf/VU\\_EPA00030\\_1903\\_26.pdf](http://epa.oszk.hu/00000/00030/02581/pdf/VU_EPA00030_1903_26.pdf)

*odgovorim tako da to svima bude po ukusu, jer je po mome mišljenju ban i jedno i drugo ili bolje rečeno zna biti. ... Grof Kun Hedervari ne bi mogao ostati toliko dugo banom da nije u svakoj prilici posvedočio izvanredan razum i sjajnu diplomatsku umešnost, iako je ponekad koristio snagu. Uvek je ostao najmarljiviji službenik zemlje čija je odanost obavezama postala skoro poslovicom, kao i njegova vernost i privrženost kralju. U proceni ljudi je bio blag i sposoban opraštati, ali je prema protivnicima znao biti tvrd i neumoljiv. U Zagrebu su mu često zamerili da je optimist te da i najteže poslove uzima olako. Ja nisam još upoznao značajnog državnika koji bi bio melankolik. Onaj ko veruje u sebe i u posao koji obavlja mora da veruje i u uspeh, jer odakle bi inače crpio samopouzdanje i inicijativnost? ... Grof Kun Hedervari je šarmer, pri prvome susretu s njime svaki čovek zaključuje da je simpatičan čovek dobrog raspoloženja, lepog ponašanja.... U njegovom dvorcu u Hedervaru uvek se okupljalo otmeno društvo, bio je otvoren za njegove dobre prijatelje koji su se rado vraćali, jer je njegova supruga grofica Margit Teleki, tip uzvišene ženske lepote, očarala svakog gosta. Teško je zamisliti lepši i topliji porodični život pun ljubavi i pažnje od onoga koji se odvija u dvorcu u Hedervaru... Puno lepih dana sam proživio u dvorcu zajedno sa vlasnikom šetajući drevnim parkom ili između oranica i majura i tada smo redovno raspravljali o naučnim i političkim pitanjima...<sup>75</sup> Osvrnuo se i na njegovu nacionalnost zaključujući da je on kosmopolit, kome nacionalna pripadnost ne znači razdvajanje, nego zajednicu, pa piše: „Ostavimo po strani krvna zrnca i ne odevajmo na njega attilu, nego frak, jer je Kun Evropljanin, pravi džentlmen.“<sup>76</sup>*

Srbi su grofa Kun Hedervarija znali nazivati „srpski ban“ kako to svedoči i diskusija Mihajla Polita Desančića u Predstavničkom domu ugarskog parlamenta 20. januara 1909. povodom interpelacije premijeru Šandoru Vekerleu (Wekerle Sándor) u vezi tzv. veleizdajničkog procesa. Poslanik je tada kazao: „*Da li je raniji ban Kun Hedervari poricao srpstvo u Hrvatskoj? Nije, nego je znao stvoriti sebi jednu srpsku stranku, štaviše, nije ga smetalo ni to ako su ga nazivali 'srpskim' banom*“.<sup>77</sup> Međutim, ovo lepo mišljenje koje su Srbi imali o njemu, nije dugo potrajalo, jer je ubrzo ostao bez srpske podrške. Možemo reći da je međusobna saradnja i sa banove i sa srpske strane bila bazirana na interesima, pa su mu Srbi u novim političkim okolnostima uskratili poverenje. To se desilo odmah nakon njegovog nastupnog premijerskog govora 27. januara 1910.<sup>78</sup> kada je Jovan

---

<sup>75</sup> Isto

<sup>76</sup> *Vasárnapi Újság* 1903. br. 26. str. 418-420.

<sup>77</sup> Dnevnik Zastupničkog doma (Képviselőházi Napló), 1906. XXIII. str. 61-64. Vidi: In: Kemény, G. Gábor: *Iratok a nemzetiségi kérdés történetéhez Magyarországon a dualizmus korában*, V. 1906–1913. Budapest, 1971. str. 266-267.

<sup>78</sup> Dnevnik Doma velikaša (Főrendiházi Napló) 1906-1911. III. sv. str. 168-170. Priopćava Kemény, G. Gábor: *Iratok a nemzetiségi kérdés történetéhez Magyarországon a dualizmus korában*, V. 1906–1911. str. 318-320.

Manojlović iz Srpske radikalne stranke najavio da su zastupnici iz njegove stranke protiv Kun Hedervarijeve vlade te će glasati za zahtev Đule Juste (Jusztha Gyula) da se preispita poverenje vladi.<sup>79</sup>

Mađari su ga uz sveopšte mišljenje da je on kraljev i Tisin čovek, ponekad uvredljivo nazivali „graničarem“ (što takođe ukazuje na povezanost sa Srbima), ali uopšteno govoreći, grof Kun Hedervari nije izazivao veći interes javnosti. To je donekle razumljivo, budući da decenijama nije bio učesnik domaće političke scene. U novinama su mu priznavali čvrstorukašku politiku kojom je obuzdavao Hrvatsku. List *Vasárnapi Újság* je u povodu kraljeve posete Zagrebu 1895. objavio: „Uprava je sve bolja shodno banovoj krilatici: rad, posao i zakon. Slično napredovanje vidljivo je i u pravosuđu, a javna prosveta je uzdignuta na evropski nivo. Da je inače od prirode malo obdarena, siromašna zemlja doživela lep razvoj i na privrednom polju videlo se i po milenijskoj izložbi na kojoj je učestvovalo blizu osam hiljada izlagača ... Slične velike zasluge ima ban i i u pogledu ublažavanja razmirica između Srba i Hrvata zbog nacionalnog i verskoga pitanja. Njegova je politika omogućila da srpski zastupnici u okviru Narodne stranke sarađuju sa Hrvatima u interesu države.“<sup>80</sup>

U povodu njegove inauguracije je *Vasárnapi Újság* objavio prikaz na čak tri stranice. Uvodničar lista, poznati pisac Kalman Miksat (Mikszáth Kálmán) piše da „taj inače krhki, fini lik zrači imponirajućom snagom“.<sup>81</sup> Prenosi atmosferu sa njegove inauguracije i piše da govornici na osnovu novinskih napisa optužuju grofa Kun Hedervarija najrazličitijim stvarima: „da nije [Mađar], jer je prije bio hrvatski ban, dok ga sa druge strane Hrvati optužuju da je ban postao iz stolice mađarskoga velikog [župana]... Ističu da je autokrat, da je nemilosrdno postupao prema Hrvatskoj (jadnim, nevinim Hrvatićima) te da nama ne treba takav autokrat. On bi u svoju odbranu mogao da kaže: Ako sam bio autokrat, onda sam to bio u mađarskom interesu. Ali ban ništa ne opovrgava, to mu nije običaj. I ima pravo. Napravio je to sledeći govornik koji kaže da je grof [pogodovao] Hrvatima kad god i gde god je mogao, tepao im je, negovao ih na štetu Mađara, pa su tokom njegove slabašne vladavine osnažene pozicije Strossmayerovih pristalica i učestali su neredi. I to bi grof Kun Hedervari mogao da demantuje kazavši neka se govornici dogovore da li je autokrat ili slabić. Ako je autokrat, onda nije 'loš Mađar', a ako je slabić, onda neka ne tvrde da je autokrat.“<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Dnevnik Zastupničkog doma (Képviselőházi Napló) 1906. XXVI. str. 160-162. In: Kemény, G. Gábor: *Iratok a nemzetiségi kérdés történetéhez Magyarországon a dualizmus korában, V. str. 320. fusnota br. 1.*

<sup>80</sup> A zágrábi királylátogatás. *Vasárnapi Újság* 1895. br. 43. str. 701-703. <http://epa.oszk.hu/00000/00030/02174/pdf/02174.pdf> (20. aprila 2017.).

<sup>81</sup> A bemutakozás. *Vasárnapi Újság* 1903. br. 30. str. 498. [http://epa.oszk.hu/00000/00030/02585/pdf/VU\\_EPA00030\\_1903\\_30.pdf](http://epa.oszk.hu/00000/00030/02585/pdf/VU_EPA00030_1903_30.pdf)

<sup>82</sup> Isto.

I na kraju pomenimo i stav hrvatske istoriografije o njemu, koji je izrazito negativan, iako je zadnjih decenija donekle ublažen. Prevladava ocena da je kruto provodio dualističku politiku koja je sputavala Hrvate na putu do ostvarenja njihovih nacionalnih prava. Mnogi smatraju da je pomažući Srbima onemogućio da Hrvatska jasno artikuliše svoje želje za većom samostalnošću, naročito finansijskom. Stroga disciplina koju je zaveo upoređuje se sa Tisinim načinom vladanja, što je delom posledica njihovog sličnog načina mišljenja, ali i činjenice da su obadvojica bili aristokrati sa pomalo nadmenim držanjem.<sup>83</sup> Ipak mu se priznaje da je mnogo uradio na modernizaciji i izgradnji Hrvatske, zbog čega zaslužuje revalorizaciju svoje istorijske uloge.

## ZAKLJUČAK

Ban Karlo Kun Hedervari je najdugovečniji mađarski državnik koji je dvadeset godina bio hrvatski ban, a zatim u dva navrata (1903. te 1910-1912.) ministar predsednik mađarske vlade. Sa Srbima je negovao veoma bliske odnose i zaslužan je za mnoga prava koja su dobili koncem XIX. veka. Zbog toga su ga ponekad nazivali i „srpskim banom“. Procena njegove vladavine uglavnom je negativna, često se zasniva na nepotvrđenim podacima, a veoma je malo radova koji se bave istraživanjem njegovog lika i dela. Iz današnje perspektive gledano moglo bi da se kaže da je u političkom smislu njegovo vladanje u Hrvatskoj dvojbeno, ali je u privrednom i kulturnom pogledu to bilo vreme značajnog napretka Trojedne kraljevine. Naročito je izgrađen Zagreb koji je 1890. godine sa svojih 38.742 duša bio predmet podsmeha Mađara kada su ga kao glavni grad pokušavali uporediti sa mađarskom prestonicom Budimpeštom sa njenih 486 671 stanovnika. Zagreb je u očima Mađara bio tek mali provincijski gradić, čiji broj stanovnika je bio adekvatan onome u mađarskim trgovištim, pa se u poređenju sa većim gradovima poput Segedina i njegovih 85. 569 žitelja doima beznačajnim. Ban Khuen- -Héderváry je najzaslužniji da je početkom XX. veka Zagreb doživeo veliki razvoj u kulturnom i privrednom smislu i postao pravi evropski grad.

---

<sup>83</sup> Bertényi, Iván ifj: *Bánffy Dezső és a nemzetiségi kérdés* (doktorska disertacija). Eötvös Loránd Tudományegyetem Bölcsészettudományi Kar. Budapest, 2005. <http://doktori.btk.elte.hu/hist/bertenyi/diss.pdf> (novembar 2015.).



*Heka L. László, Ph.D., Associate Professor  
University of Szeged  
Faculty of Law and Political Sciences  
heka@juris.u-szeged.hu*

## **Count Károly Khuen-Héderváry and the Serbs in Hungary and Croatia**

**Abstract:** *Count Károly Khuen-Héderváry (1849th – 1918th); Hungarian politician and statesman, held the title of Viceroy of Croatia, Slavonia and Dalmatia from 1883th to 1903th, and was the President of the Hungarian Ministerial Council in two occasions (June 27th 1903 to November 3rd 1903 and January 17th 1910 to April 22nd 1912).*

*Although he marked historical events at the turn of the 19th to the 20th century, in Yugoslav historiography and national consciousness he is remembered in an extremely negative context. It is interesting that on one hand he is generally known, but on the other hand we know very little about Count's work, and that until today there hasn't been written even one memoir about him, and there is a small amount of scientific paper about his political path.*

*In this study we present the life and work of Károly Khuen-Héderváry as the Croatian Viceroy and the Hungarian Prime Minister and his attitude towards the National question, with special emphasis on cooperation with the Serbs in Hungary and Croatia. In fact, it was the Serbs who allowed him the twenty-year rule in Croatia, and in return Viceroy Khuen-Héderváry gave them very broad rights. This caused discontent of the Croats who, because of the relationship towards the Serbs, called him The Serbian Viceroy.*

**Keywords:** *Count Károly Khuen-Héderváry, Croatian Viceroy, President of the Ministerial Council of the Kingdom of Hungary, Serbs in Hungary and Croatia, collaboration between Count Khuen-Héderváry and Serbs.*

Datum prijema rada: 10.05.2017.





# ODELJAK ZA STUDENTE



*Danijela Kukuruzović, student doktorskih studija  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
danijelakukuruzovic@yahoo.com*

## GRAĐEVINSKO ZEMLJIŠTE KAO PREDMET VRAĆANJA U POSTUPKU RESTITUCIJE

**Sažetak:** *Pravo svojine na građevinskom zemljištu je samo jedno od mnogih imovinskih prava koje je bilo predmet oduzimanja od fizičkih i pravnih lica u periodu nakon završetka Drugog svetskog rata, od strane državnih vlasti, dok je osnova oduzimanja bilo mnogo. Vraćanje oduzetih imovinskih prava predstavlja obavezu svake države koja proklamuje vladavinu prava kao jedno od ustavnih načela, te su radi postizanja tog cilja doneta dva zakona kojima je uređeno navedeno pitanje: jedan, kojim je ovo pitanje uređeno na opšti način, i drugi, koji se odnosi samo na crkve i verske zajednice. Međutim, navedenim zakonima su pojedina pitanja na različit način regulisana, kao što su prava trećih lica na oduzetom građevinskom zemljištu i drugim nepokretnostima, posebno prava imalaca stvarnih i ličnih službenosti, te prava zakupaca nepokretnosti. Mogućnost vraćanja prava svojine na građevinskom zemljištu je ograničena sa više faktora, pri čemu se mora uspostaviti ravnoteža između interesa bivših vlasnika građevinskog zemljišta, interesa fizičkih i pravnih lica koji imaju pravo svojine na objektima izgrađenim na tom zemljištu nakon oduzimanja i opštih društvenih interesa. Stoga se princip prirodne restitucije, iako je predviđen kao osnovni princip restitucije imovinskih prava, pa i prava svojine na građevinskom zemljištu, u praksi sprovodi sa mnogo odstupanja.*

**Ključne reči:** *građevinsko zemljište, nacionalizacija, restitucija oduzete imovine.*

### 1. UVOD

Kao pokušaj ispravljanja nepravde koja je izvršena u periodu posle Drugog svetskog rata od strane tadašnjih vlasti, kada je imovina velikog broja fizičkih i pravnih lica podržavljena, u Republici Srbiji je 2011. godine donet Zakon o vraćanju

oduzete imovine i obeštećenju<sup>1</sup>. Republika Srbija je među poslednjim zemljama u regionu zakonom uredila pitanje restitucije.<sup>2</sup> Navedenim zakonom naturalna restitucija je predviđena kao osnovni princip obeštećenja, a novčano obeštećenje u situacijama kada ona nije moguća. Ne samo u zemljama u okruženju, nego i u najvećem broju država centralne i istočne Evrope dat je prioritet naturalnoj restituciji nad novčanim obeštećenjem, a izuzetak je Mađarska.<sup>3</sup> Mađarski zakonodavac je dao prednost privatizaciji državnih dobara u odnosu na restituciju. Kao opravdanje za odstupanje od principa naturalne restitucije, koji je prihvaćen u drugim zemljama, navedeno je da bivši vlasnici dobara koja su im oduzeta u vreme komunizma nisu jedini koji su pogođeni odlukama bivšeg režima, da se kroz restituciju oduzete imovine ne mogu ispraviti sve nepravde koje su učinjene u vreme komunizma, ali da će brz ekonomski razvoj, sa druge strane, povećati prihode i zaposlenost, te da će pomoći oštećenim licima da brže zaborave nepravdu koja im je učinjena.<sup>4</sup> Sa druge strane, u nekim zemljama mogućnost vraćanja oduzetih nepokretnosti zavisi od načina na koji su iste oduzete. Prema bugarskim zakonima iz 1992. godine koji uređuju navedeno pitanje, oduzete nepokretnosti su pogodne da budu predmet naturalne restitucije ukoliko su oduzete na osnovu pravnog akta i ako postoji dokumentacija kojom bivši vlasnik to može dokazati. Ukoliko su iste oduzete nezakonitim postupanjem državnih organa, tj. bez pravnog osnova, bivši vlasnik ne može da zahteva vraćanje istih u svojini, već samo eventualno neki vid obeštećenja. Pri tom, u slučaju nezakonitog oduzimanja nepokretnosti od strane države, propisan je desetogodišnji rok nakon čijeg proteka se smatra da je država stekla pravo svojine na njima održajem.<sup>5</sup>

Pre donošenja Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju iz 2011. godine, u Republici Srbiji su doneti Zakon o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine<sup>6</sup>, čiji je cilj bio prikupljanje preliminarnih podataka o broju lica zainteresovanih za restituciju imovine i o obimu imovine čije vraćanje će biti zahte-

---

<sup>1</sup> Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 108/13, 142/14 i 88/15 – Odluka US RS.

<sup>2</sup> U Sloveniji ovo pitanje je uređeno Zakonom o denacionalizaciji, *Uradni list Republike Slovenije*, br. 27/91, 31/93, 65/98, 66/00, u Hrvatskoj Zakonom o naknadi za imovinu oduzetu za vreme jugoslovenske komunističke vladavine, *Narodne novine*, br. 92/96, 39/99, 42/99, 92/99, 43/00, 131/00, 27/01, 65/01, 118/01 i 80/02), u Makedoniji Zakonom o denacionalizaciji iz 1988. godine. Crna Gora je 2004. godine donela Zakon o povraćaju oduzetih imovinskih prava i obeštećenju, *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 21/04, nav. prema: Mirjana Jovanović Tomić, Srđan Sikimić, „Denacionalizacija na prostoru bivše SFRJ“, *Rehabilitacija i restitucija u Srbiji*, 2009, 191.

<sup>3</sup> M. Jovanović Tomić, S. Sikimić, 216.

<sup>4</sup> Mariana Karadjova, „Property Restitution in Eastern Europe: Domestic and International Human Rights Law Responses“, *Review of Central and East European Law*, 3/2004, 336.

<sup>5</sup> Leland Rhett Miller, „Land Restitution in Post – Communist Bulgaria“, *Post – Communist Economies*, Vol. 15, 1/2003, 78–79.

<sup>6</sup> Zakon o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine, *Službeni glasnik RS*, br. 45/2005.

vano, kao i Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama<sup>7</sup>, kojim je uređen postupak vraćanja oduzete imovine od navedenih subjekata.

## 2. PROPISI NA OSNOVU KOJIH JE VRŠENO ODUZIMANJE PRAVA SVOJINE NA GRAĐEVINSKOM ZEMLJIŠTU

Osnovi oduzimanja imovine su bili različiti: agrarna reforma, kolonizacija, konfiskacija, sekvestracija, nacionalizacija, eksproprijacija, a mnogima je imovina oduzimana i bez navođenja pravnog osnova. Za predmet ovog rada od osnova oduzimanja od posebnog značaja su Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta<sup>8</sup> i Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera<sup>9</sup>. Pored pomenutih zakona, osnov oduzimanja su bili i drugi propisi. Primera radi, Zakon o konfiskaciji imovine i o izvršenju konfiskacije<sup>10</sup> je u članu 3 predviđao da se može konfiskovati samo imovina onog lica protiv kojeg je doneta na zakonu osnovana odluka o konfiskaciji, ma u čemu se ta imovina sastojala. Dakle, predmet konfiskacije je moglo biti i građevinsko zemljište. Osnov prelaska prava svojine na građevinskom zemljištu sa fizičkih i pravnih lica na državu je bio i Zakon o građevinskom zemljištu.<sup>11</sup> Na osnovu ovlašćenja iz ovog zakona, podržavljenje građevinskog zemljišta je vršila opština donošenjem odluka o određivanju gradskog građevinskog zemljišta.<sup>12</sup> Međutim, u Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju ovaj zakon nije naveden među propisima na osnovu kojih je vršeno oduzimanje imovine, a čije se posledice otklanjaju u postupku restitucije.<sup>13</sup> Na taj način su lica kojima je oduzeto pravo svojine na građevinskom zemljištu primenom tog zakona stavljena u nepovoljniji položaj u odnosu na lica čije zemljište je oduzeto primenom drugih propisa.

Nacionalizacija građevinskog zemljišta je u praksi sprovedena bez ikakve naknade, iako su pojedini propisi predviđali isplatu naknade bivšim vlasnicima. Međutim, naknada i kada je bila propisana, bila je propisana u znatno manjem iznosu nego što je bila vrednost oduzetog zemljišta. Pomenuti propisi su predvi-

---

<sup>7</sup> Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006 i 44/2011 – Rešenje US RS.

<sup>8</sup> Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, *Službeni list FNRJ*, br. 52/58, 3/59, 24/59, 24/61, 1/63, 30/67 – Odluka USJ.

<sup>9</sup> Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera, *Službeni glasnik SRS*, br. 32/68, 17/69, 29/69, 19/71, 16/72, 24/73 i 39/73.

<sup>10</sup> Zakon o konfiskaciji imovine i o izvršenju konfiskacije, *Službeni list FNRJ*, br. 61/46, 74/46 i 105/46.

<sup>11</sup> Zakon o građevinskom zemljištu, *Službeni glasnik SRS*, br. 32/75.

<sup>12</sup> Mirjana Vulić, „Nacionalizacija građevinskog zemljišta“, *Pravni život: časopis za pravnu teoriju i praksu*, 10/2015, 446.

<sup>13</sup> M. Vulić, 445.

đali da će naknada bivšim vlasnicima biti isplaćena tek kada im zemljište bude izuzeto iz poseda,<sup>14</sup> na koji način je prolongirana obaveza isplate. Pored toga, mnogim licima zemljište nije ni izašlo iz državine ni nakon oduzimanja prava svojine, već su nastavili isto da drže kao imaoci prava korišćenja, te se nisu nikada ni stekli zakonski uslovi za isplatu naknade.

### 3. PROPISI NA OSNOVU KOJIH SE VRŠI VRAĆANJE PRAVA SVOJINE NA GRAĐEVINSKOM ZEMLJIŠTU

U teoriji se često ističe da nije postojala ustavna obaveza države da uredi pitanje restitucije i da je država sama sebi stvorila tu obavezu donošenjem zakona o restituciji.<sup>15</sup> Takva obaveza nije proisticala ni iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja je kod nas stupila na snagu 03.03.2004. godine, budući da ista nije bila na snazi u vreme kada je vršeno oduzimanje imovine. Iako član 1 Prvog Protokola uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (u daljem tekstu: Konvencija) predviđa pravo na neometano uživanje imovine, Konvencija ne jemči pravo na restituciju, ne važi za prošlost.<sup>16</sup> Evropski sud za ljudska (u daljem tekstu: Sud) prava je odbio da pod šticešno dobro – „imovinu“ u smislu člana 1 Prvog Protokola Konvencije podvede očekivanja u pogledu restitucije u državama koje su izašle iz komunizma.<sup>17</sup> Međutim, Sud je utvrdio da i određena „legitimna očekivanja“ u pogledu restitucije uživaju zaštitu po osnovu prava na imovinu, a očekivanja su, prema stavu Suda, legitimna ukoliko je vlasnički interes u odnosu na oduzetu imovinu u vreme važenja Konvencije stekao takav oslonac u pravnom poretku da se može smatrati da je taj vlasnički interes ili preživeo oduzimanje, ili da je obnovljen.<sup>18</sup> Nakon što pravo na restituciju oduzete imovine bude uređeno zakonom neke države članice, ono uživa zaštitu u smislu člana 1 Prvog protokola Konvencije.

Sve do donošenja Ustava Republike Srbije<sup>19</sup> nije postojao ni ustavni osnov za donošenje zakona kojim bi se uredilo pitanje vraćanja oduzetog građevinskog zemljišta ranijim vlasnicima, s obzirom da je sve do dana stupanja na snagu sada važećeg ustava postojao monopol državne, odnosno društvene svojine na građevinskom zemljištu. Naime, odredbom člana 60 stav 1 Ustava Republike Srbije iz

---

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

<sup>15</sup> Vladimir Vodinelić, „Denacionalizacija: veliko iščekivanje izvesnog“, *Rehabilitacija i restitucija u Srbiji*, 2009, 162 i dalje.

<sup>16</sup> Vid. V. Vodinelić, 162 -163.

<sup>17</sup> Dušan Rakitić, „Analiza osnovnih elemenata opšteg zakonskog rešenja restitucije u Srbiji iz perspektive prakse Evropskog suda za ljudska prava“, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/11, 214.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06.



1990. godine<sup>20</sup> bilo je propisano da su prirodna bogatstva i dobra u opštoj upotrebi, kao dobra od opšteg interesa, i gradsko građevinsko zemljište u državnoj ili društvenoj svojini. Stavom 3 istog člana je bilo propisano da se na dobrima od opšteg interesa i na gradskom građevinskom zemljištu može, pod uslovima utvrđenim zakonom, steći pravo korišćenja. Ovakvo stanje je postojalo još od 26.12.1958. godine, odnosno od stupanja na snagu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta. Tek je Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine<sup>21</sup> predviđena mogućnost sticanja i drugih oblika svojine na građevinskom zemljištu, što je omogućilo da i raniji vlasnici kojima je ovo zemljište bespravno oduzeto ponovo steknu pravo svojine. Međutim, pojedini autori smatraju da su, posmatrano sa ustavnopravnog aspekta, pretpostavke za restituciju stvorene još 1988. godine amandmanima na Ustav SFRJ i uklanjanjem kvantitativnih, kvalitativnih i funkcionalnih granica svojine.<sup>22</sup>

Pre stvaranja ustavnog osnova za vraćanje prava svojine na građevinskom zemljištu ranijim vlasnicima 2006. godine, Zakon o planiranju i izgradnji iz 2003. godine<sup>23</sup> je nagovestio restituciju. Naime, odredbom člana 79 stav 4 ovog zakona bilo je propisano da se za deo zemljišta koje je kao gradsko građevinsko zemljište određeno odlukom skupštine opštine, grada, odnosno Grada Beograda koje, do dana stupanja na snagu ovog zakona, nije privedeno nameni u celini ili većim delom, a ne čini urbanističku i funkcionalnu celinu sa javnim građevinskim zemljištem, na zahtev ranijeg sopstvenika, odnosno njegovog pravnog sledbenika, uspostavlja režim svojine koji je bio pre stupanja na snagu odluke o određivanju tog zemljišta kao gradskog građevinskog zemljišta, pod uslovima i po postupku utvrđenim ovim zakonom.

Zakonom o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine regulisano je pitanje vraćanja prava svojine na građevinskom zemljištu i drugim nepokretnim i pokretnim stvarima u odnosu na crkve, verske zajednice i njihove pravne sledbenike, da bi tek donošenjem Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju iz 2011. godine navedeno pitanje bilo uređeno i u odnosu na druge bivše vlasnike čija dobra su bespravno oduzeta.

#### 4. NATURALNA RESTITUCIJA GRAĐEVINSKOG ZEMLJIŠTA

Prema podacima Republičke direkcije za imovinu Republike Srbije, koji su sačinjeni na osnovu prikupljenih prijava ranijih vlasnika koje su podnosili u skla-

<sup>20</sup> Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 1/90.

<sup>21</sup> Članom 88 stav 1 Ustava je propisano da je korišćenje i raspolaganje poljoprivrednim zemljištem, šumskim zemljištem i gradskim građevinskim zemljištem u privatnoj svojini slobodno.

<sup>22</sup> Jelena Z. Veselinov, „Aktuelna pitanja restitucije u Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/16, 576.

<sup>23</sup> Zakon o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik RS*, br. 47/03 i 34/06.

du sa Zakonom o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine, 11% od ukupnog broja prijava za vraćanje nepokretnosti se odnosi na identifikovano građevinsko zemljište.<sup>24</sup> Površina ukupno prijavljenog oduzetog građevinskog zemljišta u Srbiji je 11.049,00 ha 26a 85,58 m<sup>2</sup>.<sup>25</sup> Prijavljeno oduzeto građevinsko zemljište u Beogradu čini 33% ukupnog prijavljenog oduzetog građevinskog zemljišta u Srbiji.<sup>26</sup> Sudeći po procentu, udeo građevinskog zemljišta u ukupnom broju potraživanih nepokretnosti i nije tako veliki. Međutim, prilikom analize navedenih podataka treba uzeti u obzir i činjenicu da su mnogi građani prijavili samo da im je oduzeto zemljište ili njiva, ne precizirajući o kakvom je zemljištu reč usled nedostatka pravnog znanja, tako da se može pretpostaviti da je površina ukupno oduzetog građevinskog zemljišta veća.

Zakonom o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju je kao osnovno pravilo predviđena naturalna restitucija, a ukoliko to nije moguće, predviđeno je davanje obeštećenja u državnim obveznicama ili u novcu.<sup>27</sup> Imajući u vidu da je fond iz koga će se vršiti obeštećenje ograničen i u pogledu ukupnog iznosa novčanih sredstava koja su namenjena za svrhu obeštećenja i u pogledu iznosa koji može biti isplaćen jednom podnosiocu zahteva,<sup>28</sup> kao i broj podnetih zahteva za restituciju, naturalna restitucija je svakako povoljniji vid obeštećenja za bivše vlasnike od novčanog obeštećenja. Vrednost dobara za koja se potražuje denacionalizacija bi iznosila oko 100 milijardi evra, kada bi sve bilo isplaćeno u novcu.<sup>29</sup> Kako je za svrhu restitucije predviđen fond od samo dve milijarde evra, jasno je da će korisnici novčanog obeštećenja biti obeštećeni samo u neznatnom delu.

Mogućnost vraćanja prava svojine na oduzetom građevinskom zemljištu prema Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju u velikoj meri zavisi od

---

<sup>24</sup> Darinka Đuran, „Restitucija i denacionalizacija – Nacrt Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju“, *Pravni infomator*, 9/2011, 17.

<sup>25</sup> Srboľjub Glišić, „Analiza baze podataka o prijavljenoj oduzetoj imovini: koliko oduzete imovine, po vrsti i količini potražuju građani?“, *Rehabilitacija i restitucija u Srbiji*, 2009, 278.

<sup>26</sup> S. Glišić, 279.

<sup>27</sup> Članom 8 stav 1 Zakona je propisano da se oduzeta imovina vraća bivšem vlasniku u svojini i državini, a ako to prema ovom zakonu nije moguće, bivši vlasnik ima pravo na obeštećenje. Član 4 Zakona propisuje da se imovina vraća u naturalnom obliku ili se daje obeštećenje u vidu državnih obveznica Republike Srbije i u novcu, u skladu sa ovim zakonom.

<sup>28</sup> Član 30 stav 2 Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju propisuje da ukupan iznos obeštećenja iz stava 1. ovog člana ne sme da ugrozi makroekonomsku stabilnost i privredni rast Republike Srbije, te da se za ove namene opredeljuje iznos od dve milijarde evra, uvećan za zbir pripadajućih kamata za sve korisnike obeštećenja, obračunatih po kamatnoj stopi od 2% godišnje, za period od 15. decembra 2017. godine do rokova dospeća utvrđenih ovim zakonom, dok je članom 31 stav 3 navedenog zakona propisano da se po odredbama ovog zakona može ostvariti ukupno obeštećenje po osnovu oduzete imovine jednog bivšeg vlasnika, po svim osnovima iz člana 1. ovog zakona, koje, u opštem interesu, ne može preći iznos od 500.000 evra.

<sup>29</sup> Jovica Trkulja, „Stranputice denacionalizacije u Srbiji“, *Rehabilitacija i restitucija u Srbiji*, 2009, 136.

toga da li je ono izgrađeno ili nije, dok Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama ne reguliše posebno navedene situacije. Kada je u pitanju izgrađeno građevinsko zemljište, ono se, po pravilu, ne vraća ranijim vlasnicima, osim ako navedenim zakonom za pojedine slučajeve nije drugačije propisano. Mogućnost da izgrađeno građevinsko zemljište bude predmet prirodne restitucije je praktično ukinuta donošenjem Zakona o planiranju i izgradnji iz 2009. godine<sup>30</sup>, koji predviđa pretvaranje prava korišćenja vlasnika objekata izgrađenih na građevinskom zemljištu u pravo svojine, a koje rešenje isključuje eventualna prava korisnika restitucije.<sup>31</sup> U Hrvatskoj, takođe, u načelu ne postoji mogućnost vraćanja izgrađenog građevinskog zemljišta, pri čemu pojedini autori ukazuju na neke apsurdne situacije u praksi, kao što je, na primer, u slučaju zemljišta koje služi za redovnu upotrebu zgrade, a koje je oduzeto od ranijih vlasnika. Na takvom zemljištu pravo svojine imaju vlasnici zgrada, odnosno stanari koji su otkupili stan, iako su oni zakonom izričito oslobođeni obaveze plaćanja naknade za zemljište. Dakle, predašnji vlasnici su izgubili pravo svojine na zemljištu bez naknade, a nevlasnici su ga stekli besplatno.<sup>32</sup>

Sa druge strane, neizgrađeno građevinsko zemljište u javnoj svojini je pogodno da bude predmet prirodne restitucije. Međutim, kada je u pitanju neizgrađenost građevinskog zemljišta, zakonodavac se nije izjasnio u pogledu vremenskog trenutka u odnosu na koji se ova činjenica utvrđuje.<sup>33</sup> Mada se iz celokupnog teksta Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju može zaključiti da se pojam „neizgrađenosti“ odnosi na trenutak u kome se odlučuje o vraćanju prava svojine na zemljištu, zakonodavac je u tom delu ostao nedorečen.

Ukoliko bivši vlasnik ima izgrađen objekat na građevinskom zemljištu u javnoj svojini, na kome ima pravo korišćenja, njegov položaj je još povoljniji, s obzirom da može da stekne pravo svojine po dva pravna osnova, tj. u postupku konverzije prava korišćenja u pravo svojine, u skladu sa Zakonom o planiranju i izgradnji i u postupku restitucije. Međutim, u slučaju sukoba prava na konverziju prava korišćenja građevinskog zemljišta u pravo svojine nekog lica i prava na prirodnu restituciju ranijeg vlasnika građevinskog zemljišta, Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju daje prednost pravu na konverziju.

Ukoliko je bivši vlasnik preneo pravo korišćenja na treće lice, koje mu je ostalo nakon što je zemljište podržavljeno, izgubio je pravo na prirodnu restitu-

<sup>30</sup> Zakon o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik RS*, br. 72/09, 81/09, 64/10 – Odluka US RS, 24/11, 121/12, 42/13 – Odluka US RS, 50/13 – Odluka US RS, 98/13 – Odluka US RS, 132/14, 145/14 i 65/17 – Odluka US RS.

<sup>31</sup> D. Rakitić, 224.

<sup>32</sup> Vid. Petar Simoneti, „Pravna osnova denacionalizacije i zakonsko ograničenje kruga ovlašćenika prava na denacionalizaciju u Republici Hrvatskoj“, *Pravni život: časopis za pravnu teoriju i praksu*, 10/2004, 205.

<sup>33</sup> Stefan Samardžić, „Prirodna restitucija u Srbiji – period gestacije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/12, 453.

ciju, kao i pravo da zahteva novčano obeštećenje.<sup>34</sup> Pravo korišćenja koje je ranijem sopstveniku preostalo nakon podržavljenja građevinskog zemljišta nije bilo u prometu. Raniji sopstvenik je ovo pravo mogao preneti samo na bračnog druga, potomke, usvojenike, roditelje i usvojioce.<sup>35</sup> Navedeno rešenje se čini nepravičnim, s obzirom da je prenos prava korišćenja i kada je u izuzetnim situacijama bio dozvoljen, vršen po pravilu bez naknade, te nema opravdanog razloga da se takvom bivšem vlasniku uskrati pravo na naturalnu restituciju ili novčano obeštećenje.

U pojedinim zemljama u okruženju zakonodavac je predvideo dodatne mehanizme radi zaštite prava podnosioca zahteva za vraćanje imovine. Tako na primer, Zakon o povraćaju oduzetih imovinskih prava i obeštećenju Crne Gore je predvideo zabeležbu restitucije u odnosu na nepokretnost čiji se povraćaj traži kod Direkcije za nekretnine, a bivši vlasnik može i da zahteva od osnovnog suda na čijem području se nalazi nepokretnost koja je predmet vraćanja donošenje privremene mere kojom bi se zabranilo otuđenje i opterećenje te nepokretnosti od strane sadašnjeg vlasnika.<sup>36</sup>

## 5. PRAVA TREĆIH LICA NA GRAĐEVINSKOM ZEMLJIŠTU KOJE JE PREDMET NATURALNE RESTITUCIJE

Kada bude doneto pravnosnažno rešenje o naturalnoj restituciji u pogledu građevinskog zemljišta, bivšem vlasniku se, po pravilu, zemljište predaje u državinu. Međutim, član 8 stav 2 Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju predviđa da ukoliko vraćanje u državinu odmah nije moguće, bivšem vlasniku vratiće se svojina na oduzetoj stvari, a sa licem koje je držalac u vreme stupanja na snagu ovog zakona, uspostaviće se zakupni odnos pod tržišnim uslovima, ako ovim zakonom nije drukčije uređeno. Navedena odredba se odnosi na sve nepokretnosti, a ne samo na građevinsko zemljište. Pri tom, položaj zakupca nepokretnosti je drugačije uređen u navedenim zakonima o restituciji, s obzirom da su predviđeni različiti rokovi u kojima zakupac nepokretnosti može da koristi predmetnu nepokretnost nakon izvršnosti rešenja o vraćanju nepokretnosti bivšem vlasniku.<sup>37</sup> U praksi su moguće različite situacije kada ne bi bilo moguće vraćanje građevinskog zemljišta u državinu bivšem vlasniku, iako mu je u postupku restitucije vraćeno pravo svojine. Na primer, važeći Zakon o planiranju i izgradnji iz

---

<sup>34</sup> Vid. član 23 stav 8 Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju.

<sup>35</sup> M. Vulić, 445.

<sup>36</sup> Predrag Vasić, „Restitucijsko zakonodavstvo Crne Gore“, *Pravni život: časopis za pravnu teoriju i praksu*, 10/2004, 223.

<sup>37</sup> Taj rok, prema Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, iznosi tri godine, dok prema Zakonu o vraćanju (restituciji) oduzete imovine crkvama i verskim zajednicama iznosi dve godine.

2009. godine predviđa mogućnost izdavanja u zakup građevinskog zemljišta u javnoj svojini radi izgradnje objekta za koji se izdaje privremena građevinska dozvola, u skladu sa članom 147 tog zakona.<sup>38</sup> U tom slučaju se Republika, jedinica teritorijalne autonomije ili jedinica lokalne samouprave javlja kao zakupodavac, a lice na čije ime je izdata privremena građevinska dozvola kao zakupac, koji je istovremeno i držalac zakupljenog građevinskog zemljišta. Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju ne predviđa da građevinsko zemljište u javnoj svojini koje je izdato u zakup pod navedenim uslovima ne može biti predmet naturalne restitucije. Ukoliko bi takvo građevinsko zemljište, koje je izdato u zakup od strane nosilaca javnih vlasti, bilo vraćeno u svojinu ranijem vlasniku, očigledno je da on na njemu ne bi mogao steći državinu sve dok na njemu postoji objekat privremenog karaktera radi čije izgradnje je izdata privremena građevinska dozvola. Primenom odredbe člana 8 stav 2 Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju trebalo bi uspostaviti zakupni odnos pod tržišnim uslovima između bivšeg vlasnika koji je ponovo stekao pravo svojine na takvom zemljištu i lica koje je držalac zemljišta. Međutim, položaj zakupca takvog zemljišta bi bio neizvestan, s obzirom da bi jedan ugovor o zakupu građevinskog zemljišta trebalo da zameni novi, pri čemu su Zakonom o planiranju i izgradnji i zakonima kojima je uređeno pitanje restitucije predviđena različita pravila u pogledu trajanja ugovora o zakupu.

Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju propisuje da postojeće stvarne službenosti konstituisane u korist i na teret nepokretnosti koja je predmet vraćanja ne prestaju, dok se postojeće lične službenosti u korist trećih lica gase. Kako zakon ne predviđa isplatu nikakve naknade licima čija se prava ličnih službenosti gase vraćanjem nepokretnosti u svojinu bivšem vlasniku, osnovano se u teoriji ukazuje da se na taj način povređuje pravo na nesmetano uživanje imovine tih lica, garantovano Ustavom i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.<sup>39</sup> Pri tom, Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama ne reguliše posebno pitanje šta će se desiti sa stvarnim i ličnim službenostima ustanovljenim na teret nepokretnosti koja je predmet vraćanja nakon vraćanja prava svojine ranijem vlasniku, već samo u članu 14 određuje da se službenosti izbrisane podržavljenjem ponovo uspostavljaju, ako se time ne narušavaju prava trećih lica. Kako je drugom odredbom ovog zakona propisano da se na rešavanje pitanja koja nisu uređena tim zakonom primenjuju odredbe zakona kojima su uređeni svojinskopравни, obligacioni, stambeni i drugi imovinski odnosi, proizlazi da u slučaju vraćanja nepokretnosti, pa i građevinskog zemljišta, crkvama i verskim zajednicama, ostaju i prava stvarnih službenosti konstituisana na teret i u korist nepokretnosti koja je predmet naturalne restitucije,

<sup>38</sup> Vid. član 86 stav 1 Zakona o planiranju i izgradnji iz 2009. godine.

<sup>39</sup> Vid. V. Vodinelić, 180.

kao i prava ličnih službenosti ustanovljena na teret te nepokretnosti. Na taj način, crkva i verske zajednice se stavljaju u nepovoljniji položaj u odnosu na druge bivše vlasnike, s obzirom da iz navedenih odredaba proizlazi da se u slučaju vraćanja imovine crkvama ne gase ni prava stvarnih ni ličnih službenosti, kao što bi na građevinskom zemljištu bilo, na primer, pravo plodouživanja ili pravo upotrebe. Samim tim, nejednak je i položaj imalaca prava ličnih službenosti ustanovljenih na teret nepokretnosti koja se vraća navedenim subjektima u svojину, budući da je položaj onih lica čija su prava ličnih službenosti ustanovljena na teret nepokretnosti koja se vraća crkvi povoljniji.

Uspostavljanje prava preče kupovine Republike, autonomne pokrajine, odnosno lokalne samouprave u slučaju otuđenja nepokretnosti koja je vraćena bivšem vlasniku, što može biti i građevinsko zemljište, a što je učinjeno u članu 62 stav 3 Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, nema nikakvo opravdanje, sa ekonomske strane posmatrano. Štaviše, ovim pravom se remeti efikasnost alokacije resursa i smanjuje blagostanje u društvu.<sup>40</sup>

Prava trećih lica na građevinskom zemljištu koje se vraća u svojину ranijem vlasniku nisu na jasan i adekvatan način zaštićena ni kada je reč o hipoteci. Oba zakona na osnovu kojih se vrši vraćanje imovine predviđaju ista rešenja za situaciju kada je nepokretnost koja je predmet vraćanja založena kao sredstvo obezbeđenja nekog potraživanja. Naime, propisano je da se nepokretnosti, među kojima i parcele koje predstavljaju građevinska zemljišta, vraćaju oslobođene hipotekarnih tereta koji su ustanovljeni od momenta njihovog podržavljenja, te da za potraživanja koja su bila obezbeđena hipotekom na nepokretnosti koja je predmet vraćanja garantuje Republika Srbija, uz pravo regresa prema hipotekarnom dužniku. Međutim, navedena odredba nije usklađena sa odredbama Zakona o hipoteci<sup>41</sup>. Naime, prema Zakonu o hipoteci, ispis hipoteke se može tražiti kada je potraživanje već prestalo i nije predviđena mogućnost da se dozvoli ispis hipoteke, a da potraživanje još uvek postoji, kao što bi to bilo u slučaju vraćanja nepokretnosti opterećene hipotekom u postupku restitucije.

Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, kao ni Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama ne govori ništa o načinu i obimu namirenja više poverilaca čija su potraživanja bila obezbeđena jednom nepokretnošću. U slučaju prodaje hipotekovane nepokretnosti, hipotekarni poverioci se namiruju redom kojim su upisane njihove hipoteke, pri čemu je moguće da neki od njih namire svoje potraživanje samo delimično ili da ono uopšte ne bude namireno, ukoliko ne preostane ništa od iznosa dobijenog prodajom nakon namirenja hipotekarnih poverilaca koji su imali prioritet pri namirenju. Međutim,

---

<sup>40</sup> Luka O. Baturan, „Ekonomska analiza instituta prava preče kupovine u Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/15, 1962.

<sup>41</sup> Zakon o hipoteci („Službeni glasnik RS“, broj 115/05, 60/15, 63/15 – Odluka US RS i 83/15).



kako Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju propisuje samo da za potraživanja koja su bila obezbeđena hipotekom na nepokretnosti koja je predmet vraćanja garantuje Republika Srbija, ostaje nejasno do kog iznosa važi ova garancija, s obzirom da je nemoguće utvrditi koji iznos bi bio dobijen na ime kupoprodajne cene da je nepokretnost prodana i da su poverioci namirili svoja potraživanja u skladu sa Zakonom o hipoteci.

Navedene odredbe kojima je propisano da za potraživanja koja su bila obezbeđena hipotekom garantuje Republika Srbija, nisu jasne ni u delu u kome je propisano da Republika Srbija ima pravo regresa prema hipotekarnom dužniku. Naime, ukoliko je vlasnik nepokretnosti koja je predmet vraćanja, na primer građevinskog zemljišta, Republika Srbija, te je, radi obezbeđenja potraživanja nekog trećeg lica prema njoj kao dužniku, bila ustanovljena hipoteka na toj nepokretnosti, to znači da se Republika Srbija javlja istovremeno i u ulozi hipotekarnog dužnika. U ovakvoj situaciji navedena odredba bi izgubila smisao, s obzirom da bi Republika Srbija garantovala za potraživanje koje ima treće lice kao poverilac iz obligacionog odnosa prema njoj kao dužniku, uz pravo regresa od same sebe kao hipotekarnog dužnika. S obzirom na navedeno, postavlja se pitanje i koji bi bio smisao uspostavljanja hipoteke na nepokretnosti koja je u svojini Republike Srbije i koja se vraća u postupku restitucije, s obzirom da nakon vraćanja nepokretnosti u svojinu ranijem vlasniku, potraživanje poverioca radi čijeg obezbeđenja je konstituisana hipoteka ostaje neobezbeđeno kao da hipoteka nikada nije postojala.

## 6. ZAKLJUČAK

Za podržavljenje imovine fizičkih i pravnih lica u posleratnom periodu je karakteristično da isto nije vršeno nezakonitim postupanjem državnih organa, već na osnovu ovlašćenja koja su proizlazila iz propisa koji su u to vreme bili na snazi. Stoga odgovornost države za posledice nacionalizacije imovine nije privatnopravna već javnopravna.<sup>42</sup> Kada odgovara za nacionalizaciju, država odgovara kao suveren, zbog toga što je loše vladala, a ne što se loše vladala.<sup>43</sup> Međutim, u postupku restitucije oduzete imovine se mora voditi računa i o interesima drugih lica i o javnom interesu, s obzirom na značaj građevinskog zemljišta i potencijal koji ima sa aspekta privrednog razvoja. Zbog toga su zakonom predviđena brojna odstupanja od načela naturalne restitucije. Sa druge strane, imajući u vidu ograničenja koja zakon postavlja kada je u pitanju novčano obeštećenje, lica kojima se zemljište vraća u naturi se u mnogo većoj meri obeštećuju od onih kojima je

<sup>42</sup> Zlatko Stefanović, „Ko kome duguje denacionalizaciju?“, *Rehabilitacija i restitucija u Srbiji*, 2009, 255-256.

<sup>43</sup> *Ibid.*



priznato pravo na novčanu naknadu. Pored toga, pojedina pitanja su drugačije regulisana ili u nejednakoj meri regulisana Zakonom o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju i ranije donetim Zakonom o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama, čime su subjekti koji imaju pravo na restituciju oduzete imovine stavljeni u neravnopravan položaj.

Prema podacima Agencije za restituciju Republike Srbije, do sada je ranijim vlasnicima i njihovim zakonskim naslednicima vraćeno ukupno 292ha 90a 23m<sup>2</sup> neizgrađenog gradskog građevinskog zemljišta u svojinu.<sup>44</sup> Kada se navedeni podatak uporedi sa podatkom o površini prijavljenog oduzetog građevinskog zemljišta (11.049 ha 26a 85,58 m<sup>2</sup>), može se zaključiti da princip naturalne restitucije, koji je zakonom predviđen kao osnovni princip u postupku restitucije, nije dosledno sproveden. Pri tom, treba imati u vidu da podaci objavljeni na sajtu Agencije za restituciju ne obuhvataju izgrađeno građevinsko zemljište, već samo neizgrađeno, ali kako se, po pravilu, izgrađeno građevinsko zemljište vraća u svojinu bivšim vlasnicima samo u izuzetnim slučajevima, podatak o površini vraćenog izgrađenog građevinskog zemljišta ne bi promenio opštu sliku o sprovođenju naturalne restitucije. Čak i u slučaju naturalne restitucije obeštećenje bivših vlasnika nije potpuno, imajući u vidu odredbu člana 14 stav 2 Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, koja isključuje vraćanje plodova, kao i naknadu štete po osnovu izgubljene dobiti zbog nemogućnosti korišćenja, odnosno upravljanja podržavljenom imovinom. S obzirom na sve navedeno, čini se da su rezultati restitucije u pogledu vraćanja oduzetog građevinskog zemljišta daleko ispod očekivanja bivših vlasnika.

---

<sup>44</sup> Pregled vraćene nepokretne imovine po gradovima i opštinama, <http://www.restitucija.gov.rs/slike/vesti/2017/Vraceno%20po%20opstinama%2028-8-17%20Cir.pdf>, 03.09.2017.

Danijela Kukuruzović, Ph.D. Student  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
danijelakukuruzovic@yahoo.com

## **Building Land as a Subject to Restitution Process**

**Abstract:** *Ownership right on building land is one of the property rights which had been deprived from citizens by state authorities in the period after the Second World War, while there were a lot of legal bases for deprivation. Restitution of the deprived property is the obligation of each country which stipulates the rule of law as one of its constitutional principles and in order to achieve that goal two laws regulating this issue were passed in our country, one general, and the other referring only to churches and religious communities. However, there are some differences between these two laws, such as differences in terms of regulating rights of third persons on deprived building land and other real estates, especially rights of holders of real and personal services and rights of lessees of real estates. The possibility of restitution of ownership rights on building land is limited by several factors, whereby a balance between interests of former owners of building land, interests of individuals and legal entities having ownership rights on objects built on that land after deprivation as well as public interests need to be achieved. Therefore, the principle of natural restitution, although it is envisaged as the basic principle of restitution of property rights, as well as ownership rights on construction land, is in practice implemented with many exceptions.*

**Keywords:** *building land, nationalization, restitution of property.*

Datum prijema rada: 10.12.2017.



PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU  
ZBORNİK RADOVA

*Dosadašnji glavni urednici:*

Prof. dr Vladimir Kapor (1966), prof. dr Nikola Vorgić (1967–1968),  
prof. dr Miloš Stevanov (1969–1973), prof. dr Borivoje PupiĆ (1974–1976),  
prof. dr Milijan Popović (1977–1983), prof. dr Stanko Pihler (1984–1988),  
prof. dr MomĆilo GrubaĆ (1989–1990), prof. dr Jovan MunĆan (1991–1997),  
prof. dr Milijan Popović (1998–2003), prof. dr Rodoljub Etinski (2004–2006),  
prof. dr Dragiša DrakiĆ (2006–2013).

*Ćlanovi Uredništva:*

Prof. dr Ljubomir StajiĆ, prof. dr Damjan Korošec (Slovenija),  
prof. dr Wilhelm Brauner (Austrija), prof. dr Tamás Prugberger (Mađarska),  
prof. dr Serge Regourd (Francuska), [prof. dr Gérard Marcou] (Francuska),  
prof. dr Heinz Mayer (Austrija), prof. dr Peter Mader (Austrija),  
prof. dr Suphawatchara Malanond (Tajland), prof. dr Branislav RistivojeviĆ,  
prof. dr Tatjana Bugarski, mr Radmila Dabanović

*Menadžer časopisa*

Dr Luka Baturan

*Sekretarijat Uredništva*

Prof. dr Vladimir Marjanski, doc. dr Dragana ĆoriĆ, doc. dr Bojan Tubić,  
dr Marko Knežević, dr Cvjetana Cvjetković, dr Uroš Stanković,  
dr Milana PisariĆ, dr Nataša Rajić, dr Stefan Samardžić,  
Sandra Samardžić, Ratko Radošević, Bojana RistiĆ

*Kompjuterska obrada teksta*

Vladimir VatiĆ, „Grafit“

*Štampa:*

„Sajnos“, Novi Sad  
Tiraž: 200 primeraka